

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB210018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 16. November 2021

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beklagte und Berufungskläger

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

gegen

C._____ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. Y2._____,

betreffend **negative Feststellungsklage**

Berufung gegen ein Urteil der III. Abteilung des Bezirksgerichtes Horgen vom 3. November 2020; Proz. CG190001

Rechtsbegehren:

Zuletzt aufrecht erhaltene Rechtsbegehren der Klägerin: (act. 30 S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1, D._____ für die Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3, D._____ der Beklagten alles Interesse verloren hat;
2. eventualiter sei festzustellen, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1, D._____ für die Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3, D._____ der Beklagten bezüglich des klägerischen Grundstücks Kat.-Nr. 4 alles Interesse verloren hat;
3. subeventualiter sei festzustellen, dass ein Interesse der Beklagten an der Dienstbarkeit SP Art. 1, D._____ bezüglich des klägerischen Grundstücks Kat.-Nr. 4 zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung ist und es sei weiter festzustellen, dass die Klägerin gegen Leistung einer gerichtlich festzusetzenden Ablösesumme, maximal CHF 5'000.00, berechtigt sei, die Dienstbarkeit SP Art. 1 bezüglich der Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3 der Beklagten abzulösen und im Grundbuch löschen zu lassen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Zuletzt aufrecht erhaltene Rechtsbegehren der Beklagten: (act. 34 S. 2)

- "- Es sei auf die Klage nicht einzutreten.
- Eventualiter: Die Klage, auch die mit der Klageänderung vom 28. Januar 2020 eingereichten Eventualbegehren seien vollumfänglich abzuweisen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin."

Urteil des Bezirksgerichtes: (act. 59)

1. In Gutheissung der Klage wird festgestellt, dass die Dienstbarkeit SP Art. 1, D._____ für die Grundstücke Kat.-Nrn. 2 und 3, D._____ der Beklagten alles Interesse verloren hat.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 24'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten werden den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von Fr. 69'750.– verrechnet. Die Bezirksgerichtskasse Horgen wird angewiesen, der Klägerin den nicht beanspruchten Teil des Vorschusses zurückzuerstatten. Der Klägerin steht im Umfang der Entscheidgebühr von Fr. 24'000.– bzw. zwei Drittel davon (Fr. 16'000.–), welche aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen wurde, jedoch den Beklagten unter solidarischer Haftung auferlegt wird, ein Rückgriffsrecht gegenüber den Beklagten zu.
4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 30'000.– (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) sowie Fr. 700.– (Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen.
- 5./6. [Mitteilungen/Rechtsmittel.]

Berufungsanträge:

der Berufungskläger (act. 57 S. 2):

- " - Es sei das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 03. November 2020 aufzuheben und die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
- Eventualiter sei die Klage zur Neuurteilung an die erste Instanz zurückzuweisen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (act. 65 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei in Bestätigung des angefochtenen Entscheids abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungskläger."

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessverlauf

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) ist eine juristische Person, welche gemäss Eintrag im Handelsregister eine nachhaltige und soziale Bewirtschaftung von Grundstücken in D. _____ und anderswo bezweckt. Sie plant auf dem ihr gehörenden Grundstück Nr. 4 die Realisierung der Arealüberbauung E. _____ und damit den Neubau von fünf Mehrfamilienhäusern mit 51 Wohnungen, wofür ihr unter Auflagen und Vorbehalten vom Gemeinderat D. _____ mit Beschluss vom 17. Juli 2017 die baurechtliche Bewilligung erteilt wurde. Die Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagte) sind seit 2009 Eigentümer der zwei nahe gelegenen Parzellen Nr. 2 und 3. Das Bauvorhaben der Klägerin ist unbestritten mit einer im Grundbuch jeweils zugunsten und zulasten der Grundstücke der Klägerin sowie der Beklagten eingetragenen Personal-/ Grunddienstbarkeit vom 9. April 1981 nicht vereinbar. Die Beklagten stellen sich gegen das klägerische Bauvorhaben.
2. Mit Eingabe vom 5. Februar 2019 gelangte F. _____ an das Bezirksgericht Horgen (nachfolgend Vorinstanz) und beantragte festzustellen, dass besagte Dienstbarkeit für die beiden Grundstücke der Beklagten alles Interesse verloren habe (act. 2; Anträge im Wortlaut abgedruckt oben, S. 3). Am 17. Mai 2019 erstatteten die Beklagten ihre Klageantwort (act. 16). Mit Eingabe vom 19. Juni 2019 zeigte die Klägerin der Vorinstanz an, dass das Grundstück 4 von der bisherigen Klägerin F. _____ mittels Sacheinlagevertrag vom 15. Januar 2019 in die C. _____ AG eingebracht worden sei, welche in den Prozess eintrete und diesen anstelle von F. _____ weiterführe (act. 20), woraufhin die Vorinstanz das Rubrum entsprechend anpasste. An der Instruktionsverhandlung vom 8. November 2019 konnte keine Einigung herbeigeführt werden. Die Klägerin erstattete daraufhin am 28. Januar 2020 ihre Replik (act. 28), die Duplik ging am 28. April 2020 ein (act. 34). Mit Eingabe vom 22. Juni 2020 reichte die Klägerin, welcher Frist gesetzt worden war, sich zu allfälligen Dupliknoven zu äussern, eine Stellungnahme zu Dupliknoven ein (act. 39). Am 3. November 2020 wurde die Hauptverhandlung durchgeführt, an welcher die Parteien die vorgesehenen

Parteivorträge erstatteten (Prot. VI S. 11 ff.). Gleichentags erging das Urteil in unbegründeter Form (Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO; act. 46). Wenig überraschend wurde die Begründung des Urteils verlangt. Das begründete Urteil vom 3. November 2020 (act. 52 = act. 58 = act. 59 [Aktenexemplar], nachfolgend zitiert als act. 59) wurde am 24. März 2021 versandt (act. 53/1-2).

3. Mit Eingabe vom 21. April 2021 erhoben die Beklagten rechtzeitig die vorliegend zu beurteilende Berufung, mit welcher sie die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Klage, eventualiter deren Rückweisung, verlangen (act. 57). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-55). Die Klägerin erstattete ihre Berufungsantwort, mit welcher die Abweisung der Berufung beantragt wurde, am 17. August 2021 (act. 65). Die Berufungsantwort wurde den Beklagten am 7. Oktober 2021 zugestellt (act. 67), woraufhin sich die Beklagten nicht vernehmen liessen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die nach Eingang der Berufung zu prüfenden Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben und mit Anträgen und entsprechender Begründung versehen. Der mit Verfügung vom 30. April 2021 auferlegte Kostenvorschuss (act. 60) wurde geleistet. Dem Eintreten auf die Berufung steht damit nichts entgegen.

2. Es kann mit Berufung sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel in Tat- und Rechtsfragen frei und uneingeschränkt prüfen (sog. volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen), vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch gewesen sein soll (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 80, BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4); blosser Verweis auf die Vorakten genügen nicht (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A. 2016,

Art. 311 N 36 f.). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 374 ff., E. 4 = Pra 102 [2013] Nr. 4).

Die volle Kognition der Berufungsinstanz in Rechtsfragen bedeutet aber nicht, dass sie gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn der Berufungskläger diese vor der Berufungsinstanz nicht (mehr) vorträgt; vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der schriftlichen Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4; BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Insofern gibt die Berufungsschrift durch die ausreichend begründet vorgetragenen Beanstandungen das Prüfprogramm vor, mit welchem sich die Berufungsinstanz zu befassen hat. Innerhalb dieser Beanstandungen ist sie indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Deshalb kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutgeheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abgewiesen werden (vgl. BGer 4A_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.1.4; 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Entsprechend muss ein Berufungskläger zwar darlegen, *dass* und *inwiefern* die Vorinstanz das Recht aus seiner Sicht unrichtig angewendet hat, *zutreffen* muss diese Begründung – um eine freie Überprüfung durch die Berufungsinstanz zu erwirken – aber nicht (vgl. zur ebenfalls vollen Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./3). Mit anderen Worten muss die Rechtsschrift eine minimale rechtliche Begründung enthalten, wenn eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht wird (vgl. etwa OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4).

3. Die Beklagten machen in ihrer Berufung wie schon vor Vorinstanz geltend, die ursprünglich als Klägerin auftretende F. _____ habe im Zeitpunkt der Klageeinleitung vom 5. Februar 2019 kein Rechtsschutzinteresse mehr gehabt, da sie bereits am 15. Januar 2019 die von der Dienstbarkeit betroffene Liegenschaft in die heutige Berufungsbeklagte eingebracht habe. Die Klage sei von der falschen Partei eingereicht worden. Dieser Mangel könne durch einen späteren Parteiwechsel auch nicht geheilt werden (act. 57 Rz 7). Wie die Vorinstanz zutreffend und unwidersprochen festgehalten hat, brachte F. _____ wohl das streitbetroffene Grundstück mit Sacheinlagevertrag vom 15. Januar 2019 in die C. _____ AG ein; der Besitzesantritt bzw. der Übergang von Rechten und Pflichten erfolgte jedoch erst mit der Eigentumsübertragung (act. 21/1 Ziff. III.2). Aus dem eingereichten Grundbuchauszug geht hervor, dass dies am 23. Mai 2019 der Fall war (act. 21/2). Damit war F. _____ im Zeitpunkt der Anhängigmachung der Streitsache bei der Vorinstanz Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundstückes, und als solche hatte sie ohne Weiteres ein Rechtsschutzinteresse an der vorliegenden Klage (wobei sie am Grundstück auch nach erfolgtem Eigentumsübergang an die Klägerin als deren Mehrheitsaktionärin weiterhin wirtschaftlich berechtigt war). Der nach Übergang des streitgegenständlichen Grundstückes erfolgte Parteiwechsel ist sodann nicht zu beanstanden (Art. 83 Abs. 1 ZPO). Die diesbezüglichen Rügen der Beklagten stossen damit ins Leere.

III. Materielles

1. Es ist zwischen den Parteien nicht strittig, dass die zugunsten und zulasten der Grundstücke der Klägerin resp. der Beklagten im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit SP Art. 1 vom 9. April 1981 mit dem Bauvorhaben der Klägerin nicht vereinbar ist. Uneinigkeit besteht hingegen, ob diese Dienstbarkeit für die beiden Grundstücke der Beklagten alles Interesse verloren hat, so dass die Klägerin deren Löschung verlangen kann.

Die Klägerin liess im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen, die Dienstbarkeit sei zu dem Zweck errichtet worden, die Bewilligungsfähigkeit von

Bauvorhaben im betroffenen Gebiet E._____ trotz noch fehlender neuer Bauzonenordnung (BZO) der Gemeinde D._____ sicherzustellen, was sich aus dem Vertrag vom 9. April 1981 (Datum Grundbuchanmeldung) über Landabtretungen, Servitutsregelung und Erschliessungsbauten, in welchem die streitige Dienstbarkeit begründet worden sei (act. 4/17), klar ergebe. Mit dem Inkrafttreten der BZO 1984 habe die Dienstbarkeit ihren Zweck erfüllt. Die Beklagten brachten zusammenfassend vor, die Dienstbarkeit unterliege einerseits keiner Befristung: Es sei insbesondere nicht bestimmt worden, dass diese mit Inkrafttreten der zu erlassenden BZO der Gemeinde D._____ dahinfallen würde. Andererseits hätten sich die damaligen Grundeigentümer, indem sie die Dienstbarkeit nicht nur als Personaldienstbarkeit gegenüber der Gemeinde D._____, sondern auch als Grunddienstbarkeit (untereinander) ausgestaltet hätten, auch davor schützen wollen, dass der Charakter des Quartiers durch spätere Änderungen der BZO abgeändert werde. Es bestehe daher nach wie vor ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit. Diese Darstellung der Parteistandpunkte durch die Vorinstanz (act. 59 E. III.1.2) ist unangefochten geblieben.

Die Vorinstanz gelangte in Auslegung der Dienstbarkeit zum Resultat, der Zweck der Dienstbarkeit habe (nur) im Erhalt der Baubewilligung zur Realisierung der Bauprojekte bestanden. Dagegen wehren sich die Beklagten mit ihrer Berufung.

2. Hat eine Dienstbarkeit für das berechtigte Grundstück alles Interesse verloren, so kann der Belastete gemäss Art. 736 Abs. 1 ZGB ihre Löschung verlangen. Ist ein Interesse des Berechtigten zwar noch vorhanden, aber im Vergleich zur Belastung von unverhältnismässig geringer Bedeutung, so kann die Dienstbarkeit gegen Entschädigung ganz oder teilweise abgelöst werden (Art. 736 Abs. 2 ZGB). Dabei gilt der Grundsatz der Identität der Dienstbarkeit: Die Dienstbarkeit darf nur zu dem Zweck aufrechterhalten werden, zu dem sie errichtet worden ist. Zu prüfen ist dabei in erster Linie, ob der Eigentümer des berechtigten Grundstücks noch ein Interesse daran hat, die Dienstbarkeit zum ursprünglichen Zweck auszuüben. Die Interessenlage des Eigentümers des

berechtigten Grundstücks bestimmt sich dabei nach objektiven Kriterien (BGE 130 III 554 E. 2).

Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit gibt Art. 738 ZGB eine Stufenordnung vor: Ausgangspunkt ist der Grundbucheintrag. Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Ist dies nicht der Fall, so kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund ergeben – d.h. aus dem Begründungsakt, der als Beleg beim Grundbuchamt aufbewahrt wird (Art. 948 Abs. 2 ZGB) und einen Bestandteil des Grundbuchs bildet (Art. 942 Abs. 2 ZGB) – oder aus der Art, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). All dies hat die Vorinstanz bereits zutreffend festgehalten (act. 59 E. III.2.1.f.).

3. Entscheidend ist damit, was der ursprüngliche Zweck der Dienstbarkeit war. Unbestrittenermassen ergibt sich der Zweck der Dienstbarkeit vorliegend nicht deutlich aus dem Grundbucheintrag, weshalb die Vorinstanz den Dienstbarkeitsvertrag (act. 4/17) als Begründungsakt einer Auslegung unterzog. Die Auslegung des Dienstbarkeitsvertrags richtet sich nach denselben Grundsätzen wie diejenige anderer Willenserklärungen (vgl. Art. 18 OR): Der Inhalt des Vertrages bestimmt sich nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Dies gilt vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien, im Verhältnis zu Dritten dagegen nur mit einer Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ergibt, zu dem – wie gesagt – auch der Dienstbarkeitsvertrag gehört. Bei dessen Auslegung können gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind. In diesem Umfang wird diesfalls

der Vorrang der subjektiven vor der objektiven Vertragsauslegung eingeschränkt (BGE 130 III 554 E. 3.1 m.w.H.; so schon act. 59 E. III.2.4.). Auch wenn das Bundesgericht es als Verkürzung bezeichnet, wenn gesagt würde, der Dienstbarkeitsvertrag sei objektiviert resp. nach Massgabe des Vertrauensprinzips auszulegen, wo sich nicht mehr die Begründungsparteien, sondern Dritte gegenüberstünden (a.a.O.), so bleibt doch für eine subjektive Vertragsauslegung nicht mehr allzu viel Raum. Bei der subjektiven Auslegung würde es indes etwa bleiben, wo individuelle persönliche Umstände und Motive, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, zwar nicht aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber hervorgehen, für einen unbeteiligten Dritten aber ohne weiteres erkennbar sind.

Vorliegend sind die Beklagten erst seit 2009 Eigentümer ihrer beiden Parzellen, sie sind damit Dritte und nicht Begründungspartei(en) des Dienstbarkeitsvertrages. Dasselbe gilt für die Klägerin, welche erst seit 2019 Eigentümerin eines der streitgegenständlichen Grundstücke ist.

Die Klägerin vertritt die Ansicht, es bleibe vorliegend bei der subjektiven Vertragsauslegung, denn der von ihr behauptete Zweck ergebe sich aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst, da dieser Zweck schwarz auf weiss festgehalten worden sei, womit sich der übereinstimmende wirkliche Wille der (damaligen) Vertragsparteien ohne jeden Zweifel erkennen lasse (act. 65 Rz 17). Die Klägerin blendet damit aus, dass der ihrer Meinung nach alleinige Zweck für die Errichtung der Dienstbarkeit von der Gegenseite zwar nicht bestritten wird, die Beklagten indes noch weitere Zwecke geltend machen. Für solche ist, soweit sie nicht aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber hervorgehen und für einen am Vertragsschluss nicht beteiligten Dritten nicht erkennbar sind, der Vorrang der subjektiven Vertragsauslegung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eingeschränkt. Diesbezüglich ist demnach objektivierend auszulegen. Ob die Vorinstanz dies richtig oder falsch (wie die Beklagten geltend machen) getan hat, ist eine Rechtsfrage, welche die Berufungsinstanz frei überprüfen kann (nachfolgend E. 3.1.).

3.1. Wie die Klägerin in der Berufungsantwort zu Recht vorbringt, ist die folgende Wiedergabe des Sachverhalts durch die Vorinstanz (act. 65 unter Verweis auf act. 59 E. III.1.1-1.3 und 3.1.1) unbestritten geblieben:

In den 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts befanden sich in der Gemeinde D._____ in den Gebieten G._____ und E._____ mehr als 78'000 m² Bauland im Eigentum von nur drei Grundeigentümerparteien, der H._____ D._____, der I._____ AG und der Erben des J._____. Die Bebaubarkeit ihrer Ländereien richtete sich damals nach dem kantonalen Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893 (BauG) sowie nach der Bau- und Zonenordnung der Gemeinde D._____ vom 10. März 1960 (BZO 1960). Am 1. April 1976 trat das kantonale Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975 (PBG) in Kraft. Für die Bewilligung künftiger Bauvorhaben wurde in den Übergangsbestimmungen des PBG festgehalten, dass die Gemeinden (vorgängig) ihre kommunalen Richt- und Nutzungspläne an die Bestimmungen des PBG anzupassen hätten, wofür sie insgesamt acht Jahre Zeit hatten (§ 342 Abs.1 i.f. sowie § 343 Abs. 1 PBG). Baureif war nach der damaligen Regelung von § 234 PBG ein Grundstück sodann nur dann, wenn (entweder, was hier nicht einschlägig ist) das Grundstück von allen für eine Überbauung erforderlichen planungsrechtlichen Festlegungen erfasst ist und keine davon in Änderung steht, oder "wenn noch fehlende oder in Änderung stehende planungsrechtliche Festlegungen durch die Ausführung eines Bauvorhabens nicht nachteilig beeinflusst werden" (§ 234 lit. a aPBG; auch nach der aktuell gültigen Fassung von § 234 f. PBG können zu erlassende resp. in Änderung stehende planungsrechtliche Festlegungen dazu führen, dass eine Baubewilligung nur erteilt wird, sofern das Bauvorhaben diese nicht nachteilig beeinflusst).

Die BZO D._____ stand damals nicht zuletzt in den Gebieten G._____ und E._____ in Änderung, weshalb eine Baubewilligung voraussetzte, dass (nebst der Erschliessung der Grundstücke) die künftige Nutzungsordnung nicht der sich in Änderung befindlichen kommunalen Planung widersprach. Unbestrittenermassen reichten daher die damaligen Grundeigentümer der Gemeinde einen Nutzungsvorschlag ein, welcher nach Beurteilung des Gemeinderats Rücksicht

auf die Zielsetzungen der Richtplanung nahm und im Hinblick auf die künftige Bau- und Zonenordnung als sinnvoll und richtig beurteilt wurde (act. 65 S. 6 unter Hinweis auf act. 4/16 S. 3). Am 28. Januar 1981 schlossen die drei Grundeigentümerparteien sodann einen öffentlich beurkundeten Vertrag über Landabtretungen, Servitutenregelung und Erschliessungsbauten (act. 4/17), welcher in Ziff. 5.2 gegenüber der damals bestehenden Bauordnung der Gemeinde D._____ verschiedene Einschränkungen der Bebaubarkeit (Baubeschränkungen als nicht übertragbare Personaldienstbarkeit sowie Grunddienstbarkeit) enthielt (act. 4/17 S. 17 f.). Als Vertragszweck wurde dabei in Ziff. 1.1 ausdrücklich festgehalten, die Vertragsparteien regelten unter Beachtung der Grundsätze des Quartierplanrechts nach § 123 ff. PBG nebst Landabtretungen für die Erschliessung sowie der baulichen Erschliessung samt Kostenverlegung eine "Servitutsregelung mit Bereinigung der bestehenden und Schaffung der für die Erschliessung erforderlichen neuen Rechte inkl. Eintrag einer Baubeschränkung zur Berücksichtigung der Ziele der im Gange befindlichen neuen Ortsplanung D._____" (act. 4/17 S. 1). Die an das PBG angepasste Bau- und Zonenordnung der Gemeinde D._____ wurde im März 1985 von der Gemeindeversammlung angenommen, vom Regierungsrat im November 1985 genehmigt und mit der öffentlichen Bekanntmachung der Genehmigung in Kraft gesetzt.

3.2. Die Vorinstanz erwog hierzu, es liege auf der Hand, dass die drei ursprünglichen Grundeigentümer und Vertragsparteien hauptsächlich gewinnbringend hätten bauen wollen und das Ziel sei keineswegs gewesen, sich gegenseitig einzuschränken (act. 59 E. III.3.2.10.). Aus dem Dienstbarkeitsvertrag geht dies indes nicht hervor, womit dieses allenfalls bestehende persönliche Motiv der damaligen Vertragsparteien Dritten ohnehin nicht entgegen gehalten werden könnte und demnach in der vorliegenden Situation nicht beachtlich wäre. Im Übrigen lässt auch der von der Vorinstanz angeführte Zweck, durch die Dienstbarkeit eine Baubewilligung zur Realisierung der Bauprojekte erhalten zu wollen, nicht zwingend auf Gewinnstrebigkeit schliessen. Die diesbezügliche Kritik der Beklagten in der Berufungsschrift (act. 57 Rz 28) ist demnach berechtigt.

Die Vorinstanz geht in ihren Erwägungen sodann darauf ein, dass der Gemeinderat D._____ (als Vertreter der politischen Gemeinde D._____) mit Beschluss vom 24. November 1988 der Löschung der Baubeschränkung im Gebiet E._____ gemäss Dienstbarkeit SP Art. 1 hinsichtlich der Berechtigung der Gemeinde D._____ (d.h. hinsichtlich der Personaldienstbarkeit, welche zu deren Gunsten errichtet worden war, Anmerkung hinzugefügt) vorbehaltlos zugestimmt habe. In diesem Beschluss habe der Gemeinderat festgehalten: "Aufgrund der damals pendenten Ortsplanung liessen sich die Zielsetzungen für die neue Bau- und Zonenordnung bereits ziemlich klar umschreiben. Die entsprechenden Rahmenbedingungen wurden deshalb als privat-rechtliche Baubeschränkung in der Form einer Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen [...] Die neue Bau- und Zonenordnung ist in Kraft. [...] Die Dienstbarkeit SP 1 hat ihren Zweck erfüllt. Aufgrund der heute geltenden Bauordnung können die privat-rechtlichen Baubeschränkungen im Rahmen von Bewilligungsverfahren von der Baubehörde nicht mehr berücksichtigt werden" (act. 59 E. III.3.2.11. unter Verweis auf act. 4/26). Der Dienstbarkeitsvertrag, so die Vorinstanz weiter, sei sowohl von den damaligen Grundeigentümern als auch von der Gemeinde D._____ unterzeichnet worden. Warum dieser unter den Grundeigentümern einen anderen Vertragszweck haben sollte als gegenüber der Gemeinde D._____, erhelle nicht. Wenn die Dienstbarkeit ihren Zweck aus Sicht der Gemeinde D._____ erfüllt habe, müsse dies grundsätzlich auch für die privaten Grundeigentümer gelten. Schliesslich hätten die Baubeschränkungen gemäss Dienstbarkeitsvertrag für alle Vertragsparteien gleichermassen gegolten und hätten nicht dazu gedient, die privaten Grundeigentümer untereinander einzuschränken (act. 59 E. III.3.2.12.). Auch diese Erwägung der Vorinstanz wird von den Beklagten zu Recht kritisiert (act. 57 Rz 34 ff.): Alleine aus dem Umstand, dass für die Gemeinde D._____ das Interesse an der Dienstbarkeit weggefallen ist, lässt sich nicht schliessen, dass dasselbe für die Grundeigentümer untereinander gelten müsste. Denn die Gemeinde D._____ war am Vertrag lediglich als berechtigte Partei aus der (unübertragbaren) Personaldienstbarkeit beteiligt, während sie an der ebenfalls vertraglich begründeten Grunddienstbarkeit nicht beteiligt war. Weshalb dem Grunddienstbarkeitsvertrag nicht möglicherweise ein anderer Zweck sollte

zukommen können als dem Personaldienstbarkeitsvertrag erörtert die Vorinstanz mit keinem Wort – und dies wäre auch abgesehen von der fehlenden Begründung nicht einzusehen.

3.3. Wie gesehen nennt der Dienstbarkeitsvertrag ausdrücklich als Vertragszweck, es würden unter Beachtung des Quartierplanrechts nach § 123 ff. PBG Dienstbarkeiten vereinbart inkl. Eintrag einer Baubeschränkung zur Berücksichtigung der Ziele der im Gange befindlichen neuen Ortsplanung D._____ (act. 4/17 Ziff. 1.1., oben, E. 3.1.1. S. 13). Als Ziel für die Eintragung der Baubeschränkung wird demnach lediglich die Harmonisierung mit der laufenden neuen Ortsplanung D._____ genannt. Der rechtliche Rahmen, weshalb dies angezeigt war, wurde bereits aufgezeigt (oben, E. 3.1.1. S. 12) und ist nicht strittig. Der im Vorspann des Vertragswerkes genannte Zweck bestand demnach darin, die Bebaubarkeit der Grundstücke zu erreichen. Die Servitutserrichtungen inklusive Baubeschränkungen erfolgten, wie auch die weiteren vertraglichen Massnahmen, unter Beachtung des Quartierplanrechts. Ein Quartierplan ermöglicht im erfassten Gebiet eine der planungs- und baurechtlichen Ordnung entsprechende Nutzung und enthält die dafür nötigen Anordnungen (§ 123 Abs. 1 PBG). Auch aus dieser Verweisung auf das Quartierplanrecht wird mit anderen Worten ersichtlich, worum es geht: nämlich eine der planungs- und baurechtlichen Ordnung entsprechende Nutzung zu erreichen, im vorliegenden Fall also die angestrebte Bebaubarkeit der Grundstücke. Dieser aus dem Dienstbarkeitsvertrag hervorgehende Zweck ist unbestritten, und ebenso unbestritten ist, dass die Gemeinde D._____ der Löschung der sie betreffenden Personaldienstbarkeit zustimmte.

Richtig ist zwar, dass die gleichzeitig mit der Personaldienstbarkeit unter den Grundeigentümern resp. unter den Grundstücken errichtete Grunddienstbarkeit zur Erreichung dieses Zweckes nicht erforderlich war, wie die Beklagten vor Vorinstanz wie auch wiederum in der Berufung (act. 57 Rz 30 f.) vorbringen. Allerdings ist es nicht zielführend, deswegen über den Zweck der Grunddienstbarkeit zu spekulieren, wie das beide Parteien (Beklagte: act. 57 Rz 27, Rz 36; Klägerin: act. 65 Rz 13 mit Verweis auf act. 30 Rz 28 S. 20) getan

haben: Denn solche allfällige weiteren Zwecke hätten sich jedenfalls nicht im Dienstbarkeitsvertrag manifestiert. Für am Vertragsschluss nicht beteiligte Dritte ist damit bloss ersichtlich, dass die Parteien eine Grunddienstbarkeit vereinbart haben. Ein allenfalls über den im Vertrag genannten Zweck hinausgehender Grund hierfür ist indes für diese Dritte nicht ersichtlich. Mit anderen Worten ist für am Vertragsschluss nicht beteiligte Dritte – und das trifft vorliegend wie gesehen auf die Parteien dieses Verfahrens zu – nur der im Vertrag genannte Zweck für die Errichtung der Dienstbarkeiten und damit auch der Grunddienstbarkeit ersichtlich.

Unter den Parteien massgeblicher Inhalt des Dienstbarkeitsvertrags ist damit bezüglich des ursprünglichen Zwecks der Dienstbarkeit die Erreichung der Bebaubarkeit der Grundstücke. Mit dem Erlass der revidierten Bau- und Zonenordnung der Gemeinde D._____ im Jahre 1985 ist dieser Zweck dahingefallen, denn ab diesem Zeitpunkt war es nicht mehr nötig, durch die Baurechtsbeschränkungen auf im Sinne von § 234 (a)PBG noch fehlende oder in Änderung begriffene planungsrechtliche Festlegungen Rücksicht zu nehmen. Im Ergebnis hat die Vorinstanz daher zu Recht in Gutheissung der Klage festgestellt, dass die streitgegenständliche Dienstbarkeit für die Grundstücke der Beklagten alles Interesse verloren hat.

4. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass sich der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis als richtig erweist. Die Berufung ist damit abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten sind dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend zu verlegen. Die Beklagten unterliegen mit der Berufung vollumfänglich. Das führt zur entsprechenden Kostenaufgabe (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die Festsetzung der Gerichtskosten im angefochtenen Urteil wurde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Es ist deshalb das erstinstanzliche Kostendispositiv insoweit zu bestätigen (Dispositivziffern 2 und 3). Die Klägerin hat im separat geführten Beschwerdeverfahren RB210011 indes die erstinstanzliche Parteikostenfestsetzung (Dispositivziffer 4) angefochten. Diesbezüglich ist auf das entsprechende Beschwerdeverfahren zu verweisen.

3. Der für die Festsetzung der Gerichtsgebühr sowie Parteientschädigung massgebende Streitwert der vorliegenden Berufung, mit welcher die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils beantragt wurde, beträgt Fr. 4'900'000.– (act. 59 E. IV.1.2.; § 12 Abs. 2 GebV OG; § 13 Abs. 1 AnwGebV). Die einfache Grundgebühr läge demnach bei Fr. 69'750.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 und 3 GebV OG auf Fr. 24'000.– zu reduzieren. Die von den Beklagten der Klägerin zu leistende Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1-3 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 20'000.– (inkl. MWSt.) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 3. November 2020 (CG190001) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 24'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden den Beklagten auferlegt und aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im Mehrumfang wird der Kostenvorschuss zurückerstattet, unter Vorbehalt eines Verrechnungsanspruchs des Staates.
4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, sowie mittels elektronischer Übermittlung an die Obergerichtskasse.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'900'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: