

# **BGer 5D\_96/2011 vom 20. Juli 2011**

Bundesgericht, 2011-07-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5D\\_96\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5D_96_2011)

FR: TF 5D\_96/2011 du 20 juillet 2011

IT: TF 5D\_96/2011 del 20 luglio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Streitigkeit über Inhalt und Umfang des Fuss- und Fahrwegrechts ( Art. 730 ff. ZGB ) betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert ca. Fr. 10'000.-- für das Kassationsgericht (Ziff. 5 S. 9) bzw. Fr. 19'000.-- für das Obergericht (S. 19) beträgt und damit den gesetzlichen Mindestbetrag von Fr. 30'000.-- nicht erreicht ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ; vgl. BGE 136 III 60 E. 1 S. 62 f.). Dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, wird in der Beschwerdeschrift weder behauptet noch begründet (Art. 74 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 42 Abs. 2 BGG ). Eine Beschwerde in Zivilsachen scheidet aus, womit sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde insoweit als zulässig erweist ( Art. 113 BGG ).

### **E. 1.2**

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen (Art. 113 und Art. 75 Abs. 1 i.V.m. Art. 114 BGG ). Sie gestattet die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte ( Art. 116 BGG ). Die Beschwerdeführerin erhebt Verfassungsrügen gegen das Urteil des Obergerichts und gegen den Beschluss des Kassationsgerichts.

#### **E. 1.2.1**

Das obergerichtliche Urteil vom 20. Januar 2010 ist am 25. ds. und damit vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) am 1. Januar 2011 (AS 2010 1836) eröffnet worden, so dass dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § § 281 ff. ZPO /ZH zulässig und vor Kassationsgericht das bisherige Verfahrensrecht anwendbar war (vgl. die Übergangsbestimmungen in Art. 404 f. ZPO). Das obergerichtliche Urteil ist deshalb nicht kantonal letztinstanzlich, soweit es vom Kassationsgericht überprüft werden konnte (für den Kanton Zürich: BGE 133 III 585 E. 3.1 und E. 3.2 S. 586 f.; allgemein: BGE 135 III 1 E. 1.2 S. 3; 134 III 524 E. 1.3 S. 527).

#### **E. 1.2.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht habe die einschlägigen Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts willkürlich missachtet (S. 10 Ziff. 13.6) und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, gegebenenfalls die richterliche Fragepflicht verletzt (S. 12 ff., S. 15 Ziff. 21 der Beschwerdeschrift). Die gegenüber dem obergerichtlichen Urteil erhobenen Rügen hätten vor Kassationsgericht als Nichtigkeitsgründe gemäss § 281 ZPO /ZH geltend gemacht werden können, und zwar die willkürliche Missachtung von Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts als Verletzung klaren materiellen Rechts ( § 281 Ziff. 3 ZPO /ZH) und die Verweigerung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) bzw. die Verneinung einer richterlichen Fragepflicht ( § 55 ZPO /ZH) als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes ( § 281 Ziff. 1 ZPO /ZH; vgl. BGE 133 III 585 E. 3.4 S. 587 f.;

FRANK/ STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N. 35, N. 36 und N. 47 f. zu § 281 ZPO /ZH; SPÜHLER/ VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 1999, S. 67 zu § 281 Ziff. 1 und S. 68 zu § 281 Ziff. 3 ZPO /ZH).

### **E. 1.2.3**

Hätten somit alle vor Bundesgericht erhobenen Rügen gegen das obergerichtliche Urteil als Nichtigkeitsgründe mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde vor Kassationsgericht geltend gemacht werden können, ist ausschliesslich dessen Beschluss kantonal letztinstanzlich und die Beschwerde gegen das obergerichtliche Urteil unzulässig (vgl. BGE 133 III 585 E. 3.5 S. 588).

### **E. 1.3**

Soweit sie sich gegen den Beschluss des Kassationsgerichts richtet, kann auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde grundsätzlich eingetreten werden. Weitere formelle Einzelfragen sind im Sachzusammenhang zu erörtern.

## **E. 2**

Streitig war vor Kassationsgericht nur mehr das Verbot des Warenumschlags auf dem Grundstück Nr. 1454, das mit dem im Grundbuch eingetragenen Fuss- und Fahrwegrecht belastet ist.

### **E. 2.1**

Zum Warenumschlag hat das Obergericht in seinem Rückweisungsbeschluss festgehalten, es werde in Berücksichtigung der bestehenden örtlichen Verhältnisse darüber zu entscheiden sein, wieweit die Benützung des Wegs auf den Grundstücken des Beschwerdegegners beim Ein- und Ausladen, weil nicht anders möglich, noch als Teil des Rechts zur Zufahrt zu betrachten sei. In seinem Sachurteil hat das Obergericht alsdann dafürgehalten, die Raumverhältnisse seien für einen Gewerbebetrieb wie den - auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin - gegebenen zwar fraglos prekär. Indes könne füglich nicht gesagt werden, das Ein- und Abladen von Waren sei für die Beschwerdeführerin ausschliesslich auf der mit der Dienstbarkeit belasteten Fläche des Grundstücks des Beschwerdegegners möglich. Das Beladen und Abladen auf der gegenüberliegenden Seite der zwar unübersichtlichen, stark befahrenen S. \_\_\_\_\_ strasse und deren Überqueren mit dem Transportgut mittels Handwagens, aber auch das Abstellen eines Lastwagens mitten auf der Fahrspur seien eine "andere Möglichkeit" im Sinne des Rückweisungsbeschlusses. Mithin sei der Beschwerdeführerin das Parkieren und der Warenumschlag auf dem Grundstück des Beschwerdegegners zu verbieten (E. II/2.3 S. 10 und E. II/5 S. 17 des obergerichtlichen Urteils vom 20. Januar 2010).

### **E. 2.2**

Einen Nichtigkeitsgrund hat die Beschwerdeführerin darin erblickt, dass das Obergericht zu den als valabel erachteten "anderen Möglichkeiten" kein Beweisverfahren durchgeführt habe (E. 2 S. 5 des angefochtenen Beschlusses). Das Kassationsgericht hat festgehalten, die Beschwerdeführerin zeige nicht auf, dass sie vor dem Einzelrichter oder vor Obergericht (1) die Abnahme weiterer Beweise als die vom Einzelrichter abgenommenen beantragt und (2) geltend gemacht und begründet habe, der Warenumschlag auf dem Grundstück des Beschwerdegegners stelle die einzige Möglichkeit dar. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdebegründung seien deshalb im Kassationsverfahren

unzulässige Noven (E. 4 Abs. 1 und 2 S. 7 des angefochtenen Beschlusses).

### **E. 2.3**

Eine Verletzung klaren materiellen Rechts ( § 281 Ziff. 3 ZPO /ZH) hat die Beschwerdeführerin darin erblickt, dass das Obergericht bei seinem Urteil Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts verletzt bzw. zu Unrecht nicht beachtet habe. Auf die Rüge ist das Kassationsgericht nicht eingegangen. Es hat festgehalten, die Rüge beruhe auf erstmals im Kassationsverfahren vorgebrachten und damit verspätet erhobenen Tatsachenbehauptungen (E. 4 Abs. 3 S. 8 des angefochtenen Beschlusses).

### **E. 3**

Die Beurteilung des von ihr geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO /ZH rügt die Beschwerdeführerin als verfassungswidrig. Sie macht geltend, die Vorinstanzen selber hätten festgestellt, die S. \_\_\_\_\_strasse sei "unübersichtlich". Diesbezüglich habe sie deshalb keine neuen Tatsachen behauptet, sondern lediglich eine Verletzung klaren materiellen Rechts, d.h. eine Verletzung von Art. 18 Abs. 2 lit. a der Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962 (VRV; SR 741.11) angewendet, wonach das freiwillige Halten an unübersichtlichen Stellen, namentlich im Bereich von Kurven und Kuppen, untersagt ist. Die kassationsgerichtliche Anwendung des Novenverbots sei willkürlich und bedeute eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs (S. 8 f. Ziff. 13.4 und 13.5 der Beschwerdeschrift).

### **E. 3.1**

Neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel dürfen mit Nichtigkeitsbeschwerde nicht vorgebracht werden, da das Kassationsgericht nur zu prüfen hat, ob das angefochtene Urteil nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet. Insofern besteht ein Novenverbot. Dagegen ist nicht erforderlich, dass die Vorschriften, die zur Begründung des Nichtigkeitsgrundes der Verletzung klaren Rechts genannt werden, bereits vor der Vorinstanz angerufen worden sind, da jedes Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet. Neue rechtliche Vorbringen sind insofern zulässig (vgl. MAX GULDENER, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, 1942, S. 67; DIETHER VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl. 1986, S. 17 f.). Das Kassationsgericht hat aus der Novenregelung geschlossen, auf die neu als verletzt gerügten Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts könne nicht eingegangen werden, weil sie auf neuen Tatsachenbehauptungen beruhten. Die Folgerung ergibt sich willkürfrei aus der kantonalen Novenregelung und entspricht der gleichlaufenden Praxis des Bundesgerichts, wonach neue rechtliche Vorbringen zulässig sind, sofern sie sich auf den im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt und nicht auf neue Tatsachen stützen (vgl. BGE 136 V 362 E. 4.1 S. 366; 134 III 643 E. 5.3.2 Abs. 3 S. 651; FABIENNE HOHL, Procédure civile, T. II: Compétence, délais, procédures et voies de recours, 2. Aufl. 2010, S. 538 N. 3044).

### **E. 3.2**

Die gerügte Verletzung von Art. 18 Abs. 2 lit. a VRV , wonach das freiwillige Halten an unübersichtlichen Stellen untersagt ist, setzt hier tatsächliche Feststellungen zur Frage voraus, wie gross die Sichtdistanz sein muss, damit ein Fahrzeugführer noch rechtzeitig anhalten kann, wenn er sich dem in der S. \_\_\_\_\_strasse zwecks Warenumschlags abgestellten Lastwagen mit der innerorts zulässigen Geschwindigkeit nähert (vgl. zum Tatbestand: BGE 90 IV 230 E. 2 S. 233 f.; PHILIPPE WEISSENBERGER, Kommentar

zum Strassenverkehrsgesetz, 2011, N. 23 zu Art. 37 SVG ).

### **E. 3.3**

Den rechtserheblichen Sachverhalt hat die Beschwerdeführerin im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde mit Fotografien und Planskizzen zu belegen versucht. Dass das Kassationsgericht die Beweismittel für neu und unzulässig erklärt hat (E. 4 Abs. 2 S. 7 des angefochtenen Beschlusses), rügt die Beschwerdeführerin - mit Rücksicht auf das diesbezügliche Novenverbot (E. 3.1 soeben) - nicht als verfassungswidrig.

### **E. 3.4**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, der rechtserhebliche Sachverhalt finde sich im angefochtenen Urteil selbst, sei doch das Obergericht von einer "unübersichtlichen, stark befahrenen S. \_\_\_\_\_ strasse" (S. 17) ausgegangen und damit dem Bezirksgericht (S. 21) gefolgt. Die zitierte Aussage des Obergerichts wird damit aus dem Zusammenhang gerissen, in dem sie steht. Das Obergericht hat keine Feststellungen zur fehlenden Sichtdistanz, die ein freiwilliges Halten verbietet, getroffen und treffen können, zumal vor ihm der Tatbestand von Art. 18 Abs. 2 lit. a VRV nicht angerufen wurde. Die zitierte Aussage steht vielmehr vor dem Hintergrund, dass Zeugen und Fotografien bestätigt haben, Lastwagen seien auf der Strasse oder der gegenüberliegenden Strassenseite abgeladen und die Waren über die Strasse zum Gewerbebetrieb gebracht worden (E. 9 S. 11 und S. 13 und E. 10 S. 14 des bezirksgerichtlichen Urteils, Beschwerde-Beilage Nr. 2), dass der Beschwerdegegner darin eine andere Möglichkeit des Warenumschlags als auf dem wegrechtsbelasteten Grundstück erblickt hat (S. 19 zu Ziff. 17/1-2 der Zweitberufungsantwort, act. 157, und S. 9 zu Ziff. 23/1-2 der Zweitberufungsduplik, act. 173) und dass die Beschwerdeführerin dagegen wiederum die Unübersichtlichkeit der Strasse eingewendet hat (S. 23 Ziff. 23.2 der Zweitberufungsreplik, act. 166). Die obergerichtliche Annahme einer "unübersichtlichen, stark befahrenen S. \_\_\_\_\_ strasse" hat somit nichts mit Feststellungen über Sichtdistanzen, Bremswege usw. zu tun, die die rechtliche Beurteilung des Tatbestandes gemäss Art. 18 Abs. 2 lit. a VRV gestatteten. In Anbetracht dessen durfte das Kassationsgericht im Ergebnis willkürfrei davon ausgehen, das rechtliche Vorbringen der Beschwerdeführerin sei nicht zu prüfen, zumal es sich nicht auf den im angefochtenen Urteil festgestellten Sachverhalt stützen lasse, sondern auf (unzulässigen) neuen Tatsachenbehauptungen beruhe.

### **E. 3.5**

Aus den dargelegten Gründen kann die kassationsgerichtliche Anwendung der Novenregelung unter Willkür Gesichtspunkten nicht beanstandet werden ( Art. 9 BV ; vgl. zum Begriff: BGE 136 I 316 E. 2.2.2 S. 318 f. und 136 III 552 E. 4.2 S. 560). Inwieweit die Rechtsanwendung des Kassationsgerichts gleichzeitig den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) verletzen könnte, wird in der Beschwerdeschrift nicht begründet (Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 BGG ; vgl. BGE 134 V 138 E. 2.1 S. 143 ; 136 I 332 E. 2.1 S. 334).

### **E. 4**

Willkür und eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs rügt die Beschwerdeführerin auch für den Fall, dass das Kassationsgericht vor Augen gehabt haben sollte, der Warenumschlag finde auf der Parzelle Nr. 1711 im Eigentum eines Dritten und nicht auf der S. \_\_\_\_\_ strasse statt (S. 11 f. Ziff. 14.3 der Beschwerdeschrift). Auf die Rügen einzugehen erübrigt sich, da nichts - wie die Beschwerdeführerin selber einräumen muss -

darauf hindeutet, das Kassationsgericht könnte eine derartige Annahme getroffen haben.

#### **E. 5**

Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde muss insgesamt abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird damit kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), hingegen nicht entschädigungspflichtig, da beim Beschwerdegegner keine Vernehmlassung eingeholt wurde ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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