Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AA080127/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 31. Juli 2009

in Sachen

L,

…,

Klägerin, Widerbeklagte, Erstappellantin, Zweitappellatin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt …

gegen

N,

…,

Beklagter, Widerkläger, Erstappellat, Zweitappellant und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Dienstbarkeit

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Juni 2008 (LB070078/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien sind Eigentümer der benachbarten Grundstücke Kat.Nr. 6426 und 9535 in T. Im Jahr 1945 wurde betreffend mehrerer Grundstücke in jenem Quartier eine Dienstbarkeit errichtet. Zu Kat.Nr. 9535 lautet der Eintrag im Grundbuch wie folgt (OG act. 66):

> Dienstbarkeiten
> …
> b) Recht und Last
> Gegenseitige Baubeschränkung zugunsten und zulasten Kat.Nrn. 9182, 9524, 9525, 6426, 11'393, 11'396, 7108, 6579, 7077 und 9536
> dat. 2. November 1945 SP Art. 1671

Im Servitutenprotokoll 1671 ist verzeichnet (BG act. 3/1):

> Grunddienstbarkeit
>
> Baubeschränkung (gegenseitige)
>
> Auf den Liegenschaften alt Kat. No. 6580, sub neu Kat. Nr. 7077, des X und Kat. No. 6177, 9182, 9524, 9525, 6426, 9535, 9536, 6579, 7108, 7107, des Y und der Erben des Z, dürfen nur bessere Einfamilienhäuser zu Wohnzwecken mit maximal zwei Wohngeschossen erstellt werden. Mansardendächer sind untersagt.
> Gestattet ist überdies der Bau einer Garage, sowie eines Nebengebäudes (Schopf) zu jedem Haus.
> Auf den bezeichneten Liegenschaften darf kein Gewerbe betrieben werden.

Auf der Parzelle des Beklagten steht ein Einfamilienhaus, das er ausbauen möchte, namentlich zur Nutzung des Dachgeschosses als Wohnraum. Die heute alleinige Klägerin und die Eigentümer dreier weiterer von der Dienstbarkeit erfasster Liegenschaften hielten dafür, das Projekt verletze die Baubeschränkung. Sie erhoben mit Eingabe vom 14. Dezember 2005 beim Bezirksgericht NN Klage mit folgendem Rechtsbegehren (BG act. 2 S. 2):

> "Es sei dem Beklagten eine Nutzung des Dachgeschosses der mit Beschluss der Baukommission T vom 12. Juli 2005 auf dem Grundstück Kat.-Nr. 9535, GB T, bewilligten Aufstockung des Gebäudes Vers.-Nr. 2239 zu Wohnzwecken, einschliesslich der Errichtung einer Dachlukarne auf der westseitigen und eines Dacheinschnittes auf der ostseitigen Dachhälfte, des Einbaus von Fensterflächen von mehr als 5% der Bodenfläche des Dachgeschosses und des Einbaus von Vorrichtungen zur Beheizung des Dachgeschosses, zu verbieten, un-

> ter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB sowie der Zwangsvollstreckung durch den Gemeindeammann (gegebenenfalls unter Beizug von Dritten) auf Kosten des Beklagten im Widerhandlungsfall;
> …"

Der Beklagte bestritt die Klage und machte geltend, wenn sein Projekt unzulässig sei, nutzten auch die Kläger ihre Liegenschaften unzulässig. Er erhob deshalb mit der Klageantwort eine eventuelle Widerklage für den Fall der Gutheissung der Hauptklage mit folgendem Rechtsbegehren (BG act. 12 S. 2 f.):

> "Es sei den Klägern und Widerbeklagten zu verbieten, in ihren Liegenschaften mehr als zwei Geschosse - seien dies Unter-, Voll- oder Dachgeschosse - zu Wohnzwecken zu nutzen, und es seien die Kläger und Widerbeklagten zu verpflichten, die Fensterflächen im überzähligen Geschoss auf höchstens 5% der Bodenfläche zu reduzieren, die Isolation zu entfernen und die Vorrichtungen zur Beheizung zu demontieren, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB sowie der Zwangsvollstreckung durch den Gemeindeammann (gegebenenfalls unter Beizug von Dritten) auf Kosten der Kläger und Widerbeklagten im Widerhandlungsfall …"

Die Streitgenossen der heute alleinigen Klägerin zogen im Laufe des erstinstanzlichen Prozesses ihre Klagen zurück, weshalb das Bezirksgericht mit Beschlüssen vom 6. Juni 2007 und 18. Juli 2007 das Verfahren mit Bezug auf diese Kläger als durch Rückzug der Hauptklage und Gegenstandslosigkeit der Eventualwiderklage erledigt abschrieb (BG act. 42 und 46).

Das Bezirksgericht NN hiess mit Urteil vom 24. August 2007 die Klage und die Widerklage teilweise gut und auferlegte die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu ¼ der Klägerin und zu ¾ dem Beklagten. Weiter verpflichtete es den Beklagten, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (BG act. 48 = OG act. 51). Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung an das Obergericht (OG act. 52 und 53).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies mit Urteil vom 6. Juni 2008 die Klage ab und trat (ohne besonderes Beschlusses-Dispositiv, vgl. S. 13 Erw. 2.4) auf die Eventualwiderklage nicht ein. Es auferlegte die Kosten sowohl des bezirksgerichtlichen als auch des obergerichtlichen Verfahrens vollumfänglich der Klägerin und verpflichtete diese zur Leistung einer Prozessentschädigung an den Beklagten (OG act. 87 = KG act. 2).

2. Die Klägerin führt Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht mit dem Begehren, es sei das obergerichtliche Urteil vom 6. Juni 2008 aufzuheben. Demgemäss sei die Berufung des Beklagten abzuweisen und es sei in Gutheissung der Berufung der Klägerin und unter Abweisung der Widerklage die entsprechende Dispositiv Ziffer 2 Absatz 1 des bezirksgerichtlichen Urteils vom 24. August 2007 aufzuheben. Eventualiter sei das angefochtene Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an dieses zurückzuweisen. Weiter seien die Kosten sämtlicher Instanzen dem Beklagten aufzuerlegen und es seien der Klägerin Prozessentschädigungen für sämtliche Instanzen zuzusprechen (KG act. 1 S. 2).

Der Beklagte beantragt, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen (KG act. 13). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 8).

Die Klägerin leistete die ihr mit Verfügung des Kassationsgerichtspräsidenten vom 22. August 2008 (KG act. 4) auferlegte Kaution von Fr. 18'000.-- innert einmal erstreckter Frist (KG act. 10 und 12).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tat-

sächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil– und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Die Vorinstanz führte in Erwägung 1.1 (KG act. 2 S. 4) aus, im Jahr 1945 sei "betreffend eine Vielzahl von Grundstücken in jenem Quartier" eine Dienstbarkeit errichtet worden. Die Beschwerdeführerin rügt diese Feststellung als willkürlich, da 1945 die fraglichen Grundstücke noch unbebaut gewesen seien, weshalb von einem eigentlichen Quartier keine Rede sein könne (KG act. 1 S. 4 Ziff. 1c). Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, weshalb sie durch die getroffene Wortwahl der Vorinstanz beschwert sein soll, weshalb auf die Rüge nicht einzutreten ist.

3. Die Beschwerdeführerin rügt als aktenwidrig die tatsächliche Annahme des Obergerichts in der Prozessgeschichte des angefochtenen Entscheids (Erw. 1.1), der Beschwerdegegner wolle "nur einfach" das bestehende Dachgeschoss seines Einfamilienhauses zur Nutzung als Wohnraum ausbauen. Sie verweist auf die in Beilage zu ihrer Klagebegründung eingereichten Baupläne (BG act. 3/3 und 3/4) (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 1d).

Das Obergericht hält an der gerügten Stelle, ebenfalls unter Hinweis auf die Baupläne (BG act. 3/3 und 3/4), fest, auf der Parzelle des Beschwerdegegners stehe zur Zeit ein Einfamilienhaus, das er ausbauen möchte, "namentlich" zur Nutzung des Dachgeschosses als Wohnraum (KG act. 2 S. 5 Erw. 1.1). "Namentlich" bedeutet nicht "nur einfach", sondern schliesst zumindest die Möglichkeit darüber hinausgehender Aus- und Umbauten nicht aus. Mit der Bezeichnung "namentlich" in der Prozessgeschichte nimmt das Obergericht auch keine abschliessende Gewichtung des Ausbaus des Dachgeschosses in dem Sinne vor, dass allfällige weitere Um- und Ausbauten im Gesamtzusammenhang vernachlässigbar seien. Eine

Aktenwidrigkeit liegt offensichtlich nicht vor. Auch unter dem Gesichtspunkt einer Willkürrüge führt das Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht zum Erfolg.

4. a) Das Obergericht hält fest, das Einfamilienhaus des Beschwerdegegners bestehe heute lediglich aus einem Vollgeschoss und darüber einem zu Wohnzwecken genutzten Dachgeschoss. Projektiert seien zwei Vollgeschosse mit einem Satteldach. Das Dachgeschoss sei zwar in den neuen Baueingaben als "Estrich/Abstellraum" bezeichnet, doch anerkenne der Beschwerdegegner, dass er es zum Wohnen nutzen möchte (KG act. 2 S. 6 Erw. 2.1, erster Absatz).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, das bestehende Einfamilienhaus weise ein Untergeschoss mit "Trockenraum", ein Erdgeschoss, ein zu Wohnzwecken genutztes Dachgeschoss sowie ein zweites, nicht zu Wohnzwecken genutztes Dachgeschoss auf. Die gegenteilige Annahme des Obergerichts, das Einfamilienhaus des Beschwerdegegners bestehe heute lediglich aus einem Vollgeschoss und darüber einem zu Wohnzwecken genutzten Dachgeschoss, sei aktenwidrig und willkürlich und hätte jedenfalls nicht ohne Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens getroffen werden dürfen; insofern sei auch ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz des Beweisrechts verletzt. Hierzu verweist die Beschwerdeführerin auf die mit der Klagebegründung eingereichten Pläne (BG act. 3/3 und 3/4) und nennt einen Augenschein als Beweisofferte (KG act. 1 S. 5 Ziff. 2a).

Das Kellergeschoss umfasst folgende Räume: Waschraum, Vorraum, Trockenraum, Schutzraum, Abstellraum, Heizung, Öltank und die Garage (OG act. 66/3/1). Im Übrigen gibt das Obergericht den Aufbau des Gebäudes des Beschwerdegegners gemäss Projekt zutreffend wieder: zwei voll ausgebaute Geschosse (Erdgeschoss und 1. Obergeschoss) und ein Dachgeschoss, dessen Raum im Projektplan (OG act. 66/3/1) mit "Estrich/Abstellraum" umschrieben ist. Inwiefern die Beschwerdeführerin durch die Annahme des Obergerichts, heute bestehe das Gebäude lediglich aus einem Vollgeschoss und darüber einem zu Wohnzwecken genutzten Dachgeschoss, beschwert sein soll, führt sie nicht aus und ist nicht ersichtlich. Auch nennt die Beschwerdeführerin keine Aktenstellen, aus denen hervorgehen würde, dass die Umschreibung des heutigen Gebäude-

zustandes durch das Obergerichts mehr als lediglich etwas verkürzt (Nichterwähnung des Kellergeschosses), sondern in einzelnen Punkten aktenwidrig oder willkürlich ausgefallen sei. Ebenfalls zeigt sie nicht auf, weshalb über den bisherigen Zustand des Einfamilienhauses ein Beweisverfahren hätte geführt werden sollen.

b) Die Beschwerdeführerin bringt im gleichen Zusammenhang vor, ihr Haus weise "das gleiche Geschossprogramm" auf, weshalb nicht davon die Rede sein könne, dass der Beschwerdegegner im Vergleich zur Beschwerdeführerin "lediglich" über ein Vollgeschoss und ein zu Wohnzwecken genutztes Dachgeschoss, also weniger Geschosse als die Beschwerdeführerin verfüge. Auch diese tatsächliche Annahme des Obergerichts sei aktenwidrig und willkürlich und hätte ohne Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens nicht getroffen werden dürfen (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 2b).

Der Beschwerdegegner bezeichnet die Behauptung der Beschwerdeführerin, ihre Liegenschaft weise das "genau gleiche Geschossprogramm" auf, als aktenwidrig. Aus OG act. 66/4 ergebe sich, dass die Liegenschaft der Beschwerdeführerin über zwei Vollgeschosse verfüge (KG act. 13 S. 5 Ziff. 10).

Ob die Rüge der Beschwerdeführerin auf einer fehlerhaften ("aktenwidrigen") Behauptung beruhe, kann offen bleiben. Indem das Obergericht im gerügten ersten Absatz der Erwägung 2.1 festhält, das Einfamilienhaus des Beschwerdegegners bestehe heute aus lediglich einem Vollgeschoss und darüber einem zu Wohnzwecken genutzten Dachgeschoss, trifft es keine Feststellung über den Aufbau des Hauses der Beschwerdeführerin und nimmt auch keinen Vergleich vor. Die Rüge geht somit ohne weiteres fehl.

c) Die Beschwerdeführerin rügt weiter als aktenwidrig und willkürlich die Annahme des Obergerichts, dass der Beschwerdegegner das am 12. Juli 2005 bewilligte, rechtskräftige Bauprojekt hinsichtlich des um ein Vollgeschoss aufzustockenden Gebäudes "geändert" und die ursprünglich geplante vorspringende Lukarne durch ein Dachflächenfenster ersetzt und die Fensterflächen reduziert habe. Beim zweiten, ebenfalls rechtskräftig bewilligten Projekt handle es sich um ein Alternativvorhaben für den Fall, dass eine Wohnnutzung des geplanten neuen Dachgeschos-

ses - weil bereits das Erd- und Obergeschoss zu Wohnzwecken genutzt würden - gemäss der in Frage stehenden Dienstbarkeit nicht zulässig sei, wie die Beschwerdeführerin geltend mache und das Bezirksgericht NN entschieden habe. Die tatsächliche Annahme, dass es nur noch um das zweitbewilligte Projekt gehe, sei deshalb aktenwidrig und willkürlich (KG act. 1 S. 6 Ziff. 2c).

Das Obergericht hält an der gerügten Stelle fest, die auf der Westseite (d.h. gegen das Grundstück der Beschwerdeführerin) ursprünglich geplante vorspringende Lukarne habe der Beschwerdegegner in der neuen und baubewilligten Variante durch ein Dachflächenfenster ersetzt, und im Giebel der zunächst voll verglast geplanten seeseitigen Südfassade seien nun denen in den Vollgeschossen gleichende Fenster vorgesehen (KG act. 2 S. 6 Erw. 2.1, erster Absatz). Das Obergericht spricht also von einer "Variante", die neu sei, und zeigt zwei Unterschiede zur ursprünglichen Variante auf. Es trifft jedoch keine Feststellung, in welchem Verhältnis die beiden Varianten stünden, also ob die ursprüngliche Variante durch die neue ersetzt und dahingefallen sei. Somit geht auch diese Rüge fehl.

d) Die Beschwerdeführerin rügt, die Annahme des Obergerichts, wonach die Beschwerdeführerin ihre Klage damit begründe, dass die bestehende Dienstbarkeit dem Beschwerdegegner das Wohnen im Dachgeschoss generell untersage, sei aktenwidrig und willkürlich. Das Wohnen in einem Dachgeschoss sei vielmehr gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin in sämtlichen bisherigen Rechtsschriften (welche die Beschwerdeführerin einzeln aufzählt) erst dann unzulässig, wenn schon in zwei anderen Geschossen gewohnt werde; der Beschwerdegegner nutze nämlich sein bestehendes erstes Dachgeschoss zu Wohnzwecken, was die Beschwerdeführerin nicht beanstande (KG act. 1 S. 7 Ziff. 2d).

Das Obergericht führt an der gerügten Stelle aus, die Beschwerdeführerin begründe ihre Klage damit, dass die bestehende Dienstbarkeit dem Beschwerdegegner das Wohnen im Dachgeschoss generell untersage. Dem habe der Beschwerdegegner entgegen gehalten, die Dienstbarkeit verbiete nur das Erstellen von mehr als zwei Wohngeschossen, nicht aber die Nutzung anderer Geschosse (auch) zum Wohnen (KG act. 2 S. 6 unten, Erw. 2.1, zweiter Absatz). Die Wiedergabe des Standpunktes der Beschwerdeführerin mag etwas missverständlich

sein, ist jedoch im Zusammenhang mit der nachfolgenden Wiedergabe des Standpunkts des Beschwerdegegners zu sehen. Die Parteien sind sich uneinig, ob die Dienstbarkeit generell das Bewohnen von mehr als zwei Geschossen untersage oder lediglich das Erstellen von mehr als zwei Wohngeschossen, also konkret auf den vorliegenden Fall angewandt, ob der Beschwerdegegner das nicht als Wohngeschoss erstellte Dachgeschoss (gemäss dem durch die Baubehörde genehmigten Projekt) dennoch zu Wohnzwecken nutzen dürfe oder ob ihm dies untersagt sei. In diesem Sinne trifft das Obergericht keine aktenwidrige oder willkürliche Annahme zum Prozessstandpunkt der Beschwerdeführerin.

e) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die früheren Kläger Monika und Beat Geissler hätten ihre Klage wegen des Verkaufs ihrer Liegenschaft und daher wegen des Verlustes ihrer Aktivlegitimation zurückgezogen. Die anderen früheren Kläger hätten ihre Klagen aus anderen Gründen zurückgezogen. Die Annahme des Obergerichts (KG act. 2 S. 7 oben, Erw. 2.1), wonach diese Kläger ihre Klage wegen der Argumentation und der eventuellen Widerklage ihre Klagen zurückgezogen hätten und die Argumentation des Beschwerdegegners anerkennen würden, sei willkürlich und ohne Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens nicht haltbar (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 2e).

In der betreffenden Erwägung fasst das Obergericht zunächst die Begründung der Klage durch die Beschwerdeführerin sowie die Entgegenhaltungen des Beschwerdegegners kurz zusammen. Es hält weiter fest, der Beschwerdegegner mache eventualiter geltend, falls die Nutzung seines Dachgeschosses als unzulässig beurteilt werde, wäre auch die Nutzung jener Untergeschosse (derjenigen in den Häusern der Kläger) unzulässig, und für diesen Fall habe er Widerklage erhoben. Dann folgt der gerügte Satz: "Daraufhin zogen fünf der ursprünglichen Kläger ihre Klagen zurück." Die Erwägung schliesst mit der Feststellung ab, die heutige Klägerin (Beschwerdeführerin) argumentiere, die Widerklage sei missbräuchlich und widerspreche dem jahrzehntelangen Verständnis der Dienstbarkeit (KG act. 2 S. 6 f. Erw. 2.1).

Das Obergericht stellt nicht fest, die früheren Kläger hätten die Argumentation des Beschwerdegegners anerkannt. Es hält auch nicht explizit fest, die Eventualwi-

derklage habe den Klagerückzug ausgelöst. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang einzig massgebend, dass die früheren Kläger die Klage zurückgezogen haben. Ob sie dies taten, um dem Risiko der Gutheissung der Eventualwiderklage zu entgehen, oder ob andere Gründe eine Rolle spielten, ist ohne Belang. Ein allfälliger Irrtum des Obergerichts betreffend die Motivation des Klagerückzugs führt nicht zu einem Nachteil der Beschwerdeführerin im Sinne von § 281 ZPO. Diesbezüglich ist mangels Beschwer auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

5. a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Feststellung des Obergerichts, es sei für sie von untergeordneter Bedeutung, ob der Beschwerdegegner sein Dachgeschoss zum Wohnen oder nur als Estrich nutze, sei aktenwidrig und willkürlich. Die Beschwerdeführerin habe in keiner Rechtsschrift solche Ausführungen gemacht, weshalb in der Begründung des angefochtenen Urteils ein Hinweis auf die angeblichen Ausführungen nicht möglich gewesen sei. Die Beschwerdeführerin nennt in der Folge die Stellen in ihren Rechtsschriften vor den Vorinstanzen, aus denen hervorgehe, dass sie anerkannt habe, dass der Beschwerdegegner zwei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss errichten dürfe, sie jedoch bestritten habe, dass der Beschwerdegegner auch das Dachgeschoss zu Wohnzwecken nutzen dürfe, wenn er die Vollgeschosse dafür nutze. Entgegen der Annahme des Obergerichts in der gerügten Erwägung verlange die Beschwerdeführerin weder mit ihren Anträgen noch mit ihren Ausführungen, dass festzustellen sei, dass das bestehende Gebäude des Beschwerdegegners nicht höher in Erscheinung treten dürfe. Bezüglich der Silhouette habe die Beschwerdeführerin mit der Klage beantragt, dass dem Beschwerdegegner die Erstellung der bewilligten Dachlukarne zu verbieten sei. Insofern treffe es nicht zu, dass die Beschwerdeführerin gegen die Änderung der Silhouette nichts eingewendet habe und nichts einwenden könne (KG act. 1 S. 8 f. Ziff. 3a).

Das Obergericht hält an der gerügten Stelle fest, ob der Beschwerdegegner sein Dachgeschoss zum Wohnen oder nur als Erstrich nutze, sei für die Beschwerdeführerin von untergeordneter Bedeutung. Für sie sei es ein Nachteil, wenn der Beschwerdegegner sein Haus um ein Geschoss aufstocke, wie das geplant sei, weil das Gebäude dann völlig anders - vor allem wesentlich höher - in Erschei-

nung treten würde. Gegen die Änderung der Silhouette könne die Beschwerdeführerin nichts einwenden. Es stelle sich daher die Frage, ob ihre Klage nicht missbräuchlich wäre, auch wenn die Dienstbarkeit das Wohnen verböte. Damit ihr ein allfälliges Recht versagt werden dürfte, wäre aber ein Qualifiziertes verlangt: ein "offenbarer" Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Das Obergericht kommt in der Folge zum Schluss, dass die Klage nicht offenbar rechtsmissbräuchlich im Sinne des Gesetzes sei (KG act. 2 S. 7 Erw. 2.2, erster Abschnitt).

Das Obergericht stellt also nicht fest, die Beschwerdeführerin habe in Äusserungen gegenüber dem Gericht festgehalten, ob der Beschwerdegegner sein Dachgeschoss zum Wohnen oder nur als Erstrich nutze, sei für sie von untergeordneter Bedeutung. Vielmehr setzt das Obergericht die Auswirkungen der Nutzung des Dachgeschosses denjenigen der Aufstockung des Gebäudes des Beschwerdegegners gegenüber und hält fest, dass die Aufstockung den eigentlichen Nachteil für die Beschwerdeführerin darstellt, sie aber gegen diese bzw. die damit verbundene Änderung der Silhouette nichts einwenden könne. In dem Sinne geht es in der gerügten Erwägung nicht darum, welche subjektive Bedeutung die Nutzung des Dachgeschosses durch den Beschwerdegegner zu Wohnzwecken für die Beschwerdeführerin habe, sondern dass eben die Art der Nutzung des Dachgeschosses im Vergleich zur Aufstockung des Gebäudes für die Beschwerdeführerin objektiv eine untergeordnete Bedeutung habe. Die Errichtung einer Dachlukarne durch den Beschwerdegegner würde die Silhouette des Gebäudes zweifellos verändern, doch im Vergleich mit der Aufstockung des Gebäudes in eher geringem Ausmass. Gegenstand der gerügten Erwägung ist die Frage, ob die Klage der Beschwerdeführerin rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB sei. Dies verneint das Obergericht und entscheidet damit in diesem Punkt zugunsten der Beschwerdeführerin. Allfällig missverständliche Formulierungen in der gerügten Erwägung haben sich also nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt, womit es an der Voraussetzung der Beschwer fehlt (§ 281 ZPO) und auf die Rüge nicht weiter einzugehen ist.

b) Unter Ziffer 3b ihrer Beschwerdeschrift verwahrt sich die Beschwerdeführerin weiter gegen die Formulierung des Obergerichts, die Beschwerdeführerin mache

von der Dienstbarkeit in einem gewissen Sinn einen zweckfremden Gebrauch (KG act. 2 S. 7 Erw. 2.2, Ende des ersten Absatzes) und begründet, weshalb ihr weder ein Rechtsschutzinteresse am Verbot der Nutzung des Dachgeschosses durch den Beschwerdegegner fehle noch ihre Klage rechtsmissbräuchlich sei (KG act. 1 S. 9 f.).

Das Obergericht verneint in der gerügten Erwägung das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin nicht, und es hält ausdrücklich fest, es liege kein offenbarer Rechtsmissbrauch im Sinne des Gesetzes vor. Die Beschwerdeführerin ist durch die Annahme des Obergerichts, die Beschwerdeführerin mache von der Dienstbarkeit in einem gewissen Sinn einen zweckfremden Gebrauch, nicht beschwert, so dass nicht zu prüfen ist, ob diese haltbar sei oder nicht.

c) Das Obergericht hält fest, es sei klarzustellen, dass das von der Beschwerdeführerin gewünschte Ergebnis - Unzulässigkeit der Wohnnutzung von Dachgeschossen, aber Zulässigkeit der gleichen Nutzung von Untergeschossen - jedenfalls im Grundsatz nicht in Frage komme. Die Dienstbarkeit differenziere nicht danach, ob es um Dach- oder Untergeschosse gehe. Wenn ausserhalb der zwei Wohngeschosse nicht gewohnt werden dürfe, dann weder im Dach noch im Keller (KG act. 2 S. 7 Erw. 2.2, zweiter Abschnitt).

Die Beschwerdeführerin rügt die Annahme des Obergerichts, sie wünsche als Ergebnis, dass die Wohnnutzung von Dachgeschossen unzulässig, von Untergeschossen jedoch zulässig sei, als aktenwidrig und willkürlich. Sie verweist ausführlich auf ihre Eingaben vor den Vorinstanzen. Weiter hält sie dafür, insofern das Obergericht die Behauptung des Beschwerdegegners, wonach es der Beschwerdeführerin um das Ergebnis gehe, dass Wohnnutzung in Dachgeschossen nie, in Untergeschossen immer erlaubt sei, ohne den geringsten Beweis und entgegen den entsprechenden Bestreitungen der Beschwerdeführerin als zutreffend annehme, verletze es die Verhandlungsmaxime, den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör und den Verfahrensgrundsatz, dass über streitige Tatsachen Beweis abzunehmen sei (KG act. 1 S. 11 - 13 Ziff. 3c).

Ob das Obergericht die Vorbringen der Beschwerdeführerin falsch versteht, wenn es die Unzulässigkeit der Wohnnutzung von Dachgeschossen, aber Zulässigkeit der gleichen Nutzung von Untergeschossen als das von der Beschwerdeführerin gewünschte Ergebnis sieht, kann dahingestellt bleiben. Das Obergericht hält fest, ein solches Ergebnis komme im Grundsatz nicht in Frage. Wenn die Beschwerdeführerin ein solches Ergebnis gar nicht anstrebt, ist sie durch diese Feststellung nicht beschwert. Es ist auf die betreffenden Rügen nicht weiter einzugehen.

6. a) Die Beschwerdeführerin rügt als aktenwidrig und willkürlich die Feststellung des Obergerichts, wonach sie die Dienstbarkeit als Nutzungs- und nicht als Baubeschränkung verstehe. Sie sei vielmehr der Auffassung, dass die Dienstbarkeit sowohl Baubeschränkungen wie auch Nutzungsbeschränkungen auferlege. Sie habe ausdrücklich beantragt, dass sowohl die baulichen Massnahmen zu verbieten seien, die zu einer unzulässigen Nutzung eines dritten Geschosses zu Wohnzwecken führten, als auch dass diese Nutzung selbst zu verbieten sei. Wenn die Dienstbarkeit jede andere bauliche Nutzung als "zu Wohnzwecken" und ausdrücklich eine gewerbliche Nutzung ausschliesse, liege offensichtlich eine Nutzungsbeschränkung vor, und es sei widersprüchlich, wenn das Obergericht in Erwägung 2.3 Abs. 4 (KG act. 2 S. 8) behaupte, dass dies für den Streit der Parteien ohne Bedeutung sei, auf Seite 10 oben des angefochtenen Entscheids jedoch genau darauf abstelle, dass ein Verbot einer Wohnnutzung unter einem Satteldach eine Nutzungsbeschränkung darstelle. Indem das Obergericht von einem angeblichen Dienstbarkeitsverständnis der Beschwerdeführerin ausgehe, das diese gar nicht geltend mache, verletze es die Verhandlungsmaxime. Weiter verletze es den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, indem es auf ihre gegenteiligen Ausführungen nicht eingehe (KG act. 1 S. 13 f. Ziff. 4a).

In der gerügten Erwägung hält das Obergericht fest, der Grundbucheintrag sei nicht schlüssig. "Gegenseitige Baubeschränkung" sage über Inhalt und Tragweite der Beschränkung nichts aus und verlange zwingend die Konsultation des Erwerbsgrunds. Die Auslegung der seinerzeitigen schriftlichen Vereinbarung habe "im Rahmen des [Grundbuch-]Eintrages" zu erfolgen (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Das dürfe allerdings für die eigentliche Auslegung nicht allzu eng verstanden werden;

das Bundesgericht lasse zwar die Bestimmung der beteiligten Grundstücke aufgrund des Beleges nicht zu, aber es verlange (nur), dass der Eintrag im Grundbuch für den Inhalt der Dienstbarkeit einen "Hinweis" gebe (BGE 124 III 293). In diesem Sinn könnte auch das Verständnis der Beschwerdeführerin, welche die Dienstbarkeit als Nutzungs- und nicht als Baubeschränkung verstehe, sich im Rahmen des eingetragenen Stichworts "gegenseitige Baubeschränkung" halten - wenn die Auslegung zu diesem Verständnis führte. Die Dienstbarkeit untersage jede andere bauliche Nutzung als "zu Wohnzwecken" (mit Ausnahme von Garage und Schopf), sodann ausdrücklich auch die gewerbliche Nutzung. Das habe für den Streit der Parteien keine Bedeutung (KG act. 2 S. 8 Erw. 2.3, zweiter bis vierter Abschnitt).

Indem das Obergericht festhält, auch das Verständnis der Dienstbarkeit als Nutzungsbeschränkung könne sich im Rahmen des im Grundbuch eingetragenen Stichworts "gegenseitige Baubeschränkung" halten, stellt das Obergericht nicht fest, ein Verständnis als Baubeschränkung sei - entgegen dem Wortlaut - durch den Ausdruck "gegenseitige Baubeschränkung" nicht gedeckt. Somit wird auch das im Kassationsverfahren von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Verständnis, dass die Dienstbarkeit sowohl Nutzungs- wie auch Baubeschränkungen umfasse, durch die gerügte Erwägung nicht ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin legt denn auch nicht dar, inwiefern sie bei Berücksichtigung dieses Kontextes durch die Erwägung der Vorinstanz, sie verstehe die Dienstbarkeit als Nutzungs- und nicht als Baubeschränkung, beschwert sein soll.

Eine allfällige Nutzung der Liegenschaft des Beschwerdegegners zu gewerblichen Zwecken bildet nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Somit ist die Feststellung des Obergerichts, es habe für den Streit der Parteien keine Bedeutung, dass die Dienstbarkeit ausdrücklich die gewerbliche Nutzung untersage, zutreffend.

Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen sind unbegründet.

b) Die Beschwerdeführerin rügt, es stelle eine willkürliche tatsächliche Annahme dar, wenn das Obergericht feststelle, dass durch die Dienstbarkeit offenkundig

reiche Leute angezogen werden sollten. Dies hätten beide Parteien nicht behauptet und könne jedenfalls ohne Durchführung eines Beweisverfahrens nicht angenommen werden. Insofern verletze das Obergericht die Verhandlungsmaxime und den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, d.h. sich vorgängig des Entscheids zu einer solchen Annahme äussern zu können (KG act. 1 S. 14 Ziff. 4b).

Das Obergericht hält an der gerügten Stelle fest, die Eigentümer seien auf die bauliche Nutzung mit "Einfamilienhäusern" beschränkt. Wie das Bezirksgericht zutreffend ausführe (OG act. 51 S. 12), seien damit sogenannte Einliegerwohnungen untersagt. Das ergebe sich aus dem landläufigen Verständnis des "Einfamilienhauses" und korreliere mit dem im Übrigen wenig fassbaren Begriff der "besseren" Häuser: wenn offenkundig reiche Leute angezogen werden sollten, die unter ihresgleichen bleiben wollten, stelle die Limitierung auf eine Familie oder eben das Verbot einer Einliegerwohnung eine nahe liegende Hürde für nicht ausreichend "bessere" (will sagen: nicht ausreichend begüterte) Nachbarn dar (KG act. 2 S. 8 f. Erw. 2.3, fünfter Abschnitt).

Es ist Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Dieses legt seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde (Verhandlungsmaxime, § 54 Abs. 1 ZPO). Das Servitutenprotokoll 1671, auf welches die Beschwerdeführerin ihre Unterlassungsansprüche gegenüber dem Beschwerdegegner stützt, wurde von den ursprünglichen Klägern, zu denen auch die Beschwerdeführerin zählt, in Beilage zur Klageschrift eingereicht (BG act. 3/1). Damit hat die Beschwerdeführerin das Vorhandensein einer Dienstbarkeit mit dem Wortlaut des Servitutenprotokolls 1671 behauptet. Das Obergericht legt diesen Wortlaut seinem Entscheid zugrunde, womit es im Rahmen der Verhandlungsmaxime handelt.

Gemäss Servitutenprotokoll 1671 dürfen "nur bessere Einfamilienhäuser zu Wohnzwecken" erstellt werden (BG act. 3/1). Hierbei handelt es sich um eine Willenserklärung derjenigen, welche die Servitut errichtet oder vereinbart haben. Welche rechtliche Bedeutung einer Willenserklärung nach den Auslegungsgrundsätzen zukommt, ist Rechtsfrage (Max Guldener, Schweizerisches Zivilpro-

zessrecht, 3.A., Zürich 1979, S. 481; Markus Schott, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 30 lit. f zu Art. 95 BGG). Das Recht der Dienstbarkeiten ist Bundesrecht (Art. 730 ff. ZGB). Somit ist Frage der Anwendung von Bundesrecht, was unter dem Begriff der "besseren" Häuser zu verstehen sei und ob daraus allenfalls Schlüsse auf weitere Bedingungen der Dienstbarkeit und deren Inhalt zu ziehen seien. Entsprechende Rügen können mit Beschwerde beim Bundesgericht vorgebracht werden (Art. 95 lit. a BGG) und sind deshalb im kantonalen Kassationsverfahren nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

Beide Parteien hatten im Laufe des gerichtlichen Verfahrens mehrmals Gelegenheit, sich zur Sache und damit auch zu den in den Akten liegenden Urkunden und deren Tragweite zu äussern. Auch wenn beide Parteien in ihren Rechtsschriften vor Bezirksgericht und vor Obergericht den Begriff "reich" im Zusammenhang mit den in den fraglichen Häusern lebenden Personen bzw. an der Erstellung oder am Erwerb der Häuser interessierten Personen und der Auslegung des Servitutentextes nicht genannt haben, steht es in der redaktionellen Freiheit des Obergerichts, diesen Begriff zu verwenden, ohne dass es zuvor den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen hat. Die Rüge der Gehörsverweigerung ist unbegründet.

c) Die Beschwerdeführerin rügt als aktenwidrig und willkürlich, wenn das Obergericht feststelle, es sei Auffassung der Beschwerdeführerin, dass der Text der Dienstbarkeit ein Interesse an einer homogen hablichen Nachbarschaft zum Ausdruck bringe und dass die reichen Bewohner nicht auf mehr als zwei Stockwerken wohnen dürften. Die Beschwerdeführerin mache vielmehr geltend, dass die Dienstbarkeit die Nutzung der betroffenen Parzellen auf der Grundlage der damaligen öffentlichrechtlichen Bauvorschriften regle. (Hierzu verweist die Beschwerdeführerin auf eine Vielzahl von Stellen in ihren Rechtsschriften.) Anderes behaupte auch der Beschwerdegegner nicht, nur hätten die Parteien über die Bedeutung dieses Umstandes gegenteilige Auffassungen. Die Annahme widerspreche der Verhandlungsmaxime und dem Grundsatz, dass bestrittene oder nicht behauptete Tatsachen vom Gericht nicht ohne Durchführung eines Beweisverfahrens angenommen werden dürften (KG act. 1 S. 14 f., Ziff. 4c).

Das Obergericht hält an der gerügten Stelle fest, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei sodann aus dem im Text zum Ausdruck gebrachten Interesse der Beteiligten an einer homogen hablichen Nachbarschaft nicht abzuleiten, dass die reichen Bewohner nicht auf mehr als zwei Stockwerken wohnen dürften, solange sie bauliche Limiten einhielten und so lange jedes Haus nur für eine Familie konzipiert worden sei (KG act. 2 S. 10 Mitte).

Zentrale Feststellung des Obergerichts an der gerügten Stelle ist, dass sich aus dem im Text zum Ausdruck gebrachten Interesse der Beteiligten an einer homogen hablichen Nachbarschaft nicht ergebe, dass die reichen Bewohner nicht auf mehr als zwei Stockwerken wohnen dürften. Ob das Obergericht mit der Einleitung "entgegen der Auffassung der Klägerin" in umfassendem Sinne zutreffend auf den Standpunkt der Beschwerdeführerin verweist, ist von untergeordneter Bedeutung und für die Entscheidfindung nicht ausschlaggebend, so dass die Beschwerdeführerin diesbezüglich nicht beschwert ist. Immerhin ist es auch im Kassationsverfahren vertretener Prozessstandpunkt der Beschwerdeführerin, dass eine Nutzung des Dachgeschosses zu Wohnzwecken dann unzulässig sei, wenn schon zwei Vollgeschosse zu Wohnzwecken genutzt werden, also mit anderen Worten, dass die Nutzung von mehr als zwei Stockwerken zu Wohnzwecken unzulässig sei. Sodann ist eine Frage der bundesrechtlichen Grundsätzen unterstehenden Auslegung des Textes der Dienstbarkeit bzw. der darin enthaltenen Willenserklärungen, ob darin ein rechtlich relevantes Interesse der Beteiligten an einer homogen hablichen Nachbarschaft zum Ausdruck gebracht worden sei, und damit eine Frage der Rechtsanwendung. Entsprechende Rügen sind mit Beschwerde beim Bundesgericht und nicht mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde vorzubringen (Art. 95 lit. a BGG, § 285 ZPO). Die Rügen der Verletzung der Verhandlungsmaxime und der unterlassenen Durchführung eines Beweisverfahrens, welche Tatsachenbehauptungen und nicht die Rechtsanwendung betreffen, gehen fehl.

d) Das Obergericht hält fest, die Diskussion um die Bauordnung der Gemeinde NN vom 19. Mai 1949 (auf welche die Beschwerdeführerin zur Stützung ihres Standpunktes verweist) sei schon darum müssig, weil die Dienstbarkeit bereits

am 2. November 1945 errichtet worden sei. Ob die Vertragsschliessenden damals bereits auf eine geplante Bauordnung Rücksicht genommen hätten, welche erst vier Jahre später beschlossen worden sei und zudem erst mit Genehmigung durch den Regierungsrat am 8. März 1951 in Kraft getreten sei, wäre reine Spekulation (KG act. 2 S. 11 oben).

Die Beschwerdeführerin rügt, diese Annahme sei willkürlich und verletze den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör und die Abnahme der gehörig angebotenen Beweise. Es sei gerichtsnotorisch, dass schon lediglich die Revision von Bau- und Zonenordnungen nicht innert weniger Monate festgesetzt würden, sondern Jahre dauerten. Insbesondere erfolge die Einführung einer ersten Bauordnung in einer Gemeinde nicht innert weniger Monate (KG act. 1 S. 5 Ziff. 4d).

Für ihr Vorbringen, das Obergericht habe die gehörig angebotenen Beweise nicht abgenommen, verweist die Beschwerdeführerin auf ihre Replik (BG act. 20 S. 7 Ziff. II/9c) und ihre Widerklageduplik (BG act. 33 S. 6 ff. Ziff. IV/7a) vor Bezirksgericht. An den genannten Stellen nannte die Beschwerdeführerin als Beweisofferten das Servitutenprotokoll 1671 (BG act. 3/1), die Baubewilligung der Baukommission NN vom 17. Juli 1945 (BG act. 21), einen Augenschein und die Edition des Entwurfs der späteren Bauordnung von 1949 mit Planungsstand 1945 durch die Baukommission NN. Die Beschwerdeführerin führt jedoch nicht aus, inwiefern sich aus diesen Beweismitteln konkret ergeben soll, dass die damaligen Vertragsschliessenden die künftige Bauordnung mitberücksichtigt hätten. Diesbezüglich ist die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht ausreichend.

Soweit die Feststellung, dass eine Tatsache gerichtsnotorisch sei, nicht ohnehin eine der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegende Rechtsfrage betrifft (so Schott, Basler Kommentar, N 30 lit. a zu Art. 95 BGG), womit eine entsprechende Rüge im Kassationsverfahren unzulässig wäre (§ 285 ZPO), kann jedenfalls festgehalten werden, dass nicht bekannt ist, ob die Vertragspartner von 1945 einen Entwurf zur 1949 erlassenen Bauordnung der Gemeinde NN bei der Formulierung und Vereinbarung der fraglichen Dienstbarkeit beigezogen und berücksichtigt haben.

Will die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend machen, es entspreche allgemeiner Lebenserfahrung, dass bei Vertragsabschlüssen über Dienstbarkeiten Entwürfe von im Rechtssetzungsprozess befindlichen Bauordnungen, welche erst vier Jahre später erlassen werden, Berücksichtigung finden und es sei deshalb die Bauordnung der Gemeinde NN von 1949 für die Auslegung der 1945 errichteten Dienstbarkeit beizuziehen, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Sowohl die Folgerungen aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung (vgl. Schott, Basler Kommentar, N 30 lit. b zu Art. 95 BGG) wie auch die Grundsätze der Auslegung von Willenserklärungen betreffen Rechtsfragen, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen.

e) Das Obergericht hält fest, das Argument des öffentlichen Baurechts wende sich eher gegen die Beschwerdeführerin: nach dem kantonalen Baugesetz, welches nach der unbestrittenen Darstellung des Beschwerdegegners für NN seit 1943 galt, habe ein Gebäude (zwar mit Einschluss von Keller- und Dachgeschoss, aber immerhin) fünf Geschosse umfassen dürfen, in denen Wohn-, Schlaf- oder Arbeitszimmer vorhanden seien (Hans Egger, Einführung in das zürcherische Baurecht, 3.A., Wädenswil 1970, S. 93 ff.; Kopie von der Beschwerdeführerin als Beilage zur Replik und Widerklageantwort eingereicht, BG act. 34). Dies sei das geltende Recht gewesen, und diesem gegenüber sei es eine erhebliche Einschränkung, wenn die neu zu erstellenden Einfamilienhäuser privatrechtlich auf zwei Wohngeschosse zuzüglich Dach- und Kellergeschoss limitiert worden seien, gleichviel ob in diesen letzteren (auch) Wohnräume eingerichtet worden seien (KG act. 2 S. 11 Mitte).

Die Beschwerdeführerin rügt, es verstosse gegen klares materielles Recht und verletze zudem den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, wenn das Obergericht ausführe, dass in der Gemeinde NN am 2. November 1943 fünf Geschosse mit Wohn-, Schlaf- oder Arbeitszimmern hätten errichtet werden können. Die Beschwerdeführerin habe in der Erstberufungsreplik folgendes ausgeführt, worauf das Obergericht in Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht eingegangen sei (OG act. 75 S. 6 f., Ziff. III/17):

> "… Es trifft nicht zu, dass die Klägerin behauptet hätte, dass im Zeitpunkt der Dienstbarkeitsbegründung ohne einschränkende zivilrechtliche Vorschriften ein Gebäude mit fünf Geschossen (inkl. Erd- und Dachgeschoss) hätte erstellt werden dürfen. Diese Behauptung stammt vom Beklagten selber und ist falsch. Einerseits durfte der Bebauungsplan nicht negativ präjudiziert werden (§ 129 BauG), der Grundlage für die Festsetzung der Baulinien bildet. Die Baulinien wiederum bestimmen die Stellung und die Richtung von Gebäuden und bilden zudem die Basis für deren Höhenmasse (§ 9 f. BauG). Andererseits durfte insbesondere die Bewilligung zur Erstellung einer Baute so lange verweigert werden, bis ein genehmigter Quartierplan vorliege (§ 20 BauG). Die Dimensionierung der überquartierlichen und der Quartierstrassen hängt von der Bebauungsdichte des betroffenen Gebietes bzw. Areals ab. Für Gebiete, in denen fünf Vollgeschosse zulässig sind, müssen andere Festlegungen als für Gebiete, in denen nur zwei Vollgeschosse zulässig sind, getroffen werden. Die Gemeinde hätte also sehr wohl die Erstellung eines fünfgeschossigen Gebäudes verhindern können. In der Tat war denn auch die Erteilung der Baubewilligung für das Gebäude Q-Strasse 46 von einem auf eine zweigeschossige Überbauung ausgerichteten Quartierplan abhängig. Die Behauptung des Beklagten, es hätten 1945 einfach irgendwelche fünfgeschossigen Gebäude in die grüne Wiese gesetzt werden dürfen, trifft nicht zu."

Die Beschwerdeführerin hält dafür, die unbegründete Behauptung der Vorinstanz widerspreche den Vorschriften des alten Baugesetzes von 1893, insbesondere §§ 129, 9 f. und 20 alt BauG (KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 4e).

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 Erw. 3.2, 126 I 97 Erw. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 Erw. d, 112 Ia 109 Erw. 2b, je mit Hinweisen; Georg Müller, in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2).

Die gerügte Feststellung erfolgt im Rahmen der Auseinandersetzung des Obergerichts mit dem Ansinnen der Beschwerdeführerin, die streitige Dienstbarkeit im Lichte des öffentlichen Baurechts, insbesondere der Gemeindebauordnung von 1949 auszulegen. Das Obergericht hat damit offensichtlich Kenntnis vom Stand-

punkt und der Begründung der Beschwerdeführerin genommen, auch wenn es sich nicht mit jedem einzelnen Argument ausdrücklich auseinandersetzt. Die Rüge der Gehörsverweigerung ist unbegründet.

Gemäss § 69 Abs. 1 des zur Zeit der Errichtung der streitigen Dienstbarkeit im Jahr 1945 in Kraft stehenden Baugesetzes für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893 (alt BauG; vgl. Zürcher Gesetzessammlung 1961, Band 5, S. 3 ff.) durfte ein Gebäude mit Einschluss von Erd- und Dachgeschoss nicht mehr als fünf Geschosse mit Wohn-, Schlaf- und Arbeitsräumen enthalten. War die Zahl der zulässigen Geschosse voll ausgenützt, so waren im Dachgeschoss keine Wohn-, Schlaf- oder Arbeitsräume ausser Waschküchen und Glättezimmer für den Hausgebrauch gestattet (§ 69 Abs. 3 alt BauG). Die von der Beschwerdeführerin genannten §§ 9 f. alt BauG befassen sich mit Bau- und Niveaulinien. Der Gemeinderat war berechtigt, die Bewilligung zur Erstellung einer Baute so lange zu verweigern, bis ein genehmigter Quartierplan vorlag (§ 20 alt BauG). Gemäss dem von der Beschwerdeführerin ebenfalls genannten § 129 alt BauG soll der Gemeinderat beförderlich die Ergänzung des Bebauungsplans vornehmen und diese nebst den aufzustellenden Bau- und Niveaulinien dem Regierungsrat zur Genehmigung vorlegen, wenn sich der Bebauungsplan noch nicht auf eine Baustelle und ihre Umgebung erstrecke und aus diesem Grund die Bewilligung einstweilen verweigert werde.

Selbst wenn der Gemeinderat die Bewilligung der Baute im Jahr 1945 wegen Fehlens eines Quartierplans hatte verweigern können und nicht ausgeschlossen werden könnte, dass der Gemeinderat bei seinem Entscheid einen Entwurf für die im Entstehen begriffene Gemeindebauordnung mitberücksichtigt hätte, so änderte dies nichts an der grundsätzlichen Geltung von § 63 Abs. 1 alt BauG, also an der Möglichkeit, ein fünfgeschossiges Gebäude zu errichten. Dass die neu zu erstellenden Einfamilienhäuser privatrechtlich auf zwei Wohngeschosse zuzüglich Dach- und Kellergeschoss limitiert wurden, bildete damit eine Einschränkung vom baurechtlichen Grundsatz, dass Gebäude bis zu fünf Wohngeschosse aufweisen konnten. Damit widerspricht die betreffende Rechtsansicht des Obergerichts jedenfalls nicht klarem materiellem kantonalem Baurecht. Ob und wie weit kantona-

les oder kommunales Baurecht bei der Auslegung der Dienstbarkeit zu beachten sei, richtet sich nach Bundesrecht und ist nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen.

f) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, es sei willkürlich und aktenwidrig, wenn das Obergericht auf Seite 11 Mitte und unten sowie auf Seite 12 oben des angefochtenen Entscheids voraussetze, die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, dass in einem Dachgeschoss unter einem gewöhnlichen Satteldach generell keine Wohnnutzung stattfinden dürfe. Die Beschwerdeführerin habe vielmehr geltend gemacht, dass eine Wohnnutzung eines solchen Wohngeschosses dann unzulässig sei, wenn schon zwei Vollgeschosse zu Wohnzwecken genutzt würden. In der Mehrzahl der bestehenden, von der Dienstbarkeit betroffenen Gebäude sei ein zu Wohnzwecken genutztes erstes Dachgeschoss unter einem "gewöhnlichen Steildach" vorhanden (KG act. 1 S. 17 f.).

Die Beschwerdeführerin nennt zu ihrem Vorbringen einen Augenschein als Beweisofferte (KG act. 1 S. 18 oben). Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen und Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffs bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, S. 17). Die Abnahme von Beweismitteln in Form der Durchführung eines Augenscheins durch das Kassationsgericht fällt somit ausser Betracht.

Im Übrigen zielt die Rüge ins Leere, da das Obergericht die Beschwerdeführerin an den genannten Stellen nicht im gerügten Sinne zitiert bzw. die Beschwerdeführerin nicht in einem vom im Kassationsgerichtsverfahren vorgebrachten Verständnis ihres Standpunkts abweichenden Sinn wiedergibt.

g) Die Beschwerdeführerin rügt, es widerspreche einem wesentlichen Verfahrensgrundsatz des Beweisrechts, wenn die Beschwerdeführerin nicht zum Beweis dafür zugelassen werde, dass die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten gemäss ihren Darlegungen ausgeübt worden sei. Es sei aktenwidrig und willkürlich, wenn das Obergericht behaupte, dass die Beschwerdeführerin geltend

mache, dass Dachgeschosse überhaupt nicht zu Wohnzwecken genutzt werden dürften. Die Beschwerdeführerin mache vielmehr geltend, dass ein Dachgeschoss dann nicht zu Wohnzwecken genutzt werden dürfe, wenn bereits zwei andere Geschosse zu Wohnzwecken genutzt würden. Die Feststellung, so die Beschwerdeführerin weiter, wonach bei den betroffenen Gebäuden von Anfang an in den ersten Dachgeschossen gewohnt worden sei, führe nicht weiter, da zusätzlich nur die Erdgeschosse zu Wohnzwecken genutzt würden. Die Beschwerdeführerin könne daher nicht vom Beweis der langjährigen Ausübung der Dienstbarkeit ausgeschlossen werden, weil sie generell behaupte, in Dachgeschossen dürfe nicht gewohnt werden, selber jedoch ausführe, dass in Dachgeschossen von betroffenen Gebäuden gewohnt werde (KG act. 1 S. 18 f. Ziff. 4 g).

Das Obergericht hält in der gerügten Erwägung fest, in Würdigung aller Umstände sei für die Frage, ob in einem Dachgeschoss unter einem gewöhnlichen Steildach Wohnräume eingerichtet werden dürfen, kein eindeutiges Ergebnis im Sinne der Klage zu gewinnen. Vielmehr sprächen gewichtige Elemente gegen die Auslegung der Beschwerdeführerin, und da der Grundsatz die Freiheit sei (Art. 641 Abs. 1 ZGB), und nicht die Beschränkung, sei dem Beschwerdegegner von da her die Nutzung seines Dachgeschosses auch zu Wohnzwecken erlaubt. Freilich sei dieses Ergebnis doch auch nicht so klar, dass nicht das Verständnis der Beschwerdeführerin ebenfalls in Frage käme. In dieser Situation könnte die Beschwerdeführerin das Blatt zu ihren Gunsten wenden, wenn sie nachzuweisen vermöchte, dass die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten in ihrem Sinn verstanden und ausgeübt wurde: dass in Dachgeschossen überhaupt nicht gewohnt werden dürfe. Das Obergericht zeigt in der Folge auf, dass die Darstellung der Beschwerdeführerin selber diesem Beweis entgegen stehe. Es zählt verschiedene Liegenschaften auf, in denen nach Darstellung der Beschwerdeführerin im Dachgeschoss gewohnt wurde und weist darauf hin, dass in den letzten sechzig Jahren, ebenfalls gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin, nie ein der Dienstbarkeit unterstehendes Haus mit zwei Wohngeschossen (als Vollgeschosse) und einem zum Wohnen ausgebautes Dachgeschoss und ebenfalls nie ein Haus mit zwei Wohngeschossen (Vollgeschossen) und einem nicht zum Wohnen ausgebauten Dachgeschoss gebaut worden sei. Seien solche Einfamilienhäuser

nie erstellt worden, ungeachtet dessen, ob das Dach zum Wohnen ausgebaut worden sei oder nicht, könne dieser Umstand nicht indizierend dafür sein, dass die Eigentümer die Auffassung der Beschwerdeführerin teilten und darum nicht gebaut hätten. Dass je ein Eigentümer und Dienstleistungsbelasteter versucht oder auch nur erwogen hätte, zwei Vollgeschosse und ein zum Wohnen ausgebautes Dachgeschoss zu erstellen, und dass dies nicht zustande gekommen sei, weil das nach allseitiger Übereinstimmung die Dienstbarkeit verletzt hätte, sei nicht behauptet und gehe nicht aus den Akten hervor. Die Beschwerdeführerin könne sich für ihr Verständnis der Dienstbarkeit nicht auf eine lange dauernde Übung berufen (KG act. 2 S. 11 - 13).

Die Formulierung des Obergerichts, die Beschwerdeführerin könnte das Blatt zu ihren Gunsten wenden, wenn sie nachzuweisen vermöchte, dass die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten in ihrem Sinn verstanden und ausgeübt worden sei, dass in Dachgeschossen überhaupt nicht gewohnt werden dürfe, mag missverständlich oder gar falsch sein. Doch selbst wenn vom Standpunkt der Beschwerdeführerin, wie sie diesen im Kassationsverfahren verstanden haben will, wonach ein Dachgeschoss nur dann (und nicht generell) nicht zu Wohnzwecken genutzt werden dürfe, wenn bereits zwei andere Geschosse zu Wohnzwecken genutzt würden, ausgegangen würde, änderte sich an der zentralen Aussage des Obergerichts nichts: In den letzten 60 Jahren seien solche Einfamilienhäuser (mit zwei Wohn[voll]geschossen und einem nicht zum Wohnen ausgebauten Dachgeschoss) nie erstellt worden, ungeachtet dessen, ob das Dach zum Wohnen ausgebaut worden sei oder nicht, und es sei weder behauptet noch bestünden Anhaltspunkte dafür, dass ein solcher Bau wegen der bestehenden Dienstbarkeit nicht erstellt worden sei. Entsprechend fehle es an einer lange dauernden Übung für solche Bauten.

Die Beschwerdeführerin ficht die Erwägung der Vorinstanz, dass in den letzten 60 Jahren solche Einfamilienhäuser nicht erstellt worden seien, nicht an. Eine dauernde Übung, dass ein Dachgeschoss dann nicht zu Wohnzwecken genutzt werden darf, wenn bereits zwei andere Geschosse zu Wohnzwecken genutzt werden, kann aber nicht nachgewiesen werden, wenn gar nie ein Haus gebaut

wurde, bei dem zwei Geschosse, nicht aber das Dachgeschoss, zu Wohnzwecken genutzt werden. Unter diesen Umständen wird die Beschwerdeführerin durch die unterbliebene diesbezügliche Abnahme von Beweismitteln nicht beschwert, weshalb das Obergericht von einer solchen Abnahme absehen konnte.

Ob das Obergericht angemessene oder zu hohe Anforderungen an die Art der Ausübung der Dienstbarkeit während längerer Zeit im Sinne von Art. 738 Abs. 2 ZGB stellt, ist eine der Beschwerde an das Bundesgericht und demnach nicht der kantonalen Kassationsbeschwerde unterliegende Frage der Anwendung von Bundesrecht.

h) Die Beschwerdeführerin rügt, es sei willkürlich und aktenwidrig, wenn das Obergericht als von der Beschwerdeführerin anerkannt annehme, dass sie das 1949 bewilligte Bügelzimmer in ihrem Kellergeschoss heute zu Wohnzwecken nutze. Sie habe vielmehr ausdrücklich bestritten, dass das Bügelzimmer als Wohnraum gelte und genutzt werde. Es widerspreche wesentlichen Verfahrensgrundsätzen, insbesondere der "Verfahrensmaxime" und den Grundsätzen des Beweisrechts, wenn das Obergericht diese bestrittene Behauptung des Klägers (recte: Beklagten, Beschwerdegegners) ohne Durchführung eines Beweisverfahrens als zutreffend annehme. Sodann widerspreche es klarem materiellem Recht, wenn das Obergericht ohne jede Begründung annehme und voraussetze, dass ein Bügelzimmer ein zu Wohnzwecken genutztes Zimmer sei. Sowohl nach § 69 Abs. 3 alt BauG als auch nach § 255 PBG gälten Glättezimmer nicht als Wohnräume (KG act. 1 S. 19 Ziff. 4h).

Das Obergericht hält zunächst fest, in den Liegenschaft der vormaligen Kläger 1 und 2 sowie in derjenigen der vormaligen Kläger 3 und 4 würden die Dachgeschosse zu Wohnzwecken genutzt. Es fährt fort, die Liegenschaft der Beschwerdeführerin umfasse zum Wohnen ein Erd- und ein Dachgeschoss, daneben im Kellergeschoss ein Bügelzimmer. Hierzu verweist es auf BG act. 20 S. 13 f., also auf die Replik und Widerklageantwort der Beschwerdeführerin. Damit stehe fest, so das Obergericht weiter, dass im Bereich der heute streitigen Dienstbarkeit Dachgeschosse seit jeher zum Wohnen genutzt worden seien. Unabhängig davon, dass damit bereits in zwei Geschossen gewohnt worden sei, hätten die Be-

teiligten akzeptiert, dass in einem weiteren Geschoss ebenfalls gewohnt worden sei, dass im einen Haus ein Bügelzimmer eingerichtet, in einem anderen Haus zunächst ein Mädchen- und ein Gartenzimmer, dann sogar eine Einliegerwohnung erstellt worden sei (KG act. 2 S. 12).

Die Beschwerdeführerin führt an der vom Obergericht zitierten Stelle hinsichtlich ihrer Liegenschaft Q-Strasse 55 aus, das Gebäude weise ein Erdgeschoss und ein Dachgeschoss, welche Wohnzwecken dienten, auf. Neben Kellerräumlichkeiten sei im Untergeschoss die Errichtung einer Waschmaschine und eines Bügelzimmers erlaubt. So sei das Untergeschoss auch erstellt und präsentiere es sich auch heute noch. Ein zu Wohnzwecken nutzbares Untergeschoss liege nicht vor (BG act. 20 S. 14 lit. c).

In tatsächlicher Hinsicht gibt das Obergericht also die Schilderung der Beschwerdeführerin wieder. Ein Beweisverfahren hierzu erübrigt sich, weshalb die Rüge der Verletzung von Verfahrensgrundsätzen, insbesondere solcher des Beweisrechts, unbegründet ist. Ob ein Bügelzimmer als Wohnraum im Sinne der streitigen Dienstbarkeit gilt, ist nicht eine tatsächliche, sondern eine rechtliche Frage. Die Dienstbarkeit untersteht Bundeszivilrecht und nicht kantonalem Baurecht, weshalb der Hinweis der Beschwerdeführerin auf das frühere Baugesetz und das heutige Planungs- und Baugesetz fehl geht. Die Verletzung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG), womit diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (§ 285 ZPO).

i) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, es sei willkürlich und widerspreche wesentlichen Verfahrensgrundsätzen des Beweisrechts, wenn das Obergericht ohne Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens aus dem Umstand, dass seit Errichtung der Dienstbarkeit kein Gebäude mit zwei Wohnzwecken dienenden Vollgeschossen und einem zu Wohnzwecken dienenden Dachgeschoss errichtet worden sei, annehme, dass dafür "offenbar" kein Bedürfnis bestanden habe (KG act. 1 S. 19 f. Ziff 4i).

Hier begnügt sich die Beschwerdeführerin mit der blossen Behauptung der Willkür und der Verletzung von Grundsätzen des Beweisrechts, ohne jedoch zu begründen, weshalb die gerügte Annahme willkürlich sein soll und weshalb ein Beweisverfahren hätte durchgeführt werden sollen. Sie weist die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe nicht im Sinne von § 288 Abs. 1 lit. c ZPO nach.

k) Zuletzt rügt die Beschwerdeführerin als willkürlich und aktenwidrig, dass das Obergericht unterstelle, die Beschwerdeführerin behaupte, es sei jahrelang akzeptiert worden, dass neben zwei Geschossen, in welchen gewohnt worden sei, in einem weiteren Geschoss Wohnräume eingerichtet worden seien. Die Beschwerdeführerin habe ausdrücklich bestritten, in ihrem Gebäude im Kellergeschoss einen Wohnraum eingerichtet zu haben und dies auch für die Gebäude der anderen früheren Kläger bestritten. Für das Gebäude Q-Strasse 52 (der ursprünglichen Kläger 3 und 4) werde zudem gestützt auf den Wortlaut von § 69 alt BauG, der sich ausdrücklich nur auf die Gebäudeabschnitte von Erd- bis Dachgeschoss beziehe, bestritten, dass sie von der Dienstbarkeit erfasst seien. Die Beschwerdeführerin sei daher zum Beweis des heutigen Zustandes als Ausdruck der langjährigen Übung zuzulassen (KG act. 1 S. 20 f. Ziff. 4k).

Das Obergericht hält nicht fest, die Beschwerdeführerin behaupte, es sei jahrelang akzeptiert worden, dass neben zwei Geschossen, in welchen gewohnt worden sei, in einem weiteren Geschoss Wohnräume eingerichtet worden seien. Vielmehr trifft es auf Grund der Schilderung des Zustandes in den Gebäuden der Beschwerdeführerin und der ursprünglichen Mitkläger die entsprechende Tatsachenfeststellung. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, weshalb die Annahme des Obergerichts, die Beteiligten hätten den geschilderten Zustand akzeptiert, willkürlich sein soll. Wie bereits ausgeführt, richtet sich die Frage, ob ein Bügelzimmer ein Wohnraum im Sinne der streitigen Dienstbarkeit sei, nach Bundeszivilrecht und nicht nach kantonalem Baurecht. Dasselbe gilt für die Frage, ob die Untergeschosse der betroffenen Gebäude von der Dienstbarkeit mitbetroffen sind. Der Hinweis auf das frühere kantonalzürcherische Baugesetz geht wiederum fehl.

7. Zusammenfassend erweist sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 10'000.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.-- 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. 150'000.--.

   Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 6. Juni 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht NN (I. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: