



---

Kass.-Nr. AA080097/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Sitzungsbeschluss vom 10. Mai 2010

in Sachen

**LAG,**

....,

Beklagte, Eventualwiderklägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwalt .....

gegen

**M,**

....,

Klägerin, Eventualwiderbeklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Befehl**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Mai 2008 (LB070037/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beklagte, Eventualwiderklägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin (nachfolgend die "Beschwerdeführerin") ist Eigentümerin des Grundstückes Kat. Nr. 0000, welches zugunsten des Grundstückes Kat. Nr. 0001 der Klägerin, Eventualwiderbeklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend die "Beschwerdegegnerin") mit einem unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrecht belastet ist.

2. Das anstehende Kassationsverfahren geht auf das Urteil der ersten Abteilung des Bezirksgerichts C vom 16. März 2007 zurück, worin der Beschwerdeführerin befohlen wurde, die auf ihrem Grundstück in der Gemeinde S Kat. Nr. 0000 (GB 333) auf der Ostseite an der Grenze zum klägerischen Grundstück in der Gemeinde S Kat. Nr. 0001 (GB 444) angebrachten gelben Markierungen für die nördlichsten zwei Parkplätzen zu entfernen bzw. entfernen zu lassen (vgl. BG act. 35).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin Berufung mit dem Antrag, es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen (BG act. 36 bzw. OG act. 39). Das Obergericht trat auf die Berufung ein und bestätigte mit Urteil vom 6. Mai 2008 den vorinstanzlichen Entscheid, indem es die Berufung vollumfänglich abwies (OG act. 55 bzw. KG act. 2 [Verweisungen auf Akten ohne andere Angaben beziehen sich immer auf die Akten dieses Verfahrens]).

**II.**

4. Gegen den obergerichtlichen Berufungsbeschluss erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Kassationsbeschwerde mit dem Antrag, das genannte Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, die Berufung vollumfänglich gutzuheissen und die Klage abzuweisen, sowie mit dem prozessualen Antrag, der Nichtigkeitsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 1).

5. Die Beschwerdeführerin begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (§ 281 Ziff. 1 ZPO) verletzt, indem sie eine illiquide Klage geändert und geschützt habe. Sodann habe sich die Vorinstanz nur auf unbewiesene, von der Beschwerdeführerin bestrittene Behauptungen der Beschwerdegegnerin gestützt. Zudem habe die Vorinstanz klares materielles Recht verletzt (§ 281 Ziff. 3 ZPO), indem sie den Grundsatz der Pflicht zur schonenden Ausübung nach Art. 737 Abs. 2 ZGB bzw. der zu berücksichtigten Interessenlage des Belasteten nach Art. 694 Abs. 3 ZGB nicht berücksichtigt habe. Des Weiteren habe sie gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip nach den genannten Bestimmungen verstossen. Überdies habe die Vorinstanz einen Entscheid gefällt, der zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf einer aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme basiere (§ 281 Ziff. 2 ZPO). Auf die Einzelheiten der Begründung der Kassationsbeschwerde wird bei der Behandlung der einzelnen gerügten Punkten eingegangen (s.u. Ziff. IV).

6. Mit Präsidialverfügung vom 5. Juni 2008 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen (act. 4). Die der Beschwerdeführerin mit derselben Verfügung auferlegte Kautions von Fr. 6'500.-, wurde fristgerecht geleistet (act. 8). Mit Eingabe vom 12. Juni 2008 verzichtete das Obergericht auf die Einreichung einer Vernehmlassung (act. 9).

7. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrer Beschwerdeantwort vom 30. Juni 2008 beantragt, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen (act. 10). Sie macht im Wesentlichen geltend, die Beklagte gehe zu Unrecht davon aus, dass eine Dienstbarkeit notwendigerweise eine inhaltliche Beschreibung des relevanten Inhaltes aufweisen müsse. Die Frage, was Inhalt einer Dienstbarkeit sei, müsse unterschieden werden von der Frage, auf welche Weise sie auszuüben sei. Sodann stehe dem Gericht, wenn es auf die Regel der Verhältnismässigkeit abstelle, ein grosser Ermessensspielraum zu. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts liege nicht vor. In verfahrensrechtlicher Hinsicht habe die Beschwerdegegnerin keine Substantiierungs- und Beweisführungspflichten verletzt und damit sei auch keine Verfahrensregel verletzt worden. Auf die Einzelheiten der Begründung der Beschwerdeantwort

wird bei der Behandlung der einzelnen gerügten Punkte eingegangen (s.u. Ziff. IV).

### III.

8. Die Beschwerdeführerin ist vorab auf die besondere Natur des Beschwerdeverfahrens hinzuweisen. Dieses stellt keine direkte Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter (mit umfassender Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht der Rechtsmittelinstanz bezüglich des gesamten Prozessstoffes sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht) dar. Im Kassationsverfahren ist - auf entsprechende Rüge hin - vielmehr (allein) zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem besonderen Mangel, nämlich einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet. Dabei muss der Nichtigkeitskläger angeben, inwieweit er den vorinstanzlichen Entscheid anfecht und welche Änderungen (in dessen Dispositiv, d.h. Entscheidungsformel) er beantragt (§ 288 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO), und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO); gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft (sog. Rügeprinzip). Um diesen Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen (hier: Berufungs-) Entscheid und den darin enthaltenen, den Entscheid tragenden Erwägungen auseinander zu setzen und hierbei darzulegen, inwiefern diese mit einem Mangel im Sinne von § 281 ZPO behaftet seien. Die blosser Wiederholung früherer Vorbringen genügt hierfür nicht. Ebenso wenig lässt sich ein Nichtigkeitsgrund rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt und dieser die eigene, abweichende Ansicht entgegengestellt wird. Vielmehr sind in der Beschwerdebegründung die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids und die Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen möglichen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen: von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen

im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; s.a.

Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO).

9. Die Beschwerdeführerin braucht indes keine spezifischen Nichtigkeitsgründe zu benennen resp. sich auf solche festzulegen, da es Sache des Kassationsgerichts ist, die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO vorzunehmen, soweit sich das Kassationsgericht dabei auf einen vom Nichtigkeitskläger angegebenen Sachverhalt stützen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO, Spühler/Vock, a.a.O., S. 72 f., jeweils m.w.H.).

10. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das wie bereits einleitend festgestellt, 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). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerdeschrift gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, N 4 zu § 288). Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Vorliegend hat es die Beschwerdeführerin unterlassen, nachzuweisen, an welcher Stelle die Vorinstanz eine Negierung von Masszahlen vorgenommen habe, weshalb die Beschwerdeschrift in diesem Punkt den soeben dargestellten Anforderungen nicht genügt und auf die Beschwerde diesbezüglich nicht eingetreten werden kann.

11. Wie vom Obergericht festgehalten, und von der Beschwerdeführerin vorliegend nicht bestritten, ist im vorliegenden Rechtsmittelverfahren von einem Streitwert von Fr. 30'000.- auszugehen (KG, act. 2 S. 13). Damit ist die in Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG festgehaltene Streitwertgrenze von Fr. 30'000.- erreicht und der Weiterzug an das Bundesgericht ist grundsätzlich möglich.

12. Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von kantonalem Verfahrensrecht rügt, ist auf die Beschwerde einzutreten, da die Verletzung von kantonalen

Recht vom Bundesgericht nicht mit freier Kognitionsbefugnis überprüft werden kann (Art. 95 BGG e contrario). § 285 ZPO steht der Beschwerde demnach grundsätzlich nicht entgegen.

13. Das angefochtene Urteil unterliegt also (auch) der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG. Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung, insbesondere eine Verletzung von eidgenössischem Zivilrecht, vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95). Auf solche Rügen kann deshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO i.V.m. Art. 95 lit. a BGG, vgl. auch Kass.-Nr. AA080004 vom 14. November 2008, Erw. 2.a, Kass.-Nr. AA070023 vom 2. März 2007 Erw. 3.c., Kass.-Nr. AA070025 vom 4. Juni 2007, Erw. II.2., Kass.-Nr. AA070045 vom 5. Juni 2007 Erw. II.2.b).

#### IV.

##### **A. Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts**

14. Im Wesentlichen macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 737 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 694 Abs. 3 ZGB im Rahmen der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) geltend.

15. Die Beschwerdeführerin macht geltend, indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass sich der Inhalt der Dienstbarkeit uneingeschränkt nach den Bedürfnissen des Berechtigten richte, verletze sie den Grundsatz der Pflicht zur schonenden Rechtsausübung nach Art. 737 Abs. 2 ZGB bzw. der Pflicht zur Berücksichtigung (auch) der Interessenlage des Belasteten nach Art. 694 Abs. 3 ZGB (KG, act. 1 N 4.2). Sodann verstosse die Vorinstanz gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip von Art. 694 Abs. 3 bzw. Art. 737 Abs. 2 ZGB, indem sie festhalte, dass es offensichtlich sei, dass der Zugang zum unteren Zugang in keiner Weise mehr uneingeschränkt möglich sei (KG, act. 1 N 7.1 ff.).

16. Die Frage, ob eine Verletzung der Pflicht zur schonenden Rechtsausübung nach Art. 737 Abs. 2 ZGB bzw. ob eine Verletzung der Pflicht zur Berücksichtigung (auch) der Interessenlage des Belasteten gemäss Art. 694 Abs. 3 ZGB vorliegt, richtet sich nach Bundesrecht. Auch die Frage der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Anwendung dieser Bestimmungen richtet sich nach Bundesrecht.

17. Es ist nicht ersichtlich, dass sich bezüglich der bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts durch das BGG bei der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG eine Änderung im Vergleich zur Kognition bei der früheren Berufung nach Art. 43 ff. OG (vgl. insbesondere Art. 63 Abs. 3 OG) ergeben hätte. Die im Rahmen der Berufung nach Art. 43 ff. OG entwickelte Rechtsprechung zur bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts kann auch unter dem Geltungsbereich des BGG angewandt werden (vgl. auch Kass.-Nr. AA070022 vom 15. November 2007, Erw. II. 3). Soweit die Beschwerdegegnerin also Rügen vorbringt, die sich auf Bundesrecht abstützen, ist auf solche Rügen in diesem Verfahren nicht einzutreten.

18. Da die Beschwerdeführerin unter dem Titel der Verletzung klaren Rechts (act 1, Ziff. 4 – 5.3, S. 4 – 7) nur die Verletzung von Bundesrecht sowie der allgemeinen Rechtsprinzipien bei deren Anwendung rügt, ist auf die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts demzufolge im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten.

## V.

### **B. Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes**

19. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz Prozessrecht verletzt, indem sie eine illiquide Klage geändert und geschützt habe (KG, act. 1 N 3). Die Beschwerdeführerin beruft sich dabei auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass zunächst der Ort der Einmündung auf das

klägerische Grundstück mittels Feststellungsklage hätte geklärt werden müssen, um den relevanten Inhalt der Dienstbarkeit zu umschreiben. Die konkreten Bestimmungen des Prozessrechts, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin verletzt sein sollen, werden indes nicht genannt.

20. Mit der Rüge, dass zunächst der Inhalt des Anspruches mittels Feststellungsklage hätte festgestellt werden müssen, macht die Beschwerdeführerin nicht, wie von ihr behauptet, die Verletzung eines Verfahrensgrundsatzes im Sinne des Prozessrecht geltend, sondern vielmehr eine Verletzung von materiellem Recht. Gemäss dem dienenden Charakter des Prozessrechts setzen die prozessualen Klagemöglichkeiten eine materiell-rechtliche Berechtigung, einen materiell-rechtlichen Anspruch – als materiell-rechtliche Klagevoraussetzung – voraus. Dieser materiell-rechtliche Anspruch wird, obwohl als Klage-Voraussetzungen eng mit der prozessrechtlichen Klagemöglichkeit verbunden - durch das entsprechende materielle Recht (hier durch das Bundesrecht-Zivilrecht) bestimmt, nicht durch das kantonale Prozessrecht. Was aber Inhalt der grundlegenden materiell-rechtlichen Berechtigung, im vorliegenden Fall des unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrecht, ist, ist eine Frage des materiellen Rechts. Wie gesagt kann im vorliegenden Verfahren eine mögliche Verletzung von materiellem Recht aber nicht geprüft werden.

21. Selbst wenn die vorgenannte Rüge in diesem Verfahren zu prüfen wäre, würde sich die Beschwerde in diesem Punkt jedenfalls als unbegründet erweisen. Zur Begründung der Illiquidität bezieht sich die Beschwerdeführerin nämlich auf eine Aussage von Liver, wonach die Örtlichkeiten (des Wegrechts) aus dem Vertrag bestimmbar sein müssen (KG, act. 1 N 3.2 mit Hinweis auf Liver, Zürcher Kommentar, Art. 732 ZGB N 22). Diese Begründung der Beschwerdeführerin verkennt indes, dass sich diese Äusserung auf den Fall bezieht, in dem aus dem (Dienstbarkeits-)Vertrag hervorgeht, dass das Wegrecht nur an einer den Parteien bewussten Stelle in Anspruch genommen werden darf (Liver, a.a.O., N 22 zu Art. 732 ZGB). Livers Äusserung bezieht sich somit gerade nicht auf eine unbeschränkte, ungemessene Dienstbarkeit. Durch die Dienstbarkeit, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, gewährt der jeweilige Eigentümer des Grundstü-

ckes Kat. Nr. 6531 dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstückes Kat. Nr. 8078, wie bereits vom Obergericht mehrfach festgehalten und von der Beschwerdeführerin ausdrücklich anerkannt (vgl. act. 1 N 1), ein unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht über den sogenannten Brandschenkeplatz, als Verbindung zur Seestrasse. Aus dem Dienstbarkeitsvertrag der Parteien geht somit keineswegs hervor, dass das Wegrecht nur an einer, den Parteien bewussten Stelle des Brandschenkeplatzes in Anspruch genommen werden soll. Es handelt sich wie gesagt vielmehr um eine unbeschränkte, ungemessene Dienstbarkeit, bei der sich Inhalt und Umfang der Berechtigung nicht nach dem Wortlaut des Dienstbarkeitsvertrags, sondern nach den Interessen und Bedürfnissen des herrschenden Grundstückes richten. Diese sind, wie die Vorinstanz richtig erkannt hat (act. 2, S. 7/8), im Rahmen des vorliegenden Unterlassungsverfahrens vorfrageweise zu bestimmen. Eine solche Bestimmung hat die Vorinstanz denn auch vorgenommen (act. 2, S. 8 – 12). Inwiefern sie bereits durch die Vornahme dieser Bestimmung (ungeachtet des Ergebnisses) als Vorfrage im vorinstanzlichen Verfahren eine Rechtsverletzung begangen haben soll, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert dargetan.

22. Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als eine Feststellungsklage jedenfalls dem Prinzip nach möglich gewesen wäre, um den Inhalt der Dienstbarkeit zu bestimmen. Allerdings konnte dieselbe Frage auch als Vorfrage im Rahmen der Unterlassungsklage geklärt werden (vgl. dazu Etienne Petitpierre in: Basler Kommentar, 2003, N 15 zu Art. 737 und N12 zu Art. 738 ZGB). Ob die Gerichte auf eine Feststellungsklage in der vorliegenden Konstellation (vorbehaltlich der Einlassung durch die Beklagte) angesichts des fehlenden Feststellungsinteresses (weil eine Leistungsklage ohne weiteres möglich und zumutbar war und auch angestrengt wurde) überhaupt eingetreten wären, erscheint zweifelhaft, kann aber offen bleiben.

23. Sodann rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe wesentliche Verfahrensgrundsätze gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt, indem sie von einem Sachverhalt ausgegangen sei, der von der Beschwerdegegnerin vor erster Instanz nie so

behauptet worden sei, und den zu behaupten vor zweiter Instanz ohnehin verspätet gewesen wäre.

24. Im Einzelnen wirft die Beschwerdeführerin dem Obergericht eine Verletzung von Art. 8 ZGB vor, indem es ohne Beweiserhebung davon ausgegangen sei, dass das Fusswegrecht und das neue Fuss- und Fahrwegrecht immer beide Zugänge bedient hätte (act. 1 N 5.2).

25. Somit wirft die Beschwerdeführerin dem Obergericht eine Verletzung der Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO) und der Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO) sowie eine Verletzung von Art. 8 ZGB vor, indem es von einem Sachverhalt ausgegangen sei, der die Beschwerdeführerin weder (rechtzeitig) behauptet noch gar bewiesen habe.

26. Die in § 54 Abs. 2 ZPO statuierte Dispositionsmaxime, welche die vorliegende vermögensrechtliche Streitigkeit beherrscht, besagt, dass der Richter einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkannt hat. In ihrem wesentlichen Kern verbietet die Dispositionsmaxime dem Richter mit anderen Worten, über die Anträge der Parteien hinauszugehen: Er darf dem Kläger mithin nur zusprechen, was dieser verlangt, und er muss ihm das zusprechen, was der Gegner anerkannt hat (einlässlich dazu Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1979, S. 148 f; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 ff. zu § 54 ZPO; Vogel/Spühler, Kap. 6 Rz 8 ff.).

27. Nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts kommt es bei der Beurteilung einer Verletzung der Dispositionsmaxime, mithin beim Vergleich zwischen Klage (Rechtsbegehren) und Urteil, nicht auf die Begründung an, sondern ausschliesslich auf das Ergebnis (ZR 94 Nr. 16 Erw. V). Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Anwendung der Dispositionsmaxime die Fassung der Rechtsbegehren massgebend (neuerdings BGE vom 12. Mai 2009 Nr. 4A\_551/2008, E. 2).

28. Gemäss den ursprünglichen Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin verlangte diese die Entfernung der auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin Kat. Nr. 6531 auf der Ostseite angebrachten gelben Markierungen für die nördlichsten drei Parkplätze, eventualiter für die mittleren zwei Parkplätze (KG, act. 2). Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin anweist, die auf ihrem Grundstück Kat. Nr. 6531 auf der Ostseite an der Grenze zum Grundstück der Beschwerdegegnerin Kat. Nr. 8078 angebrachten gelben Markierungen für die nördlichsten zwei Parkplätze zu entfernen, wurde der Beschwerdegegnerin nicht mehr zugesprochen als diese verlangt hatte, weshalb keine Verletzung der Dispositionsmaxime vorliegt.

29. Nach der Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Streites darzulegen. Dieses Prinzip kann bundesrechtlich aus Art. 8 ZGB abgeleitet werden, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweisen muss, der aus ihr Rechte ableitet (Vogel/Spühler, Kap. 6, Rz 20).

30. Die allgemeine Beweisvorschrift von Art. 8 ZGB ist dann verletzt, wenn die Beweislast falsch verteilt wurde oder wenn der (bundesrechtliche) Anspruch der beweispflichtigen Partei verletzt wird, für rechtserhebliche Sachvorbringen Beweis zu führen, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entspricht. Insbesondere ist diese Beweisvorschrift dann verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche bestrittene Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (ZR 95 Nr. 73 unter Hinweis auf BGE 114 II 290 f; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 133 ZPO).

31. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe ihrem Urteil eine Behauptung der Gegenpartei, dass die fragliche Dienstbarkeit der Eigentümerin des herrschenden Grundstückes jederzeit den Zugang zu beiden Hauseingängen über den Brand-schenkeplatz zu ermöglichen hatte, resp. dass das fragliche Wegrecht immer so gehandhabt worden sei, dass auch beide Zugänge unbehindert erschlossen worden seien (act. 1, S. 65/6), zugrunde gelegt unbekümmert darum, dass diese von der Beschwerdegegnerin gar nie behauptet und von der Beschwerdeführerin

mehrfach bestritten worden sei. Die Vorinstanz hätte diese Behauptung angesichts dieser Bestreitung gerade nicht als richtig hinnehmen dürfen, ohne darüber als rechtserhebliche Tatsache Beweis führen zu lassen. Ob das Gericht eine bestimmte Behauptung resp. Bestreitung als rechtserheblich, d.h. als für den eingeklagten Anspruch grundlegend resp. grundlagenzerstörend erachtet, ist eine Frage des materiellen Rechts (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 133 ZPO). Diese Rüge erschöpft sich diesbezüglich in der Rüge der Verletzung von materiellem Bundesrecht (Art. 8 ZGB), auf welche im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann (vgl. vorne A. 4. f). Abgesehen davon gibt die Beschwerdeführerin (in act. 1, Ziff. 5.2) die Stellen nicht an, an denen sie die entsprechende Behauptung resp. Bestreitung vor den Vorinstanzen vorgebracht haben will.

32. Zu diesen materiell-rechtlichen Fragen der Behauptungs- und Beweislastverteilung, auf die wie gesagt in diesem Verfahren nicht einzutreten ist, soll hier nur soviel gesagt werden: Während das im Streit liegende Fuss- und Fahrwegrecht 1996 begründet wurde, steht das Haus auf dem beherrschenden Grundstück seit über 100 Jahren und weist seit dieser Zeit auch zwei Hauseingänge auf. Dies alles ist zwischen den Parteien auch nicht streitig. Diese Umstände werden von der Vorinstanz zur Bestimmung von Inhalt und Umfang der Berechtigung nach den Interessen und Bedürfnissen des herrschenden Grundstückes herangezogen (act. 2, S. 9/10). Dass die ununterbrochene Nutzung der fraglichen Dienstbarkeit im ganzen Umfang der so ausgelegten Berechtigung für den Rechtserhalt notwendig gewesen wäre, oder dass die Klägerin resp. ihr Vater als ihr Vorgänger im Eigentum am herrschenden Grundstück auf einen Teil der so ausgelegten Dienstbarkeit rechtswirksam implizite durch Nichtgebrauch resp. Gebrauch nur in einem beschränkten Umfang verzichtet hätten, macht die Klägerin nicht geltend, resp. behauptet sie nicht vor Vorinstanz geltend gemacht zu haben. Damit wären die entsprechenden Rügen (falsche Behauptungs- und Beweislastverteilung) auch dann erfolglos, wenn auf sie einzutreten wäre.

33. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Vorinstanz in unzulässiger Weise die Ausführung der Beschwerdeführerin, ein Zugang sei (nur) in der Breite von

2 bis 2.2 Meter zu gewähren, als unerlaubtes Novum zurückgewiesen habe, weil „diese exakte Massangabe .... neu“ sei. Die ganze Diskussion gehe nur um die Dimensionen der Dienstbarkeit resp. der Parkplätze, die zu entfernen seien. Wenn in allen Rechtsschriften bisher von „Parkplätzen“ die Rede gewesen sei, sei ein Negieren von Masseinheiten „krass willkürlich“, da die Parkplatzmarkierungen regelmässig und gemäss öffentlichem Baurecht (Normalien über die Anforderungen an Zugänge) auf Masseinheiten basieren (act. 1 N 8 f.).

34. Die Beschwerdeführerin bezeichnet die Stelle nicht, wo die Vorinstanz die entsprechende Behauptung als unerlaubtes Novum zurückgewiesen habe (wohl act. 2 S. 11 in der Mitte), noch wo in den Rechtsschriften vor erster Instanz von exakten Metermassen resp. Parkplätzen als indirekten Meterangaben die Rede gewesen sei. Die Rüge stösst aber unabhängig davon ins Leere: Die Vorinstanz sagt selbst, dass auch bei einer ungemessenen Dienstbarkeit das Mass der Berechtigung definiert werden muss, wobei sie davon ausgeht, dass gerade die Breite der beiden Streitgegenstand bildenden Parkplätze benötigt werde (act 2. S. 11 2. Absatz). Die Frage, was bezüglich Dimension der der Beschwerdeführerin einzuräumenden Zugangsberechtigung gelten soll, fällt aber unter Bundesrecht (act 2. S. 12). Damit ist die Überprüfung der Bestimmung der Dimension der Berechtigung unter der Dienstbarkeit (nach Metern oder nach Parkplatzbreiten) in diesem Verfahren nicht möglich. In diesem Fall erübrigt sich aber auch die Prüfung der Frage, ob die Meterangabe rechtzeitig oder verspätet sei, da ihre Massgeblichkeit auch bei rechtzeitigem Vorbringen nicht überprüft werden könnte.

35. Dasselbe gilt für die Rüge der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 694 Abs. 3 resp. 737 Abs. 2 ZGB und der Verletzung klaren Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) in diesem Zusammenhang, wonach nur der halbe Parkplatz den derzeitigen Zugang behindere und es der Beschwerdeführerin frei stehen müsse, über den verbleibenden Streifen zu verfügen, z.B. indem sie darauf einen Motorradparkplatz einrichte oder alle Parkplätze verschiebe. Die Bestimmung der Dimension der Dienstbarkeit ist wie gesagt Sache des Bundesrechts. Zudem sagt die Beschwerdeführerin nicht, wo sie sich vor Vorinstanz darauf berufen habe, die Parkfläche um weniger als die Fläche beider Parkplätze einzuschränken.

36. Wenn die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe sich auf unbewiesene, bestrittene Behauptungen der Beschwerdegegnerin gestützt, indem sie ein Umrechnen der Masseinheiten auf die Parkplatzdimension negiert habe, und habe damit das Verfahrensgebot nach Art. 8 ZGB verletzt (act. 1 N 8.2.), macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von materiellem Bundesrecht geltend, weshalb sie diesbezüglich ebenfalls auf das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren verwiesen werden muss. Zudem ist nicht ersichtlich, was die Weigerung der Vorinstanz, die Parkplatzbreiten auf Metermasse umzurechnen, mit den Behauptungen der Beschwerdegegnerin zu tun haben soll.

37. Die Rügen gestützt auf angebliche Verletzungen von wesentlichen Verfahrensgrundsätzen sind demnach abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

## VI.

38. Die Beschwerdeführerin rügt auch, die Vorinstanz sei von einer aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ausgegangen, indem sie eine Klage gutheissen habe, welche im Grunde illiquid sei (act. 1, N 3.4). Zudem macht die Beschwerdeführerin geltend, indem die Vorinstanz die Wegräumung der Mauer mit der Entfernung der beiden nördlichsten Parkplätze verbinde, gehe sie von einer aktenwidrigen und krass willkürlichen Annahme aus (act. 1, N 7). Ferner rügt die Beschwerdeführerin, dass die Negierung von Masszahlen krass willkürlich sei, da als allgemein bekannt vorausgesetzt werden dürfe, dass ein Parkplatz regelmässig Markierungen aufweise, die auf Masseinheiten basiere (act. 1 N 8.1). Im Übrigen habe sich aufgrund des Fehlens eines offenkundigen Beweisverfahrens eine Aktenwidrigkeit (§ 281 Ziff. 2) entwickelt (act. 1 N 8.3).

39. Das Bundesgerichtsgesetz (BGG) regelt in Art. 97, 105 und 118 BGG die Korrektur unrichtiger Sachverhaltsfeststellungen. Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann im Rahmen der (ordentlichen) Beschwerde in Zivil- oder Strafsachen eine falsche

Feststellung des Sachverhalts gerügt werden, wenn die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht. Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde, die in Zivilsachen ergänzend zur ordentlichen Beschwerde hinzutritt, kann (nur) die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Dabei legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG). Immerhin kann es die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 BGG (insbesondere Art. 9 BV) beruht (Art. 118 Abs. 2 BGG).

40. Das BGG kennt hingegen keine Vorschriften (mehr), die ausdrücklich die Korrektur von offensichtlich auf Versehen beruhenden (= aktenwidrigen) tatsächlichen Feststellungen regeln. Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 3 OG sahen dagegen die Korrektur einer offensichtlich auf Versehen beruhenden tatsächlichen Feststellung bzw. einer aktenwidrigen Annahme (im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO) ausdrücklich vor. Dies ist mit Inkrafttreten des BGG am 1. Januar 2007 (und der gleichzeitigen Ausserkraftsetzung des OG) nicht mehr der Fall. Das Bundesgericht und ein namhafter Teil der Literatur gehen davon aus, eine offensichtliche unrichtige Sachverhaltsfeststellung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG liege dann vor, wenn eine tatsächliche Feststellung unhaltbar und damit willkürlich nach Art. 9 BV sei (vgl. BGer 5A\_21/2007 vom 13. Februar 2007; 6B\_178/2007 vom 23. Juli 2007, Erw. 1.2; 5A\_44572007 vom 23. August 2007 u.a.m.; bezüglich Lehrmeinungen vgl. die in ZR 107 Nr. 21 Erw. 5.d) zitierten Autoren). Der Begriff der "offensichtlich unrichtigen" Sachverhaltsfeststellung in Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG wird in der bundesgerichtlichen Praxis nicht mit dem altrechtlichen Begriff des offensichtlichen Versehens bzw. der aktenwidrigen Annahme, sondern mit "willkürlich" im Sinne von Art. 9 BV gleichgesetzt.

41. Das Kassationsgericht hat denn mit Beschluss vom 6. März 2008 seine Praxis geändert und prüft neu vor dem Hintergrund der Geltung des BGG die Aktenwidrigkeitsrüge im kantonalen Beschwerdeverfahren auch dann, wenn gegen den angefochtenen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) oder

die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offensteht, ist gemäss § 285 Abs. 2 ZPO die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde doch stets zulässig, wenn eine Verletzung von Art. 9 BV geltend gemacht wird (vgl. zur ganzen Thematik eingehend ZR 107 (2008) Nr. 21 Erw. II.5 mit ausführlicher Begründung und zahlreichen Verweisungen und Auseinandersetzungen mit der Literatur).

42. Da die Rüge der Aktenwidrigkeit nach der Inkraftsetzung des BGG demnach nicht mehr unter die Ausschlussvorschrift von § 285 ZPO fällt, erweist sich die vorliegende Beschwerde diesbezüglich somit unter dem Aspekt der Subsidiarität an sich als zulässig, und zwar unabhängig davon, ob die Beschwerdeführerin der Sache nach eine willkürliche tatsächliche Annahme oder eine Aktenwidrigkeit im eigentlichen Sinne geltend macht.

43. Eine willkürliche tatsächliche Annahme liegt dann vor, wenn das Gericht eine beweisbedürftige Tatsache als bewiesen annimmt, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss geben oder wenn es eine Feststellung aufgrund einer willkürlichen Beweiswürdigung trifft. Angesichts des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung liegt Willkür in der Beweiswürdigung allerdings nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S 28).

44. Eine Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO liegt dagegen (nur dann) vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde zum Beispiel nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als blanker Irrtum erweist. Eine der Partei ungünstige Auslegung einer in ihrem richtigen Text dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegten Urkunde kann ebenso wenig wie die Beweiswürdigung überhaupt oder die unrichtige Subsumtion von Tatsachen unter Rechtsnormen mit der Rüge der Aktenwidrigkeit angefochten werden, wohl aber ein Widerspruch zwischen Gerichtsproto-

koll und Urteil (von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO).

45. Ob im Einzelfall Aktenwidrigkeit oder aber eine willkürliche Beweiswürdigung gerügt wird, hängt nicht von der Bezeichnung ab, die der Beschwerdeführer verwendet. Die Subsumtion der beschwerdeführerischen Vorbringen unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts. Eine irrtümliche Bezeichnung seitens des Beschwerdeführers schadet diesem nicht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO und N 4 zu § 288 ZPO).

46. 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 (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; 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.).

47. Vorliegend sieht die Beschwerdeführerin (act. 1 Rz 3.4) eine Aktenwidrigkeit darin, dass die Vorinstanz eine Klage gutgeheissen habe, die im Grunde illiquide sei. Illiquid deshalb, da nicht zunächst die inhaltliche Beschreibung der Dienstbarkeit mittels Feststellungsklage geklärt worden sei. Wie oben unter B. 2. ausgeführt, handelt es sich bei der Klärung des Inhaltes einer materiellen Bestimmung um eine Frage des materiellen Rechts, weshalb im vorliegenden Verfahren auf die genannte Rüge nicht eingetreten wird.

48. Der Auffassung der Beschwerdeführerin (act. 1 Rz 7), wonach die Vorinstanz von einer aktenwidrigen Annahme ausgehe, indem sie die Wegräumung der Mauer mit der Entfernung der beiden nördlichsten Parkplätze verbinde, kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz macht die Entfernung der beiden Parkplätze nicht,

wie von der Beschwerdeführerin behauptet, von der Beseitigung der Mauer abhängig, sondern sie führt aus, dass die Beschwerdeführerin beide Parkplätze auch dann zwingend entfernen müsste, wenn die Beschwerdeführerin das spitzwinklige Blumenbeet neben dem unteren Hauseingang entfernen würde und dort ein Fahrzeug hinstellen wollte (act. 2, S 11). Dies stellt aber nur eine Alternativbegründung dar, da die beiden Parkplätze auch bei Beibehaltung der heutigen baulichen Begebenheiten entfernt werden müssen, um der Beschwerdegegnerin die Zufahrt über das belastete Grundstück an die Grenze ihres Grundstückes zu gewährleisten (act. 2, S 12).

49. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass eine Negierung von Masszahlen krass willkürlich sei, da als allgemein bekannt werden dürfe, dass ein Parkplatz regelmässig Markierungen aufweise, die auf Masseinheiten basiere, ist ungenügend substantiiert.

50. In Bezug auf die geltend gemachte Aktenwidrigkeit (§ 281 Ziff. 2) aufgrund des angeblichen Widerspruchs zwischen dem Urteil der Vorinstanz und deren eigenen Feststellungen, dass das herrschende Grundstück nie auf das dienende Grundstück ausgerichtet gewesen sei, sondern immer stillschweigend die Parzelle Kat. Nr. 6969 einbezogen habe, und dass sich der Grenzpunkt in der Mitte der Einfahrt befindet (act. 1 N 8.3), ist anzumerken, dass die Vorinstanz das (ebenfalls der Beschwerdeführerin gehörende) Grundstück Kat. Nr. 0000 durchaus in ihre Entscheidungsfindung einbezogen hat (act. 2. S. 6 oben und S. 9 unten). Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass sich die Dienstbarkeit, die Streitgegenstand bildet, nur auf das Grundstück Kat. Nr. 6531, nicht auf das Grundstück Kat. Nr. 0000 bezog. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erscheint angesichts der unwidersprochen gebliebenen Feststellung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei nicht bereit gewesen, der Beschwerdegegnerin ein im Grundbuch angemerktes Zufahrtsrecht über das Grundstück Kat. Nr. 6969 einzuräumen, geradezu missbräuchlich.

51. Bezüglich der im gleichen Zusammenhang (act. 1 N 8.3) vorgebrachten Rüge, es hätte diesbezüglich offenkundig ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsse, muss die Beschwerdeführerin, wie oben unter B. 5. f. ausgeführt, eben-

falls auf das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren verwiesen werden. Ob eine solche Rüge angesichts der oben Ziff. 50 angeführten Umstände erfolgreich wäre, braucht hier nicht beurteilt zu werden.

52. Die Rüge der Aktenwidrigkeit bzw. willkürlichen tatsächlichen Annahme ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann

### **VII.**

Die Beschwerde ist aus den oben genannten Gründen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

### **VIII.**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

### **IX.**

Gegen diesen Entscheid ist, wie bereits unter II. 2. hiavor ausgeführt, Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gemäss Art. 72 ff. BGG zulässig.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'150.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'650.-- 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 6. Mai 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht C (I. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: