



---

Kass.-Nr. AA100023-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 29. April 2011

in Sachen

**M,**

....,

Beklagte, Zweitappellantin, Erstappellatin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt ....

gegen

**B,**

....,

Kläger, Erstappellant, Zweitappellat und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt ....

betreffend

**Verbot**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Januar 2010 (NE080028/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Kläger (Beschwerdegegner) ist Eigentümer von zwei Grundstückparzellen in der Gemeinde S. Das benachbarte Grundstück gehörte AM. Zu Lasten der Grundstücke des Klägers und zu Gunsten des Grundstücks von AM ist ein Fuss- und Fahrwegrecht im Grundregister eingetragen. Mit Eingabe vom 21. August 2000 an den Einzelrichter am Bezirksgericht N erhob der Kläger Klage mit dem Begehren, es sei AM die Benutzung des genannten Fuss- und Fahrwegrechts als Zufahrtsweg für Motorfahrzeuge bis zum als Autoparkplatz umfunktionierten Garten, als Zufahrtsweg für Motorfahrzeuge und Lastwagen bis zur als Lagerraum umfunktionierten Scheune und als Parkiergelegenheit für Motorfahrzeuge und Lastwagen und als Warenumsschlagplatz zu verbieten (ER act. 1 S. 2).

Der Einzelrichter hiess die Klage mit Urteil vom 15. Januar 2001 vollständig gut (ER act. 13 = OG act. 18). Dagegen erhob AM Berufung (OG act. 19). Das Obergericht (II. Zivilkammer) hob mit Beschluss vom 14. März 2002 dieses Urteil auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an den Einzelrichter zurück (OG act. 47 = ER act. 49). Am 29. August 2002 starb AM. An seiner Stelle trat seine Ehefrau M (Beschwerdeführerin) als Beklagte in den Prozess ein. Nach Durchführung eines Beweisverfahrens verbot der Einzelrichter der Beklagten mit Urteil vom 21. Dezember 2007, auf dem Grundstück des Klägers Waren irgendwelcher Art umzuschlagen. Im Übrigen wies der Einzelrichter die Klage ab (BG act. 129 = OG act. 133). Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung (OG act. 134 und 135).

Mit Urteil vom 20. Januar 2010 verbot das Obergericht (II. Zivilkammer) der Beklagten, auf dem Grundstück des Klägers Waren irgendwelcher Art umzuschlagen sowie Motorfahrzeuge und Lastwagen zu parkieren. Im Übrigen wies das Obergericht die Klage ab (OG act. 179 = KG act. 2).

2. Mit ihrer rechtzeitig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es sei das genannte Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zu Neuentscheidung an dieses zurückzuweisen, soweit es der Beschwerdeführerin verbiete, auf dem Grundstück des Klägers Waren irgendwelcher Art umzuschlagen (KG act. 1 S. 2). Der Kläger beantragt, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen (KG act. 17 S. 2). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9). Die Beklagte leistete die ihr mit Präsidialverfügung vom 26. Februar 2010 (KG act. 5) auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 10).

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

## II.

1. Das Obergericht hielt in seinem Rückweisungsbeschluss vom 14. März 2002 fest, die vorliegende Dienstbarkeit sei grundsätzlich auf ein Fuss- und Fahrwegrecht, d.h. einen Zugang bzw. eine Zufahrt zur Scheune und zum Garten beschränkt. Von einem Parkieren oder einem Ein- bzw. Ausladen auf dem über die belastenden (offensichtlich gemeint: belasteten) Grundstücke führenden Weg sei weder im Grundregister noch im Servitutenprotokoll bzw. dem Dienstbarkeitsvertrag die Rede. Es werde in Berücksichtigung der bestehenden örtlichen Verhältnisse darüber zu entscheiden sein, wieweit die Benützung des Wegs auf den Grundstücken des Beschwerdegegners beim Ein- oder Abladen, weil anders nicht möglich, noch als Teil des Rechts zur Zufahrt zu betrachten sei (OG act. 47 = BG act. 49 S. 12 Erw. III/3).

Im angefochtenen Urteil hält das Obergericht fest, wie sich auf Grund des einzelrichterlichen Beweisverfahrens ergeben habe, seien die Raumverhältnisse im Hof für einen Gewerbebetrieb wie den gegebenen zwar fraglos prekär. Indes könne 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 gegenüberliegende Seite der zwar unübersichtlichen, stark befahrenen O-Strasse und deren Überqueren mit dem Transportgut mittels Handwagen, aber auch das Abstellen eines Lastwagens mitten auf der Fahrspur seien eine „andere Möglichkeit“ im Sinne des Rückweisungsbeschlusses. Denn es könne nicht der Warenumschlag als von der Dienstbarkeit erfasst betrachtet werden, solange andere, wenn auch prekäre Möglichkeiten bestünden. Dies sei im Rückweisungsbeschluss - „weil nicht anders möglich“ - klargestellt. Mithin sei der Beschwerdeführerin das Parkieren sowie der Warenumschlag auf dem Grundstück des Beschwerdegegners zu verbieten (KG act. 2 S. 17 Erw. II/5 am Ende).

Die Beschwerdeführerin hält den Entscheid für unhaltbar und willkürlich, für gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze sowie gegen klares materielles Recht verstossend (KG act. 1 S. 5 oben Ziff. 6).

2. Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht habe zu den von ihr als valabel erachteten „anderen Möglichkeiten“ (Abstellen eines Lastwagens auf der gegenüberliegenden Strassenseite bzw. Abstellen eines Lastwagens mitten auf der Fahrspur) kein Beweisverfahren durchgeführt. Es habe namentlich weder einen Augenschein vorgenommen, noch eine Eigentümergegenwart (Amtsbericht) eingeholt, noch ein verkehrssicherheitstechnisches Gutachten erstellen lassen. Hätte das Obergericht ein Beweisverfahren durchgeführt, so hätte sich zunächst ergeben, dass das sich auf der gegenüberliegenden Strassenseite befindliche Grundstück (Kat.Nr. 1\*\*\*), auf dem sich das Restaurant B und die dazugehörigen Parkplätze befänden, nicht der Beschwerdeführerin gehöre, sondern U. Das Beweisverfahren hätte weiter ergeben, dass die Beschwerdeführerin an diesem Grundstück in keiner Weise dinglich oder obligatorisch berechtigt sei. Die Beschwerdeführerin verfüge namentlich über keine dingliche oder obligatorische Berechtigung, auf diesem Grundstück Waren umzuschlagen. Solches sei auch während des gesamten Prozesses nie Thema gewesen. Das unterlassene Beweisverfahren hätte damit zweifelsfrei zutage gefördert, dass ein Warenumschlag auf der gegenüberliegenden Strassenseite, soweit er sich nach der Vorstellung des Obergerichts auf dem Grundstück Kat.Nr. 1\*\*\* abspielen soll, gerade nicht möglich sei und damit keine „andere Möglichkeit“ im Sinne des Rückweisungsbeschlusses darstelle. Der Eigentümer des Grundstücks Kat.Nr. 1\*\*\* brauche es nicht zu dulden, dass sein Grundstück von der Beschwerdeführerin für den Warenumschlag in Anspruch genommen werde. das Obergericht sei damit von einer unbewiesenen und letztlich komplett falschen Tatsache ausgegangen (KG act. 1 S. 5 f., Ziff. 7 und 8, 8.1 und 8.2).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, sollte das Obergericht mit dem Beladen und Abladen auf der gegenüberliegenden Seite der O-Strasse gemeint haben, dass ein Lastwagen zwar nicht auf dem Grundstück Kat.Nr. 1\*\*\* abzustellen sei, dafür jedoch parallel zum Trottoir bzw. teils auf diesem, teils auf der Fahrbahn der O-Strasse, so hätte es auch dazu zwingend ein Beweisverfahren durchführen müssen. Bereits ein einfacher Augenschein vor Ort hätte dem Obergericht gezeigt, dass dies keine gangbare Möglichkeit darstelle. Die Beschwerdeführerin begründet in der Folge unter Hinweis auf in Beilage zur Nichtigkeitsbeschwerde einge-

reichte Fotografien und Pläne sowie auf Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts eingehend, weshalb ein Güterumschlag auf der gegenüberliegenden Seite der O-Strasse unmöglich oder unzulässig, jedenfalls keine gangbare Möglichkeit sei (KG act. 1 S. 6 - 10, Ziff. 9 - 12).

3. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO ZH). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffs bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, S. 17 unten).

4. Das Obergericht nimmt an der gerügten Stelle auf das einzelrichterliche Beweisverfahren Bezug. Es erkennt auch, dass die O-Strasse unübersichtlich und stark befahren sei und dass die Möglichkeit, auf der gegenüberliegenden Strassenseite Waren umzuschlagen, das Transportgut mittels Handwagen über die Strasse zu führen und den Lastwagen auf der Strasse abzustellen, als prekär zu bezeichnen sei. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass sie vor dem Einzelrichter oder vor Obergericht die Abnahme weiterer Beweise als die vom Einzelrichter abgenommenen beantragt habe. Sie zeigt ebenfalls nicht auf, dass sie vor den Vorinstanzen geltend gemacht und begründet habe, dass der Warenumschlag auf dem Grundstück des Beschwerdegegners die einzige Möglichkeit darstelle. Nachdem das Obergericht im Rückweisungsbeschluss vom 14. März 2002 ausdrücklich festhielt, es werde in Berücksichtigung der bestehenden örtlichen Verhältnisse darüber zu entscheiden sein, wieweit die Benützung des Wegs auf den Grundstücken des Beschwerdegegners beim Ein- oder Abladen, weil anders nicht möglich, noch als Teil des Rechts zur Zufahrt zu betrachten sei, wussten die Beschwerdeführerin bzw. der damals noch lebende ursprüngliche Beklagte, dass anderweitige Möglichkeiten zum Warenumschlag, also Möglichkeiten ausserhalb des Grundstücks des Beschwerdegegners, Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens bilden.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung sind deshalb im Kassationsverfahren unzulässige Noven. Dasselbe gilt für die im Kassationsverfahren eingereichten Fotografien und Pläne. Auch bezüglich dieser macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, sie habe diese bereits vor den Vorinstanzen eingereicht.

Der Streitwert im Verfahren vor Obergericht beträgt Fr. 19'000.-- (siehe Streitwertangabe in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids, KG act. 2 S. 19 Dispositiv Ziff. 7 am Ende) und liegt also unter Fr. 30'000.--, womit gegen den angefochtenen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht grundsätzlich - soweit sich nicht eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt - ausgeschlossen ist (Art. 74 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BGG). Weiter wird der Inhalt von Wegrechten, sofern er nicht für den einzelnen Fall ge-

ordnet ist, durch das kantonale Recht und den Ortsgebrauch bestimmt (Art. 740 ZGB). Die Beschwerde an das Kassationsgericht wegen Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO ZH wird somit nicht durch § 285 ZPO ZH ausgeschlossen, womit grundsätzlich geprüft werden könnte, ob das Obergericht bei seiner Entscheidung Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts verletzt bzw. zu Unrecht nicht beachtet habe, wie die Beschwerdeführerin rügt (vgl. KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 10.1 und 10.2). Allerdings beruht die entsprechende Rüge auf erstmals im Kassationsverfahren vorgebrachten und damit verspätet erhobenen Tatsachenbehauptungen, so dass darauf nicht eingegangen werden kann.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten werden kann.

### III.

Da die Beschwerdeführerin im Kassationsverfahren unterliegt, wird sie für dieses kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH, § 68 Abs. 1 ZPO ZH). Im Kassationsverfahren ist lediglich noch das Verbot des Güterumschlags streitig, so dass für die Bemessung der Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung ein gegenüber demjenigen des obergerichtlichen Verfahrens verringerter Streitwert von ca. Fr. 10'000.-- anzunehmen ist.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'400.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- (zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer = Fr. 152.--) zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt ca. Fr. 10'000.--.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht N, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: