



Kass.-Nr. AA080144/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 28. September 2009

in Sachen

A.,

...

...,

Gesuchstellerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

...,

gegen

1. B.,

...,

2. C.,

...,

Gesuchsgegner, Rekursgegner und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt

...,

betreffend

Befehl / Rückweisung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2008 (NL080096/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des Grundstücks Kat.Nr. yyy (...weg 3) in X. Die Beschwerdegegner sind Miteigentümer des benachbarten, unterhalb des erstgenannten Grundstücks liegenden Grundstücks Kat.Nr. zzz (...strasse 27). Mit (öffentlich beurkundetem) Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 errichteten die Parteien sowie der Eigentümer des weiteren Nachbargrundstücks Kat.-Nr. www u.a. ein Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten Kat.Nr. yyy und zulasten Kat.Nr. zzz und Kat.Nr. www. Demnach hat der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Kat.Nr. yyy (d.h. aktuell die Beschwerdeführerin) ein Fuss- und Fahrwegrecht auf einer in einem angefügten Plan eingezeichneten Fläche. Die Beschwerdeführerin wollte auf ihrem Grundstück eine Garage erstellen (und hat diese mittlerweile auch erstellt). Das beschriebene Wegrecht sollte der Zufahrt von der ...strasse in diese Garage und der Wegfahrt von dieser Garage in die ...strasse dienen (vgl. ER act. 3/1 und 3/2).

2. Mit Eingabe vom 18. Januar 2007 an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes X behauptete die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegner hätten nach Erstellung der Garage entlang der Grenze der Liegenschaften Kat.Nr. yyy und Kat.Nr. zzz einen Drainagegraben bis zur ...strasse gezogen. Dieser Graben verunmögliche ihr die Ausübung des Wegrechtes. Sie verlangte im Wesentlichen, es sei den Beschwerdegegnern im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO zu befehlen, den ungehinderten Gebrauch des Wegrechtes durch Entfernung aller Gegenstände und Zuschüttung des Grabens herzustellen und in Zukunft aufrecht zu erhalten.

3. Mit Verfügung vom 20. März 2007 befahl der Einzelrichter den Beschwerdegegnern in teilweiser Gutheissung des Begehrens, der Beschwerdeführerin durch Ermöglichen des Überfahrens des Grabens die ungehinderte Ausübung

des Wegrechtes gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 in dem Ausmass zu gewährleisten, in welchem der genannte Vertrag unanfechtbar geblieben sei, und wies das Begehren im Mehrumfang ab (ER act. 19 S. 8). Mit Verfügung vom 29. Juni 2007 erläuterte der Einzelrichter seine Verfügung durch die Umschreibung des Ausmasses, in welchem der Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 unanfechtbar geblieben sei, nämlich "unter Berücksichtigung einer Wegrechtsbreite von 3 m, gemessen ab dem bergseitigen Rand der Garagenzufahrt, und eines Einlenkerradius von 3m", dies gemäss einem angehefteten Plan, der integrierender Bestandteil der Verfügung bildet (ER act. 32 S. 3/4 samt Beilage).

4. Gegen die einzelrichterliche Verfügung vom 20. März 2007 mit Erläuterung vom 29. Juni 2007 rekurrierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht. Sie beantragte, den Beschwerdegegnern sei zu befehlen, ihr durch Ermöglichen des ungehinderten Überfahrens des Grabens die ungehinderte Ausübung des Wegrechtes gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 13. Januar 2006 *vollumfänglich* zu gewährleisten. Mit Beschluss vom 19. September 2007 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs zur Hauptsache ab und bestätigte den einzelrichterlichen Entscheid; es hiess den Rekurs lediglich insofern gut, als es hinsichtlich des Mehrumfanges des Begehrens (d.h. bezüglich des angefochtenen Teils des Dienstbarkeitsvertrags) statt auf Abweisung auf Nichteintreten erkannte.

5. Gegen den Rekursentscheid erhob die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde. Mit Beschluss vom 9. Juli 2008 (Kass.-Nr. AA070160; KG act. 4) hiess das Kassationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob den Rekursentscheid auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurück. Es kam zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe sich vor den Vorinstanzen nicht nur auf Art. 737 ZGB, sondern insbesondere auch auf Besitzschutz nach Art. 928 ZGB gestützt; darauf sei das Obergericht jedoch, insoweit in Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, nicht eingegangen.

6. Mit Beschluss vom 19. August 2008 (KG act. 2) bestätigte das Obergericht im Ergebnis seinen vorangehenden Entscheid, wobei es sich nunmehr auch mit der Frage des Besitzschutz auseinandersetzte.

Dagegen richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der angefochtene Beschluss erneut aufzuheben und es sei ihr Begehren vollumfänglich gutzuheissen; eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegner beantragen Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 11). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9).

7. Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 12).

II.

1. Das Obergericht begründet seinen Entscheid zunächst damit, es sei zwar unzweifelhaft, dass die Beschwerdeführerin ihr Wegrecht tatsächlich ausgeübt habe; offen bleibe aber, in welchem Umfang dies geschehen sei. Konkret sei unklar und ergebe sich aus den Akten nicht, ob sich die tatsächliche Ausübung auch auf den angefochtenen Teil der Dienstbarkeitsfläche beziehe. Damit seien die Verhältnisse bezüglich des angefochtenen Teils des Dienstbarkeitsvertrages auch unter Einbezug einer Prüfung von Art. 928 ZGB weiterhin illiquid (Beschluss S. 7 unten).

Aber selbst wenn man – so die Vorinstanz weiter (Beschluss S. 8) – davon ausgehe, die Beschwerdeführerin habe das gesamte Wegrecht ausgeübt, ändere dies nichts am Ergebnis, weil es ihr nicht gelinge, den Einwand der Beschwerdegegner, sie sei zur Besitzesstörung berechtigt (weil diese zur Abwehr von Schäden erforderlich sei), sofort als unbegründet oder haltlos zu widerlegen. Auch in Bezug auf die Frage, ob sich die Beschwerdegegner beim Aushub des Drainagegrabens verbotener Eigenmacht bedienten, seien die tatsächlichen Verhältnisse somit illiquid (Beschluss S. 9).

2. Als aktenwidrig bzw. willkürlich erachtet die Beschwerdeführerin zunächst die Annahme des Obergerichts, wonach unklar sei, ob die Beschwerdeführerin ihr

Wegrecht auch mit Bezug auf die angefochtenen Teile der Dienstbarkeitsfläche tatsächlich ausgeübt habe (Beschwerde S. 6, Ziff. 19).

2.1 Das Obergericht hat diesbezüglich ausgeführt (Beschluss S. 7, Erw. 4.3), es dürfte unzweifelhaft sein, dass die Beschwerdeführerin das Wegrecht in Anspruch genommen habe. Sie mache aber nicht geltend, sie habe das Wegrecht in seinem *gesamten ursprünglichen Umfang* ausgeübt. Sie erkläre lediglich, das Wegrecht durch den Bau der Garage ausgeübt zu haben. Die Garage selbst stehe auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin, und mit dem Wegrecht habe eine genügend grosse Zufahrt ermöglicht werden sollen. Die Erstellung der Garage allein lasse aber nicht zwingend darauf schliessen, dass das Wegrecht tatsächlich genutzt worden sei, da eine Zufahrt zur Garage gemäss den eingereichten Plänen auch ohne Inanspruchnahme der Wegrechtsfläche möglich, wenn auch erheblich umständlicher, sein dürfte. Da aber die Beschwerdegegner ihrerseits einräumten, die Beschwerdeführerin habe ihr Grundstück während der Bauphase benutzt, sei dennoch von einer Ausübung des Wegrechts auszugehen; offen bleibe aber, in welchem Umfang. Damit sei weiterhin unklar und ergebe sich auch nicht aus den Akten, ob sich die tatsächliche Ausübung des Wegrechts auch auf den angefochtenen Teil der Dienstbarkeitsfläche beziehe.

2.2 Demgegenüber verweist die Beschwerdeführerin zur Begründung der Rüge auf die Akten, aus welchen sich ergebe, dass sie das Wegrecht auch im streitigen Umfang von allem Anfang an tatsächlich ausgeübt habe.

Konkret verweist die Beschwerdeführerin (Beschwerde Ziff. 21) zunächst auf den kassationsgerichtlichen Rückweisungsentscheid vom 9. Juli 2008, wo festgestellt werde, die Beschwerdeführerin habe ihr Wegrecht tatsächlich ausgeübt, und zwar gemäss den Beschwerdegegnern „sogar in exorbitanter Weise“. Diese Feststellung fusse wiederum auf den Erwägungen des Einzelrichters, auf welche das Obergericht verwiesen hatte. Jener sei zum Schluss gekommen, die Beschwerdeführerin habe den „Wegrechtsbereich“ bereits während der Bauphase – und damit vor der Besitzesstörung – „exorbitant“ in Anspruch genommen, was die Beschwerdegegner selbst bestätigt hätten.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist es unter diesen Umständen willkürlich bzw. aktenwidrig, wenn es die Vorinstanz als unklar bezeichne, ob die Beschwerdeführerin das Wegrecht vollumfänglich ausgeübt habe oder nicht. Von einer „exorbitanten“ Beanspruchung auszugehen bedeute nichts anderes, als erstellt zu erachten, dass das Wegrecht *in besonderem Masse, übermässig, masslos* und damit jedenfalls im *gesamten Umfang* ausgeübt worden sei (Beschwerde Ziff. 22).

2.3 Im Rückweisungsbeschluss vom 9. Juli 2008 hatte das Kassationsgericht auf die Feststellungen des Einzelrichters und (darauf verweisend) des Obergerichts Bezug genommen, wonach die Beschwerdeführerin das Wegrecht tatsächlich ausgeübt habe, und zwar gemäss den Vorbringen der Beschwerdegegner sogar „in exorbitanter Weise“ (KG act. 4 S. 7 unten). Letztlich beruht diese Stelle somit auf den entsprechenden Ausführungen in der einzelrichterlichen Verfügung vom 20. März 2007; hier war auf die Vorbringen der Beschwerdegegner hingewiesen worden, nach welchen der Wegrechtsbereich durch die Beschwerdeführerin während der Bauphase „über Gebühr“ bzw. „exorbitant“ in Anspruch genommen worden sei (OG [I] act. 2 S. 4 unten). Diese Vorbringen bezogen sich aber darauf, dass – nach Darstellung der Beschwerdegegner – die Inanspruchnahme ihres Grundstückes seitens der Beschwerdeführerin insofern „exorbitant“ gewesen sei, als diese im Zusammenhang mit der Erstellung der Garage schwerstes Gerät nur wenige Zentimeter neben der Hausmauer aufgefahren habe (ER act. 13 S. 11). Mit anderen Worten ging es um die *Intensität*, nicht aber um das (räumliche) Ausmass der Inanspruchnahme. Insofern liegt der behauptete Widerspruch zu den Akten nicht vor. Ob im Übrigen im Zusammenhang mit der Erstellung der Garage schon von einer *Ausübung des Wegrechts* gesprochen werden kann (oder ob dieses nicht das *Bestehen* der Garage voraussetzt, vgl. KG act. 11 S. 8, Ziff. 17.5), kann hier dahingestellt bleiben.

Die Rüge erweist sich damit als unbegründet.

3. In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin weiter eine Verletzung klaren materiellen Rechts (Beschwerde S. 7 f., Ziff. 24 ff.). Da gegen den angefochtenen Entscheid mangels Erreichung der massgeblichen Streitwertgren-

ze (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (vorbehältlich Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) nicht zulässig ist, ist die Rüge im Hinblick auf § 285 ZPO im kantonalen Beschwerdeverfahren zulässig.

3.1 Die Rüge richtet sich gegen die Feststellung im angefochtenen Entscheid, wonach offen bleibe, ob bzw. in welchem Umfang die tatsächliche Ausübung des Wegrechts sich auch auf den angefochtenen Teil der Dienstbarkeitsfläche bezieht, weshalb insofern Illiquidität vorliege (Beschluss S. 7 unten).

Zur Begründung der Rüge bringt die Beschwerdeführerin vor (Beschwerde Ziff. 25), es stelle klares Recht dar, dass vom Inhaber eines Wegrechts nicht der Nachweis darüber, dass er über jeden selbst noch so kleinen Teil des belasteten Grundstücks die Sachherrschaft ausgeübt habe, verlangt werden könne. Somit sei der Sachbesitz auch dann zu bejahen, wenn nur ein Teil der belasteten Sache bei der Ausübung des durch die Dienstbarkeit vermittelten Rechts beansprucht werde. Zur Begründung dieser Auffassung beruft sich die Beschwerdeführerin auf ZK-LIVER und BK-REY, je zu Art. 737 ZGB. Wenn das Obergericht – so die Beschwerdeführerin weiter (Beschwerde Ziff. 26) – von ihr den Nachweis darüber verlange, dass sie ihr Wegrecht auch mit Bezug auf den angefochtenen Teil der Dienstbarkeitsfläche ausgeübt habe, verkenne es daher, dass Sachbesitz schon dann vorliege, wenn das belastete Grundstück nicht in vollem Umfang tatsächlich beherrscht worden sei. Damit vermöge entgegen der Vorinstanz die Besitzeschutzklage für das Wegrecht in seinem Gesamtumfang zu greifen.

3.2 Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach schon durch Benützung bloss eines Teils der Dienstbarkeitsfläche der *Sachbesitz an der gesamten Dienstbarkeit* zu bejahen sei, bildet kein klares Recht. Aus den von ihr angeführten Stellen folgt zunächst lediglich, dass Sachbesitz auch entstehen kann, wenn nur ein Teil der belasteten Sache bei der Ausübung des durch die Servitut vermittelten Rechts beansprucht wird, z.B. bei einem Wegrecht (BK-REY, System. Teil zu Art. 730 und 731 ZGB, N 116). Umgekehrt spricht ZK-LIVER ZGB Art. 737 N 129 ausdrücklich davon, dass in diesem Fall zwar Sachbesitz, aber eben nur als *Teilbesitz* entsteht. Teilbesitz bedeutet, dass an einzelnen Bestandteilen einer Sache getrennter Besitz möglich ist, so etwa bei Liegenschaften, an deren einzel-

nen Räumlichkeiten verschiedenen Personen getrennter Besitz zustehen kann (vgl. BK-STARK, Einleitung vor ZGB Art. 919-941, N 42 ff.). Somit kann es nicht als Verletzung klaren Rechts bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz aufgrund des (liquiden) Besitzes an einem Teil des Wegrechts nicht auf Liquidität hinsichtlich des Vollbesitzes geschlossen hat.

4. Hinsichtlich der vorinstanzlichen Eventualbegründung (Recht der Beschwerdegegner auf Besitzesstörung, angefochtener Beschluss Erw. 6, S. 8/9) macht die Beschwerdeführerin ebenfalls eine Verletzung klaren materiellen Recht geltend (Beschwerde Ziff. 28 ff., S. 8 ff.).

4.1 Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, es sei der Beschwerdeführerin nicht gelungen, die Berufung der Beschwerdegegner auf deren Notwehrsituation sofort als unbegründet und haltlos zurückzuweisen; insoweit seien die tatsächlichen Verhältnisse illiquid geblieben (Beschluss S. 9). Damit habe sie – so die Beschwerdeführerin – gegen den Grundsatz verstossen, wonach es Sache der Beschwerdegegner (und nicht der Beschwerdeführerin) sei, diesen Nachweis zu erbringen, weil sie behaupteten, ein besseres Recht zu haben. Überdies lasse die Vorinstanz (entgegen dem klaren Wortlaut und der einstimmigen Lehre zu Art. 928 ZGB) eine Einwendung aus dem Recht zu, was gegen den possessorischen Zweck der Bestimmung verstosse, der gerade darin bestehe, jede Einrede aus dem Recht auszuschliessen.

4.2 Die von den Beschwerdegegnern geltend gemachte Notwehrsituation (Gefährdung ihres Eigentums zufolge drohender Wasserschäden) wird im Schrifttum als mögliche Variante erwähnt, welche die Berufung auf Besitzesstörung durch verbotene Eigenmacht ausschliesst (BSK ZGB II-STARK/ERNST, Vor Art. 926-929 N 19). Massgebend ist, dass in diesem Fall eben keine verbotene, sondern zulässige Eigenmacht (Ausübung der Selbsthilfe, vgl. Art. 926 ZGB) gegeben ist (vgl. KG act. 11 S. 9 f.), womit die Vorbringen der Beschwerdeführerin insoweit an der Sache vorbei gehen.

Im Weiteren geht es in diesem Zusammenhang nicht um den Nachweis eines besseren Rechts, sondern eines Tatbestandselementes im Zusammenhang

mit der Frage der Eigenmacht, nämlich darum, dass die Beschwerdegegner eine konkrete Gefährdung zufolge drohender Wasserschäden geltend gemacht hatten (Beschluss S. 8/9). Wenn die Vorinstanz dazu festhielt, es sei der Beschwerdeführerin gestützt auf das von ihr eingereichte hydrogeologische Privatgutachten nicht gelungen, diesen Einwand der Beschwerdegegner sofort als unbegründet oder haltlos zu entkräften, weshalb die Sachlage insofern illiquid sei, hat sie kein klares materielles Recht verletzt (zur Frage der Beweiswürdigung nachfolgend Erw. 6).

5. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend (Beschwerde S. 10 f., Ziff. 35 ff.), selbst wenn der Rechtfertigungsgrund der Notwehr vorliegend gehört werden müsste, könnten die Beschwerdegegner nur insoweit zur Besitzesstörung berechtigt sein, als eine solche zum Schutz ihres Eigentums tatsächlich erforderlich sei. Dies folge unmissverständlich aus dem Rückweisungsbeschluss des Kassationsgerichts; entgegen den dortigen Ausführungen (und somit in Verletzung von § 104a Abs. 1 GVG) habe es das Obergericht jedoch unterlassen zu prüfen, inwieweit das Vorgehen der Beschwerdegegner nötig gewesen sei.

Die Beschwerdeführerin beruft sich insoweit auf die Nichtigkeitsgründe der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes bzw. klaren materiellen Rechts.

5.1 Das Kassationsgericht wies in seiner Entscheidung vom 9. Juli 2008 die Sache „im Sinne der Erwägungen“ zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück. Dabei ging es (wie sich insbes. den beiden letzten Sätzen von Erw. II., S. 10 des Entscheides entnehmen lässt) einerseits um die Prüfung der auf Art. 928 ZGB gestützten Position der Beschwerdeführerin, andererseits um allfällige Einwendungen der Beschwerdegegner, wie: die Beschwerdeführerin habe das Wegrecht im streitigen Umfang gar nie ausgeübt und demzufolge keinen Besitz daran oder jedenfalls nur partiellen Besitz, oder: die Beschwerdegegner seien zur Besitzesstörung berechtigt, weil sie zur Abwehr von durch die Beschwerdeführerin verursachten und weiter drohenden Schäden nötig sei (a.a.O.).

Das Obergericht ist diesen Vorgaben im neuen Entscheid nachgekommen. Eine Verpflichtung, näher abzuklären, inwieweit das Vorgehen der Beschwerdegegner erforderlich sei, lässt sich als solche dem Rückweisungsentscheid nicht entnehmen. Somit liegt keine Verletzung von § 104a Abs. 1 GVG vor.

5.2 In der Sache macht die Beschwerdeführerin geltend, bei den von den Beschwerdegegnern gewählten Massnahmen handle es sich um reine Schikane. So hätte anstelle der Aushebung eines Drainagegrabens mit Abschränkungen der Graben in geeigneter Art und Weise, etwa mit Platten, abgedeckt werden können (Beschwerde Ziff. 39). Indessen weist die Beschwerdeführerin damit jedenfalls keine Verletzung klaren materiellen Rechts nach, zumal eine solche – tragfähige – befahrbare Abdeckung wiederum mit nicht unerheblichem Sicherheitsaufwand verbunden gewesen wäre.

6. Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich (Beschwerde S. 11 f., Ziff. 41 ff.), der angefochtene Entscheid beruhe in diesem Zusammenhang auch auf aktenwidrigen bzw. willkürlichen tatsächlichen Annahmen.

6.1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Annahme der Vorinstanz willkürlich, wonach es ihr nicht gelungen sei, die Berufung der Beschwerdegegner auf deren Notwehrsituation als unbegründet und haltlos zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin habe bereits vor erster Instanz dargelegt, dass die behauptete Wasserproblematik nicht bestehe, und sie habe dazu das bereits erwähnte Privatgutachten von dipl. Natw. ETH P. vom 2. Oktober 2006 eingereicht. Dieses halte fest, dass nach Erstellung der Garage *weniger* Hanggrundwasser bzw. Meteorwasser vom Grundstück der Beschwerdeführerin auf das Grundstück der Beschwerdegegner fliesse und weiter, dass die Beschwerdegegner selber durch das Abbauen der Deckschicht den Hanggrundwasserleiter unterbrochen hätten, weshalb am Fusse des Hanges Wasser an die Oberfläche getreten sei.

Die Würdigung dieses Gutachtens durch die Vorinstanz, welche sich damit (bzw. mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin) insoweit auch nicht ansatzweise auseinandersetze, erweise sich – so die Beschwerdeführerin – angesichts seiner substantziellen wissenschaftlichen Ausführungen als willkürlich; die Vorinstanz

überspanne hier die Anforderungen an die Liquidität der tatsächlichen Verhältnisse zulasten der Beschwerdeführerin in unzulässiger Weise.

6.2a) Gemäss § 226 ZPO tritt der Richter im Verfahren nach § 222 Ziff. 2 ZPO auf das Begehren nicht ein, soweit es (u.a.) an sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen fehlt (Illiquidität). Einreden und Einwendungen des Beklagten machen ein Begehren illiquid, wenn sie vom Kläger nicht (sofort) als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 226 N 3). Allein die Tatsache, dass unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Begründetheit des Klagebegehrens bestehen, führt dabei noch nicht zu Illiquidität; vielmehr dürfen die Einreden und Einwendungen des Beklagten nicht offensichtlich unbegründet oder haltlos erscheinen (vgl. ZR 103 Nr. 13 Erw. III.4.5c m.H.).

Ob die Vorinstanz Liquidität zu Recht verneint hat, prüft das Kassationsgericht als verfahrensrechtliche Vorfrage frei (ZR 103 Nr. 78 Erw. 5.3, 107 Nr. 13).

b) Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Privatgutachten hat, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (und die Beschwerdeführerin nicht bestreitet) prozessual nicht die Bedeutung eines formellen Beweismittels, sondern einer Parteibehauptung (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 vor §§ 171 ff. m.H.). Dies schliesst aber nicht aus, dass einem Privatgutachten Beweistauglichkeit zukommt und es gegebenenfalls sogar die Einholung einer gerichtlichen Expertise erübrigen kann (vgl. BGer 5P.217/2004 [= SZPP 2005, 265 ff.]). Auf jeden Fall erschliesst sich die Bedeutung eines Privatgutachtens nicht abstrakt, sondern anhand der konkreten Umstände (vgl. BJÖRN BETTEX, L'expertise judiciaire, ASR 708, Bern 2006, S. 212 f. m.H.). So hängt der Beweiswert naturgemäss von der anerkannten fachlichen Kompetenz des Gutachters und der Qualität seiner Ausführungen ab (A. BÜHLER, Die Beweiswürdigung, in: Chr. Leuenberger [Hrsg.], Der Beweis im Zivilprozessrecht, SWR Heft 1, Bern 2000, S. 83 f.). Grundsätzlich wird einem von einer anerkannten Fachperson erstatteten Privatgutachten zumindest ein höherer Stellenwert als einer blossen Parteibehauptung zuerkannt werden müssen, ausser es lägen sofort ersichtliche Mängel oder konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich um ein blosses Gefälligkeitsgutachten handelt. Mit ande-

ren Worten verlangt abgesehen von den genannten Ausnahmefällen auch ein Privatgutachten eine (wenn auch summarische) Würdigung und Auseinandersetzung und darf vom Gericht nicht allein mit dem Hinweis darauf, dass es sich nicht um ein formelles Beweismittel handelt, abgetan werden.

c) Im vorliegenden Fall lässt sich aufgrund des angefochtenen Entscheides nicht nachvollziehen, wie die Vorinstanz zum Schluss kommt, es gelinge der Beschwerdeführerin gestützt auf das Privatgutachten P. nicht, den Einwand der Beschwerdegegner sofort zu entkräften. Der (von seiner Ausbildung bzw. Tätigkeit her in hydrogeologischen Belangen zweifellos qualifizierte) Privatgutachter gelangt unter Hinweis auf die örtlichen Gegebenheiten konkret zum Schluss, dass nach Erstellung der Garage „folglich insgesamt weniger Hanggrundwasser bzw. Meteorwasser“ von der Parzelle der Beschwerdeführerin zur unterliegenden Parzelle der Beschwerdegegner fliesse (ER act. 15/2 S. 2). Mit Recht beanstandet die Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz mit diesem Standpunkt nicht einmal ansatzweise auseinandersetze. Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als begründet im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO.

6.3 Dies führt jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Da es sich, wie oben ausgeführt, insoweit um eine Eventualbegründung der Vorinstanz handelt (und nachdem sich die gegen die Hauptbegründung erhobenen Rügen als unbegründet erwiesen haben), ist praxisgemäss der mit einem Nichtigkeitsgrund behaftete Teil der Begründung zuhanden des Bundesgerichts zu streichen (ZR 83 Nr. 57). Dies betrifft Erw. 6 des angefochtenen Beschlusses. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

7. Da die Beschwerdeführerin materiell mit einem Teil ihrer Beschwerde obsiegt, sind die Kosten des Kassationsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Die Prozessentschädigungen sind gegenseitig wettzuschlagen.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Erwägung 6 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) vom 19. August 2008 gestrichen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'600.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte (den Beschwerdegegnern intern je zu einem Viertel, unter solidarischer Haftbarkeit für die Hälfte der Gesamtkosten) auferlegt.
4. Die Prozessentschädigungen für das Kassationsverfahren werden gegenseitig wettgeschlagen.
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 15'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. August 2008 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 sowie an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes X, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: