



Kass.-Nr. AA080136/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

Zirkulationsbeschluss vom 10. September 2009

in Sachen

X,

...,

Beklagter, Zweitrekurrent, Erstrekursgegner und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

Y,

...,

Kläger, Erstrekurrent, Zweitrekursgegner und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Verbot und Befehl

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. August 2008 (NL080062/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdegegner (Kläger, Erstrekurrent und Zweitrekursgegner) ist Eigentümer eines Grundstücks in ... (Kat.-Nr. ...), welches nördlich an ein im Eigentum des Beschwerdeführers (Beklagter, Erstrekursgegner und Zweitrekurrent) stehendes Grundstück (Kat.-Nr. ...) grenzt. Auf beiden Grundstücken lastet eine Dienstbarkeit zu Gunsten des jeweils anderen Grundstücks, gemäss welcher sich die Eigentümer der beiden Liegenschaften gegenseitig das Fuss- und Fahrwegrecht über den gemeinsamen Hofraum einräumen. Ein (seitens des heutigen Beklagten und Beschwerdeführers eingereichtes) gerichtliches Verfahren betreffend Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit sowie damit verbundene Rechte und Pflichten fand mit Urteil des Bundesgerichts vom 9. Februar 2007 seinen Abschluss (OG act. 8/2/2).

2. Mit Eingabe vom 14. März 2008 gelangte der Beschwerdegegner zwecks Aussprechung eines Verbots und Erlass verschiedener Befehle (an die Adresse des Beschwerdeführers) an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Dielsdorf. In teilweiser Gutheissung der Klage befahl der Einzelrichter dem Beschwerdeführer darauf mit Verfügung vom 4. April 2008, zwei auf dem beschwerdeführerischen Grundstück angebrachte Hindernisse (die im Grenzbereich zum beschwerdegegnerischen Grundstück angebrachte Leitplanke sowie die Vorrichtung auf dem beschwerdeführerischen Hofraum entlang der ...strasse) sofort zu entfernen. Im Übrigen wies er die Klage ab (OG act. 8/10 S. 13 Disp.-Ziff. 1 und 2).

Gegen diese einzelrichterliche Verfügung vom 4. April 2008 erhoben sowohl der Beschwerdegegner als auch der Beschwerdeführer Rekurs. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich nahm schliesslich mit Beschluss vom 8. August 2008 davon Vormerk, dass die einzelrichterliche Verfügung vom 4. April 2008 in Rechtskraft erwachsen sei, soweit mit ihr Ziffer 1.a des beschwerdegegnerischen Rechtsbegehrens (Aussprechung eines Verbots; vgl. KG act. 2 S. 2 f.) abgewiesen wurde (KG act. 2 S. 11 Disp.-Ziff. 1). In teilweiser Gutheissung des

beschwerdegegnerischen Rekurses hob die Vorinstanz sodann Disp.-Ziff. 2 der einzelrichterlichen Verfügung vom 4. April 2008 (Abweisung der Klage im Übrigen) auf und ersetzte sie durch eine Neufassung (Nichteintreten auf Ziffer 1.c des klägerischen Rechtsbegehrens [Befehl zur Entfernung bzw. Verschiebung der im Hofraum der beschwerdeführerischen Liegenschaft gelagerten Gegenstände; vgl. KG act. 2 S. 3] und Abweisung der Klage im Übrigen). Sodann wies die Rekursinstanz die Rekurse im Übrigen ab und bestätigte (soweit nicht bereits in Rechtskraft erwachsen) die einzelrichterliche Verfügung vom 4. April 2008 (KG act. 2 S. 11 Disp.-Ziff. 2 und 3).

3. Mit der vorliegenden (rechtzeitig eingereichten) Nichtigkeitsbeschwerde vom 11. September 2008 beantragt der Beschwerdeführer teilweise Aufhebung des vorinstanzlichen Rekursentscheids und Abweisung (soweit Eintreten) der von der Rekursinstanz gutgeheissenen beschwerdegegnerischen Rechtsbegehren; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners (KG act. 1 S. 2). Der Beschwerde wurde - antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) - mit Präsidialverfügung vom 15. September 2008 aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6 Disp.-Ziff. 5). Die dem Beschwerdeführer gleichentags auferlegte Prozesskaution in Höhe von Fr. 8'000.-- ging rechtzeitig ein (KG act. 9). Der Beschwerdegegner beantragt mit (rechtzeitig eingereichter und dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellter [KG act. 11]) Beschwerdeantwort vom 20. Oktober 2008 Abweisung der Beschwerde; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beschwerdeführers (KG act. 10 S. 2). Die Vorinstanz ihrerseits hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8).

II.

1. Einleitend rechtfertigen sich folgende Erwägungen zur Frage des Anfechtungsobjekts der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde:

a) Der Beschwerdeführer bringt einleitend vor, es sei im erstinstanzlichen Entscheid unklar geblieben, was die ausgesprochenen Befehle im Bezug auf die beschwerdegegnerischen Begehren für eine Bedeutung hätten. Er vermute, dass diese der Gutheissung des beschwerdegegnerischen Klagebegehrens 1.b und

teilweise 1.a entsprechen. Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde sei, dass sämtliche erstinstanzlich gutgeheissenen beschwerdegegnerischen Rechtsbegehren abgewiesen würden bzw. auf sie nicht eingetreten würde, namentlich dass ihm nicht befohlen werde, die auf seinem Grundstück (Kat.-Nr....) im Grenzbereich zum beschwerdegegnerischen Grundstück (Kat.-Nr....) angebrachte Leitplanke sowie die Vorrichtung entlang der ...strasse zu entfernen (KG act. 1 S. 4 Ziff. II.1).

Die Abweisung des beschwerdeführerischen, gegen die einzelrichterliche Verfügung vom 4. April 2008 erhobenen Rekurses erfolgte mit Disp.-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides (KG act. 2 S. 11). Dies ist (in Übereinstimmung mit dem vorerwähnten beschwerdeführerischen Vorbringen und den Anträgen des Beschwerdeführers im vorliegenden Kassationsverfahren (KG act. 1 S. 2) Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren (hinsichtlich der Frage der Anfechtung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung vgl. nachgehend Erw. II.2.f).

b) Die Vorinstanz nahm in Disp.-Ziff. 1 des (mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde mindestens teilweise angefochtenen) Beschlusses vom 8. August 2008 davon Vormerk, dass der Entscheid des erstinstanzlichen Einzelrichters vom 4. April 2008 in Rechtskraft erwachsen sei, soweit mit ihm Ziffer 1.a des beschwerdegegnerischen Rechtsbegehrens abgewiesen worden sei (KG act. 2 S. 11 Disp.-Ziff. 1). Gegenstand von Disp.-Ziff. 1 des Beschlusses der Vorinstanz vom 8. August 2008 ist demnach der das beschwerdegegnerische Rechtsbegehren 1.a abweisende Entscheid der Erstinstanz. Damit ist Disp.-Ziff. 1 des Beschlusses der Vorinstanz vom 8. August 2008 nicht Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde.

c) Ebenfalls nicht Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde ist Disp.-Ziff. 2 des (teilweise) angefochtenen Beschlusses der Vorinstanz. In teilweiser Gutheissung des beschwerdegegnerischen Rekurses wurde damit Disp.-Ziff. 2 der einzelrichterlichen Verfügung vom 4. April 2008 (Abweisung der Klage im Übrigen) aufgehoben und durch eine neue Fassung ersetzt (Nichteintreten auf Ziff. 1.c des beschwerdegegnerischen Rechtsbegehrens und Abweisung der Klage im

Übrigen; KG act. 2 S. 11 Disp.-Ziff. 2). Dies wird vom Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift nicht angefochten (vgl. KG act. 1 S. 2 Antrags-Ziff. 1 und S. 4 Ziff. II.1) und ist nicht Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde.

2. a) Der Beschwerdeführer moniert, dass die Vorinstanz die beschwerdegegnerische Klage aus dem (Dienstbarkeits-)Recht zu Unrecht zu einer aus dem Besitze gemacht habe. Insbesondere habe die Vorinstanz dabei seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Während sich die Parteien vor Erstinstanz und im vorinstanzlichen Rekursverfahren über die Frage gestritten hätten, ob die Dienstbarkeit durch das beschwerdeführerische Verhalten (Aufbau der fraglichen Hindernisse) verletzt worden sei, sehe sich der Beschwerdeführer überraschend mit einem angeblichen Verstoss gegen den Rechtsbesitz konfrontiert. Dazu habe er sich mangels erhobener Vorwürfe gar nie äussern können. Eine solche Entscheidungsgrundlage sei dem Beschwerdeführer weder seitens der Erst- noch seitens der Rekursinstanz eröffnet worden. Gestützt auf die richterliche Fragepflicht hätte die Vorinstanz den Beschwerdeführer zur diesbezüglichen Stellungnahme auffordern müssen. Dies sei nicht erfolgt, was eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstelle. Dem Beschwerdeführer sei die Möglichkeit genommen worden, gegen die Anspruchsvoraussetzungen des Besitzschutzes Einwände zu erheben (KG act. 1 S. 6 ff.).

Der Beschwerdegegner seinerseits hält den in obgenanntem Sinne erhobenen beschwerdeführerischen Vorwurf einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör für unbegründet. Der Beschwerdeführer habe nicht bestritten, dass der Beschwerdegegner seine Parkplätze vor der Anbringung der Leitplanke im Grenzbereich von Kat.-Nr. ... und Kat.-Nr. ... direkt ab der ...strasse erschlossen habe, und dass auch die Einfriedung entlang der ...strasse eine vorher ausgeübte Zufahrt unterbinden solle. Es lasse sich nicht ernsthaft bestreiten, dass der Beschwerdegegner die strittigen Flächen bis zur Anbringung der Einfriedungen benützt bzw. befahren habe, womit dessen Sachbesitz erstellt sei und für die Prüfung eines Rechtsbesitzes keine Notwendigkeit mehr bestehe. Es gelte der Grundsatz, dass der Richter das Recht von Amtes wegen anwende. Im Übrigen lege der Beschwerdeführer nicht im Ansatz dar, welche neuen Behauptungen er im Rahmen einer vorgängigen Gewährung des rechtlichen Gehörs aufgestellt hät-

te. Eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs käme einem prozessualen Leerlauf gleich (KG act. 10 S. 2 ff. insb. S. 6).

b) Der Beschwerdegegner stützte seine Klagebegehren weder vor Erst- noch vor Vorinstanz auf Besitzesrecht; er berief sich auf die aus dem bestehenden Fuss- und Fahrwegrecht fließenden Rechte (sowie auf Rechtsmissbrauch; BG act. 1 S. 6 f.; BG Prot. S. 4; OG act. 1A S. 6 ff.).

Nach Vornahme einer Interessenabwägung zwischen den Parteien im Sinne von Art. 737 ZGB befahl der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Dielsdorf dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 4. April 2008, die auf dem beschwerdeführerischen Grundstück (Kat.-Nr....) im Grenzbereich zum beschwerdegegnerischen Grundstück (Kat.-Nr....) angebrachte Leitplanke sowie die Vorrichtung auf dem beschwerdeführerischen Teil des Hofraums entlang der ...strasse sofort zu entfernen (BG act. 10 S. 13 Disp.-Ziff. 1). Die Rekurs- resp. Vorinstanz hielt im angefochtenen Rekursentscheid fest, dass der Beschwerdeführer im Rekursverfahren (u.a.) vorgebracht habe, dass weder klares Recht noch unstrittige Verhältnisse vorhanden seien und die in der erstinstanzlichen Verfügung mit Hinblick auf Art. 737 Abs. 3 ZGB dargelegte Interessenabwägung dem ordentlichen Richter vorbehalten sei und im vorliegenden Verfahren nicht hätte vorgenommen werden dürfen (KG act. 2 S. 5 Erw. 2 mit Verweis auf die beschwerdeführerische Rekurschrift). Diesen Einwand hielt die Vorinstanz an sich zwar für gerechtfertigt (vgl. dazu die vorinstanzlichen Erwägungen zu Ziffer 1.c des beschwerdegegnerischen Rechtsbegehrens [KG act. 2 S. 8 Erw. 3.2]; eine Auseinandersetzung mit den beschwerdeführerischen Rekursvorbringen ist insoweit erfolgt [vgl. dazu KG act. 1 S. 8 f. lit. d]). Im Zusammenhang mit den erstinstanzlich erteilten Befehlen erwog sie jedoch, gemäss Art. 928 Abs. 1 ZGB könne der Besitzer, dessen Besitz durch verbotene Eigenmacht gestört werde, gegen den Störenden Klage erheben, auch wenn dieser ein Recht zu haben behaupte. Es sei demjenigen Besitzerschutz zu gewähren, der (im Befehlsverfahren glaubhaft) darlege, dass er die behauptete Dienstbarkeit tatsächlich ausgeübt habe. Der Bestand der Dienstbarkeit sei indessen nicht zu prüfen. Vor diesem Hintergrund spiele es keine Rolle, dass der Umfang des fraglichen Fuss- und Fahrweg-

rechts zwischen den Parteien nach wie vor kontrovers erörtert werde. Es genüge bereits, dass der Beschwerdegegner gemäss der Darstellung der Parteien das Wegrecht (auch) auf der inzwischen verstellten Fläche tatsächlich ausgeübt habe, bevor der Beschwerdeführer die Hindernisse angebracht habe. Nach Auffassung des Beschwerdeführers habe der Beschwerdegegner dies sogar in exorbitanter Weise getan. Es sei daher bei nicht streitigen Verhältnissen klares Recht, namentlich Art. 928 ZGB, anzuwenden; die Voraussetzungen für das Befehlsverfahren seien damit erfüllt. Die Erstinstanz habe dem Beschwerdeführer angesichts dieser Sach- und Rechtslage befehlen dürfen, die Leitplanke sowie die Vorrichtung auf dem beschwerdeführerischen Teil des Hofraumes entlang der ...strasse zu entfernen (KG act. 2 S. 6 f. Erw. 2.3).

Die Vorinstanz hat ihren Rekursentscheid (mindestens soweit im vorliegenden Verfahren interessierend) auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützt als der Beschwerdegegner und der erstinstanzliche Richter. Während diese sich auf das aus dem bestehenden Fuss- und Fahrwegrecht fließende Recht stützten, fällte die Vorinstanz einen Entscheid possessorischer Natur, indem sie ihn auf den Anspruch aus Besitz (Art. 919 Abs. 2 ZGB), das heisst auf die tatsächliche Ausübung des (Dienstbarkeits-)Rechts stützte.

Dem vorinstanzlichen Protokoll kann nicht entnommen werden, dass der Beschwerdeführer aufgefordert worden resp. ihm Gelegenheit eingeräumt worden wäre, zu einer allfälligen Anspruchsgrundlage aus Besitzrecht (Art. 928 ZGB) Stellung zu nehmen.

c) aa) Nach kassationsgerichtlicher Praxis besteht (auch im Befehlsverfahren) ein Anspruch der Parteien, auf eine im Verfahren nicht vorgebrachte, vom Gericht aber als entscheidend betrachtete Rechtsauffassung vorgängig hingewiesen zu werden, wenn anzunehmen ist, sie könnten ihre *tatsächlichen Vorbringen* im Hinblick auf diese Rechtsauffassung vervollständigen (ZR 90 Nr. 85 S. 282 m.H.; vgl. FRANK/STRÄULI/ MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 55 N 6; Schmid, „Klares Recht“ als Prozessvoraussetzung im zürcherischen Befehlsverfahren, in: Festschrift Vogel, S. 109 ff., S. 113). Nach (insoweit strengerer) bundesgerichtlicher Praxis wird ein solcher Anspruch bereits

bejaht, wenn das Gericht sein Urteil auf eine rechtliche Begründung stützt, die im Verlauf des Verfahrens nicht diskutiert wurde und von den Parteien nicht voraussehen war (zuletzt BGE 130 III 35 = Pra 2004 Nr. 58 E. 5, hier betr. internationale Schiedsgerichtsbarkeit). Diese Praxis des Bundesgerichts ist im Schrifttum sowohl im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Begriffs der Voraussehbarkeit wie auch im Lichte des Grundsatzes "iura novit curia" auf beachtliche Kritik gestossen (vgl. FRANZ KELLERHALS/BERNHARD BERGER, *iura novit arbiter*, in FS Wolfgang Wiegand, Bern/München 2005, 387 ff.; FRANÇOIS PERRET, *Quelques considérations sur le droit d'être entendu au regard de l'adage "jura novit curia"*, SZP 2005, 223 ff.). Insbesondere wird von diesen Autoren – in Übereinstimmung mit der erwähnten kassationsgerichtlichen Rechtsprechung – die Auffassung vertreten, eine vorgängige Anhörung der Parteien sei nur dann geboten, wenn die vom Gericht in Aussicht genommene und zuvor von keiner Seite diskutierte rechtliche Betrachtungsweise geeignet sei, *neue Tatfragen* aufzuwerfen; der blosser Schutz vor überraschenden rechtlichen Subsumtionen ohne Bezug zum Ausgang des Verfahrens rechtfertige hingegen ein solches Vorgehen nicht, zumal in diesem Fall das Gericht, an welches die Sache zurückgewiesen werde, bei unverändertem Tatbestand nochmals gleich entscheiden werde. Anders verhalte es sich hingegen dann, wenn geltend gemacht werde, die nicht vorhersehbare rechtliche Würdigung habe dazu geführt, dass es die unterliegende Partei unverschuldet unterlassen habe, diesbezüglich relevante *Tatsachen und Beweismittel* vorzutragen, welche den Entscheid möglicherweise beeinflusst hätten (KELLERHALS/BERGER, a.a.O., S. 404).

bb) Ob eine Erweiterung resp. Modifikation der tatbeständlichen Vorbringen letztlich zu einer anderen Entscheidung des Gerichts geführt hätte, ist nicht zu prüfen; insoweit ist der im vorliegenden Zusammenhang gegebene Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur. Dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs letztlich zu einer anderen Entscheidung führen kann, setzt jedoch ein Zutun des Gehörsberechtigten voraus, nämlich dass dieser sich materiell vernehmen lässt. Der Nichtigkeitskläger hat daher in der Beschwerdeschrift darzulegen, inwiefern die tatsächlichen Vorbringen geändert oder ergänzt worden wären, wenn die Vorinstanz darauf hingewiesen hätte, dass sie den Rechtsstreit unter anderem als den

von den Parteien aufgeworfenen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilen werde (RB 2000 Nr. 57).

d) Wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist ihr Besitzer (Art. 919 Abs. 1 ZGB). Einem Grunddienstbarkeitsberechtigten fehlt es indessen an einer tatsächlichen *Sachherrschaft*. Bei Grunddienstbarkeiten (und Grundlasten) wird dem Sachbesitz daher die tatsächliche Ausübung des Rechts gleichgestellt und von *Rechtsbesitz* gesprochen (Art. 919 Abs. 2 ZGB). Der Besitzschutz kann nur angerufen werden für den durch Ausübung in Erscheinung getretenen Rechtsbesitz, nicht für den dem Grundbucheintrag zwar entsprechenden, aber nie ausgeübten Umfang des Rechts. Der Richter muss diesbezüglich prüfen, ob das Recht so häufig ausgeübt worden ist, dass für den Belasteten (eventuell auch für Dritte) der Eindruck der Ausübung des fraglichen Rechts entstanden ist (BK-Stark, Vorbemerkungen zu Art. 926-929 ZGB N 79; BSK-ZGB II, Stark/Ernst, N 51 ff. zu Art. 919 ZGB).

Auch im Rahmen einer Abwägung der Interessen des Dienstbarkeitsbelasteten einerseits und des Dienstbarkeitsberechtigten andererseits im Sinne von Art. 737 ZGB können Tatfragen im Hinblick auf die Ausübung der Dienstbarkeit eine Rolle spielen. So kann bspw. bei Prüfung der Frage, ob dem Eigentümer eines mit einem Wegrecht belasteten Grundstücks ein Recht zu dessen Einfriedung zusteht, die Frage der Intensität der Ausübung des Wegrechts (etwa jene, wie viele Dienstbarkeitsberechtigte vorhanden sind) von Bedeutung sein (vgl. BGE 113 II 151 Erw. 5; Liver, Zürcher Kommentar, N 80 zu § 737 ZGB; Leemann, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 737 ZGB). Im Rahmen einer Prüfung von Art. 928 ZGB als Anspruchsgrundlage für Klagebegehren wie dem Vorliegenden ist jedoch – anders als bei der Anspruchsgrundlage aus dem Recht – das vormalige (vor Anbringen der fraglichen Hindernisse gegebene) Verhalten des Dienstbarkeitsberechtigten zentral (Art. 928 ZGB i.V. mit Art. 919 Abs. 2 ZGB). Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass sich Parteien bei einem Klagebegehren wie dem Vorliegenden anlässlich einer Prüfung von Art. 928 ZGB als Anspruchsgrundlage zu diesbezüglichem tatsächlichem Vorbringen veranlasst sehen resp. sie in der vorliegend gegebenen Konstellation ihr – im Hinblick auf Art. 737 ZGB erfolgtes - tatsächliches Vorbringen mindestens ergänzen oder modifizieren.

Der Beschwerdeschrift ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer in Kenntnis einer Prüfung von Art. 928 ZGB als Anspruchsgrundlage seine Vorbringen (mindestens) insofern ergänzt hätte, als er die im Rahmen von Art. 928 ZGB notwendige Voraussetzung der tatsächlichen Ausübung des aus der fraglichen Dienstbarkeit fließenden Rechts durch den Beschwerdegegner (mindestens teilweise) bestritten hätte (vgl. dazu KG act. 1 S. 12 f. und 9 ff.). Auch wenn diese Vorbringen teilweise mit der – materiellrechtlichen - Frage des Umfangs der zur Diskussion stehenden Dienstbarkeit in Verbindung stehen (welche im Possessorium grundsätzlich nicht massgebend ist; vgl. dazu auch KG act. 10 S. 5), ist dem entgegenzuhalten, dass sich eine absolute Trennung zwischen Besitz als tatsächlicher (Sach-)Herrschaft einerseits und materieller Berechtigung andererseits bei Grunddienstbarkeiten letztlich als unmöglich erweist, was sich bereits im Begriff „Rechtsbesitz“ an sich zeigt. Ob das beschwerdeführerische Vorbringen zum Rechtsbesitz letztlich zu einer anderen Entscheidung der Vorinstanz geführt hätte resp. führen wird, ist (wie bereits erwogen) im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen.

Die beschwerdeführerischerseits gerügte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist nach dem Gesagten dargelegt.

e) Daran vermag auch nichts zu ändern, dass sich der angefochtene Entscheid auf eine (angebliche) beschwerdeführerische Anerkennung der tatsächlichen Ausübung des Grunddienstbarkeitsrechts durch den Berechtigten stützt. Zum Einen wurde damit dem Beschwerdeführer die Möglichkeit genommen, seine tatsächlichen Vorbringen zu modifizieren. Zum Andern vermag der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift die vorinstanzliche Erwägung, der Beschwerdegegner habe nach Auffassung der Parteien und insbesondere des Beschwerdeführers das Wegrecht auf der inzwischen verstellten Fläche (in exorbitanter Weise) tatsächlich ausgeübt, (mindestens ansatzweise) in Frage zu stellen:

aa) So führt der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der entlang der ...strasse stehenden Vorrichtung aus, weder habe er dem Beschwerdegegner je vorgeworfen, dort Waren umgeschlagen zu haben noch habe er (der Beschwer-

deführer) behauptet, dass der Beschwerdegegner dort passiert sei (KG act. 1 S. 9 f. unten).

Dem beschwerdeführerischen Vorbringen vor den Vorinstanzen kann nicht (mindestens nicht genügend klar) entnommen werden, dass der Beschwerdeführer die Vorrichtung auf dem beschwerdeführerischen Teil des Hofraums entlang der ...strasse mit einer erfolgten Benützung dieses Teils des Hofraums durch den Beschwerdegegner gerechtfertigt hätte. Wenn die Vorinstanz mit Verweis auf die beschwerdeführerischen Vorbringen vor Erst- und vor Rekursinstanz erwog, nach Auffassung des Beschwerdeführers habe der Beschwerdegegner das Wegrecht auf der inzwischen verstellten Fläche sogar in exorbitanter Weise ausgeübt (KG act. 2 S. 6 unten mit Verweis auf OG act. 8/8 S. 6 ff. und OG act. 1B S. 17 f.), ist diesbezüglich festzuhalten, dass der Beschwerdeführer an den in diesem Zusammenhang genannten Stellen seiner Vorbringen in substantiiertes Weise lediglich (aber immerhin) von einem *auf dem nordwestlichen Teil des beschwerdeführerischen Grundstücks abgewickelten* Warenumschat des Beschwerdegegners sprach (OG act. 8/8 S. 6 ff. und OG act. 1B S. 17 f.). Der Beschwerdegegner seinerseits spricht in der Beschwerdeantwort im Übrigen ebenfalls nicht von einer *expliziten* (sondern von einer „zumindest sinngemässen“) beschwerdeführerischen Anerkennung der Ausübung der Zufahrt über die fragliche Stelle entlang der ...strasse durch den Beschwerdegegner (vgl. KG act. 10 S. 4). Die Erstinstanz erwog schliesslich in ihrer Entscheidung, der Beschwerdeführer behauptete nicht, dass der Beschwerdegegner oder ein Dritter tatsächlich an der Stelle, wo heute die Vorrichtung stehe, jeweils herausgefahren sei (OG act. 8/10 S. 9 f. unten; vgl. dazu KG act. 10 S. 5 oben).

Ob der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dem hier interessierenden Hindernis entlang der ...strasse eine vormalige (d.h. vor Anbringung des Hindernisses) tatsächliche Ausübung des Wegrechts durch den Beschwerdegegner letztlich erfolgreich in Abrede zu stellen vermöchte, ist (wie bereits erwogen) an dieser Stelle nicht zu prüfen.

bb) Auch im Hinblick auf den erstinstanzlich erteilten (und von der Rekursinstanz bestätigten) Befehl zur Entfernung der im Grenzbereich zum beschwerdegegneri-

schen Grundstück angebrachten Leitplanke bringt der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift vor, es mangle an der im Rahmen des Besitzschutzes notwendigen tatsächlichen Ausübung des Rechts seitens des Beschwerdegegners. An den von der Vorinstanz im fraglichen Zusammenhang aufgeführten Stellen seiner Vorbringen (OG act. 8/8 S. 6 ff. und OG act. 1B S. 17 f.) habe er lediglich vom beschwerdegegnerischen Warenumschiag gesprochen. Diese Ausführungen hätten nichts mit einer Zugabe der tatsächlichen Ausübung des Wegrechts auf der verstellten Fläche zu tun. Der besagte Warenumschiag bilde gemäss rechtskräftiger Gerichtsentscheid keinen Bestandteil des Wegrechts; dieses sei auf das Passierrecht beschränkt. Dass der Beschwerdegegner an der verstellten Fläche passiere, habe er weder behauptet noch anerkannt (KG act. 1 S. 10).

Ob der Beschwerdeführer im Rahmen einer Prüfung von Art. 928 ZGB als Anspruchsgrundlage tatsächlich bestreite, dass der Beschwerdegegner das Wegrecht an der Stelle des hier interessierenden Hindernisses tatsächlich ausgeübt habe, erscheint zwar tatsächlich mindestens fraglich (vgl. dazu das Vorbringen des Beschwerdegegners; KG act. 10 S. 4 Ziff. 3 und S. 5 Ziff. 4). Dem Beschwerdeführer ist indessen insoweit zuzustimmen, dass er an den seitens der Vorinstanz genannten Stellen seiner Vorbringen (OG act. 8/8 S. 6 ff. und OG act. 1B S. 17 f.) in erster Linie von dem (seiner Ansicht nach nicht Bestandteil des fraglichen Fuss- und Fahrwegrechts bildenden) Warenumschiag sprach. Im Weiteren trifft zu, dass – wie der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift geltend macht – dieser vor Vorinstanz nicht *explizit* ausführte (was dem vorinstanzlichen Entscheid durchaus entnommen werden könnte), dass dem Beschwerdegegner durch die Einfriedung die Möglichkeit genommen worden sei, **wie bisher** von seinem Parkplatz direkt auf die ...strasse zu fahren oder umgekehrt. Der Beschwerdeführer brachte explizit „lediglich“ vor, durch die Einfriedung sei dem Beschwerdegegner lediglich die Möglichkeit genommen worden, direkt von der ...strasse in den Parkplatz hinein zu fahren oder umgekehrt (vgl. KG act. 2 S. 6 oben mit Verweis auf OG act. 8/8 S. 3 f. und OG act. 1B S. 6).

f) Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im Wissen darum, dass die Vorinstanz die Anspruchsgrundlage von Art. 928 ZGB zu prüfen beabsichtigte, seine Ausführungen vor Vorinstanz mit Vorbringen (tatsäch-

licher Natur), welche den Entscheid möglicherweise beeinflusst hätten, ergänzt hätte. Indem das Obergericht den Beschwerdeführer nicht auf die seines Erachtens mögliche, zusätzliche Anspruchsgrundlage von Art. 928 ZGB hingewiesen und ihm keine Gelegenheit zur entsprechenden Ergänzung seiner Vorbringen eingeräumt hat, hat es die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO und damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. Dies stellt eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO dar und führt zur Aufhebung von Disp.-Ziff. 3 (soweit Abweisung des beschwerdeführerischen Rekurses betreffend) sowie Disp.-Ziff. 4, 5 und 6 des vorinstanzlichen Entscheids (zwar stellt der Beschwerdeführer Antrag auf Aufhebung von Disp.-Ziff. 3, 4 und 5 des vorinstanzlichen Entscheides [KG act. 1 S. 2], gemeint ist dabei jedoch offensichtlich Disp.-Ziff. 3, 5 und 6 [vgl. KG act. 1 S. 16]). Es rechtfertigt sich sodann, die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO).

3. Es erübrigt sich an dieser Stelle eine Behandlung der übrigen Vorbringen in der Beschwerdeschrift. Nur ergänzend sei hinzugefügt, dass ein Urteil im Besitzestreit eine (spätere) Entscheidung über den Rechtsstreit weder „untergräbt“ noch präjudiziert (Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3.A., Bern 2007, N 2099; vgl. dazu KG act. 1 S. 7 f.). Ob die vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf die für den Weiterzug des Entscheids an das Bundesgericht gegebenen Rechtsmittel korrekt ist, ist sodann nicht im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfen.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner, welcher Antrag auf Abweisung der Beschwerde gestellt hat, für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziffer 3 – soweit Abweisung des beklaglichen resp. beschwerdeführerischen Rekurses betreffend – sowie Dispositiv-Ziffer 4, 5 und 6 des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. August 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'300.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- 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 übersteigt Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Entscheids des Obergerichtes vom 8. August 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, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Dielsdorf (EU080025), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: