



Kass.-Nr. AA050180/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2006

in Sachen

A. X.,

Geboren ..., von ..., whft. ...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. C.

gegen

E. Y.,

Geboren ..., von ..., whft. ...

Beklagter, Appellat und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. D.

betreffend **Flurweg (Besitzesstörung/Eigentumsfreiheit)**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Oktober 2005 (NE050004/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer und der ursprüngliche Beschwerdegegner B. Y. waren beide Eigentümer von Grundstücken in F. (Beschwerdeführer A.X.: Kat.Nr. XXXX; B.Y.: Kat.Nr. XXXX und XXXX) und als solche Anstösser am Flurweg Nr. XXXX in F. (vorinstanzliches Urteil KG act. 2 S. 4/5).

2. Mit Klage vom 19. Mai 2000 machte der Kläger beim Einzelrichter des Bezirks G. eine Klage gegen den ursprünglichen Beschwerdegegner anhängig, die in der Folge mit Eingabe vom 30. Oktober 2000 abgeändert wurde; der Beschwerdeführer verlangte mit letzterer, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, *"den Flurweg Kat.Nr. XXXX in den Zustand zu bringen, in welchem er sich vor den durch den Beklagten veranlassten baulichen Änderungen befand, d.h. es sei der offene Wasserablauf (offener Graben) an der Nordseite des Wegs wieder herzustellen, und das Gefälle des Wegs wieder derart zu gestalten, dass das Oberflächenwasser durch den offenen Graben und nicht auf das tiefer liegende Land des [Beschwerdeführers]"* abfliesse (BG act. 29 S. 1). Mit Urteil vom 22. Dezember 2004 wies der Einzelrichter des Bezirks G. die Klage ab (BG act. 74), ebenso auf Berufung des Beschwerdeführers das Obergericht mit Urteil vom 7. Oktober 2005 (OG act. 112 = KG act. 2).

Eine zweite Klage des Beschwerdeführers auf Zahlung von CHF 1'855 nebst Zins und Kosten wurde vom Einzelrichter mit dem vorliegenden Prozess vereinigt, aber ebenfalls abgewiesen. In diesem Punkt trat das Obergericht mangels genügendem Streitwert durch Beschluss nicht auf die Berufung ein (KG act. 2 Erw. 3.1/3.2 S. 6/7 und Beschluss S. 12). Die Nichtigkeitsbeschwerde lässt diesen Beschluss unangefochten; es ist nicht weiter darauf einzugehen.

3. Am 18. November 2005 erhob der Beschwerdeführer gegen das Urteil vom 7. Oktober 2005 rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt Aufhebung des angefochtenen Urteils und Gutheissung der Klage, eventualiter

Rückweisung an das Obergericht (KG act. 1). Der Beschwerdegegner beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 11). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zu allfälliger Stellungnahme zugestellt (KG act. 17), worauf der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 27. Juli 2006 Stellung nahm (KG act. 21). Die Stellungnahme des Beschwerdeführers wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 22), worauf dieser am 30. August 2006 erneut Stellung nahm (KG act. 24), die am 1. September 2006 dem Beschwerdeführer zugestellt wurde (KG act. 25). Eine weitere Vernehmlassung erfolgte nicht.

Der Beschwerdeführer hat die ihm für das Beschwerdeverfahren auferlegte Kautions von CHF 2'000 rechtzeitig geleistet (KG act. 10).

Der Beschwerdeführer hat am 18. November 2005 auch Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erklärt (OG Protokoll S. 10 KG act. 6/1/80).

4. Mit Schreiben vom 21. Juni 2006 (KG act. 14), d.h. während des Beschwerdeverfahrens, teilte der Vertreter des Beschwerdegegners mit, dass der Beschwerdegegner die erwähnten Grundstücke an seinen Sohn E.Y., whft. in H., veräussert habe, und dass Letzterer damit als Beschwerdegegner in den Prozess eintrete (wobei der Parteivertreter des ursprünglichen auch den neuen Beschwerdegegner vertrete). Mit Schreiben vom 7. Juni 2006 stimmte der Beschwerdeführer diesem Parteiwechsel zu (KG act. 19). Ein Parteiwechsel ist gemäss § 49 Abs. 2 ZPO (nur) mit Zustimmung aller bisherigen Parteien zulässig; der Erwerber nimmt den Prozess in der Lage auf, in der er ihn vorfindet (§ 49 Abs. 2 und 3 ZPO). Der Parteiwechsel ist damit zulässig; er führt dazu, dass der Entscheid im Namen der neueintretenden Partei ergeht. Das Rubrum des vorliegenden Verfahrens ist entsprechend zu ändern. Im Folgenden werden sowohl der ursprüngliche wie der neue Beschwerdegegner als "Beschwerdegegner" bezeichnet.

II.

1. Soweit die Beschwerdeantwort und die darauf folgenden Stellungnahmen des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners positive Sachbe-

hauptungen und Bestreitungen enthalten (und nicht bloss Hinweise auf entsprechende Vorbringen vor den Vorinstanzen), handelt es sich um Noven, die im Beschwerdeverfahren nicht (auch nicht unter der Voraussetzung von § 115 ZPO) zulässig sind. Auf diese Behauptungen und Bestreitungen ist im Folgenden nicht einzugehen.

2. In tatsächlicher Hinsicht geht es im vorliegenden Fall darum, dass der Beschwerdegegner am fraglichen Flurweg Nr. XXXX Veränderungen vorgenommen hat (Veränderung des Wegbetts bzw. "Aufkiesen des Wegs", Ersatz von offenen Gräben längs des Flurwegs durch eine Sickerleitung und Zudecken der Gräben). Die Tatsache, dass solche Veränderungen vom Beschwerdegegner vorgenommen wurden (ohne dass dies im Einverständnis mit dem Beschwerdeführer oder den übrigen Flurweg-Anstössern geschehen sei), ist unbestritten. Kontrovers ist dagegen unter den Parteien, wann diese Veränderungen vorgenommen worden seien: schon 1992/1993 (so der Beschwerdegegner) oder erst 1999 oder noch später (so der Beschwerdeführer).

3.1 Die Vorinstanz befasste sich zunächst mit der Frage, ob die vom Beschwerdegegner vorgenommenen Arbeiten als Unterhaltsarbeiten zu qualifizieren seien; sie führte aus, dass diesfalls eine "Rückbau"-Verpflichtung des Beschwerdegegners zum Vornherein nicht in Frage kommen würde (KG act. 2 Erw. 4.3.1 und 4.3.2 S. 9/10). Letztlich liess die Vorinstanz diese Frage aber offen, wie aus der von ihr gewählten Formulierung im Konjunktiv hervorgeht.

3.2 Für die Vorinstanz war bei der Klageabweisung entscheidend, dass nach ihrer Auffassung am Flurweg Nr. XXXX Gesamteigentum besteht und bei Gesamteigentum zur Wahrung oder Ausübung von Rechten grundsätzlich nur alle Gesamteigentümer gesamthaft – in notwendiger Streitgenossenschaft – befugt seien; im vorliegenden Fall sei aber (prozessual wirksam) nicht einmal behauptet, die übrigen Berechtigten am Flurweg XXXX (I. K. und Gemeinde F.) seien irgendwie in das Verfahren einbezogen worden. Ein selbständiges Klagerecht eines einzelnen Grundeigentümers zur Abwehr von Angriffen auf das Gesamtgut stehe dem Beschwerdeführer im konkreten Fall nicht zu, weil es bei einem Rückbau um die Veränderung eines abgeschlossenen Zustandes ginge, der nur von

allen Gesamteigentümern zusammen wieder verändert werden könne. Es fehle damit dem Beschwerdeführer an der Sachlegitimation (KG act. 2 Erw. 4.3.3 und 4.3.4 S. 10/11).

Der Beschwerdeführer ist dagegen der Auffassung, er sei auch als Gesamteigentümer allein zur Wahrung von Besitzschutz- und Eigentumsabwehransprüchen berechtigt, ohne dass dabei alle Gesamteigentümer mitwirken müssten.

4. Im Hinblick auf § 285 ZPO ist zunächst zu prüfen, ob diese Frage der Sachlegitimation eine des Bundeszivilrechts oder des kantonalen Privatrechts ist. Nur wenn Letzteres vorliegen würde, könnte auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden, soweit sie sich auf Verletzung klaren Rechts stützt.

5. Die Flurwege sind im Kanton Zürich eine alte, vor das ZGB zurückgehende Institution. Wie die Vorinstanz bereits festgehalten hat, werden sie heute von den §§ 108 ff. des Kantonalen Landwirtschaftsgesetzes (LG, LS 910.1) geregelt. Dieses hält fest: *"Flurwege: Sie stehen im Gesamteigentum der Anstösser und sind als ausgeschiedene Grundstücke ins Grundbuch aufzunehmen; das Verhältnis unter den Beteiligten richtet sich vorbehältlich besonderer Bestimmungen nach dem Privatrecht"* (§ 108 Abs. 1 lit. b des LG). – In der zürcherischen Praxis bedeutet das, dass am Flurweg eigentliches Gesamteigentum nach ZGB, also nach Bundesrecht besteht, und dass nur die Grundlage für die dem Gesamteigentum vorausgesetzte Gemeinschaft i.S. von Art. 652 ZGB sich nach kantonalem Recht richtet. Das Obergericht hat in ZR 76 Nr. 67 Erw. 4a festgehalten, dass es sich beim Gesamteigentum i.S. von § 105 Abs. 1 Landwirtschaftsgesetz nicht um ein Institut des kantonalen öffentlichen Rechts handelt, sondern damit nur der entsprechende bundeszivilrechtliche Eigentumsbegriff gemeint sein kann (mit weiteren Verweisen; gleich auch das Obergericht in ZR 85 Nr. 99 Erw. 2b; siehe auch BSK-ZGB II - Wichtermann, Art. 652 Nr. 19 ff., bes. 29). Demnach sind die Flurwegberechtigten Gesamteigentümer i.S. von Art. 652 ff. ZGB, d.h. im Sinne des Bundeszivilrechts.

Die Ausführungen des Beschwerdeführers in Ziff. 12/13 der Beschwerde, wonach es sich hier um kantonales Privatrecht handle und das Bundeszivilrecht nur kraft Verweisung von § 275 EG-ZGB als ergänzendes kantonales Recht gelten könne, stehen mit der Rechtslage im Widerspruch und sind unzutreffend.

Bei dieser Rechtslage ist die Frage, welche Rechte und unter welchen Voraussetzungen allfällig ein einzelner Gesamteigentümer allein ausüben könne (oder ob - bei Auseinandersetzungen innerhalb der Gemeinschaft - alle Mitglieder der Gemeinschaft entweder auf der Kläger- oder Beklagtenseite in das Verfahren einbezogen werden müssten oder mindestens eine Erklärung abgeben müssen, sich dem Urteil in jedem Fall zu unterziehen), eine Frage des Bundesrechts, die vom Bundesgericht zu entscheiden ist. Das Kassationsgericht kann darauf nach § 285 ZPO nicht eintreten. - Damit steht fest, dass auf die Argumente von Ziff. 10 bis Ziff. 20 der Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

Es ist beizufügen, dass dieses Ergebnis dem Entscheid des Kassationsgerichts vom 3. März 1981 i.S. A. c. Gde. N. (Kass. Nr. 262/80) (BG act. 5/7) nicht widerspricht: Zwar hat das Kassationsgericht dort eine Individualklage eines Flurweg-Gesamteigentümers gutgeheissen. Dies geschah aber nicht als Rechtsmittelinstanz, sondern im Rahmen einer neuen Sachentscheidung anstelle der Vorinstanz nach Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. In diesem Rahmen findet § 285 ZPO keine Anwendung, sondern das Kassationsgericht hatte dort (auch) in Anwendung des Bundesrechts zu entscheiden.

6.1 Als aktenwidrige tatsächliche Annahme rügt die Beschwerde weiter, dass das vorinstanzliche Urteil auf der S. 11 davon ausgeht, die Klage des Beschwerdeführers sei eingereicht worden, als die vom Beschwerdegegner ausgeführten und vom Beschwerdeführer beanstandeten Bauarbeiten schon längst abgeschlossen gewesen seien. Dies sei aktenwidrig: gemäss dem bei den Akten liegenden amtlichen Befund des Gemeindeammanns von F. vom 6. Dezember 1999 (BG act. 5/6) seien die Arbeiten damals nicht abgeschlossen, sondern noch im Gange gewesen.

6.2 Das vorinstanzliche Urteil enthält zu diesem Punkt verschiedene Aussagen (KG act. 2 Erw. 1.2, S. 5): Der Beschwerdegegner habe in den 90-er Jahren des 20. Jahrhunderts am Flurweg bauliche Veränderungen vorgenommen. (KG act. 2 Erw. 4.3.1 S. 9): Der Beklagte trägt vor, die seinerzeitigen Bauarbeiten des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der Erstellung von dessen Wohnhaus hätten auch dazu geführt, dass das Wegbett aufgekiest werden müssen. Die Sickerleitung will der Beklagte im Jahre 1992 eingebaut haben. Der Kläger anerkennt, dass über den äusseren Zustand des Weges nichts vereinbart worden sei und dass sich der notwendige Zustand eines Weges im Laufe der Zeit ändern könne. Er meint indessen, ...bei einem Flurweg dürften lediglich die beiden Fahrspuren bekiest werden, während in der Mitte eine Grasnarbe bestehen bleiben müsse; so habe denn auch der in Frage stehende Flurweg bis zu den Bauarbeiten des Beklagten im Jahre 1999 ausgesehen. – Dem erwähnten amtlichen Befund (BG act. 5/6) ist nur zu entnehmen, dass am 6. Dezember 1999 ein Teil des Flurwegs sich in Bearbeitung befinde; er werde von Herrn B. Y. neu aufgekiest. Von der Aufschüttung der Gräben, einer Drainageleitung und der Frage, wann solche Arbeiten vorgenommen worden wären, ist dem Befund nichts zu entnehmen.

Wenn das vorinstanzliche Urteil auf Seite 11 als Tatsache festhält, die fraglichen Bauarbeiten seien *"schon längst abgeschlossen und [hätten] daher zu einem Zustand geführt, der (vorbehältlich von Unterhaltsarbeiten i.S. von § 112 LG) nur von der Gesamtheit der Eigentümer wieder verändert werden"* könne, erscheint die Feststellung, die Bauarbeiten seien *"schon längst"* abgeschlossen, nicht als durch das Ergebnis der vorinstanzlichen Verfahren gedeckt. Vielmehr ist dieser Punkt von der Vorinstanz gar nicht so geprüft (und gegebenenfalls zum Beweis verstellt) worden, dass sie eine solche Feststellung hätte treffen können. Diese zeitliche Feststellung erweist sich damit in dieser Form als willkürlich. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass das Rechtsbegehren der Klage selbst, welches die Wiederherstellung eines früheren Zustands und nicht die Einstellung von (laufenden) Bauarbeiten verlangt (vgl. BG act. 2 S. 2 und 4), nur bedeuten kann, dass jedenfalls im Zeitpunkt der Klageeinleitung die Arbeiten doch bereits abge-

geschlossen gewesen seien; die bloße Feststellung, die Bauarbeiten seien abgeschlossen gewesen, ist vertretbar.

Da das Kassationsgericht, wie oben erwähnt, auf die Frage des Individualklagerechts des Beschwerdeführers aus rechtlichen Gründen nicht eintreten kann, erscheint es als richtig, trotz der teilweise willkürlichen Feststellung des vorinstanzlichen Urteils nicht aufzuheben, sondern zuhanden des Bundesgerichts die Worte in Erw. 4.3.4 Abs. 2 des vorinstanzlichen Urteils (KG act. 2) aus dem Satz *"Die vom Beklagten ausgeführten ... verändert werden kann"*, die Worte *"schon längst"* zu streichen.

7. In Ziff. 21 der Beschwerde wehrt sich der Beschwerdeführer gegen den Vorwurf des Obergerichts, in der Berufungsreplik neue Behauptungen aufzustellen, macht aber gleichzeitig geltend, dieser Vorwurf sei für den Ausgang des Verfahrens nicht von wesentlicher Bedeutung und es werde deshalb nicht näher darauf eingegangen.

Ziff. 22 der Beschwerde enthält rein hypothetische Überlegungen zu Argumenten, welche die Vorinstanz gar nicht herangezogen hat.

Ein Nichtigkeitsgrund wird in beiden Ziffern nicht geltend gemacht; es ist nicht weiter darauf einzugehen.

III.

Der Beschwerdeführer obsiegt mit einer Rüge, die zu einer Teilstreichung in der vorinstanzlichen Begründung führt, unterliegt aber im andern Teil. Es erscheint deshalb als angemessen, die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Im Rubrum wird zufolge Parteiwechsel als Beschwerdegegner statt B. Y E. Y. aufgeführt.
2. In teilweiser Guttheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden aus dem angefochtenen Urteil auf S. 11 Erw. 4.3.4 Abs. 2 Satz 4 die Worte "schon längst" gestrichen.
Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 291.-- Schreibgebühren,
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes G. (FO000036) und an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: