



Kass.-Nr. AA070021/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 15. Oktober 2007

in Sachen

X.,

...,

...,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt

...,

gegen

Stadt Zürich,

Hochbaudepartement, Amtshaus IV, Lindenhofstr. 19, Postfach, 8021 Zürich,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdeführerin

vertreten durch die Vorsteherin des Hochbaudepartements, Stadträtin Kathrin Martelli,
Amtshaus IV, Lindenhofstr. 19, Postfach, 8021 Zürich

betreffend

Dienstbarkeit (Verbot/Feststellung)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2006 (LB060015/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin und Beklagte/Widerklägerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) ist Eigentümerin der Liegenschaft Kat.-Nr. xxxx, _____strasse in Zürich 7. Zu Gunsten der Beschwerdegegnerin und Klägerin (Stadt Zürich; nachfolgend Beschwerdegegnerin) lastet folgende Dienstbarkeit auf dem Grundstück:

"Quartierbestimmung betr. Gewerbebeschränkungen

Auf nachbezeichneten Liegenschaften:

Kat.-Nr. xxxx Grb.Bl. yyyy (vormals xxxx)

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

Dat. 24. November 1909".

Seit September 1995 wird im 1. Obergeschoss der genannten Liegenschaft ein Salon für sexgewerbliche Dienstleistungen (Erotiksalon der Luxusklasse) betrieben; der Betrieb wurde im Jahre 1999 durch Zumietung des 2. Obergeschosses erweitert.

2. Im Jahre 2000 reichte die Mieterin und Saloninhaberin ein nachträgliches Baugesuch zur Umnutzung der Liegenschaft ein; die Bausektion der Stadt Zürich verweigerte die baurechtliche Bewilligung und befahl, den rechtmässigen Zustand wieder herzustellen. In der Folge befassten sich die kantonale Baurekurskommission I, das Verwaltungsgericht und schliesslich - auf staatsrechtliche Beschwerde hin - das Bundesgericht mit der Sache; letzteres hob mit Urteil vom 5. Mai 2003 einen Entscheid des Verwaltungsgerichts auf. Als Folge davon wurde die baurechtliche Bewilligung für das 1. Obergeschoss unter Bedingungen und Auflagen erteilt (Entscheid der Bausektion der Stadt Zürich vom 18. Februar 2004 [BG act. 3/14]; zum Ganzen angefochtenes Urteil S. 4/5).

3. Am 13. August 2004 reichte die Beschwerdegegnerin Klage beim Bezirksgericht Zürich ein, mit welcher sie beantragte, es sei der Beschwerdeführerin zu verbieten, in der genannten Liegenschaft sexgewerbliche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden. Für die Begründung der Klage stützte sich die Beschwerdegegnerin auf die oben erwähnten Servitut. Mit ihrer Klageantwort erhob die Beschwerdeführerin Widerklage mit dem Begehren auf Feststellung, dass die erwähnte Personaldienstbarkeit für die Beschwerdegegnerin alles Interesse verloren habe und dem Antrag, es sei das Grundbuchamt Zürich-Hottingen anzuweisen, den betreffenden Eintrag zu löschen; eventuell sei festzustellen, dass das im Servitutenprotokoll enthaltene Verbot, ein unsittliches Gewerbe zu betreiben, ungerechtfertigt sei und es sei das Grundbuchamt anzuweisen, dieses Protokoll entsprechend abzuändern.

Mit Urteil vom 18. Januar 2006 hiess das Bezirksgericht die Klage gut und verbat der Beschwerdeführerin, in der Liegenschaft _____strasse, 8032 Zürich, sexgewerbliche Dienstleistungen anzubieten oder zu dulden, unter der Androhung von Ordnungsbusse oder Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB im Falle des Zuwiderhandelns. Die Widerklage wurde abgewiesen (OG act. 47).

4. Gegen dieses Urteil appellierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht mit dem Antrag auf Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage. Das Obergericht bestätigte mit Urteil vom 22. Dezember 2006 das erstinstanzliche Urteil in allen Teilen (KG act. 2).

5. Dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, es sei das angefochtene Urteil insgesamt aufzuheben und ein neuer Entscheid in der Sache (unter Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage) zu fällen; eventuell sei der Prozess zur Verbesserung des Mangels und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer Beschwerdeantwort Abweisung der Beschwerde (KG act. 14), während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 8).

Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 15, 16).

6. Mit Verfügung vom 22. Februar 2007 wurde der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung verliehen.

7. Die Beschwerdeführerin hat gegen das angefochtene Urteil gleichzeitig Berufung gemäss Art. 43 ff. OG an das Bundesgericht eingelegt (Beschwerde S. 2/3).

II.

1. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es nach den Vorbringen der Beschwerdeführerin (Beschwerde S. 3 Ziff. 5) ausschliesslich darum, ob die Beschwerdegegnerin gestützt auf eine privatrechtliche Servitut (Gemeindeservitut) ein Gewerbeverbot geltend machen darf, obwohl sie - so die Beschwerdeführerin - damit einzig und allein öffentliche Zwecke verfolge, die betreffende Materie zudem abschliessend und zwingend im öffentlichen Baurecht geregelt sei und ein entsprechendes Verbot nach rechtskräftiger Entscheidung der Verwaltungsinstanzen (bzw. verwaltungsgerichtlichen Instanzen) unzulässig in verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführerin eingreife.

1.1 Die Beschwerdeführerin macht im Einzelnen zunächst Ausführungen zum öffentlichen Zweck der angerufenen Servitut (Beschwerde Ziff. III., S. 6 f.). Danach sei es der Beschwerdegegnerin seinerzeit bei der Errichtung der Servitut einerseits um Immissionenschutz, andererseits um nutzungsplanerische Interessen gegangen, wobei die Beschwerdegegnerin im Jahre 1909 mangels Bau- und Zonenordnung diesbezüglich auf privatrechtliche Regelungen angewiesen gewesen sei. Auch die Vorinstanz gehe im übrigen davon aus, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Klage einzig öffentliche Zwecke verfolge. Dass sich das Gemeinwesen zur Verfolgung gewisser öffentlicher Zwecke des Privatrechts bedienen dürfe, sei zwar - so die Beschwerdeführerin weiter (Beschwerde Ziff. IV., S. 7 ff.) - unbestritten; indessen müsse es sich dabei an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfe nicht Sinn und Zweck des Gesetzes unterlaufen und durch Ausweichen auf privatrechtliches Handeln öffentlich-rechtliche Regelungen umgehen. Namentlich bleibe dort, wo eine Materie abschliessend durch öffentliches Recht geordnet sei, als Folge des Legalitätsprinzips kein Raum für privatrechtliches

Handeln; privatrechtliches Handeln des Staates dürfe mit anderen Worten seinem Inhalt nach nicht gegen Verwaltungsrecht verstossen oder eine öffentlich-rechtliche Institution gegenstandslos werden lassen.

Im vorliegenden Fall - so die Beschwerdeführerin weiter (Beschwerde Ziff. V., S. 10 ff.) - sei die mit der fraglichen Servitut "verbotene Gewerbebeschränkung" (recte: begründete Gewerbebeschränkung) zweifellos seit geraumer Zeit abschliessend im öffentlichen Planungs-, Bau- und Umweltrecht geregelt. Zulässigkeit von Fabriken, unsittlichen Gewerben etc. beurteilten sich nach dem kantonalen PBG sowie der BZO für Quartiererhaltungszonen. Es stehe somit fest, dass die Beschwerdegegnerin gestützt auf eine 100-jährige Servitut ein Gewerbeverbot durchsetzen wolle, obwohl die betreffende Materie heute abschliessend im öffentlichen Recht geregelt sei und somit einzig das Instrumentarium des Verwaltungsrechts zur Verfügung stehe. Die Beschwerdegegnerin dürfe "unabhängig vom zivilrechtlichen Bestand der Servitut" diese "nicht mehr als Zivilklägerin geltend machen" (Beschwerde Ziff. 22 a.E.).

1.2 Es kann offen bleiben, ob sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang hinreichend konkret mit dem angefochtenen Urteil auseinandersetzt. Zwar ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, die Vorinstanzen hätten sich mit der Thematik gar nicht auseinandergesetzt (Beschwerde Ziff. 14); ob dem so ist, kann jedoch offen bleiben (vgl. immerhin Erw. II/A/2.3 sowie B/2 des angefochtenen Urteils), da auf die Rüge aus nachfolgenden Gründen ohnehin nicht einzutreten ist.

1.3 Aus dem (namentlich oben Ziff. 1.1 am Ende) Gesagten folgt, dass die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, die fragliche Servitut bestehe nicht oder sei inhaltlich falsch ausgelegt worden (was beides ohnehin Fragen des Bundesrechts betrifft); vielmehr nimmt sie den Standpunkt ein, die Beschwerdegegnerin sei nicht (mehr) berechtigt, einen allenfalls nach privatrechtlichen Grundsätzen bestehenden Anspruch aus dieser Servitut geltend zu machen. Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob die Beschwerdegegnerin unter den hier gegebenen Umständen zur *Durchsetzung* ihrer Servitut berechtigt ist oder nicht, und damit um die Frage des Bestehens von Rechtsschutz, allenfalls um die Klagbarkeit des

Anspruchs. Ob eine Servitut im Sinne von Art. 781 ZGB mittels Zivilklage durchgesetzt werden kann oder ob der klageweisen Geltendmachung öffentliches Recht entgegensteht, ist aber gleichfalls eine Frage des Bundesrechts und auf eidgenössische Berufung hin somit (soweit im übrigen die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind) vom Bundesgericht zu überprüfen (allgemein betreffend Klagbarkeit eines Anspruchs BGE 118 II 527 E. 3c; ebenso BGE 122 III 282 E. 3a für die Frage des Rechtsschutzinteresses). Dabei kann das Bundesgericht als Berufungsinstanz vorfrageweise auch (kantonales) öffentliches Recht überprüfen (vgl. MESSMER/IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 74). Ob ferner die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin auf dem Weg der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht durchgedrungen ist, der privat- bzw. zivilrechtlichen Durchsetzung eines entsprechenden Gewerbeverbotes entgegensteht (Beschwerde Ziff. VI., insbesondere Ziff. 23), unterliegt nach dem Gesagten ebenfalls der (freien) Überprüfung durch das Bundesgericht.

1.4 Auf die Rüge ist damit im Hinblick auf § 285 ZPO nicht einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung des Willkürverbotes gemäss Art. 9 BV (Beschwerde Ziff. VII., S. 13 f.). In der irrigen Annahme, sie geniesse wie eine Privatperson volle Privatautonomie, versuche die Beschwerdegegnerin durch ihr zivilrechtliches Vorgehen, den verfassungsmässigen Schutz der Beschwerdeführerin auszuhebeln und verletze damit verfassungsmässige Individualrechte der Beschwerdeführerin, in erster Linie das Willkürverbot.

Abgesehen davon, dass sich auch diese Rüge jedenfalls der Form nach gegen das Handeln der Beschwerdegegnerin richtet und lediglich sinngemäss auf den angefochtenen Entscheid Bezug nimmt, ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang der Sache nach die bereits zuvor geübte Kritik aufnimmt. Mit anderen Worten geht es auch hier ausschliesslich um die Frage, ob sich die Beschwerdegegnerin als Gemeinwesen auf die fragliche Dienstbarkeit berufen kann oder ob zwingendes öffentliches Recht diesem Vorgehen entgegensteht. Auch insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3. Die Beschwerdeführerin ist weiter der Auffassung, die Beschwerdegegnerin verstosse durch ihr Verhalten gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

(Beschwerde Ziff. VIII., S. 14), was von der Vorinstanz verkannt worden sei. Sie beruft sich darauf, dass die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 18. Februar 2004 formell ein neues Verfahren eröffnet und die Nutzung des 1. Obergeschosses als Erotiksalon ausdrücklich für zulässig erklärt habe. Damit habe sie eine Vertrauensgrundlage geschaffen, auf welche sich die Beschwerdeführerin habe verlassen dürfen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei die Beschwerdegegnerin keineswegs gezwungen gewesen, diese Nutzungsänderung als zulässig zu erklären, denn das Bundesgericht habe mit seinem Urteil vom 5. Mai 2003 den Entscheid der Baurekurskommission I und somit die Zulässigkeit dieser Nutzung bereits bestätigt. Mit der vorliegenden Klage habe die Beschwerdegegnerin nicht nur ihre eigene Verfügung faktisch widerrufen, sondern eine Sache wieder aufgerollt, über welche Gerichte bereits materiell rechtskräftig entschieden hätten. Im Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts wäre ein solches Vorgehen - unter Vorbehalt der Revision - aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht zulässig gewesen, weshalb aus den bereits erwähnten Gründen auch der Zivilweg dafür nicht in Betracht komme.

3.1 Grundsätzlich geht es auch in diesem Zusammenhang um die Frage, ob der vorliegenden Klage - ungeachtet des zivilrechtlichen Bestandes der Servitut - Gründe des öffentlichen Rechts entgegenstehen oder nicht, worauf hier nicht einzugehen ist.

3.2 Soweit in der Beschwerde im übrigen geltend gemacht wird, die Beschwerdegegnerin habe mit ihrer Verfügung vom 18. Februar 2004 (unnötigerweise) eine neue Vertrauensgrundlage geschaffen, weil die Zulässigkeit der Nutzungsänderung bereits aufgrund des Urteils des Bundesgerichts festgestanden habe, ist auf Folgendes hinzuweisen:

Mit seinem Urteil hatte das Bundesgericht formell lediglich das vorangehende Urteil des Verwaltungsgerichts aufgehoben (BG act. 3/13, Dispositiv-Ziffer 1); faktisch kam dies immerhin einer Bestätigung des Entscheides der Baurekurskommission I gleich, die zuvor materiell in gleichem Sinne entschieden hatte. Ob daraus, dass in der Folge die Bausektion der Stadt Zürich mit Entscheid vom 18. Februar 2004 eine baurechtliche Bewilligung für das 1. Obergeschoss erteilte,

im vorliegenden Zusammenhang etwas abgeleitet werden kann (etwa in dem Sinn, dass die Beschwerdegegnerin damit gewissermassen ihr Klagerecht verwirkte), wäre wiederum Frage des Bundes(zivil)rechts, da allein dieses bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein zivilrechtlicher Anspruch verwirkt ist (BGE 118 II 481 E. 2, 527 E. 3c).

3.3 Mithin kann auch auf diese Rüge nicht eingetreten werden.

4. Mit ihren Vorbringen unter Ziff. IX. und X. der Beschwerde (zivilrechtliches Handeln; Nichtigkeit der Servitut; S. 14 ff.) wird wiederum der Sache nach bereits Behandeltes wiederholt; es geht darum, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der öffentlich-rechtlichen Rechtslage davon ausgeschlossen sein soll, ihren zivilrechtlichen Anspruch aus der Dienstbarkeit geltend zu machen. Darauf ist hier nach dem Gesagten nicht weiter einzugehen.

Ob schliesslich die Servitut als solche als nichtig oder widerrechtlich zu betrachten ist, beurteilt sich - wovon sinngemäss auch die Beschwerdeführerin ausgeht - nach Art. 19/20 OR. Das Bundesgericht beurteilt als Berufungsinstanz frei, ob eine Dienstbarkeit wegen widersprechendem öffentlichen Recht nichtig ist (BGer v. 7.2.2003, 5C.213/2002, E. 3 mit Hinweisen). Auch insoweit steht § 285 ZPO dem Eintreten entgegen.

5. Zusammenfassend ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde insgesamt nicht einzutreten. Damit entfällt die ihr beigelegte aufschiebende Wirkung (unter Vorbehalt des gemäss Art. 54 Abs. 2 OG geltenden Suspensiveffekts).

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig.

6. Gegen den vorliegenden Beschluss ist die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Der Streitwert beträgt Fr. 200'000.-- (vgl. angefochtener Beschluss S. 19).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 270.-- Schreibgebühren,
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Umtriebsentschädigung von Fr. 1'500.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 200'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, an die 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: