

# ZH\_OBERGERICHT LF220090 vom 23. Mai 2023

ZH Obergericht, 2023-05-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LF220090](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LF220090)

FR: ZH\_OBERGERICHT LF220090 du 23 mai 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LF220090 del 23 maggio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) ist Eigentümerin des Grundstücks an der B.\_\_\_\_\_-Strasse ... in C.\_\_\_\_ (Grundbuch C.\_\_\_\_, GBBL. 2, Kataster Nr. 1, act. 2/1). Mit Eingabe vom 28. Juli 2022 (Datum Eingang: 2. August 2022) gelangte sie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur (fortan Vorinstanz) und ersuchte um Erlass des eingangs wiedergegebenen gerichtlichen Verbotes auf ihrem Grundstück (vgl. act. 1/1-2). Mit Schreiben vom 28. September 2022 teilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin unter Hinweis auf ZR 121/2022 S. 89 ff. und BGE 148 IV 30 E. 1.4.1. mit, dass der sich auf der fraglichen Liegenschaft befindliche Parkplatz für die Kunden des Lebensmittelmarktes als Strasse im Sinne des SVG qualifiziert werden könnte, womit eine Bestrafung wegen Widerhandlung gegen ein gerichtliches Verbot im Sinne von Art. 258 Abs. 1 ZPO nicht zulässig wäre. Die Vorinstanz setzte der Gesuchstellerin eine 20-tägige Frist zur Stellungnahme an und stellte in Aussicht, dass im Falle eines Rückzugs des Gesuches keine Kosten erhoben und ohne Äusserung ein anfechtbarer (kostenpflichtiger) Entscheid gefällt würde (act. 3). Die Gesuchstellerin nahm mit Eingabe vom 5. Oktober 2022 (Datum Eingang: 10. Oktober 2022) Stellung und hielt an ihrem Gesuch um Erlass des verlangten Verbotes fest (act. 4). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2022 trat die Vorinstanz auf das Gesuch nicht ein (act. 5 = act. 8).

### E. 2.1

Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 4. November 2022 (Datum Poststempel) fristgerecht Berufung mit den eingangs aufgeführten Rechtsmittelanträgen (act. 9 S. 1, vgl. act. 6 zur Rechtzeitigkeit).

### E. 2.2

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-6). Mit Verfügung vom 8. November 2022 wurde der Gesuchstellerin eine Frist von

### E. 5

September 1979 (SSV, SR 741.21) lasse keinen anderen Schluss zu: Von einem "gerichtlichen Verbot" werde nichts erwähnt. Die Bestimmung gestatte dem Grundeigentümer einzig, entsprechende Signalisationen auf seinem Grundstück aufzustellen, wenn er ein Verbot oder eine Beschränkung erwirkt habe. Für deren Anordnung sei jedoch (nach dem Wortlaut der Bestimmung) nicht das Zivilgericht, sondern die vom kantonalen Recht bezeichnete Behörde zuständig. Davon abgesehen könnte die Trennung der zivil- und öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit nicht gestützt auf eine unselbständige Verordnung durchbrochen werden. Dafür sei mindestens eine Bestimmung im formellen Gesetz erforderlich (a.a.O., Ziff. III.2.1 sowie dieselben in: Das gerichtliche

Parkverbot und das Strassenverkehrsrecht, Jusletter vom 23. September 2013, Ziff. II.2 und II.3.). ADRIAN HAAS (in: Staats- und verwaltungsrechtliche Probleme bei der Regelung des Parkierens von Motorfahrzeugen auf öffentlichem und privatem Grund, insbesondere im Kanton Bern, Diss. Bern 1994) macht Darlegungen zum gerichtlichen Verbot unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnung und zur Frage, wann das Gemeinwesen auf diesem Weg resp. auf öffentlich-rechtlichem Weg vorgehen müsse, ohne sich zum Falle eines privaten Grundeigentümers zu äussern. Er führt jedoch an anderer Stelle an, der Grundeigentümer oder ggf. der in ähnlicher Weise dinglich Berechtigte könne die Benutzung seines Grundstücks im Rahmen der Rechtsordnung nach Belieben regeln. Er könne die Parkierung mittels Signalen und Markierungen ordnen. Bei nicht dem Gemeingebrauch gewidmeten, jedoch tatsächlich der öff-

- 13 - fentlichen Benützung offenstehenden Strassenflächen, seien allerdings die Bestimmungen des SVG anwendbar resp. stünden nur die Signalisierungen und Markierungen des SVG (vgl. Art. 5 Abs. 3 SVG) zur Verfügung. Bezüglich strassenverkehrsrechtlichen Massnahmen gelte die Kompetenzregelung des SVG (a.a.O., S. 31, 45, 99 f., 147 f. und 150). RAPHAEL KRAEMER (in: Das gerichtliche Verbot und das Strassenverkehrsrecht, Jusletter vom 8. Juli 2013) bejaht die Zulässigkeit von privatrechtlichen Verboten gemäss Art. 258 ZPO auf im Privateigentum stehenden Verkehrsflächen, die öffentlich im Sinne des SVG sind. Seiner Ansicht nach würden das SVG und seine Nebenerlasse solches nicht verbieten. Eine funktionelle Verkehrsbeschränkung könne nach Art. 3 Abs. 4 SVG gestützt auf fast alle öffentlichen Interessen angeordnet werden. Anordnungen zum Schutz privater Interessen der dinglich Berechtigten des Grundstücks seien demgegenüber nach Art. 258 ZPO zu verfügen. Die Zulässigkeit privatrechtlicher Verbote auf öffentlichen Strassen im Privateigentum folge auch aus Art. 113 Abs. 3 SSV. Diese Bestimmung sehe unter der Überschrift "Verkehrsflächen in privatem Eigentum" ausdrücklich vor, dass Eigentümer, die zum Schutze ihres Grundeigentums ein Verbot erwirkt haben, dieses nach Weisung der Behörde aufstellen könnten (a.a.O., Ziff. II Rz. 5-7). CHRISTOPH J. ROHNER (in: Schutz von Verkehrsflächen im Privateigentum, Strassenverkehr SO/2014, S. 65 ff.) ist ebenfalls dieser Auffassung, wobei er betont, dass das Zivilgericht nur ein (als für die Einheit der Verkehrsordnung unproblematisches) Fahr- bzw. Parkverbot (mit Ausnahmen für Berechtigte) erlassen könne. Anderweitige (komplexere) Verkehrsbeschränkungen seien nach Art. 3 Abs. 4 SVG durch die Signalisationsbehörde zu verfügen (a.a.O., S. 69 f. Ziff. III.3; vgl. auch CHRISTOPH J. ROHNER, Erlass und Anfechtung von lokalen Verkehrsanordnungen, Diss. Zürich/St. Gallen 2012, S. 176). ANJA TIRINZONI (in: Zulässigkeit von gerichtlichen Verboten auf öffentlichen Verkehrsflächen, Strassenverkehr 1/2023 S. 11 ff.) weist darauf hin, dass zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen für Verbote bestünden, mit denen Ähnliches geregelt werden könne, die aber je einen anderen Zweck verfolgen, in verschiedenen Verfahren angeordnet, unterschiedliche Anwendungsbereiche aufweisen und unterschiedlich durchgesetzt würden. Die gesetzliche Ausgangslage führe zu Abgrenzungsschwierigkeiten (a.a.O.,

- 14 - Ziff. IV.1. S. 14). Ihrer Ansicht nach müsse der Unterscheidung der öffentlichen Verkehrsfläche im Gemeingebrauch zur öffentlichen Verkehrsfläche im Sinne des Strassenverkehrsrecht Beachtung geschenkt werden, und ob die Eigentümerschaft ihre Verfügungs- sowie Entscheidungsmacht über das Grundstück aufgeben habe oder nicht. Ein gerichtliches Verbot sei nicht immer unzulässig, wenn es sich um eine öffentliche Strasse im Sinne des SVG handle, sondern nur dann, wenn diese auch im Gemeingebrauch

stehe (a.a.O., Ziff. V.2. S. 19 und Ziff. VII. S. 20). LUCA TENCHIO/KRISTINA TENCHIO (in: BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 258 N 9) führen ohne nähere Erläuterungen an, im Bereich der sich im Privateigentum befindlichen öffentlichen Strassen nach Art. 1 Abs. 1 SVG dürften gemäss Art. 5 Abs. 3 SVG nur die vom Bundesrat vorgesehenen Signale und Markierungen verwendet und nur von den zuständigen Behörden oder mit deren Ermächtigung angebracht werden. Dazu verweisen sie zudem auf Art. 113 Abs. 3 und Art. 104 Abs. 5 lit. b SSV. Die Vorinstanz zitierte für ihren Standpunkt der Unzuständigkeit von Zivilgerichten IVO SCHWANDER (in: DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 258 N 4) und dessen Satz, dass bei der Einschränkung des Gemeingebrauchs an öffentlichen Strassen (inkl. Parkverboten) im Sinne von Art. 1 SVG, wozu auch im privaten Eigentum stehende Strassenstücke gehörten, das spezielle Bundesrecht, d.h. die Strassenverkehrsgesetzgebung, und die dort geregelte Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und -gerichte Vorrang hätten (vgl. act. 8 S. 3 Erw. 4.). Dazu ist anzuführen, dass sich IVO SCHWANDER damit wohl auf öffentliche Strassen im Sinne des öffentlichen Sachenrechts bezog, welche (wie gesehen) unabhängig von bestehenden Eigentumsverhältnissen vorliegen können. Zum vorliegend interessierenden Fall, in dem es um eine (nicht der Öffentlichkeit gewidmeten) Strasse im Privateigentum geht, äusserte sich IVO SCHWANDER nicht ausdrücklich. IVO SCHWANDER wie auch etwa TARKAN GÖKSU (in: ZK ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 258 N 10a) thematisieren im Rahmen der Kommentierung zum gerichtlichen Verbot ein Vorgehen durch öffentlich-rechtliche Körperschaften und durch das Gemeinwesen bei der Einschränkung des Gemeingebrauchs, ohne Ausführungen resp. Differenzierungen zur vorliegend interessierenden Thematik vorzunehmen.

- 15 - 5.4.1. Die Ausführungen von MATTHIAS PFAU/AHMET BIRGUEL, nach welchen auf Verkehrsflächen im Privateigentum, die öffentliche Strassen im Sinne des SVG darstellen, kein gerichtliches Verbot erlassen werden darf, differenzieren nicht genügend zwischen den öffentlichen Strassen im Sinne der öffentlich-sachenrechtlichen Terminologie und jenen im Privateigentum. Sie verkennen infolgedessen, dass die Verfügungsbefugnis in Bezug auf eine private Verkehrsfläche, wie der vorliegenden, nicht beim Gemeinwesen liegt und es nicht um die Ordnung des Verkehrs im Sinne einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe resp. die Ausübung strassenhoheitlicher Befugnisse geht, sondern der Grundeigentümer im Rahmen seiner privatrechtlichen Befugnis sowie privater Interessen über die Inanspruchnahme seines Grundstückes durch Dritte bestimmen möchte und dazu den Erlass eines Verbotes anstrebt (vgl. so schon zutreffend differenzierend FELIX RINGGER, Die Privatstrassen nach ZGB und zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1959, S. 101 f.). Weder das SVG noch seine Ausführungsverordnungen bieten den Erlass eines gerichtlichen Verbots auf im Privateigentum stehenden (öffentlichen) Strassen im Sinne des SVG. Oder anders herum gesagt: Aus den Bestimmungen des SVG und den Ausführungsverordnungen geht keine (ausschliessliche) Befugnis der für das kantonale Strassenwesen zuständigen Behörde hervor, Verkehrsanordnungen auf Strassen, an welchen weder die Gemeinden noch der Kanton die Verfügungsmacht hat, auf Antrag des dinglich Berechtigten (in dessen privaten Interesse) zu verfügen. ADRIAN HAAS berücksichtigt zwar die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Grundeigentümers, in seinen Ausführungen findet sich aber in Bezug auf die vorliegende Thematik keine eingehendere Auseinandersetzung mit den Bestimmungen zur Zuständigkeit für den Erlass von Verkehrsanordnungen und für die Anbringung der Signalisation nach dem Strassenverkehrsrecht. Nicht von der Hand zu weisen ist zwar, dass es sich bei einer

richterlich erwirkten und eine öffentliche Strasse nach SVG betreffenden Verbotstafel aufgrund ihrer Funktion sowie ihres signalhaltigen Erscheinungsbildes um eine Form von Signalisation handelt. Art. 5 Abs. 3 SVG bestimmt, dass im Bereich der für Motorfahrzeuge oder Fahrräder offenen Strasse nur die vom Bundesrat vorgesehenen Signale und Markierungen verwendet und nur von den zuständigen Behörden oder mit deren Ermächtigung

- 16 - angebracht werden dürfen. Diese Vorschrift und die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen in der SSV beziehen sich auf die Verwendung und die Zuständigkeit zur Anbringung und zur Entfernung der Signale und Markierungen. Die einheitliche Strassensignalisation gestützt auf das Strassenverkehrsrecht dient der Gewährung der Verkehrssicherheit und der Wegleitung der Strassenbenützer. Wer die der Signalisation zugrundeliegenden Verkehrsanordnungen zu erlassen hat, ergibt sich aus Art. 5 SVG jedoch nicht. Zuständigkeitsnormen sind Art. 2 SVG und Art. 3 SVG (BSK SVG-BERNHARD WALDMANN/RAPHAEL KRAEMER, 1. Aufl. 2014, Art. 5 N 2, 8 f., 23 und 28; siehe auch CHRISTOPH J. ROHNER, Erlass und Anfechtung von lokalen Verkehrsanordnungen, Diss. Zürich/St. Gallen 2012, S. 101). Art. 2 SVG regelt hier nicht interessierende Befugnisse des Bundes im Bereich der kantonalen Strassenhoheit. Gemäss Art. 3 Abs. 2 SVG sind die Kantone befugt, für bestimmte Strassen Fahrverbote, Verkehrsbeschränkungen und Anordnungen zur Regelung des Verkehrs zu erlassen. Sie können Befugnisse an die Gemeinden übertragen. In Abs. 3 und 4 von Art. 3 SVG wird näher bestimmt, in welchem Rahmen bzw. unter welchen Voraussetzungen solche Massnahmen von den Kantonen resp. Gemeinden getroffen werden können: Während sich Abs. 3 mit den vollständigen oder zeitlich beschränkten Fahrverboten der Kantone und Gemeinden befasst, regelt Abs. 4 von Art. 3 SVG die Befugnis zum Erlass der übrigen kantonalen oder kommunalen Beschränkungen und Anordnungen, die sog. funktionellen Verkehrsbeschränkungen. Letztere können sowohl den Fahrverkehr als auch den ruhenden Verkehr (Regelung des Parkierens auf öffentlichen Strassen) betreffen. Funktionelle Verkehrsbeschränkungen können erlassen werden, wenn sie sich auf in den örtlichen Verhältnissen begründete, öffentliche Interessen stützen. Sie müssen sich nach dem Grundsatz von Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit richten. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so sind etwa Parkregelungen (zur Verfolgung der im öffentlichen Interesse liegenden Zwecke) auch auf öffentlichen Strassen im privaten Eigentum zulässig (vgl. Art. 113 Abs. 1 und 2 SSV; ANJA TIRINZONI, a.a.O., Ziff. III.1. S. 13; BSK SVG-EVA MARIA BELSER, a.a.O., Art. 3 N 1 f., 11 f., 14, 31, 47 ff., 60 f., 70 und 84; CHRISTOPH J. ROHNER, Erlass und Anfechtung von lokalen Verkehrsanordnungen, Diss. Zürich/St. Gallen 2012, S. 56, 72 ff. und 138 f.; PHILIPPE WEISSENBERGER, a.a.O.,

- 17 - Art. 3 N 3 ff., 14 und 18; RENÉ SCHAFFHAUSER, a.a.O., N 37 ff. und 72; vgl. auch BGer 2A.194/2006 vom 3. November 2006 E. 1.1., 2. und 3.1; ADRIAN HAAS, a.a.O., S. 20 und 81). Trotz des weiten (zwar abschliessenden aber mit einer Generalklausel versehenen) Motivkatalogs in Art. 3 Abs. 4 SVG sind Anordnungen zum Schutz privater Interessen der dinglich Berechtigten eines Grundstücks nicht als von Art. 3 Abs. 4 SVG erfasst anzusehen, wohingegen Art. 258 ZPO gerade solches zum Gegenstand hat. Dem Grundeigentümer muss demzufolge ein Vorgehen auf dem Zivilweg offen stehen. Gegenstand der Signalisierungspflicht gemäss Art. 5 Abs. 1 SVG bilden die gestützt auf das SVG und dessen Ausführungsvorschriften erlassenen örtlichen

Verkehrsbeschränkungen und -anordnungen. Handelt es sich nicht um eine nach dem Strassenverkehrsrecht erlassene funktionelle Verkehrsbeschränkung, gilt auch nicht die Signalisierungspflicht nach Art. 5 Abs. 1 SVG resp. der grundsätzliche numerus clausus an Signalen und die Zuständigkeit zu deren Anbringung nach Art. 5 Abs. 3 SVG (vgl. BSK SVG-BERNHARD WALDMANN/RAPHAEL KRAEMER, a.a.O., Art. 5 N 8, 13 [Einführungssatz und letztes Lemma] sowie N 31). Im Strassenverkehrsrecht ist die Möglichkeit von vom (Privat-)Eigentümer erwirkten Verbotstafeln ausdrücklich vorgesehen, und deren Anbringung ist in Art. 104 Abs. 5 SSV i.V.m. Art. 113 Abs. 3 SSV geregelt. Unter dem Titel "Zuständigkeit" (im Kapitel "Allgemeine Anforderungen an die Strassensignalisation") und unter Hinweis auf Art. 113 Abs. 3 SSV besagt Art. 104 Abs. 5 lit. b SSV, dass Eigentümer privater Strassen, Wege oder Plätze (...) die zum Schutze ihres Grundeigentums erwirkten Verbote (...) anzeigen und nach den Weisungen der Behörde aufstellen dürfen. Gemäss Art. 113 Abs. 3 SSV – unter dem Titel "Verkehrsflächen in privatem Eigentum" – kann der Eigentümer, der zum Schutze seines Grundeigentums auf seinen Strassen, Wegen oder Plätzen ein Verbot (...) erwirkt hat, das zutreffende Signal mit beigefügtem Zusatz "Privat", "Privatweg" usw. nach den Weisungen der Behörde aufstellen. Aus dem Wortlaut der Bestimmungen ergibt sich gerade kein Hinweis darauf, dass die (Signalisations-)Behörde zum Erlass desselben zuständig sein soll. Art. 104 Abs. 5 lit. b SSV sowie Art. 113 Abs. 3 SSV sprechen von einem durch den Eigentümer "zum Schutz seines Grundeigentums" auf seinen Strassen "erwirkten" Verbot. Auch die Wendung, der Eigentümer kön-

- 18 - ne das Signal "nach den Weisungen der Behörde aufstellen", sagt nicht, dass diese Behörde auch zum Erlass desselben zuständig wäre. Weil es sich (wie bereits gesagt) bei einer vom (Privat-)Eigentümer beim Zivilgericht erwirkten Verbotstafel, welche eine öffentliche Verkehrsfläche im Sinne des SVG betrifft, um eine Form von Signalisation handelt, erscheint es allerdings nur folgerichtig, dass die für das kantonale Strassenwesen zuständige Behörde in Bezug auf den Standort derselben als wohl auch (weitestgehend) in gewissem Mass betreffend deren Erscheinungsbild Weisungen erteilen kann (vgl. dazu CHRISTOPH J. ROHNER, a.a.O., S. 72; auch ZR 72 (1973) Nr. 2 noch unter Geltung der kantonalen Zivilprozessordnung, § 225 ZPO/ZH: Allgemeine Verbote). Der Erlass der Verkehrsbeschränkung resp. -anordnung fällt dadurch jedoch nicht in ihre Zuständigkeit. 5.4.2. Festzuhalten ist, dass das Strassenverkehrsrecht Raum für die Zuständigkeit des Zivilgerichts zum Erlass eines Verbots auf einer privaten, gemäss SVG öffentlichen Verkehrsfläche lässt. Die Kantonale Signalisationsverordnung vom 21. November 2001 (KSigV, LS 741.2; vgl. § 16 und § 21 KSigV) resp. die Zuständigkeitsordnung der Stadt Winterthur vom 4. November 1981 (SRS 7.8-5; vgl. § 27 KSigV) stehen im Kanton Zürich in Bezug auf den Verbotserlass der sachlichen Zuständigkeit des Zivilgerichts ebenso nicht im Wege. Aufgrund des Gesetzes- resp. Verordnungswortlauts und Überlegungen zur Verfügungsbefugnis über die Verkehrsfläche erscheint es folgerichtig, dass die im vorliegenden Fall interessierenden, individuellen Bedürfnisse des Privateigentümers Gegenstand eines Zivilverfahrens bilden können. Anders entscheiden, würde nicht nur bedeuten, dass (ohne ersichtlichen Willen des Gesetzgebers) die Verfügungsbefugnis des Eigentümers resp. seine Möglichkeit zur Abwehr von nicht erwünschten Einwirkungen auf sein Grundeigentum bzw. Besitz beschränkt (im Rahmen von Art. 3 Abs. 4 SVG gilt ein Notwendigkeits- bzw. Erforderlichkeitsprinzip) und Art. 258 ZPO in seinem Anwendungsbereich eine erhebliche Einschränkung erfahren würde. Auch wären die Auswirkungen weitreichend. So wurden im Kanton Zürich in der Vergangenheit zahlreiche

privatrechtliche Parkverbote mit Vorbehalten für unbestimmte Benutzerkreise erlassen und entsprechende Tafeln aufgestellt, deren Gültigkeit in Frage gestellt wäre. Schliesslich sprechen im vorliegenden

- 19 - den Fall auch Überlegungen in Bezug auf die Durchsetzung der Verbote für eine sachliche Zuständigkeit des Zivilgerichts. Widerhandlungen gegen ein gerichtliches Verbot können nur auf Antrag des am Grundstück dinglich Berechtigten oder einer von dieser bevollmächtigten Person hin bestraft werden (Art. 258 Abs. 1 ZPO, vgl. § 89 Abs. 1 und 2 GOG). Widerhandlungen gegen signalisierte Verkehrsanordnungen nach SVG stellen demgegenüber Officialdelikte dar, die von der Polizei von Amtes wegen zu verfolgen sind. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass es Aufgabe der Polizei ist, die Einhaltung von Verboten auf (nicht der Öffentlichkeit gewidmeten) privaten Verkehrsflächen zu kontrollieren (vgl. dazu auch ANJA TIRINZONI, a.a.O., Ziff. II.4. S. 12 und III.4. S. 13 f., Ziff. V.2. S. 19). Zuletzt ist noch anzufügen, dass die Zielsetzung der Strassenverkehrsrechts (Schutz öffentlicher Ordnung und Sicherheit im Strassenverkehr, Gefahrenabwehr) dadurch, dass im vorliegenden Fall die Zuständigkeit des Zivilgerichts zum Erlass eines Parkverbots bejaht wird, nicht ausgehebelt wird, handelt es sich doch bei der betreffenden Parkfläche im Rahmen der durch die Gesuchstellerin angestrebten Benutzung nach Definition immer noch um eine öffentliche Strasse im Sinne des SVG und kommen insbesondere die Verkehrsregeln (Art. 26-57a SVG) zur Anwendung (vgl. schon FELIX RINGGER, a.a.O., S. 102 f.).

### **E. 5.1**

Wer an einem Grundstück dinglich berechtigt ist, kann beim (Zivil-)Gericht beantragen, dass jede Besitzesstörung zu unterlassen ist und eine Widerhandlung auf Antrag mit einer Busse bis zu Fr. 2'000.00 bestraft wird (Art. 258 Abs. 1 ZPO). Das gerichtliche Verbot nach Art. 258-260 ZPO bietet – in Ergänzung zu den Klagen nach Art. 641 Abs. 2 ZGB und Art. 926-929 ZGB – einen präventiven, strafrechtlichen Besitzschutz. Es bezieht sich auf ein konkretes Grundstück und richtet sich grundsätzlich an einen unbestimmten/offenen Adressatenkreis, es kann aber auch bestimmte Personengruppen vom Verbot ausnehmen oder sich auf solche beschränken. Jede denkbare Störung kann untersagt werden. In der Botschaft zur ZPO wird unter der beispielhaften Aufzählung auch das Parkverbot genannt (BBl 2006 S. 7221 ff., 7352). Aufgrund seines stark verwaltungs- bzw. strafrechtlichen Charakters stellt das gerichtliche Verbot einen eigentlichen Fremdkörper im Zivilprozessrecht dar (vgl. zum Ganzen: ARNOLD F. RUSCH/PHILIPP KLAUS, Der zugeparkte Parkplatz, in: Jusletter 28. September 2015, S. 17 f.; BSK ZPO-LUCA TENCHIO/KRISTINA TENCHIO, 3. Aufl. 2017, Art. 258 N 1 ff.). 5.2.1. Für den vorliegenden interessierenden Fall und vor dem Hintergrund der vorinstanzlichen Erwägungen sowie der Vorbringen der Gesuchstellerin ist zunächst klarzustellen, dass der Begriff der Öffentlichkeit einer Strasse im Sinne der öffentlich-sachenrechtlichen Terminologie und im Sinne des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) nicht identisch ist. Ob eine Sache im öffentlich-sachenrechtlichen Sinne eine öffentliche ist, bestimmt sich nach ihrer Zweckbestimmung (Widmung) und der Verfügungshoheit des Staates über sie. Bestehende Eigentumsverhältnisse im zivilrechtlichen Sinn bilden oftmals kein Anknüpfungskriterium. Die öffentlichen Sachen i.w.S. werden unterteilt in Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Strassen gehören zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Sie stehen im Rahmen ihrer Zweckbestimmung der Allgemeinheit zur Benutzung offen und dienen unmittelbar

der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Der Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen wie Strassen wird grundsätzlich durch

- 8 - einen hoheitlichen Widmungsakt (dingliche Allgemeinverfügung) begründet, in dessen Rahmen die Zweckbestimmung festgelegt wird. Der Widmungsakt kann auch formlos, stillschweigend erfolgen. Grundvoraussetzung für die Widmung zum Gemeingebrauch ist die Verfügungsmacht des Gemeinwesens über die zu widmende Strasse. Die Verfügungsmacht kommt dem Gemeinwesen primär zu, wenn es Eigentümer der Strasse ist. Eine Strassenparzelle im Privateigentum ist grundsätzlich für den privaten und nicht für den öffentlichen Gebrauch bestimmt. Das Gemeinwesen darf sie nur dann und nur soweit durch hoheitliche Anordnungen als öffentliche Verkehrsfläche behandeln, als es die dafür erforderliche Verfügungsmacht erlangt hat. Mangels eines dinglichen Rechts oder einer unmittelbar wirkenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung bedarf es des Einverständnisses des privaten Eigentümers. Dessen Zustimmung zur Widmung kann formlos erfolgen, wobei ein blosses Dulden der allgemeinen Benutzung der Strasse aber nicht ausreicht (BGer 5A\_348/2012 vom 15. August 2012 E. 4.3.1-4.3.2; BGer 1C\_647/2018 vom 14. August 2018 E. 2.4.; RAPHAEL KRAEMER, Verkehrsregelung auf ausserordentlichen Verkehrsflächen, Bern 2015, PIFF 9, S. 64 ff., S. 67 Rz. 150 ff.; TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSELI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl. 2019, Rz. 3204, 3434 und 3440; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 2200 f., 2226 ff. und 2253). Strassen im Sinne des SVG sind die von Motorfahrzeugen, motorlosen Fahrzeugen oder Fussgängern benutzten Verkehrsflächen. Dazu zählen nicht nur Strassen im landläufigen Sinne, sondern auch Plätze, Wege, Brücken, Unter- und Überführungen usw., selbst zugefrorene Seen, sobald sie allgemein als Verkehrsfläche benutzbar sind. Der Begriff der Strasse ist damit nicht in einem bautechnischen, sondern einem funktionellen Sinn zu verstehen: Er bedeutet Verkehrsfläche, was alles sein kann, worauf sich Verkehr im Sinne des SVG abspielt. Öffentlich im Sinne des SVG (Art. 1 Abs. 1 SVG) ist die Strasse im vorgenannten Sinn, wenn sie nicht ausschliesslich privatem Gebrauch dient (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 der Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962 [VRV], SR 741.11). Massgeblich ist dabei nicht, ob die Strasse in privatem oder öffentlichem Eigentum steht, sondern ob sie (faktisch) dem allgemeinen Verkehr dient. Letzteres trifft zu,

- 9 - wenn sie (aufgrund der erkennbaren äusseren Umstände) einem unbestimmten Personenkreis zur Verfügung steht, selbst wenn die Benutzung nach Art (z.B. Fahrrad-, Fuss-, Wanderweg) oder Zweck (z.B. Kirch- oder Schulweg, nur Zubringerdienst) eingeschränkt ist (BGer 2A.194\_2006 vom 3. November 2006 E. 2., BGer 6B\_673/2008 vom 8. Oktober 2008 E. 1.1, BGE 104 IV 105 E. 3; OFK SVG- HANS GIGER, 9. Aufl. 2022, Art. 1 N 6 f.; PHILIPPE WEISSENERGER, Kommentar SVG und OBG, 2. Aufl. 2015, Art. 1 N 5 ff.; RENÉ SCHAFFHAUSER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2002, Rz. 164 ff.). 5.2.2. Festzuhalten ist damit, dass der weit gefasste Strassenbegriff des SVG auch Strassen umfasst, die rein tatsächlich (d.h. ohne entsprechende Widmung) dem allgemeinen Verkehr offen stehen. Dies folgt aus der (polizeirechtlichen) Zielsetzung der Strassenverkehrsgesetzgebung, die den Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Strassenverkehr bezweckt und aus Gründen der Gefahrenabwehr nach einer umfassenden Geltung der diesbezüglichen Verbots- und Gebotsnormen (Verkehrsregeln) ruft (BGer 6B.87/2008 vom 31. Juli 2008 E. 2.2 mit

Verweis auf BGer 2A.194/ 2006 vom 3. November 2006). Wesentlich ist dabei, dass die Subsumtion unter den Begriff der öffentlichen Strasse im Sinne des SVG noch nichts darüber aussagt, wem die Verfügungsbefugnis über die Verkehrsfläche zukommt. Sie kann beim Privateigentümer liegen, was diesfalls dafür spricht, dass er für die Regelung der Benutzung der Verkehrsfläche – mittels Wirkung eines Verbots – auf dem Zivilweg vorgehen kann (vgl. dazu im Weiteren nachfolgende Erw. 5.4.). Bei einer dem Gemeingebrauch gewidmeten und damit im öffentlich-sachenrechtlichen Sinne öffentlichen Strasse (stehe sie im Privateigentum oder aber im Eigentum des Gemeinwesens) liegt hingegen die Verfügungsmacht und somit die Entscheidungsbefugnis resp. -zuständigkeit über die Benutzung beim Gemeinwesen; dieses muss zur Einschränkung des Gebrauchs an der Strasse auf öffentlich-rechtlichem Weg vorgehen (BGer 6B\_116/2011 vom 18. Juli 2011 E. 3.3 mit Hinweis auf BGer 6P.12/2004 vom 6. April 2004 E. 2.2; vgl. auch BGer 5D\_124/ 2010 vom 21. Dezember 2010 E. 4.2). In diesem Kontext ist der von der Vorinstanz zitierte Satz des Bundesgerichts zu verstehen, wonach dem Erlass eines zivilrechtlichen Verbots auf einer Strasse im Privateigentum der

- 10 - Umstand entgegenstehen könne, dass sie öffentlich erklärt wurde (vgl. act. 8 S. 2 Erw. 3.1, BGer 5A\_348/2012 vom 15. August 2012 E. 3.2). 5.3.1. Im vorliegend zu beurteilenden Fall wurde die Verkehrsfläche (Parkplatz) nicht (im öffentlich-sachenrechtlichen Sinn) öffentlich erklärt resp. es kann nicht von einer Widmung ausgegangen werden: Aus den vorinstanzlichen Akten und Erwägungen sowie den Vorbringen der Gesuchstellerin ist weder deren Zustimmung zu einer Widmung ersichtlich noch kann solches durch die angestrebte Nutzungsregelung als bewirkt angesehen werden. Die Verkehrsfläche, um die es geht, steht im Privateigentum der Gesuchstellerin, die Verfügungsbefugnis kommt ihr zu. Sie strebt nicht an, die Verkehrsfläche der Allgemeinheit in dem Sinne zu öffnen, als sie die Verfügungsmacht darüber abzugeben gedenkt; sie verfolgt mit dem angebehrten Verbot private (Geschäfts-)Ziele in Bezug auf das durch sie betriebene Lebensmittelgeschäft. Gleichzeitig handelt es sich – auch wenn es um Parkplätze im Untergrund geht – (funktionell) um eine Verkehrsfläche, auf welcher sich Verkehr im Sinne des SVG abspielen wird. So wie die Gesuchstellerin die Nutzung anstrebt (nur Kunden, Angestellte, Zulieferer/Lieferanten), würde die Verkehrsfläche einem unbestimmten Personenkreis zur Verfügung gestellt und damit eine öffentliche Strasse im Sinne des SVG darstellen. Denn durch die angestrebte Nutzung ist der Kreis der Berechtigten zwar nach Art und Zweck (zum Einkauf während der Ladenöffnungszeiten, zum Parkieren während der Arbeitszeit, zum Güterumschlag) beschränkt, aber insofern unbestimmt, als insbesondere der Personenkreis "Kunden" nicht auf einzelne Personen eingegrenzt ist, sondern jeder resp. eine beliebige Vielzahl an im Voraus nicht bekannter oder benannter Personen (künftig) ein Kunde sein kann (vgl. dazu etwa BGE 100 IV 59, in welchem das Bundesgericht bereits befand, beim Kundenparkplatz eines Einkaufszentrums handle es sich um eine öffentliche Strasse im Sinne des SVG; siehe auch BGer 6B\_630/2015 vom 8. Februar 2016 E. 2.3. sowie BGE 106 IV 405 E. 1. m.w.H. betreffend die Einstellhalle der Schanzenpost in Bern). 5.3.2. Dem von der Vorinstanz zitierten BGE 148 IV 30 (auf welchen sich auch weitgehend ZR 121/2022 Nr. 27 S. 89 ff. abstützt) lag nicht diese, sondern eine andere Ausgangslage zugrunde: Zum einen ging es (vorfrageweise) um ein erlas-

- 11 - senes gerichtliches Verbot für ein Parkareal, welches im Eigentum des Kantons Luzern, mithin einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stand. Zum anderen stellte das



Bundesgericht ausdrücklich fest, dass es als Vorfrage nicht die Rechtmässigkeit des Fahr-, Abstell- und Parkverbots des gerichtlichen (allgemeinen) Verbots, sondern das eingeführte entgeltliche, an den Randzeiten geltende Parkierungsregime prüfte (d.h. ob es zwingend auf öffentlich-rechtlichem Weg hätte angeordnet werden müssen). Nach demselben war das fragliche Areal (zu gewissen Zeiten) der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt worden, und zwar abgesehen von der Entrichtung einer Parkgebühr uneingeschränkt (vgl. BGE 148 IV 30 Erw. E. 1.3.2 in fine). 5.3.3. Das Bundesgericht beschäftigte sich bereits mit der Frage, ob das Gemeinwesen bei seinen Grundstücken im Gemeingebrauch den strafrechtlichen Besitzschutz wie ein Privater für sich in Anspruch nehmen kann und es verneinte dies (BGer 6B\_116/2011 vom 18. Juli 2011 E. 3.3). Überdies schützte das Bundesgericht eine Entscheidung des Obergerichts des Kantons Zürich, in welchem entschieden wurde, dass für den Erlass eines richterlichen Park- und Fahrverbots im Sinne des Art 258 ZPO bei einer im Privateigentum stehenden, der Öffentlichkeit gewidmeten Strasse kein Raum bestehe (BGer 5A\_348/2012 vom 15. August 2012, in welchem die Beschwerde gegen OGer ZH LF110060 vom 11. April 2012 behandelt und abgewiesen wurde). Ob sich allerdings das zivilrechtliche Verbot nach Art. 258 ZPO auch auf private (nicht im Gemeingebrauch stehende oder dem Gemeingebrauch gewidmete) Grundstücke resp. Verkehrsflächen beziehen kann, die unter das SVG fallen, wird in der Lehre kontrovers diskutiert (vgl. nachfolgende Erw. 5.3.4.) und ist vom Bundesgericht soweit ersichtlich noch nicht geklärt worden. Insbesondere hat sich die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in BGE 148 IV 30 zu dieser konkreten Problematik resp. zu den dazu bestehenden unterschiedlichen Lehrmeinungen nicht geäußert. Auf Letztere ist einzugehen: 5.3.4. MATTHIAS PFAU/AHMET BIRGUEL (in: Das gerichtliche Parkverbot, Jusletter vom 1. Juli 2013, Ziff. 2.1) vertreten den Standpunkt, dass auf im Privateigentum stehenden, im Sinne des SVG öffentlichen Strassen keine privatrechtlichen Ver-

- 12 - bote gemäss Art. 258 ZPO zulässig seien (a.a.O., Ziff. I.2., Ziff. III.1.1 und III.2.1). Sie stützen ihre Ansicht im Wesentlichen darauf, dass die Strassenverkehrssetzung öffentliche Recht darstelle, insbesondere die Ordnung des Verkehrs auf öffentlichen Strassen eine öffentlich-rechtliche Aufgabe sei, welche nicht von Zivilgerichten übernommen werden könne. Die Strassenhoheit bzw. die Normierungs- und Verfügungskompetenz über das Strassengebiet bleibe (ausgenommen weniger Ausnahmen in der BV) bei den Kantonen. Der Kanton sei insbesondere befugt, zum Schutz der Anwohner oder sonstiger Betroffener für bestimmte Strassen Beschränkungen oder Anordnungen (sog. funktionelle Verkehrsanordnungen, wozu auch ein Parkverbot gehöre) zu erlassen (Art. 3 Abs. 4 SVG). Auch eine wörtliche Auslegung von Art. 113 Abs. 3 der Signalisationsverordnung vom

### **E. 5.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund vorstehender Erwägungen und entgegen der Ansicht der Vorinstanz die sachliche Zuständigkeit des Zivilgerichts und damit diejenige der Vorinstanz für die Beurteilung des Gesuchs der Gesuchstellerin (Parkverbot für die im Privateigentum der Gesuchstellerin stehenden, unter das SVG fallenden Verkehrsfläche) zu bejahen ist.

### **E. 5.6**

Nach Art. 318 Abs. 1 ZPO kann der Berufungsentscheid reformatorisch als auch kassatorisch ausfallen. Das Nichteintreten auf das Gesuch der Gesuchstellerin stützt sich

auf die durch die Vorinstanz getroffene – wie aufgezeigt unzutreffende – Schlussfolgerung, dass sie als Zivilgericht (sachlich) für den Erlass des beantragten Verbots nicht zuständig sei. Es erfolgte (noch) keine inhaltliche/materielle Prüfung des Gesuchs der Berufungsklägerin resp. (wenn überhaupt) eine solche gestützt auf unrichtige Prämissen (vgl. act. 8 S. 4 Erw. 5.). Die Sache ist damit in wesentlichen Teilen unbeurteilt im Sinne des Art. 318 Abs. 1

- 20 - lit. c Ziffer 1 ZPO geblieben: Mit einer reformatorischen Entscheidung würde die Berufungsinstanz faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen und in der Folge als erste Instanz über wichtige Tat- und Rechtsfragen entscheiden. Vor diesem Hintergrund ist die vorinstanzliche Verfügung vom 31. Oktober 2022 in Wahrung des doppelten kantonalen Instanzenzugs aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. ZK ZPO- Reetz/Hilber, 3. Aufl. 2016, Art. 318 N 29 und 33 f. m.w.H.).

## **E. 6**

Die Gesuchstellerin dringt mit ihrer Berufung durch. Ausgangsgemäss sind für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Es fehlt an einer Gegenpartei, von welcher eine Parteientschädigung zugesprochen werden könnte. Die Gesuchstellerin verlangt auch keine solche. Ohnehin kommt eine aus der Staatskasse auszurichtende Parteientschädigung – mangels gesetzlicher Grundlage – nur in ganz besonderen Fällen in Frage (vgl. BGE 140 III 385 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 138 III 471 E. 7; BGE 139 III 475 E. 2.3). Ein solcher Fall würde hier nicht vorliegen. Folglich entfällt die Zusprechung einer Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren. Es wird erkannt: 1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 31. Oktober 2022 (Geschäfts-Nr. EH220022-K/UV) wird aufgehoben und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben. 3. Es wird keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen 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 Bundesge-

- 21 - richt, 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 eine Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. K. Würsch versandt am: 26. Mai 2023

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