

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110045-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 27. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

1. **Stadt B.** _____,

2. **Kanton Zürich,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

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

sowie

Verein "C." _____,

Nebenintervenient

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Nichteintreten (sachliche Zuständigkeit)**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Uster vom
29. Juni 2011 (CG090039)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Löschung der Dienstbarkeit D. _____ (Stadt B. _____) durch das Grundbuchamt B. _____ am 11.8.2003, Beleg ..., zu Unrecht erfolgt ist.
2. Es sei das Grundbuchamt B. _____ anzuweisen, die Dienstbarkeit D. _____ (Stadt B. _____) wie folgt wieder einzutragen:
'Personaldienstbarkeit D. _____
Bauverbot
Zulasten: Kat.-Nr. E1. _____, GB Blatt ... (Stadt B. _____); Kat.-Nr. E2. _____, GB Blatt ... (Kanton Zürich).
Zugunsten: A. _____.
Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke verzichten zugunsten des A. _____ auf die Errichtung von Bauten.
Vorbehalten bleiben Bauten für öffentliche Zwecke.'
8. Mai 1993, Beleg ...'
3. Alles unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Anlässlich der Replik abgeändertes Rechtsbegehren:

(Urk. 55 S. 4)

- "1. Es sei der Bestand der Dienstbarkeit D. _____ als Personaldienstbarkeit zugunsten des A. _____ und zulasten der Grundstücke B. _____ Kat.-Nrn. E1. _____ (Stadt B. _____) und E2. _____ (Kanton Zürich) festzustellen.
2. Es sei das Grundbuchamt B. _____ anzuweisen, die Dienstbarkeit D. _____ (Stadt B. _____) wie folgt wieder einzutragen:
'Personaldienstbarkeit D. _____
Bauverbot
Zulasten: Kat.-Nr. E1. _____, GB Blatt ... (Stadt B. _____); Kat.-Nr. E2. _____, GB Blatt ... (Kanton Zürich).
Zugunsten: A. _____.
Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke verzichten zugunsten des A. _____ auf die Errichtung von Bauten.
Vorbehalten bleiben Bauten für öffentliche Zwecke.'
8. Mai 1993, Beleg'
3. Alles unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Eventuelle Widerklage:

(Urk. 43 S. 2)

- "1. [...]"

2. ...
3. Im Fall der Gutheissung der Klage sei zu Lasten des Klägers festzustellen, dass die wieder einzutragende Personaldienstbarkeit D. _____ (Stadt B. _____) auf den belasteten Grundstücken der Realisierung eines Bauprojekts mit folgenden Rahmenbedingungen nicht erfolgreich (Bauverbot) entgegengestellt werden kann:
Ein Seerestaurant-Gebäude wie das Projekt des Vereins 'C. _____', welches
 - a) öffentlich zugänglich ist,
 - b) dem Zweck der Erholungsnutzung durch die Öffentlichkeit dient,
 - c) dort situiert wird, wo gemäss Richtplanung und F. _____ - Seeschutzverordnung ein Seerestaurant für die Erholungsnutzung vorgesehen resp. ermöglicht wird.Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Urteil des Bezirksgerichtes Uster:

(Urk. 62 S. 16f.)

- "1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Das Grundbuchamt B. _____ wird angewiesen, die gemäss Präsidialverfügung vom 28. Oktober 2009 zugunsten des Klägers und zulasten der im Eigentum der Beklagten stehenden Grundstücke, Grundbuchamt B. _____, Kat.-Nr. E1. _____, Grundbuch Blatt ... (Stadt B. _____), und Kat.-Nr. E2. _____, Grundbuch Blatt ... (Kanton Zürich), im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vorläufig eingetragene Personaldienstbarkeit B. _____ D. _____: Bauverbot, dat. 8.5.1933, zu löschen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 10'000.-.
4. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 20'500.- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Nebenintervenienten sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Grundbuchamt B. _____, je gegen Empfangsschein.
7. (Berufung)."

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 61 S. 2):

"Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Uster vom 29.6.2011 aufzuheben, und es sei das Bezirksgericht Uster anzuweisen, auf die Klage einzutreten, alles unter Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWSt) zulasten der beiden Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 67 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen,

und das Grundbuchamt B. _____ sei neu anzuweisen, die am 30. Oktober 2010 zu Lasten des Grundstücks Kat.-Nrn. E1. _____ (und allenfalls inzwischen Kat.-Nr. E2. _____) im Grundbuch B. _____, Blatt Nr. ... (und allenfalls inzwischen Nr. ...) eingetragene Vormerkung <Last: Bauverbot zug. A. _____ > gemäss D. _____ (Beleg ...) umgehend zu löschen.

Eventuell

Das Verfahren sei für den Fall einer Gutheissung der Berufung i.S. von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die Vorinstanz zur Fortführung des erstinstanzlichen Hauptverfahrens und Verteilung auch der Prozesskosten des Berufungsverfahrens zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich 8% Mehrsteuern) zu Lasten des Berufungsklägers."

des Nebenintervenienten (Urk. 68 S. 2):

"Die Rechtsbegehren der Berufungsbeklagten und Beklagten seien vollumfänglich zu schützen,

namentlich:

'Die Berufung sei abzuweisen, und das Grundbuchamt B. _____ sei neu anzuweisen, die am 30. Oktober 2010 zu Lasten des Grundstücks Kat.-Nrn. E1. _____ (und allenfalls inzwischen Kat.-Nr. E2. _____) im Grundbuch B. _____, Blatt Nr. ... (und allenfalls inzwischen Nr. ...) eingetragene Vormerkung <Last: Bauverbot zug. A. _____ > gemäss D. _____ (Beleg ...) umgehend zu löschen.

Eventuell

Das Verfahren sei für den Fall einer Gutheissung der Berufung i.S. von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die Vorinstanz zur Fortführung des erstinstanzlichen Hauptverfahrens und Verteilung auch der Prozesskosten des Berufungsverfahrens zurückzuweisen."

Erwägungen:

I.

1. Im Jahre 1933 wurde im Grundbuch B._____ unter anderem zugunsten des Klägers eine Personaldienstbarkeit D._____ eingetragen, welche ein (eingeschränktes) Bauverbot zum Gegenstand hatte. Das fragliche Gebiet lag und liegt im Perimeter der Meliorationsgenossenschaft B._____. Im Mai 1976 beschlossen die beteiligten Grundeigentümer, eine Gesamtmelioration B._____ - Güter- und Waldzusammenlegung - durchzuführen, welche in den nachfolgenden Jahren realisiert wurde. Im Sommer 1998 bereinigte die Meliorationsgenossenschaft B._____ die Servitute nach den in §§ 45 ff. des Landwirtschaftsgesetzes (LG) für die Güterzusammenlegung vorgeschriebenen Verfahren. Sie erarbeitete einen Vorschlag für den neuen Bestand der dinglichen Rechte (sog. "Servitutsbereinigung"). Sie erliess ein Kreisschreiben Nr. 23 vom Mai 1998 über die öffentliche Auflage dieser Servitutsbereinigung und sie schrieb die Auflage öffentlich aus. In dem öffentlich aufgelegten Entwurf des neuen Bestandes wurde das Servitut D._____ nicht übernommen. Der Kläger reichte innert der angesetzten Frist keine Einsprache ein gegen den Entwurf der Servitutsbereinigung. Nach Bereinigung aller Einsprachen wurde der Eigentumsantritt für den neuen Bestand auf den 3. April 2000 festgesetzt und der gesamte neue Bestand rechtskräftig. Schliesslich wurde die Dienstbarkeit am 11. März 2003 im Grundbuch gelöscht. Am 18. November 2008 trat der Bezirksrat B._____ auf einen vom Kläger am 22. Januar 2008 gegen die Meliorationsgenossenschaft B._____ mit dem Betreff "Bereinigung der Servitute" erhobenen Rekurs nicht ein. Am 26. Oktober 2009 sodann erhob der Kläger die vorliegende Grundbuchberichtigungsklage und verlangt die Wiedereintragung der Servitut D._____ gemäss den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren.

2. Mit Beschluss vom 29. Juni 2011 fällte die Erstinstanz einen Nichteintretensbeschluss (Urk. 62 S. 16). Für die Prozessgeschichte ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 62 S. 4ff.).

3. Am 30. August 2011 erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) rechtzeitig Berufung mit obgenannten Anträgen (Urk. 61 S. 2).

4. Am 19. September 2011 ging der vom Kläger zu leistende Kostenvorschuss bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 65).

5. Am 1. November 2011 erstatteten die Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) die Berufungsantwort mit vorstehend wiedergegebenen Anträgen (Urk. 67 S. 2). Am 2. November 2011 reichte auch der Nebenintervenient eine Stellungnahme ein (Urk. 68). Diese Rechtsschriften wurden am 10. November 2011 den Gegenparteien zur Kenntnis zugestellt und der Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt (Urk. 69).

II.

1. Für das Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes erging (ZPO/ZH), das Rechtsmittel sich aber nach dem neuen Prozessrecht richtet (ZPO), unterstehen die Kognition und das Vorgehen bei der Prüfung des Rechtsmittels - mithin das Rechtsmittelverfahren als solches - dem neuen Recht; materiell wird ein nach kantonalem Prozessrecht ergangener Entscheid im Rechtsmittelverfahren nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht überprüft.

3. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1) bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2). Diese Bestimmung verschafft der Berufungsinstanz einen grossen Ermessensspielraum. Die Berufungsinstanz kann selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsant-

wort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 34 zu Art 316 ZPO). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache im vorliegenden Fall spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

III.

1. Das angerufene Bezirksgericht Uster verneinte die sachliche Zuständigkeit und trat auf das Begehren nicht ein. Dies mit der Begründung, die Streitigkeit sei öffentlichrechtlicher Natur (Urk. 62 S. 14). Zusammengefasst erwog die Erstinstanz, dass die im Streit liegende Dienstbarkeit gemäss den Ausführungen der Meliorationsgenossenschaft B._____ vom 18. Januar 2008 nicht auf die Neuzuteilungspartellen übertragen worden sei, weil man sie aus verschiedenen Gründen als bedeutungslos geworden qualifiziert habe. Es sei dabei auf § 94 LG Bezug genommen worden, wonach infolge der Zusammenlegung nutzlos gewordene Dienstbarkeiten im Rahmen der Durchführung der Zusammenlegung erlöschen würden. Der Verwaltungsakt der Meliorationsgenossenschaft bilde denn auch den Rechtsgrund für den Untergang der Dienstbarkeit. Und dieser öffentlichrechtliche Entscheid bilde das eigentliche Anfechtungsobjekt der klägerischen Begehren. In diesem gehe es jedoch nicht um die endgültige und dauernde Regelung eines zivilrechtlichen Verhältnisses zwischen Dienstbarkeitsbelastetem und Dienstbarkeitsberechtigtem, sondern um die Prüfung der künftigen Notwendigkeit einer Dienstbarkeit im Zusammenhang mit der Güterzusammenlegung. Der Kläger führe denn auch selber aus, der frühere Eintrag der Dienstbarkeit - und damit der ursprüngliche Bestand und Umfang seiner dinglichen Berechtigung - sei unbestritten. Deshalb, so die Vorinstanz, sei festzuhalten, dass es sich um eine öffentlichrechtliche Streitigkeit handle. Allfällige Versäumnisse der Meliorationsgenossenschaft im Verfahren der Servitutenbereinigung sowie eventuelle Kompetenzüberschreitungen oder Rechtsverletzungen der Genossenschaft bei ihrem Entscheid seien nicht vom Zivilrichter zu überprüfen. Gleiches gelte für das Vorbringen, dass

massgebend für eine Löschung einzig das Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten sei. Damit richte sich der Kläger gegen die von der Meliorationsgenossenschaft vorgenommene Interessenabwägung bei der Servitutenbereinigung, welche als Verwaltungsakt von den Verwaltungsbehörden und -gerichten zu überprüfen sei. Auch dem Vorbringen, es sei dem Kläger offengestanden, ob er auf dem privat- oder/und dem öffentlichrechtlichen Weg intervenieren wolle, könne nicht gefolgt werden. Dies hätte nämlich zur Folge, dass eine im öffentlichrechtlichen Güterzusammenlegungsverfahren rechtsgültig untergegangene Dienstbarkeit nach Vollzug der Löschung im Grundbuch auf dem Zivilweg erneut beurteilt werden könnte, wobei das Zivilgericht die von der Verwaltungsbehörde vorgenommene Interessenabwägung nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten neu zu prüfen hätte. Die Abgrenzung zwischen öffentlichrechtlichem und zivilrechtlichem Verfahrensweg erfolge anhand der Art der Streitigkeit und nicht aufgrund des Zeitpunkts der Entstehung der Streitigkeit (Urk. 62 S. 11ff.).

2. Der Kläger macht im Berufungsverfahren vorab geltend, im Verfahren vor dem Bezirksrat B. _____ sei auf den Rekurs nicht eingetreten worden, unter Verweis auf Art. 975 Abs. 1 ZGB, wonach eine Grundbuchberichtigungsklage anzustrengen sei. Der Bezirksrat habe erwogen, dass es nicht ihm obliege, "den Bestand oder Nichtbestand dinglicher Rechte festzustellen und entsprechende Grundbucheinträge zu veranlassen" (Urk. 61 S. 4). Mit dem Bezirksrat sei festzuhalten, dass die Grundbuchberichtigungsklage "dem materiell Berechtigten, dessen Recht sich nicht oder nicht mehr aus dem Grundbuch ergibt" diene; sie solle ihm helfen, "dass der seinem Recht entgegenstehende ungerechtfertigte Eintrag gelöscht, geändert oder dass die ungerechtfertigt gelöschte Eintragung wieder hergestellt wird" (Urk. 61 S. 7). Der Kläger habe sich zur Aktiv- und Passivlegitimation und auch zur Zuständigkeit geäußert. In der Replik habe er festgehalten: "Sind Eintragungen (in casu: Löschung) vollzogen, d.h. im Grundbuch zum Ausdruck gebracht, so ist einzig noch der Grundeigentümer passivlegitimiert. Anderes gilt, wenn ein Streit über Dienstbarkeiten im Güterzusammenlegungsverfahren ausgetragen wird. Diesfalls sind die Verwaltungsinstanzen zuständig" (Urk. 61 S. 7).

Weiter wird vom Kläger moniert, die Vorinstanz gehe in Bezug auf das Güterzusammenlegungsverfahren von einem "normalen Lauf der Dinge" aus, nämlich davon, dass die Meliorationsgenossenschaft bei der Löschung der Personaldienstbarkeit D. _____ korrekt vorgegangen sei. Weil das Bezirksgericht von diesem unrichtigen Sachverhalt ausgehe, sei auch seine rechtliche Beurteilung falsch. Aus den Bestimmungen des Landwirtschaftsgesetzes (LG; §§ 47 Abs. 1, 120 Abs. 1, 87 Abs. 1 und 88 Abs. 1 LG) ergebe sich, dass die Berechtigten schriftlich zu informieren seien und auf sie zuzugehen sei, sofern überhaupt etwas zu regeln sei, das in den Kompetenzbereich der Genossenschaft falle. Alle Bestimmungen würden darauf abzielen, die Neuordnung des Grundeigentums sorgfältig zu regeln und das rechtliche Gehör der Betroffenen zu wahren. Im Falle einer Unklarheit sei diese mit dem Grundbuchamt und "mit den Betroffenen" zu bereinigen ("Unklarheit in Bezug auf die Verlegung bzw. die Nachführung einer Dienstbarkeit auf Neuparzellen kann im Uebrigen auch eine im Grundbuch eingetragene Servitut bieten" [Urk. 61 S. 9]). Der Kläger sei als Berechtigter aus der Personaldienstbarkeit D. _____ nie in das Meliorationsverfahren einbezogen worden. Die Löschung der Dienstbarkeit sei erfolgt, ohne dass ihm das rechtliche Gehör gewährt worden und ohne dass ihm Gelegenheit zur Wunschäusserung gegeben worden sei. Das Kreisschreiben Nr. 23 sei nur an die Grundeigentümer versandt worden und es seien in Bezug auf das Grundeigentum nur diese gemeint. Das Kreisschreiben sei auch keine Verfügung (so fehle bereits die Bezeichnung "Verfügung") und es sei auch nie ein Beschluss gefasst worden, auch nie eine Allgemeinverfügung ergangen. Selbst wenn von einer Allgemeinverfügung auszugehen wäre, könne das vollkommene Übergehen der Mitwirkungsrechte des Berechtigten aus einer Personaldienstbarkeit nicht geheilt werden. Zudem habe sich die Publikation an die Genossenschafter, also wiederum an die Grundeigentümer, gewandt. Sodann habe ein Hinweis, dass bestehende Dienstbarkeiten gelöscht würden, gefehlt. Nach dem Gesagten ergebe sich, dass die Mitwirkungsrechte des Klägers im Meliorationsverfahren gänzlich übergegangen worden seien, weshalb ihm auch nicht eine Säumnis vorgeworfen werden könne. Die Meliorationsgenossenschaft habe mit ihrem Vorgehen bzw. Unterlassen kantonales, Bundes- und Verfassungsrecht verletzt. Selbst wenn angenommen würde, kantonales Recht sei nicht verletzt

worden, läge eine Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes vor (Urk. 61 S. 8 ff.).

3. Die Beklagten halten an den vor Vorinstanz vorgebrachten Zweifeln betreffend die sachliche Zuständigkeit fest. Die Löschung der fraglichen Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück sei im Rahmen eines durch die öffentliche Vorschrift von Art. 2 f. LWG und den diesbezüglichen Vorschriften des kantonalen Rechts (§§ 45 f. und §§ 76 f. LG) geregelten Meliorationsverfahrens erfolgt. Der öffentlichrechtliche Entscheid der Meliorationsgenossenschaft, das fragliche Servitut nicht auf den neuen Besitzstand zu übertragen und zu löschen, sei unstreitig im Zusammenhang mit dem Zweck der Güterzusammenlegung getroffen worden (§ 94 LG); zudem habe es sich nicht um die Frage gedreht, ob die Dienstbarkeit damals überhaupt vorbestanden habe oder nicht. Die vom Kläger aufgeworfene Frage nach Bestand und Umfang jenes Lösungsentscheides sei jedenfalls damals wie heute - gemäss seiner Klage- und Berufungsbegründung - eine Verwaltungsstreitsache und als solche nicht vor dem Zivilrichter, sondern vor den Verwaltungsbehörden auszutragen (Urk. 67 S. 5f.).

4. Das Bezirksgericht Uster ist wegen mangelnder sachlicher Zuständigkeit auf das Begehren nicht eingetreten. Der Nichteintretensbeschluss ist Anfechtungsobjekt im Berufungsverfahren. Es ist also die Zuständigkeit des angerufenen Bezirksgerichts zu prüfen.

5. Nach einem allgemeinen prozessualen Grundsatz ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat (BGE 137 III 32, 34).

6. Gemäss § 1 des zürcherischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) vom 24. Mai 1959 sind für öffentlichrechtliche Angelegenheiten die Verwaltungsbehörden und das Verwaltungsgericht, für privatrechtliche Ansprüche die Zivilgerichte zuständig. Der Zivilweg wird somit durch das kantonale Recht vom Verwaltungsweg abgegrenzt. Geht es darum, die Zuständigkeiten der genannten

kantonalen Behörden voneinander abzugrenzen, so ist gemäss § 1 VRG vorfrageweise zu entscheiden, ob eine öffentlichrechtliche oder eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegt. Als vom kantonalen Verfahrensrecht gewähltes Unterscheidungskriterium gehören die Begriffe des öffentlichen und privaten Rechts in diesem Zusammenhang dem kantonalen Recht an, und zwar auch dann, wenn es gilt, bundesrechtliche Normen zu klassifizieren (BGer 1P.152/2002 vom 4. Juli 2002).

7. Ist der Eintrag eines dinglichen Rechts ungerechtfertigt, oder ein richtiger Eintrag in ungerechtfertigter Weise gelöscht oder verändert worden, so kann jedermann, der dadurch in seinen dinglichen Rechten verletzt ist, auf Löschung oder Abänderung des Eintrags klagen (Art. 975 ZGB). Mit der Grundbuchberichtigungsklage kann der an einem Grundstück materiell Berechtigte erwirken, dass eine seinem Recht widersprechende, ungerechtfertigte Grundbucheintragung entweder gelöscht oder geändert wird; er kann mit dieser Klage aber auch erreichen, dass eine ungerechtfertigterweise gelöschte Einschreibung wiederhergestellt wird (Rey, Sachenrecht I, Nr. 2125).

8. Die Kritik des Klägers zielt, wie unter Ziff. III.2 ausgeführt, auf das Meliorationsverfahren, insbesondere auf die von der Meliorationsgenossenschaft B. _____ im Sommer 1998 vorgenommene "Servitutsbereinigung" und die damit einhergehende geltend gemachte Gehörsverletzung. Die Personalservitut sei in einer Art Geheimverfahren von Genossenschaft und Grundbuchamt gelöscht worden (Urk. 61 S. 12). In Bezug auf sein Recht aus der Servitut ..., so der Kläger, habe es im Zusammenlegungsverfahren nichts zu bereinigen und nichts neu zu gestalten gegeben. Falls sich die Frage der gänzlichen Löschung von D. _____ überhaupt gestellt hätte, hätten seine Mitwirkungsrechte gewahrt werden müssen, und zwar von der Einleitungs- bis zur Entscheidphase (Urk. 16 S. 24).

9. Das Bundesgericht hat im Entscheid 1P.152/2002 Folgendes festgehalten: "Bei der Güterzusammenlegung werden den Eigentümern von landwirtschaftlichen Grundstücken im Zusammenlegungsgebiet an Stelle ihrer zerstreuten, klei-

nen und ungünstig geformten Parzellen im Interesse einer rationellen Bodennutzung arrondierte grössere und besser geformte Grundstücke zugewiesen. Die Bodenverbesserungsmassnahmen im Sinne von Art. 703 ZGB sind öffentlich-rechtlicher Natur. ... Bei der Neuordnung der dinglichen Rechte an landwirtschaftlichen Grundstücken im Rahmen der Güterzusammenlegung handelt es sich demnach um ein öffentlichrechtliches Verfahren. ... Gleich wie bei den andern dinglichen Rechten ist der Entscheid, ob der Streit über eine Dienstbarkeit auf den Zivilweg zu verweisen oder im verwaltungs- bzw. verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu beurteilen ist, davon abhängig, ob im Einzelfall die Einräumung oder Aufhebung einer Dienstbarkeit für die Erfüllung des Meliorationszweckes notwendig ist. Trifft die Meliorationsgenossenschaft in dieser Sache einen Entscheid, so kommt das verwaltungsgerichtliche Verfahren zum Zuge. Das öffentliche Recht ist also immer dort anwendbar, wo zu beurteilen ist, ob der Meliorationszweck die Neubegründung oder Aufhebung von Dienstbarkeiten erheischt. Es ist also auf dem Verwaltungsweg zu prüfen, ob für ein in die Melioration einbezogenes Grundstück das Bedürfnis nach Errichtung einer Servitut besteht oder ob eine existierende Dienstbarkeit aufzuheben ist. Davon zu trennen ist die Frage, ob eine Grunddienstbarkeit überhaupt besteht oder nicht. Über diese Frage, die mit dem Meliorationszweck in keinem Zusammenhang steht, sondern allein aufgrund der zivilrechtlichen Verhältnisse zu beantworten ist, hat der Zivilrichter zu entscheiden. Der Ablösung von Dienstbarkeiten im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Parzellarordnungsverfahrens kommt demnach neben der privatrechtlichen Ablösung gemäss Art. 736 ZGB ein eigenständiger Charakter zu. Eine Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) liegt jedenfalls solange nicht vor, als die Aufhebung von Dienstbarkeiten durch den Zweck der Güterzusammenlegung bedingt wird und nicht bloss eine Regelung nachbarschaftlicher Beziehungen ohne Zusammenhang zur Landumlegung darstellt (...). Der Verwaltungsrichter hat also unter dem Gesichtspunkt des Meliorationszwecks darüber zu entscheiden, ob Dienstbarkeiten neu begründet oder aufgehoben werden sollen, während der Zivilrichter über den Bestand oder Nichtbestand behaupteter alter Dienstbarkeiten urteilt (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 17. September 1979, E. 1, PKG 1979 Nr. 5 S. 19)."

10. Am 14. Mai 1976 hatten die beteiligten Grundeigentümer beschlossen, eine Gesamtmelioration B._____ - Güter- und Waldzusammenlegung - durchzuführen, welche in den nachfolgenden Jahren realisiert wurde; der Eigentumsantritt an den neu zugeteilten Grundstücken wurde auf den 3. April 2000 festgesetzt (Urk. 4/6). Das vom Kläger kritisierte Kreisschreiben Nr. 23 der Meliorationsgenossenschaft B._____ ist im Mai 1998 in B._____ datiert und an die Genossenschaftsmitglieder adressiert und spricht eingangs die Bereinigung der Servitute an: "Viel Zeit in Anspruch nahm die Bereinigung der Servitute. Dazu war eine intensive Zusammenarbeit mit dem Notariat B._____ erforderlich. Nun ist diese aufwendige Arbeit abgeschlossen und es kann die öffentliche Auflage durchgeführt werden. Sobald die Servitutenbereinigung abgeschlossen ist, kann der Eigentumsübergang, d.h. der Eintrag des neuen Besitzstandes im Grundbuch, an die Hand genommen werden." (Urk. 4/7 S. 1). Im selben Kreisschreiben wurde die Öffentliche Auflage der Servitutenbereinigung sowie der Stangen, Schacht- und Durchleitungsentschädigungen angekündigt, dies insbesondere mit der Begründung, dass gemäss §§ 88 und 94 LG im Zusammenlegungsverfahren, als Vorbereitung für den Eigentumsübergang des neuen Bestandes, alle grundbuchlichen Eintragungen (Dienstbarkeiten, Anmerkungen, Vormerkungen) des alten Bestandes bereinigt werden müssten (Urk. 4/7 S. 2). Es wurde im Kreisschreiben angeordnet, dass allfällige Einsprachen innert der Auflagefrist vom 3. Juni 1998 bis 23. Juni 1998 zu erheben seien (Urk. 4/7 S. 2).

11. Erstens ist unbestritten, dass das umstrittene Servitut D._____ in den öffentlich aufgelegten Entwurf nicht übernommen wurde und dass der Kläger keine Einsprache erhoben hat. Zweitens ist unbestritten, dass die Dienstbarkeit gelöscht wurde (Urk. 55 S. 4). Es geht also nicht um die Frage, ob die Grunddienstbarkeit bestand oder nicht. Gemäss Schreiben des Grundbuchamts B._____ vom 19. Februar 2000 wurde die Bauverbotsdienstbarkeit D._____ nicht übernommen, mit der Begründung, dass laut dem vorliegenden Zonenplan der Stadt B._____ alle mit der Bauverbotsdienstbarkeit D._____ belasteten Grundstücke des alten Besitzstandes in der Freihaltezone seien. Gemäss § 40 PBG dürften in der Freihaltezone nur solche oberirdischen Bauten und Anlagen erstellt werden, die der Bewirtschaftung oder unmittelbaren Bewerbung der Freiflächen dienen und die den

Zonenzweck nicht schmälern würden; für andere Bauten und Anlagen gelte Art. 24 RPG. Zudem würden alle mit der Bauverbotsdienstbarkeit D. _____ belasteten Grundstücke im Eigentum der Öffentlichkeit stehen, nämlich im Eigentum des Staates Zürich, und auch der Öffentlichkeit dienen. Aufgrund der genannten Tatsachen, so das Notariat und Grundbuchamt B. _____, habe die Bauverbotsdienstbarkeit D. _____ vom 08.05.1933 ihres Erachtens keine Bedeutung mehr; die Freihaltezone komme faktisch einem Bauverbot gleich und allfällige zukünftige Bauten für öffentliche Zwecke, welche Staat Zürich bzw. Stadt B. _____ auf den belasteten Grundstücken erstellen könnten, seien auch gemäss der Bauverbotsdienstbarkeit nicht ausgeschlossen (Urk. 4/8). Die Meliorationsgenossenschaft war also zur Auffassung gelangt, dass der Meliorationszweck die Dienstbarkeit zugunsten der Klägers als überflüssig erscheinen lasse.

12. Die Vorwürfe des Klägers betreffend die Löschung der Dienstbarkeit und die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs (Urk. 61 S. 9) sind klar an die Adresse der Meliorationsgenossenschaft gerichtet, welche mit ihrem Vorgehen bzw. Unterlassen kantonales, Bundes- und Verfassungsrecht verletzt haben soll. Der Kläger will mit seiner Klage den Entscheid betreffend die bereits gelöschte Dienstbarkeit, welche seinen Ausführungen zufolge gestützt auf einen nichtigen Verwaltungsakt erfolgt ist (Urk. 61 S. 18), neu überprüfen und die Dienstbarkeit wieder eintragen lassen. Angefochten wird das Vorgehen im Meliorationsverfahren und die unter dem Gesichtspunkt des Meliorationszwecks vorgenommene Einschätzung, nämlich die Bauverbotsdienstbarkeit habe sich als überflüssig erwiesen, da die belasteten Grundstücke erstens in der Freihaltezone und zweitens im Eigentum der Öffentlichkeit stehen würden. Damit geht es um einen von der Meliorationsgenossenschaft getroffenen Entscheid. Trifft die Meliorationsgenossenschaft einen Entscheid, so kommt das verwaltungsgerichtliche Verfahren zum Zuge (BGer 1P.152/2002). Die Auffassung der Erstinstanz ist somit zu bestätigen: Anfechtungsobjekt des Klägers ist der öffentlich-rechtliche Entscheid, der Verwaltungsakt der Meliorationsgenossenschaft, wofür die zivilen Gerichte nicht zuständig sind. Es handelt sich nicht um eine zivilrechtliche Streitigkeit.

13. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet, und auf die Klage ist nicht einzutreten. Somit ist das Grundbuchamt B. _____ entsprechend Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses anzuweisen.

IV.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziff. 3-5) zu bestätigen.

2. Der Kläger ist auch für das Berufungsverfahren für kosten- und entschädigungspflichtig zu erklären (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Verfahren vor Obergericht kommen die Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und die Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) vom 8. September 2010 zur Anwendung. Der Streitwert ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz auf Fr. 300'000.– zu veranschlagen (Urk. 62 S. 15). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist nach § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 sowie § 10 GebV OG festzusetzen. Die Prozessentschädigung für die Beklagten 1 und 2 ist in Anwendung von § 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV auf insgesamt Fr. 6'500.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer festzulegen. Mit Bezug auf den Nebenintervenienten gilt, dass in Anwendung der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Jenny, in: Sutter/Somm-Hasenböhler, ZPO Komm., Art. 106 N 19; ebenso: Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 9).

Es wird erkannt:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Das Grundbuchamt B._____ wird angewiesen, die gemäss Präsidialverfügung [des Bezirksgerichts Uster] vom 28. Oktober 2009 zugunsten des Klägers und zulasten der im Eigentum der Beklagten stehenden Grundstücke, Grundbuchamt B._____, Kat.-Nr. E1._____, Grundbuch Blatt ... (Stadt B._____), und Kat.-Nr. E2._____, Grundbuch Blatt ... (Kanton Zürich), im Sinne von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vorläufig eingetragene Personaldienstbarkeit B._____ D._____: Bauverbot, dat. 8.5.1933, zu löschen.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziff. 3-5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
6. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 7'020.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, den Nebenintervenienten und an das Bezirksgericht Uster, sowie nach Eintritt der Rechtskraft in Dispositiv-Ziff. 2 an das Grundbuchamt B._____, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
8. 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 arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 300'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Januar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsidenten:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc