

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB250031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Schmidt

Urteil vom 20. November 2025

in Sachen

Sekundarschule Kreisgemeinde A._____,
Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Politische Gemeinde A._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Verbot**

Berufung gegen einen Beschluss des Kollegialgerichtes in Zivilsachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. April 2025; Proz. CG240014

Erwägungen:

I.

1. Hintergrund des vorliegenden Verfahrens ist ein Baurechtsvertrag vom 28. September 1965 zwischen den Parteien, in dem die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan nur Klägerin), eine Schulgemeinde, der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan nur Beklagte), einer politischen Gemeinde, gestattete, eine sich unter der Turnhalle in einem Schulhaus der Klägerin befindende Sanitätshilfsstelle während 100 Jahren fortbestehen zu lassen (act. 6/3/2).
2. Am 8. Februar 2024 fragte die Beklagte die Klägerin an, ob sie diese Sanitätshilfsstelle zumindest vorübergehend als Asylunterkunft nutzen dürfe (act. 6/3/3). Die Klägerin wies dieses Ersuchen mit Beschluss vom 12. März 2024 ab (act. 6/3/4). Auf einen Rekurs der Beklagten trat der Bezirksrat Winterthur mit Beschluss vom 21. Juni 2024 nicht ein, da es sich um eine Streitigkeit aus einem privatrechtlichen Vertrag handle, die weder mittels Verfügung entschieden noch Gegenstand eines Rekurses sein könne, so dass kein zulässiges Anfechtungsobjekt nach § 19 VRG vorliege (act. 5/3/21).
3. Weil die Beklagte trotzdem weitere Vorbereitungshandlungen für die geplante Umnutzung vorgenommen habe, beantragte die Klägerin und Berufungsklägerin am 10. Juni 2024 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur als vorsorgliche Massnahme die Nutzung der Sanitätshilfsstelle unter der Turnhalle im Schulhaus der Klägerin als Unterkunft für Asylsuchende zu verbieten (act. 6/1). Mit Verfügung vom 12. Juni 2024 erliess das Einzelgericht superprovisorisch ein solches Verbot. Nach Einholung einer Stellungnahme der Beklagten, welche mit Eingabe vom 25. Juni 2024 (act. 6/7) Nichteintreten, eventualiter Abweisung beantragte, wurde diese Massnahme mit Urteil vom 28. Juni 2024 bestätigt und der Klägerin eine Frist von 60 Tagen für die Einreichung einer Klage angesetzt (act. 6/8).
4. Mit Klageschrift vom 29. August 2024 stellte die Klägerin beim Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) folgendes Rechtsbegehren (act. 5/1 S. 2):

1. Es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000 im Wiederhandlungsfall zu verbieten, die Sanitätshilfsstelle unter der Turnhalle B. _____ auf dem Grundstück Kat.Nr. ..., A. _____, als Unterkunft für Asylsuchende zu nutzen.
 2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die von ihr bezogenen Gerichtskosten von CHF 6'000 im Verfahren ET240004 des Bezirksgerichts Winterthur (gemäss Disp.Ziff. 4 und 5 des Urteils vom 28. Juni 2024) zu ersetzen.

Ferner sei die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin eine vom Gericht festzusetzende Parteientschädigung (zzgl. MWST) für das Verfahren ET240004 des Bezirksgerichts Dielsdorf (Einzelgericht) zu entrichten.
 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten der Beklagten.
5. Die Beklagte beantwortete die Klage mit Eingabe vom 6. November 2024 und beantragte im Hauptstandpunkt, auf die Klage sei mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (act. 5/10). Mit Verfügung vom 28. Januar 2025 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu diesem Antrag Stellung zu nehmen (act. 5/12), was die Klägerin mit Eingabe vom 4. März 2025 tat (act. 5/14).
6. Mit Beschluss vom 29. April 2025 (act. 5/16 = act. 4), zu dem eine Minderheitsmeinung gemäss § 124 GOG zu Protokoll gegeben wurde (Prot. VI S. 7 ff.), trat die Vorinstanz wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein und hob das mit Urteil des Einzelgerichts vom 28. Juni 2024 als vorsorgliche Massnahme angeordnete Nutzungsverbot auf.
7. Gegen den Beschluss vom 29. April 2025, der ihr am 2. Mai 2025 zugestellt wurde, erhob die Klägerin mit Eingabe vom 2. Juni 2025 rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):
1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur (Kollegialgericht in Zivilsachen) vom 29. April 2025, Geschäfts-Nr. CG240014, aufzuheben.
 2. Die Streitsache sei zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.

8. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-17 und act. 6/1-9). Die Klägerin leistete innert mit Verfügung vom 6. Juni 2025 (act. 7) gesetzter Frist einen Vorschuss von CHF 4'500.00 für die Kosten des Berufungsverfahrens (act. 9). Die Beklagte beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 17. September 2025 mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin (act. 12). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Als Endentscheid über eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von mehr als CHF 10'000 ist der vorinstanzliche Beschluss vom 29. April 2025 mit Berufung anfechtbar (Art. 308 ZPO). Die Berufung vom 2. Juni 2025 wurde rechtzeitig innert 30 Tagen eingereicht und enthält Anträge und eine Begründung (Art. 311 ZPO).

2. Die Klägerin beantragt die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz, was zulässig ist, da die Vorinstanz keine Entscheidung in der Sache gefällt hat, sondern wegen sachlicher Unzuständigkeit nicht auf die Klage eingetreten ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO).

Als Prozessvoraussetzung ist die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Mit Bezug auf Rechtsfragen ist das Gericht grundsätzlich nicht an die Argumente der Parteien gebunden, da es das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO). Im Rechtsmittelverfahren wird jedoch erwartet, dass sich die Partei, welche ein Rechtsmittel führt, mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzt und ausführt, weshalb er abzuändern sei.

Der wiederholte Einwand der Beklagten, die Klägerin setze sich nicht genügend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander (act. 12 S. 3 ff.), ist unbegründet, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen. Auf die Vorbringen der Parteien ist im Übrigen nur soweit einzugehen, wie sie für das Ergebnis von Bedeutung sind.

3. In prozessualer Hinsicht hielt die Vorinstanz fest, dass sie nicht an die Qualifikation der Streitsache als Zivilsache im vorangegangenen Massnahmeverfahren

gebunden sei (act. 4 S. 5). Die Beklagte sei im Übrigen weder darauf zu behaften, dass sie den Massnahmeentscheid nicht angefochten und damit akzeptiert habe, noch auf ihren Standpunkt vor dem Bezirksrat Winterthur, wo sie die privatrechtliche Natur der Streitigkeit anerkannt habe. Eine Einlassung sei nur beim örtlich unzuständigen Gericht möglich, während die sachliche Zuständigkeit zwingend sei und keinen Raum für eine Einlassung lasse (act. 4 S. 11).

Diese zutreffenden Ausführungen blieben im Rechtsmittelverfahren unwidersprochen, so dass sich Weiterungen dazu erübrigen.

4. In der Sache hielt die Vorinstanz fest, die Abgrenzung bundesprivatrechtlicher Streitigkeiten von öffentlich-rechtlichen sei kasuistisch geprägt. Verschiedene Theorien würden im Sinne eines Methodenpluralismus im konkreten Fall nach ihrer Eignung angewandt. In Betracht falle insbesondere die Subordinationstheorie, aber auch die Interessens- und die Funktionstheorie (act. 4 S. 5).

Die Vorinstanz hielt einleitend fest, die Schulanlage und die darin integrierte Sanitätshilfsstelle befänden sich aktuell unbestrittenermassen im Verwaltungsvermögen der Klägerin (act. 4 S. 6). Zwar werde mit dem Baurechtsvertrag keine öffentliche Aufgabe übertragen. Das sei für die Qualifikation der Vertragsnatur jedoch nicht massgeblich. Vielmehr sei ausschlaggebend, welchem Zweck der Vertrag diene. Die Räumlichkeiten seien bislang unstrittig als Sanitätshilfsstelle genutzt worden, was eine zentrale Funktion des Zivilschutzes darstelle. Auch die geplante Verwendung der Räumlichkeit als Asylunterkunft stelle zweifelsfrei und unstrittig eine öffentlich-rechtliche Aufgabe dar. Die Vorinstanz schloss, die Anwendung der Funktionstheorie spreche für die Qualifikation als verwaltungsrechtlicher Vertrag. Die Interessentheorie führe zum gleichen Ergebnis. Der Baurechtsvertrag sei im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Beklagte errichtet worden (act. 4 S. 7 f.).

Die Subordinationstheorie, die auf Rechtsverhältnisse zwischen einer staatlichen Körperschaft und einer Privatperson zugeschnitten sei, biete keine Hilfe, da sowohl ein privatrechtlicher als auch verwaltungsrechtlicher Vertrag auf gemeinsamer Willenserklärung und damit ohne Subordinationsverhältnis bestehen könne

(act. 4 S. 8 f.). Die Tatsache, dass die Parteien mit dem Baurechtsvertrag ein privatrechtliches Institut gewählt hätten, führe nicht zwingend zur Zuständigkeit des Zivilgerichts. Aus der dualistischen Theorie könne die Klägerin nichts für sich ableiten, da das (privat-)rechtliche Gefäss, in dem die Parteien eine Rechtsbeziehung ausgestalten, nicht die Rechtsnatur des Vertrages bestimme (act. 4 S. 10).

5. Eine Minderheit der Vorinstanz vertrat demgegenüber die Auffassung, Verträge im Bereich der Bedarfsverwaltung seien in der Regel privatrechtliche Kauf- oder Werkverträge und somit nicht öffentlich-rechtlicher Natur. Wenn es allein darum gehe, dass das Gemeinwesen durch Kauf, Werkvertrag oder Auftrag Hilfsmittel beschaffe, die es zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötige, sei der entsprechende Vertrag als privatrechtlich zu qualifizieren. Der dem Streit zugrundeliegende Dienstbarkeitsvertrag diene bloss der Beschaffung von Räumlichkeiten im Bereich des Zivilschutzes. Auch wenn die Räumlichkeiten im Vertrag als Sanitätshilfestelle bezeichnet worden seien, beziehe er sich nicht auf die öffentliche Aufgabe als solche, nämlich den Betrieb der Sanitätshilfestelle. Für die zu beurteilende Streitigkeit, nämlich die Ermittlung des Umfangs einer Dienstbarkeit, seien daher die Zivilgerichte zuständig (Prot. VI S. 7 ff.).

6. Die Klägerin macht in der Berufung geltend, nach der Funktionstheorie sei entscheidend, ob der Vertrag unmittelbar die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffe oder Materien enthalte, die vom öffentlichen Recht geregelt würden. Bei richtiger Betrachtung gehe es beim streitbetroffenen Baurechtsvertrag vom 28. September 1965 nicht um die unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern habe sich die Beklagte lediglich die Räumlichkeiten beschafft, um darin die ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben wahrzunehmen. Dass die Beklagte dabei im öffentlichen Interesse gehandelt habe, lasse nicht automatisch auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schliessen, denn grundsätzlich handle das Gemeinwesen immer im öffentlichen Interesse, auch beim privatrechtlichen Handeln. Auch dass die Beklagte mit dem Abschluss des Baurechtsvertrag eine öffentliche Aufgabe erfüllte, sei nicht entscheidend. Ein Vertrag sei in solchen Fällen in der Regel nur dann als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn dadurch unmittelbar die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe übertragen werde. Davon könne keine

Rede sein. Die Klägerin habe mit dem Baurechtsvertrag keinerlei öffentliche Aufgaben übernommen. Sie habe lediglich der Beklagten Räumlichkeiten veräussert, welche diese zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben benötige. Der Umstand allein, dass der Erwerb der Räumlichkeiten im öffentlichen Interesse liege bzw. zum Zweck der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolge, reiche nicht, um den Baurechtsvertrag als Verwaltungsvertrag zu qualifizieren (act. 2 S. 12 f.).

Die Klägerin verweist auf einen Entscheid des Luzerner Verwaltungsgerichts, laut dem es auf die Natur der Rechtsbeziehung ankomme, ob dieses seinem Wesen nach der Privatrechtsordnung zugehöre oder von Normierungen des öffentlichen Rechts erfasst werde, und auf die am Vertrag beteiligten Subjekte. Es sei daher unerheblich, dass die Vertragsparteien ausschliesslich Körperschaften des öffentlichen Rechts seien (act. 2 S. 13 und S. 17).

Anders als im Bereich der Leistungsverwaltung, wo die Zuordnung zum privaten oder öffentlichen Recht schwer falle, handle das Gemeinwesen im Bereich der Bedarfsverwaltung bzw. der administrativen Hilfstätigkeit in aller Regel privatrechtlich. Bedarfsverwaltung umfasse in einem engeren Sinn jene Tätigkeiten des Gemeinwesens, durch die es die zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendigen Sachgüter und Leistungen beschaffe und in einem weiteren Sinn auch die Bereitstellung der Personalmittel und der finanziellen Mittel. Dabei handle das Gemeinwesen nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung privatrechtlich, was die Vorinstanz verkenne. Zur administrativen Hilfstätigkeit bzw. zur Bedarfsverwaltung gehöre nicht nur der Kauf von Kugelschreibern, Bleistiften und anderem Büromaterial, sondern auch die Beschaffung von Immobilien, Geräten und Material. Zwar handle es sich beim Zivilschutz und bei der Asylfürsorge zweifellos um öffentliche Aufgaben. Diese bildeten jedoch nicht direkt Gegenstand des Baurechtsvertrags von 1965. Eine unmittelbare Aufgabenerfüllung liege lediglich im Rahmen der Rechtsbeziehung mit Schutzbedürftigen (Asylsuchenden) oder mit den Dienstpflichtigen des Zivilschutzes vor. Diese Rechtsbeziehungen seien zweifellos öffentlich-rechtlicher Natur. Hingegen erbringe die Beklagte gegenüber der Klägerin weder Leistungen des Zivilschutzes noch der Asylfürsorge. Offensichtlich gehe es nicht um die unmittelbare Erfüllung von öffentlichen Aufgaben, sondern

die Beklagte beschaffe sich lediglich die Räumlichkeiten, um darin die ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben wahrzunehmen. Etwas anderes würde allenfalls dann geltend, wenn die Beklagte die Räumlichkeiten für die Sanitätshilfsstelle im Rahmen des Enteignungsverfahrens erworben hätte, aber davon könne keine Rede sein (act. 2 S. 14 ff.).

Die Vorinstanz vertrete die Ansicht, dass auch nach der Interessentheorie auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu schliessen sei, weil der Baurechtsvertrag im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und nicht in Verfolgung eigener, privater Interessen errichtet worden sei. Der Umstand, dass die Beklagte beim Abschluss des Baurechtsvertrags im öffentlichen Interesse gehandelt habe, lasse nicht automatisch auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schliessen. Grundsätzlich handle das Gemeinwesen nämlich immer im öffentlichen Interesse, insbesondere auch beim privatrechtlichen Handeln. Auch bei der Beurteilung anhand der Interessentheorie komme es darauf an, ob mit deinem Vertrag unmittelbar öffentliche Aufgaben wahrgenommen würden. Verfolge der Staat hingegen nur mittelbar öffentliche Interesse, wie dies beim Erwerb von Räumlichkeiten der Fall sei, handle er privatrechtlich (act. 2 S. 16).

Zwischen den Parteien bestehe kein Unterordnungsverhältnis und von der Beklagten sei bei der Beschaffung der Sanitätshilfsstelle kein hoheitlicher Zwang angewendet worden, wie dies bei einem Enteignungsverfahren der Fall wäre. Die Subordinationstheorie, die nicht völlig irrelevant sei, spreche somit klar für das Vorliegen eines privatrechtlichen Vertrags. Dass die Sanitätshilfsstelle zum Verwaltungsvermögen der Beklagten und die Schulanlage zum Verwaltungsvermögen der Klägerin gehöre, sei unerheblich und schliesse die Anwendbarkeit des Zivilrechts nicht aus. Auch öffentliche Sachen seien der privatrechtlichen Eigentumsordnung unterstellt, soweit dies mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar sei und sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimme (act. 2 S. 17 f.).

Die Parteien hätten den Dienstbarkeitsvertrag am 28. September 1965 öffentlich beurkunden lassen und damit explizit die im materiellen Zivilrecht für privatrechtliche Verträge vorgesehene Form gewählt. Bei einem Baurecht handle es sich um

ein rein privatrechtliches Institut des Bundeszivilrechts. Im Vertrag würden explizit die privatrechtlichen Art. 779 - 779 I ZGB als anwendbar erklärt. Offensichtlich habe es dem gemeinsamen Verständnis der Parteien entsprochen, dass ein rein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen werden sollte. Für dessen Auslegung seien die Zivilgerichte zuständig (act. 2 S. 19).

7. Wie die Vorinstanz und die Parteien zutreffend ausführen (vgl. act. 4 S. 5 f.; act. 2 S. 11; act. 12 S. 3 f. Ziff. 2), ist die Praxis zur Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Ansprüchen kasuistisch geprägt und geht von einem Methodenpluralismus aus. Die diversen Abgrenzungskriterien - namentlich die Subordinationstheorie, die Interessentheorie und die Funktionstheorie - schliessen sich nicht aus. Im Einzelfall ist diejenige Theorie heranzuziehen, die sich zur Lösung der konkreten Fragestellung am besten eignet (KASPAR PLÜSS in Kommentar VRG, § 1 N 14 ff.).

Da es in diesem Verfahren um einen Vertrag zwischen zwei Gemeinwesen geht, gibt die Subordinationstheorie für die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht nichts her. Das gleiche gilt für die Interessentheorie, da Gemeinwesen in einem weiteren Sinn immer im öffentlichen Interesse handeln, wie die Klägerin zu Recht anmerkt (act. 2 S. 12 Rz 41 und S. 15 Rz 50). Hinzu kommt, dass zwischen einem unmittelbaren und einem mittelbaren öffentlichen Interesse nur ein gradueller Unterschied besteht, so dass dieses Kriterium keine eindeutige Grenze zieht. Besser geeignet ist vorliegend die Funktionstheorie, nach der entscheidend ist, ob mit dem Vertrag öffentliche Aufgaben erfüllt werden.

8. Die Beklagte schloss den Baurechtsvertrag über die Räume unter der Schulanlage der Klägerin, um Räumlichkeiten für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe - den Betrieb einer Sanitätshilfsstelle - zu erhalten, die sie heute für die Erfüllung einer anderen öffentlichen Aufgabe - die Unterbringung von Asylbewerbern - verwenden möchte, was die Klägerin nicht zulassen will (act. 12 S. 9 ff.). Für die Klägerin als Schulgemeinde stellt demgegenüber weder der Betrieb einer Sanitätshilfsstelle noch die Unterbringung von Asylbewerbern die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dar.

Die Qualifikation ist unabhängig von der Perspektive der Parteien für das ganze Rechtsverhältnis einheitlich vorzunehmen. Bei einem Vertrag ist der Inhalt massgeblich, d.h. in erster Linie die vertragstypische oder charakteristische Leistung (LGVE 2002 II Nr. 44 E. 3.g). Wenn die Klägerin der Beklagten mit der Einräumung einer Dienstbarkeit gestattet, im Eigentum der Klägerin stehende Räumlichkeiten als Sanitätshilfsstelle zu benutzen, stellt die Einräumung dieser Dienstbarkeit die Hauptleistung dar.

Bei der Qualifikation dieser Leistungspflicht als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich nach der Funktionstheorie ist auf die Perspektive des Erbringers der Leistung abzustellen, also hier der Klägerin (vgl. LGVE 2002 II Nr. 44). Für die Klägerin stellt die Überlassung dieser Räume keine Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dar. Was die Beklagte nachher mit diesen Räumen macht und ob sie sie zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nutzt, ist in diesem Moment unerheblich. Aufgrund der Leistung der Klägerin ist das Vertragsverhältnis der Parteien nach der Funktionstheorie als privatrechtlich zu qualifizieren, was dazu führt, dass die Zivilgerichte für die Beurteilung ihres Streits zuständig sind.

Die Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Zweck führt zum gleichen Ergebnis. So ist der Betrieb einer Sanitätshilfsstelle oder die Unterbringung von Asylbewerbern nicht Gegenstand des Baurechtsvertrags, sondern die Beklagte erhält damit lediglich die räumlichen Mittel für die Erfüllung dieser Aufgaben. Die Erfüllung dieser Aufgabe der Beklagten ist jedoch nicht Gegenstand des Baurechtsvertrags. Mit der Verpflichtung zur Überlassung dieser Räumlichkeiten übernimmt die Klägerin keine öffentliche Aufgabe von der Beklagten und sie verpflichtet sich insbesondere weder zum Betrieb einer Sanitätshilfsstelle noch zur Unterbringung von Asylbewerbern (act. 2 S. 12).

9. Die Vorinstanz setzt die Bereitstellung der entsprechenden Räumlichkeiten mit dem Betrieb einer Sanitätshilfsstelle oder der Unterbringung von Asylbewerbern als eigentlicher öffentlicher Aufgabe gleich und qualifiziert das Verhältnis der Parteien daher als öffentlich-rechtlich, was sie damit begründet, dass diese Räumlichkeiten für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe von zentraler Bedeutung seien bzw. dass es sich dabei um ihren Kern handle (act. 4 S. 7 und S. 10).

Die grosse Bedeutung, welche die Einräumung des Baurechts für die Beklagte im Hinblick auf die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben hat, macht aus dieser vertraglichen Leistung keine öffentliche Aufgabe der Klägerin. Auch aus Sicht der Beklagten stellt der Vertrag nicht die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dar, sondern bereitet diese lediglich vor. Die Würdigung der Vorinstanz, welche diesen Unterschieden keine Rechnung trägt, stellt eine unzulässige Vereinfachung dar.

Es ist auf den konkreten Vertragsinhalt abzustellen und zwischen direkten und indirekten Zwecken zu unterscheiden: Die Klägerin überlässt der Beklagten Räumlichkeiten für eine bestimmte Nutzung, was keine öffentliche Aufgabe der Klägerin ist und lediglich indirekt der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Beklagten dient und daher nicht als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.

10. Der Einwand der Beklagten, die Klägerin berücksichtige nicht, dass die Schulanlage, in der sich die Sanitätshilfsstelle befinde, zu ihrem Verwaltungsvermögen gehöre (act. 12 S. 5), geht fehl, da es auf die Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen nicht ankommt. Öffentliche Sachen sind grundsätzlich der privatrechtlichen Eigentumsordnung unterstellt, soweit dies mit ihrer Zweckbestimmung vereinbar ist und das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt (KASPAR PLÜSS in Kommentar VRG, § 1 N 42). Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob sich die Räumlichkeiten bei Vertragsschluss im Finanzvermögen der Klägerin befanden, weil die Errichtung einer Baurechtsdienstbarkeit eine Veräusserung darstellt, die nur aus dem Finanzvermögen möglich ist, wie die Minderheitsmeinung der Vorinstanz (Prot. VI S. 9 f.) und die Klägerin (act. 2 S. 17 f.), anmerken.

Wenn die Beklagte schreibt, Schulanlage und Sanitätshilfsstelle dienten unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (act. 12 S. 7) unterscheidet sie nicht zwischen den öffentlichen Aufgaben der Klägerin (Betrieb einer Schule) und der Beklagten (Betrieb einer Sanitätshilfsstelle bzw. Unterbringung von Asylbewerbern) und stellt keine Verbindung zur vertraglichen Leistung her. Mit dem Baurechtsvertrag stellt die Klägerin der Beklagten Räumlichkeiten zur Verfügung, die sie selber nicht zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben benötigt, damit die Beklagte damit

ihre öffentlichen Aufgaben erfüllen kann. Das stellt für keine Partei unmittelbar die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dar.

11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vertragsverhältnis der Parteien einen vorwiegend privatrechtlichen Charakter hat. Der Streit über die Zulässigkeit der beabsichtigten Nutzungsänderung ist damit als zivilrechtliche Angelegenheit zu qualifizieren. Somit sind die Zivilgerichte für die Beurteilung der Klage zuständig. Die Berufung ist daher gutzuheissen und die Sache ist zur Durchführung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren ist auf CHF 4'500.– festzusetzen. Da das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen wird und das Ergebnis somit noch offen ist, ist ihre Verteilung dem Endentscheid der Vorinstanz zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Die Klägerin hat einen entsprechenden Vorschuss geleistet, was vorzumerken ist. Sollte sie kostenpflichtig werden, kann verrechnet werden, andernfalls wird der Vorschuss der Klägerin zurückzuerstatten und der entsprechende Fehlbetrag von der Beklagten nachzufordern sein (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Winterthur vom 29. April 2025 wird aufgehoben und die Sache wird zur Durchführung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin einen Vorschuss in dieser Höhe geleistet hat.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 12, an die Obergerichtskasse und – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 100'000.–.

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. C. Schmidt

versandt am: