



Geschäfts-Nr. LB060015/U [A](#), [B](#), [C](#)

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie die juristische Sekretärin lic. iur. K. Ziltener

Urteil vom 22. Dezember 2006

in Sachen

A., geboren ..., von ..., ...,
Beklagte und Appellantin

vertreten durch ...

gegen

Stadt Zürich, ...,
vertreten durch ...
Klägerin und Appellatin

betreffend **Dienstbarkeit (Verbot/Feststellung)**

Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. Januar 2006; Proz. CG040159

Rechtsbegehren

1. Klage (act. 2 S. 2):

1. Der Beklagten sei zu verbieten, in der Liegenschaft ..., Kat.-Nr. ..., ..., sexgewerbliche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden; unter Androhung von Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Falle des Zuwiderhandelns.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

2. Widerklage (act 12 S. 2):

1. Es sei festzustellen, dass die zugunsten der Klägerin und zulasten des Grundstücks Kat.-Nr. ..., Grundbuchblatt ..., im Grundbuch ... eingetragene Personaldienstbarkeit 'Quartierbestimmungen betr. Gewerbebeschränkungen z.G. Stadt Zürich' (Servitutenprotokoll [SP] ...) für die Klägerin alles Interesse verloren hat, und es sei das Grundbuchamt ... anzuweisen, den betreffenden Eintrag zu löschen.
2. Eventuell sei festzustellen, dass das im Servitutenprotokoll ... enthaltene Verbot, auf dem Grundstück Kat.-Nr. ... ein unsittliches Gewerbe zu betreiben, ungerechtfertigt ist, und es sei das Grundbuchamt anzuweisen, das Servitutenprotokoll ... in Bezug auf den Dienstbarkeitsinhalt wie folgt abzuändern: 'Es dürfen keine Fabriken angelegt und keine geräuschvollen, die Luft verunreinigenden oder feuergefährlichen Gewerbe betrieben werden. Ebenso ist die Anlage von Werkplätzen für Steinhauer, Zimmerleute etc. und die Ausübung von Droschken- und Fuhrhaltereigeschäften nicht gestattet.'
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 18. Januar 2006:

- "1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagten verboten, in der Liegenschaft ..., Kat.-Nr. ..., ..., sexgewerbliche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden, unter Androhung von Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Fall des Zuwiderhandelns.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 6'500.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 726.-- Schreibgebühren
Fr. 589.-- Zustellgebühren
Fr. --.-- Vorladungsgebühren
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.
- 6./7. [Mitteilung / Rechtsmittel]"

(act. 47 S. 17)

Berufungsanträge:

Der Beklagten, Widerklägerin und Appellantin (act. 54 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18.01.2006 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Klage sei abzuweisen, und die Widerklage sei gutzuheissen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin/ Widerbeklagten/Appellatin."

Der Klägerin, Widerbeklagten und Appellatin (act. 59 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen und der angefochtene Entscheid sei im vollen Umfang zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Appellantin."

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

1.

1.1 Die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. ..., Gbl ..., Vers.-Nr. ..., am ... im Quartier ... in Die Liegenschaft ist Teil einer Hofrandüberbauung von sechs herrschaftlichen Wohnhäusern zwischen ...-, ...- und ...-strasse aus den Jahren 1885 bis 1897. Zu Gunsten der Klägerin und zu Lasten dieses Grund-

stücks der Beklagten ist folgende Personaldienstbarkeit im Grundbuch eingetragen:

„Quartierbestimmungen betr. Gewerbebeschränkungen

Auf nachbezeichneten Liegenschaften:

Kat. Nr. ... Grb.Bl. ... (vormals ...)

(...)

haftet zugunsten der Stadtgemeinde Zürich folgende Quartierservitut: Es dürfen keine Fabriken angelegt und keine geräuschvollen, die Luft verunreinigende, unsittlichen oder feuersgefährlichen Gewerbe betrieben werden. Ebenso ist die Anlage von Werkplätzen für Steinhauer, Zimmerleute etc. und die Ausübung von Droschken- und Fuhrhaltereiengeschäften nicht gestattet.

Dat. 24. November 1909“

1.2 Im ersten Stock dieser Liegenschaft wird seit dem 8. September 1995 durch eine Mieterin unter dem Namen ... ein Sexsalon betrieben. Ab dem Jahre 1999 wurde dieser Betrieb auch auf den zweiten Stock ausgedehnt. Nach der Beurteilung der Stadtpolizei Zürich (Sittenpolizei) handelt es sich um einen Salon der gehobenen Luxusklasse (act. 3/8 und 3/15).

1.3 Für diese Umnutzungen wurden vorgängig keine Baubewilligungen eingeholt. Auf Aufforderung des Amtes für Baubewilligungen hin reichte die Mieterin und Saloninhaberin ein nachträgliches Baugesuch ein (act. 3/9). Mit Beschluss vom 19. Juli 2000 verweigerte die Bausektion der Stadt Zürich die baurechtliche Bewilligung für die Einrichtung von sexgewerblichen Salon im 1. und 2. Obergeschoss des fraglichen Gebäudes und befahl der Beklagten, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen (act. 3/10). Die Beklagte und die Mieterin rekurrten gegen diesen Entscheid an die Baurekurskommission I des Kantons Zürich. Diese hiess die Rekurse am 26. Januar 2001 teilweise gut, indem sie die Anordnung auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes für das erste Obergeschoss als unbegründet erachtete. Der Entscheid bezüglich des zweiten Obergeschosses wurde bestätigt (act. 3/11). In der Folge wurde die Streitsache vor das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich gezogen. Dieses Gericht hiess mit seinem Entscheid vom 24. Oktober 2001 die Beschwerde der Stadt Zürich gut und stellte den aufgehobenen Beschluss der Bausektion vom 19. Juli 2000 wieder her. Die Be-

schwerden der Beklagten und der Saloninhaberin wies sie ab (act. 3/12). Diese beiden erhoben staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht, welches mit Urteil der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung vom 5. Mai 2003 das Urteil des Verwaltungsgerichts aufhob, soweit damit die Beschwerde der Stadt Zürich gutgeheissen und der Entscheid der Baurekurskommission bezüglich des ersten Obergeschosses aufgehoben wurde (act. 3/13). Diesem Entscheid entsprechend stellte die Bausektion der Stadt Zürich mit Entscheid vom 18. Februar 2004 fest, dass das Bordell im 1. Obergeschoss zulässig und nur im zweiten Obergeschoss aufzuheben sei (act. 3/16).

2.1 Am 13. August 2004 reichte die Klägerin beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen die Beklagte mit dem obgenannten Rechtsbegehren ein (act. 1 und 3). Mit der Klageantwort vom 18. November 2004 erhob die Beklagte die oben erwähnte Widerklage (act. 12). Am 18. Januar 2006 fällte die Vorinstanz das oben aufgeführte Urteil, mit welchem sie einerseits der Beklagten das Anbieten oder Dulden von sexgewerblichen Dienstleistungen in ihrer Liegenschaft ... verbot und andererseits mit der Abweisung der Widerklage die Löschung der auf dieser Liegenschaft lastenden Quartierservitut der Klägerin ablehnte (act. 47). Für die Darstellung des näheren erstinstanzlichen Prozessverlaufs ist auf die korrekte Darstellung im erstinstanzlichen Urteil zu verweisen (act. 47 S. 4).

2.2 Mit Eingabe vom 2. Februar 2006 erklärte die Beklagte rechtzeitig die Berufung gegen dieses Urteil (act. 48). Im vollständig schriftlich durchgeführten Berufungsverfahren, das am 11. August 2006 seinen Abschluss fand, stellten die Parteien die vorerwähnten Anträge (act. 54 S. 2, act. 59 S. 2). Der Prozess ist spruchreif.

II.

A. Widerklage

1.

1.1 Die Klägerin verlangt gestützt auf eine Dienstbarkeit ein Verbot für die Nutzung der Liegenschaft der Beklagten an der ...-strasse in ... für sexgewerbliche Dienstleistungen. Die Beklagte fordert demgegenüber mit ihrer Widerklage die Aufhebung bzw. Löschung dieser Servitut im Grundbuch. Würde diesem Begehren stattgegeben, so wäre dem beantragten Verbot die rechtliche Grundlage entzogen. Es ist somit vorerst die Widerklage zu prüfen.

1.2 Die Beklagte begründet ihre Widerklage zusammenfassend damit, dass die fragliche Gemeindeservitut heute keinen Bestand mehr beanspruchen könne, da die Berechtigte jedes Interesse an ihr verloren bzw. aufgegeben habe. Ihr Zweck werde nämlich heute vollständig durch das öffentliche Recht geregelt. Auch habe angesichts der Änderung des Quartiercharakters die Klägerin jegliches Interesse daran verloren, und schliesslich sei eine wirksame Verbotservitut mit dem unbestimmten und nicht rechtsgenügend bestimmbareren Begriff des "unsittlichen Gewerbes" nicht möglich (act. 54 S. 10).

2.

2.1.1 Bevor auf die Vorbringen der Beklagten betreffend Gültigkeit bzw. Verlust des Interesses an der streitigen Dienstbarkeit näher eingegangen wird, ist zunächst deren Inhalt zu klären.

Da die fragliche Dienstbarkeit im Jahre 1909, mithin vor dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912, errichtet wurde, stellt sich zunächst die Frage des intertemporal anwendbaren Rechts. Gemäss Art. 17 Abs. 1 SchIT ZGB bleiben die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bestehenden dinglichen Rechte unter Vorbehalt der Vorschriften über das Grundbuch auch unter dem neuen Recht anerkannt. In Bezug auf ihren Inhalt stehen jedoch die beschränkt dinglichen Rechte nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, soweit es eine Ausnahme nicht vorsieht,

unter dem neuen Recht. Nur falls sie nach dem neuen Recht nicht mehr errichtet werden könnten, würde das bisherige Recht weiter gelten (Art. 17 Abs. 2 und 3 SchIT). Da die fragliche Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist und nur solche altrechtliche Dienstbarkeiten ins Grundbuch eingetragen wurden, die auch nach dem neuen Recht begründet werden konnten (Art. 43 Abs. 3 SchIT), ist zur Bestimmung des Inhalts nach dem neuen Recht vorzugehen (vgl. ZK, Liver, N. 59 zu Art. 738 ZGB).

2.1.2 Bei der fraglichen zu Gunsten der Klägerin, einem öffentlichen Gemeinwesen, wirkenden Quartierservitut mit Gewerbebeschränkungen handelt es sich um eine sogenannte Gemeindeservitut (ZK, Liver, N. 114 zur Einleitung; Schmid / Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, Rz. 1432), welche als Dienstbarkeit im Sinne von Art. 781 ZGB zu verstehen ist

Gemäss Art. 781 Abs. 1 ZGB können Dienstbarkeiten anderen Inhalts (d.h. ausser den ausdrücklich geregelten persönlichen Dienstbarkeiten der Nutzniessung, Wohn-, Bau- oder Quellenrecht) zu Gunsten einer beliebigen Person oder Gemeinschaft bestellt werden, so oft diese in bestimmter Hinsicht jemandem zu Gebrauch dienen können. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung bestimmt sich ihr Inhalt nach den gewöhnlichen Bedürfnissen der Berechtigten. Im Übrigen stehen sie unter den Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten (Art. 781 Abs. 3 ZGB). Mithin ist der Inhalt nach den Art. 737 - 740 ZGB zu bestimmen (BSK ZGB II, Etienne Petitpierre, N. 7 zu Art. 781 ZGB). Dabei ist gemäss Art. 738 Abs. 1 ZGB primär der Wortlaut des Eintrags im Grundbuch massgebend, soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben. Ist die Dienstbarkeit im Eintrag mit einem alten, ausser Übung gekommenen Ausdruck bezeichnet, ist dessen Sinn nach dem Sprachgebrauch und den Rechtsgewohnheiten einer früheren Zeit zu bestimmen. Damit bleiben diese Rechte aber keineswegs einem früheren Recht unterstellt; das frühere Recht ist bloss die Quelle der Erkenntnis des Inhalts, den diese Rechte nach dem heute geltenden Gesetz haben. Dass sie mit diesem Inhalt Dienstbarkeiten des neuen Rechtes sein können, ist die Voraussetzung unter welcher sie ins Grundbuch eingetragen werden können (ZK, Liver, N. 60 zu Art. 738 ZGB).

2.1.3 Entscheidender Streitpunkt ist vorliegend der Passus "Es dürfen keine *unsittlichen ... Gewerbe* betrieben werden" (act. 3/5). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 54 S. 15) ergibt sich der Inhalt der Dienstbarkeit bereits deutlich aus dieser Formulierung. Auch wenn der Ausdruck "unsittliches Gewerbe" im heutigen Sprachgebrauch nicht mehr häufig vorkommt und antiquiert erscheint, ist seine damalige Bedeutung auch heute noch offensichtlich und allgemein verständlich; darunter ist die Prostitution, d.h. die gewerbsmässige Ausübung sexueller Handlungen, zu verstehen (vgl. Duden, 24. Aufl., S. 813). Dass mit dem Begriff "unsittliches Gewerbe" etwa eine andere Art gewerblicher Betätigung gemeint war, behauptet die Beklagte zu Recht nicht. Es konnte aber damit auch nicht etwa ein Pornokino, ein Sexshop oder ein Sex-Videofilmverleih gemeint sein, da solche gewerblichen Aktivitäten zur Zeit der Errichtung der Dienstbarkeit noch unbekannt waren. Der Begriff als solcher beschränkt sich aber entgegen der Behauptung der Beklagten auch nicht etwa nur auf die Prostitution, sofern sie sich störend auswirkt (act. 54 S. 16 f.). Es ist offensichtlich, dass wie bei den andern in der Servitut erwähnten Gewerben die Beschränkung darauf beruht, dass deren Betrieb - vor rund hundert Jahren wie auch heute noch - *im Allgemeinen* mit Immissionen und negativen Begleiterscheinungen verbunden ist bzw. zumindest die Gefahr dafür besteht, und deshalb diese grundsätzlich verhindert werden sollten, unabhängig davon, ob von einem bestimmten Betrieb konkrete nachteilige Auswirkungen ausgehen. Keinesfalls konnte damit die besonders störende Form der Strassenprostitution gemeint sein, wie die Beklagte meint (act. 54 S. 16), da diese mit der fraglichen Grunddienstbarkeit auf dem privaten, voll überbauten Grundstück nicht hätte verhindert werden können. Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Ausführungen bezüglich des Begriffs der Sittlichkeit bzw. einer allfälligen veränderten gesellschaftlichen Bewertung der Prostitution. Ist nach dem Gesagten bereits nach dem Wortlaut des Grundbucheintrags der Inhalt der fraglichen Dienstbarkeit deutlich, so brauchen zu deren Bestimmung nicht noch weitere Auslegungselemente geprüft zu werden.

2.2 Nicht gefolgt werden kann der Beklagten, wenn sie behauptet, die fragliche Gemeindeservitut sei widerrechtlich, weil deren Inhalt, d.h. das Verbot, ein unsittliches Gewerbe zu betreiben, nicht zulässig sei (act. 54 S. 8). Es bestehe eine

"anfängliche Unrichtigkeit" dieses Eintrags und dieser sei in jedem Fall ungerichtet im Sinne von Art. 975 ZGB (act. 12 S. 11). Wie vorstehend ausgeführt war der Begriff im Zeitpunkt des Eintrags eindeutig, so dass der Eintrag einer solchen Dienstbarkeit entgegen der beklagischen Auffassung nicht wegen mangelnder Bestimmtheit hätte verweigert werden müssen. Ob die erwähnten, später aufgetauchten kommerziellen Aktivitäten dem Begriff "unsittliches Gewerbe" zuzuordnen wären, kann hier offen bleiben, zumal dieser Ausdruck praktisch - ausser allenfalls in historischem Zusammenhang - nicht mehr verwendet wird und diese Einrichtungen im allgemeinen unter den Begriff Sexgewerbe oder Sexgeschäft fallen. Es geht bei der fraglichen Beschränkung dieses Gewerbes wie aus dem Zusammenhang mit den andern in der Dienstbarkeit untersagten Gewerbearten hervorgeht, nicht um die Verhinderung einer bestimmten Tätigkeit aus moralischen Gründen, sondern letztlich um die damit möglicherweise verbundenen negativen Begleiterscheinungen (Verdrängung von günstigem Wohnraum, häufiger Mieterwechsel, Lärmimmissionen, tendenziell höhere Kriminalität). Dass Gewerbebeschränkungen dann zulässig sind, wenn auch der Gedanke des Immissionsschutzes, d.h. der Schutz vor Einwirkungen, die von einem Grundstück ausgehen, eine Rolle spielt, anerkennt zu Recht auch die Beklagte (act. 12 S. 10; vgl. BK, Heinz Rey, N. 89 zu Art. 730 ZGB; Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, § 12, S. 72 Rz.22; ZK, Liver, N. 193 zu Art. 730 ZGB; SJZ 33 S. 123 f.). Somit gilt es festzuhalten, dass der strittige Inhalt der Dienstbarkeit nicht als unzulässig bzw. widerrechtlich qualifiziert werden kann.

2.3.1 Die Beklagte verlangt mit ihrer Widerklage gestützt auf Art. 736 Abs. 1 ZGB die Löschung der Dienstbarkeit, da diese für die Klägerin jegliches Interesse verloren habe. Sie macht dabei im Wesentlichen geltend, die Klägerin habe bei der Errichtung der Servitut im Jahre 1909 keine privaten, sondern ausschliesslich öffentliche Interessen verfolgt. Mit der Servitut seien bestimmte Anlagen und Gewerbe aus Gründen des Immissionsschutzes wie auch aus nutzungsplanerischen bzw. städtebaulichen Interessen untersagt worden. Spätestens seit den 1960-er Jahren seien die Vorschriften über die Nutzweise abschliessend im öffentlichen Recht geregelt. Die mit der fraglichen Quartierservitut auferlegten Gewerbebeschränkungen seien seit geraumer Zeit abschliessend im öffentlichen Planungs-

bau und Umweltrecht (PBG, eidg. Lärmschutz- und Luftreinhalteverordnung) enthalten. Deshalb sei die Dienstbarkeit insgesamt überflüssig geworden und die Klägerin habe daran jegliches Interesse verloren (act. 54 S. 3 ff., act. 64 S. 2 ff.).

2.3.2 Nach Art. 736 Abs. 1 ZGB kann der Belastete die Löschung einer Dienstbarkeit verlangen, wenn diese für den Berechtigten alles Interesse verloren hat. Unter dem Interesse für das berechtigte Grundstück bzw. dem Interesse des Berechtigten versteht die Rechtsprechung das Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit gemäss deren Inhalt und Umfang. Dabei ist vom Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit auszugehen, der besagt, dass eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrechterhalten werden darf als jenem, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist somit in erster Linie, ob der Berechtigte 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 (BGE 130 III 554 E. 2).

2.3.3 Festzuhalten ist zunächst in diesem Zusammenhang, dass - wie die Beklagte selber ausführt (act. 54 S. 7) - öffentlich-rechtliche Bau- und Umweltschutzvorschriften bestehende Dienstbarkeiten nicht von sich aus ausser Kraft setzen. Es geht vorliegend auch nicht darum, ob die fragliche Dienstbarkeit heute noch eingetragen werden könnte oder nicht. Zu prüfen ist einzig, ob die Klägerin auf Grund der veränderten rechtlichen Verhältnisse jegliches Interesse daran verloren hat.

Wohl mögen die genannte BZO-Bestimmung und die heute geltenden Immissionsschutz-Vorschriften sowie die Vorschrift von Art. 24c Abs. 2 BZO der Stadt Zürich, wonach in der Quartiererhaltungszone QII 4 (bei einem Wohnanteil von weniger als 90%) nur mässig störende Gewerbe- und Dienstleistungsnutzungen zulässig sind, die fraglichen Gewerbebeschränkungen allenfalls als grundsätzlich überflüssig erscheinen lassen, doch ändert dies nichts daran, dass die Klägerin nicht jedes Interesse an der Ausübung der Dienstbarkeit verloren hat. Zutreffend wies die Vorinstanz darauf hin, dass die erwähnte Regelung in der BZO, die erst nach der Einrichtung des strittigen Sexsalons in der Liegenschaft der Beklagten am 21. April 2001 in Kraft trat (act. 2 S. 5), diesen Gewerbebetrieb nicht verhin-

dem konnte (act. 47 S. 15). Es besteht somit durchaus ein aktuelles Interesse der Klägerin an dieser Dienstbarkeit, wenn sie gestützt darauf eine nach wie vor bestehende Nutzung durch einen Betrieb des Sexgewerbes zu beseitigen versucht. Diese Absicht steht im Übrigen im Einklang mit der heute geltenden entsprechenden Regelung. So sind nämlich gemäss Art. 24c Abs. 3 BZO in Gebieten, wo ein Wohnanteil von 50% vorgeschrieben ist, sexgewerbliche Salons oder vergleichbare Einrichtungen nicht zulässig. Das Grundstück der Beklagten befindet sich in der Quartiererhaltungszone QII mit einem Wohnanteil von 50% (act. 2 S. 2). Es kann dabei keine Rolle spielen, dass davon nur das Interesse am Verbot einer von mehreren Gegenstand der Dienstbarkeit bildenden Gewerbenutzungen betroffen ist, kann doch eine Dienstbarkeit nur beim Verlust *jeglichen* Interesses aufgehoben werden und verlangt die Beklagte ja die Aufhebung der gesamten Dienstbarkeit, mithin also auch des strittigen Verbots der Ausübung des unsittlichen Gewerbes.

2.3.4 Die Beklagte behauptet des Weiteren, dass die fragliche Gemeindeservitut für die Klägerin auch durch den seit der Errichtung stark veränderten Charakter des Quartiers jegliches Interesse im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB verloren habe und deshalb zu löschen sei. Das betroffene Grundstück befinde sich unmittelbar am ... an der Ecke .../...; an dieser Kreuzung bestehe auf Grund des massiven Auto- und Tramverkehrs wie auch der verschiedenen Gewerbe mit hoher Kundenfrequenz eine sehr grosse Lärm- und Schadstoffbelastung. Der ... habe sich zu einem hektischen Verkehrsknotenpunkt und lebhaften Gewerbezentrum entwickelt, weshalb es sich entgegen der Darstellung im angefochtenen Urteil (act. 47 S. 17) nicht mehr um ein gehobenes Wohnquartier handle. Der behauptete Sinn und Zweck der Dienstbarkeit, das Gebiet als gehobenes Wohnquartier zu schützen, könne somit nicht mehr erreicht werden, weshalb alles Interesse für die Klägerin an dieser Servitut erloschen sei (act. 54 S. 9, act. 64 S. 4).

Die Klägerin bestreitet diese Darstellung der heutigen Situation am Standort der beklagten Liegenschaft nicht. Sie macht aber zu Recht geltend, dass es damals - mit der fraglichen Gemeindeservitut - wie auch heute - mit der Bestimmung von Art. 24c Abs. 3 BZO - nicht allein um einen umweltschutzrechtlichen

Zweck, sondern auch um die Verhinderung von negativen Begleiterscheinungen des Sexgewerbes gegangen sei. Dabei handelt es sich, wie im Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Januar 1997 festgehalten wurde, auch um unerwünschte Begleiterscheinungen wie häufiger Mieterwechsel, Verdrängung von preisgünstigem Wohnraum und damit Familien sowie tendenziell höherer Kriminalität, welche die Wohnqualität beeinträchtigen. Unter diesem Gesichtspunkt besteht denn auch heute noch ein Bedürfnis zur Erhaltung eines gehobenen Wohnquartiers im Gebiet, wo sich das Grundstück der Beklagten befindet, trotz der starken Verkehrsimmissionen ... Es ist dabei nicht nur die Lärm-situation unmittelbar an diesem Verkehrsknotenpunkt zu beachten, sondern auch die Situation des angrenzenden Bereichs bzw. des gesamten Quartiers. Dass dieses den Charakter eines Wohnquartiers noch nicht verloren hat, ergibt sich schon daraus, dass - wie erwähnt - auch am Standort der Liegenschaft der Beklagten ein Wohnanteil von mindestens 50% vorgeschrieben ist. Zutreffend hat im Übrigen das Verwaltungsgericht im erwähnten Entscheid festgestellt, dass trotz der exponierten Lage an der Ecke .../.../... nicht gesagt werden könne, dass das Gebäude der Beklagten sich nicht zur Wohnnutzung eigne. Zahlreiche Wohnungen in der Stadt Zürich wiesen nämlich eine ähnliche Belastung durch Verkehrslärm auf (act. 3/12 S. 10). Somit liegen keine solchen veränderten tatsächlichen Verhältnisse vor, welche zur Folge hätten, dass die Klägerin kein Interesse mehr an der Dienstbarkeit haben kann.

3.

Zusammengefasst ergibt sich aus diesen Ausführungen, dass die Klägerin weder ihr Interesse an der fraglichen Dienstbarkeit verloren hat noch ist deren Inhalt unzulässig bzw. widerrechtlich. Es ist somit diese Dienstbarkeit im Grundbuch nicht zu löschen. Dies führt zur Abweisung der Widerklage.

B. Klage

1.

Die Beklagte widersetzt sich der Klage zusammengefasst mit folgenden Argumenten: Die Durchsetzung der Dienstbarkeit würde ihr verfassungsmässig geschütztes Recht auf Besitzstandsgarantie, d.h. die Gewährleistung der bisher ausgeübten Nutzung ihrer Liegenschaft, verletzen. Die Klage widerspreche auch dem Grundsatz von Treu und Glauben im Sinne von Art. 9 BV. Sodann sei der Betrieb des fraglichen Etablissements von den Gewerbebeschränkungen der Dienstbarkeit nicht erfasst. Schliesslich habe die Klägerin auf die Dienstbarkeit längst verzichtet (act. 54 S. 18).

2.

Die Beklagte macht zu Recht geltend, dass die Klägerin auch wenn sie - wie vorliegend - privatrechtlich handelt, die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger beachten müsse (BGE 127 I 84 E. 4 c). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn sie wie im Zusammenhang mit der fraglichen Dienstbarkeit öffentliche Interessen vertritt, mithin staatliche Aufgaben wahrnimmt (Art. 35 Abs. 2 BV). Nicht gefolgt werden kann jedoch der Auffassung der Beklagten, dass die Klägerin mit ihrer Klage die Bestandesgarantie verletze.

Die aus der Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV), dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) und dem Prinzip der Nichtrückwirkung abgeleitete Bestandes- bzw. Besitzstandsgarantie schützt den Grundeigentümer im Bestand seiner Bauten und Anlagen, auch wenn sie wegen seit der Erstellung erfolgter Rechtsänderungen nicht mehr oder nicht mehr gleich gebaut werden dürften. Nur wenn wichtige Interessen - vor allem der Gefahrenabwehr und des Umweltschutzes - es verlangen, können neue, restriktive Bestimmungen unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf bestehende Bauten angewendet werden (BGE 113 Ia 119 E. 2a; Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. I, Rz. 817). Es geht bei diesem Grundsatz also darum, den Eigentümer bei Änderungen des Rechts in seiner bisher inne gehaltenen Rechtsstellung zu schützen bzw. um den

Grundsatz des Rückwirkungsverbots. Daraus ergibt sich, dass die Berufung der Klägerin auf die Dienstbarkeit keine Verletzung dieses Prinzips darstellt. Denn die Dienstbarkeit mit dem Verbot für die Ausübung unsittlichen Gewerbes war im Jahre 1995, als der Sexsalon im Gebäude der Beklagten eingerichtet wurde, bereits - seit langem - im Grundbuch eingetragen. Die Klägerin verlangt somit keine rückwirkende Rechtsanwendung. Die Besitzstandgarantie wäre nur dann zu beachten, wenn die Klägerin den fraglichen Betrieb gestützt auf die erst nach dessen Einrichtung in Kraft gesetzte Bestimmung von Art. 24c Abs. 3 BZO verlangen würde. Dies ist jedoch nicht die Grundlage der vorliegend zu beurteilenden Klage.

Nichts zu ihren Gunsten kann die Beklagte entgegen ihrer Auffassung aus dem Ausgang des verwaltungsrechtlichen Verfahrens über die Zulässigkeit des Sexsalons ableiten. Wohl sind grundsätzlich rechtskräftige Verwaltungsentscheide für den Zivilrichter verbindlich, doch gilt dies nur wenn die Verwaltungsbehörden eine massgebliche Vorfrage für den Zivilprozess oder eine gleichlautende Streitfrage zu entscheiden haben (Frank/Sträuli/Messmer, N. 6b zu § 25 und N. 8 zu § 57 ZPO). Dies ist vorliegend nicht der Fall, war doch im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Dienstbarkeit nicht Prozessgegenstand, sondern es ging um die Frage, ob der sexgewerbliche Salon nach dem im Zeitpunkt seiner Einrichtung geltenden Recht baupolizeilich hätte bewilligt werden können. Dabei kam das Bundesgericht schliesslich in seiner Entscheid vom 5. Mai 2003 zum Ergebnis, dass sich nicht nachweisen lasse, dass gemäss den damals gültigen Bauvorschriften bzw. der damaligen Praxis der städtischen Baubehörden die Nutzungsänderung bezüglich des Sexsalons im 1. Obergeschoss verweigert worden wäre (act. 3/13 S. 14 ff.). Damit erwies sich die mit Entscheid der Bausektion der Stadt Zürich vom 19. Juli 2000 verweigerte nachträgliche Nutzungsänderung in diesem Stockwerk und der Befehl zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes als unhaltbar, mithin war der Sexgewerbe-Betrieb in der Liegenschaft der Beklagten in diesem Umfang baurechtlich zulässig. Somit wurde die Beklagte nur in ihrem Besitzstand im Hinblick auf die heute gültige Bestimmung von Art. 24c Abs. 3 BZO, der sexgewerbliche Salons im Gebiet des beklaglichen Grundstücks nicht mehr erlauben würde, geschützt.

3.

Nach Ansicht der Beklagten verletzt das Vorgehen der Klägerin den verfassungsmässigen Grundsatz des Vertrauensschutzes gemäss Art. 9 BV, indem sie in ihrem Entscheid vom 18. Februar 2004 ausdrücklich erklärt habe, dass das Bordell im ersten Obergeschoss zulässig sei, und sie nun auf Grund einer anderen Rechtsgrundlage versuche, diesen ihren eigenen Entscheid wieder aufzuheben, obwohl sich weder an der Sach- noch an der Rechtslage etwas geändert habe (act. 54 S. 14).

Von einem Verhalten der Klägerin wider Treu und Glauben kann keine Rede sein, war sie doch auf Grund des erwähnten Bundesgerichtsurteils gezwungen, die Nutzungsänderung im 1. Obergeschoss als zulässig zu erklären. Sie hat damit in keiner Weise irgendwelche Zusicherungen abgegeben noch durch dieses Verhalten zum Ausdruck gegeben, dass sie auf die Wahrnehmung ihrer Rechte aus der fraglichen Dienstbarkeit verzichten würde bzw. die servitutswidrige Nutzung sinngemäss anerkennen wolle. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Klägerin ihr Recht aus der - wie ausgeführt - nach wie vor gültigen Dienstbarkeit nicht sollte geltend machen dürfen. Treuwidriges Verhalten kann ihr auch nicht etwa deshalb vorgeworfen werden, weil sie zuerst versuchte, ihr Ziel, d.h. die Entfernung des Sexgewerbes aus der Liegenschaft der Beklagten, auf Grund der öffentlich-rechtlichen Gesetzesbestimmungen zu erreichen. Ein solches prozessökonomisches Verhalten war berechtigt, zumal die Klägerin bereits während des laufenden baupolizeilichen Verfahrens die Beklagte auf ihre Ansprüche aus der Dienstbarkeit hingewiesen hatte (act. 3/16).

4.

Dass das fragliche Etablissement, welches der Ausübung der Prostitution dient, unter den Begriff des unsittlichen Gewerbes fällt, ergibt sich aus den obigen Ausführungen zu diesem Begriff (Ziffer II/A/2.1.3). Der Einwand der Beklagten, dieser Betrieb werde von den Gewerbebeschränkung der Dienstbarkeit nicht erfasst, ist somit unbegründet.

5.

Zu prüfen ist noch die Behauptung der Beklagten, dass die Klägerin auf die fragliche Dienstbarkeit schon längst stillschweigend verzichtet habe (act. 54 S. 17 f.).

Auch dieser Standpunkt erweist sich aus folgenden Gründen als nicht stichhaltig: Entgegen dem von der Beklagten vertretenen Standpunkt, kann ein Verzicht auf eine Gewerbebeschränkung nicht schon darin gesehen werden, dass der Dienstbarkeitsberechtigte eine seinem Recht widersprechende Benutzung des dienenden Grundstücks während langer Zeit geduldet hatte, ohne dagegen Einsprache zu erheben (act. 54 S. 17). Eine solche stillschweigende Verzichtserklärung könnte höchstens dann aus der Nichtausübung des Rechts abgeleitet werden, wenn die Umstände unzweideutig auf diese Absicht hinweisen und eine andere Auslegung als ausgeschlossen oder zum Mindesten als höchst unwahrscheinlich anzusehen wäre (vgl. ZK Liver, N. 107 zu Art. 734 ZGB).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Die Klägerin meldete zwar erstmals am 19. Juni 2001 ihre Ansprüche aus der Personaldienstbarkeit gegenüber der Beklagten an und stellte die Durchsetzung der Dienstbarkeit auf dem Rechtsweg in Aussicht (act. 3/16). Bereits Ende 1999 hatte jedoch die Sittenpolizei auf Grund einer Anzeige aus der Nachbarschaft einen Bericht über die Nutzung der Räumlichkeiten des Salons ... zu Handen des Amtes für Baubewilligungen verfasst (act. 3/8), und die Mieterin wurde am 14. Februar 2000 von dieser Amtsstelle aufgefordert, eine nachträgliche Baubewilligung einzuholen oder den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (act. 3/10 S. 2). Mit Beschluss vom 19. Juli 2000 wurde dann die baurechtliche Bewilligung für die Einrichtung sexgewerblichen Salons im Gebäude der Beklagten verweigert und dieser befohlen, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen (act. 3/10). Auch wenn die Klägerin dann zuerst die Schliessung des Sexsalons zunächst auf dem verwaltungsrechtlichen Weg weiterverfolgte, kann unter diesen Umständen keinesfalls ein unzweideutiger Verzicht auf die Dienstbarkeit angenommen werden. Es gab keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin, sollte sie nicht auf diesem Weg zu ihrem Ziel gelangen, ihre privatrechtlichen Rechtsansprüche nicht in einem zivilrechtlichen Verfahren geltend machen würde. Von einem langjährigen Dulden

bzw. Verzicht auf die Rechte aus der Dienstbarkeit kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Beklagte in ihrem Schreiben vom 2. November 1995 (act. 3/20), wo sie gegenüber der Baupolizei detailliert über die Nutzung ihrer Liegenschaft Auskunft gab, die fragliche Nutzung durch einen Sexgewerbe-Betrieb nicht etwa offen gelegt hatte, sondern diese durch die Verwendung der Ausdrücke "Büro - und Gewerberäume" bzw. "Büro- und Laborräume" offensichtlich verschleiern wollte. Es ist deshalb nicht anzunehmen, dass die Baupolizeibehörde von der fraglichen Nutzungsänderung im September 1995 Kenntnis hatte. Auch wenn auf die unbestrittene Darstellung der Beklagten abzustellen ist, wonach die Sittenpolizei seit der Eröffnung des Salons diesen regelmässig kontrollierte und den Betrieb nicht beanstandete (act. 12 S. 20), so lässt sich daraus noch kein eindeutiger konkludenter Wille auf den Verzicht auf die Dienstbarkeit herleiten, zumal es nicht allgemeine Aufgabe dieser Amtsstelle ist, die Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften oder gar Verpflichtungen aus Dienstbarkeiten zu kontrollieren. Aber auch eine Zurechnung des Wissens der Sittenpolizei für die Klägerin liesse noch nicht auf einen eindeutigen Verzichtswillen schliessen; dafür wäre eine allenfalls daraus abzuleitende stillschweigende Duldung von rund fünf Jahren nicht ausreichend. Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass die Beklagte vorprozessual entgegen ihrem heutigen Standpunkt noch die Auffassung vertrat, die Nichtausübung einer Dienstbarkeit als solche bedeute noch keinen zwingenden Verzicht (act. 3/17 S. 2).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Klägerin nicht konkludent auf die fragliche Dienstbarkeit verzichtet hat.

6.

Aus den obigen Erwägungen folgt, dass die unbestrittene Nutzung der Liegenschaft der Beklagten an der ...-strasse in ... durch das Sex-Etablissement "..." als unsittliches Gewerbe im Sinne der auf diesem Grundstück lastenden Personaldienstbarkeit zu Gunsten der Klägerin zu qualifizieren ist. Wie ausgeführt, verletzt die Durchsetzung dieser Gewerbebeschränkung weder eine Besitzstandsgarantie der Beklagten noch verstösst sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und es ist auch kein Verzicht der Klägerin auf die Dienstbarkeit gegeben. Da die

fragliche Dienstbarkeit den Betrieb eines unsittlichen Gewerbs, d.h. Prostitution bzw. sexgewerbliche Dienstleistungen, verbietet, ist die Klage somit gutzuheissen und demzufolge der Beklagten zu verbieten, in ihrer Liegenschaft solche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden.

7.

Gestützt auf § 304 Abs. 1 ZPO und § 306 Abs. 2 ZPO ist dem klägerischen Antrag entsprechend für den Fall, dass die Beklagte dieses Verbot nicht beachten sollte, Ordnungsbusse und Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB anzudrohen.

III.

1.

Bei diesem Ausgang wird die Beklagte für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren in vollem Umfang kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

2.

Gemäss § 207 GVG werden Gerichtsgebühren, welche die untere Instanz zu niedrig angesetzt hat, von Amtes wegen erhöht, wenn das Verfahren an eine obere Instanz weitergezogen wird. Diese Bestimmung ist eine bewusste Ausnahme vom Prinzip der reformatio in peius (Hauser/Schweri, N. 1 zu § 207 GVG).

Die Vorinstanz ist bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr von einem Streitwert von Fr. 100'000.-- ausgegangen, ohne dies näher zu begründen (Urk. 47 S. 16 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Vorliegend geht der Streit um die Gültigkeit bzw. Anwendung einer Dienstbarkeit. Gemäss § 24 ZPO wird bei der Bemessung des Streitwerts Dienstbarkeiten an Grundstücken der Wert beigelegt, den sie für den Berechtigten oder das berechtigte Grundstück haben. Der Wertverlust des belasteten Grundstücks gilt als Streitwert, wenn er grösser ist. Diesen Grundsätzen folgend ist davon auszugehen, dass der Wertverlust für das Grundstück der Be-

klagen höher einzustufen ist, als das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung bzw. Durchsetzung dieser Dienstbarkeit. Über die Höhe dieses Wertverlustes lässt sich den Akten nichts entnehmen. Es ist deshalb analog zu § 22 ZPO vorzugehen. Danach gilt, wenn die Klage nicht auf Geldzahlung geht, derjenige Wert als Streitwert, welchen die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen. Sind die Parteien nicht einig, bestimmt das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen. In der Regel ist der höhere Betrag massgebend. Die Beklagte bezeichnete den Streitwert von Haupt- und Widerklage je mit Fr. 21'000.--. Da sich diese Klagen gegenseitig ausschliessen, bezifferte sie im Sinne von § 19 Abs. 2 ZPO den Gesamtstreitwert auf Fr. 21'000.-- (act. 12 S. 3). Demgegenüber schätzte die Klägerin den gesamten Streitwert auf Fr. 200'000.-- (act. 24 S. 2). Es ist notorisch, dass sich mit der Vermietung von Räumlichkeiten für das Sexgewerbe deutlich höhere Mietzinsen erzielen lassen als mit der Vermietung als Büro oder Räume für ein anderes Gewerbe oder als Wohnungen. Es besteht somit ein erhebliches finanzielles Interesse der Beklagten an der Verhinderung des beantragten Nutzungsverbots bzw. an der Löschung der fraglichen Dienstbarkeit. Diesem Interesse entspricht der von der Klägerin geschätzte Betrag weit mehr als die völlig unrealistische Schätzung der Beklagten. Es ist somit in analoger Anwendung von § 22 Abs. 2 ZPO vom höheren Betrag und somit von einem Streitwert von Fr. 200'000.-- auszugehen.

Demzufolge ist gestützt auf § 3 Abs. 1 VO über die Gerichtsgebühren die erstinstanzliche Gebühr auf Fr. 9'500.-- festzusetzen. Für das Berufungsverfahren ist eine Gebühr von Fr. 5'000.-- angemessen (§ 9 Abs. 2 VO über die Gerichtsgebühren).

Das Gericht erkennt:

1. Der Beklagten wird verboten, in der Liegenschaft ..., Kat.-Nr. ..., ..., sexgewerbliche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden, unter Androhung von Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB im Fall des Zuwiderhandelns.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung gemäss Dispositiv-Ziffer 3 (ohne Gerichtsgebühr) wird bestätigt.
4. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 9'500.-- festgesetzt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 671.-- Schreibgebühren
Fr. 342.-- Zustellgebühren
6. Die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Verfahren vor erster und zweiter Instanz eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 2'000.-- zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

9. Gegen diesen Entscheid kann
innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;
innert 30 Tagen nach dessen Empfang bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine

dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

versandt am: