

Bezirksgericht Horgen

III. Abteilung



Geschäfts-Nr.: CG190001-F / UB / LP

Mitwirkend: Bezirksrichter lic. iur. T. Walthert als Vorsitzender, Bezirksrichter lic. iur. M. Suter, Bezirksrichterin lic. iur. D. Maag sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Peter

Urteil vom 3. November 2020

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und/oder Dr. iur., LL.M. X2._____

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Beklagte

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

betreffend **Negative Feststellungsklage**



Zuletzt aufrecht erhaltene Rechtsbegehren der Klägerin:

(act. 30 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1, D. _____ für die Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3, D. _____ der Beklagten alles Interesse verloren hat;
2. eventualiter sei festzustellen, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1, D. _____ für die Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3, D. _____ der Beklagten bezüglich des klägerischen Grundstücks Kat.-Nr. 4 alles Interesse verloren hat;
3. subeventualiter sei festzustellen, dass ein Interesse der Beklagten an der Dienstbarkeit SP Art. 1, D. _____ bezüglich des klägerischen Grundstücks Kat.-Nr. 4 zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist und es sei weiter festzustellen, dass die Klägerin gegen Leistung einer gerichtlich festzusetzenden Ablösesumme, maximal CHF 5'000.00, berechtigt sei, die Dienstbarkeit SP Art. 1 bezüglich der Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3 der Beklagten abzulösen und im Grundbuch löschen zu lassen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Zuletzt aufrecht erhaltene Rechtsbegehren der Beklagten:

(act. 34 S. 2)

- "- Es sei auf die Klage nicht einzutreten.
- Eventualiter: Die Klage, auch die mit der Klageänderung vom 28. Januar 2020 eingereichten Eventualbegehren seien vollumfänglich abzuweisen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 5. Februar 2019, hier eingegangen am 7. Februar 2019, reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Horgen eine Klage (act. 2) samt Klagebewilligung des Friedensrichteramts Horgen vom 31. Oktober 2018 (act. 1) sowie weiteren Beilagen (act. 3; act. 4/3-33) ein.
2. Mit Beschluss vom 6. März 2019 wurde die Klägerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 69'750.– aufgefordert und den Beklagten Frist angesetzt, um die schriftliche Klageantwort zu erstatten (act. 6).
3. Der Kostenvorschuss wurde innert Frist von der Klägerin geleistet (act. 8). Die Klageantwort vom 17. Mai 2019 (act. 16) ging innert mehrfach erstreckter Frist am 20. Mai 2019 samt Beilagen (act. 17; act. 18/1-17) ein.
4. Mit Eingabe vom 19. Juni 2019 samt Beilagen (act. 20; act. 21/1-2; act. 22) zeigte die Klägerin an, dass das mit der vorliegend zu beurteilenden Dienstbarkeit belastete Grundstück Kat.-Nr. 4 von der bisherigen Klägerin E._____ mittels Sacheinlagevertrag vom 15. Januar 2019 in die A._____ AG eingebracht worden sei, welche in den vorliegenden Prozess eintrete und diesen anstelle von E._____ weiterführe. Das Rubrum wurde entsprechend angepasst.
5. Mit Verfügung vom 30. August 2019 (act. 26) wurden die Parteien zur Instruktionsverhandlung zwecks freier Erörterung des Streitgegenstands und zur Ergänzung des Sachverhalts auf den 8. November 2019 vorgeladen. Anlässlich dieser konnte zwischen den Parteien keine Einigung herbeigeführt werden (Prot. S. 6).
6. Mit Verfügung vom 11. November 2019 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Erstattung der schriftlichen Replik angesetzt

(act. 28). Innert Frist ging die Replik vom 28. Januar 2020 samt Beilagen (act. 30; act. 31/1-6) am 29. Januar 2020 ein.

7. Mit Verfügung vom 3. Februar 2020 (act. 32) wurde das Doppel der Replik samt Beilagen (act. 30; act. 31/1-6) den Beklagten zugestellt und ihnen Frist zur Erstattung der schriftlichen Duplik angesetzt. Innert Frist ging die Duplik vom 27. April 2020 samt Beilagen (act. 34; act. 35/18-25) am 28. April 2020 ein.

8. Mit Verfügung vom 28. Mai 2020 (act. 36) wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich zu allfälligen Noven in der Duplik der Beklagten zu äussern. Sodann wurde den Parteien Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten wollten. Mit Eingabe vom 4. Juni 2020 (act. 38) erklärten die Beklagten den Verzicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung unter dem Vorbehalt, dass die Klägerin keine Stellungnahme zur Replik der Beklagten einreiche (act. 38 S. 2). Mit Eingabe vom 22. Juni 2020 samt Beilagen (act. 39 und act. 40/1-3) reichte die Klägerin innert Frist eine Stellungnahme zu den Dupliknoven ein. Sodann erklärte die Klägerin mit Eingabe vom 22. Juni 2020 (act. 41) fristgerecht, dass sie nicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte (act. 41 S. 2).

9. Mit Verfügung vom 12. August 2020 (act. 42) wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf dem 3. November 2020 vorgeladen. An der Hauptverhandlung vom 3. November 2020 erhielten die Parteien die Gelegenheit zur Erstattung der ersten und zweiten Parteivorträge (Prot. S. 11 ff.).

10. Das Urteil in unbegründeter Form erging am 3. November 2020 (act. 46). Mit Schreiben vom 23. November 2020 verlangten die Beklagten die Begründung des Urteils (act. 48). Mit Schreiben vom 26. November 2020 (act. 50) ersuchte die Klägerin ebenfalls um Zustellung einer schriftlichen Begründung des Urteils vom 3. November 2020.

Interesse daran habe, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben (act. 2 Rz. 23).

1.2.3. Die Beklagten wenden ein, dass die ehemalige Klägerin, E._____, vor dem Zeitpunkt der Klageeinleitung am 5. Februar 2019 das streitgegenständliche Grundstück bereits mit Vertrag vom 15. Januar 2019 als Sacheinlage in die A.____ AG eingebracht habe. Zwar sei E._____ im Zeitpunkt der Klageeinleitung noch formell Eigentümerin der Parzelle 4 gewesen, sie habe diese jedoch bereits übertragen und die Eintragung der neuen Eigentümerin sei nur noch Formsache gewesen, sodass unter diesen Umständen nicht von einer Unzumutbarkeit der Fortdauer der Ungewissheit für E._____ gesprochen werden könne, womit ihr das nötige Feststellungsinteresse fehle und sie die Klage nicht hätte einreichen dürfen (act. 16 Rz. 81-83; act. 34 Rz. 3 f.; act. 45 Rz. 2 und 10 f.). Dieser Mangel könne auch durch den später erfolgten Parteiwechsel nicht geheilt werden, da sämtliche Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt der Klageeinleitung gegeben sein müssten (act. 34 Rz. 4; act. 45 Rz. 3 und 10).

1.2.4. Weiter machen die Beklagten geltend, die Klägerin hätte sich der falschen Klageart bedient; so sei die Klage auf Löschung einer Dienstbarkeit eine Gestaltungsklage. Wo eine Gestaltungsklage möglich sei, dürfe gemäss dem Subsidiaritätsprinzip keine Feststellungsklage erhoben werden (act. 16 Rz. 85-88; act. 45 Rz. 4 und 12 f.).

1.2.5. Die Klägerin bringt dagegen vor, dass sich trotz Eigentumsübertragung am schutzwürdigen Interesse von E._____ nichts geändert habe, da sie als Hauptaktionärin der A.____ AG weiterhin ein eminentes Interesse an der Realisierung des Projekts habe. Seit dem Übergang der Bauparzelle ins Eigentum der A.____ AG seien Bauherrin und Grundeigentümerin identisch und das schutzwürdige Interesse der Klägerin ohne Weiteres gegeben (act. 30 Rz. 3).

1.2.6. Auch der Einwand der Beklagten betreffend Klageart wird von der Klägerin bestritten. Der Richter könne die Dienstbarkeit nicht selber löschen, sondern lediglich feststellen, dass die Dienstbarkeit alles Interesse für den Berechtigten im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren habe bzw. den Tatbestand von Art. 736

Abs. 2 feststellen. Folglich sei die Feststellungsklage die richtige Klageart (act. 30 Rz. 4).

1.2.7. Interesse der Klägerin

a) Laut Grundbucheintrag, datierend vom 22. Januar 2019 (act. 4/3), war E._____ im Zeitpunkt der Einreichung der Klage beim hiesigen Gericht am 5. Februar 2019 Alleineigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 4 (Grundbuchblatt 5, Liegenschaft, EGRID CH6, F._____). Mittels öffentlich beurkundetem Sacheinlagevertrag vom 15. Januar 2019 brachte E._____ das streitgegenständliche Grundstück in die A._____ AG ein, wobei der Besitzesantritt, beziehungsweise der Übergang von Rechten und Pflichten, Nutzen und Gefahr, erst mit der Eigentumsübertragung erfolgte (act. 21/1 Ziff. III.2). Wie die Klägerin zutreffend vorbringt, ist die Grundbuchanmeldung und damit die Eigentumsübertragung des Grundstücks am 23. Mai 2019 erfolgt (act. 20 S. 2), was auch aus dem Grundbuchauszug vom 23. Mai 2019 hervorgeht (act. 21/2).

b) Gemäss Sacheinlagevertrag vom 15. Januar 2019 erhielt E._____ als Gegenleistung für die Einlage des streitgegenständlichen Grundstücks 21'000 voll liberierte Namenakten der A._____ AG zu nominal je Fr. 1'000.– (act. 21/1 Ziff. II). Ausgehend von einem Aktienkapital in Höhe von Fr. 32'820'000.– und 32'700 Namenaktien zu Fr. 1'000.– und 12 Namenaktien zu Fr. 10'000.– ("[https://zh.chregister.ch/...](https://zh.chregister.ch/)"; Handelsregisterauszug zuletzt abgerufen am 21. Januar 2021) wurde E._____ damit zur Mehrheitsaktionärin der A._____ AG. Den klägerischen Vorbringen, wonach E._____ als Hauptaktionärin der neuen Eigentümerin nach wie vor ein eminentes Interesse an der Realisierung des Projekts gemäss Baubewilligung habe (act. 30 Rz. 3), ist demnach zuzustimmen. Auch ist es naheliegend, dass die A._____ AG als neue Eigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 4 ein eigenes Interesse an der Realisierung des Projekts gemäss Baubewilligung und damit an der Führung des vorliegenden Prozesses hat.

1.2.8. Subsidiarität der Feststellungsklage

a) In Lehre und Rechtsprechung wird die Klage nach Art. 736 Abs. 1 ZGB grundsätzlich dahingehend ausgelegt, dass damit eine Grundbuchberichtigung angestrebt und folglich nicht ein dingliches Recht zum Entstehen oder zum Untergang gebracht wird. Es geht darum, die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechts zu bestätigen. Mit dem gerichtlichen Entscheid über eine solche Klage entsteht weder ein dingliches Recht noch geht ein solches unter. Vielmehr wird der Bestand der wirklichen Rechtslage festgestellt (SCHMID, in: Basler Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, 6. A., Basel 2019, Art. 975 N 34, nachfolgend "BSK ZGB II-BEARBEITER/-IN"). Wie die Klägerin zutreffend ausgeführt hat, hat der Richter mit einem Feststellungsentscheid lediglich zu beurteilen, ob die bestrittene klägerische Behauptung, die Dienstbarkeitsberechtigten hätten alles Interesse an der Dienstbarkeit verloren, richtig ist oder nicht. Er hält somit nur fest, ob sich der gesetzliche Untergangsgrund verwirklicht hat oder nicht. Der Entscheid bildet in der Folge den Rechtsgrundausweis für die anschliessende Berichtigung des Grundbuchs (BSK ZGB II-SCHMID, Art. 975 N 34) und hat für sich alleine – entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 45 Rz. 12) – keine konstitutive Wirkung. Unter dieser Betrachtungsweise wird von der Lehre und Rechtsprechung ein Feststellungsinteresse bejaht, weshalb die Erhebung einer Feststellungsklage zwecks Klärung der ungewissen Rechtslage zulässig ist (Urteil Kantonsgericht St. Gallen vom 23. April 2013, GVP 2013 Nr. 54, E. 3b) aa).

b) Das Feststellungsinteresse der Klägerin ist damit vorliegend ohne Weiteres zu bejahen, geht es doch um die Prüfung, ob die Eigentümer der berechtigten Grundstücke – und damit unter anderen die Beklagten – noch ein Interesse an der Ausübung der auf dem Grundstück Kat.-Nr. 4 lastenden Dienstbarkeit SP Art. 1 zum ursprünglichen Zweck haben. Die Klärung der Frage, ob noch ein berechtigtes Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck besteht, kann regelmässig nicht mit einer Leistungs- oder Gestaltungs-klage erzielt werden. Die Feststellungsklage ist daher zulässig.

1.3. Weitere Prozessvoraussetzungen

Die weiteren Prozessvoraussetzungen im Sinne von Art. 59 ZPO sind unbestrittenmassen erfüllt, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

2. Klageerweiterung

2.1. In der Replik ergänzte die Klägerin das mit der Klagebegründung gestellte Rechtsbegehren um den eingangs erwähnten Eventual- und Subeventualantrag (act. 30 S. 2) und führte diesbezüglich aus, diese Eventual- und Subeventualanträge seien als Erweiterung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO insofern zulässig, als die neuen Begehren in einem sachlichen Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch stehen und dem gleichen Lebensvorgang entspringen würden (act. 30 Rz. 32 ff.).

2.2. Die Beklagten liessen sich nicht weiter dazu vernehmen und führten lediglich an, der Entscheid über die Zulässigkeit der Klageänderung obliege dem Gericht von Amtes wegen (act. 34 Rz. 5).

2.3. Da – wie nachfolgend noch darzulegen sein wird – das Hauptbegehren der Klägerin gutzuheissen ist, erübrigen sich Ausführungen zur Zulässigkeit der Klageerweiterung durch ein Eventual- und Subeventualbegehren, da sie ohnehin nur zu prüfen wären, wenn das Hauptbegehren abgewiesen würde.

3. Allgemeines zur Beweisführung

3.1. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 30'000.– gilt das ordentliche Verfahren (Art. 243 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ff. ZPO). Entsprechend haben die Parteien unter Anwendung des Verhandlungsgrundsatzes dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

3.2. Nach dem sogenannten Beibringungsgrundsatz ist das Gericht in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren grundsätzlich an die Tatsachen gebunden, welche die Parteien vorbringen. Was nicht behauptet wird, ist für das Gericht inexistent (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: ZPO Kommentar, 3. A., Zürich 2016, Art. 55 N 12, nachfolgend "ZPO Komm.-BEARBEITER/-IN"). Daraus folgt, dass das Gericht keine über die Parteibehauptungen hinausgehenden Ermittlungen vornehmen darf und dass das Beweisverfahren nicht dazu dient, die notwen-

digen schlüssigen Tatsachenbehauptungen zur Vervollständigung einer lückenhaften Sachdarstellung zu gewinnen (HURNI, in: Berner Kommentar ZPO I, Band I, Bern 2012, Art. 55 N 29, m.w.H.). Das Gericht hat somit von der sog. relativen bzw. prozessualen Wahrheit auszugehen (statt vieler: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 2019, § 10 Rz. 16).

3.3. Im Rahmen der Behauptungslast hat die klagende Partei die Tatsachen, auf die sie ihre Rechtsbegehren stützt, vollständig und übersichtlich anzugeben und die entsprechenden Beweismittel zu nennen (WILLISEGGER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, Art. 221 N 27, nachfolgend "BSK ZPO-BEARBEITER/-IN"). Eine Tatsachenbehauptung muss, um der Substantiierungspflicht zu genügen, immer so konkret formuliert werden, dass eine substantiierte Bestreitung möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 4). Die Bestreitungslast hat zur Folge, dass die beklagte Partei ihrerseits im Einzelnen aufzuführen hat, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei anerkannt oder bestritten werden (DIKE-Komm-ZPO-GLASL, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 55 N 17). Sie hat ihre Beweismittel für bestrittene Behauptungen selber vorzulegen oder zu bezeichnen (BSK ZPO-GEHRI, Art. 55 N 4). Eine Tatsache, die von der einen Partei behauptet und von der andern nicht bestritten wird, muss vom Gericht grundsätzlich als wahr akzeptiert werden (ZPO Komm.-HASENBÖHLER, Art. 153 N 3).

3.4. Gemäss der Beweisführungslast muss, wer eine Tatsache behauptet, den Beweis durch Einreichung verfügbarer Beweismittel oder durch Beweisanträge hierzu erbringen. Tatsachen, welche zwar von einer Partei behauptet, aber von ihr nicht bewiesen werden, bleiben beweislos und werden in der Urteilsfindung des Gerichts ebenso wenig berücksichtigt wie nicht behauptete Tatsachen (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., §10 Rz. 17). Für welche Partei sich dieser Umstand nachteilig auswirkt, regelt nicht das Zivilprozessrecht, sondern das materielle Privatrecht. Massgeblich sind die Regeln über die Beweislast. Ausgangspunkt ist die Beweislastregel von Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet, sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt (ZPO Komm.-SUTTER-SOMM/SCHRANK,

Art. 55 N 13).

III. Materielles

1. Übersicht Parteistandpunkte

1.1. Die Klägerin plant die Realisierung der Arealüberbauung F._____ und damit den Neubau von fünf Mehrfamilienhäusern mit 51 Wohnungen und einer Gesamtbaumasse von 17'199 m³, wofür ihr unter Auflagen und Vorbehalten vom Gemeinderat D._____ mit Beschluss Nr. 7 vom 17. Juli 2017 die baurechtliche Bewilligung erteilt wurde (act. 2 Rz. 4 und 19; act. 4/7 S. 10 ff.). Unbestritten ist, dass das Bauvorhaben der Klägerin nicht mit der jeweils zugunsten und zulasten der Grundstücke Kat.-Nr. 4 (Klägerin) sowie Kat.-Nr. 2 und 3 (Beklagte) im Grundbuch eingetragenen Personal-/Grunddienstbarkeit SP Art. 1, datierend vom 9. April 1981 (act. 4/3-5), vereinbar ist (act. 2 Rz. 20; act. 16 Rz. 24; act. 30 Rz. 7).

1.2. Die Klägerin ist jedoch der Ansicht, dass die Dienstbarkeit im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB für die Grundstücke der Beklagten alles Interesse verloren habe und dem Bauvorhaben der Klägerin nicht entgegengehalten werden könne (act. 2 Rz. 23 ff.). Zur Begründung bringt sie zusammenfassend vor, dass die Dienstbarkeit nur zum Zweck errichtet worden sei, die Zwischenphase zwischen Planung und Aufgleisung sowie Inkraftsetzung der Bau- und Zonenordnung (nachfolgend: BZO) der Gemeinde D._____ aus dem Jahre 1984 zu regeln und damit die Realisierung von Bauvorhaben in dieser Phase zu ermöglichen. Mit Inkrafttreten BZO 1984 habe die Dienstbarkeit ihren Zweck erfüllt (act. 2 Rz. 26-29; act. 30 Rz. 10 und 24; Prot. S. 13 und 15).

1.3. Die Beklagten beantragen die Abweisung der Klage und bringen zusammenfassend vor, dass die Dienstbarkeit keiner Befristung unterliege und nicht bestimmt worden sei, dass diese nach einer Änderung der BZO der Gemeinde D._____ wegfallen solle. Durch die Ausgestaltung als Grunddienstbarkeit hätten sich die damaligen Grundeigentümer (auch) davor schützen wollen, dass der Charakter des Quartiers unabhängig durch spätere Änderungen der BZO abgeän-

dert werde. Somit bestehe nach wie vor ein Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit (act. 16 Rz. 17, 43 f., 59 f., 89 f. und 101 f.; act. 34 Rz. 38 ff.; Prot. S. 15 f.).

2. Rechtliches

2.1. Gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB kann der Belastete die Löschung einer Dienstbarkeit verlangen, wenn diese für das berechnigte Grundstück alles Interesse verloren hat. Es gilt dabei der Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit. Die Dienstbarkeit darf nur zu dem Zweck aufrechterhalten werden, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist in erster Linie, ob der Eigentümer des berechnigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben, und wie sich dieses Interesse zu jenem verhält, das anlässlich der Begründung der Dienstbarkeit bestand. Die Interessenlage des Eigentümers des berechnigten Grundstücks bestimmt sich dabei nach objektiven Kriterien (BGE 130 III 554 E. 2 m.w.H.).

2.2. Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor. Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbgrund zurückgegriffen werden (Art. 738 Abs. 2 ZGB); das heisst auf den Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB).

2.3. Die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags richtet sich nach denselben Grundsätzen wie diejenige anderer Willenserklärungen (vgl. Art. 18 OR). Demzufolge ist grundsätzlich auf den übereinstimmenden wirklichen Willen abzustellen. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang.

2.4. Diese allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien, im Verhältnis zu Dritten dagegen nur mit einer Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ergibt, zu dem auch der Dienstbarkeitsvertrag gehört. Bei dessen Auslegung können gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind. Im gezeigten Umfang wird der Vorrang der subjektiven vor der objektivierten Vertragsauslegung eingeschränkt (BGE 130 III 554, E. 3.1 m.w.H.). Aufgrund der objektiven Auslegung ist in diesem Fall somit der hypothetischen Zweck der Servitut und der Wortsinn nach dem lokalen Sprachgebrauch zur Zeit der Dienstbarkeitserrichtung zu ermitteln. Eine reine Buchstabenauslegung ist dabei nicht statthaft (PELLASCIO, in: Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. A., Basel 2016, Art. 738 N 13 m.w.H., nachfolgend "OFK ZGB-BEARBEITERIN"). Massgebend ist derjenige Zweck, den die Parteien mit der Errichtung der Dienstbarkeit verfolgten, der sich aufgrund der damaligen Verhältnisse aus den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise ergab (BGE 107 II 331, E. 3b; OFK ZGB-PELLASCIO, Art. 738 N 20 m.w.H.).

2.5. Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich gemäss Art. 738 Abs. 2 ZGB der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (BGE 130 III 554, E. 3.1 m.w.H.). Die Ausübung der Dienstbarkeit ist folglich erst zuletzt massgebend. Der Grund für diese gesetzliche Regelung liegt darin, dass selbst eine langjährige Ausübung der Dienstbarkeit keine über den eindeutigen Eintrag oder den schlüssigen Erwerbsgrund hinausgehenden Rechte begründen und den Inhalt der Dienstbarkeit gegenüber Eintrag und Erwerbsgrund weder ändern noch erweitern kann (BGer vom 26. Januar 2010, 5A_617/2009, E. 2.2).

3. Würdigung

3.1. Wortlaut und Auslegung der Dienstbarkeit

3.1.1. Der Wortlaut des Grundbucheintrags, der auf dem Grundstück der Klägerin lastenden Dienstbarkeit SP Art. 1 lautet: "Recht und Last, Baubeschränkung, Dat. 09.04.1981, 19.08.2009, SP Art. 8" (act. 4/3 S. 1). Der Grundbucheintrag derselben Dienstbarkeit, jedoch eingetragen auf dem Grundstück der Beklagten lautet wie folgt: "Recht und Last, Baubeschränkung zugunsten Politische Gemeinde D._____ und zugunsten und zulasten diverser Grundstücke, Dat. 09.04.1981, SP Art. 8" (act. 4/4 S. 2). Aus dem Wortlaut beider Grundbucheinträge geht lediglich hervor, dass es sich bei der in Frage stehenden Dienstbarkeit um eine Baurechtsbeschränkung handelt. Betreffend die Rechte und Pflichten, mithin den Inhalt und Zweck der Dienstbarkeit, ist dem Grundbuchauszug jedoch nichts zu entnehmen. Gemäss der in Art. 738 ZGB vorgesehenen Stufenfolge ist daher zur Ermittlung des Zwecks der Dienstbarkeit auf den Erwerbgrund zurückzugreifen.

3.1.2. Die Errichtung einer Grunddienstbarkeit bedarf der Eintragung in das Grundbuch, wobei für Erwerb und Eintragung grundsätzlich die Bestimmungen über das Grundeigentum gelten (Art. 731 Abs. 1 und 2 ZGB). Das Rechtsgeschäft über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 732 Abs. 1 ZGB). Mit der Vereinbarung der Grunddienstbarkeit verpflichtet sich der Eigentümer des belasteten Grundstücks, dem Begünstigten die Eintragung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch, und damit deren Entstehung als dingliches Recht, zu gewähren. Es handelt sich dabei um eine rein obligatorische Verpflichtung (BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 732 N 14).

3.1.3. Unbestritten ist, dass Grundeigentümer in der zweiten Hälfte der Siebzigerjahre in den Gebieten G._____ und F._____ Bemühungen zur Überbauung ihrer im südlichen Teil des Gemeindegebiets gelegenen Grundstücke anstrebten, weshalb eine hinreichende Erschliessung geschafft werden musste. Für die Erschliessung von Grundstücken sah das damalige Planungs- und Baugesetz (nachfol-

gend: PBG) das Instrument des Quartierplanverfahrens vor (§§ 123 ff. PBG), welches bei einfachen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen in einem superprivaten Verfahren durchgeführt werden konnte. Dazu wurde das Land von den Grundeigentümern selber arrondiert und erschlossen und damit der Baureife zugeführt. Der Quartierplan wurde durch einen privaten Landumlegungs- und Erschliessungsvertrag ersetzt. Die Grundeigentümer im Gebiet F._____ unterbreiteten dem Gemeinderat am 23. Mai 1979 einen Erschliessungs- und Nutzungsvorschlag in Form eines Vorentscheidsgesuchs (act. 4/15), welcher mit Beschluss Nr. 9 vom 5. November 1979 vom Gemeinderat D._____ unter Auflagen und Vorbehalten genehmigt wurde (act. 2 Rz. f.; act. 4/16; act. 16 Rz. 41). Im September 1980 lag sodann der Entwurf des privaten Quartierplanvertrags, nämlich der Vertrag über Landabtretungen, Servitutenregelung und Erschliessungsbauten vor (act. 2 Rz. 11; act. 4/17) und wurde mit Beschluss Nr. 10 vom 17. November 1980 vom Gemeinderat genehmigt (act. 2 Rz. 12; act. 4/18). Die in Ziffer 5.2. des Erschliessungsvertrags formulierte Baubeschränkung wurde am 28. Januar 1981 öffentlich beurkundet, gestützt worauf am 9. April 1981 die Eintragung der Personal- und Grunddienstbarkeit SP 1 ins Grundbuch erfolgte (act. 4/5; act. 4/19; act. 2 Rz. 13; act. 16 Rz. 45). Somit stellt der öffentlich beurkundete Vertrag über Landabtretungen, Servitutenregelung und Erschliessungsbauten vom September 1980 (act. 4/17; nachfolgend "Dienstbarkeitsvertrag") den Erwerbgrund im Sinne von Art. 738 Abs. 2 ZGB dar.

3.1.4. Da sich vorliegend nicht mehr die Ursprungsparteien des Dienstbarkeitsvertrages (Allmend-Korporation D._____, H._____ AG, Erben des I._____, Gemeinde D._____; act. 4/17) gegenüberstehen, ist die Auslegung nach dem wirklichen Willen der ursprünglichen Vertragsparteien nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eingeschränkt. Damit können individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, sofern diese aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für die Beklagten auch nicht erkennbar waren.

3.1.5. Aus dem Wortlaut der Dienstbarkeit geht klar hervor, dass es sich um eine Baubeschränkung handelt, weshalb dieser auch für am Begründungsakt nicht beteiligte Dritte und somit für die Parteien verbindlich ist. Die entscheidende Frage ist somit diejenige nach dem Grund für die damalige Errichtung der streitgegenständlichen Dienstbarkeit.

3.2. Ursprünglicher Zweck der Dienstbarkeit

3.2.1. Unbestritten ist vorliegend, dass die Gemeinde D. _____ am 10. März 1960 gestützt auf § 68a des kantonalen Baugesetzes für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893 sowie die kantonale Verordnung betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 9. Mai 1912 die Bauordnung (BZO 1960) und den zugehörigen Zonenplan für das Gemeindegebiet D. _____ erlassen hat und am 1. April 1976 das kantonale Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975 (aPBG) in Kraft getreten ist (act. 2 Rz. 8; act. 4/11-12; act. 16 Rz. 41).

3.2.2. Die Klägerin bringt vor, dass mit dem Inkrafttreten des aPBGs die aus dem Jahre 1960 stammende Bauordnung und der Zonenplan ihre Gültigkeit nicht automatisch verloren hätten. Die Einführungs- und Schlussbestimmungen des aPBGs hätten vorgesehen, dass die Gemeinden die kommunalen Gesamtpläne innert fünf Jahren seit Inkrafttreten des aPBGs festzusetzen (§ 342 Abs. 1 PBG) und nach deren Erlass innert weiterer drei Jahre die entsprechenden Nutzungsplanungen und Bauvorschriften zu erlassen hätten (§ 343 Abs. 1 PBG). Um Bauvorhaben zu vermeiden, die gestützt auf das alte Recht zwar bewilligungsfähig gewesen seien, jedoch im Widerspruch zur kommenden Nutzungsplanung gestanden hätten, halte § 234 lit. a aPBG fest: "Baureif ist ein Grundstück, wenn es von allen für eine Ueberbauung erforderlichen planungsrechtlichen Festlegungen erfasst ist und keine davon in Aenderung steht. Baureife liegt indessen auch dann vor, wenn noch fehlende oder in Aenderung stehende planungsrechtliche Festlegungen durch die Ausführung eines Bauvorhabens nicht nachteilig beeinflusst werden;" (act. 2 Rz. 24).

3.2.3. Für den Zeitraum zwischen Inkrafttreten des neuen PBGs und Erlass der daran angepassten kommunalen Richt- und Nutzungsplanung habe diese Regelung für Bauvorhaben, welche zwar der noch gültigen BZO entsprochen, jedoch die an das PBG anzupassende Nutzungsplanung im Sinne von § 234 lit. a aPBG nachteilig hätten präjudizieren können, faktisch eine Bausperre bedeutet. Bauvorhaben, welche der noch gültigen BZO nicht entsprochen hätten, seien nicht bewilligungsfähig gewesen, selbst wenn sie den künftigen planerischen Festlegungen entsprochen hätten (act. 2 Rz. 24). Auch im Gebiet F._____ habe wegen dessen Zuordnung zum landschaftlich empfindlichen Gebiet bis zum rechtskräftigen Erlass der neuen BZO ein generelles Bauverbot geherrscht, da eine negative Präjudizierung der noch ausstehenden Nutzungsplanung im Sinne von § 234 aPBG nicht habe ausgeschlossen werden können (act. 2 Rz. 26). Zur Verhinderung dieser negativen Konsequenz habe die Gemeinde schon früh den Erlass privatrechtlicher Vereinbarungen über die zulässige Nutzweise angeregt. Eine solche habe im Sinne einer "Übergangsbaudordnung" die Bewilligungsfähigkeit von Bauvorhaben trotz fehlender neuer Bau- und Zonenordnung sicherstellen sollen (act. 2 Rz. 26). Entsprechend seien die Grundeigentümer mit Gemeinderatsbeschluss vom 5. November 1979 verpflichtet worden, "ihre Grundstücke nach der Zielsetzung der kommunalen Richtplanung zu überbauen bzw. die in den Erwägungen genannten Nutzungsbeschränkungen einzuhalten". Um dieses Ziel zu erreichen, sei festgehalten worden, dass diese Baubeschränkung zulasten der betroffenen Grundstücke und zugunsten der Gemeinde im Grundbuch einzutragen sei (act. 2 Rz. 26; act. 4/16 Disp.-Ziff. 5 Abs. 1; act. 4/18 Ziff. 3 Abs. 1).

3.2.4. Die Beklagten bringen vor, dass in Ziffer 5.2. des Dienstbarkeitsvertrags (act. 4/17) explizit festgehalten worden sei, dass dieses Servitut eine "teilweise Einschränkung gegenüber der bestehenden Bauordnung mit Zonenplan der Gemeinde D._____" darstelle (act. 16 Rz. 42). Von grosser Bedeutung sei, dass die Dienstbarkeit nicht nur zwischen den Grundeigentümern als aus der Dienstbarkeit Belastete und der Gemeinde D._____ als Berechtigte festgelegt, sondern ausdrücklich vereinbart worden sei, dass die Regelung auch unter den Grundeigentümern selbst gelte. Obwohl die damaligen Vertragsparteien wussten, dass bald eine neue Ortsplanung kommen werde und es in Ziff. 1.1. der Vereinbarung unter

der Zweckbestimmung heisse, dass die Servitutenregelung die Ziele der im Gange befindlichen neuen Ortsplanung berücksichtigen solle, sei die Dienstbarkeit nicht befristet und es sei auch nicht bestimmt worden, dass sie nach einer Änderung der BZO der Gemeinde D._____ wegfallen solle. Damit sei offensichtlich, dass der Charakter des Quartieres unabhängig von Änderungen der BZO beibehalten und auch den übrigen Grundeigentümern das Recht eingeräumt werden sollte, sich für die Einhaltung dieser Regelung zu wehren (act. 16 Rz. 43 f., 58 f., 89 f. und 101 f.; act. 34 Rz. 38 ff.; Prot. S. 15 f.).

3.2.5. Übereinstimmend gehen die Parteien davon aus, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1 für den Kaufentscheid der Beklagten im Jahre 2009 ausschlaggebend war (act. 16 Rz. 17, 33 und 91; act. 30 Rz. 9; act. 34 Rz. 39). Daraus folgert die Klägerin, dass die Beklagten somit nicht nur vom Wortlaut der Dienstbarkeit, sondern auch vom Inhalt bzw. von den Baumöglichkeiten nach der damals geltenden BZO 1995 [recte: 1985] Kenntnis hatten (act. 30 Rz. 9). Die Beklagten relativieren dies, indem sie geltend machen, die Liegenschaft im Vertrauen darauf erworben zu haben, dass die Dienstbarkeit den Einfamilienhauscharakter des Quartiers gewährleiste sowie einen Entzug der Aussicht auf den See durch hohe Bauten verhindere (act. 16 Rz. 17 und 33).

3.2.6. Es ist festzuhalten, dass sich die Parteien grundsätzlich darüber einig sind, dass das Motiv der damaligen Vertragsparteien darin bestand, mit der Dienstbarkeit im Sinne einer Übergangsbauordnung die Bewilligungsfähigkeit von Bauvorhaben im Gebiet F._____ trotz fehlender neuer BZO sicherzustellen. Die Uneinigkeit besteht darin, dass die Klägerin das Motiv der Übergangsbauordnung als ausschliesslich betrachtet, die Beklagten der Dienstbarkeit jedoch weitere Zwecke zumessen (act. 30 Rz. 10; act. 34 Rz. 40).

3.2.7. Die Klägerin ist der Ansicht, dass sich der Zweck klar aus dem Begründungsakt ergebe: Die einschränkende Wirkung der Dienstbarkeit habe sich gemäss Dienstbarkeitsvertrag auf "die bestehende Bauordnung mit Zonenplan der Gemeinde D._____" bezogen. Damit die "Berücksichtigung der Ziele der im Gange befindlichen neuen Ortsplanung" habe wirksam werden können, hätten die

bauwilligen Grundeigentümer auf die Anrufung der immer noch gültigen Bauvorschriften der BZO 1960 verzichten und sich auf die Anwendung der in der Dienstbarkeit SP Art. 1 formulierten Nutzungsordnung beschränken müssen (act. 2 Rz. 27-29; act. 4/5; act. 4/17 S. 1). Die Berechtigung, nach der Dienstbarkeit zu bauen, sei durch das Recht ersetzt worden, nach der neuen BZO 1984 zu bauen. Somit sei mit Inkrafttreten der BZO 1984 das ursprüngliche Interesse der einbezogenen Grundstücke bzw. deren Eigentümer an der vorübergehenden Aufrechterhaltung der Überbaubarkeit ihrer Grundstücke unwiederbringlich erloschen; der Zweck der Berücksichtigung der Ziele der im Gange befindlichen neuen Ortsplanung habe sich erfüllt (act. 2 Rz. 29 f.). Die Klägerin stellt in Abrede, dass es Ziel der privaten Vertragsparteien gewesen sei, sich auch für die Zeit nach Erlass der neuen BZO dem Regime der Baubedingungen der Dienstbarkeit unterwerfen zu wollen (act. 30 Rz. 10) und die Überbaubarkeit der einbezogenen Parzellen zu gegenseitigen Gunsten einzuschränken und den einzelnen Grundeigentümern das Recht einzuräumen, diese Beschränkungen durchzusetzen (act. 2 Rz. 29). Die Gemeinde D. _____ als Partei der Personaldienstbarkeit hätte den Dienstbarkeitsvertrag auch nie unterzeichnet, wenn sich die privaten Grundeigentümer im gleichen Vertrag mit der als Grunddienstbarkeit ausgestalteten Baubeschränkung für ihre Parzellen mit einer Gesamtfläche von 78'000 m² auch über den Erlass der damals angestrebten BZO hinaus hätten binden wollen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass das gesamte Bezugsgebiet der Teilnahme an der künftigen Raumplanung entzogen worden wäre, was nicht den damaligen raumplanerischen Vorstellungen entsprochen habe (act. 30 Rz. 11).

3.2.8. Die Beklagten wenden dagegen ein, dass die Dienstbarkeit lediglich zwischen der Gemeinde D. _____ als Berechtigte einerseits und den Grundeigentümern als Belastete andererseits hätte errichtet werden müssen, wenn lediglich eine Vorwegnahme der Bau- und Zonenordnung geplant gewesen sei. Davon hätten die Errichter der Dienstbarkeit aber abgesehen. Sie hätten die Dienstbarkeit bewusst so konstruiert, dass nicht nur die Gemeinde D. _____ auf die Durchsetzung ihrer damaligen raumplanerischen Ziele habe pochen können, sondern dass auch jeder einzelne Grundeigentümer von den anderen Grundeigentümern im betroffe-

nen Gebiet die Einhaltung der Regelungen der Dienstbarkeit habe verlangen können (act. 16 Rz. 101; act. 34 Rz. 42 f. und 75). Auch wäre es ohne weiteres möglich gewesen, die Dienstbarkeit bis zum Erlass der angepassten BZO zu befristen und auch dies sei bewusst nicht gemacht worden (act. 16 Rz. 102; act. 34 Rz. 61-63). Überdies gehe die Dienstbarkeit vielfach über die späteren Regelungen der BZO hinaus, was zeige, dass die Vertragsparteien nicht einfach hätten die zukünftige BZO vorwegnehmen wollen, sondern dass sie darüber hinaus auch weitere Regelungen der Überbauung angestrebt hätten, welche darauf abzielten, im besagten Gebiet eine lockere, hochwertige Überbauung zu gewährleisten (act. 34 Rz. 38 und 41). Die Vertragsparteien hätten bewusst davon abgesehen, eine Anpassung der Dienstbarkeit bei Änderungen der BZO vorzusehen (act. 16 Rz. 103 f.).

3.2.9. Unbestritten ist, dass das aPBG einschränkender war als die damals aktuelle BZO und bis zum Inkrafttreten der neuen BZO diverse Bauvorhaben, mithin auch dasjenige im Gebiet F._____, nicht hätte realisiert werden können. Drei Grundeigentümer mit Ländereien verfolgten das Ziel dort zu bauen, weshalb sie untereinander sowie unter Einbezug der Gemeinde D._____ den Dienstbarkeitsvertrag schlossen. In Ziffer 5.2. des Dienstbarkeitsvertrags wurde die Baubeschränkung sodann "zu Gunsten" der Gemeinde D._____ sowie "zu Lasten und zu Gunsten" der Grundeigentümer errichtet. Dieser Umstand wurde noch weiter ausformuliert, indem wörtlich festgehalten wurde: "Die jeweiligen Eigentümer der erfassten und auf der Planbeilage dargestellten, neuen Nettoflächen vorgenannter Grundstücke verpflichten sich gegenüber der Gemeinde D._____ wie auch untereinander [...]" (act. 4/17 S. 17).

3.2.10. Es liegt auf der Hand, dass diese drei Grundeigentümer und ursprünglichen Vertragsparteien hauptsächlich gewinnbringend bauen wollten. Das Ziel war keineswegs sich gegenseitig einzuschränken. Dafür spricht auch Ziffer 1.1. des Dienstbarkeitsvertrags, welche unter dem Titel Vertragszweck festhält, dass die Servitutenregelung die Ziele der im Gange befindlichen neuen Ortsplanung D._____ berücksichtigen solle (act. 4/17). Der Zweck der Dienstbarkeit lag somit im Erhalt der Baubewilligung zur Realisierung der Bauprojekte, weshalb der

Dienstbarkeitsvertrag mit Geltung zwischen den Grundeigentümern selber sowie gegenüber der Gemeinde D. _____ geschlossen wurde. Der Einbezug der Gemeinde D. _____ war denn auch – wie von der Klägerin zutreffend vorgebracht, jedoch von den Beklagten bestritten (act. 16 Rz. 65) – in dem Sinne unerlässlich, als andernfalls die Dienstbarkeit SP Art. 1 gar keine öffentlich-rechtliche Wirksamkeit hätte entfalten können. Schliesslich wirkte sich die Pflicht der Grundeigentümer zur Einhaltung der Baubeschränkung gemäss Dienstbarkeit ausschliesslich gegenüber der Gemeinde aus, die in ihrer Funktion als Baubewilligungsbehörde befugt war, über die Einhaltung der Dienstbarkeit zu wachen und als Gegenleistung die Überbaubarkeit der belasteten Grundstücke zu erlauben. Sodann ist auch das von den Baubedingungen der Dienstbarkeit abweichende Dach der Liegenschaft der Beklagten ein Indiz dafür, dass sich die ursprünglichen Vertragsparteien eben nicht mehr als nötig binden bzw. gegenseitig mittels Bauvorschriften einschränken wollten, sondern mit Errichtung der Dienstbarkeit vielmehr die Realisierung ihrer Bauprojekte vor Inkrafttreten der neuen BZO bezweckten.

3.2.11. Dem Vorbringen der Klägerin, wonach die Gegenleistung zur baubeschränkenden Verpflichtung im Recht jedes beteiligten Grundeigentümers, sein Grundstück nach den in der Dienstbarkeit festgelegten Bedingungen zu überbauen, bestanden habe und dass dieses Recht durch das Recht nach der neuen BZO 1984 zu bauen ersetzt worden sei (act. 2 Rz. 30), ist zuzustimmen. Dafür spricht der Umstand, dass der Gemeinderat D. _____ mit Gemeinderatsbeschluss Nr. 11 vom 24. November 1988 der Löschung der Baubeschränkung im Gebiet F. _____ gemäss Dienstbarkeit SP Art. 1 hinsichtlich der Berechtigung der Gemeinde D. _____ vorbehaltlos zustimmte (act. 2 Rz. 18; act. 4/26). Der Gemeinderat hielt in den Erwägungen Folgendes fest: "Aufgrund der damals pendenten Ortsplanung liessen sich die Zielsetzungen für die neue Bau- und Zonenordnung bereits ziemlich klar umschreiben. Die entsprechenden Rahmenbedingungen wurden deshalb als privat-rechtliche Baubeschränkung in der Form einer Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen [...] Die neue Bau- und Zonenordnung ist in Kraft. [...] Die Dienstbarkeit SP 1 hat ihren Zweck erfüllt. Aufgrund der heute geltenden Bauordnung können die privat-rechtlichen Baubeschränkungen im Rahmen von

Bewilligungsverfahren von der Baubehörde nicht mehr berücksichtigt werden" (act. 4/26).

3.2.12. Der Dienstbarkeitsvertrag (act. 4/17) wurde sowohl von den damaligen Grundeigentümern als auch von der Gemeinde D._____ unterzeichnet. Warum dieser unter den Grundeigentümern einen anderen Vertragszweck haben soll als gegenüber der Gemeinde D._____, erhellt nicht. Wenn die Dienstbarkeit SP Art. 1 ihren Zweck aus Sicht der Gemeinde D._____ erfüllt hat, müsste dies grundsätzlich auch für die privaten Grundeigentümer gelten. Schliesslich galten die Baubeschränkungen gemäss Dienstbarkeitsvertrag (act. 4/17) für alle Vertragsparteien gleichermassen und dienten wie gezeigt insbesondere nicht dazu, die privaten Grundeigentümer untereinander einzuschränken.

3.2.13. Sodann gelang es den Beklagten nicht, aufzuzeigen, dass der Dienstbarkeitsvertrag (act. 4/17) auch geschlossen worden wäre, wenn die Problematik mit dem Inkrafttreten des neuen PBGs und der noch nicht entsprechend angepassten BZO der Gemeinde D._____ nicht bestanden hätte. Des Weiteren wird in Ziffer 5.2. des Dienstbarkeitsvertrags (act. 4/17) unter dem Titel "Baubeschränkung" festgehalten, dass die jeweiligen Eigentümer sich gegenüber der Gemeinde D._____ wie auch untereinander, in teilweiser Einschränkung gegenüber der bestehenden Bauordnung mit Zonenplan der Gemeinde D._____ verpflichten. Es war keineswegs die Rede von der "jeweiligen" BZO. Wollte man künftige BZOs zementieren, müsste dies im Vertragszweck festgehalten werden. Dies wurde vorliegend aber gerade nicht getan.

4. Fazit

4.1. Abschliessend ist demnach festzuhalten, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1 als Übergangsbauordnung bis zum Inkrafttreten der neuen BZO 1985 errichtet wurde. Nach Inkrafttreten der besagten BZO fiel das Interesse am ursprünglich mit der errichteten Dienstbarkeit verfolgten Zwecks weg. Gemäss dem Grundsatz der Identität der Dienstbarkeiten ist die Ausübung der Dienstbarkeit nur im Rahmen der ursprünglichen Zweckes zulässig, zu dem sie begründet worden war.

Fällt dieser weg, darf die Dienstbarkeit nicht zu einem anderen Zweck aufrechterhalten werden. Der Wegfall des ursprünglichen Interesses kann nicht durch ein neues Interesse ersetzt werden (BSK ZGB II-PETITPIERRE, Art. 736 N 15 m.w.H.). Die Klägerin und Eigentümerin der mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks hat folglich einen Anspruch auf Löschung der Dienstbarkeit.

4.2. In Gutheissung der Klage ist daher festzustellen, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1, D._____, für die im Eigentum der Klägerin stehenden Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3, D._____, alles Interesse verloren hat.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Streitwert

1.1. Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einig sind oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten bestimmt sich der Streitwert grundsätzlich nach dem wirtschaftlichen Interesse des berechtigten oder aber des belasteten Grundstücks, wobei der höhere Wert der beiden massgebend ist. Dabei gilt es zu unterscheiden, ob der Bestand der Dienstbarkeit oder aber bloss dessen Umfang bzw. Ausdehnung strittig ist (BGer vom 29. November 2013, 5A_ 400/2013, E. 1.2.2).

1.2. Die Klägerin geht angesichts der Baubeschränkungs Vorschriften gemäss Dienstbarkeit von einer erheblichen Werteinbusse des Baugrundstücks im Vergleich mit der bewilligten Arealüberbauung nach den Bauvorschriften der Bau- und Zonenordnung aus und beziffert den Streitwert mit Fr. 4'900'000.– (act. 2 Rz. 4 ff.). Die Beklagten sind der Ansicht, der Wertzuwachs infolge Wegfall der Dienstbarkeit sei von der Klägerin zu tief angesetzt worden, stellen die Berechnung des Streitwerts jedoch weder in der Höhe noch in der Methode in Frage (act. 16 Rz. 39). Es ist daher von einem Streitwert in Höhe von Fr. 4'900'000.– auszugehen.

2. Gerichtskosten

2.1. Gemäss Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) richtet sich die Gerichtsgebühr in Zivilprozessen nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Schwierigkeit des Falles sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d GebV OG). Der Streitwert der Klage beläuft sich auf rund Fr. 4'900'000.–. Der Zeitaufwand des Gerichts, welcher namentlich von zwei erfolgten Schriftenwechseln, einer Noveneingabe, der Instruktionsverhandlung vom 8. November 2019, einer Hauptverhandlung sowie dem vorliegenden Urteil herrührt, ist im Verhältnis zum Streitwert und in Anbetracht der nicht sehr umfangreichen Rechtsschriften von rund 150 Seiten eher gering. Die Schwierigkeit und Komplexität des vorliegenden Sachverhalts ist im mittleren Bereich anzusiedeln. Es ist daher angemessen, die Gerichtsgebühr auf Fr. 24'000.– festzusetzen.

2.2. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Prozesskosten umfassen die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung, namentlich der Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 ZPO).

2.3. Die Klage ist gutzuheissen, weshalb den Beklagten sämtliche Gerichtskosten aufzuerlegen sind.

2.4. Die Klägerin hat einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 69'750.– (act. 8) geleistet. Die Gerichtskosten werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der nicht beanspruchte Teil des Vorschusses wird der Klägerin zurückerstattet. Der Klägerin steht im Umfang der Entscheidgebühr von Fr. 24'000.– bzw. zwei Drittel davon (Fr. 16'000.–), welche aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen wurde, jedoch den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt wird, ein Rückgriffsrecht gegenüber den Beklagten zu.

3. Parteientschädigung

3.1. Die Klägerin beantragt eine Parteientschädigung, welche ihr aufgrund ihres vollumfänglichen Obsiegens zuzusprechen ist (act. 2 S. 2; Art. 105 Abs. 2 und

Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteienschädigung einer anwaltlich vertretenen Partei ist gestützt auf die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzulegen. In Zivilprozessen sind Streitwert bzw. Interessewert, Verantwortung, Zeitaufwand und Schwierigkeit des Falles massgeblich (§ 2 AnwGebV). Trotz des hohen Streitwerts ist insgesamt ein geringer Zeitaufwand des Rechtsvertreters der Klägerin anzunehmen. So ist in Bezug auf die Komplexität des vorliegenden Verfahrens maximal von einem mittelschwierigen Sachverhalt auszugehen, was sich unter anderem auch in den für einen ordentlichen Zivilprozess eher kurzen Rechtsschriften (act. 2; act. 30; act. 39) zeigt. Es rechtfertigt sich daher, die Grundgebühr inklusive den Aufwendungen für die Hauptverhandlung auf Fr. 20'000.– festzulegen. Ein zusätzlicher Aufwand fiel vorliegend hauptsächlich durch den erfolgten zweiten Schriftenwechsel sowie die Instruktionsverhandlung an. Aufgrund des daraus entstandenen Mehraufwands rechtfertigt sich im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV ein Zuschlag von Fr. 10'000.–, was eine Parteienschädigung in Gesamthöhe von Fr. 30'000.– ergibt.

3.2. Ebenfalls von den Beklagten zu tragen sind die für das Schlichtungsverfahren vor dem Friedensrichteramt Horgen auf Fr. 700.– festgesetzten und von der Klägerin bezogenen Kosten (Art. 207 ZPO; act. 1).

3.3. Die Beklagten sind entsprechend unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin eine Parteienschädigung von insgesamt Fr. 30'000.– (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) sowie Fr. 700.– (Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.

V. Rechtsmittel

Ordentliches Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung, sofern das Streitwerterfordernis von Fr. 10'000.– erfüllt ist (Art. 308 ZPO). Der zuletzt aufrechterhaltene Streitwert beträgt vorliegend rund Fr. 4'900'000.–. Als Rechtsmittel kann folglich die Berufung erhoben werden (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Klage wird festgestellt, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1, D. _____ für die Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3, D. _____ der Beklagten alles Interesse verloren hat.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 24'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 69'750.– verrechnet. Die Bezirksgerichtskasse Horgen wird angewiesen, der Klägerin den nicht beanspruchten Teil des Vorschusses zurückzuerstatten.
Der Klägerin steht im Umfang der Entscheidgebühr von Fr. 24'000.– bzw. zwei Drittel davon (Fr. 16'000.–), welche aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen wurde, jedoch den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt wird, ein Rückgriffsrecht gegenüber den Beklagten zu.
4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 30'000.– (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) sowie Fr. 700.– (Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Horgen, 3. November 2020

BEZIRKSGERICHT HORGEN

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. T. Walthert

MLaw L. Peter