



5A_377/2017

Urteil vom 27. Februar 2018
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Lukas Wolfer,
Beschwerdeführer,

gegen

1. **B.B.** _____,
2. **C.B.** _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ulrich Weiss,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Näherbaurecht,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 27. März 2017
(LB160073-OU).

Sachverhalt:

A.

A._____ (Beschwerdeführer) ist Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. ppp in Zürich (GBA U._____). Das angrenzende Grundstück Kat.-Nr. qqq steht im Miteigentum von B.B._____ und C.B._____ (Beschwerdegegner). Beide Grundstücke sind mit je einem Wohnhaus überbaut.

B.

B.a Am 22. Juni 1933 vereinbarten die Rechtsvorgänger der heutigen Eigentümer, dass zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. ppp der Grenzabstand für den auf dem Grundstück Kat.-Nr. qqq in Ausführung begriffenen Saalbau auf 3.5 m herabgesetzt wird, dass der heutige Grenzabstand von 3.5 m aber auf 5 m zu erweitern ist, wenn der Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. qqq die Erhöhung des auf demselben in Ausführung begriffenen Saalbaues oder die Erstellung eines mehrstöckigen Neubaus beabsichtigt. Die Grunddienstbarkeit wurde als Näherbaurecht (SP rrr) im Grundbuch eingetragen.

B.b Mit Vereinbarung vom 31. August 1973 begründeten der Beschwerdeführer und der Rechtsvorgänger der Beschwerdegegner ein Näherbaurecht zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. ppp und zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. qqq in Ziff. I/2 neu wie folgt:

"Der Eigentümer des berechtigten Grundstückes hat wie bisher das Recht, seinen einstöckigen Saalbau bis auf 3.50 m an die gemeinsame Grenze zu stellen und fortbestehen zu lassen.

Ferner hat er das Recht, das Gebäude Vers.-Nr. sss auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht um 2 m über die bestehende Höhe des Saalbaues durchgehend aufzustocken."

Die Grunddienstbarkeit wurde als Näherbaurecht (SP tt) im Grundbuch eingetragen unter gleichzeitiger Löschung des bestehenden Näherbaurechts (SP rrr).

B.c Am 22. November 1974 erhielt der Rechtsvorgänger der Beschwerdegegner die baurechtliche Bewilligung, den eingeschossigen Flachdachbau auf seinem Grundstück Kat.-Nr. qqq um ein Vollgeschoss aufzustocken, was er in der Folge auch tat.

C.

2011/12 planten die Beschwerdegegner, das Einfamilienhaus auf ihrem Grundstück Kat.-Nr. qqq unter Einhaltung des gesetzlichen

Grenzabstandes zum Grundstück des Beschwerdeführers um ein Attikageschoss aufzustocken. Die Bausektion des Stadtrates Zürich erteilte dazu die Baubewilligung am 27. März 2012. Auf Rekurs des Beschwerdeführers hin verweigerte das Baurekursgericht des Kantons Zürich die Baubewilligung für den unbeheizten Wintergarten im 1. Obergeschoss, bestätigte aber im Übrigen die Baubewilligung (Entscheid vom 28. September 2012). Der Beschwerdeführer erhob dagegen erfolglos Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht (Urteil vom 30. Januar 2013) und an das Bundesgericht (Urteil 1C_267/2013 vom 15. August 2013).

D.

Mit Klage vom 16. Dezember 2014 beantragte der Beschwerdeführer im Wesentlichen, die Beschwerdegegner seien zu verpflichten, die realisierte Aufstockung (Attikageschoss) zu beseitigen und den erhöhten Kamin wieder auf das ursprüngliche Mass zu reduzieren, eventuell den an der Ostfassade des Attikageschosses bestehenden Ausgang auf das Dach zu verschliessen, und subeventuell sei den Beschwerdegegnern zu verbieten, das Dach ihres Gebäudes als Terrasse oder anderweitig zu nutzen und mit einer entsprechenden Absturzsicherung zu versehen, soweit das Dach bzw. der betreffende Teil des Gebäudes im Grenzabstandsbereich zum Grundstück Kat.-Nr. ppp gelegen ist und nur unter Inanspruchnahme der Dienstbarkeit SP ttt erstellt werden konnte. Die Beschwerdegegner schlossen auf Abweisung der Klage. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab (Urteil vom 5. September 2016). Der Beschwerdeführer legte dagegen Berufung ein. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Berufung ab und bestätigte die bezirksgerichtliche Klageabweisung (Urteil vom 27. März 2017).

E.

Mit Eingabe vom 15. Mai 2017 erneuert der Beschwerdeführer vor Bundesgericht seine Klagebegehren. Im Eventualstandpunkt beantragt er, das obergerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens – namentlich zur Durchführung eines Augenscheins – und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanzen zurückzuweisen. Es sind die kantonalen Akten eingeholt, hingegen weder das Obergericht noch die Beschwerdegegner zur Vernehmlassung eingeladen worden.

Erwägungen:

1.

Das angefochtene Urteil betrifft Inhalt und Umfang eines Näherbau-rechts (Art. 730 ff. ZGB) und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert sich gemäss den obergerichtlichen Annahmen (E. 5 S. 23) auf Fr. 500'000.-- beläuft und damit den gesetzlichen Mindestbetrag übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 136 III 60 E. 1 S. 62 f.). Es ist kantonal letzt- und oberinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil des Beschwerdeführers (Art. 76 Abs. 1 BGG) und schliesst das kantonale Verfahren ab (Art. 90 BGG). Auf die im Weiteren fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a und Art. 45 Abs. 1 BGG) erhobene Beschwerde kann eingetreten werden. Das Begehren auf Beseitigung des Attikageschosses und auf Rückbau des Kamins hat das Obergericht mit einer Haupt- und einer Eventualbegründung abge-wiesen (E. 4.2 S. 13 ff. und E. 4.3 S. 15 ff. des angefochtenen Urteils). Der Beschwerdeführer setzt sich mit beiden Urteilsgründen auseinander (S. 5 ff. Rz. 10-14 und S. 8 ff. Rz. 15-29 der Beschwerdeschrift) und erfüllt insoweit die formellen Anforderungen an die Rechtschrift (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368). Seine Verweise auf Eingaben im kantonalen Verfahren (z.B. S. 7 Rz. 13c und Rz. 13d sowie S. 16 Rz. 32 der Beschwerdeschrift) sind hingegen unzulässig (BGE 134 I 303 E. 1.3 S. 306; 140 III 115 E. 2 S. 116).

2.

2.1 Zum Begehren auf Beseitigung des Attikageschosses und auf Rückbau des Kamins hat das Obergericht in seiner Hauptbegründung erwogen, für die Bestimmung der Tragweite einer Dienstbarkeit gelte der Dienstbarkeitsvertrag, solange sich die vertragsschliessenden Par-teien gegenüberstünden. Gegenüber einem Dritterwerber – so im vor-liegenden Fall – gelte hingegen primär der Grundbucheintrag. Sei die-ser nicht klar genug, so sei auf den Dienstbarkeitsvertrag abzustellen, genüge auch das nicht, sei massgeblich wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden sei. Durch das Primat des Grundbucheintrages werde der gute Glaube eines Grundstückserwerbers geschützt, aber in Kauf genommen, dass gegebenenfalls nicht umgesetzt werden könne, was die ursprüngli-chen Vertragspartner vereinbart hätten. Denn der öffentliche Glaube, den der Grundbucheintrag schaffe, erlaube es nicht, dass über die Berücksichtigung des Vertrages bzw. durch Vertragsauslegung das Recht, wie es sich aus dem Grundbucheintrag ergebe, verändert oder

berichtigt werde. Der Erwerber eines Grundstücks dürfe sich darauf verlassen, dass ihn eine Dienstbarkeit nicht mehr belaste, als sich dies aus dem Grundbucheintrag ergebe. Unter Anführung von Beispielen hat das Obergericht dafürgehalten, einem Erwerber einer Liegenschaft könnten keine Dienstbarkeitsinhalte entgegengehalten werden, die zwar im Servitutsvertrag vereinbart gewesen seien, mit denen er aber nach Treu und Glauben aufgrund der stichwortartigen Umschreibung im Grundbucheintrag nicht habe rechnen müssen. Gestützt auf den Grundbucheintrag "Näherbaurecht" hätten die Beschwerdegegner davon ausgehen dürfen, dass es ihnen erlaubt sei, den sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Grenzabstand gegenüber dem Grundstück des Beschwerdeführers zu unterschreiten. Zur Bestimmung des Ausmasses müssten sie sich den Servitutsvertrag entgegenhalten lassen, unabhängig davon, ob sie diesen gekannt hätten oder nicht. Die im Servitutsvertrag festgelegte Höhenbeschränkung müssten sich die Beschwerdegegner deshalb für den Näherbaubereich entgegenhalten lassen, da damit das Näherbaurecht präzisiert werde. Nicht mit dem Begriff "Näherbaurecht" sei hingegen eine Baubeschränkung ausserhalb des Näherbaubereichs vereinbar, weil mit einem solchen teilweisen Verbot der Bautätigkeit unter dem Titel "Näherbaurecht" offensichtlich nicht habe gerechnet werden müssen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers könne eine so weitgehende Baubeschränkung auch nicht als blosse Nebenabrede zum Näherbaurecht verstanden werden. Das Vertrauen in den Grundbucheintrag sei zu schützen. Unabhängig vom Inhalt des Servitutsvertrages schränke die Dienstbarkeit die Beschwerdegegner in ihrer Bautätigkeit ausserhalb des Näherbaurechts nicht ein. Der Beschwerdeführer verlange mit Rechtsbegehren Ziff. 1 die Beseitigung des Attikageschosses und die Reduktion des Kamins. Beides befinde sich ausserhalb des Näherbaubereichs. Nach dem Gesagten schränke die Servitut in diesem Bereich die Beschwerdegegner in ihrer Bautätigkeit nicht ein, weshalb die Klage von der Vorinstanz in diesem Umfang zu Recht abgewiesen worden sei (E. 4.2 S. 13 ff. des angefochtenen Urteils).

2.2 Der Beschwerdeführer will der Rechtsauffassung nicht folgen und hebt hervor, dass sich dem Grundbucheintrag "Näherbaurecht" überhaupt nicht entnehmen lasse, was für ein Näherbaurecht bestehe und in welchem Umfang sowie unter welchen Voraussetzungen bzw. mit was für einer Baute näher an die Grenze gebaut werden dürfe. Bei dieser Sachlage könne sich der Erwerber der Liegenschaft unter keinem Titel darauf berufen, er habe mit dem Inhalt des Begründungsakts und den sich daraus ergebenden Modalitäten, die bei der Inanspruchnahme des Rechts zu beachten seien, nicht rechnen müssen. Das

vom Obergericht angeführte Beispiel sei nicht einschlägig. Die Ausdehnung eines Fusswegrechts zum Fahrwegrecht stelle unbestreitbar eine Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit dar, die sich ein Erwerber – des belasteten Grundstücks! – nicht gefallen lassen müsse. Die Konkretisierung der zulässigen Näherbaute im Begründungsakt stelle keine solche Änderung bzw. Berichtigung dar. Es könne nicht zweifelhaft sein, dass Parteien in einem Dienstbarkeitsvertrag die zulässige Näherbaute genauer umschreiben bzw. konkretisieren dürften – und zwar, wenn ihnen das beliebt, auch für die Gebäudeteile ausserhalb des Abstandsbereichs: Solche Abmachungen stellten weder eine Baubeschränkung dar, noch blosses Nebenabreden. Wollte ein Dienstbarkeitsberechtigter von der Servitut Gebrauch machen, wozu er in keiner Weise verpflichtet sei, dann müsse er die sich aus dem Begründungsakt ergebenden Abmachungen bzw. solche funktionellen Beschränkungen beachten. Somit bestehe kein Raum für den Schutz, welchen das Obergericht den Beschwerdegegnern ausgehend vom Grundbucheintrag zukommen lassen wolle. Es wäre denn auch bedenklich, wenn sich der Beschwerdeführer (oder dessen Rechtsnachfolger) als belasteter Eigentümer plötzlich mit einer Baute konfrontiert sähe, die in keiner Weise dem Grundbucheintrag und dem zulässigerweise konkretisierenden Begründungsakt entspreche. Näherbaurechte könnten damit nicht mehr von Einschränkungen (auch) ausserhalb des Abstandsbereichs abhängig gemacht werden, weil solche Einschränkungen im stichwortartigen Grundbucheintrag nicht zum Ausdruck gebracht werden könnten. Für ein solches Ergebnis könne kein Raum bestehen, und ein solches entspreche auch nicht der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung (S. 6 ff. Rz. 13 der Beschwerdeschrift).

2.3

2.3.1 In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass die Beschwerdegegner als Eigentümer des berechtigten Grundstücks an der Begründung des Näherbaurechts zulasten des Grundstücks des Beschwerdeführers nicht beteiligt waren. Sie haben vielmehr mit dem Eigentum am berechtigten Grundstück das Näherbaurecht erworben. Ihnen gegenüber gilt der Grundbucheintrag "Näherbaurecht" als richtig und vollständig (vgl. Art. 973 ZGB; BGE 137 III 145 E. 3.3.1 S. 148 und 153 E. 4.1.1 S. 155). Er ist gemäss Art. 738 Abs. 1 ZGB für den Inhalt des Näherbaurechts massgebend, soweit sich aus ihm Rechte und Pflichten deutlich ergeben. Ist diese Voraussetzung erfüllt, kommt es nicht darauf an, welcher Inhalt des Näherbaurechts sich gemäss Art. 738 Abs. 2 ZGB aus seinem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben kann, wie es während längerer Zeit unangefochten und im guten Glauben ausgeübt worden ist (BGE 137 III 444 E. 3.3 S. 449). Eindeutige Ein-

träge sind in der Praxis nicht derart selten, wie gemeinhin angenommen wird. Der Grundbucheintrag "Wohnrecht zG Walter R., Gertrud R. & Peter & Susanna R." ist eindeutig sowohl mit Bezug auf den Kreis der Berechtigten wie auch hinsichtlich der Dauer des Wohnrechts (BGE 123 III 461 E. 2b S. 464), das als "servitude de passage à pied et pour tous véhicules de quatre mètres de largeur" eingetragene Wegrecht kann nicht gemäss Vertrag schmaler als im Eintrag angegeben sein (Urteil 5C.151/1999 vom 11. November 1999 E. 3b, in: ZBGR 81/2000 S. 272), der Eintrag "Baurecht für Zugscheibenanlage" umfasst kein Überschliessrecht (Urteil 5C.270/2000 vom 12. April 2001 E. 2b, in: ZGBR 84/2003 S. 37), ein "Benützungsrecht Autoabstellplatz Nr. 1 in der Tiefgarage z.G. vvv und z.L. uuu" belastet das Grundstück Nr. uuu und nicht gemäss Vertrag auch das Grundstück Nr. vvv (Urteil 5A_657/2014 vom 27. April 2015 E. 6.1, in: ZBGR 97/2016 S. 345) u.v.a.m.

2.3.2 Der Grundbucheintrag "Näherbaurecht" umfasst das Recht, in einem geringeren als dem gesetzlichen Abstand an die Grenze des Nachbargrundstücks zu bauen, d.h. auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten. Im Gegensatz zu den gewöhnlichen Baurechtsdienstbarkeiten (Art. 675 Abs. 1 und Art. 779 Abs. 1 ZGB) baut der aus einem Näherbaurecht berechnigte Eigentümer auf seinem eigenen Grundstück und nicht auf dem belasteten Grundstück, und dessen Eigentümer wiederum hat keinen Eingriff in die Substanz seines Grundstücks zu dulden, sondern die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestgrenzabstandes durch den berechtigten Eigentümer auf dem Nachbargrundstück (vgl. RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Aufl. 2000, § 13 N. 15 S. 77). Es stellt sich die Frage, ob der Grundbucheintrag "Näherbaurecht" vertragliche Bestimmungen über den Inhalt und Umfang, wie namentlich über die Lage, Gestalt und Ausdehnung und den Zweck der Näherbaute, mit verbindlicher Wirkung für jeden Erwerber erfasst, obwohl das Bauwerk nicht auf dem belasteten, sondern auf dem berechtigten Grundstück errichtet oder beibehalten wird.

2.3.3 Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage vereinzelt wie folgt Stellung genommen:

2.3.3.1 Mit Bezug auf das im Grundbuch zugunsten des Grundstücks Nr. 1146 eingetragene "R. Näherbaurecht lt. Beleg z.L. 1148, 1149" wollte der Eigentümer des berechtigten Grundstücks gerichtlich festgestellt wissen, dass auf seinem Grundstück Nr. 1146 eine Baute mit einer Fassadenhöhe von 8.20 m erstellt werden dürfe und dass der

Baute keine privatrechtliche Bauhöhenbeschränkung zugunsten der Eigentümer der belasteten Grundstücke entgegenstehe. Laut Beleg über ein "Näherbaurecht für ein Auto-Werkstattgebäude mit späterem Aufbau einer Wohnung" war die Gebäudehöhe nach Aufbau einer Wohnung "über dem Ersatzteillager auf max. 8.20 m", hingegen "über der Werkstatt auf max. 7.70 m" begrenzt. Das Bundesgericht bestätigte deshalb die kantonale oberinstanzliche Abweisung der Feststellungsklage (Urteil 5C.127/1990 vom 8. Oktober 1990 E. 2-4).

2.3.3.2 Der Eigentümer des Grundstücks, zu dessen Gunsten und zu lasten des Nachbargrundstücks ein "Näherbaurecht für Voliere mit Geräteraum" im Grundbuch eingetragen war, beabsichtigte, in der südwestlichen Verlängerung – d.h. auf der von der Grenze zum belasteten Grundstück abgewandten Seite – der bestehenden Voliere einen Gartenpavillon zu errichten, der durch zwei Balken mit der einen Meter davon entfernten Voliere verbunden werden sollte. Die kantonale Oberinstanz verbot ihm die Erstellung der Baute wegen Verletzung des Näherbaurechts. Das Bundesgericht hiess die dagegen erhobene Berufung gut und stellte die zivilrechtliche Berechtigung zum Bau des Gartenpavillons fest. Es leitete seine rechtlichen Überlegungen wie folgt ein: "Wer seinem Nachbarn ein Näherbaurecht einräumt, kann ein Interesse daran haben, dass nur eine ganz bestimmte Baute den gesetzlichen Grenzabstand – ganz oder teilweise – unterschreitet, und dementsprechend Art und Umfang der Baute in allen Einzelheiten in den Dienstbarkeitsvertrag aufnehmen lassen. Eine Dienstbarkeit solchen Inhalts geht über ein blosses Näherbaurecht hinaus, ist aber ohne weiteres zulässig" (E. 3a mit Hinweis auf BGE 108 II 43 E. b: "Le parti che stipulano un contratto costitutivo di servitù sono libere, per principio, di fissarne il contenuto (art. 19 CO), di definire cioè le facoltà che spettano al proprietario del fondo dominante."). Das Bundesgericht stellte fest, dass der Gartenpavillon (einschliesslich Verbindungsbalken zur Voliere) in einem Bereich des Grundstücks zu stehen kommen soll, der diesseits des gesetzlichen Mindestabstandes liegt, und dass der Gartenpavillon zudem als Baute erscheint, die von der Voliere funktional verschieden, von dieser optisch abgehoben und – abgesehen von den Verbindungsbalken – körperlich-räumlich getrennt ist (E. 3b). Entgegen der Ansicht des Obergerichts, so schloss das Bundesgericht die Beurteilung ab, berührt die Dienstbarkeit das Bauprojekt nach dem Gesagten in keiner Weise. Sie steht dem Bauvorhaben demnach nicht entgegen. Die Vorinstanz geht davon aus, dass Gartenpavillon und Voliere wegen ihrer Verbindung durch zwei Holzbalken aus öffentlich-rechtlicher Sicht als bauliche Einheit erschienen, was dazu führe, dass gewisse kantonale Gebäudeabstandsvorschriften nicht zum Tragen

kämen. Es geht indessen nicht an, im vorliegenden Verfahren die auf dem öffentlichen Baurecht beruhende Qualifikation ohne weiteres zu übernehmen und den Pavillon als An- bzw. Erweiterungsbau zur Voliere zu bezeichnen. Ob und allenfalls unter welchen Umständen ein solcher gegen die Dienstbarkeit verstossen würde, braucht hier nicht erörtert zu werden. Bei der von ihr vorgenommenen gesamtheitlichen Würdigung verkennt die Vorinstanz, dass nach der geltenden Ordnung dem kantonalen öffentlichen Recht gegenüber dem hier in Frage stehenden Bundesprivatrecht keineswegs Vorrang zukommt (E. 3c des Urteils 5C.238/1992 vom 30. März 1993).

2.3.3.3 In BGE 128 III 169 schliesslich wurde anerkannt, dass funktionelle Beschränkungen der Dienstbarkeit nur ausnahmsweise im Wortlaut des Grundbuches erscheinen, wohl aber im Dienstbarkeitsvertrag enthalten sein können und damit auch für Rechtsnachfolger gelten. Die im Grundbuch als "Grenzbaurecht" eingetragene Grunddienstbarkeit, die gemäss Vertrag zur Erstellung eines Kegelbahngebäudes bis an die Grenze des belasteten Grundstücks berechnete, war vertraglich insofern funktionell beschränkt, als auf der Terrasse des Kegelbahngebäudes nicht gewirtet werden darf (BGE 128 III 169 E. 3 S. 172 f.).

2.3.4 Funktionelle Beschränkungen des Näher- oder Grenzbaurechts auferlegen dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks nach der Praxis somit Pflichten in der baulichen Gestaltung oder in der Benützung des Näher- oder Grenzbaus. Sie haben dingliche Wirkung, fallen aber weder unter die Pflicht des Berechtigten, Vorrichtungen zur Ausübung der Dienstbarkeit zu unterhalten (Art. 741 ZGB), da sie einen anderen Inhalt als den Unterhalt haben, noch unter die mit der Grunddienstbarkeit nebensächlich verbundenen Handlungspflichten, die dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB in der hier massgebenden Fassung von 1907/12 (BS 2 3) nicht auferlegt werden können (Urteil 5A_229/2010 vom 7. Juli 2010 E. 4.1.2 und E. 4.3, in: ZBGR 92/2011 S. 205). Die Lehre – soweit sie sich äussert – sieht zwar das Bedürfnis nach funktioneller Beschränkung eines Näher- oder Grenzbaurechts, bezweifelt aber deren Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, für den der Grundbucheintrag entscheidend ist (REY, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2002, Sachenrecht, ZBJV 140/2004 S. 418 f.), oder anerkennt als funktionelle Beschränkungen eines Grenzbaurechts lediglich die räumlichen Dimensionen oder die Art der Grenzbaute, d.h. Beschränkungen, die sich auf die äussere Gestaltung der Grenzbaute und nicht auf deren Benützung beziehen

(SCHMID, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, ZBGR 84/2003 S. 269 ff., S. 281, und Urteilsanmerkung, S. 295).

2.3.5 Funktionelle Beschränkungen des Näher- oder Grenzbaurechts sind zudem von eigentlichen Gegenleistungen abzugrenzen, die der Berechtigte für die Einräumung der Dienstbarkeit zu erbringen sich verpflichtet, sei es eine Geldzahlung oder sei es eine Rücksichtnahme in baulicher Hinsicht (SOMMER, Nachbarrecht, 2. Aufl. 2007, S. 90). Denn Gegenleistungen für die Einräumung oder die Ausübung der Dienstbarkeit gehören nicht zum dinglichen Rechtsverhältnis, sondern zu den obligatorischen Verpflichtungen, deren Erfüllung der ursprünglich Berechtigte aus Vertrag schuldet (BGE 52 II 27 E. 1 S. 37 f.; 127 III 300 E. 5a/bb S. 303; Urteil 5A_251/2010 vom 19. November 2010 E. 4.1, in: ZBGR 92/2011 S. 399, alle den Baurechtszins betreffend; allgemein: LIVER, Zürcher Kommentar, 1980, N. 156 ff. zu Art. 730 ZGB; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 4. Aufl. 2012, S. 412 f. N. 2218; je mit Beispielen). Derartige obligatorische Verpflichtungen treffen den Rechtsnachfolger des ursprünglich Berechtigten nur, wenn sie ihm überbunden wurden (BGE 124 III 289 E. 1c S. 292). Blosser Kenntnisnahme (z.B. bei Einsicht in das Grundbuch), genügt dazu nicht (Urteil 5C.151/1999 vom 11. November 1999 E. 3b, in: ZBGR 81/2000 S. 272).

2.4

2.4.1 In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass die jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks für den Saalbau und für dessen Aufstockung den Mindestgrenzabstand zum Grundstück des Beschwerdeführers unterschritten haben und das Näherbaurecht von 1933 (SP rrr) und 1973 (SP tt) in Anspruch nehmen mussten. Demgegenüber hat die Erstellung des Attikageschosses durch die Beschwerdegegner die gesetzlichen Grenzabstände eingehalten. Mangels entsprechender Feststellung zum Mass an baulicher und funktioneller Eigenständigkeit des Attikageschosses gegenüber der Näherbaute ist es als dessen Gebäudebestandteil anzusehen und nicht sondereigentumsfähig. Die Baute insgesamt beansprucht das Näherbaurecht (BGE 111 II 134 E. 3 S. 139; vgl. REY/STREBEL, Basler Kommentar, 2015, N. 7 f. zu Art. 675 ZGB; STEINAUER, a.a.O., S. 126 N. 1630 und N. 1630a). Die auf das Attikageschoss beschränkte Sicht der Beschwerdegegner hilft folglich nicht weiter.

2.4.2 Zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegner als Eigentümer des berechtigten Grundstücks sich eine funktionelle Beschränkung des im Grundbuch eingetragenen Näherbaurechts entgegenhalten lassen müssen. Der Beschwerdeführer macht geltend, es ergebe sich aus

dem Dienstbarkeitsvertrag eine Bauhöhenbeschränkung auf 2 m über dem einstöckigen Saalbau auf der ganzen überbauten Fläche des berechtigten Grundstücks und nicht bloss im Bereich, wo der gesetzliche Grenzabstand zu seiner Liegenschaft aufgrund des Näherbaurechts unterschritten werde. Der Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Die Beschwerdegegner haben in einem Wohnquartier der Stadt Zürich ein Grundstück mit einem zweistöckigen Wohnhaus erworben. Als Recht war im Grundbuch ein "Näherbaurecht" eingetragen. In ihrem guten Glauben in diesen Eintrag sind die Beschwerdegegner zu schützen. Eine Bauhöhenbeschränkung, die praktisch die gesamte Grundstücksfläche belastet, hat mit dem Grundbucheintrag "Näherbaurecht" nichts mehr zu tun und sprengt im behaupteten Ausmass, was noch als funktionelle Beschränkung eines Näherbaurechts anerkannt werden darf. Im Gegensatz zum mit BGE 128 III 169 beurteilten Fall, wo das Kegelbahngelände praktisch vollständig bzw. überwiegend auf der Fläche des Grenzbaurechts gelegen hat, befindet sich das Gebäude der Beschwerdegegner mit einer Fläche von 163 m² lediglich zu geschätzt gut zehn Prozent auf der Fläche des Näherbaurechts. Hätten die damaligen Eigentümer tatsächlich beabsichtigt, über den Näherbaubereich hinaus die Höhe jeglicher Bauten auf dem berechtigten Grundstück mit Wirkung für alle künftigen Eigentümer zu beschränken, wäre folglich eine Bauhöhenbeschränkung bzw. ein Höherbauverbot zu vereinbaren und als Last auf dem Blatt des näherbauberechtigten Grundstücks im Grundbuch einzutragen gewesen. Die geforderte Vorgehensweise ist denn auch nicht derart ungewöhnlich, wie der Beschwerdeführer sie darstellt. Es kann gestützt auf den Teilauszug aus dem Grundbuch (KB 4/1) ergänzt werden (Art. 105 Abs. 2 BGG), dass das Grundstück der Beschwerdegegner auch gegenüber dem Nachbargrundstück Nr. www näherbauberechtigt ist (SP xxx), zu dessen Gunsten aber mit einer "Benützungsbefugnis" des Inhalts belastet ist, für allfällige Fenster an der der berechtigten Liegenschaft zugekehrten Fassade nur mattes Glas zu verwenden (SP yyy). Was ein Teil der Lehre (noch) als funktionelle Beschränkung des Näherbaurechts anerkennt (E. 2.3.4 oben), findet sich hier als eigene Dienstbarkeit zulasten des näherbauberechtigten Grundstücks ausgestaltet.

2.4.3 Mit Sicherheit haben die Beschwerdegegner, wie es der Beschwerdeführer behauptet, vor der Erstellung des Attikageschosses in die Grundbuchbelege Einsicht genommen, um den Bereich des eingetragenen Näherbaurechts zu ermitteln (vgl. BGE 137 III 153 E. 4.2.1 S. 156), doch kann auch der Beleg aus einem im Grundbuch eingetragenen "Recht" keine "Last" machen. Der Näherbaubereich ergibt sich

unmittelbar aus Ziff. 1/2 Abs. 1 der Vereinbarung vom 13. August 1973 ("Recht, seinen einstöckigen Saalbau bis auf 3.50 m an die gemeinsame Grenze zu stellen und fortbestehen zu lassen"). Ferner folgt aus Ziff. 1/2 Abs. 2 das Recht, den einstöckigen Saalbau "auf der ganzen Länge der jetzigen Fassadenflucht um 2 m über die bestehende Höhe des Saalbaues durchgehend aufzustocken" (Bst. B.b oben). Eine über die beachteten funktionellen Beschränkungen ihres Rechts hinausgehende und sie verpflichtende Bauhöhenbeschränkung auf der ganzen Liegenschaftsfläche konnten und mussten die Beschwerdegegner im Vertrauen auf den Grundbucheintrag "Näherbaurecht" diesem Text nicht entnehmen.

2.5 Aus den dargelegten Gründen hat das Obergericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es davon ausgegangen ist, die Beschwerdegegner müssten sich ausserhalb des Näherbaubereichs keine Einschränkung in ihrer Bautätigkeit entgegenhalten lassen und könnten nicht verurteilt werden, die unter Wahrung der gesetzlichen Grenzabstandsvorschriften erstellten Bauten (Attikageschoss und Kamin) zu beseitigen. Auf die obergerichtliche Eventualbegründung mit gleichem Ergebnis und die dagegen erhobenen Einwände des Beschwerdeführers einzutreten erübrigt sich damit.

3.

3.1 Zu den Eventual- und Subeventualbegehren des Beschwerdeführers hat das Obergericht festgehalten, die beantragten Verpflichtungen, den an der Ostfassade der Attikawohnung bestehenden Ausgang auf das Dach zu verschliessen und die Nutzung des Daches als Terrasse oder anderweitig zu verbieten, betreffen den Näherbaubereich. Die Beschwerdegegner müssten sich hier – im Gegensatz zur Aufstockung ausserhalb des Näherbaubereichs – zur näheren Bestimmung der mit dem Stichwort "Näherbaurecht" im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit den Erwerbsgrund entgegenhalten lassen. Dabei sei zuerst die Frage zu beantworten, ob die Nutzung des Daches als Terrasse zulässig sei. Bejahendenfalls müsse auch ein Ausgang vom Gebäude auf die Terrasse rechtens sein. Die erste Frage hat das Obergericht dahin gehend beantwortet, dass die Servitut den Näherbau und die Gebäudehöhe im Näherbaubereich regle, hingegen die Nutzung des Daches als Terrasse nicht verbiete, möge auch zutreffen, dass mit jeder Nutzung Immissionen verbunden sein könnten. Sei die Nutzung des Daches als Terrasse an sich nicht verboten, wäre sie aber dennoch unzulässig, wenn die Beschwerdegegner damit die Gebäudehöhe überschritten hätten. Die im Näherbaubereich geltende Höhenbeschränkung auf 5.5 m werde durch das Geländer, das die Beschwerdegegner am Dachrand entlang der Fassade angebracht hät-

ten, zwar überschritten, doch sei ein Geländer nach öffentlichem Bau-recht nicht an die Gebäudehöhe anzurechnen. Die Eventualbegehren seien deshalb abzuweisen (E. 4.4 S. 21 ff. des angefochtenen Urteils).

3.2 Den obergerichtlichen Erwägungen hält der Beschwerdeführer entgegen, dass die Servitut ein Näherbaurecht enthalte und nicht die Gebäudehöhe regle. Die Servitut bestimme, wie die Näherbaute konkret ausgestaltet werden dürfe. Erlaubt sei nur ein erweiterter Näherbau in Form einer Aufstockung des einstöckigen Saalbaues um 2 m über die bestehende Höhe des Saalbaues. Ein weitergehendes Recht bzw. ein Recht, darüber weitere Bauteile zu errichten und sogar das Dach der Aufstockung als Terrasse zu nutzen, sei mit der Servitut klarerweise nicht verbunden. Mit der streitbetroffenen Terrasse seien nicht nur Immissionen verbunden, welche er nicht hinzunehmen habe, nachdem er solchen Immissionen im Unterabstand in der Dienstbarkeit nicht zugestimmt habe. Die Absturzsicherung sowie eine allfällige Möblierung der Terrasse sowie dort abgestellter Unrat und dgl. hätten vor allem auch eine weitere (optische) Beeinträchtigung des Abstandsbereichs zur Folge, mit welcher er nicht habe rechnen müssen und welche er auch nicht hinzunehmen habe. Einem Grundeigentümer, welcher im Abstandsbereich eine klar umrissene Erweiterung eines Gebäudes hinzunehmen bereit sei und dabei die Höhe beschränke, könne nach vernünftiger Würdigung bzw. in guten Treuen nicht unterstellt werden, er habe darüber hinaus und über diese Höhenkote eine raumwirksame und immissionsträchtige Nutzung hinnehmen wollen. Durch die von den Vorinstanzen abgesegnete Nutzung im Abstandsbereich würde die Näherbauberechtigung zulasten seines Grundstücks ausgedehnt. Dies liefe auf eine Freiheit des Servitutsnehmers hinaus, die dem Grundsatz zuwiderliefe, wonach Dienstbarkeiten restriktiv auszulegen seien (S. 15 ff. Rz. 30-33 der Beschwerdeschrift).

3.3 Die Beschwerdegegner sind Eigentümer eines überbauten Grundstücks, über das sie in den Schranken der Rechtsordnung nach ihrem Belieben verfügen können (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Als Schranke vorbehalten sind auch rechtsgültig begründete beschränkte dingliche Rechte wie Dienstbarkeiten. Gedacht wird dabei an die Belastung mit einem dinglichen Recht (z.B. Baubeschränkung: Urteil 5A_617/2009 vom 26. Januar 2010 E. 2.3, in: ZBGR 94/2013 S. 193). Eine Schranke kann sich aber auch – wie gesehen (E. 2.3.3 oben) – aus der funktio-nellen Beschränkung einer Dienstbarkeitsberechtigung ergeben. Daran fehlt es hier indessen. Der Dienstbarkeitsvertrag regelt die Benutzung des Näherbaues weder in einem positiven noch in einem negativen Sinn. Er unterscheidet sich damit vom Dienstbarkeitsvertrag, der

in BGE 128 III 169 zu beurteilen war und die Dienstbarkeit funktionell beschränken konnte (S. 170: "Des Weiteren vereinbarten sie, am Anbau und am Kegelbahngelände dürften gegen die Liegenschaft Nr. 634 keine Fenster, Türen oder sonstigen Öffnungen angebracht werden und dem Eigentümer des Grundstücks Nr. 3575 werde dauernd untersagt, auf der Terrasse der Kegelbahn zu wirteln."). Vergleichbares fehlt in der Vereinbarung vom 31. August 1973 zwischen dem Beschwerdeführer und dem Rechtsvorgänger der Beschwerdegegner völlig, so dass der Grundsatz der Eigentumsfreiheit im Rahmen aller weiteren Schranken der Rechtsordnung (z.B. Art. 684 ZGB) zu beachten ist (vgl. zum Ganzen: STEINAUER, Les droits réels, Tome I, 5. Aufl. 2012, S. 357 f. N. 1007-1012, mit Hinweisen).

3.4 Schliesslich hat auch mit restriktiver Auslegung der Dienstbarkeit (BGE 99 II 152 E. III/5 S. 158; 109 II 412 E. 3 S. 414) nichts mehr zu tun, was der Beschwerdeführer aus der Vereinbarung vom 31. August 1973 herleiten will. Er behauptet funktionelle Beschränkungen des Näherbaurechts, die im Text der Vereinbarung keinen Niederschlag gefunden haben, und er tut nicht dar, dass sich der Wortlaut der Vereinbarung auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar erweise (BGE 128 III 265 E. 3a S. 267), geschweige denn, dass die Voraussetzungen für eine Ergänzung der Vereinbarung – wie sie von ihm vorgeschlagen wird – durch das Gericht erfüllt gewesen wären (BGE 131 III 345 E. 2.2 S. 350 f.). Mit den Ausführungen, dass das Anbringen eines Geländers keine Erhöhung des Näherbaues bedeute, weil das Gelände an die Gebäudehöhe nicht anzurechnen sei, befasst sich der Beschwerdeführer heute nicht mehr.

3.5 Die obergerichtliche Abweisung der Eventualbegehren kann – jedenfalls aufgrund der Vorbringen des Beschwerdeführers – nicht beanstandet werden.

4.

Insgesamt ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird damit kosten-, aber nicht entschädigungspflichtig, da keine Vernehmlassungen eingeholt wurden (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 7'500.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Februar 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

von Roten