

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB150014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## **Beschluss und Urteil vom 17. Juni 2015**

in Sachen

**BVK Personalvorsorge des Kt. Zürich,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**A. \_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Dienstbarkeit, Bauverbot und Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 5. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2014; Proz. CG110129**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 4)

- "1.1. Es sei festzustellen, die im Grundbuch eingetragene Baubeschränkung, bezogen auf Gebäude Nr. ..., zu Gunsten des klägerischen Grundstückes, Kat. Nr. 1... und zu Lasten des beklagten Grundstückes, Kat. Nr. 2... in Zürich, habe auch nach Abbruch des Gebäudes Nr. ... Bestand.
- 1.2. Es sei festzustellen, die Verletzung der mit dem Grundstück Kat. Nr. 1... verbundenen dinglichen Rechte, sei zugleich eine Verletzung der in der Bundesverfassung geschützten Eigentumsgarantie.
- 1.3. Es sei festzustellen, das von der Bausektion der Stadt Zürich mit Entscheid ... bewilligte Bauprojekt könne nicht ohne Verletzung der im Grundbuch eingetragenen, auf das ehemalige Gebäude Nr. ... bezogenen Baubeschränkung z.G. des Grundstückes Kat. Nr. 1... gebaut werden.
- 1.4. Es sei dem Beklagten und jedem späteren Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 2... zu verbieten, ein Projekt zu bauen, das die im Grundbuch eingetragene, auf das ehemalige Gebäude Nr. ... bezogene Baubeschränkung z.G. des klägerischen Grundstückes Kat. Nr. 1... und somit die in der Verfassung geschützte Eigentumsgarantie verletzt.
- 1.5. Es sei der Beklagte zu verurteilen, dem Kläger an die Instandstellungskosten für eine Abwasserleitung CHF 7'456.40, zuzüglich Zins von 5% ab 20.12.2010 sowie pauschal CHF 1'000.– für anderen Schaden zu bezahlen.
- 1.6. Dem Kläger seien vom Beklagten, zusätzlich zur Prozessentschädigung für den vorliegenden Prozess, die Anwaltskosten für seine vorprozessualen Einigungsbemühungen betreffend die Dienstbarkeit, mit pauschal CHF 1'000.– zu entschädigen.
- 1.7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuer zum aktuellen Satz, z.L. des Beklagten."

**Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung,**

**vom 16. Dezember 2014:**

**Es wird beschlossen:**

1. Vom Teilvergleich der Parteien wird Vormerk genommen. Das Verfahren wird diesbezüglich (Rechtsbegehren Ziff. 1.5. und 1.6) als erledigt abgeschrieben.
2. Auf den Antrag der klagenden Partei, es sei festzustellen, dass die Verletzung der mit dem Grundstück Kat. Nr. 1... verbundenen dinglichen Rechte, zugleich

eine Verletzung der in der Bundesverfassung geschützten Eigentumsgarantie sei, wird nicht eingetreten.

3. Über die Kosten und Entschädigungsfolgen wird mit nachfolgendem Urteil entschieden.

(4./5.) Mitteilung / Rechtsmittel.

### **Es wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass die im Grundbuch eingetragene Baubeschränkung, bezogen auf das ehemalige Gebäude Nr. ..., zu Gunsten des klägerischen Grundstückes, Kat. Nr. 1... und zu Lasten des beklagten Grundstückes, Kat. Nr. 2... in Zürich-B.\_\_\_\_\_, auch nach Abbruch des Gebäudes Nr. ... Bestand hat.
2. Es wird festgestellt, dass das von der Bausektion der Stadt Zürich mit Entscheid ... bewilligte Bauprojekt nicht ohne Verletzung der im Grundbuch eingetragenen, auf das ehemalige Gebäude Nr. ... bezogenen Baubeschränkung z.G. des Grundstückes Kat. Nr. 1... in Zürich-B.\_\_\_\_\_ gebaut werden kann.
3. Das Begehren der klagenden Partei, es sei der beklagten Partei und jedem späteren Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 2... in Zürich-B.\_\_\_\_\_ zu verbieten, ein Projekt zu bauen, das die im Grundbuch eingetragene, auf das ehemalige Gebäude Nr. ... bezogene Baubeschränkung z.G. des klägerischen Grundstückes Kat. Nr. 1... und somit die in der Verfassung geschützte Eigentumsgarantie verletzt, wird, soweit darauf einzutreten ist, abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 24'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu einem Drittel und der beklagten Partei zu zwei Dritteln auferlegt und von dem von der klagenden Partei geleisteten Vorschuss (Fr. 20'000.–) bezogen; der Restbetrag (Fr. 4'000.–) wird von der beklagten Partei bezogen. Der klagenden Partei wird der Rückgriff auf die beklagte Partei im Umfang von Fr. 12'000.– eingeräumt. Die beklagte Partei wird zudem verpflichtet, der klagenden Partei den auf sie fallenden Anteil der Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 280.-- zu ersetzen.
6. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 9'000.– (zuzügl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

(7./8.) Mitteilung/Rechtsmittel.

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 95 S. 2):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Dezember 2014, CG110129, in Bezug auf die Ziff. 1., 2., 4., 5. und 6. aufzuheben.
2. Es sei die Klage abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 105 S. 2):

Die Berufungsklage gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16.12.2014, CG110129, sei abzuweisen.

Unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

*(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)*

1. - 1.1 A.\_\_\_\_\_ ist Eigentümer des Grundstückes Kat.-Nr. 1... an der C.\_\_\_\_\_ - Strasse ... im Stadtquartier Zürich-B.\_\_\_\_\_. Die BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich, eine Stiftung, ist Eigentümerin des benachbarten Grundstückes Kat.-Nr. 2..., auf dem zu Gunsten des Grundstückes von A.\_\_\_\_\_ eine Dienstbarkeit (Baubeschränkung) lastet. Der Bestand der Dienstbarkeit geht auf das Jahr 1859 zurück. In den Jahren 1947 und 1983 erfolgten Neufassungen. Anlass der letzten Neufassung war die Zusammenlegung zweier Nachbargrundstücke, darunter das Grundstück Kat.-Nr. 3..., auf dem die Dienstbarkeit bis dahin lastet, zum Grundstück mit heutiger Kat.-Nr. 2..., das im Eigentum der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich steht.

**1.2** Die Dienstbarkeit hatte ursprünglich unbestrittenermassen folgenden Wortlaut:

*Der von den Herren D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ projectierte Bau soll durch eine Zinne bedeckt und der Bau, respektive die Zinne nicht höher gemacht werden als die Stützmauer des Herrn F. \_\_\_\_\_ ist.*

Unbestrittenermassen bezeichnet das Wort "Zinne" in diesem Text ein Flachdach.

**1.2.1** Die im Jahre 1947 getroffene Neufassung der Dienstbarkeit hatte unbestrittenermassen diesen Wortlaut:

Dienstbarkeit

Baubeschränkung zugunsten Kat.-Nr. 1... des G. \_\_\_\_\_.

Zulasten Kat.-Nr. 3... der Geschwister, bzw. Erben H. \_\_\_\_\_.

Das Gebäude Sekuranz-Nr. ... mit Zinne, auf dem Grundstück Kat.-Nr. 3... darf nicht höher gemacht werden. Gilt zugunsten der Liegenschaft Kat.-Nr. 1...

**1.2.2** Die Bauten, die sich auf dem Grundstück Kat.-Nr. 3... befanden, wurden unbestrittenermassen später abgerissen. Insbesondere unstrittig ist, dass das Gebäude mit der Versicherungsnummer "... mit Zinne" vor einer weiteren Neufassung der Dienstbarkeit im Jahre 1983 abgerissen wurde und sich auf dem Grundstück an der Stelle der Bauten eine Grünanlage befand, die heute noch vorhanden ist. Die Anlage hatte die Rechtsvorgängerschaft (Beamtenversicherungskasse BVK als unselbständige Anstalt öffentlichen Rechts resp. der Kanton Zürich) der heutigen BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich bzw. errichtet.

Der Text der im Jahre 1983 getroffenen und seit da im Grundbuch eingetragenen Fassung der Dienstbarkeit lautet unstrittig folgendermassen:

Dienstbarkeit

Baubeschränkung

Zugunsten Kat.-Nr. 1... Blatt ...

Zulasten Kat.-Nr. 2... Blatt ...

Das Gebäude, Versicherungs-Nr. ... mit Zinne, auf dem im Situationsplan rot eingezeichneten Teil des belasteten Grundstücks, darf nicht höher gemacht werden. Gilt zugunsten des berechtigten Grundstückes.

Unstrittig ist endlich, dass sich diese neue Fassung auf eine entsprechende Anmeldung durch die Rechtsvorgängerschaft der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich, den Kanton Zürich, vertreten durch die Direktion der Finanzen, abstützt (vgl. act. 32 S. 8 [und dazu act. 33/30] sowie act. 38 S. 7-8).

**1.3** Die BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (fortan: die Beklagte) will auf ihrem Grundstück eine Baute erstellen lassen. Die dazu erforderliche öffentlich-rechtliche Baubewilligung wurde ihr bzw. ihrer Rechtsvorgängerschaft erteilt. A.\_\_\_\_\_ (fortan: der Kläger) hält dieses Bauvorhaben aufgrund der Dienstbarkeit, die nach seiner Auffassung ein Höherbauverbot beinhaltet, für unzulässig. Mit seiner Klage wehrt er sich dagegen.

**2.** In den ersten Tagen des Mai 2011 ersuchte der Kläger um Schlichtung beim zuständigen Friedensrichteramt und machte die Sache rechtshängig. Die Schlichtung verlief erfolglos. Die Klagebewilligung wurde daher in der zweiten Junihälfte 2011 ausgestellt. Mit Schriftsatz vom 21. September 2011 gelangte der Kläger an das Bezirksgericht (vgl. act. 1 ff.) und reichte diesem die Klagebewilligung (act. 2) ein (vgl. dazu auch act. 89 S. 10, 1.4).

Nach Präliminarien (wie Einforderung eines Kostenvorschusses, Behandlung eines Ausstandsbegehrens des Klägers durch Instanzen bis ans Bundesgericht; vgl. act. 17) konnte das Hauptverfahren im Juni 2012 mit der Ansetzung der Frist zur Klageantwort fortgeführt werden; ab September 2012 wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt usw., der im August 2013 sein Ende fand (vgl. act. 25, 32, 38, 46). Eine auf den 18. Oktober 2013 angesetzte Vergleichs- und Instruktionsverhandlung fand auf Wunsch der Parteien, die selbst Vergleichsgespräche führen wollten, nicht statt. Im März 2014 erklärte die Beklagte dem Bezirksgericht, die Gespräche seien in weiten Teilen gescheitert; in Nebenpunkten sei hingegen eine Vereinbarung möglich. Auf gerichtlichen Vorschlag hin schlossen die Parteien am 22. Mai bzw. 2. Juni 2014 einen Teilvergleich (act. 67 und act. 71).

Im Juli 2014 erklärten die Parteien den Verzicht auf Durchführung der Hauptverhandlung. Anfang Dezember 2014 wurde vorgemerkt, dass die Beklagte in Rechtsnachfolge der Beamtenversicherungskasse bzw. des Kantons Zürich

Eigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 2... geworden ist und das Rubrum angepasst. Am 16. Dezember 2014 fällt das Bezirksgericht die diesen Erwägungen vorangestellten Entscheide (Beschluss und Urteil; vgl. act. 99 [= act. 89 = act. 96]). Für weitere Einzelheiten zum bezirksgerichtlichen Verfahren kann auf die entsprechenden Erwägungen in act. 99 verwiesen werden.

**3.** Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2015 erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen und mit Verfügung vom 20. Februar 2015 von der Beklagten ein Kostenvorschuss einverlangt. Der Vorschuss ging in der Folge rechtzeitig ein.

Am 23. März 2015 wies der Referent mit einlässlicher Begründung (vgl. act. 103) den bereits in der Berufungsschrift gestellten Antrag der Beklagten ab, ihr gestützt auf 132 ZPO eine Nachfrist von 30 Tagen zur Verbesserung ihrer Berufung anzusetzen. Das damals Erwogene ist hier der Kürze halber nicht zu wiederholen, sondern es wird auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen (vgl. act. 103, S. 2-5, dort Erw. 2). Anzumerken ist einzig noch, dass die Beklagte bis heute auch kein Fristwiederherstellungsgesuch gestellt hat.

Ebenfalls am 23. März 2015 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten. Seine Berufungsantwort (act. 105) wurde samt Beilagen (act. 106/1-3) rechtzeitig eingereicht. Antwortschrift und Beilagen wurden hernach der Beklagten zugestellt, verbunden mit dem Hinweis, der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel sei abgeschlossen (vgl. act. 107).

Die Sache ist spruchreif, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

## **II.**

### *(Zur Berufung im Einzelnen)*

**1. - 1.1** Das Berufungsverfahren stellt im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind deshalb entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Beru-

fungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast bzw. Rügeobliegenheit; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375).

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu BGE 138 III 625). Eine Partei, die neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren einführt, hat daher grundsätzlich auch darzulegen, dass sie dabei einerseits ohne Verzug handelt sowie, dass es ihr andererseits trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits der Vorinstanz einzureichen. Unterlässt sie das, bleibt ebenso grundsätzlich unbegründet, dass bzw. inwieweit die Voraussetzungen von Art. 317 Abs.1 ZPO erfüllt sind.

**1.2** Beide Parteien halten sich zuweilen nicht an die eben skizzierten Regeln des Berufungsverfahrens. Zwei Punkte, die eine Missachtung der Novenrechtschranke beinhalten, sind hier vorab herauszugreifen.

**1.2.1** Der Kläger hat mit der Berufungsantwort (act. 105) drei Beilagen eingereicht (act. 106/1-3). Eine Begründung dafür, dass die Voraussetzungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO in Bezug auf diese Urkunden und die damit zusammenhängenden Ausführungen in der Berufungsantwort erfüllt wären sowie, dass er daher befugt ist, die Beilagen einzureichen, liefert der Kläger allerdings nicht. Insoweit erscheinen die Voraussetzungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht gegeben, dürfen die act. 106/1-3 sowie die dazugehörigen Sachbehauptungen des Klägers in act. 105 als unzulässige Noven gelten und unbeachtet bleiben.

Sie sind es im Übrigen auch sonst, aus folgenden Gründen: Bei den act. 106/1-3 handelt es sich um vom Kläger anfangs Mai 2015 angefertigte "massstabsgetreue Skizzen", welche der "Illustration der Situation" dienen sollen (vgl. act. 105 S. 5). Die Situation, die mit den act. 106/1-3 illustriert werden soll, besteht

allerdings (auch laut Kläger; vgl. act. 105 S. 4) nicht erst seit anfangs Mai 2015, sondern bestand bereits im Zeitpunkt der Klageeinleitung. Es wäre dem Kläger daher ohne Weiteres möglich gewesen, die "Situation" bereits im erstinstanzlichen Verfahren mit Skizzen wie den act. 106/1-3 zu illustrieren und zu diesen Skizzen entsprechendes Weiteres auszuführen wie nun in act. 105. Erachtete er das einst nicht als erforderlich, liess er es an der zumutbaren Sorgfalt fehlen und ist daher heute nicht mehr zu hören.

**1.2.2** Die Beklagte trägt in der Berufungsschrift (act. 95) auf den Seiten 6-7 sowie auf Seite 15 f. im Zusammenhang mit der Neufassung der Dienstbarkeit im Jahr 1947 neben rechtlichen Folgerungen bzw. Schlüssen bzw. (neuen) Standpunkten auch damit zusammenhängende Sachdarstellungen vor (z.B. wer unterschrieben habe, was 1943 vereinbart worden sei usw.), die sie ohne Weiteres bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorbringen können, aber nicht vorgebracht hat (vgl. act. 25, act. 38) und auch vom Kläger nicht vorgetragen wurden. Gleiches gilt für all die Tatsachenbehauptungen der Beklagten in der Berufung zum Baumbestand auf ihrem Grundstück und dem daraus resultierenden Schattenwurf bzw. zu Licht und Schatten usw. (vgl. act. 95, dort etwa S. 13 f., S. 17, S. 18 f., S. 20). Die Beklagte führt dabei nirgends näher aus, dass sie diese Sachverhalte neu behauptet und weshalb sie glaubt, sie sei im Lichte des Art. 317 Abs. 1 ZPO berechtigt, alle diese Sachverhalte erst mit der Berufung vorzutragen. Und es ist dergleichen auch nicht ersichtlich, worauf der Kläger richtigerweise hinweist (vgl. act. 105 S. 3). Es fehlt demnach auch hier an den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO, haben die entsprechenden Sachbehauptungen der Beklagten als unzulässige Noven zu gelten und im Berufungsverfahren unbeachtet zu bleiben.

Der Kläger hat im Übrigen, um auch das zu erwähnen, die Begründung seiner eingeklagten Ansprüche im bezirksgerichtlichen Verfahren aus der Fassung der Dienstbarkeit im Jahre 1947 hergeleitet (vgl. act. 2, dort etwa S. 10 ff., S. 18 f., und act. 32, etwa S. 7 f., S. 12 ff.). Für die Beklagte bestand insoweit gar ein sachlich begründeter Anlass, sich ebenfalls bereits im bezirksgerichtlichen Verfahren mit der Fassung der Dienstbarkeit aus dem Jahre 1947 sowohl unter den Titeln des Inhaltes als auch des Bestandes auseinander zu setzen (vgl. auch Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. Art. 222 Abs. 2 ZPO und Art. 225 ZPO). Sie hat

das unterlassen, weshalb sie sich heute nicht darauf berufen kann, selbst bei Beachtung der ihr zumutbaren, nämlich konkret im bezirksgerichtlichen Verfahren gebotenen Sorgfalt (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) habe kein Anlass bestanden, die erst in der Berufungsschrift vorgetragene Sachverhalte bereits dem Bezirksgericht vorzutragen. Sie ist ebenso von daher im Berufungsverfahren mit den entsprechenden neuen Sachverhaltsvorbringen nicht mehr zu hören.

An diesem Ergebnis vermag auch die Bemerkung der Beklagten in der Berufungsschrift nichts zu ändern, in Ausführungen des Bezirksgerichtes im angefochtenen Urteil sei "erstmalig" die Rede von der neuen, gültigen Begründung der Dienstbarkeit im Jahre 1947 gewesen (a.a.O., S. 6). Zutreffend an dieser Darstellung ist, dass sich das Bezirksgericht im angefochtenen Urteil das erste und zugleich einzige Mal mit den ihm von den Parteien vorgetragenen Rechtsstandpunkten im Lichte des ihm von den Parteien vorgetragenen Sachverhaltes befasst hat. Das entspricht indessen dem Regelfall und kann eine Partei ebenso wenig erstaunen bzw. überraschen wie, dass ein Gericht dabei u.a. im Ergebnis dem Standpunkt einer Partei folgt und zugleich feststellt, welchen Rechtsstandpunkt die Gegenpartei (hier die Beklagte) nicht eingenommen hat (darauf, dass es sich hier genau so verhalten hat, verweist die Beklagte im Übrigen selbst; vgl. a.a.O., S. 6). Daraus ableiten zu wollen, es sei einer Partei gleichwohl unbesehen gestattet, im Berufungsverfahren Sachverhalte vorzutragen, die u.a. einen von ihr im erstinstanzlichen Verfahren nicht eingenommenen Rechtsstandpunkt stützen, geht nach dem in Ziff. II/1 zur Novenrechtsschranke des Art. 317 Abs. 1 ZPO Ausgeführten jedenfalls fehl. Es geht das erst recht an der Sache vorbei, wenn – wie hier, worauf eben verwiesen wurde –, für die entsprechende Partei auch noch Anlass bestanden hätte, entsprechende Sachverhalte im erstinstanzlichen Verfahren vorzutragen. Der Kläger verweist darauf der Sache nach zu Recht (vgl. act. 105 S. 8, unten).

**1.2.3** Der Ergänzung bzw. Verdeutlichung des eben Dargelegten mögen schliesslich noch die folgenden Gesichtspunkte dienen.

Der Art. 229 ZPO beschränkt das Novenrecht im erstinstanzlichen Verfahren bei gewöhnlichen Zivilprozessen spätestens auf den ersten Vortrag in der Hauptverhandlung. Zweck dieser Regelung ist es, die Parteien anzuhalten, bereits zu

Beginn des Verfahrens den Sachverhalt sowie die dazugehörigen Beweismittel klarzustellen und zu bezeichnen, um verschleppendes und/oder unsorgfältiges Prozessieren der Parteien zu vermeiden (vgl. z.B. PAHUD, in: Dike-Komm-ZPO, Zürich 2011, Art. 229 N 2, NAEGELI/MAYHALL, in: Kurzkomentar ZPO, 2. A. Zürich 2014, Art. 229 N 6, WILLISEGGER, in: BSK ZPO, 2. A., Basel 2013, Art. 229 N 3, LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, Art. 229 N 9 [mit Verweis auf die Botsch.]). Die Novenrechtsschranke des Art. 317 Abs. 1 ZPO knüpft an diesen grundsätzlichen Zweck, den der Art. 229 ZPO verfolgt, für das Berufungsverfahren an (vgl., statt vieler: JEANDIN, in: CPC commenté, Bâle 2011, art. 317 N 3). Denn es soll u.a. verhindert werden, dass die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren Versäumtes mit der Berufung nachholen, indem sie z.B. das erstinstanzliche Urteil zum Anlass nehmen, um im Berufungsverfahren einfach neu alle die Sachverhaltsbehauptungen aufzustellen, die sie der ersten Instanz nicht vorgetragen haben und die daher von der ersten Instanz als nicht gegeben zu berücksichtigen waren.

So aber verfährt die Beklagte. Die Neufassung der Dienstbarkeit im Jahre 1947 und die damit zusammenhängenden Sachverhalte blendete sie in ihrer Sach- und Rechtsdarstellung vor Bezirksgericht schlicht aus (vgl. act. 25, dort insbes. S. 6 ff., und act. 38, dort insbes. S. 7 ff.), obwohl der Kläger seinen Standpunkt, es bestehe eine gültige Dienstbarkeit mit dem Charakter einer Baubeschränkung, ebenso darauf sowohl in der Klagebegründung als auch in der schriftlichen Replik abstützte (vgl. act. 1, dort insbes. S. 9 ff. und act. 32, dort insbes. S. 5 ff.). Gleich verhielt sie sich in Bezug auf den Baumbestand auf ihrem eigenen Grundstück, dem damit zusammenhängenden Schattenwurf bzw. Licht und Schatten (vgl. act. 25 und act. 38), welche der Kläger übrigens zur Begründung seines Anspruch aus Dienstbarkeit nie näher zu Hilfe nahm (vgl. act. 1 und act. 32). Gleich verhielt sie sich schliesslich teilweise bei Vorbringen im Zusammenhang mit der Neufassung der Dienstbarkeit im Jahre 1983.

Im Übrigen wurde bereits vermerkt, dass alle entsprechenden Sachverhalte, die die Beklagte erst mit der Berufung vorträgt, schon während des erstinstanzlichen Verfahrens bekannt waren, worauf auch der Kläger zu Recht verweist (vgl. act. 105 S. 3 und S. 8). Und es bleibt nur noch(-mals) darauf hinzuweisen, dass

die entsprechenden Sachverhalte bei gehörig sorgfältiger Prozessführung bereits dem Bezirksgericht hätten vorgetragen werden können, im Berufungsverfahren aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich bleiben und daher auch nicht zur begründeten Rüge des bezirksgerichtlichen Entscheids taugen.

**2.** Der Streit drehte sich vor dem Bezirksgericht im Wesentlichen um die Frage, ob die im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks der Beklagten und zu Gunsten des Grundstücks des Klägers die Wirkungen einer Baubeschränkung hat.

**2.1** Die Beklagte stellte das im Wesentlichen mit dem Argument in Abrede, die im Jahre 1859 errichtete Dienstbarkeit habe damals wohl mangels einer öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung ihre Legitimation gehabt. Inzwischen habe sie aber wegen des Abbruchs der Bauten auf dem belasteten Grundstück jede Berechtigung verloren, zumal das ehemalige Gebäude aufgrund der Bau- und Zonenordnung ohnehin im Gebäude- und Grenzabstandsbereich gelegen habe (vgl. etwa act. 25 S. 4 und act. 38 S. 7). Der Kläger interpretiere den gesamten Umfang des damaligen Gebäudes als generelle Höhenbeschränkung. "Da sich die Verhältnisse seit 1859 rudimentär geändert" hatten (a.a.O., S. 8; vgl. auch act. 38 S. 5), die Bauten heute nicht mehr stünden, die zur Errichtung der Dienstbarkeit geführt hätten, sich die Höherbegrenzung sodann auf ein spezifisches Gebäude bezogen habe, das abgerissen sei, bestehe heute objektiv kein Interesse des heutigen Eigentümers mehr an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit (vgl. act. 25 S. 8., S. 10, ferner act. 38 S. 5). Unter den komplett geänderten Verhältnissen habe die Dienstbarkeit keine Gültigkeit mehr (vgl. act. 25 S. 8), und könne nicht mehr zum Selbstzweck aufrechterhalten werden (a.a.O., S. 9, S. 10 f.). Die Beklagte beantragte daher dem Bezirksgericht, die Klage vollumfänglich abzuweisen, eventualiter auf die Klage nicht einzutreten (vgl. act. 25 S. 2 und act. 38 S. 2).

Mit der Berufung modifiziert die Beklagte ihren Antrag in der Sache, in dem sie die Abweisung der Klage beantragt, soweit auf diese einzutreten sei (vgl. act. 95 S. 2). Gestützt auf Teile der Begründung des angefochtenen Entscheids (vgl. etwa act. 95 S. 13 und S. 5 f. zum Rechtsschutzinteresse, ferner S. 6 ff. und S. 20) nimmt sie sodann neu die Rechtstandpunkte ein, die Neubegründung der

Dienstbarkeit im Jahre 1947 sei ungültig gewesen und auch im Jahre 1983 ungültig erfolgt. Weiter macht sie – in Verschiebung von Akzenten – geltend, die 1859 begründete Dienstbarkeit sei zeitlich beschränkt bzw. befristet (vgl. act. 95 S. 10 und dazu act. 38 S. 8), und hält weiter fest, der Wortlaut des Grundbucheintrages sei klar und bedürfe keiner Auslegung (vgl. act. 95 S. 10 ff.). Endlich hält sie dem Kläger Rechtsmissbrauch vor (vgl. a.a.O., S. 16 ff., S. 20).

**2.2** Der Kläger stösst sich an diesem Wechsel der Rechtsstandpunkte und den damit einhergehenden Akzentverschiebungen seitens der Beklagten im Berufungsverfahren. Er hält dafür, soweit damit zugleich auf eine Grundbuchberichtigung abgezielt werde, sei auf die Berufung nicht einzutreten (vgl. act. 105 S. 5 f.).

Die Berufung ist keine Klage, sondern ein Rechtsmittel, das – wie gesehen – der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides dient. Erhebt eine beklagte Partei die Berufung, kann sie damit – anders als eine klagende Partei gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO – keine Klageänderung verbinden; mit einer Widerklage ist sie ohnehin schon längst ausgeschlossen (vgl. Art. 224 ZPO). Sie kann daher das durch die Klage vorgegebene Prozessthema nicht mehr verändern, soweit dieses auf Grund des angefochtenen Entscheides und nach Massgabe der Berufungsanträge noch im Streit liegt. Unbenommen ist es ihr hingegen, in den Schranken, die zum einen das Gebot von Treu und Glauben setzt (vgl. Art. 52 ZPO) und zum anderen durch den im Berufungsverfahren zu beurteilenden Sachverhalt gezogen werden, die Rechtsstandpunkte zu ändern, mit denen sie die Klage zu Fall bringen will.

Im Streit stehen hier im Wesentlichen noch die Dienstbarkeit (in Bestand und Inhalt), welche des Grundstück der Beklagten zu Gunsten des Grundstücks des Klägers belastet, sowie die Frage, ob dem Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der Geltung dieser Dienstbarkeit in dem von ihm behaupteten Sinn zukommt. Nicht Thema des Berufungsverfahrens sind allfällige Grundbuchberichtigungsanliegen der Beklagten, wie der Kläger es befürchtet. Und daran ändern auch Wechsel der Rechtsstandpunkte der Beklagten in der Berufung nichts. Diese Rechtsstandpunkte haben sich sodann, um begründet zu sein, auf den Sachverhalt abzustützen, der bereits dem Bezirksgericht vorgetragen wurde und im Berufungsverfahren mit Noven, die gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind,

ergänzt wurde. Wie in Ziff. II/1.2.2 und 1.2.3 dargelegt wurde, trifft das bei den Sachverhaltsbehauptungen, die die Beklagte neu in der Berufungsschrift vorgebracht hat, nicht zu. Folgerichtig erweisen sich die neuen Rechtsstandpunkte der Beklagten, soweit sie sich auf die unzulässigen neuen Sachverhaltsbehauptungen abstützen, sachlich als unbegründet. Zu prüfen bleibt hingegen weiterhin, wie weit sich diese Rechtsstandpunkte aufgrund des dem Bezirksgericht vorgetragenen Sachverhaltes als begründet erweisen und wie es sich mit den übrigen Rügen der Beklagten am vorinstanzlichen Urteil verhält.

**3. - 3.1** Das Bezirksgericht hat sich im angefochtenen Entscheid vorab mit der von der Beklagten aufgeworfenen Frage nach einem nicht mehr bestehenden Rechtsschutzinteresse des Klägers auseinandergesetzt (vgl. act. 99 S. 11 ff.). Dabei hielt es der Sache nach fest, die Beklagte werfe damit auch eine materiellrechtliche Frage über den Bestand und die Wirkungen der Dienstbarkeit auf und billigte dem Kläger in der Erwägung IV/4 zugleich das Interesse zu, den Bestand eben der Dienstbarkeit und deren Wirkung gerichtlich feststellen zu lassen. Das ist über alles gesehen zutreffend, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann. Ergänzend bzw. verdeutlichend ist zudem anzumerken, dass bei Feststellungsklagen das schutzwürdige Interesse i.S. des Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO mit dem Feststellungsinteresse zusammen fällt (vgl. dazu etwa, statt vieler: BESSENICH/BOPP, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., a.a.O., Art. 88 N 7, oder OBERHAMMER, in: Kurzkommentar ZPO, a.a.O., Art. 88 N 9 und 11, je , mit zahlreichen Verweisen auf Judikatur und Literatur). Erweist sich eine Feststellungsklage als zulässig, liegt ihr zwangsläufig das erforderliche schutzwürdige Interesse zu Grunde.

Die Beklagte befasst sich in ihren Rügen (vgl. act. 95 S. 5 f. [zu "Rechtsschutzinteresse"]) mit den Erwägungen des Bezirksgerichtes, weshalb die hier noch im Raume stehenden Feststellungsbegehren des Klägers zulässig sind, nicht näher. Sie genügt daher in diesem sachwesentlichen Punkt ihrer Rügeobligenheit (vgl. vom Ziff. II/1.1) nicht. Ihre Berufung erweist sich insoweit als unbegründet. Sie ist es in diesem Punkt auch im Übrigen, weil die Beklagte ihre Folgerungen, mit denen sie das Bezirksgericht kritisiert, auf unzulässige Noven abstützt

(Licht, Schatten usw.; vgl. vorn Ziff. II/1.2.2 und 1.2.3), ganz abgesehen davon, dass sie dem Kläger dabei die Einnahme von Standpunkten unterstellt, die dieser zur Begründung seines Anspruches auf Feststellung und Bestand der Dienstbarkeit so nicht eingenommen hat.

**3.2** Das Bezirksgericht hat sich mit der Frage des Bestandes der Dienstbarkeit und deren Wirkungen einlässlich und im Ergebnis zutreffend befasst (vgl. act. 99 S. 15 ff.). Es hat dabei die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen und die rechtlichen Gesichtspunkte zutreffend wiedergegeben, die daraus folgen. Das stellt auch die Beklagte so nicht in Abrede, sofern sie darauf eingeht (vgl. etwa act. 95 S. 9 f. [Rz. 43], S. 10 f. [Rz. 47 f.], S. 12 [Rz. 52 f.]). Dass die Beklagte dem Bezirksgericht dabei zugleich jeweils vorwirft, es habe aus der zutreffend dargelegten Rechtslage die falschen Schlüsse gezogen, ändert am eben Dargelegten einsichtigerweise nichts. Es kann daher wiederum zur Vermeidung von Wiederholungen vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

Anzumerken bleibt hier hingegen noch, dass die Kritik der Beklagten zu den falschen Schlüssen, die das Bezirksgericht gezogen haben soll, sich regelmässig auf die Umsetzung der rechtlich massgebenden Gesichtspunkte auf den Sachverhalt bezieht. Die Beklagte setzt sich dabei allerdings nicht mit dem Sachverhalt auseinander, den das Bezirksgericht aufgrund des ihm Vorgetragenen zu beurteilen hatte, sondern kritisiert anhand einer eigenen Sicht des Sachverhaltes, die hier unbeachtlich bleibt (vgl. vorn Ziff. II/1.2.2 und 1.2.3). Die Beklagte vermag denn auch jeweils nicht begründet darzutun, dass und inwiefern das Bezirksgericht den Sachverhalt aufgrund des ihm Vorgetragenen unrichtig festgestellt hätte. Die Beklagte kommt insoweit ihren Rügeobligationen (vorn Ziff. II/1.1) nicht nach, und es geht ihre Kritik an der Sache vorbei.

**3.2.1** Aufgrund des ihm vorgetragenen und damit massgeblichen Sachverhaltes hat das Bezirksgericht zunächst richtig den Rechtsbestand der Dienstbarkeit bejaht, unter Hinweis auf deren Neuformulierung im Jahre 1947 und im Jahre 1983 (vgl. act. 99 S. 15 ff.). Zutreffend hat es namentlich erwogen, die Neufassung aus dem Jahre 1983 beziehe sich auf die Fassung der Dienstbarkeit im Jahre 1947,

die eine Höherbaubeschränkung hinsichtlich des Gebäudes mit der Versicherungsnummer ... zum Gegenstand gehabt habe und von deren Formgültigkeit auszugehen sei. Und ebenso hat es richtig erkannt, dass mit der Fassung im Jahre 1983, deren Grund in der Zusammenlegung von Grundstücken bestanden habe, der Bestand der Dienstbarkeit nicht einfach dahingefallen sei. Denn diese Fassung bezieht sich auf das zuvor abgerissenen Gebäude mit der Versicherungsnummer ..., bezeichnet dessen einstige Fläche als "im Situationsplan rot eingezeichneten Teil des belasteten Grundstücks" und erwähnt, das (damals nicht mehr existierende) Gebäude dürfe "nicht höher gemacht werden" (vgl. den Text der Dienstbarkeit vorn in Ziff. I/1.2.2). Die Folgerung des Bezirksgerichtes, mit der Neufassung im Jahre 1983 habe sich am Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit als solcher nichts geändert (vgl. a.a.O., S. 17), ist von daher schlicht schlüssig bzw. überzeugend. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auch insoweit vollumfänglich auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

Zutreffend hat sich das Bezirksgericht auch mit den weiteren von den Parteien aufgeworfenen Fragen im Lichte des ihm vorgetragenen (und daher massgeblichen) Sachverhaltes befasst. Dabei hat es sowohl den Standpunkt der Beklagten verworfen, mit dem Abbruch des Gebäudes mit der Versicherungsnummer ... habe der auf das Jahr 1859 zurückgehende Eintrag jede Rechtfertigung verloren, weil der Eintrag rein feuerpolizeilich motiviert gewesen sei (vgl. a.a.O., S. 18 ff.), als auch den Standpunkt, dem Eintrag fehle nunmehr die Berechtigung, weil die Gebäude- und Grenzabstände heute durch die Bau- und Zonenordnung geschützt seien (vgl. a.a.O., S. 17 f.). Zutreffend bejahte es endlich weiterhin ein Interesse des Klägers am Bestand der Dienstbarkeit, weil diesem keine Interessen der Beklagten als Belasteter gegenüberstünden, die eine Ablösung der Dienstbarkeit zu rechtfertigen vermöchten (vgl. a.a.O., S. 28 ff.). Von einem offensichtlichen Missverhältnis der Interessen könne nicht die Rede sein, zumal das Grundstück – im Vergleich zum angestrebten Bauprojekt der Beklagten mit einer geringen Einschränkung – nach wie vor überbaubar sei (vgl. a.a.O., S. 31 [oben], S. 32/33). Wiederum kann zur Vermeidung von Wiederholungen in allen eben

erwähnten Punkten vollumfänglich auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden.

**3.2.2** Mit Blick auf die Rügen der Beklagten in der Berufungsschrift ist ergänzend Folgendes anzumerken, und es ist dem nochmals vorzuschicken, dass mehrere Rügen der Beklagten, wie in Ziff. II/1.2.2 und 1.2.3 dargelegt, auf neue, unzulässige Sachverhaltsbehauptungen abstellen. Letztere bleiben unbeachtlich.

**3.2.2.1** Die Beklagte stellt in der Berufungsschrift die Feststellung des Bezirksgerichtes, das Grundstück sei auch bei Bestand der strittigen Dienstbarkeit überbaubar und im Vergleich zum Projekt der Beklagten sodann nur mit geringer Einschränkung, nicht in Abrede (vgl. act. 95, dort insbes. auch S. 17 ff. [Ablösung der Dienstbarkeit]). Sie befasst sich auch mit einer wesentlichen sachlichen Voraussetzung dieser Feststellung nicht näher, nämlich mit der weiteren Feststellung des Bezirksgerichtes, das Ausmass der Baubeschränkung sei mehr oder weniger bekannt, lasse sich aufgrund alter Pläne rekonstruieren (vgl. act. 99 S. 30). Insbesondere wird von der Beklagten nicht dargetan (vgl. act. 95 S. 17 ff.), was an dieser bezirksgerichtlichen Feststellung falsch sein soll. Das wäre übrigens auch nicht ersichtlich (vgl. etwa act. 33/30). Die anderweitig von der Beklagten vertretene Position, die Dienstbarkeit sei nicht hinreichend bestimmt und damit unzulässig, weil die Höhe nicht bestimmt sei (vgl. act. 95 S. 8), steht mit diesen unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Bezirksgerichtes in einem unübersehbaren sachlichen Widerspruch, wird durch diese letztlich widerlegt und erweist sich jedenfalls nicht als stichhaltig.

Die Beklagte geht ebenfalls sonst nicht auf die Erwägungen des Bezirksgerichtes zu Art. 736 ZGB und den Interessenlagen der Parteien gemäss der vom Bezirksgericht zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. act. 99 S. 28 ff.) näher ein. Sie legt insbesondere nicht näher dar, inwiefern die bezirksgerichtliche Feststellung, ihr Projekt verfolge kein öffentliches Interesse, falsch sein soll, und legt ebenso wenig dar, inwiefern der bezirksgerichtliche Schluss unrichtig sein könnte, ein offensichtliches Missverhältnis zwischen den Interessen der Parteien, das die Ablösung der Dienstbarkeit rechtfertigen könnte, sei nicht gegeben (vgl.

a.a.O.). Insoweit genügt die Beklagte jedenfalls ihren Rügeobliegenheiten nicht und es bleibt ihre Berufung entsprechend unbegründet.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich an sich darauf hinzuweisen, es könne bei den – objektiv, über alles gesehen – doch eher als gering zu wertenden Interessen der Beklagten, die ja bauen kann, nicht darauf ankommen, dass die Interessen des Klägers allenfalls als noch geringer zu werten wären, wie die Beklagte das immer wieder anspricht. Denn daraus resultierte – was das Bezirksgericht im Ergebnis seiner Überlegungen zutreffend erkannte und was die Beklagte übersieht – immer noch kein offensichtliches Missverhältnis der Interessen. Und so gesehen unterliess es die Beklagte doch wohl mit Fug, gestützt auf Art. 736 ZGB eine Klage zu erheben.

Angemerkt werden darf in diesem Zusammenhang ferner Folgendes: Die Beklagte nimmt die Erwägung des Bezirksgerichts, die im Jahre 1859 errichtete Dienstbarkeit habe entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nur feuerpolizeiliche Gründe gehabt, sondern auch andere (vgl. act. 99 S. 28 und S. 3 [oben]), zum Anlass, dem Bezirksgericht Irriges vorzuwerfen (vgl. act. 95 S. 5, S. 6). Die Beklagte zeigt allerdings nicht auf, worin das Irrige bzw. der Irrtum liegen soll, auch nicht dort, wo sie unter Bezugnahme auf die historische Situation erwähnt, die Folgerung des Bezirksgerichtes sei nicht nahe liegend oder nicht nachvollziehbar (vgl. z.B. a.a.O., S. 9, S. 16). Es ist nämlich gerade nach der allgemeinen Lebenserfahrung sehr wohl nachvollziehbar (und ebenso nahe liegend), dass beim Bau eines Hauses bis an die Stützmauer des Nachbargrundstücks die Verhinderung eines Licht weg nehmenden und dauerhaft Schatten bewirkenden Höherbaus einen wesentlichen Gesichtspunkt für die Begründung einer Dienstbarkeit darstellt, die – wie die Dienstbarkeit aus dem Jahre 1859 – den Höherbau untersagt. Und es steht dem überhaupt nicht entgegen, dass das 1859 geltende Recht dem Nachbarn zur Verhinderung des Höherbaus die Möglichkeit der Klage gab. Nur weil eine Klage möglich ist, heisst das ja nicht, es sei jede andere Regelung der sich widerstrebenden (grund-)nachbarlichen Interessen sozusagen obsolet, zumal dann, wenn der Interessenkonflikt – wie hier bei der Überbauung auf angrenzenden Grundstücken – zwangsläufig auf (unbestimmte) Dauer angelegt ist. Und es gilt das erst recht nicht, wenn – wie im Fall der Nachbarn der hier inte-

ressierenden Grundstücke – der Streit bereits vor dem Friedensrichter statt- und seine Lösung dort gefunden hat.

Um selbst das noch zu erwähnen: Wäre die Beklagte mit ihren unzulässigen Noven zum Baumbestand usw. zu hören, könnte sie damit im hier interessierenden Zusammenhang gleichwohl nichts von Belang zu ihren Gunsten herleiten. Denn es ist, ganz abgesehen von sozusagen ästhetischen Gesichtspunkten, doch etwas erheblich anderes, ob Laubbäume im Sommer beschatten oder ob eine Hausmauer das ganze Jahr über "beschattet". Und die Duldung des einen (Bäume) als objektive Interessenlosigkeit in Bezug auf die Duldung des anderen (Hausmauer) interpretieren zu wollen, erschiene deshalb milde gesagt, lebensfremd und reichlich kühn. Entsprechend verhielte es sich mit der sachlichen Haltbarkeit der dahin zielenden Argumentation der Beklagten.

**3.2.2.2** Der erst im Berufungsverfahren von der Beklagten eingenommene Standpunkt (vgl. vorn Ziff. II/1.2.2.2), die Neufassung der Dienstbarkeit im Jahre 1947 sei formungültig erfolgt (vgl. act. 95 S. 6 f.), findet im zu beurteilenden massgeblichen Sachverhalt keine Stütze. Folglich ist nichts dargetan, was das Bezirksgericht hätte zur Annahme berechtigen können oder gar müssen und heute zur Annahme berechtigte bzw. zwingen würde, der Eintrag der Dienstbarkeit sei 1947 ohne (gültigen) Rechtsgrund erfolgt und/oder ohne hinreichenden Ausweis über das Verfügungsrecht (i.S. der Art. 965 f. ZGB).

Von daher ist es nicht zu beanstanden, wenn das Bezirksgericht von der Formgültigkeit des Eintrags ausgegangen ist, wie übrigens auch die Parteien im bezirksgerichtlichen Verfahren, namentlich die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerschaft (vgl. dazu von Ziff. I/1.2.2). Das prozessuale und rechtsgeschäftliche Verhalten letzterer hat sich die Beklagte im Übrigen vollumfänglich als eigenes anrechnen zu lassen, was das Bezirksgericht in anderem Zusammenhang schon richtig vermerkt hat (vgl. act. 99 S. 14 f.: Übernahme der Vermögenswerte der als unselbständigen Anstalt öffentlichen Rechts ausgebildeten Versicherungskasse für das Staatspersonal durch die Beklagte aufgrund einer Fusion). Von daher bestünde auch dann kein Anlass, die Frage der Formgültigkeit hier nochmals zu prüfen, wenn die neuen Sachverhaltsvorbringen der Beklagten hier und heute von Amtes wegen (etwa gestützt auf Art. 11 OR) zu berücksichtigen wären.

Um ebenso das noch zu erwähnen: Wollte man entgegen dem Dargelegten die unzulässigen Noven berücksichtigen, erübrigte es sich gleichwohl, auf die Frage der Formgültigkeit von Amtes wegen einzugehen (etwa mit dem Einholen von Auskünften beim Grundbuchamt). Denn die Beklagte behauptet in der Berufung selbst nicht, sie leite ihren neuen Standpunkt aus allen den Urkunden ab, die einst bei der Anmeldung oder in deren Nachgang dem Grundbuchführer vorgelegen hatten und diesen 1947 zum Eintrag veranlassten (vgl. act. 95 S. 7). Sie begnügt sich vielmehr mit dem Vortrag von erkennbar Unvollständigem, indem sie ohne Aktenangaben "Grundbucheinträge" zitiert und dazu neu behauptet, es sei etwas nicht erwähnt oder nachgewiesen (vgl. a.a.O.), getreu dem schon geschilderten prozessualen Verhalten (vgl. vorn Ziff. II/1.2.3), das mit Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) ohnehin nur schwer in Einklang zu bringen ist.

**3.2.2.3** Rechtsgeschäftliches Verhalten einer Person im Bereich des Zivilrechts, wie es bei der Errichtung bzw. Änderungen von Dienstbarkeiten i.S. des ZGB gegeben ist, hat sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben i.S. des Art. 2 ZGB zu orientieren, der offensichtlich gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten in seinem Abs. 2 als sog. offensichtlichen Rechtsmissbrauch für unbeachtlich erklärt. Rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB verhält sich insbesondere etwa, wer in der gleichen Sache zur Begründung seines Rechtsstandpunktes sich widersprechende oder sich gar ausschliessende Standpunkte einnimmt, oder wer sich im Tatsächlichen offensichtlich widersprüchlich verhält (*venire contra factum vel dictum proprium*). Das gilt auch für die Beklagte in ihrer durch Fusion bewirkten Rechtsnachfolge des Kantons Zürich (bzw. der ehemaligen als unselbständige Anstalt öffentlichen Rechts ausgebildeten Versicherungskasse für das Staatspersonal) im Eigentum des belasteten Grundstücks.

Anrechnen lassen muss sich die Beklagte deshalb als eigenes Verhalten und damit als Partei – und nicht etwa als Dritte i.S. des Art. 973 Abs. 1 ZGB – die Beteiligung des Kantons Zürichs am Rechtsgeschäft, das im Jahre 1983 zur Neufassung der Dienstbarkeit und deren Eintrag im Grundbuch führte, sowie den Eintrag selbst und dessen Anmeldung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB durch den Kanton Zürich (vertreten durch die Finanzdirektion) als Eigentümer des belasteten Grundstücks. Und anrechnen lassen muss sich die Beklagte insoweit ebenfalls,

dass zum einen Anmeldung und Eintrag der Neufassung der Dienstbarkeit in einem Zeitpunkt erfolgten, in dem das Gebäude mit der Versicherungsnummer ... auf ihrem durch die Dienstbarkeit belasteten Grundstück nicht mehr bestand, sowie zum anderen das Wissen darum. Richtigerweise stellt sie das so in ihrer Berufung nicht in Abrede.

Die Beklagte nimmt in der Berufung hingegen wiederholt den Abbruch des Gebäudes mit der Versicherungsnummer ... zum Ausgangspunkt ihrer nunmehrigen Auffassungen, die Dienstbarkeit habe im Jahre 1983 einen unzulässigen Inhalt gehabt, bzw. sie sei untergegangen bzw. ihres Gehaltes oder Zwecks verlustig gegangen (vgl. etwa act. 95 S. 8, S. 10, S. 16, S. 20). Sie behauptete allerdings nie (vgl. act. 25, act. 38), im Zusammenhang mit der Eintragung der Dienstbarkeit im Jahre 1983 habe es dem Willen der Beteiligten entsprochen, den Bestand der Dienstbarkeit an den Bestand des Gebäudes zu knüpfen, und das nur schon deshalb vollkommen zu Recht, weil das Gebäude damals gar nicht mehr bestand. Und sie behauptete ebenfalls nie, der Kanton Zürich sei bei der Anmeldung des Eintrags über die Bindung der Dienstbarkeit an den Bestand des Gebäudes einem Irrtum erlegen, der gewissermassen erst jetzt entdeckt worden sei. Sie behauptete schliesslich auch nie, der Kanton Zürich sei im Jahre 1983 davon ausgegangen, die Dienstbarkeit sei wegen des Abbruchs des Gebäudes ihren Inhaltes entleert worden und habe gleichwohl, also bewusst und gewollt eine Dienstbarkeit zum Eintrag angemeldet, die keinen Sinn mehr habe. Sie behauptet das wiederum zu Recht nicht, läge doch darin ein offensichtlich zweckwidriges und täuschendes Verhalten, das unter Art. 2 Abs. 2 ZGB fiele. Und es liegt von daher (aber auch sonst) nichts vor, was nur schon den geringsten Anlass bieten könnte, daran zu zweifeln, der Kanton Zürich sei im Jahre 1983 weiterhin vom Bestand der Dienstbarkeit auch ohne das Gebäude mit der Versicherungsnummer ... ausgegangen, habe deren Inhalt als hinreichend bestimmt aufgefasst (was – wie vorhin erwähnt – ja auch zutrifft). In ein offenkundig widersprüchliches Verhalten, das gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht zu schützen ist, verfällt die Beklagte daher, wenn sie heute trotzdem vorbringt, der Bestand bzw. der Inhalt der Dienstbarkeit sei an den Bestand des Gebäudes mit der Versicherungsnummer ... geknüpft gewesen, als der Kanton Zürich die Dienstbarkeit im Jahre 1983 zur An-

meldung gebracht habe, im Wissen darum, dass eben dieses Gebäude gar nicht mehr besteht. Die Beklagte ist daher mit allen entsprechenden Vorbringen nicht zu hören.

Demnach bleibt es in Bezug auf den Bestand der Dienstbarkeit und deren Inhalt beim vom Bezirksgericht bereits zutreffend Erwogenen, und es erweist sich die Berufung auch insoweit als unbegründet.

**3.3** Unbegründet erweist sich die Berufung nach allem vorhin Dargelegten ebenfalls soweit, wie die Beklagte dem Kläger ein rechtsmissbräuchliches Festhalten an der Dienstbarkeit vorwirft (vgl. act. 95 S. 16/17). Denn es wird mit dem klägerischen Festhalten an der Dienstbarkeit nichts Zweckwidriges verfolgt und insbesondere keine Baute auf dem belasteten Grundstück verhindert. Es erübrigt sich daher an sich der weitere Hinweis darauf, dass es der Stichhaltigkeit des Vorwurfs, an einer Dienstbarkeit festzuhalten sei rechtsmissbräuchlich, alles andere als zuträglich ist, wenn zugleich mit diesem Vorwurf die Voraussetzung des Festhaltens, nämlich Bestand und Inhalt der Dienstbarkeit, mit einem rechtsmissbräuchlichen Standpunkt in Abrede gestellt werden.

Die Beklagte bringt mit ihrer Berufung auch im Übrigen, hier nicht näher Erörterten, keine Gesichtspunkte bzw. Rügen und Einwendungen gegen das angefochtene Urteil vor, die sowohl Zulässiges i.S.v. Art. 317 Abs. 1 ZPO enthalten als auch die Berufung in der Sache zu begründen vermöchten. Die Berufung, die sich in der Sache gegen die Dispositivziffern 1 und 2 des angefochtenen Urteils richtet, erweist sich somit insgesamt als unbegründet und ist entsprechend abzuweisen.

### III.

*(Kosten- und Entschädigungsfolge)*

1. Die Prozesskosten sind dem Verfahrensausgang entsprechend zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Berufung der Beklagten ist in der Sache vollumfänglich abzuweisen; die Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils war nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens und ist in Rechtskraft erwachsen. Die Prozesskosten sind daher diesem Verfahrensausgang entsprechend zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

2. Dem Ausgang des Berufungsverfahrens gemäss bleibt es bei der Prozesskostenverteilung, die das Bezirksgericht im angefochtenen Entscheid vorgenommen hat. Die Festsetzung der Gerichtskosten sowie die Bemessung der Prozessentschädigung durch das Bezirksgericht sind unangefochten geblieben (vgl. act. 95, dort insbes. S. 20 f., sowie act. 105, dort insbes. S. 8 f.). Dasselbe gilt für die vom Bezirksgericht getroffenen Anordnungen zur Liquidation der Prozesskosten (vgl. a.a.O.). Das führt zur vollumfänglichen Bestätigung der vom Bezirksgericht in den Dispositivziffern 4-6 des angefochtenen Entscheids getroffenen Regelung.

3. Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens sind vollumfänglich der Beklagten als unterliegender Berufungsklägerin aufzuerlegen. Für die Gerichtskosten ist der Kostenvorschuss in Anspruch zu nehmen. Entscheidgebühr und Parteientschädigung sind gestützt auf die §§ 12 Abs. 1-2 GebV OG bzw. 13 Abs. 1-2 AnwGebV (Reduktion auf rund einen Drittel) sowie die §§ 4 Abs. 1 der entsprechenden Verordnungen festzusetzen. Damit ist die Anmerkung zu verbinden, dass die letztgenannten Bestimmungen die Grundsätze der §§ 2 Abs. 1 der GebV OG bzw. der AnwGebV in Bezug auf die vorliegende Streitsache hinreichend konkretisieren und zu einem sachlich angemessenen Ergebnis führen.

Ausgangspunkt für die Festsetzung ist ein Streitwert von rund Fr. 500'000.-, da sich die Parteien im Berufungsverfahren nicht dazu geäußert haben und dieser bereits vom Bezirksgericht ermittelte Wert auch unter Berücksichtigung dessen angemessen erscheint, dass die Streitsache hinsichtlich des Rechtsbegehrens gemäss Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils nicht mehr zu beurteilen war. Denn das hatte keinen erkennbaren oder quantifizierbaren Einfluss auf die Streitwertermittlung des Bezirksgerichtes (vgl. act. 99 S. 36/37).

Bei der Parteientschädigung entfällt ein Mehrwertsteuerersatz, weil dieser nicht verlangt wurde (vgl. act. 105 S. 2 und S. 8 f.).

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 16. Dezember 2014, rechtskräftig geworden ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und es werden die Dispositivziffern 1, 2 sowie 4-6 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, vom 16. Dezember 2014 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 20'000.- festgesetzt, der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt sowie mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, und an die Obergerichtskasse.

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

5. 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 Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 500'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Würsch

versandt am: