

ZH_KASSATIONSGERICHT AA070160 vom 9. Juli 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070160

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070160 du 9 juillet 2008

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070160 del 9 luglio 2008

Erwägungen

E. 1

Y.,

E. 2

Mit Eingabe vom 18. Januar 2007 an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes _____ behauptete die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegner hätten nach Erstellung der Garage entlang der Grenze der Liegenschaften Kat.Nr. 11111 und Kat.Nr. 22222 einen Graben bis zur _____strasse gezogen. Dieser Graben verunmögliche ihr die Ausübung des Wegrechtes (ER act. 1 S. 6 f.). Sie verlangte im Wesentlichen, es sei den Beschwerdegegnern (im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO; ER act. 1 S. 9) zu befehlen, den ungehinderten Gebrauch des Wegrechtes durch Entfernung aller Gegenstände und Zuschüttung des Grabens herzustellen und in Zukunft aufrecht zu erhalten (ER act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegner beantragten, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen (ER act. 13 S. 1). Sie machten insbesondere geltend, durch die Bauarbeiten der Beschwerdeführerin auf ihrem Grundstück gelange nun viel zu viel Wasser auf ihr Grundstück (ER act. 13 S. 3 - 5). Als Schadenabwehrmassnahme hätten sie eine provisorische Drainageleitung

- 3 - und einen zugehörigen provisorischen Sammelschacht erstellt, von dem aus das Wasser einstweilen in eine Abflussrinne auf dem Garagenvorplatz der Beschwerdeführerin gepumpt werde. Zur laufenden Überwachung der Wassersituation müsse der Graben mit der Drainageleitung bis zur definitiven Lösung des Entwässerungsproblems auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin einstweilen offen und mit einer Abschränkung gesichert bleiben (ER act. 13 S. 5). Es lägen keine sofort beweisbaren Verhältnisse vor, da u.a. Zeugeneinvernahmen und Expertisen erforderlich seien. Ebensowenig bestehe klares Recht im Sinne der Beschwerdeführerin (ER act. 13 S. 9). Bei der Begründung des Wegrechtes seien sie getäuscht worden und hätten sich in einem Grundlagenirrtum befunden, indem die vereinbarte Wegrechtsfläche deutlich über jene Fläche hinaus gehe, die gemäss den einschlägigen Normen für die Garage der Beschwerdeführerin erforderlich sei. Sie (die Beschwerdegegner) prüften eine teilweise Anfechtung des Dienstbarkeitsvertrages wegen Willensmängeln (ER act. 13 S. 13 f.). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 19. März 2007 erklärten die Beschwerdegegner, den Dienstbarkeitsvertrag "zwecks Reduktion der Wegrechtsfläche" auf ein in einer VSS-Norm (Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute; ER act. 14/6) genanntes Mass anzufechten (ER Prot. S. 14).

E. 2.1

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit

Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der

- 6 - Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2). Wie die Beschwerdeführerin darlegt (Beschwerde KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 16), stützte sie vor den Vorinstanzen den geltend gemachten Anspruch nicht nur auf Art. 737 ZGB (ihr behauptetes Recht aus dem Dienstbarkeitsvertrag), sondern insbesondere auch auf den Besitzschutz nach Art. 928 ZGB (ER act. 1 S. 8 Ziff. 20; OG act. 1 S. 6 Ziff. 14, S. 9 Ziff. 21 - 23). Zwar erwähnte die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss, dass der Einzelrichter erwogen habe, gemäss Art. 919 Abs. 2 ZGB sei der Rechtsbesitz dem Sachbesitz gleichgestellt und legitimiere die Beschwerdeführerin zur Besitzschutzklage nach Art. 928 ZGB (KG act. 2 S. 6 Erw. 1.a). Weiter hielt die Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe vorgebracht, vorliegend sei nur Art. 928 ZGB und nicht auch Art. 927 ZGB anwendbar, weshalb den Beschwerdegegnern die Möglichkeit eines sofortigen Nachweises des besseren Rechts abgeschnitten sei (KG act. 2 S. 7 Erw. 1.b). Bei ihrer eigenen Prüfung und in ihren eigenen Erwägungen zum Umfang des angeforderten Befehls (KG act. 2 S. 8 - 10 Erw. 1.d) ging die Vorinstanz aber in keiner Weise auf die von der Beschwerdeführerin angesprochene Frage des Besitzschutzes nach Art. 928 ZGB ein. Auch bei ihren Erwägungen zum Einwand der Beschwerdegegner, sie hätten einen Teil des Dienstbarkeitsvertrages wegen Willensmangels angefochten (KG act. 2 S. 8 f.), und insbesondere bei ihrer Erwägung, dass demnach das Begehren der Beschwerdeführerin bezüglich uneingeschränktem Umfang abzuweisen sei (KG act. 2 S. 9 unten), ging die Vorinstanz überhaupt nicht auf die Position der Beschwerdeführerin ein, gestützt auf Art. 928 ZGB sei den Beschwerdegegnern eine Berufung auf ein besseres Recht

- 7 - (d.h. i.c. Berufung auf einen Willensmangel beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages; vgl. OG act. 1 S. 10 Ziff. 26) verwehrt. Dabei kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz dieses Vorbringen stillschweigend als unbegründet erachtete. Hätte sie das getan, hätte sie damit klares materielles Recht verletzt (vgl. nachfolgend Erw. 2.2). Die Vorinstanz erwog auch nicht etwa, dass die Behauptungen der Beschwerdeführerin bezüglich Besitzschutz ungenügend substantiiert gewesen wären und deshalb nicht darauf eingegangen werden könne, wie die Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort geltend machen (Beschwerdeantwort KG act. 11 S. 5 Ziff. 13.1, 15 und 16; vgl. dazu auch nachfolgend Erw. 2.2.b). Zwar erwähnte die Vorinstanz bei ihren eigenen Erwägungen, dass die Beschwerdeführerin zur Besitzschutzklage nach Art. 928 ZGB legitimiert sei (KG act. 2 S. 11 oben). Diese Erwägung bezog sie indes nur auf den unangefochtenen Teil des Dienstbarkeitsvertrages und nur unter Verweisung auf die diesbezüglichen einzelrichterlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 10 f. lit. e). Weder der Einzelrichter (vgl. ER act. 19 S. 5) noch die Vorinstanz setzten sich dabei aber in irgend einer Weise mit der Position der Beschwerdeführerin auseinander, dass sich die

Beschwerdegegner aufgrund von Art. 928 ZGB gar nicht auf die (teilweise) Ungültigkeit des Dienstbarkeitsvertrages berufen dürften. Eine solche Auseinandersetzung wäre indes zur Wahrung des Gehörsanspruchs erforderlich gewesen, da das Befehlsbegehren gerade wegen dieses Einwandes der Beschwerdegegner und in dem Umfang abgewiesen bzw. darauf nicht ein- getreten wurde. Indem die Vorinstanz diese Position der Beschwerdeführerin übergang, verletzte sie ihren Gehörsanspruch. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist schon aus diesem Grund gutzuheissen.

E. 2.2

Gemäss der Feststellung des Einzelrichters, auf welche die Vorinstanz im Sinne von § 161 GVG verwiesen hat (KG act. 2 S. 10 f. lit. e), hatte die Beschwerdeführerin das Wegrecht tatsächlich ausgeübt - und zwar gemäss Beschwerdegegnern sogar in exorbitanter Weise -, bevor (und auch nachdem) die Beschwerdegegner den streitgegenständlichen Graben errichtet hatten (ER act. 19 S. 4 f.). Das Gesetz behandelt die tatsächliche Ausübung einer Grund- dienstbarkeit als Rechtsbesitz. Sie entspricht der tatsächlichen Gewalt beim Sachbesitz (Art. 919 Abs. 2 ZGB; Berner Kommentar [BK], Emil W. Stark,

- 8 - Art. 919 - 941 ZGB, N 62 und N 84 zu Art. 919; vgl. BGE 94 II 348, 351 Erw. 1). Da die Funktion des Besitzschutzes gerade darin besteht, den tatsächlichen Verhältnissen eine angemessene Anerkennung zu verschaffen, kann die rechts- gültige Existenz der Grunddienstbarkeit nicht Voraussetzung der Anwendung der Besitzregeln sein (BK, a.a.O., N 83 zu Art. 919). Bei der Besitzschutzklage kann dem Beklagten die Einrede aus der Ungültigkeit des Grundbucheintrages abgeschnitten werden (BK, a.a.O., N 81 zu Vorbemerkungen Besitzschutz Art. 926 - 929). So kann, wer die Abwasserleitung des Nachbarn, die über seine Parzelle führt, einfach unterbricht, durch Anrufung des Besitzschutzes verhalten werden, die Leitung wiederherzustellen, und muss selbst aus dem Recht klagen, wenn er eine ihn belastende Servitut bestreitet (BK, a.a.O., N 74 Vorbemerkun- gen Besitzschutz Art. 926 - 929). Im Besitzschutzprozess zwischen dem Grunddienstbarkeitsberechtigten und dem belasteten Grundeigentümer ist nicht auf den Inhalt der Grunddienstbarkeit gemäss Rechtslage abzustellen, sondern auf die bisherige tatsächliche Ausübung (BK, a.a.O., N 5 zu Art. 928; vgl. auch Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich 2003, N 240 f.). a) Hat die Beschwerdeführerin das öffentlich beurkundete Wegrecht auf dem Grundstück Kat.Nr. 22222 tatsächlich ausgeübt, kann sie sich gegen jede Störung desselben auch durch die Beschwerdegegner als Eigentümer dieses Grundstücks mit Besitzschutzklage im Sinne von Art. 928 ZGB wehren. Gegen diesen Schutz aus dem Besitz (nicht aus dem Recht) kommen die Beschwerdegegner nicht mit der Einwendung an, der Dienstbarkeitsvertrag sei (wegen Willens- mangels) (teilweise) ungültig, denn die Klage stützt sich auf den blossen Besitz und nicht auf das Recht (welches mit dem Einwand der Ungültigkeit bestritten wird). Dies ist gerade das Wesen des Besitzschutzes, und dies ist klares Recht. Hätte die Vorinstanz die Berufung der Beschwerdeführerin darauf nicht in Ver- letzung des Gehörsanspruchs übergangen (vorstehend Erw. 2.1), sondern hätte sie der Beschwerdeführerin stillschweigend den Besitzschutz verwehrt, hätte sie deshalb in diesem Punkt klares materielles Recht verletzt.

- 9 - b) Die Beschwerdegegner machen mit der Beschwerdeantwort geltend, die Beschwerdeführerin habe die noch streitige Fläche gar nie benützt und dem- entsprechend keinen Besitz daran (Beschwerdeantwort KG act. 11 S. 6 oben). Darauf kann indes im vorliegenden Beschwerdeverfahren (vgl. aber nachfolgend Erw. 3 zur neuen Prüfung durch

die Vorinstanz) nicht eingegangen werden. Die Vorinstanz wies die Berufung der Beschwerdeführerin auf den Besitzschutz nicht deswegen ab, weil sie keinen Besitz ausgeübt gehabt habe. Die gegen den vorinstanzlichen Entscheid gerichtete Beschwerde könnte aber nicht deshalb abgewiesen werden, weil der Rekurs aus einem von der Vorinstanz gar nicht genannten Grund abzuweisen gewesen wäre. Dies gilt auch für den Einwand der Beschwerdegegner, die Beschwerdeführerin könne sich auch deshalb nicht auf Art. 928 ZGB berufen, weil sie die Störung ihres angeblichen Besitzes selber verursacht und zu vertreten habe (Beschwerdeantwort KG act. 11 S. 4 Ziff. 7). c) Die Beschwerdegegner machen überdies geltend, die Behelfe des Besitzschutzes gemäss Art. 928 ZGB entfielen auch deshalb, weil die Wegrechtsdienstbarkeit gar nicht mehr bestehe, soweit sie wegen Willensmängeln angefochten worden sei (Beschwerdeantwort KG act. 11 S. 5 Ziff. 13.2). Den angeblichen Ansprüchen der Beschwerdeführerin aus Besitzständen die Ansprüche der Beschwerdegegner aus Eigentum und Besitz gegenüber (Beschwerdeantwort KG act. 11 S. 5 f. Ziff. 17). Wie vorstehend dargelegt, ist es demgegenüber klares Recht, dass im Besitzschutzprozess zwischen dem Grunddienstbarkeitsberechtigten und dem belasteten Grundeigentümer nicht auf den Inhalt der Grunddienstbarkeit gemäss Rechtslage abzustellen ist und auch nicht auf das Eigentum, sondern auf die bisherige tatsächliche Ausübung. 3. Indem sich die Vorinstanz bezüglich dem Teil des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruchs, bezüglich welchen die Beschwerdegegner den Dienstbarkeitsvertrag als ungültig angefochten haben, nicht mit dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Besitzschutz nach Art. 928 ZGB auseinandersetzte, sondern den Rekurs und das Befehlsbegehren diesbezüglich ausschliesslich deshalb abwies, weil die rechtliche Einwendung der Beschwerde-

- 10 - gegner der Anfechtung des Dienstbarkeitsvertrages wegen Grundlagenirrtums nicht als haltlos bezeichnet werden könne, verletzte sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin. Der angefochtene Beschluss verletzt deshalb einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz und ist aufzuheben. Entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin ist die Sache zu neuer Prüfung, insbesondere zur Prüfung der auf Art. 928 ZGB gestützten Position der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen. Bei dieser neuen Prüfung wird die Vorinstanz ggfs. auch auf Einwendungen der Beschwerdegegner einzugehen haben, wie, die Beschwerdeführerin habe das Wegrecht im streitigen Umfang gar nie ausgeübt und demzufolge keinen Besitz daran oder jedenfalls Besitz nur an einem Teil der von der Dienstbarkeit gemäss Grundbuch erfassten Fläche, und, die Beschwerdegegner seien zur Besitzesstörung berechtigt, weil sie zur Abwehr von durch die Beschwerdeführerin verursachten und weiter drohenden Schäden nötig sei. II I. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens den unterliegenden Beschwerdegegnern aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner sind diese zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). IV . Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG (bei dieser vermögensrechtlichen Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 15'000.--; vgl. KG act. 2 S. 15 Ziff. 9) an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

- 11 - Das Gericht beschliesst:

E. 3

Der Einzelrichter erwog, der von den Beschwerdegegnern angelegte, mit Bauabschränkungen versehene Graben im Wegrechtsbereich stelle eine Behinderung im Sinne von Art. 737 Abs. 3 ZGB dar, welche gänzlich zu unterlassen wäre. Die eine Voraussetzung für das Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO, nämlich die sofortige Beweisbarkeit der tatsächlichen Verhältnisse, sei dementsprechend erfüllt (ER act. 19 S. 5 Erw. 4.2). Die Beschwerdeführerin habe das Wegrecht tatsächlich ausgeübt. Die tatsächliche Ausübung einer Grunddienstbarkeit legitimiere zur Besitzeschutzklage nach Art. 928 ZGB. Auch die zweite Voraussetzung des Befehlsverfahrens nach § 222 Ziff. 2 ZPO, nämlich das klare Recht, sei erfüllt (ER act. 19 S. 5 Erw. 4.3). Die Beschwerdegegner seien zu verpflichten, der Beschwerdeführerin durch Ermöglichen des ungehinderten Überfahrens des Grabens die ungehinderte Ausübung des Wegrechtes gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 zu ermöglichen. Dies in jenem Ausmass, in welchem der Vertrag unangefochten geblieben sei, da seitens der

- 4 - Beschwerdegegner eine Teilanfechtung desselben vorgenommen worden sei (ER act. 19 S. 6 Erw. 4.5). Mit Verfügung vom 20. März 2007 befahl der Einzelrichter den Beschwerdegegnern, der Beschwerdeführerin durch Ermöglichen des ungehinderten Überfahrens des Grabens die ungehinderte Ausübung des Wegrechtes gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 in dem Ausmass zu gewährleisten, in welchem der genannte Vertrag unangefochten geblieben sei, und wies das Begehren im Mehrumfang ab (ER act. 19 S. 8). Mit Verfügung vom 29. Juni 2007 erläuterte der Einzelrichter diese Verfügung durch die Umschreibung des Ausmasses, in welchem der Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 unangefochten geblieben sei, nämlich "d.h. unter Berücksichtigung einer Wegrechtsbreite von 3 m, gemessen ab dem bergseitigen Rand der Garagenzufahrt, und eines Einlenkerradius von 3 m" (gemäss einem angehefteten Plan, der integrierenden Bestandteil der Verfügung bilde) (ER act. 32).

E. 4

Gegen die einzelrichterliche Verfügung vom 20. März 2007 mit Erläuterung vom 29. Juni 2007 reichte die Beschwerdeführerin beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein. Mit diesem beantragte sie in erster Linie, den Beschwerdegegnern sei zu befehlen, ihr durch Ermöglichen des ungehinderten Überfahrens des Grabens die ungehinderte Ausübung des Wegrechtes gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 (im gesamten Umfang, gemeint, nicht "nur" im vom Einzelrichter auf den unangefochten gebliebenen Teil beschränkten Umfang) zu gewährleisten (OG act. 1 S. 2). Mit Beschluss vom 19. September 2007 erliess das Obergericht (II. Zivilkammer) den gleichen Befehl an die Beschwerdegegner wie der Einzelrichter mit der erläuterten Verfügung und trat (in teilweiser Gutheissung des Rekurses insoweit dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin [OG act. 1 S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 3] entsprechend) im Mehrumfang (bezüglich des angefochtenen Teils des Dienstbarkeitsvertrages) auf das Begehren der Beschwerdeführerin nicht ein (KG act. 2 S. 14).

E. 5

Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 19. September 2007 reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (OG act. 13/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Damit beantragt sie, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück-

- 5 - zuweisen (KG act. 1 S. 2). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 2'000.-- (KG act. 5) leistete die Beschwerdeführerin innert Frist (KG act. 6/1, act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 7). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 6/2, act. 11) Beschwerde- antwort beantragen die Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde (KG act. 11 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 12, act. 13/1). Weitere Eingaben der Parteien - abgesehen von einer Zuschrift der Beschwerdeführerin persönlich vom 4. März 2008, mit welcher sie um baldige Beurteilung ersucht (KG act. 14) - erfolgten in diesem Verfahren nicht. II . 1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz stütze ihren (den Befehl auf den unangefochtenen Teil des Dienstbarkeitsvertrags beschränken- den) Entscheid ausschliesslich auf den sogenannten Besitzesrechtsschutz der Art. 930 - 937 ZGB. Sie, die Beschwerdeführerin, habe aber sowohl vor Erst- instanz als auch vor Vorinstanz ihren Anspruch (auch) auf Besitzschutz nach Art. 928 ZGB gestützt. Dies habe die Vorinstanz gänzlich ungeprüft gelassen und damit ihren Gehörsanspruch verletzt (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 14, Ziff. 16, Ziff. 18). Ferner habe die Vorinstanz klares materielles Recht verletzt, indem sie Art. 928 ZGB nicht angewandt habe. Nach dieser Bestimmung sei den Beschwerde- gegnern entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid jede Einwendung aus Recht verwehrt, insbesondere auch die Berufung auf eine (teilweise) Unwirksamkeit des Dienstbarkeitsvertrages wegen eines angeblichen Willensmangels (Beschwerde KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 19 - 22). 2. Die Rügen sind begründet:

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