

ZH_OBERGERICHT LB140087 vom 18. Juni 2015

ZH Obergericht, 2015-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB140087

FR: ZH_OBERGERICHT LB140087 du 18 juin 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LB140087 del 18 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

-2) am E. _____-Strasse ... in D. _____ (Urk. 65/1, 4/1, 66/1-2), und der am tt.mm.2015 verstorbene B. _____ (im Folgenden: Erblasser) war Eigentümer des Grundstückes Kat.-Nr. 1 (alt Kat.-Nr. 2, alt Kat. Nr. 5, 6 und 7) F. _____-Strasse ... in D. _____ (Urk. 65/1, 4/1-2, 4/2, 66/1, 66/3).

E. 1.1

Die Beklagte ist Eigentümerin des Grundstückes Kat.-Nr. 4 (alt Kat.-Nr. 3, alt GR

E. 1.2

Gemäss dem Servitutenprotokoll auf Papier ist zu Lasten des Grundstückes des Erblassers und zugunsten des Grundstückes der Beklagten im Grundbuch eine Dienstbarkeit mit den folgenden Stichwörtern eingetragen (Urk. 4/2 und Urk. 65/3):

- 4 - "Dienstbarkeit zu GB (voller Wortlaut siehe Anhang [=...] Bauverbot, Dat. 1861, ..." Die Dienstbarkeit hat gemäss Servitutenprotokoll ... (Urk. 65/1/1, 65/2/3) den folgenden Wortlaut: "Bauverbot Der jeweilige Eigentümer von 1) Mut. 490 GR 3 Kat.-Nr. 2 1 1) Mut. 495 GR 4 5 Kat.-Nr. 8 9 10 GB 6 Kat.-Nr. 11 darf auf diesem Grundstück keine Baute erstellen. Gilt zugunsten des jeweiligen Eigentümers von GR 5 - 2 QP GR 7/8 Kat.-Nrn. 12, 13 G. _____ (s. Plan Beleg 1977 Nr. Mut. 443 1) GB 9 Kat.-Nr. 3 4 Datiert 1861 Const. Hofbeschreibung pg. ... Teillöschung: bzw. Begrenzung in der Ausübung: am 14.10.1977, Bel. 1 mit Plan Bzgl. GB 7, Kat. Nr. 12 teilgelöscht, am 26.06.1977, Beleg 2 1) Bezüglich neu Kat.-Nr. 1 nachgeführt und formell ausgedehnt und bezüglich neu Kat.-Nr. 8 nachgeführt und formell ausgedehnt, materiell belastet sind jedoch nur 124m2 von alt Kat.-Nr. 2 /vgl. Mutation Nr. 470, am 14.03.2000, Bel. 3"

E. 1.3

Bei den Akten liegt auch der Ausdruck des elektronischen Servitutenprotokolls mit etwas abweichendem Wortlaut (Urk. 65/2/1). Dort wird als herrschendes Grundstück Kat. Nr. 4 bezeichnet, welches der Beklagten gehört (Urk. 65/2/1; Urk. 65/1); die drei belasteten Grundstücke sind Kat. Nr. 11, 1 (= Grundstück des Erblassers: Urk.

- 5 - 65/1) sowie Kat Nr. 10. Im elektronischen Servitutenprotokoll lautet der Eintrag wie folgt: "Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke dürfen auf diesen Grundstücken keine Baute erstellen. Gilt zugunsten des Eigentümers des berechtigten Grundstückes. ---- Belastung bezüglich Kataster 11 und Kataster 10 betrifft materiell nur 124m2 von alt Kat. Nr. 2 (vgl. Mut. Nr. 470 mit Plan). Q. _____ 01.01.1861 Beleg D. _____ 1861 Nr. Konst. Hofb. pg. ... Nachführungen: 06.03.2015, Beleg D. _____ 2015 Nr. 4".

E. 1.4

Der Vater des Erblassers, H._____, kaufte im Bereiche der heutigen Liegenschaft des Erblassers zwei Grundstücke:

E. 1.4.1

Am 19. Dezember 1947 kaufte er von der Politischen Gemeinde D._____ eine Scheune mit Zangenaufzug sowie 13,6 Aren Land einschliesslich der Grundfläche für die Scheune (Urk. 4/8; vgl. dazu auch Katasterplankopie Urk. 4/10). In den Bedingungen des Kaufvertrags ist zu lesen, dass der Käufer "das Grundstück G._____ mit allen darauf haftenden Servituten" übernehme und dass er "das bestehende Bauverbot mit dem Servitutsansprecher I._____ selbst" "erledigt" (Ziff.3). Im Rahmen der öffentlichen Beurkundung hielt der beurkundende Notar Folgendes fest: "Der vorstehende Kaufvertrag wird heute vor dem Grundbuchamt und dem Notar wie folgt bestätigt: Das Kaufsobjekt ist eingetragen in Protokoll D._____ Bd.S pg. 444, Ziff. 1. Das dazu gehörende Land ist mit ca. sieben Aren als Gebäudegrundfläche und Hofraum eingetragen. Nach der Neuzuteilung im Güterzusammenlegungsverfahren sind im Ganzen ca. 14 Aren vorgesehen, auf welche der Käufer bei der Fertigung der Zusammenlegung Anspruch erhält, vorbehaltlich allf. auf dem neuzuzuteilenden Lande haftender dinglicher Rechte, die noch zu bereinigen sind. Für die Grenzen wird auf den Situationsplan Beleg 5 verwiesen. Der Käufer übernimmt ausdrücklich die eingetragene Servitut: Auf der Seite gegen J._____ Scheuneplatz (U pg. 164) an obige Scheune keinen Anbau erstellen. Sodann gehört als Kaufsobjekt dazu: Bd. S. pg. 377, bzw. 444, Ziff. 2: 1 a 50 m² Wiesen im G._____. Auch hier übernimmt der Käufer die Servitut: Gilt gegenüber I._____ (Bd. X pg. 575). Die Neuzuteilung gilt auch für diese Parzelle."

- 6 - Gemäss Ziff. 4 der Bedingungen war diese Scheune bis zum 31. März 1948 abzubrechen, weil sie dem Ausbau der heutigen K._____-Strasse ... im Wege stand (vgl. Urk. 4/8; Urk. 2 S. 5 mit Hinweis auf Urk. 4/5; Urk. 12 S. 6).

E. 1.4.2

Am 6. Februar 1948 kaufte der Vater des Erblassers, H._____, von den Erben des L._____ die heutige Liegenschaft K._____-Strasse ... (früher Kat. Nr. 6 {vgl. Urk. 65/4 angehefteter Plan}, heute Kat.-Nr. 14), welche auf der gegenüberliegenden Seite der K._____-Strasse ... liegt (Urk. 4/9; vgl. dazu Katasterplankopie Urk. 4/10 bzw. Urk. 66/1 und 66/2). Gekauft wurden von H._____ einerseits "ein Wohnhaus mit Scheune" sowie "ca. zehn Aren Hanfland und Garten im G._____" (U. pg. 326). Dazu wurde im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag Folgendes festgehalten: "Grunddienstbarkeit: Auf diesem Grundstück darf keine Baute erstellt werden. Gilt gegenüber I._____, Gemeindeammann, laut Protokoll verlesen und übernommen. Diese Parzelle sei in der Neuzuteilung der Melioration D._____ mit No. 15 bezeichnet, das Ausmass nicht genau bekannt aber in ca. 13 Aren des Ganzen (incl. des von H._____ erworbenen Landes inbegriffen)." Und Ziff. 5 der "Weiteren Bestimmungen" lautet: "Allf. Kosten der Melioration hätte der Käufer ohne weitere Abrechnung am Kaufpreis zu übernehmen, umgekehrt hat er Anspruch auf allf. Rückzahlungen bei der Schlussabrechnung."

E. 1.5

In den vierziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurden die hier interessierenden Parzellen in ein Güterzusammenlegungsverfahren der Gesamtmelioration MD._____ einbezogen. Der alte Bestand wurde vom 24. März bis zum 8. April 1944 öffentlich aufgelegt und vom 28. September bis zum 21. Oktober 1944 erfolgte die Auflage der Bonitierung. Der

Neuzuteilungsentwurf lag in der Zeit vom 23. Juli bis zum 10. August 1945 auf. Mit Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich vom 11. April 1946 wurde als Zeitpunkt für den Antritt des neuen Besitzstandes der 15. April 1946 festgesetzt (Schlussbericht Melioration: Urk. 25/3 S. 7). Mit dem Neuzuteilungsentwurf wurden die Beteiligten durch Formular der Meliorationsgenossenschaft jeweils auf Folgendes aufmerksam gemacht (vgl. Urk. 33/4): "Die Bereinigung der beschränkt dinglichen Rechte (Pfandrechte usw.) wird erst nach Antritt des neuen Bestandes anlässlich der grundbuchlichen Zuweisung der Grundstücke vorgenommen. Der Grundbuchverwalter wird die beteiligten Grundeigentümer in Kenntnis setzen."

E. 1.6

Die Parzelle des I. _____ (des Rechtsvorgängers der Beklagten), zu deren Gunsten ein Bauverbot bestand, erhielt die Nr. 5. Das früher herrschende Grundstück Nr. 5

- 7 - wurde mit dem Grundstück Nr. 6 zum Grundstück Nr. 7 vereinigt, jedenfalls soweit das Grundstück auf der Südseite der K. _____ -Strasse ... lag (Urk. 24 S. 7, Urk. 30 S. 12; vgl. dazu auch Urk. 14/3, 25/8, Urk. 65/4 angehefteter Plan). Im Rahmen des Meliorationsverfahrens erhob I. _____ (Rechtsvorgänger der Beklagten) bei der "Ausführungskommission der Melioration MD. _____" am 8. August 1945 Einsprache, verwarf sie dagegen, dass das Bauverbot zu seinen Gunsten bzw. zu seiner früheren Parzelle Nr. 5 gelöscht werden könnte und verlangte, dass "auf der Parzelle Plan neuer Bestand" "das Bauverbot zu meinen und meiner Rechtsnachfolger Gunsten eingetragen wird bei der Bereinigung bestehender und Errichtung neuer beschränkt dinglicher Rechte" (Urk. 14/2).

E. 1.7

Durch öffentlich beurkundeten Abtretungsvertrag vom 14. Oktober 1977 (Urk. 25/7 = Urk. 65/3) mit Besitzesantritt am gleichen Tag übernahm der Erblasser "zufolge Erbvorbezugs" von seiner Mutter, N. _____, die Parzelle Kat.-Nr. 7 (später Kat. Nr. 2, heute Kat. Nr. 1). Im Abtretungsvertrag wird insbesondere auch das hier interessierende Bauverbot erwähnt, und es wurde festgehalten, dass "die oben aufgeführten Dienstbarkeiten den Parteien wörtlich aus dem Grundprotokoll vorgelesen" worden seien. Unmittelbar im Anschluss daran wurde vermerkt: "Nota Die Bereinigung der beschränkt dinglichen Rechte bleibt vorbehalten." Ziff. 5 der "weiteren Bestimmungen" lautet sodann wie folgt: "Den Parteien ist bekannt, dass für die Gemeinde D. _____ das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist und dass daher möglicherweise noch alte, im Grundprotokoll und Grundregister nicht eingetragene Rechte und Lasten bestehen".

E. 1.7.1

Schon vorher, am 23. August 1977, unterzeichnete die Eigentümerin des herrschenden Grundstückes, O. _____ (Mutter und Rechtsvorgängerin der Beklagten), als "Dienstbarkeitsberechtigte" zuhanden des Grundbuchamtes eine "Löschungsbewilligung" betreffend die "Teillöschung einer Grunddienstbarkeit" (Urk. 4/13 = Urk. 65/3 Blatt 5). Die von der Eigentümerin des herrschenden Grundstückes Kat. 16 bzw. GR 5 -2, später Kat. Nr. 3, heute Kat. Nr. 4) betreffend das dienende Grundstück Kat. Nr. 7 (später Kat. Nr. 2, heute Kat. Nr. 1 bzw. Kat. Nr. 10 und 11) abgegebene Erklärung hat den folgenden Wortlaut:

- 8 - "Die bisher zulasten des Grundstückes Kat. Nr. 7 in D. _____ der Erben des H. _____, 1904, D. _____ eingetragene Dienstbarkeit: 'Bauverbot Auf diesem Grundstück darf keine Baute erstellt werden. Gilt gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstückes Kat.

Nr. 16 (GR 5 -6) wie Prot. Z pg. 17 nach Obj. 2 im Jahre 1861, Konst. Hofbeschreibung D._____ Seite 717' wird bezüglich der im beigehefteten Situationsplan rot umrandeten Parzelle (Teil von Kat. Nr. 7) teilgelöscht. Bezüglich dem Rest von Kat. Nr. 7 bleibt die Dienstbarkeit im bisherigen Wortlaut bestehen". Der "beigeheftete Situationsplan" findet sich bei Urk. 4/13 bzw. in Urk. 65/3 letzte Seite: Rot umrandet ist der östliche Bereich der Liegenschaft, auf der eine Baute ein- gezeichnet ist; der grössere westliche Teil ist nicht rot umrandet. Der Erblasser und seine Mutter unterzeichneten am 14. Oktober 1977 (dem Tag der Eigentumsübertragung des dienenden Grundstückes auf den Erblasser) für das dienende Grundstück eine Grundbuchanmeldung zur Eintragung ins Grundregister mit folgendem Wortlaut (Urk. 33/1, Blatt 3 = Kopie aus Beleg D._____ 1977 Nr. 1; Urk. 65/3 S. 4): "Löschung der Dienstbarkeit 'Bauverbot wie Prot. Z/17 nach Obj. 2, Konst. Hofbeschreibung pg. 717" bezüglich einem Teil von Kat. Nr. 7, gemäss separater Löschungsbewilligung mit Situationsplan bzw. Begrenzung in der Ausübung." Am gleichen 14. Oktober 1977 meldete der Erblasser für das dienende Grundstück alt Kat.-Nr. 7 die folgende Dienstbarkeit zur Eintragung in das Grundregister an (Urk. 25/5/2; Beleg 1977 Nr. 6; Tb 1977 Nr. 7) an: "Nachführung der Dienstbarkeit const. Hofbeschr. pg. 717. (neu ...) Aus der bei Kat. Nr. 7 (GR 3) eingetragenen Dienstbarkeit 'Bauverbot wie B. Z pg. 17 Zif. 2 nach Obj. 3' ist das Grundstück Kat. Nr. 16 (GR 5 -6) der P._____, D._____, berechtigt. Diese Dienstbarkeit ist bei dieser Liegenschaft entsprechend nachzuführen."

- 9 - Am 14. Oktober 1977 unterzeichnete der Erblasser ferner als Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 7 (GR 3) eine "Erklärung des Grundeigentümers für die Grundbucheinführung in der Politischen Gemeinde D._____ ZH" (Urk. 25/8). Er hielt dort fest, "die bestehenden + infolge Güterzusammenlegung abgeschriebenen Einträge geprüft" zu haben und dass "die vorhandenen Einträge unverändert in das Grundbuch aufgenommen werden können". Unter Ziff. 3 Bemerkungen wird Folgendes festgehalten: "Aus der bei Kat. Nr. 7 eingetragenen Dienstbarkeit 'Bauverbot wie Bd. Z pg. 17 Ziff. 2 nach Obj. 3, const. Hofbeschr. pg. 717' ist das Grundstück Kat. Nr. 16 -GR 5 -6 berechtigt. Diese Dienstbarkeit ist bei dieser Liegenschaft entsprechend nachzuführen."

E. 1.7.2

Unter Bezugnahme auf die Anmeldung der Dienstbarkeit zur Eintragung im Grundregister durch den Erblasser am 14. Oktober 1977 teilte das Grundbuchamt Q._____ der Eigentümerin des herrschenden Grundstückes (Kat. Nr. 16), P._____, am 6. Januar 1978 brieflich Folgendes mit (Urk. 25/5/1; Beleg 1977 Nr. 6a; Tb 1977 Nr. 7): "Nachführung der Dienstbarkeit: Bauverbot, zugunsten Ihres Grundstückes Kat. Nr. 16, zulasten von Kat. Nr. 7 des B._____ Wir teilen Ihnen im Sinne von Art. 969 ZGB mit, dass B._____, K._____-Strasse ..., D._____ (Eigentümer von Kat. Nr. 7) am 14. Oktober 1977 die Nachführung der obgenannten Grunddienstbarkeit bezüglich Ihrer Liegenschaft Kat. Nr. 16 angemeldet hat. Dieses Bauverbot wurde anlässlich der Bestandesänderung infolge Güterzusammenlegung MD._____ bei Ihrer Liegenschaft nicht nachgeführt. Nach Angaben von Herrn B._____ besteht sie jedoch weiterhin."

E. 1.8

Das eidgenössische Grundbuch wurde für D._____ per 1. März 1991 eingeführt (Urk. 63 S. 2).

E. 1.9

Aus dem Servitutenprotokoll ... (Urk. 65/2/3) sind bezüglich der hier interessierenden Dienstbarkeit drei zusätzliche Einträge ersichtlich:

E. 1.9.1

Der erste Eintrag lautet: "Teillöschung: bzw. Begrenzung in der Ausübung am 14.10.1977 Bel. 1 mit Plan"

- 10 - Diese Teillöschung entspricht jener gemäss Urk. 4/13 und Urk. 33/1.

E. 1.9.2

Der zweite Eintrag lautet wie folgt: "Bzgl. GB 7, Kat. Nr. 12 teilgelöscht, am 26.06.1997, Beleg 2" Diese Löschung betrifft ein anderes herrschendes Grundstück, nämlich alt Kat. Nr. 12, welches an der Ecke G._____/ R._____-Strasse ... lag. Diese Löschung wurde im Jahre 1997 im Rahmen eines Quartierplanverfahrens veranlasst und interessiert hier nicht weiter (Urk. 65/4).

E. 1.9.3

Der dritte Eintrag lautet wie folgt: "Bezüglich neu Kat. Nr.1 nachgeführt und formell ausgedehnt und bezüglich neu Kat. Nr. 8 nachgeführt und formell ausgedehnt, materiell belastet sind jedoch nur 124 m² von alt Kat. Nr. 2 (vgl. Mutation 470), am 14.03.2000, Bel. 33" Am 14. März 2000 liessen die Politische Gemeinde D.____ einerseits und der Erblasser andererseits einen Tauschvertrag öffentlich beurkunden (Urk. 65/5): Gemäss diesem Vertrag trat die Gemeinde dem Erblasser das Grundstück Kat.-Nr. 17 ab. Und im Gegenzug trat der Erblasser der Gemeinde von seinem Grundstück altKat. Nr. 2 (= Kat. Nr. 1) 124m² sowie 11m² von einem weiteren hier nicht interessierenden Grundstück ab. Die 124m² aus alt Kat. Nr. 2 wurden der neuen Kat.-Nr. 8 zugeschlagen. Ein entsprechender Mutationsplan wurde erstellt (Urk. 65/5). Das Grundstück wurde später in die beiden Grundstücke Kat. Nr. 11 und Kat. Nr. 10 aufgeteilt (Urk. 63, Urk. 66/1). Die am 14. März 2000 vom Erblasser unterzeichnete Grundbuchanmeldung enthält den folgenden Passus (Urk. 65/5 S. 2): "Bereinigung der Dienstbarkeit Die bei alt Kat. Nr. 2 eingetragene Dienstbarkeit 'Bauverbot zug. GB 9, zul GB 3, dat. 1861, ...' ist bezüglich der Liegenschaften neu Kat. Nr. 1 nachzuführen und formell auszu- dehnen und bezüglich Kat. Nr. 8 nachzuführen und formell auszudehnen, materiell belastet sind jedoch nur 124m² von alt Kat. Nr. 2 (vgl. Mutation 470)."

E. 1.10

Die hier interessierenden Grundstücke haben im Laufe der Zeit die Nummern gewechselt.

- 11 -

E. 1.10.1

Hinsichtlich des herrschenden Grundstückes ist Folgendes festzuhalten: – das ursprünglich herrschende Grundstück wurde mit Nr. 5 bezeichnet (vgl. Urk. 14/2 und Urk. 14/3); – Im Rahmen der Güterzusammenlegung wurde GR 5 -6 zum neuen herrschenden Grundstück. Dieses Grundstück wurde später als Kat. Nr. 3 bezeichnet und trägt heute die Kat. Nr. 4 (Urk. 66/1; Urk. 65/2/1-3).

E. 1.10.2

Hinsichtlich des dienenden Grundstückes ist Folgendes festzuhalten: – die ursprünglich dienenden Grundstücke wurden im Rahmen der Güterzusammenlegung mit Nr. 18 und Nr.

6 bezeichnet (vgl. Urk. 14/2 und Urk. 14/3; vgl. Urk. 33/1, Plan); – die frühere herrschende Parzelle Kat. Nr. 5 wurde im Rahmen der Güterzusammenlegung mit der dienenden Parzelle Nr. 6 zur neuen dienenden Parzelle Nr. 7 vereinigt (Urk. 4/13, Plan; Urk. 24 S. 7; Plan: Urk. 65/3 S. 5; Urk. 66/1; vgl. Urk. 33/1, Plan). – Diese Parzelle erhielt zunächst die Kat. Nr. 2 und trägt heute die Nr. 1 (Urk. Urk. 65/5, Plan letzte Seite; Urk. 66/1). – Durch Tauschvertrag wurden von Kat. Nr. 2 bzw. 1 124 m² abgetrennt und auf Kat. Nr. 8 (vgl. Plan Urk. 25/5/3; heute Kat. Nr. 11 und 9) übertragen (Urk. 65/5-7). – Die Parzelle Nr. 7 wurde zu Kat. Nr. 2 und später zur Kat. Nr. 1 (Urk. 66/1). Wegen der Landabtrennung vom heutigen Grundstück Kat. Nr. 1 sind die heutigen Kat. Nr. 11 und Kat. Nr. 10 (beide früher Kat. Nr. 8) (Urk. 65/5 S. 5, Urk. 66/1) mit insgesamt 124 m² mit der Dienstbarkeit belastet (Urk. 65/2/1).

E. 2

Prozessverlauf

E. 2.1

Bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf das angefochtene Urteil verwiesen (Urk. 55 S. 2 f.).

- 12 -

E. 2.2

Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 24. Oktober 2014 erhob der Erblasser rechtzeitig Berufung (Urk. 53, Urk. 54). Die Berufungsantwort wurde von der Beklagten am 9. Februar 2015 erstattet (Urk. 59). Unterm 18. März 2015 erstattete der Erblasser die Berufungsreplik (Urk. 68), während dessen die Beklagte die Berufungsduplikatschrift am 12. Mai 2015 erstattete (Urk. 74). Diese wurde dem Kläger mit Verfügung vom 18. Mai 2015 zugestellt (Urk. 79).

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

Mit Eingabe vom 18. März 2015 teilte die Rechtsvertreterin des früheren Klägers, B._____, dem Gericht mit, dass ihr Mandant am tt.mm.2015 gestorben sei (Urk. 70). Und am 12. Mai 2015 liess sie das Gericht wissen, dass im Nachlass des B._____ als Willensvollstrecker A._____ amte (Urk. 77). Mit prozessleitender Verfügung des Referenten vom 18. Mai 2015 wurde darauf hingewiesen, dass kraft Bundesprivatrechts ein Parteiwechsel stattgefunden habe und dass der Prozess auf der Klägerseite vom Willensvollstrecker als Prozessstandschafter geführt werde. Demgemäss wurde vorgemerkt, dass A._____ anstelle von B._____ in den Prozess eingetreten sei. In diesem Sinne wurde das Rubrum des Prozesses korrigiert (Urk. 79). In der Folge wurde ein vom 27. März 2015 datierendes Willensvollstreckerzeugnis für A._____ eingereicht (Urk. 81). Ferner wurde eine vom 23. Mai 2015 datierende Prozessvollmacht von A._____ für die bisher auf Klägerseite tätig gewesene Anwältin eingereicht (Urk. 82). Damit steht fest, dass A._____ den Prozess als Prozessstandschafter namens und auf Rechnung des Nachlasses von B._____ führt.

E. 3.2

Im Rechtsbegehren ist als herrschendes Grundstück der Beklagten Kat. Nr. 3 erwähnt. Dieses Grundstück trägt heute die Kat. Nr. 4 und hat eine etwas andere Ausdehnung als noch Kat. Nr. 3 (vgl. Urk. 4/1, 66/2, 65/1). Es ist daher vorzumerken, dass das im Rechtsbegehren erwähnte Grundstück Kat. Nr. 3 heute die Kat. Nr. 4 trägt.

E. 3.3

Der Inhalt öffentlicher Register gilt als gerichtsnotorisch im Sinne von Art. 151 ZPO (BGer 4A_261/2013 vom 1. Oktober 2013 E. 4.3; BGer 4A_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.1.). Im Berufungsverfahren wurden daher die aktuellen Einträge im Grundbuch erhoben (Urk. 62-65). Die Parteien konnten sich mit der Berufungs-

- 13 - replik bzw. mit der Berufungsduplik dazu äussern. Es ist daher auf die aktuellen Einträge abzustellen.

E. 3.4

In den von den Parteien vor Aktenschluss erstatteten Vorträgen sind die behaupteten Tatsachen im Sinne Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO bestimmt aufzustellen; der Verweis auf eingereichte Beilagen vermag konkrete Behauptungen in den Rechtschriften nicht zu ersetzen (vgl. BGer 4A_652/2014 vom 3.2.2015 E. 3.4; BSK- WILLISEGGER, Art. 221 ZPO N 27). Mit seiner erstinstanzlichen Replik hat der Erblasser ein Privatgutachten von Dr. phil. S._____ eingereicht (Urk. 25/1-2). Solche Privatgutachten sind keine Beweismittel im Sinne von Art. 68 ZPO. Sie gelten lediglich als Bestandteil der Parteivorbringen (BGE 140 III 16 E. 2.5, 140 III 24 E. 3.3.3). Der Erblasser beruft sich in diesem Zusammenhang auf kein Gerichtsgutachten. Das von ihm eingereichte Privatgutachten kann daher nur insoweit von Belang sein, als dessen Schlussfolgerungen von der Beklagten anerkannt werden.

E. 4

Die Bedeutung der Güterzusammenlegung

E. 4.1

Das Gebiet, in dem die hier interessierenden Grundstücke der Parteien liegen, wurde in den vierziger Jahren des letzten Jahrhunderts in die Gesamtmelioration und Grundbuchvermessung MD._____ einbezogen (vgl. Schlussbericht der Meliorationsgenossenschaft MD._____: Urk. 25/3). Solche Güterzusammenlegungen werden vom kantonalen öffentlichen Recht geordnet. Die durch die Güterzusammenlegung bewirkten Eintragungen im Grundbuch erfolgen in der Regel auf Grund einer Anmeldung der zuständigen Verwaltungsbehörde, nämlich der Ausführungskommission der betreffenden Meliorationsgenossenschaft (ZK-LIVER, Art. 731 ZGB N 27). Gesamtmeliorationen haben unter anderem die Neuordnung des Grundeigentums einschliesslich der Bereinigung von Dienstbarkeiten zum Gegenstand (FASEL, Kommentar zur GBV, Art. 65 N 95). Bei der Begründung oder Verlegung von Dienstbarkeiten entsteht die Dienstbarkeit durch den rechtskräftigen Verwaltungsakt (ZK-LIVER, Art. 731 ZGB N 28 und Art. 736 ZGB N 96). Solche Verwaltungsakte sind auf dem Verwaltungsweg anzufechten; ein Grundbucheintrag, der sich auf einen unrichtigen, aber in Rechtskraft erwachsenen behördlichen Entscheid stützt, ist nicht ungerechtfertigt (BGer 5A_195/2012 vom 21.6.2012 E. 4.2; vgl. ZK-LIVER, Art. 731 ZGB N 28 und Art. 736 ZGB N 96). Heute legt Art. 65 lit. c GBV (= GBV vom 25. September 2011; SR

- 14 - 211.432.1) ausdrücklich fest, dass bei einer Güterzusammenlegung oder einer Landumlegung der Rechtsgrundausweis für den Eintrag der "durch einen dem angewendeten Verfahrensrecht entsprechende Ausweis" sei.

E. 4.2

Im Rahmen von Güterzusammenlegungen sind überflüssig gewordene Dienstbarkeiten zu löschen. Das trifft namentlich auf Wegdienstbarkeiten zu, weil diese zu- meist durch neu angelegte Strassen überflüssig werden (ZK-LIVER, 736 ZGB N 96). Denkbar ist aber auch die Verlegung von Dienstbarkeiten. In der Literatur wird davon gesprochen, dass die Verlegung einer Dienstbarkeit im Rahmen einer Güterzusammenlegung "der grundbuchtechnische Vorgang als Folge des dinglichen Surrogationsprinzips" sei. Wenn nur ein Teil des alten Besitzstandes des Verpflichteten mit einer Dienstbarkeit belastet gewesen sei, werde im Rahmen der Güterzusammenlegung zu entscheiden sein, ob die Wertverschiebungen in der "Geldausgleichungstabelle" zu berücksichtigen seien oder ob ein kleineres Grundstück zuzuweisen sei. Auf diese Weise folge das Recht nicht dem Objekt, sondern der Person (ERNST VOGEL, Die rechtliche Struktur der Güterzusammenlegung in der Schweiz, Diss. Zürich 1937, S. 12 f.). Mit der behördlichen Genehmigung der Neuzuteilung wird auch die Neuordnung der Dienstbarkeiten rechtskräftig (so HANS J. FLUCK, Das Verfahren zur Durchführung öffentlicher Meliorationen in der Schweiz, Zürich 1945, S. 60 f.).

E. 4.3

Die öffentlich-rechtliche Güterzusammenlegung hat die gleiche rechtliche Wirkung wie die Umlegung von Bauland. Sie bewirkt eine dingliche Subrogation (bzw. Surrogation). Gemäss LIVER (ZK-LIVER, Art. 736 ZGB N 96) kann die Löschung von Dienstbarkeiten im Sinne von Art. 736 ZGB in den öffentlich-rechtlichen Verfahren der landwirtschaftlichen Güterzusammenlegung "am radikalsten" durchgeführt werden, denn durch die Gruppierung und Formung der einzelnen neuen Parzellen werden "namentlich Wegrechte, aber auch Baubeschränkungen" oft gegenstandslos, wobei die Aufhebung solcher Rechte durch öffentlich-rechtlichen Entscheid erfolgt. Soweit aber die Nutzlosigkeit nicht zweifelsfrei feststeht, bleibt es bei der Dienstbarkeit und "der Eigentümer des belasteten Grundstücks" wird "auf den Weg der Klage gemäss Art. 736 verwiesen" (ZK-LIVER, Art. 736 ZGB N 97).

E. 4.4

Im Kanton Zürich wird bzw. wurde die landwirtschaftliche Güterzusammenlegung durch die folgenden Gesetze geregelt:

- 15 - – bis 8. November 1963: Gesetz betreffend die Förderung der Landwirtschaft vom 24. September 1911 (OS 29, 228-268 = LG 1911); – ab 9. November 1963 bis 31. Dezember 1979: Gesetz über die Förderung der Landwirtschaft vom 22. September 1963 (OS 41, 545-587 = LG 1963); – seit 1. Januar 1980: Landwirtschaftsgesetz (LG) vom 2. September 1979 (OS 47, 257, GS VII, 11., LS 910.1 = LG 1979). Das hier interessierende Gebiet wurde unter der Herrschaft des LG 1911 der Güterzusammenlegung unterworfen. Massgebend sind daher unter diesem Gesichtspunkt dessen Bestimmungen.

E. 4.4.1

Für die "verbesserte Flurbereinigung" sind gemäss LG 1911 dessen §§ 101-128 sowie die §§ 139-145 massgebend. In einem ersten Schritt wurde zunächst die Vermessung sowie die

"Einschätzung (Bonitierung) der beteiligten Grundstücke im derzeitigen Bestande" "ausgeführt" (§ 108 LG 1911). Diese Aufstellung wurde gemäss § 109 Abs. 2 LG 1911 während 14 Tagen öffentlich aufgelegt, und "dritten Personen..., denen beschränkt dingliche Rechte an den Grundstücken (Grundpfandgläubiger, Nutzniesser, Grundlastberechtigte u.s.w.)" zustehen, öffentlich bekanntgemacht. Diese Drittpersonen konnten Einsprache erheben. Einsprachen, die von der Kommission nicht erledigt werden konnten, wurden an das zuständige Schiedsgericht überwiesen (§§ 110 f. und 141 LG 1911).

E. 4.4.2

Alsdann waren "Übersichtsplan und Akten über die projektierte Flureinteilung" dem Regierungsrat zur Genehmigung zu unterbreiten (§ 112 LG 1911). Nach dieser Genehmigung wurde das Projekt betreffend die Neueinteilung während 14 Tage öffentlich aufgelegt. Wiederum konnten Einsprachen bei der Kommission erhoben werden, die, "wenn sie von dieser nicht erledigt werden können, dem Schiedsgericht (§ 141) zur Entscheidung zu unterbreiten sind" (§ 113 LG 1911). In § 114 LG 1911 wurden die Grundsätze für die Neueinteilung festgelegt. In § 114 Ziff. 3 LG 1911 wurde sodann festgelegt, dass "jedem Eigentümer ... für den Wert der abgetretenen Grundstücke, soweit tunlich, Ersatz in Land geboten werden" soll. Dieses Ersatzland "soll von gleicher Art und annähernd gleicher Bodengüte sein wie das abgetauschte".

- 16 - Nach der Erledigung der Einsprachen waren gemäss § 115 LG 1911 "die neuen Grundstücke endgültig festzulegen".

E. 4.4.3

Gemäss § 121 Abs. 1 LG 1911 waren die Grundpfandrechte, die auf den abzutretenden Grundstücken lasteten, "im bisherigen Rang auf die zum Ersatze zugewiesenen Grundstücke zu übertragen". Und "die übrigen dinglichen Rechte, welche infolge der Zusammenlegung nutzlos werden, wie z.B. Wegrechte" erloschen gemäss § 122 LG 1911 (vgl. dazu: ZK-LIVER, Art. 736 ZGB N 97). In der Folge hatte der Notar gemäss § 124 LG 1911 "jedem beteiligten Grundeigentümer sowie den Grundpfandgläubigern, Grundlastberechtigten, Nutzniessern u.s.w. einen Auszug über die auf die neuen Grundstücke gelegten Grundlasten und deren Rangordnung" zu übermitteln, wobei wiederum eine 14tägige Einsprachefrist anzusetzen war. Wenn dabei von "Drittpersonen, Grundpfandgläubigern u.s.w. Berechtigungen geltend gemacht" wurden, die vom Eigentümer bestritten wurden, so wurde "dieser auf den gewöhnlichen Rechtsweg verwiesen." Der erste Satz von § 125 LG 2011 lautet sodann: "Der Eigentumsübergang und die Änderung in den übrigen dinglichen Rechten erfolgen mit dem Datum der Eintragung in das Grundbuch, die nach der Erledigung der Beschwerden (§ 124) stattzufinden hat." LIVER (ZK-LIVER, Art. 731 ZGB N 27) bemerkt zu dieser Vorschrift, nach welcher sich die Verwirklichung des neuen Besitzstandes erst mit der Eintragung im Grundbuch vollziehe, dass sie der rechtlichen Natur des Zusammenlegungsverfahrens widerspreche und sich in der Praxis auch nicht bewährt habe. In der Tat wurde das auch im Rechenschaftsbericht des Zürcher Obergerichts für das Jahr 1927 so gesehen, wo festgehalten wurde, dass – abweichend von § 125 LG 1911 – in solchen Fällen ein ausserbuchlicher Erwerb des Eigentums zweckmässiger wäre. In der Praxis gehe man aber anders vor: Es würden "die gesamten Rechtsverhältnisse am neuen Besitzstand" von den Grundbuchämtern durch schriftliche Vereinbarung aller Beteiligten derart verbindlich

festgelegt, "dass daran nicht mehr gerüttelt werden kann ... und keine Einsprachen mehr erhoben werden können" (Wiedergabe des Re- chenschaftsberichts in ZBGR 9/1928 S. 230 f.). Erst mit § 97 Abs. 1 LG 1963 wurde diese unbefriedigende Rechtslage geändert. Gemäss dieser Bestimmung waren "über die Änderungen in den Eigentumsverhältnissen und die Begründung beschränkter dinglicher Rechte, die sich aus der Güterzusammenlegung ergeben, ... zuhanden des Grundbuchamtes ein Nachweis zu erstellen". Gleiches trifft gemäss § 94 Abs. 2 des

- 17 - geltenden LG 1979 zu. Mit § 95 LG 1979 wurde sodann klargestellt, dass die Aufnahme der Grundstücke und die Eintragung der beschränkt dinglichen Rechte "spä- testens im Grundbucheinführungsverfahren" erfolgen werde, wobei § 271 EG ZGB vorbehalten sei. Gleiches wurde bereits mit § 97 Abs. 2 LG 1963 angeordnet.

E. 4.4.4

In diesem Zusammenhang ist die bei den Akten liegende Abschrift der Einspra- che von I._____, einem Rechtsvorgänger der Beklagten, vom 8. August 1945 zu se- hen, welche "an die Ausführungskommission der Melioration MD._____" gerichtet war (Urk. 14/2). Der Einsprecher legte dort dar, dass ihm zugunsten seiner Parzelle alt Nr.

E. 5

Die Nachführung der Dienstbarkeit nach dem Meliorationsverfahren

E. 5.1

Nach dem Gesagten entsprach es unter der Herrschaft des LG 1911 der zürche- rischen Praxis, dass das Ergebnis des Meliorationsverfahrens unter Umständen erst nach längerer Zeit im Grundbuch bzw. in den kantonalen Publizitätseinrichtungen nachgeführt wurde (vgl. oben E. 4.4.).

E. 5.2

Am 14. Oktober 1977 gab der Erblasser im Hinblick auf die Einführung des Grundbuches bezüglich des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks Kat. Nr. 7 die Erklärung ab, dass er die "bestehenden + die infolge Güterzusammenlegung ab- geschriebenen Einträge geprüft habe". Gleichzeitig verlangte er, dass die hier interes- sierende Dienstbarkeit zugunsten des Grundstückes Kat. Nr. 16 bzw. GR 5 -6 (heute Kat. Nr.4) nachzuführen sei (Urk. 25/8; vgl. dazu: Urk. 24 S. 4). Die mit dieser Erklä- rung anvisierte Grundbucheinführung wurde schliesslich für das betreffende Gebiet

- 18 - per 1. März 1991 in Kraft gesetzt (Urk. 63). Ebenfalls am 14. Oktober 1977 gab der Erblasser auch eine entsprechende Anmeldung zur Eintragung bzw. "Nachführung" der Dienstbarkeit "const. Hofbeschr. pg. 717" bzw. "neu ..." ab (Urk. 25/5/2). Demge- mäss ist aus der "bei Kat. Nr. 7" (GR 3) eingetragenen Dienstbarkeit das Grundstück Kat. Nr. 16 [heute Kat. Nr. 4]" berechtigt, weshalb "diese Dienstbarkeit ... bei dieser Liegenschaft entsprechend nachzuführen ist". Dieses Vorgehen entsprach der Vor- schrift von § 97 Abs. 2 Satz 2 LG 1963: Die Eintragung beschränkt dinglicher Rechte als Ergebnis des Meliorationsverfahrens hatten erst "im Grundbucheinführungsverfah- ren" zu erfolgen.

E. 5.3

Die erwähnte Erklärung des Erblassers entspricht offensichtlich dem Ergebnis des in den vierziger Jahren des letzten Jahrhunderts durchgeführten Meliorationsver- fahrens. Bereits in den Kaufverträgen vom 19. Dezember 1947 und vom 6. Februar 1948, mit denen der

Vater des Erblassers im hier interessierenden Bereich Land erwarb (Urk. 4/8 und 4/9), wurde auf die "vorgesehene Neuzuteilung im Güterzusammenlegungsverfahren" bzw. auf die noch nicht abgerechneten Kosten der Melioration sowie auf die Servituten hingewiesen, welche der Käufer "ausdrücklich" übernahm. Aus dem von der Klägerseite ins Recht gelegten Schreiben des Grundbuchamtes Q._____ vom 6. Januar 1978 an die Rechtsvorgängerin der Beklagten (Urk. 25/5/1) ergibt sich sodann unmissverständlich, dass dem Ergebnis des Meliorationsverfahrens vor der vom Erblasser vorgenommenen Anmeldung zur Eintragung der hier umstrittenen Dienstbarkeit in das kantonale Grundregister noch nicht Rechnung getragen worden war. Das Grundbuchamt hielt dort nämlich unter Bezugnahme auf die Anmeldung des Erblassers fest, dass das Bauverbot "anlässlich der Bestandesänderung infolge Güterzusammenlegung MU._____ bei Ihrer Liegenschaft nicht nachgeführt" worden sei. "Nach Angaben von Herrn B._____" bestehe die Dienstbarkeit "jedoch weiterhin". Gleiches ergibt sich aus der entsprechenden Erklärung des Erblassers an das Grundbuchamt vom 14. Oktober 1977, mit der er erklärte, dass er die durch das Güterzusammenlegungsverfahren bewirkte Veränderung geprüft habe und dass die "vorhandenen Einträge unverändert in das Grundbuch aufgenommen werden können" (Urk. 25/8). Auszugehen ist davon, dass im Rahmen des Meliorationsverfahrens in den vierziger Jahren keine Nachweise erstellt wurden, wie das später gemäss § 97 Abs. 1 LG 1963 und § 94 Abs. 2 LG 1979 nötig gewesen wäre. Vielmehr entsprach

- 19 - das Vorgehen der unbefriedigenden Praxis gemäss LG 1911, "gemäss welcher im Grundbuch noch der alte Bestand eingetragen war, während derselbe tatsächlich längst nicht mehr besteht und die Eigentümer schon lange den neuen Besitzstand bewerben". Man verlegte sich daher in der Praxis darauf, dass sich die Betroffenen freiwillig dem Ergebnis des Meliorationsverfahrens unterzogen (dazu: Auszug aus dem Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 1927, in ZBGR 1928, 231). Offensichtlich ist es, dass es sich bezüglich der hier interessierenden Dienstbarkeit auch so verhielt. Die Bereinigung der hier interessierenden Grunddienstbarkeit wurde anlässlich "der grundbuchlichen Zuweisung der Grundstücke" unterlassen, wie das den Beteiligten mit den Formularen der Ausführungskommission jeweils in Aussicht gestellt wurde (vgl. dazu Urk. 33/4, Blatt 2, "Bemerkungen" Ziff. 3). Die Mitteilung des Grundbuchamtes Q._____ vom 6. Januar 1978 (Urk. 25/5/1) ist als die dort in Aussicht gestellte Information des Grundbuchverwalters über die Bereinigung der Dienstbarkeiten anzusehen.

E. 5.4

Wenn der Erblasser unter diesen Umständen am 14. Oktober 1977 die Nachführung der Dienstbarkeit beim Grundbuchamt zur Anmeldung brachte (Urk. 25/5/2), dann geschah dies nicht einfach ohne Rechtsgrund, sondern war Folge des Ergebnisses des öffentlich-rechtlichen Meliorationsverfahrens, das im Jahre 1946 mit dem Antritt des neuen Besitzstandes abgeschlossen worden war (vgl. Urk. 25/3 S. 7). Unmittelbar vor dieser Grundbuchanmeldung muss die hier interessierende Dienstbarkeit denn auch ein Thema zwischen den Rechtsvorgängerinnen der Parteien gewesen sein: Am 23. August 1977 meldete die Rechtsvorgängerin der Beklagten zuhanden des Grundbuchamtes die "Teillöschung" der hier interessierenden Dienstbarkeit an (Urk. 4/13). Mit der Löschungsbewilligung wird auf den beiliegenden Situationsplan verwiesen und im Übrigen bestimmt, dass das Bauverbot hinsichtlich der "rot umrandeten Parzelle (Teil von Kat. Nr. 7) teilgelöscht" werden, "bezüglich dem Rest von Kat. Nr. 7" aber "im bisherigen Wortlaut bestehen" bleibe. Erst mit dieser Teillöschung war es dem Erblasser möglich, wenig später

auf seiner Parzelle Nr. 7 im Jahre 1978 jenes Haus zu erstellen, das im Situationsplan eingezeichnet ist (vgl. dazu Anhang zu Urk. 4/2 "Auskunftssystem Gebäudedaten GVZ"). Wenn er wenige Wochen nach dieser Teillöschung – und unmittelbar nach der Übertragung des Eigentums auf ihn – am 14. Oktober 1977 mit der "Anmeldung zur Eintragung ins Grundregister" (Urk. 25/5/2)

- 20 - die Nachführung der Dienstbarkeit zugunsten von Kat. Nr. 16 (heute Nr. 4) veranlasste, dann geschah dies nicht zufällig oder gar irtümlich. Vielmehr war dies ein Vorgang, der auf das Ergebnis des seinerzeitigen Meliorationsverfahrens sowie auf die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten wenige Wochen zuvor konzedierte Teillöschung abgestimmt war. Unter diesen Umständen musste sich der Erblasser – und heute seine Rechtsnachfolger – bei dem von ihm selber veranlassten Grundbucheintrag behaftet lassen. Eines Dienstbarkeitsvertrages bedurfte es nicht, ging es doch um den Nachvollzug eines öffentlich-rechtlichen Vorganges in der kantonalen Grundbucheinrichtung.

E. 6

Die Einführung des eidgenössischen Grundbuchs per 1. März 1991

E. 6.1

Fest steht, dass für die Gemeinde D._____ das eidgenössische Grundbuch per 1. März 1991 eingeführt wurde (Urk. 64 S. 2).

E. 6.2

Die hier interessierende Dienstbarkeit wurde seinerzeit in die kantonale Publizitätseinrichtung, das Grundregister, eingetragen (vgl. Urk. 25/5/2). Da eine solche Dienstbarkeit ohne weiteres auch nach neuem Recht hätte begründet werden können, war sie gemäss Art. 43 Abs. 3 SchlT ZGB bei Einführung des Grundbuchs von Amtes wegen in das Grundbuch einzutragen. Als Vorbereitung der Grundbucheinführung waren unter anderem die Dienstbarkeiten nach dem vom Kanton vorgesehenen Verfahren zu bereinigen (BSK-SCHMID, Art. 43 SchlT ZGB N 7). Im Kanton Zürich geschah und geschieht dies nach den Vorschriften der §§ 38 ff. der Verordnung des Obergerichts über die Geschäftsführung der Grundbuchämter und die Einführung des eidgenössischen Grundbuchs vom 26. März 1958 (Kantonale Grundbuchverordnung; im Folgenden: GBV/ZH; LS 252). Gemäss § 40 GBV/ZH hat der Grundbuchverwalter zusammen mit den Eigentümern auf die Bereinigung sowie auf die "Eintragung der unter dem alten Recht entstandenen Dienstbarkeiten hinzuwirken". Gemäss § 42 GBV/ZH sind Dienstbarkeiten, die keiner neuen Fassung bedürfen, "nach und nach in das Servitutenprotokoll zu übertragen". Bei der Überführung der Dienstbarkeiten in das Grundbuch ist gemäss § 70 GBV/ZH "eine den tatsächlichen Verhältnissen und dem Sachenrecht entsprechende Form" anzustreben. Und gemäss § 71 Abs. 1 GBV/ZH sind Dienstbarkeiten, die keiner Änderung bedürfen, "mit ihrem Entstehungsdatum" ins Grundbuch zu übertragen. Dieses Datum ist nämlich massgebend

- 21 - für die Rangfolge gegenüber später errichteten dinglichen Rechten (BSK-SCHMID, Art. 43 SchlT ZGB N 23). Das Servitutenprotokoll ist ein vom Bundesrecht nicht vorgeschriebenes kantonales Register, das im Kanton Zürich auch dort geführt wird, wo das Grundbuch bereits eingeführt ist (§ 10 Ziff. 1 GBV/ZH). Im Servitutenprotokoll werden die Dienstbarkeiten "in ihrem vollständigen Wortlaut" "auf besonderem Blatt mit Nummer" eingetragen. Die beteiligten Grundstücke und der Geltungsbereich müssen aus dem

Eintrag jederzeit ersichtlich sein (§ 11 GBV/ZH).

E. 6.3

Auf Grund der vorliegenden Akten steht fest, dass die hier interessierende Dienstbarkeit heute im Grundbuch zu Gunsten des Grundstückes Kat. Nr. 4 der Beklagten und zu Lasten des Grundstückes Kat. Nr. 1 des Erblassers sowie für eine Fläche von 124m² zu Lasten der Grundstücke Kat. Nr. 10 und 11 von Dritteigentümern eingetragen ist (Urk. 4/2, 4/3, 25/5 lit. C, 25/5/3, Urk. 62, 63, 65/1-7).

E. 7

Die Tragweite der Dienstbarkeit und ihre verlangte Löschung

E. 7.1

Der Inhalt der vorliegenden im Jahre 1861 unter altem Recht begründeten, heute aber im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit ist nach den Regeln des Art. 738 ZGB zu ermitteln (BGE 92 II 89 E. 2). Dieser Eintrag ist denkbar klar: Auf der Parzelle Kat. Nr. 1 darf keine Baute errichtet werden (Urk. 65/2/1). Namentlich enthält er auch nicht etwa eine Flächenbeschränkung, wie das bezüglich der gleichen Dienstbarkeit der Fall ist, soweit sie die Kat. Nr. 11 und 10 belastet. Eine Bauverbotsdienstbarkeit, die nur einen Teil des belasteten Grundstückes betreffen soll, müsste entsprechend abgefasst werden (BGE 107 II 331 E. 2). Das trifft hier klarerweise nicht zu.

E. 7.1.1

Dem Kläger hilft es namentlich nicht, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, die ursprüngliche Servitut habe nur eine Fläche von 1030 m² betroffen. Und da sie im Jahre 1977 für 7 m² teilgelöscht worden sei, sei "der grösste Teil der Servitutsfläche" der 2409 m² messenden Parzelle des Erblassers von der Dienstbarkeit "befreit" worden (Urk. 24 S. 3). Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass durchaus unklar ist, welcher Teil von Kat. Nr. 1 von der ursprünglichen Servitutsfläche von 1030 m² belastet war. Es besteht keine Grundlage dafür, um zu sagen, wie das der Kläger im Ergebnis tut, dass die ursprüngliche Servitut ausschliesslich den ganzen rot umrandeten

- 22 - Teil gemäss dem Plan in Urk. 4/13 bzw. Urk 65/3 der heutigen Parzelle Kat. Nr. 1 erfasst habe. Im Übrigen sind die Erklärungen der Rechtsvorgängerin der Beklagten als der Dienstbarkeitsberechtigten und des Erblassers als des Dienstbarkeitsbelasteten aus dem Jahre 1977 eindeutig: Am 23. August 1977 bewilligte die Rechtsvorgängerin der Beklagten für die auf dem Situationsplan gemäss Urk. 4/13 bzw. Urk. 65/3 rot umrandete Fläche die Teillöschung der Servitut, hielt aber gleichzeitig fest, dass "bezüglich dem Rest von Kat. Nr. 7 [heute Kat. Nr. 1] ... die Dienstbarkeit im bisherigen Wortlaut bestehen" bleibe. Das kann nur so verstanden werden, dass der nicht rot umrandete Teil der Parzelle vom Bauverbot belastet bleiben sollte. Der erwähnte Situationsplan wurde sodann sowohl von der Rechtsvorgängerin des Erblassers als auch von ihm selber am 14. Oktober 1977 unterzeichnet, als die beiden Nachbarn ihren Abtretungsvertrag bezüglich Kat. Nr. 7 bzw. Kat. Nr. 1 öffentlich beurkunden liessen (Urk. 4/13 = 65/3 Blatt 5). Am gleichen Tage meldete dann der Erblasser die Dienstbarkeit im Sinne einer "Nachführung" – ohne jeden Vorbehalt – zur Eintragung in das Grundregister an (Urk. 25/5/2). Diese Erklärungen der berechtigten und belasteten Grundeigentümer können nur so verstanden werden, dass die Dienstbarkeit für den gesamten Bereich der heutigen Kat. Nr. 1 weiter gelten sollte, der im Situationsplan nicht rot umrandet ist. So hat dies offensichtlich auch das Grundbuchamt

Q._____ verstanden, aus dessen Brief vom 6. Januar 1978 an die Dienstbarkeitsberechtigte hervorgeht, dass mit der Anmeldung der Dienstbarkeit zur Eintragung in das Grundregister durch den Erblasser die Nachführung im Zusammenhang mit der "Güterzusammenlegung MD._____" vorgenommen werden sollte und dass nach den Angaben des Erblassers die Dienstbarkeit weiterhin bestehe (Urk. 25/5/1). Damit kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten im Jahre 1977 annahmen, die Dienstbarkeit habe – unter dem Vorbehalt der Teillöschung – jene Tragweite, wie das ihrem Wortlaut und dem Eintrag entspricht. Dieser Wortlaut bezieht sich nicht etwa auf eine blosser Teilfläche. Im Jahre 1977 haben die Rechtsvorgängerinnen der Parteien bzw. der Erblasser selber Erklärungen zuhanden des Grundbuchverwalters abgegeben, mit denen einerseits dem Ergebnis der früheren Melioration und andererseits dem nachbarschaftlichen Interessenausgleich Rechnung getragen werden sollte. Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, dass heute noch die ganze Teilfläche

- 23 - von Kat. Nr. 1 mit dem Bauverbot belastet ist, die im erwähnten Situationsplan nicht rot umrandet ist. Die erwähnten Dokumente sind für die Bedeutung der Servitut durchaus von Belang. In diesem Sinne haben die Beteiligten den Wortlaut der Dienstbarkeit gemäss Eintrag in das Servitutenprotokoll anerkannt (BGE 85 II 177 E. 2; ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 12).

E. 7.1.2

Der Kläger trägt sodann vor, im Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit im Jahre 1861 sei im Gebiete der heutigen Grundstücke der Parteien in erster Linie Landwirtschaft betrieben worden. Die einzige plausible Erklärung für die Servitut sei die Sicherung der landwirtschaftlichen Nutzung und der entsprechenden Durchgangs- und Weiderechte. Dass im Jahre 1860 jemand eine Aussichts servitut habe sichern wollen, sei "ein ziemlich abwegiger Gedanke" (Urk. 2 S. 7 f. Rz 6). Dem ist nicht zu folgen. Zu erinnern ist zunächst daran, dass die Eintragung des Entstehungsdatums im Grundbuch vorgeschrieben ist (vgl. oben E. 6.2.; § 71 Abs. 1 GBV/ZH) und dass dies lediglich eine Bedeutung hat für die Rangfolge der beschränkt dinglichen Rechte. Im Übrigen kommt es auch hier auf den Eintrag an: Bauverbot ist Bauverbot. Ein Bauverbot hat im 21. Jahrhundert noch immer die gleiche Bedeutung, wie das auch schon im 19. Jahrhundert der Fall war. Und wenn in einer landwirtschaftlichen Umgebung auf einem Grundstück nicht gebaut werden kann, ist die Auswirkung gleich wie im urbanen Bereich (vgl. dazu auch: BGer 5A_599/2013 vom 14.4.2014). Der Umstand, dass das fragliche Gebiet im 19. Jahrhundert – im Gegensatz zu heute – landwirtschaftlich genutzt wurde, tut daher nichts zur Sache. Im Sinne von Art. 738 Abs. 1 ZGB ergeben sich hier mithin die Rechte und die Pflichten aus dem Eintrag deutlich. Eingeschränkt wird die Dienstbarkeit einzig durch den im Jahre 1977 anlässlich ihrer Teillöschung erstellten Situationsplan (vgl. dazu ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 8). Mit ihren Erklärungen haben die Servitutsbelasteten sowie die Servitutsberechtigten im Jahre 1977 im Hinblick auf die Grundbucheinführung Erklärungen abgegeben, die namentlich auch dem Ergebnis des in den vierziger Jahren des letzten Jahrhunderts durchgeführten Meliorationsverfahrens Rechnung getragen haben und welches bis zum Jahre 1977 noch keinen Niederschlag in den Grundbucheinrichtungen gefunden hatte. Das war ein Vorgehen, dass von § 97 Abs. 2 LG 1963 und später dann von § 95 Abs. 2 LG 1979 ausdrücklich vorgesehen wurde.

E. 7.2

Da sich die Rechte und die Pflichten aus dem Eintrag klar ergeben, erübrigt sich an und für sich die Prüfung des Erwerbsgrundes. Nicht massgeblich ist jedenfalls der Erwerbsgrund im Jahre 1861, über den die Parteien ohnehin keine tatsächlichen Angaben zu machen in der Lage sind. Massgeblich sind vielmehr die Erklärungen der Parteien im Grundbucheinführungs- und -bereinigungsverfahren (ZK-LIVER, Art. 738 ZGB N 86). Und diese ergeben nach dem Gesagten klare Hinweise darauf, dass die Parteien von einem Bauverbot ausgingen, das auf demjenigen Teil des Grundstücks des Erblassers verblieb, das im Jahre 1977 seitens der Dienstbarkeitsberechtigten nicht von der Dienstbarkeit befreit wurde. Keine Auslegungshilfe ergibt sich angesichts der negativen Wirkung des Bauverbots sodann aus dem in Art. 738 Abs. 2 ZGB erwähnten Umstand, wie die Servitut "während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist": Der Umstand allein, dass ein Grundstück bisher nicht überbaut wurde, sagt bezüglich des Bestehens oder Nichtbestehens eines Bauverbotes nichts aus.

E. 7.3

Damit bleibt die Frage, ob die Dienstbarkeit entsprechend dem Antrag des Erblassers gemäss Art. 736 ZGB im Grundbuch zu löschen sei. Das ist dann der Fall, wenn die Dienstbarkeit für den Berechtigten "alles Interesse" verloren hat.

E. 7.3.1

Der Kläger meint dazu, das Bauverbot sei einzig darauf ausgerichtet, die "landwirtschaftliche Nutzung" zu ermöglichen. Dass es im Jahre 1861 weder um die Erhaltung von Besonnung und Aussicht gegangen sei, zeige allein "schon das Fehlen eines in derartigen Baubeschränkungen sonst üblichen Pflanzverbots für Bäume" (Urk. 2 S. 9). Letzteres ist offensichtlich falsch: Es gibt unzählige Bauverbote, die nicht mit Pflanzverboten verbunden sind. In aller Regel werten Bauverbote die Lebensqualität in der Nachbarschaft und damit auch die Grundstücke in dieser Nachbarschaft entscheidend auf. Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich kaum je sagen, dass an einem Bauverbot auf einem Grundstück in dessen Nachbarschaft kein Interesse bestehe. In gleicher Art kann in einem solchen Falle auch kaum je gesagt werden, dass im Sinne von Art. 736 Abs. 2 ZGB ein noch vorhandenes Interesse des Berechtigten im Vergleich zur Belastung unverhältnismässig gering sei (BGer 5A_340/2013 vom 27.8.2013 E. 4.3; vgl. auch BGer 5A_599/2013 vom 14.4.2014). Ein Bauverbot hatte daher im 19. Jahrhundert eine ähnliche Bedeutung wie heute (vgl. dazu auch das

- 25 - Beispiel bei ZK-LIVER, Art. 736 ZGB N 80, Art. 734 N 132). Ganz abgesehen davon, kommt es auf den Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit nicht entscheidend an. Entscheidend ist aber, dass die Berechtigte und der Belastete im Jahre 1977 im Sinne der früheren Melioration bzw. Güterzusammenlegung das Bauverbot so bestätigt haben, wie es heute im Grundbuch steht. Es kann daher keine Rede davon sein, dass die Beklagte die Dienstbarkeit zu einem andern Zwecke aufrecht erhalten möchte, als zu dem sie errichtet wurde (vgl. Urk. 2 S. 9).

E. 7.3.2

Nicht anders verhält es sich hier: Der Katasterplan zeigt deutlich, dass die mit dem Bauverbot belastete Fläche von Kat. Nr. 1 die einzige unüberbaute Fläche in der näheren Nachbarschaft des Grundstückes Kat. Nr. 4 der Beklagten ist (Urk. 66/1). Noch fast eindrücklicher ersichtlich ist das aus den vom Kläger mit der Berufungsrepublik zu den

Akten gegebenen "Orthophotos" aus dem offiziellen GIS-Browser des Kantons Zürich (Urk. 69). Der noch unüberbaute Teil des klägerischen Grundstückes Kat. Nr. 1 (F.____-Strasse ...) präsentiert sich als eigentliche Oase in der näheren Nachbarschaft. Eine weitere Überbauung würde die Nachbarschaft entscheidend belasten. Die Beklagte hat daher ein erhebliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Bauverbotes. Es kann daher weder gesagt werden, dass die fragliche Servitut im Sinne von Art. 736 Abs. 1 ZGB für das Grundstück der Beklagten "alles Interesse verloren" habe, noch kann gesagt werden, dass das Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung des Bauverbotes im Vergleich zur Belastung des Klägers unverhältnismässig sei. Das führt zur Abweisung der Klage, und zwar bezüglich Haupt- und Eventualbegehren.

E. 8

Bestätigung des angefochtenen Urteils, Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 8.1

Nach dem Gesagten ist das angefochtene Urteil in der Sache in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO zu bestätigen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Urteils sind nicht angefochten, so dass es auch in dieser Hinsicht zu bestätigen ist.

E. 8.2

Der Kläger legte vor Vorinstanz dar, dass eine Fläche von ca. 1'370 m² vom hier streitigen Bauverbot betroffen sei, wobei die Aufhebung des Bauverbotes zu einer Wertsteigerung von Fr. 500.00 pro Quadratmeter führe. Das ergebe einen Streitwert

- 26 - von Fr. 685'000.00 (Urk. 2 S. 2 f.). Demgegenüber hielt die Beklagte einen Streitwert von Fr. 456'666.00 für angemessen (Urk. 12 S. 2). Mit richtiger Begründung, auf die zu verweisen ist (Urk. 55 S. 8 f.), hat die Vorinstanz auf den höheren Streitwert abgestellt. Vor Obergericht wird das nicht beanstandet. Es ist daher von einem Streitwert von Fr. 685'000.00 auszugehen.

E. 8.3

Entsprechend dem Prozessausgang wird der Erblasser auch für das obergerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Es wird beschlossen: Es wird vorgemerkt, dass das im Rechtsbegehren erwähnte Grundstück Kat. Nr. 3 heute die Kat. Nr. 4 trägt. Und sodann wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.