



---

Kass.-Nr. AA080035/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 13. Februar 2009

in Sachen

1. A.X.,
2. B.X.,

Kläger, Widerbeklagte, Appellanten und Beschwerdeführer 1 - 2  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft Z.,

vertreten durch  
Beklagte, Widerklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Dienstbarkeit**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Januar 2008 (LB060124/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beschwerdeführer sind Miteigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. aaaa (\_\_\_\_\_strasse) in C. Am 14. Dezember 1998 schlossen sie mit D., der damaligen Eigentümerin des unmittelbaren Nachbargrundstücks Kat.-Nr. bbbb (\_\_\_\_\_strasse), und dem früheren Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. cccc (\_\_\_\_\_strasse) einen Dienstbarkeitsvertrag zugunsten des Grundstücks Kat.-Nr. aaaa und zulasten der Grundstücke Kat.-Nrn. bbbb und cccc mit folgender im Grundbuch eingetragener Servitut (nachfolgend bezeichnet mit Dienstbarkeit 1998):

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen. Abgehende Bäume oder Sträucher hat der jeweilige Eigentümer des Grundstückes B" (Kat. Nr. cccc) "auf seine Kosten durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen, die mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhenkote von 540.20 m.ü.M. gepflanzt werden müssen."

Gegenstand dieser Dienstbarkeit bildeten ca. acht Bäume und Sträucher, mit welchen die Sicht vom Haus der Beschwerdeführer auf das Grundstück Kat.-Nr. cccc abgedeckt werden sollte (KG act. 2 S. 4 f., act. 16 S. 2).

2. Der frühere Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. cccc veräusserte dieses an die E. AG. Diese liess darauf eine Überbauung mit zwei Gebäuden mit mehreren Eigentumswohnungen erstellen. Bis zum 11. Februar 2002 verkaufte sie die einzelnen Wohnungen. Die Eigentumsübertragungen auf die einzelnen Stockwerkeigentümer erfolgten bis zum 8. Mai 2002. Die Dienstbarkeit 1998 war Bestandteil der Kaufverträge. In diesen bevollmächtigten ferner die Käufer die E. AG, bestehende Dienstbarkeiten zu löschen, zu ändern oder weitere zu begründen, soweit sich dies für die Überbauung aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder rechtlicher Absicherung als notwendig erweise (KG act. 2 S. 5, act. 16 S. 2 f.).

3. Am 4. Juni 2002 schlossen die Beschwerdeführer, D. und die E. AG im Namen der Stockwerkeigentümergeinschaft der Liegenschaft Kat.-Nr. cccc (Beschwerdegegnerin) einen neuen Dienstbarkeitsvertrag, gestützt auf welchen im Grundbuch die Dienstbarkeit 1998 gelöscht und zugunsten der Liegenschaft der Beschwerdeführer Kat.-Nr. aaaa und zulasten der Liegenschaften Kat.-Nrn. bbbb und cccc eine neue Dienstbarkeit (nachfolgend bezeichnet mit Dienstbarkeit 2002) eingetragen wurde (KG act. 2 S. 5 f., act. 16 S. 3).

4. Ein Mitglied der Beschwerdegegnerin liess am 23. September 2003 die geschützten Bäume und Sträucher teilweise, in einem strittigen Umfang, entfernen. Die Beschwerdegegnerin liess im November 2003 die entfernten Pflanzen durch neue ersetzen. Diese Ersatzpflanzung entspricht nach Auffassung der Beschwerdeführer weder den Anforderungen der Dienstbarkeit 2002 noch derjenigen von 1998 (KG act. 2 S. 6, act. 16 S. 3 f.).

5. Am 5. April 2004 reichten die Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Y. eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein mit dem Rechtsbegehren, "die Beklagte sei zu verpflichten, entlang der Grenze zwischen" Kat.-Nr. cccc und Kat.-Nr. bbbb "in ca. 2 m Entfernung und bis auf die Höhe der bergseitigen Fassade des Gebäudes" \_\_\_\_\_strasse "sechs Bäume mit einer Grösse von 9 m bis 10.5 m zu pflanzen und dabei den Bepflanzungsplan sowie die Zwecksetzung der Dienstbarkeit vom 4.6.2002 einzuhalten; im Falle der Nichterfüllung innert 6 Monaten nach Rechtskraft des Urteils seien die Kläger zur Ersatzvornahme zu ermächtigen, und die Beklagte sei zu verpflichten, einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 100'000.-- zu bezahlen" (BG act. 2 S. 2). Mit ihrer Klageantwort vom 5. Juli 2004 beantragte die Beschwerdegegnerin nicht nur die Abweisung der Klage, sondern erhob eine Widerklage mit dem Rechtsbegehren, "es sei die Nichtigkeit der Dienstbarkeit vom 4. Juni 2002 festzustellen, und das Notariat und Grundbuchamt" F., "Zürich, sei anzuweisen, die Dienstbarkeit (Pflanzungsbeschränkung zugunsten" Kat.-Nr. aaaa "vom 4. Juni 2002," SP Nr. dddd) "im Grundbuch zu löschen" (BG act. 12 S. 2). Mit ihrer Replik und Widerklageantwort sowie mit ihrer Widerklageduplik beantragten die Beschwerdeführer

die Gutheissung ihrer Klage und die Abweisung der Widerklage (BG act. 22 S.2, act. 36 S. 2).

Mit Urteil vom 10. November 2006 wies das Bezirksgericht die Klage ab (Dispositiv Ziffer 1) und stellte in Gutheissung der Widerklage fest, dass die Dienstbarkeit 2002 nicht bestehe. Demzufolge werde das Grundbuchamt F. angewiesen, den ungerechtfertigten Eintrag im Grundbuch zu löschen (Dispositiv Ziffer 2) (OG act. 103 S. 18).

Gegen das bezirksgerichtliche Urteil reichten die Beschwerdeführer eine Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich ein mit folgenden Rechtsbegehren (OG act. 110 S. 2):

1. "Das Urteil des BG" Y. "vom 10. November 2006 sei aufzuheben, die Widerklage vollumfänglich abzuweisen und die Beklagte und Appellatin sei zu verpflichten, entlang der Grenze zwischen" Kat.-Nr. cccc und Kat.-Nr. bbbb "in ca. 2 m Entfernung sowie zwischen der alten Hainbuche an der" \_\_\_\_\_ strasse "und der 2003 gepflanzten Hainbuche östlich davon vier Bäume in der Höhe von 9 bis 10,5 m zu pflanzen und dabei den Bepflanzungsplan sowie die Zwecksetzung der Dienstbarkeit vom 4. Juni 2002 einzuhalten. Im Falle der Nichterfüllung innert 6 Monaten nach Rechtskraft des Urteils seien die Kläger zur Ersatzvornahme zu ermächtigen, und die Beklagte sei zu verpflichten, einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 60'000.-- zu bezahlen;
2. Eventuell, für den Fall, dass der Grundbucheintrag" SP Nr. dddd "vom 4.6.2002 infolge ungenügender Vollmacht wider Erwarten zu löschen wäre, sei das Grundbuchamt" F. "anzuweisen, gleichzeitig mit der Löschung des beschriebenen Eintrags die Pflanzbeschränkung" SP Nr. eeee, "vom 14. Dezember 1998, im Grundbuch wieder einzutragen;
3. ..."

Mit Beschluss vom 22. Januar 2008 nahm das Obergericht (II. Zivilkammer) davon Vormerk, dass Dispositiv-Ziffer 1 des bezirksgerichtlichen Urteils insofern in Rechtskraft erwachsen ist, als damit die Klage bezüglich der Verpflichtung der Beklagten zur Pflanzung von mehr als vier Bäumen und zur Leistung eines Kostenvorschusses von mehr als Fr. 60'000.-- für den Fall der Nichterfüllung abgewiesen wurde (Beschluss Dispositiv Ziff 1). Sodann trat das Obergericht auf den Berufungsantrag Ziffer 2 der Beschwerdeführer nicht ein (Beschluss Dispositiv

tiv Ziffer 2) (KG act. 2 S. 17). Gleichzeitig fällte das Obergericht ein mit dem Urteil des Bezirksgerichts Y. vom 10. November 2006 übereinstimmendes Urteil (im Wesentlichen Abweisung der Klage der Beschwerdeführer und Gutheissung der Widerklage der Beschwerdegegnerin) (KG act. 2 S. 18).

6. Gegen Dispositiv Ziffer 2 des obergerichtlichen Beschlusses vom 22. Januar 2008 (Nichteintreten auf den Berufungsantrag Ziffer 2) erhoben die Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 132/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, diese Ziffer sei aufzuheben, und das Grundbuchamt F. sei anzuweisen, gleichzeitig mit der Löschung der Dienstbarkeit SP Nr. dddd vom 4. Juni 2002 die Pflanzbeschränkung SP Nr. eeee vom 14. Dezember 1998 im Grundbuch wieder einzutragen (KG act. 1 S. 2). Gegen das Urteil des Obergerichts vom 22. Januar 2008 reichten die Beschwerdeführer eine Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein mit dem Antrag auf Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Pflanzung von vier Bäumen und Ermächtigung der Beschwerdeführer zur Ersatzvornahme im Falle der Nichterfüllung (KG act. 4/3 S. 2). Die ihnen nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 9'000.-- (KG act. 5) leisteten die Beschwerdeführer innert Frist (KG act. 5, 6/1, 10). Mit Präsidialverfügung vom 17. März 2008 wurde das vorliegende Beschwerdeverfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts über die bei ihm eingereichte Beschwerde in Zivilsachen sistiert (KG act. 13). Mit Urteil vom 25. September 2008 wies das Bundesgericht die Beschwerde ab (KG act. 15 und 16), worauf die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens aufgehoben wurde (KG act. 18). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 20). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen Beschwerdeantwort (KG act. 18, 19/2, 21) vom 19. November 2008 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (KG act. 21 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde den Beschwerdeführern zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 22, 23/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

## II.

1. Die Vorinstanz stellte fest, dass der Eintrag der Dienstbarkeit 2002 im Grundbuch ungerechtfertigt und daher zu löschen sei (und sie wies auch deswegen die Klage der Beschwerdeführer, die sich auf diese Dienstbarkeit stützte, ab). Dies, weil die E. AG, welche namens der Stockwerkeigentümer mit den Beschwerdeführern den Dienstbarkeitsvertrag abgeschlossen hatte, die einzelnen Stockwerkeigentümer beim Abschluss dieses Dienstbarkeitsvertrages gar nicht habe vertreten dürfen (der Dienstbarkeitsvertrag vom 4. Juni 2002 also nicht rechtsgültig zustandegekommen war) (KG act. 2 S. 9 Erw. 2, S. 14 Erw. 4). Weiter erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführer hätten im Berufungsverfahren unter Antrag Ziffer 2 neu das Eventualbegehren gestellt, dass die ursprüngliche Dienstbarkeit von 1998 im Grundbuch wieder einzutragen sei, für den Fall, dass die Dienstbarkeit 2002 infolge ungenügender Vollmacht zu löschen sei (KG act. 2 S. 14 Erw. 5.1). Damit stellten sie eventualiter dem Rechtsbegehren der Widerklage, das auf die Löschung der Dienstbarkeit 2002 ziele, ein eigenes Rechtsbegehren gegenüber, mit dem sie ein neues, selbständiges Ziel, nämlich den Wiedereintrag der gelöschten Dienstbarkeit 1998, verfolgten. Damit handle es sich um eine Eventual-Wider-Widerklage. Unabhängig davon, ob dieses Begehren als Widerklage oder als Abänderung/Ergänzung der Hauptklage qualifiziert werde, sei es im Berufungsverfahren grundsätzlich unzulässig. Das wäre es auch, wenn es unter dem Aspekt neuen Vorbringens im Sinne von § 267 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 115 ZPO geprüft würde. Die Beschwerdeführer hätten dieses Begehren bereits in ihrer Widerklageantwort erheben können. Deshalb sei auf den Berufungsantrag Ziffer 2 nicht einzutreten (KG act. 2 S. 15).

2. Die Beschwerdeführer fechten mit der vorliegend zu beurteilenden Nichtigkeitsbeschwerde einzig das vorinstanzliche Nichteintreten auf ihren Berufungsantrag Ziffer 2 an. Sie machen geltend, der Dienstbarkeitsvertrag vom 4. Juni 2002 stelle ein einheitliches Geschäft dar, das heisse die Löschung der Dienstbarkeit 1998 und die Eintragung der Dienstbarkeit 2002 seien als Einheit zu betrachten (KG at. 1 S. 9 Ziff. 18). Sie hätten vor Obergericht geltend gemacht, der Löschung der Dienstbarkeit 1998 nur aufgrund der rechtsgültigen Eintragung

der Dienstbarkeit 2002 zugestimmt zu haben (KG act. 1 S. 9 Ziff. 19). Indem die Vorinstanz auf ihr Eventualbegehren nicht eingetreten sei, habe sie wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt. Sie habe die §§ 60, 61, 115 Ziff. 1 und 115 Ziff. 4 ZPO unzutreffend bzw. in überspitztem Formalismus angewendet (KG act. 1 S. 10 Ziff. 20, S. 14 f. Ziff. 34 f.). Das Eventualbegehren sei nicht als Wider-Widerklage zu qualifizieren, da es nicht unabhängig vom Anspruch der Widerklage sei (KG act. 1 S. 10 f. Ziff. 22). Ferner sei es nicht als Klageänderung zu qualifizieren, da es sich auf denselben Lebensvorgang stütze wie die Klagebegründung, nämlich auf den Dienstbarkeitsvertrag vom 4. Juni 2002 und die darauf gestützte Eintragung der Dienstbarkeit 2002 und Löschung der Dienstbarkeit 1998 (KG act. 1 S. 11 Ziff. 23). Da es sich dabei um ein Einheitsgeschäft gehandelt habe, sei das im Berufungsverfahren gestellte Eventualbegehren nach Treu und Glauben implizit im Antrag auf Abweisung der Widerklage sowie in maiore minus im Kern im Rechtsbegehren der Klage enthalten und deshalb weder als Klageänderung noch als Widerklage zu qualifizieren. Dass die Vorinstanz nicht auf den bereits implizit beim Bezirksgericht gestellten Eventualantrag eingetreten sei, grenze an überspitzten Formalismus und führe zu einem unhaltbaren Resultat (KG act. 1 S. 11 Ziff. 24). Auch das Bezirksgericht sei davon ausgegangen, dass ein Einheitsgeschäft vorliege und mit der Löschung der neuen Dienstbarkeit 2002 auch die Löschung der alten Dienstbarkeit 1998 rückgängig zu machen wäre (KG act. 1 S. 11 f. Ziff. 25 f.). Selbst wenn das Eventualbegehren eine Widerklage oder eine Klageänderung wäre, sei es auch nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens gestützt auf § 115 Ziff. 1 ZPO zulässig gewesen (KG act. 1 S. 12 Ziff. 27). Denn die Berufung der Beschwerdeführerin auf Grundlagenirrtum sei erst durch das Ergebnis des bezirksgerichtlichen Verfahrens veranlasst worden (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 28 - 31). Die Beschwerdeführer hätten mit der Berufung geltend gemacht, das Verhalten der Beschwerdegegnerin sei rechtsmissbräuchlich, wenn sie behaupte, die Dienstbarkeit 2002 sei ungültig, gleichzeitig aber davon ausgehe, dass die Löschung der Dienstbarkeit 1998 nicht ungültig sei. Das Vorliegen von Rechtsmissbrauch sei von Amtes wegen zu prüfen, was die Vorinstanz in Verletzung von § 115 Ziff. 4 ZPO unterlassen habe (KG act. 1 S. 13 f. Ziff. 32 f.). Schliesslich sei der Nichteintretensentscheid willkürlich, weil er zu

einem offensichtlich unhaltbaren Resultat führe, indem das Grundstück der Beschwerdeführer weder durch die neue Dienstbarkeit 2002 noch durch die bisherige Dienstbarkeit 1998 geschützt sei, was in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken widerspreche (KG act. 1 S. 15 Ziff. 36 f.).

3. Die Beschwerdegegnerin macht im Wesentlichen geltend, mit dem in der Berufungsbegründung gestellten Eventualbegehren verfolgten die Beschwerdeführer einen selbständigen Anspruch hinsichtlich der Dienstbarkeit 1998. Das Eventualbegehren stelle somit ein neues Rechtsbegehren dar. Ein solches könnte nur auf dem Weg der Klageänderung oder der Widerklage in den Prozess eingeführt werden. Das sei im Berufungsverfahren nicht mehr möglich (KG act. 21 S. 5). Das Eventualbegehren der Beschwerdeführer gehe mit seiner Begründung über den Sachverhalt hinaus, der sich aus den erstinstanzlichen Parteivorbringen ergebe. Auch ergebe sich die Richtigkeit der tatsächlichen Vorbringen im Eventualbegehren nicht sofort. Das Eventualbegehren sei deshalb auch unter den Aspekten von § 115 Ziff. 1 und Ziff. 2 ZPO nicht zulässig (KG act. 21 S. 5 ff.). Es sei auch verspätet gestellt worden und auch deshalb unzulässig. Es hätte schon nach der Erhebung der Widerklage der Beschwerdegegnerin gestellt werden müssen. Das hätten die Beschwerdeführer aber bewusst unterlassen (KG act. 21 S. 7 f.).

4. Vor Erstinstanz beantragten die Beschwerdeführer, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, Bäume zu pflanzen. Im Berufungsverfahren beantragten die Beschwerdeführer überdies eventualiter, das Grundbuchamt sei anzuweisen, die Dienstbarkeit 1998 wieder einzutragen.

4.1. Am 21. Juni 1999 beurteilte das Kassationsgericht folgenden Sachverhalt (zusammengefasst auf das für die vorliegende Thematik Relevante):

Der Beschwerdeführer hatte behauptet, ein zwischenzeitlich verstorbener Inhaber einer Bäckerei habe ihm den Betrieb mit "Verkaufsvertrag" vom 14. Februar 1994 verkauft. Er, der Beschwerdeführer, habe eine Kaufpreisanzahlung von Fr. 100'000.-- in bar geleistet. Ferner habe der Verstorbene ihm eine Darlehensschuld von Fr. 125'000.-- erlassen. Der Beschwerdeführer klagte

beim Bezirksgericht Zürich gegen die Alleinerbin des Bäckereihinhabers (Beschwerdegegnerin) und verlangte die gerichtliche Feststellung, dass der "Verkaufsvertrag" rechtsgültig und er Eigentümer der Bäckerei sei. Ferner verlangte er die Übergabe des Betriebs und die Herausgabe der Schlüssel. Mit ihrer Klageantwort mit dem Antrag auf Nichteintreten bzw. Klageabweisung erhob die Beschwerdegegnerin eine Widerklage mit dem Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit des "Verkaufsvertrags". Ausserdem beantragte sie die Verpflichtung des Beschwerdeführers, ihr Fr. 125'000.-- zu bezahlen. Das Bezirksgericht beschloss, auf die Feststellungsbegehren gemäss Haupt- und Widerklage nicht einzutreten. Ausserdem wurde die Hauptklage mit gleichentags gefällttem Urteil abgewiesen und der Beschwerdeführer in Gutheissung der Widerklage verpflichtet, der Beschwerdegegnerin Fr. 125'000.-- zu bezahlen. Dagegen erklärte der Beschwerdeführer Berufung. In seiner Berufungsbegründung wiederholte er zunächst seine vor Erstinstanz gestellten Anträge und beantragte die Abweisung der Widerklage. Für den Fall, dass die Berufungsinstanz den "Verkaufsvertrag" (in Übereinstimmung mit der erstinstanzlichen Auffassung) als Verfügung von Todes wegen beurteilen sollte, stellte er neu den Eventualantrag, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 100'000.-- zu bezahlen. Damit forderte er die behauptetermassen geleistete Kaufpreisanzahlung zurück. Das Obergericht trat mit Beschluss auf das klägerische Eventualbegehren nicht ein und wies mit gleichzeitigem Urteil sowohl die Haupt- als auch die Widerklage ab.

4.2. Bezüglich der vom Beschwerdeführer auch gegen den obergerichtlichen Nichteintretensentscheid erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde erwog das Kassationsgericht:

II."3.1.a) Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz unter anderem vor, sein erstmals anlässlich der Berufungsbegründung gestelltes Eventualbegehren auf Rückzahlung von Fr. 100'000.-- zu Unrecht als unzulässige Klageänderung qualifiziert zu haben. Bei Lichte betrachtet handle es sich dabei nämlich um einen nach § 115 Ziff. 1 ZPO zulässigen Antrag, der erst im Laufe des Verfahrens veranlasst worden sei und der eine Bezifferung des eingeklagten Anspruchs für den Fall darstelle, dass die Vorinstanz den "Verkaufsvertrag" als rechtlich unwirksam erachten sollte" (...).

b) Die damit aufgegriffenen novenrechtlichen Bestimmungen (§ 115 ZPO i.V.m § 267 [a]ZPO) gehören - ebenso wie die zumindest implizit zur Prüfung

gestellte Vorschrift von § 61 ZPO - zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997) "N 30 zu § 281 ZPO, N 12 zu § 267 ZPO und N 3 zu § 115 ZPO [betr. §§ 115/267 ZPO]; Kass.-Nr. 202/88 vom 19.08.1989 i.S. S.c.S. und C., Erw. 2/a; 95/438 vom 20.08.1996 i.S. K.c.D., Erw. II/2/b; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 281 ZPO [je betr. § 61 ZPO]). Demzufolge prüft das Kassationsgericht - im Rahmen der erhobenen Rügen (vgl. § 288 Ziff. 3 und § 290 ZPO) - sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht frei, ob eine Missachtung derselben vorliegt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO; ZR 81 Nr. 12, Erw. 4; s.a. RB 1987 Nr. 46).

c) Entgegen der vom Beschwerdeführer geäußerten Kritik ist die vorinstanzliche Auffassung, wonach es sich beim strittigen Eventualantrag der Sache nach um eine Klageänderung handle" (...), "nicht zu beanstanden. Eine solche liegt vor, wenn während des Prozesses der Streitgegenstand insofern eine Änderung erfährt, als ein anderer oder ein weiterer als der ursprünglich eingeklagte Anspruch erhoben wird (§ 61 ZPO; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4.A., Zürich 1996, § 27 Rz 10), d.h. das Rechtsbegehren (quantitativ) erweitert oder (qualitativ) inhaltlich abgeändert wird (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 235; einlässlich dazu ferner Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 ff. zu § 61 ZPO; Soliva, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Zürich 1992, S. 21, 25 ff. und 48 ff.). Von der Erhebung eines "anderen Anspruchs" ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Kläger auf die Geltendmachung des ursprünglich in den Prozess eingebrachten Begehrens verzichtet und statt dessen einen neuen Anspruch erhebt (vgl. Soliva, a.a.O., S. 62). Ob letzterer principaliter oder lediglich im Sinne eines Eventualbegehrens für den Fall geltend gemacht wird, dass dem ursprünglichen (Haupt-)Begehren kein Erfolg beschieden sei, ändert nichts an der Qualifikation eines derartigen Vorgehens als Klageänderung.

Im Lichte dieser Umschreibung lässt sich nicht ernsthaft bezweifeln, dass es sich beim (erstmal im Berufungsverfahren gestellten) Eventualantrag auf Rückerstattung der (behaupteterweise) geleisteten Anzahlung in Höhe von Fr. 100'000.-- nicht bloss um eine nachträgliche Präzisierung des ursprünglich geltend gemachten Anspruchs auf Übergabe (in natura) des vermeintlich gekauften Betriebs handelt." (...). "Vielmehr wird damit - eventualiter - ein anderer, neuartiger Anspruch erhoben. Die (qualitative) Andersartigkeit geht schon daraus hervor, dass das neue Begehren nicht mehr eine Sach-, sondern eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Damit liegt eine Klageänderung im rechtstechnischen Sinne vor (s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 61 ZPO [zum ähnlich gelagerten Fall des Übergangs vom Anspruch auf Vertragserfüllung auf denjenigen auf Rückgabe der Gegenleistung bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung]).

d) Zwar erklärt § 61 Abs. 1 Satz 1 ZPO eine Klageänderung in einem rechtshängigen Prozess unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig. Diese Vorschrift bezieht sich indessen lediglich auf das erstinstanzliche Verfahren. Im Rechtsmittel- und damit insbesondere auch im Berufungsverfahren findet sie demgegenüber keine Anwendung; hier sind Klageänderungen nach einhelliger Auffassung nicht (mehr) zulässig bzw. ausgeschlossen (Walder-Richli, a.a.O., §

27 Rz 23; Soliva, a.a.O., S. 80; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 17 zu § 61 ZPO, N 2 zu § 264 ZPO; ZR 83 Nr. 129, Erw. 1 a.E.; Kass.-Nr. 94/174 vom 21.09.1994 i.S. Z.c.B., Erw. II/2 m.w.Hinw.). (Eine vorliegend nicht weiter beachtliche Ausnahme besteht lediglich in Prozessen über den Personenstand und in familienrechtlichen Verfahren, die den §§ 196 ff. ZPO unterstehen; vgl. § 200 ZPO). Das ergibt sich e contrario aus § 200 ZPO, wo - im Sinne einer "besonderen Vorschrift" für Personenstands- und familienrechtliche Prozesse (vgl. die Überschrift zu §§ 196 ff. ZPO) - die Klageänderung ausdrücklich für zulässig erklärt wird.

An der Unzulässigkeit neuer Rechtsbegehren im Berufungsverfahren ändert auch das vom Beschwerdeführer angesprochene Novenrecht nichts, welches sich" (...) "in casu nach § 267 aZPO beurteilt. Danach können in der Berufungsbegründung (uneingeschränkt, aber nur) neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden erhoben und neue Beweismittel bezeichnet werden (Abs. 1); später ist neues Vorbringen gemäss Absatz 3 der (altrechtlichen) Vorschrift, welcher vorliegend nicht weiter relevant ist (das strittige Eventualbegehren wurde anlässlich der Berufungsbegründung gestellt), nur noch unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO zulässig.

Schon aus dem insoweit unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmung geht klar hervor, dass neue Anträge zur Sache bzw. neue Rechtsbegehren von § 267 Abs. 1 aZPO nicht erfasst werden. Auch aus der sprachlich allgemeiner gefassten Verweisung auf § 115 ZPO in § 267 Abs. 3 aZPO lässt sich nichts anderes ableiten. Mit dem dort verwendeten Ausdruck "neues Vorbringen" sind - gleich wie in § 267 (rev)ZPO - nämlich ebenfalls nur Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden (im Sinne von § 267 Abs. 1 aZPO) gemeint, nicht aber neue (auch Eventual-)Klagebegehren, d.h. Anträge auf materielle Erledigung des Prozesses im Sinne von § 115 Ziff. 1 ZPO (vgl. Sträuli/Messmer, 2. A., Zürich 1982, N 2, 14 zu § 267 [a]ZPO, N 10 zu § 61 ZPO; Soliva, a.a.O., S. 80; ZR 66 Nr. 112; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 61 ZPO). Dies gilt erst recht in Fällen der vorliegenden Art, in denen der Sachverhalt, auf den sich der neu gestellte Antrag stützt, der betreffenden Partei schon vor Erstinstanz bekannt war und durch entsprechende Behauptungen zum Prozessgegenstand gemacht wurde (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7a zu § 115 ZPO).

Ergänzend bleibt schliesslich anzumerken, dass sich auch aus dem missverständlichen Hinweis bei Frank/Sträuli/Messmer (a.a.O., N 16 zu § 61 ZPO; ebenso bereits Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 61 ZPO) nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers ableiten lässt. Denn obwohl dort (zu generell) ausgeführt wird, dass eine Klageänderung nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens (nur, aber doch) unter den Voraussetzungen von § 115 Ziff. 1 ZPO zulässig sei, macht der gleichenorts zitierte Entscheid (ZR 79 Nr. 89) deutlich, dass sich diese Aussage nur auf das erstinstanzliche Hauptverfahren bezieht, nicht aber auf ein allfälliges zweitinstanzliches Verfahren (vgl. zum Ganzen auch Kass.-Nr. 97/422 vom 8.10.1998 i.S. H.c.B. et al., Erw. 4).

e) Ist im Eventualantrag des Beschwerdeführers" (...) "somit eine im Berufungsverfahren unzulässige Klageänderung zu erblicken, hat die Vorinstanz keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie diesen von der

Hand gewiesen hat. Insoweit erweist sich die Beschwerde als unbegründet." (Kass.-Nr. 99/087 Z vom 21.6.1999, Erw. II. 3.1.).

4.3. Diese Erwägungen treffen vollumfänglich auch auf das vorinstanzliche Nichteintreten auf den Eventualantrag Ziffer 2 der Beschwerdeführer im Berufungsverfahren und auf die dagegen gerichteten Rügen zu. Dieser Eventualantrag ist entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer weder im Antrag auf Abweisung der Widerklage noch (als minus in maiore) im Antrag auf die Baumpflanzung enthalten, sondern ein anderer, zusätzlicher neuer Antrag. Auch wenn die Löschung der Dienstbarkeit 1998 und die Eintragung der Dienstbarkeit 2002 als einheitliches, gemeinsam auf dem (ungültigen) Vertrag vom 4. Juni 2002 beruhendes Geschäft zu beurteilen wären (und die vorinstanzlich festgestellte Ungültigkeit des Vertrages vom 4. Juni 2002 [KG act. 2 S. 14 Erw. 4] nicht nur die Ungültigkeit des Eintrages der Dienstbarkeit 2002, sondern auch der Löschung der Dienstbarkeit 1998 zur Folge haben müsste), handelte es sich beim Antrag auf Anweisung des Grundbuchamts zur Wiedereintragung der Dienstbarkeit 1998 um ein anderes (als der Antrag auf Baumpflanzung), neues, nicht in den bisherigen Anträgen enthaltenes Rechtsbegehren. Die Fragen, ob es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelte und ob die Ungültigkeit des Vertrages vom 4. Juni 2002 auch die Ungültigkeit der Löschung der Dienstbarkeit 1998 bedeutet und einen Anspruch auf deren Wiedereintragung begründet, betreffen die Begründung bzw. Begründetheit des neuen Rechtsbegehrens, nicht aber die Tatsache, dass es erstmals im Berufungsverfahren und damit neu gestellt wurde. Dies war unzulässig. § 115 ZPO ist darauf nicht anwendbar. Zu Recht trat die Vorinstanz auf den Berufungsantrag Ziffer 2 nicht ein, ohne damit einen Verfahrensgrundsatz zu verletzen. Die Vorinstanz verfiel auch nicht einem überspitzten Formalismus, indem sie die (auch) auf den vorliegenden Sachverhalt bezogene zivilprozessuale Vorschrift sachgerecht und bestimmungsgemäss anwandte. Der von den Beschwerdeführern geltend gemachte Rechtsmissbrauch ist nur zu prüfen, wenn auf ihren Antrag eingetreten wird, und war deshalb von der Vorinstanz beim prozessual nicht zu beanstandenden Nichteintreten nicht zu prüfen. Durch den angefochtenen Nichteintretensentscheid wird es den Beschwerdeführern nicht verwehrt, ihren behaupteten Anspruch auf Wiedereintra-

gung der Dienstbarkeit 1998 in einem neuen Verfahren durchzusetzen. Die Behauptung eines unhaltbaren, dem Gerechtigkeitsgedanken in stossender Weise widersprechenden Resultates geht schon deshalb fehl. Die Beschwerdeführer wiesen keinen Nichtigkeitsgrund nach. Ihre Beschwerde ist abzuweisen. Damit ist ihr Rechtsbegehren Ziffer 2 - Anweisung an das Grundbuchamt zum Wiedereintrag der Dienstbarkeit 2002 -, das nur bei einer Gutheissung der Beschwerde zu prüfen gewesen wäre, obsolet.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Beschwerdeführern aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner sind die Beschwerdeführer zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Dabei ist davon auszugehen, dass die Dienstbarkeit 1998 für die Parteien ungefähr den gleichen Streitwert aufweist wie die Dienstbarkeit 2002, mithin Fr. 60'000.--.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern auferlegt.
4. Die Beschwerdeführer werden verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.-- zuzüglich 7.6 % MwSt, insgesamt Fr. 3'766.-- zu bezahlen.
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. 60'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung von Dispositiv Ziffer 2 des Beschlusses des Obergerichtes vom 22. Januar 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, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an das Bezirksgericht Y. (CG040014), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: