

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP210002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Urteil vom 5. April 2022

in Sachen

1. **A.**_____,
 2. **B.**_____, lic. iur.,
- Beklagte und Berufungskläger

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

gegen

C._____,
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Eigentum**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 22. Oktober 2020 (FV200075-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagten seien unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, die von Seiten ihres Grundstücks Kat.-Nr. 1 Zürich ... – D. _____ auf das Grundstück des Klägers Kat.-Nr. 2 Zürich ... – D. _____ hinübertretende und auf dem Situationsplan (Beilage 6) als rosa schraffierte Fläche eingezeichnete Baute innert einer Frist von drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils auf ihre eigenen Kosten auf die Grenze zwischen dem Grundstück Kat.-Nr. 2 Zürich ... – D. _____ des Klägers und dem Grundstück der Beklagten Kat.-Nr. 1 Zürich ... – D. _____ zurückzusetzen, so dass das Grundstück des Klägers Kat.-Nr. 2 Zürich ... – D. _____ nicht mehr ungerechtfertigt überragt wird.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abt. - Einzelgericht,

vom 22. Oktober 2020:

(Urk. 19 = Urk. 26)

1. Die Beklagten 1 und 2 werden unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB verpflichtet, die von Seiten ihres Grundstücks Kat.-Nr. 1 Zürich ... – D. _____ auf das Grundstück des Klägers Kat.-Nr. 2 Zürich ... – D. _____ hinübertretende und auf dem Situationsplan (act. 4/6) als rosa schraffierte Fläche eingezeichnete Baute innert einer Frist von 3 Monaten ab Rechtskraft des Urteils auf ihre eigenen Kosten auf die Grenze zwischen dem Grundstück Kat.-Nr. 2 Zürich ... – D. _____ des Klägers und dem Grundstück der Beklagten Kat.-Nr. 1 Zürich ... – D. _____ zurückzusetzen, so dass das Grundstück des Klägers Kat.-Nr. 2 Zürich ... – D. _____ nicht mehr ungerechtfertigt überragt wird.
2. Die Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 3'950.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden den Beklagten 1 und 2 je zur Hälfte auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss des Klägers verrechnet.
4. Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 5'385.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem haben sie

dem Kläger den Kostenvorschuss von Fr. 3'950.– sowie die Kosten des Sühnverfahrens im Umfang von Fr. 950.– zu ersetzen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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.

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungskläger (Urk. 25 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Oktober 2020, Geschäfts-Nr. FV200075-L/U, sei aufzuheben und es sei die Klage des Berufungsbeklagten gegen die Berufungskläger vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Oktober 2020, Geschäfts-Nr. FV200075-L/U, aufzuheben und es sei das Verfahren an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuentscheidung zurückzuweisen.
3. Es seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen der Vorinstanz neu zu verlegen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 33 S. 2):

- "1. Die Berufung der Berufungskläger vom 30. Dezember 2020 sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Eventualiter sei das Berufungsverfahren als gegenstandslos abzuschreiben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Berufungskläger."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) ist Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. 3 (alt Kat.-Nr. 2 und 4) in Zürich-D._____ (Urk. 4/2, Urk. 67/15, Urk. 67/16). Die Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagte) sind Mit-eigentümer je zur Hälfte des daran angrenzenden Grundstücks Kat.-Nr. 1 (Urk. 4/4, Urk. 16/4). Am tt. mm. 2006 wurde im Grundbuch ein gegenseitiges Grenz-bau- bzw. Anbaurecht zu Gunsten und zu Lasten der beiden Grundstücke einge-tragen (Urk. 4/2, Urk. 4/10, Urk. 16/4). Am gleichen Tag vereinbarte der Kläger mit der damaligen Eigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 1, E._____, ein im Grund-buch angemerkt " [p]rekaristisches Verhältnis in Bezug auf die Isolationsverklei-dung an der Westfassade" (Urk. 16/4) mit folgendem Wortlaut (Urk. 13/1):

"Die Parteien stellen fest, dass die Isolationsverkleidung der Westfassade des sich auf dem Grundstück Kat.-Nr. 5 befindliche Gebäude Vers.-Nr. 6, 15 cm über die Grenze zum Grundstück Kat.-Nr. 7 ragt.

Der jeweilige Eigentümer des Grundstückes Kat.-Nr. 7 ist bereit, dies zu dul-den, allerdings nur so lange bis er das Grenz- bzw. Anbaurecht ausüben will. Der jeweilige Eigentümer des Grundstückes Kat.-Nr. 5 ist zu diesem Zeitpunkt verpflichtet, die Isolationsverkleidung der Westfassade auf eigene Kosten bis auf die Grenze zurückzubauen.

Dieses im vorstehenden Sinne auf Zusehen hin gewährte Recht ist auf dem Grundstücke Kat.-Nr. 5 wie folgt als so genanntes prekaristisches Verhältnis anzumerken:

Prekaristisches Verhältnis in Bezug auf die Isolationsverkleidung an der Westfassade des Gebäudes auf dem Grundstück von Kat.-Nr. 5."

2. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2019 setzte der Kläger den Beklagten ei-ne letzte Frist bis 15. November 2019, um den auf sein Grundstück ragenden Überbau vollständig zu beseitigen (Urk. 4/9). Am 29. November 2019 gelangte der Kläger mit einem Schlichtungsgesuch an das Friedensrichteramt Die Schlichtungsverhandlung fand am 25. Februar 2020 statt und führte zu keiner Ei-nigung (Urk. 1c). Mit Schreiben vom 28. Februar 2020 ersuchten die Beklagten den Kläger, ihnen das von ihm eingereichte Baugesuch samt den zugehörigen massgeblichen Plänen zukommen zu lassen. Sie erklärten sich bereit, ihrer Ver-pflichtung möglichst rasch nachzukommen, sobald die Bauabsicht und der Wille

des Klägers, das Grenz- und Anbaurecht auch tatsächlich auszuüben, evident sei. Die Grenzbereinigung werde im Zuge des geplanten Umbaus des Gebäudes auf ihrer eigenen Liegenschaft, wofür mit einer längeren Planungszeit zu rechnen sei, erfolgen (Urk. 13/7). Mit Schreiben vom 5. März 2020 forderte der Kläger die Beklagten unter Hinweis auf sein am 2. März 2020 eingereichtes Baugesuch für sein Bauprojekt noch einmal auf, den Überbau zeitnah zu beseitigen (Urk. 4/11).

3. Mit Klageschrift vom 26. Mai 2020 und unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes ... vom 25. Februar 2020 machte der Kläger das vorliegende Verfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 2, Urk. 1a-c). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. Oktober 2020 hielten die Parteien ihre weiteren Vorträge (Prot. I S. 4 ff.). Am 22. Oktober 2020 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 19 = Urk. 26).

4. Gegen das ihnen am 20. November 2020 zugestellte Urteil erhoben die Beklagten mit Eingabe vom 30. Dezember 2020 Berufung mit eingangs gestellten Anträgen (Urk. 23, Urk. 25). Der Kostenvorschuss von Fr. 3'950.– ging rechtzeitig ein (Urk. 29, Urk. 30). Die Berufungsantwort datiert vom 8. März 2021 (Urk. 33). Weitere Stellungnahmen erfolgten am 29. April 2021 (Urk. 38), 7. Mai 2021 (Urk. 42), 10. Juni 2021 (Urk. 47), 17. Juni 2021 (Urk. 49), 20. August 2021 (Urk. 54), 1. September 2021 (Urk. 57) und 24. September 2021 (Urk. 60). An der Instruktionsverhandlung vom 7. Februar 2022 erfolgten weitere Stellungnahmen (Prot. II S. 17 ff.). Im Anschluss an die Verhandlung wurde den Parteien angezeigt, dass das Berufungsverfahren spruchreif und in die Phase der Urteilsberatung übergegangen ist (Prot. II S. 26).

5. Die Baufreigabe für das Bauprojekt der Beklagten (Urk. 13/2; Umbau und Aufstockung des Mehrfamilienhauses) erfolgte am 9. Oktober 2020 (Urk. 28/2). Das Bewilligungsverfahren hinsichtlich des klägerischen Bauprojekts (Urk. 18/11; Ersatzneubau mit 20 Wohnungen) ist noch nicht abgeschlossen. Eine Beschwerde des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2021 ist am Bundesgericht hängig (Urk. 65 Rz 44, Urk. 67/20, Prot. II S. 22).

II.

1. Für die Vorinstanz war aufgrund der Vereinbarung erstellt, dass die Isolationsverkleidung der Westfassade des sich auf dem Grundstück 1 befindlichen Gebäudes 15 Zentimeter über die Grenze zum Grundstück 3 ragt (Urk. 26 S. 9). Sie qualifizierte die Vereinbarung aufgrund ihres klaren Wortlauts als prekaristische Gestattung und damit als eine Duldung auf Zusehen hin mit Widerrufsmöglichkeit nach Eintritt der vereinbarten Bedingung (Urk. 26 S. 12). Die Vorinstanz behandelte zunächst den Einwand der Beklagten, wonach neben dem "Bauen-Wollen" auch das "Bauen-Können" vorausgesetzt und die in der Vereinbarung enthaltene Bedingung noch nicht eingetreten sei, weshalb der Kläger den Rückbau mangels Fälligkeit noch nicht verlange könne. Sie erwog dazu, dass der Kläger aufgrund des Wortlauts ("bis er das Grenz- bzw. Anbaurecht ausüben will") lediglich seinen Willen kundzutun und dazu weder eine Bewilligung noch konkrete Pläne vorzulegen habe. Aufgrund der Parteivorbringen ging die Vorinstanz davon aus, die Beklagten hätten seit mindestens Oktober 2019 Kenntnis über die Baupläne des Klägers gehabt. Dabei sei irrelevant, ob der Kläger in diesem Zeitpunkt über bewilligungsfähige Baupläne, über eine entsprechende Baubewilligung oder gar die Baufreigabe verfügt habe, zumal eine solche Bedingung der prekaristischen Gestattung nicht zu entnehmen sei. Die Beklagten seien im Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 29. November 2019 grundsätzlich verpflichtet gewesen, die Überbaute zurückzubauen bzw. den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (Urk. 26 S. 12 f.).

2. Die Vorinstanz ging weiter auf den Vorwurf der Beklagten ein, der Kläger verhalte sich widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, indem er einerseits gegen ihr Bauprojekt Rechtsmittel ergreife und dadurch den Beginn der Bauarbeiten verhindere und andererseits mit kurzen Fristen und der Einleitung des Schlichtungsverfahrens auf dem Rückbau, den die Beklagten gar nicht hätten vornehmen können, ohne sich verwaltungsrechtlich strafbar zu machen, bestehe. Sie kam zum Schluss, dass die gleichzeitige Erhebung der Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und von Einwänden im baurechtlichen Bewilligungsverfahren noch kein widersprüchliches bzw. rechtsmissbräuchliches Verhalten darstelle.

Dem Kläger müsse es als Eigentümer des benachbarten Grundstückes freistehen, gegen das (grössere bzw. komplexe) Bauvorhaben der Beklagten Rechtsmittel einzulegen. Auch wenn es für die Beklagten aus Kostengründen Sinn mache, den Rückbau gleichzeitig mit ihrem Bauvorhaben umzusetzen, dürfe dieser Umstand dem Kläger bei der Geltendmachung seiner aus dem Eigentum fließenden Ansprüche nicht zum Hindernis gereichen. Die Beklagten würden verkennen, dass der Kläger erst aufgrund ihres Baugesuchs die vorliegende Eigentumsfreiheitsklage parallel mit seinen baurechtlichen Ansprüchen geltend machen müsse. Die Beklagten hätten sich nicht darauf verlassen dürfen, dass der Kläger sein Grenz- und Anbaurecht während der gesamten Dauer ihres Baubewilligungsverfahrens nicht ausübe bzw. durchsetze, zumal sie durch den Grundbucheintrag Kenntnis vom prekaristischen Verhältnis erlangt hätten. Sie hätten sich daher vor Einreichung ihres Baugesuchs mit dem Kläger um eine Lösung bemühen müssen. Es könne nicht sein, dass die Beklagten – im Wissen um die (wenn auch noch theoretischen) Baupläne des Klägers – den Zeitpunkt für die vom Kläger geforderte Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes mit ihrem Bauprojekt hinausschieben könnten. Auch sei davon auszugehen, dass der Rückbau der überragenden Fassade nachträglich vom Bauprojekt hätte abgetrennt werden können, wobei diese Frage letztlich offenbleiben könne, weil die Beklagten keine Bemühungen dargetan hätten, den Rückbau der Isolationsverkleidung vorzuziehen oder im Baubewilligungsverfahren – wenn auch allenfalls unter Inkaufnahme von Mehrkosten und einer weiteren Verzögerung ihres Bauprojektes – einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die von den Beklagten zur Möglichkeit einer vorzeitigen Baufreigabe bzw. eines eigenständigen Baugesuchs für einen Rückbau beantragte Befragung der Kreisarchitektin könne daher unterbleiben. Auch die Ansetzung von zehntägigen Fristen für die Entfernung des Überbaus erscheine nicht als rechtsmissbräuchlich, zumal der Kläger die Fristen wiederholt angesetzt bzw. verlängert habe. Damit sei die Eigentumsfreiheitsklage vollumfänglich gutzuheissen (Urk. 26 S. 15 ff.).

III.

1.1 Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 Abs. 1 und Art. 311 ZPO).

1.2 Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), wobei die Berufung zu begründen ist (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. In der Begründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Allgemeine Kritik oder ein blosser Verweis auf die erstinstanzlichen Vorbringen genügen den Begründungsanforderungen nicht (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 mit Hinweisen, 141 III 569 E 2.3.3, 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_72/2021 vom 28. September 2021, E. 7.3.2 mit Hinweisen). Soweit in der Berufungsbegründung Tatsachen vorgebracht oder Sachverhaltsrügen erhoben werden, ist mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu zeigen, wo die entsprechenden Behauptungen oder Bestreitungen vorgetragen wurden (ZPO-Rechtsmittel-Kunz, Art. 311 N 95 und N 97; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 37). Neue Tatsachen und Beweismittel können im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie unverzüglich vorgebracht werden und nicht bereits vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu be-

schränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide).

1.3 Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien in der Berufung bzw. Berufungsantwort vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 mit weiteren Verweisen). Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Berufungsantwort Anlass gaben oder die echte Noven darstellen. Die weiteren Stellungnahmen der Parteien (Urk. 38, Urk. 42, Urk. 47, Urk. 49, Urk. 54, Urk. 57, Urk. 60; Prot. II S. 17 ff.) sind unter diesem Blickwinkel zu betrachten.

2.1 In der Berufungsantwort vom 8. März 2021 trug der Kläger vor, die Beklagten seien "derzeit" mit dem Abbruch des streitgegenständlichen Fassadenüberbaus beschäftigt bzw. hätten den Fassadenüberbau bis zum Dachrandabschluss aus Kupfer (sog. Spenglerblech) des obersten Geschosses des Bestandesgebäudes bereits zurückgebaut. Bis spätestens Ende März 2021 müssten die Beklagten den Fassadenisulationsüberbau zurückgebaut haben. Die Beklagten würden das von ihnen angefochtene Urteil demnach anerkennen, indem sie die überragende Fassadenisolation nun bereits beseitigt hätten bzw. noch gänzlich beseitigen würden. Entsprechend hätten sie kein Rechtsschutzinteresse an der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. Auf die Berufung sei daher nicht einzutreten oder das Berufungsverfahren sei zumindest umgehend als gegenstandslos abzuschreiben (Urk. 33 Rz 11 f., Rz 17).

2.2 In der Stellungnahme vom 29. April 2021 bezeichneten es die Beklagten als korrekt, dass sie zwischenzeitlich die Fassade zurückgebaut hätten. Der Rückbau der Fassade sei "Stand heute" abgeschlossen. Noch nicht abgeschlossen seien aber die Arbeiten an der Wiederinstandstellung der Fassade (Isolation, Verputz usw.). Diese Arbeiten hätten aufgrund der Temperaturen noch nicht abgeschlossen werden können, sollten aber so rasch als möglich beendet werden. Zwar treffe es zu, dass der Streitgegenstand (überstehende Fassade) zwischenzeitlich prozessual betrachtet weggefallen sei. Allerdings hätten die Beklagten

nach wie vor ein Interesse an der Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils mit den entsprechenden Kostenfolgen, weshalb das Berufungsverfahren mit einem materiellen Endentscheid zu erledigen sei (Urk. 38 Rz 5 f.).

2.3 Darauf hielt der Kläger in seiner Stellungnahme vom 7. Mai 2021 fest, die Zurückversetzung sei bis heute noch nicht erfolgt. Es würden immer noch Bauteile in den Luftraum über seinem Grundstück ragen. Zudem sei zu befürchten, dass nach Abschluss der "Arbeiten an der Wiederinstandstellung der Fassade (Isolation, Verputz usw.)" gar weitere, neue Bauteile auf sein Grundstück hinübertagen würden. Von einer Gegenstandslosigkeit könne vor diesem Hintergrund nicht gesprochen werden; eine solche läge erst vor, wenn (bspw. mittels Vermessung durch einen Geometer) abschliessend nachgewiesen wäre, dass sämtliche überragenden Bauteile definitiv auf die Grenze zurückversetzt worden seien (Urk. 42).

2.4 In ihrer Stellungnahme vom 10. Juni 2021 bestritten die Beklagten, dass beim "Schnittpunkt Fassade / Flachdach" noch ein Dachrandabschluss wenige Zentimeter in den Luftraum des Klägers rage. Zutreffend sei, dass die Fassade noch nicht fertiggestellt sei. Die fertiggestellte Fassade werde jedoch nicht erneut die Grenze überragen (Urk. 47).

2.5 In seiner Eingabe vom 17. Juni 2021 verwies der Kläger auf eine amtliche Befundaufnahme vom 26. Mai 2021, wonach der Luftraum über seinem Grundstück nicht frei sei. Auch gehe aus dem Messprotokoll der F. _____ AG vom 27. Mai 2021 hervor, dass die Fassade im damaligen Zeitpunkt teilweise über die Grenze hinausgeragt sei und sich teilweise im Unterabstand befunden habe (Urk. 49).

2.6 Die Beklagten entgegneten in ihrer Stellungnahme vom 20. August 2021, das Schreiben des zuständigen Stadtammannamtes vom 9. Juni 2021 zeige, dass nur noch temporär in den Luftraum ragende Teile (sechs Holzlatten und Teile des Gerüsts) und keine Fassadenteile vorhanden gewesen seien. Im Zeitpunkt der Messung, dem 27. Mai 2021, seien die Arbeiten noch gar nicht beendet gewesen. Messungen vor Abschluss der Arbeiten seien sinnlos, denn sie zeigten

nicht das Endergebnis. Weiter hielten sie dafür, das Messblatt sei fast nicht lesbar, das Messinstrument der F. _____ AG weise eine Messungenauigkeit von +/- 3 mm auf und im privaten Baurecht gebe es stets Toleranzen. Für verputzte Aussenwärmedämmungen lägen diese gemäss SIA-Norm 243:2008 bei +/- 12 mm. Im öffentlichen Baurecht gelte nach ständiger Rechtsprechung ein Toleranzbereich von 1%. Die anwendbaren Toleranzen würden nirgends überschritten (Urk. 54).

2.7 In einer weiteren Eingabe vom 1. September 2021 verwiesen die Beklagten auf eine am 26. August 2021 von Geomatik + Vermessung der Stadt Zürich durchgeführte Messung, wonach die Fassade an keinem Punkt über die Grenze rage, sondern zwischen 0 und maximal 13 mm zurückversetzt sei. Bei einer Fassadenlänge von 15 m lägen diese Abweichungen im Bereich der vorgesehenen Toleranzen. Zudem äusserten sich die Beklagten zur Messgenauigkeit des von der F. _____ AG angewandten Verfahrens (Urk. 57).

2.8 In einer weiteren Eingabe vom 24. September 2021 hielten die Beklagten an ihrer Auffassung fest, dass bei Erhebung eines Rechtsmittels mit aufschiebender Wirkung mit den Bauarbeiten vorgängig nur in ganz krassen Ausnahmefällen begonnen werden dürfe und das Verhalten des Klägers missbräuchlich sei (Urk. 60).

2.9 Anlässlich der Verhandlung vom 7. Februar 2022 machte der Kläger geltend, gestützt auf eine erneute Messung durch Geomatik + Vermessung der Stadt Zürich vom 20. Januar 2022 sei erstellt, dass aktuell noch immer Gebäudeteile im Umfang von bis zu 26 mm vom Grundstück der Beklagten auf sein Grundstück hinüberraagen würden. 54% der Messpunkte würden auf sein Grundstück ragen, bei 37% der Punkte liege ein Unterabstand vor und 9% der Punkte lägen exakt auf der Grenze. Es sei heutzutage möglich, auf den Millimeter genau zu bauen; dies wäre auch im vorliegenden Fall technisch kein Problem gewesen. Selbst wenn die von der SIA aufgestellte Messtoleranz von +/- 12 mm oder die angebliche Toleranz im öffentlichen Baurecht von 1% auf den vorliegenden Fall anwendbar wären, was bestritten werde, würden diese damit erheblich überschritten (Urk. 65 Rz 16 ff., Rz 33 f., Urk. 67/19; Prot. II S. 18). Gemäss einer Aufnahme und

Auswertung der F._____ AG vom 2. Februar 2022 rage das Dachblech wie bereits die darunter liegende Fassade ebenfalls bis zu 2.6 cm bzw. 26 mm vom Grundstück der Beklagten in den Luftraum seines Grundstücks (Urk. 65 Rz 10, Prot. II S. 18; Urk. 67/18).

2.10 Die Beklagten bestritten anlässlich der Verhandlung vom 7. Februar 2022 zunächst, dass "heute" ein "derart krasser Überstand von 26 Millimetern" bestehe. Der Überstand sei angepasst und der Unternehmer angewiesen worden, den Dachrandabschluss mit einem demontierbaren Blech, das ein bis zwei Millimeter dick und direkt an der Fassade befestigt bzw. vom Dach über die Fassade gebogen sei, neu zu gestalten (Prot. II S. 20). In der Folge bezeichneten sie das "Messgutachten der Stadt Zürich" (Urk. 67/18) insofern als irreführend, als jegliche Über- und Unterstände unabhängig von ihrem Ausmass farblich dargestellt seien. Unter Berücksichtigung von Toleranzen, wie sie von der SIA erlassen worden seien, wären "sämtliche roten Punkte" im Toleranzbereich richtigerweise grün. Die Fläche erscheine dominant rot, obwohl sie eigentlich viel grüner wäre. Wären bei der Fassade mit einer Länge von 15 Metern und fünf Stockwerken zwei Millimeter Überstand unzulässig, bringe man die Bauwirtschaft in eine unmögliche Situation. Eine millimetergenaue Bauweise sei unmöglich, weshalb es Toleranzen geben müsse. Diese Ausführungen gälten überall, wo die Messweise der Stadt Zürich thematisiert werde. Es werde daran festgehalten, dass die Fassade korrekt zurückgebaut worden sei (Prot. II S. 21).

2.11 Gegenstandslos im Sinne von Art. 242 ZPO wird eine Klage, wenn der Streitgegenstand oder das schutzwürdige Interesse der Klagepartei nach Eintritt der Rechtshängigkeit dahinfällt (Kriech, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2016, Art. 242 N 3, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend müssen die Beklagten dartun, dass sie der Rückbauverpflichtung gemäss Vereinbarung vom 26. Oktober 2006 vollständig nachgekommen sind. Für die Erfüllung einer Schuldverpflichtung trägt grundsätzlich der Schuldner die Beweislast (BK-Weber, Einl. und Vorbem. zu Art. 68-96 OR, N 117; BK-Walter, Art. 8 ZGB N 542).

2.12 Die Beklagten haben zwar in ihrer Eingabe vom 1. September 2021 unter Hinweis auf eine Kontrollmessung von Geomatik + Vermessung der Stadt Zürich vom 26. August 2021 behauptet, die Fassade rage an keinem Punkt über die Grenze (Urk. 57, Urk. 59/2). Als sie nach Abschluss der Arbeiten mit der neuesten Überprüfung von Geomatik + Vermessung vom 20. Januar 2022 (Urk. 67/19) konfrontiert wurden, beschränkten sich die Beklagten aber auf eine pauschale Bestreitung eines Überstands (Prot. II S. 20) und argumentierten im Übrigen mit Toleranzen, innerhalb welcher sich die (rot dargestellten) Grenzüberschreitungen bewegen würden. Damit liegt weder eine rechtsgenügende Bestreitung noch ein rechtsgenügender Beweis für einen vollständigen Rückbau vor. Zudem machten die Beklagten geltend, der Überstand sei angepasst und der Dachrandabschluss neu gestaltet worden. Indes ist nicht ersichtlich, wie das zusätzlich aufgetragene, über die Fassade gebogene und bis zu zwei Millimeter dicke Blech den Überstand beim Dachrandabschluss zum Verschwinden bringen könnte (Prot. II S. 20). Davon abgesehen bescheinigt die Messung von Geomatik + Vermessung vom 20. Januar 2022 – wie bereits die Messung der F. _____ AG vom 15. Dezember 2021 (Urk. 67/18 S. 3, Prot. II S. 25 f.) – nicht nur im Bereich des Dachrandabschlusses sondern im ganzen oberen und seitlichen (linken) Bereich einen Überstand (Urk. 67/19 S. 2 ff. und letztes Blatt). Demzufolge kann weder von einem Wegfall des Streitgegenstandes noch von einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses und damit von einer Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ausgegangen werden.

2.13 Die Beklagten berufen sich auf Toleranzen, die im privaten und öffentlichen Baurecht gelten würden und auch hier zur Anwendung kommen müssten. Die Parteien haben die Norm SIA 243:2008 (Verputzte Aussenwärmedämmung) nicht zum Vertragsbestandteil erhoben; für die werkvertraglichen Bestimmungen gilt im Übrigen die Norm SIA 118/243 (Allgemeine Bedingungen für verputzte Aussenwärmedämmungen; Urk. 56/3 S. 4). Die Normen der SIA mögen technische Regeln für einen bestimmten Bereich (verputzte Aussenwärmedämmung) enthalten oder gar "anerkannte Regeln der Technik" darstellen und den Spielraum für den Fassadenbauer abstecken. Für das Sachen- bzw. Nachbarrecht des ZGB und für die Frage, ob ein Eingriff in fremdes Eigentum und damit eine Eigentumsverletzung (Art. 641 Abs. 2 ZGB) vorliegt, können sie nicht massgeblich sein. Der

Kläger weist im Übrigen zu Recht darauf hin, dass Abweichungen von bis zu 26 mm die in der Norm SIA 243:2008 vorgesehene Toleranz von +/- 12 mm erheblich überschreiten (Urk. 65 Rz 18).

Beim von den Beklagten genannten Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Februar 2007 (Urk. 54 S. 2) ging es um die Ausnützungsflächenberechnung im Baubewilligungsverfahren. Gemäss Verwaltungsgericht liegen Abweichungen von weniger als 1% bei den Flächenberechnungen bzw. Überschreitungen der zulässigen Baumasse um ca. 1% insbesondere aufgrund der bei der Bauausführung selber üblichen Bautoleranzen noch innerhalb des von der Rechtsprechung akzeptierten Toleranzbereichs. Es liegt auf der Hand, dass diese Rechtsprechung nicht auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen zwei benachbarten Grundeigentümern im Allgemeinen und auf Grenzüberschreitungen im Besonderen übertragen werden kann. Die Beklagten legten denn auch nicht dar, wie sie die Toleranz von 1% auf den vorliegenden Fall anwenden wollen (Urk. 54 S. 2). Eine Toleranz von 1% würde bei einer Messdistanz von 15 m dem ursprünglichen Überbau von 15 cm entsprechen (vgl. auch Urk. 65 Rz 21 f.). Die Beklagten berufen sich schliesslich auf eine aus rein konstruktiven Gründen notwendig werdende Toleranz, weil Gebäude nie direkt aneinander gebaut (betoniert) werden könnten und eine Dilatationsfuge oder ähnliches notwendig sein werde (Urk. 54 S. 2). Allerdings zeigen sie damit nicht auf und ist auch nicht ersichtlich, weshalb durch das Anlegen einer solchen (zusätzlichen) Dilatationsfuge (Spalt) die bestehenden Überstände toleriert werden müssen.

3.1 Die Beklagten machen mit der Berufung geltend, die Vorinstanz habe die Vereinbarung vom 26. Oktober 2006 zu Unrecht als rein prekaristisches Verhältnis und damit als einseitiges Rechtsgeschäft qualifiziert. Die Vorinstanz habe verkannt, dass es sich bei der Vereinbarung um gegenseitige Willenserklärungen und damit um eine (schriftliche) Vereinbarung mit gegenseitigen Rechten und Pflichten handle, die nach vertraglichen Grundsätzen, nach dem Vertrauensprinzip und somit nach Sinn und Zweck auszulegen sei. Der zeitlich beschränkte Vorteil, den ihre Rechtsvorgängerin E. _____ aus der Duldung des Überstandes des ohnehin bereits seit Jahren auf der Grenze stehenden Gebäudes erworben habe,

stehe in keinem Verhältnis zum massiven Mehrwert, den der Kläger aus dem ihm im Gegenzug eingeräumten Anbau- bzw. Grenzbaurecht ziehe. Sinn und Zweck des ganzen Rechtsgeschäfts würden vorliegend gebieten, dass das Interesse des Klägers am Rückbau sachlich begründet sein müsse. Das Interesse des Klägers überwiege das Interesse der Beklagten allerdings nur dann, wenn er sein Recht nicht nur ernsthaft ausüben wolle, sondern auch ausüben könne. Die Voraussetzung des "Könnens" sei bis heute noch nicht eingetreten, da sie die Baubewilligung des Klägers angefochten hätten, weshalb die Rückbauverpflichtung noch nicht fällig sein könne und die Klage abzuweisen sei (Urk. 25 Rz 15 ff.).

3.2 Der "Vereinbarung eines prekaristischen Verhältnisses" lässt sich mit keinem Wort entnehmen, dass die Rückbauverpflichtung davon abhängt, ob der Kläger das Grenz- bzw. Anbaurecht ausüben kann bzw. über eine rechtskräftige Baubewilligung oder gar eine Baufreigabe verfügt. Vielmehr ist von einem "im vorstehenden Sinne auf Zusehen hin gewährten Recht" die Rede. Ginge man mit den Beklagten von einem Vertrag bzw. einem zweiseitigen Rechtsgeschäft aus, hätte es der Begünstigten, also der Rechtsvorgängerin der Beklagten, obliegen, auf der Aufnahme einer entsprechenden Sicherung zu bestehen. Daran ändert nichts, dass das prekaristische Verhältnis zusammen mit dem gegenseitigen Grenzbau- bzw. Anbaurecht (Grunddienstbarkeit) begründet wurde.

Die prekaristische Gestattung (in § 974 des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs [ABGB] auch Bittleihe genannt) wird gerade dadurch gekennzeichnet, dass ein Zustand nur auf Zusehen hin und unter Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs der Gestattung geduldet wird. Wichtigstes Merkmal des Prekariums ist, dass der Verleiher das Benützungrecht frei widerrufen kann. Dem Benutzer wird dabei kein Recht, sondern eine bloße Nutzungsmöglichkeit eingeräumt. Sie beruht nicht auf Vertrag, sondern auf einseitiger Erlaubnis (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, Rz 1202, mit Verweis auf Lehre und Rechtsprechung). Gestattet ein Grundeigentümer den Fortbestand eines tatsächlichen Zustandes auf Zusehen hin (z.B. Näherbaute, Leitung), so kann dieses prekaristische Verhältnis im Grundbuch angemerkt werden, sofern ein gutgläubiger Dritter ohne diesen Hinweis auf ein dingliches Recht schliessen

könnte (§ 28 der Kantonalen Grundbuchverordnung vom 26. März 1958 [LS 252]). Für die hier in Frage stehende Überbaute ist dies auf Veranlassung der Parteien denn auch geschehen.

3.3 Der Begünstigte bzw. der Bittleiher hat infolgedessen eine sehr schwache Stellung. Gemäss Vereinbarung vom 26. Oktober 2006 gilt die Erlaubnis bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Eigentümer das Grenz- bzw. Anbaurecht ausüben will. Vorliegend wird daher nicht nur der Widerruf der Gestattung, sondern immerhin der Wille zur Ausübung des Grenz- bzw. Anbaurechts verlangt. Erst "zu diesem Zeitpunkt" ist der jeweilige Eigentümer zum Rückbau der Isolationsverkleidung verpflichtet. Insofern kann gesagt werden, dass es sich nicht um ein reines Prekarium handelt.

3.4 Daher darf der Kläger seine Erlaubnis nicht missbräuchlich oder in Schädigungsabsicht widerrufen oder seinen Bauwillen "ins Blaue hinein" erklären. Aufgrund der klaren Deklaration als "prekaristisches Verhältnis" und "auf Zusehen hin gewährtes Recht" kann mit Bezug auf die Kundgabe der Bauabsicht aber nicht zuviel gefordert werden. Deshalb kann der Kläger von den Beklagten den Rückbau nicht erst mit rechtskräftiger Erteilung der Baubewilligung oder gar erst mit der Baufreigabe verlangen. Die Geltendmachung und Durchsetzung des Anspruchs auf Rückbau wie auch der Rückbau selbst beanspruchen Zeit. Die Vorinstanz hat den Beklagten drei Monate für den Rückbau eingeräumt. Der Prozess darüber ist immer noch im Gange. Nach Treu und Glauben muss gewährleistet sein, dass der bauwillige Eigentümer sein Grenz- bzw. Anbaurecht zeitnah bzw. ohne zu grosse Verzögerung des Bauprozesses ausüben kann (vgl. auch Prot. I S. 13). Dies wäre nicht mehr der Fall, wenn er den Begünstigten erst mit rechtskräftiger Baubewilligung oder gar erst mit der Baufreigabe zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands auffordern könnte. Wenn man nicht bereits einen inneren bzw. nach aussen erklärten inneren Willen genügen lassen will, muss jedenfalls die äussere Manifestation dieses Willens in Form eines Bauprojektes bzw. eines Baugesuchs ausreichen. Die Beklagten wussten vor Einleitung des Prozesses, dass der Kläger auf seinen Parzellen ein Projekt plante (Urk. 17 Rz 16). Sie hatten "ab Oktober 2019" Kenntnis "vom Bauprojekt" (Urk. 25 Rz 30).

Das fertige Bauprojekt (Pläne) lag spätestens im Februar 2020 vor (Urk. 16/2, Urk. 16/3) und das Baugesuch wurde am 2. März 2020 eingereicht (Urk. 2 Rz 25, Urk. 17 Rz 51 f.). Die Beklagten erlangten von diesem Baugesuch umgehend Kenntnis (Urk. 2 Rz 14, Urk. 4/11, Urk. 13/7). Spätestens damit wurde die Rückbauverpflichtung fällig. Der Kläger gelangte zwar bereits Ende November 2019 an die Schlichtungsbehörde (Urk. 1c). Die vorliegende Klage wurde bei der Vorinstanz aber erst am 26. Mai 2020 eingereicht (Urk. 2). Das erstinstanzliche Urteil erging am 22. Oktober 2020. Für die Gutheissung einer Klage genügt es, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen noch vor der Urteilsfällung eingetreten sind (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 188 N 3; Kriech, a.a.O., Art. 236 N 10; BK ZPO-Killias, Art. 236 N 23). Entgegen der Auffassung der Beklagten (Prot. I S. 23) muss der eingeklagte Anspruch bei Klageeinreichung nicht fällig sein. Fälligkeit im Urteilszeitpunkt genügt. Die Vorinstanz hat die Klage daher zu Recht nicht an der fehlenden Fälligkeit scheitern lassen.

4.1 Die Beklagten halten daran fest, dass sich der Kläger rechtsmissbräuchlich verhält und die Klage als missbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hätte abgewiesen werden müssen. Den Rechtsmissbrauch sehen sie darin, dass der Rückbau der Fassadenisolation ohnehin Gegenstand ihres Bauprojektes gewesen sei, der Kläger seit November 2018 von ihrem Bauvorhaben gewusst und mit der Einreichung der Klage dennoch nicht zugewartet habe, obwohl er sein Grenz- und Anbaurecht noch gar nicht ausüben könne. Als sie ihr Baugesuch im Jahre 2018 eingereicht hätten, hätten sie noch keine Kenntnis von einem Bauprojekt des Klägers gehabt. Die gegenteilige Annahme der Vorinstanz, es seien zwischen den Parteien im Jahre 2018 Gespräche über die beidseitigen Baupläne geführt worden, sei aktenwidrig und nicht erstellt. Erstellt sei lediglich, dass sie ab Oktober 2019 von einem Bauprojekt gewusst hätten. Das missbräuchliche Verhalten des Klägers werde noch verstärkt durch die von ihm gegen ihr Bauprojekt eingelegten Rechtsmittel, mit denen er jeweils die Aufhebung der gesamten Baubewilligung gefordert habe. Entsprechend hätten die Beklagten mit den Arbeiten noch nicht beginnen dürfen, da im Verbund mit einem Bauprojekt (Neu- oder Umbau) der Abbruch unzulässig sei, solange ein Rekurs gegen die Baubewilligung noch

hängig sei und die Baufreigabe gemäss § 326 PBG noch nicht vorliege. Abbrucharbeiten würden als Baubeginn gelten (§ 322 PBG) und mit ihnen dürfe vor der Rechtskraft der Baubewilligung nicht begonnen werden. Dies entspreche auch der Praxis der Baubewilligungsbehörde der Stadt Zürich, was von der zuständigen Kreisarchitektin bestätigt werden könne, auf deren Einvernahme die Vorinstanz aufgrund einer unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung verzichtet habe. Die Vorinstanz bringe die Beklagten in die unzumutbare Situation, entweder gegen das zivilrechtliche Urteil oder gegen baurechtliche Bestimmungen zu verstossen. Die gleichzeitige Geltendmachung der Eigentumsfreiheitsklage und die vollumfängliche Blockierung des Bauprojekts der Beklagten, das den Fassadenrückbau beinhalte, sei für sich allein betrachtet bereits missbräuchlich. Noch missbräuchlicher werde das Verhalten des Klägers aufgrund des Umstandes, dass er selbst bis heute nicht bauen könne und kein aktuelles Interesse am Rückbau habe. Das rechtsmissbräuchliche Verhalten des Klägers nehme jetzt seinen Fortgang. Nunmehr stelle sich der Kläger dem von den Beklagten geltend gemachten, gesetzlich vorgesehenen Hammerschlagsrecht (§ 229 f. PBG) aus nicht nachvollziehbaren sachfremden Gründen entgegen und hindere sie erneut an der Ausführung der Rückbauarbeiten (Urk. 25 Rz 26 bis Rz 52, Urk. 38 Rz 26).

4.2 Der Kläger hat vor Vorinstanz behauptet, beide Parteien hätten im Jahre 2018 mit einem Bauprojekt begonnen, sich getroffen und über eine einvernehmliche Lösung gesprochen (Prot. I S. 11). Die Beklagten bestritten "die unsubstantiierte Behauptung, dass irgendwelche Gespräche stattgefunden hätten" (Prot. I S. 21). Allerdings hatten sie zuvor ausgeführt, sie hätten gewusst, dass der Kläger auf seinen Parzellen ein Projekt geplant habe, wobei die Planung gemäss ihrem Wissensstand noch sehr theoretisch gewesen sei und ihnen im Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 29. November 2019 nicht klar gewesen sei, dass der Kläger ein bewilligungsfähiges Bauprojekt plane (Urk. 17 Rz 16). Entgegen dem, was die Beklagten anzunehmen scheinen, hat die Vorinstanz die klägerischen Vorbringen, die sie lediglich in indirekter Rede wiedergab, nicht als erstellt betrachtet oder darauf abgestellt (Urk. 26 S. 16). Die Rüge der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung geht daher von vornherein fehl. Ob hinsichtlich im Jahre 2018 geführter Gespräche genügend substantiierte Behauptungen aufgestellt

wurden

oder streitige Tatsachen vorliegen, die des Beweises bedurft hätten, kann offen gelassen werden. Dass die Parteien bereits im Jahr 2018 Gespräche geführt haben, stellt keine den angefochtenen Entscheid tragende Erwägung dar. Die Vorinstanz argumentierte anders. Sie erwog, der Vorteil der Beklagten, den Rückbau bei der Realisierung ihres Bauprojektes vorzunehmen, dürfe den Kläger bei der Geltendmachung seiner Eigentumsrechte nicht behindern; die Beklagten würden verkennen, dass der Kläger erst aufgrund ihres Baugesuchs die Eigentumsfreiheitsklage parallel mit seinen baurechtlichen Ansprüchen geltend machen müsse; die Beklagten müssten sich entgegenhalten lassen, dass sie beim Grundstückserwerb aufgrund des Grundbucheintrags vom prekäristischen Verhältnis Kenntnis erlangt hätten; sie hätten sich daher vor Einreichung des Baugesuchs für ihr eigenes Projekt beim Kläger um eine Lösung bemühen müssen und sich nicht darauf verlassen dürfen, dass der Kläger sein Grenz- und Anbaurecht während der gesamten Dauer ihres Baubewilligungsverfahrens nicht ausübe bzw. durchsetze; spätestens seit Oktober 2019 hätten die Beklagten Kenntnis vom Widerruf der prekäristischen Gestattung gehabt; es könne nicht sein, dass die Beklagten es mit ihrem Bauprojekt gleichsam in der Hand hätten, den Zeitpunkt der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wenn nicht zu bestimmen, dann wenigstens hinauszuschieben; zumindest mit der Projektanpassung (Redimensionierung) vom 27. Mai 2020 sei das Baubewilligungsverfahren alleine durch die Beklagten weiter verzögert worden (Urk. 26 S. 16). Mit diesen entscheidtragenden Erwägungen setzen sich die Beklagten nicht rechtsgenügend auseinander.

4.3 Darin, dass der Kläger einerseits am 29. November 2019 mit seinem Begehren an die Schlichtungsbehörde gelangte und andererseits gegen den Bauentscheid (Bewilligung) vom 14. August 2019 (Urk. 13/2) und die Bewilligung der Projektänderung vom 2. Oktober 2019 (Urk. 13/5) Rekurs erhob (Urk. 13/3, Urk. 13/6), hat die Vorinstanz zu Recht kein rechtsmissbräuchliches Verhalten erblickt (Urk. 26 S. 17). Dem Kläger muss es erlaubt sein, sein eigenes Projekt zu fördern und den Rückbau der Isolationsverkleidung zu verlangen und gleichzeitig gegen das Projekt seiner Nachbarn mit juristisch erlaubten Mitteln vorzugehen und die Aufhebung der Baubewilligung zu fordern, auch wenn der Rückbau Be-

standteil des Projekts der Beklagten sein mag. Dies stellen keine unvereinbaren, widersprüchlichen Verhaltensweisen dar. Die Beklagten haben ebenso ihr Projekt vorangetrieben und sich gleichzeitig gegen das Projekt des Klägers gewehrt. Es wurde bereits ausgeführt, dass der Kläger keine rechtskräftige Baubewilligung benötigte, um von den Beklagten den Rückbau zu verlangen (E. III/3.4). Ohnehin sind die Rekurse des Klägers längst erledigt (Urk. 13/4, Urk. 13/8) und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten wäre damit entfallen. Gegen die Bewilligung vom 19. August 2020 (Urk. 18/16) betreffend Abänderungspläne wurde seitens des Klägers kein Rekurs erhoben. Die Beklagten haben denn auch bereits am 9. Oktober 2020 die Baufreigabe erhalten (Urk. 28/2). Dennoch ist der Rückbau bis auf die Grenze immer noch nicht vollständig erfolgt.

4.4 Rechtsmissbrauch im Sinne widersprüchlichen Verhaltens könnte hingegen insoweit vorliegen, als der Kläger für die Einräumung des Hammerschlagsrechts weitere Bedingungen aufstellte. Denn es geht nicht an, einerseits von den Beklagten den Rückbau zu fordern und andererseits den dafür notwendigen Platz auf seinem Grundstück nicht zur Verfügung zu stellen (vgl. Urk. 28/3, Urk. 28/4). Entgegen seiner Darstellung (vgl. Urk. 33 Rz 83 f.) hat der Kläger in seinem Schreiben vom 23. Oktober 2020 (Urk. 28/4) der Inanspruchnahme seines Grundstücks (§ 229 Abs. 1 PBG) nicht vorbehaltlos zugestimmt (vgl. § 230 Abs. 2 PBG) und bloss weitere Informationen verlangt. Vielmehr hat er seine Zustimmung von gewissen weiteren Bedingungen abhängig gemacht (gegenseitige Einräumung des Hammerschlagsrechts und Einigung über den Grenzbau, einen Toleranzbereich oder ein Näherbaurecht). Der nachträgliche Hinweis des Klägers auf speziell aufwändige alternative Möglichkeiten für einen Rückbau, wie Sky Worker, Industrielletterer oder Krankorb (Urk. 33 Rz 82), ist nicht geeignet, die Notwendigkeit der Inanspruchnahme seines Grundstücks in Frage zu stellen (§ 229 Abs. 1 PBG). Die Frage des Rechtsmissbrauchs kann letztlich aber offen gelassen werden. Der Kläger stimmte nämlich der Inanspruchnahme seines Grundstückes (wenn auch unter gleichzeitiger Stellung eigener Anträge) mit an die Baubehörde gerichtetem Schreiben vom 27. November 2020 doch noch zu (Urk. 28/7 S. 3) und die Beklagten konnten das klägerische Grundstück für den Aufbau des Ge-

rüsten in Anspruch nehmen (Urk. 35/2-5). Ein allfälliges rechtsmissbräuchliches Verhalten wäre mittlerweile entfallen.

4.5.1 Zu prüfen ist schliesslich der Einwand der Beklagten, ihnen sei der Rückbau aufgrund fehlender rechtskräftiger Baubewilligung bzw. fehlender Baufreigabe öffentlich-rechtlich verboten gewesen, was die Vorinstanz verkannt habe.

4.5.2 Die Stammbaubewilligung der Beklagten datiert vom 14. August 2019 und wurde um den 10. November 2019 herum rechtskräftig (Urk. 13/2, Urk. 13/4). Über eine Projektänderung wurde mit Entscheid des Baurekursgerichts vom 27. März 2020 befunden (Urk. 13/8). Ein weiterer Entscheid, gegen den kein Rekurs erhoben wurde (Urk. 17 Rz 36), datiert vom 19. August 2020 (Urk. 18/16). Die definitive Baufreigabe erhielten die Beklagten am 9. bzw. 12. Oktober 2020 (Urk. 25 Rz 7, Urk. 28/2). Der angefochtene Entscheid erging am 22. Oktober 2020 und räumte den Beklagten eine Frist von drei Monaten ab Rechtskraft für den Rückbau ein. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids resp. im heutigen Zeitpunkt eine für die Beklagten unzumutbare Situation vorlag bzw. vorliegt, weil entweder gegen das Zivilrecht oder das Baurecht verstossen werden muss. Die Beklagten konnten mittlerweile den Umbau mit der Aufstockung abschliessen.

4.5.3 Die Vorinstanz erwog, die Beklagten hätten den Rückbau der Isolationsverkleidung vorziehen bzw. im Rahmen des Bewilligungsverfahrens nachträglich vom Bauprojekt abtrennen müssen. Allerdings hätten sie keinen dahingehenden Antrag gestellt (Urk. 26 S. 16 f.). Ob dies zweckmässig oder zumutbar gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls hätte vorliegend ein Gesuch um vorzeitige Baufreigabe eingereicht werden können. Einem vorzeitigem Baubeginn kann die Behörde ausnahmsweise zustimmen, wenn besondere Gründe vorliegen, die von der Bauherrschaft dazulegen sind. Die vorzeitige Baufreigabe kommt gerade dann häufig zum Tragen, wenn dem Neubau ein Abbruch bestehender Bauten vorangeht und letzterer von der Baubewilligung erfasst ist (Fritzsche/Bösch/Wipf/ Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., 2019, S. 487). Vorliegend wäre es Sache der Beklagten gewesen, die Baubehörde unter Darlegung der besonderen Umstände um eine vorzeitige Baufreigabe für den Rückbau

zu ersuchen. Die Beklagten behaupten nicht, sie hätten dies getan. In ihrer Stellungnahme vom 29. April 2021 machten die Beklagten geltend, dass ein Rückbau der Fassade ohne gleichzeitigen Wiederaufbau technisch nicht möglich sei bzw. eine Schädigung der Bausubstanz des Gebäudes zur Folge hätte (Urk. 38 Rz 13). Sie zeigen indes nicht auf, dass sie diesen (mit keinerlei Beweismitteln untermauerten) Einwand vor Vorinstanz rechtzeitig erhoben haben. Darauf kann nicht mehr eingegangen werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Bei dieser Sach- und Rechtslage kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, sie sei in eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung verfallen und hätte die zuständige Kreisarchitektin als Zeugin einvernehmen müssen.

5.1 Der Kläger umschrieb im Rechtsbegehren die zu beseitigende Beeinträchtigung seines Eigentums als auf sein Grundstück hinübereagende "und auf dem Situationsplan (Beilage 6) als rosa schraffierte Fläche eingezeichnete Baute" (Urk. 2 S. 2). Entsprechend verpflichtete die Vorinstanz die Beklagten im Dispositiv, die von ihrem Grundstück auf das Grundstück des Klägers hinübereagende und auf dem Situationsplan (act. 4/6) als rosa schraffierte Fläche eingezeichnete Baute zurückzusetzen (Urk. 26 S. 18). Die in der Vereinbarung vom 26. Oktober 2006 erwähnte, über die Grenze ragende Fassade (Isolationsverkleidung), die in dem vom Kläger angefertigten Situationsplan (Urk. 4/6) rosa eingetragen wurde, ist zwar abgebaut und die Fassade (Isolation, Verputz) neu aufgebaut worden (Urk. 42 S. 2, Urk. 47, Urk. 57, Prot. II S. 6, S. 24; Urk. 35/7, Urk. 44/9+10, Urk. 67/17). Allerdings ist zwischen den Parteien nach wie vor der vom Kläger in Urk. 4/6 Blatt 1 rosa eingefärbte Bereich umstritten, wenn auch nicht im ursprünglichen Ausmass von "ca. 15 cm". Von den Parteien wurde diesbezüglich denn auch keine Korrekturen beantragt.

5.2 Damit ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. In Dispositiv-Ziffer 1 ist das Grundstück des Klägers (bisher Kat.-Nr. 7) mit seiner neuen Grundstücks-Nummer (Kat.-Nr. 8) aufzuführen (Urk. 65 Rz 3, Urk. 67/15, Urk. 67/16). Die Frist von drei Monaten für die Zurückversetzung läuft den Beklagten ab Rechtskraft des Berufungsentscheids, welche vorliegend mit

der Eröffnung eintritt (BGE 146 III 284 E. 2.3.5 S. 288 f.; BGer 5A_263/2020 vom 6. Juli 2020, E. 4.3).

IV.

Ausgangsgemäss werden die Beklagten auch für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.– (Urk. 2 Rz 3, Urk. 26 S. 18). Die Gerichtsgebühr ist aufgrund des aufwändigen Berufungsverfahrens mit zahlreichen Stellungnahmen und einer Instruktionsverhandlung auf Fr. 5'000.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 bis 3, § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 5'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagten 1 und 2 werden unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB verpflichtet, die von Seiten ihres Grundstücks Kat.-Nr. 1 Zürich ... – D._____ auf das Grundstück des Klägers Kat.-Nr. 3 (vormals 2) Zürich ... – D._____ hinüberraagende und auf dem Situationsplan (Urk. 4/6) als rosa schraffierte Fläche eingezeichnete Baute innert einer Frist von 3 Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils auf ihre eigenen Kosten auf die Grenze zwischen dem Grundstück Kat.-Nr. 3 Zürich ... – D._____ des Klägers und dem Grundstück der Beklagten Kat.-Nr. 1 Zürich ... – D._____ zurückzusetzen, so dass das Grundstück des Klägers Kat.-Nr. 3 Zürich ... – D._____ nicht mehr ungerechtfertigt überragt wird.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Beklagten unter solidarischer Haftung (und intern je zur Hälfte) auferlegt und mit

ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

5. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung (und intern je zur Hälfte) verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. April 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

MLaw L. Hengartner

versandt am:

jo