Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AA070081/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 30. April 2008

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

1. **Y.**,

2. **Z.**,

Kläger, Rekursgegner und Beschwerdegegnerinnen
1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Befehl (Beseitigung von Bauten)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2007 (NL060140/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien sind - neben weiteren Personen - Stockwerkeigentümer am Grundstück Kat.-Nr. a1 (____strasse x1 und x1a) in Zürich (ER act. 3/2 - 3/4, OG act. 13/1). Eigentümerin des Nachbargrundstücks Kat.-Nr. a2 (____strasse x2) ist die A. Genossenschaft (ER act. 3/4; im Folgenden nur noch abgekürzt bezeichnet als die A.). Am 21. Dezember 2004 erteilte die Bausektion der Stadt Zürich dem Beschwerdeführer als Bauherrn die Baubewilligung für eine Unterniveau-Garage für 2 Autos (zugunsten der Nachbarliegenschaft Kat.-Nr. a1; vgl. ER act. 3/4 S. 2 lit. h, S. 4 Ziff. I.2) auf dem Grundstück Kat.-Nr. a2 (____strasse x2) (ER act. 3/4). Die rund 11 Meter lange rechte (von der ___strasse aus gesehen) Seitenmauer dieser Garage war exakt an die Grenze zum Nachbargrundstück (Kat.-Nr. a1) projektiert (vgl. ER act. 3/5). Mit Schreiben vom 4. Mai 2006 an den Beschwerdeführer monierten die Beschwerdegegner, dass das Fundament der Garage, welche der Beschwerdeführer auf dem Grundstück ____strasse x2 baue, eine Breite von 5 m statt der bewilligten 4 m aufweise und einen Meter auf dem Grundstück der ____strasse x1 stehe. Sie (die Beschwerdegegner) duldeten diese Grenzverletzung nicht (ER act. 3/14). Mit Schreiben vom 12. Mai 2006, betitelt mit "Garage X. ____strasse x2 ____ Zürich", an die Stockwerkeigentümergemeinschaft ____strasse x1/x1a (unter diesen die Parteien des vorliegenden Verfahrens) teilte der Beschwerdeführer mit, der Bau der Garage habe dazu geführt, dass eine Böschungssicherung zur Sicherung/Sicherheit des Haus-Zugangsweges habe erstellt werden müssen, welche die Grenze unterirdisch überschreite. Die Böschungssicherung werde nach den Umgebungsarbeiten unter Terrain unsichtbar bleiben. Für diese Massnahmen sei die Zustimmung der Stockwerkeigentümer bzw., falls diese nicht erhältlich sei, die Bewilligung durch die Stadt im Sinne von § 229 PBG nötig. Der Beschwerdeführer ersuchte als Bauherr der Garage deshalb um die Zustimmung zur Beanspruchung von gemeinschaftlichem Grundstückteil während der Bauzeit und zur Belassung der sich unter Terrain befindenden und daher nicht sichtbaren Böschungssicherung (ER act. 3/16). Am

23. Mai 2006 teilten die Beschwerdegegner dem Amt für Baubewilligungen mit, dass sie keinerlei Überschreitung und auch keinerlei Belastung von unterirdischen Bauteilen auf Kat.-Nr. a1 zugestimmt hätten oder zustimmen würden (ER act. 3/17). In einem Schreiben vom 27. Juni 2006 an den Beschwerdeführer hielt das Amt für Baubewilligungen der Stadt Zürich u.a. fest, dass dieser auf dem Grundstück Kat.-Nr. a1 im Abstand von ungefähr einem Meter von der Grenze zum Baugrundstück eine 11 Meter lange Stützmauer erstellt habe. Die Beschwerdegegner widersetzten sich der vorübergehenden Inanspruchnahme von Kat.-Nr. a1 zu Bauzwecken nicht grundsätzlich, seien aber mit einer dauernden Beanspruchung dieses Grundstücks nicht einverstanden (ER act. 3/19). In einem Beschluss vom 3. Juli 2006 hielt das Amt für Baubewilligungen fest, dass die auf dem Grundstück Kat.-Nr. a1 liegende unterirdische Bodenplatte mit Stützmauer (im Folgenden bezeichnet als Überbau) "als Baugrubensicherung" für die bewilligte Unterniveau-Garage im Zuge der Bauarbeiten ohne baurechtliche Bewilligung erstellt worden sei. Einer nachträglichen Bewilligung "der Baugrubensicherung" stehe aber nichts entgegen. Mit diesem Beschluss wurde "die baurechtliche Bewilligung für die Baugrubensicherung" nachträglich erteilt (ER act. 3/21).

2. Mit Eingabe vom 11. Juli 2006 stellten die Beschwerdegegner beim Einzelrichter des Bezirkes Zürich die Anträge, dem Beschwerdeführer sei in Anwendung von § 222 Ziff. 2 ZPO zu befehlen, "die Bauteile (derzeit die Bodenplatte und die 11 m lange Stützmauer)" auf dem Grundstück Kat.-Nr. a1 zu beseitigen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Eventualiter sei dem Beschwerdeführer zu verbieten, Bauarbeiten auf dem Grundstück Kat.-Nr. a1 vorzunehmen, insbesondere am Überbau weiterzubauen, die Baugrube zu schliessen und das Terrain wiederherzustellen. Dieses Verbot sei superprovisorisch zu erlassen (ER act. 1 S. 2). Der Einzelrichter teilte den Beschwerdegegnern am 12. Juli 2006 mit, dass dem Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme nicht stattgegeben werde (ER act. 4). Nach Durchführung einer Hauptverhandlung am 26. September 2006 (ER act. 11 = Prot. S. 3 ff.) wies der Einzelrichter das Massnahmebegehren (Verbot weiterer Bauarbeiten sowie Schliessen der Baugrube und Wiederherstellen des Terrains auf dem Grundstück Kat.-Nr. a1) mit Verfügung vom 2. November 2006 als gegenstandslos geworden

ab (weil der Beschwerdeführer die Bauarbeiten abgeschlossen hatte; ER act. 12a S. 3 Erw. 2.1). Mit der gleichen Verfügung befahl der Einzelrichter dem Beschwerdeführer (als Befehl im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO; ER act. 12a S. 4 ff. Erw. 4) unter Androhung der Bestrafung im Säumnisfall wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB, innert 60 Tagen ab Zustellung der Verfügung den Überbau zu beseitigen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen (ER act. 12a S. 11).

3. Gegen die einzelrichterliche Verfügung vom 2. November 2006 reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein. Mit diesem beantragte er, auf das Befehlsbegehren sei wegen Illiquidität nicht einzutreten (OG act. 1 S. 2). Mit Beschluss vom 23. April 2007 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) den Rekurs ab und bestätigte die einzelrichterliche Verfügung vom 2. November 2006 (KG act. 2 S. 13).

4. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 23. April 2007 erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 18/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde. Mit dieser beantragt er in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Die ihm nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 1'500.-- (KG act. 4) leistete der Beschwerdeführer innert Frist (KG act. 5/1, act. 9). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 8). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 4, 5/2, 10) Beschwerdeantwort beantragen die Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 11, act. 12/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten in diesem Verfahren nicht.

II.

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von klarem Recht und liquiden tatsächlichen Verhältnissen im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO ausgegangen. Indem sie auf das Befehlsbegehren eingetreten sei, habe sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (§ 226 ZPO) verletzt (KG act. 1 S. 7 f.). Dabei ist zur Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde und zur Kognition des Kassationsgerichts Folgendes vorauszuschicken:

2.1. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, weil vorliegend eine prozessuale Frage streitig sei, sei die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde auch unter dem Aspekt von § 285 ZPO zulässig (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Rz 5).

a) Gegen den angefochtenen Rekursentscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (§ 281 ZPO). Ein Ausschlussgrund im Sinne von § 284 ZPO liegt nicht vor.

b) Gegen Entscheide, die dem Weiterzug ans Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich nicht zulässig. Der Weiterzug ans Bundesgericht in diesem Sinne ist gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Gemäss vorinstanzlicher Feststellung beträgt der Streitwert Fr. 10'000.-- (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 13 und S. 14 Ziff. 7.b). Eine Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 72 BGG wäre demnach nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte (Art. 74 BGG). Davon ist bei den vom Beschwerdeführer vorgetragenen Rügen für das vorliegende Verfahren nicht auszugehen (für das bundesgerichtliche Verfahren würde das Bundesgericht auf entsprechende Rügen selbstverständlich selbständig entscheiden). Verfassungsmässige Rügen, welche das Bundesgericht im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde nach §§ 113 BGG frei prüfte, trägt der Beschwerdeführer in der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde nicht vor. § 285 ZPO steht der Beschwerde nicht entgegen.

2.2. Grundsätzlich sind Rügen der Verletzung materiellen Rechts im Beschwerdeverfahren nur unter dem eingeschränkten Gesichtspunkt der Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO zu prüfen. Anders verhält es sich indes mit der Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht klares Recht im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO angenommen. Die Ausfällung eines Sachentscheides im Befehlsverfahren trotz Illiquidität nach § 226 ZPO verletzt die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit und bildet damit einen Nichtigkeitsgrund nach § 281 Ziff. 1 ZPO. Die Verknüpfung der Zuständigkeits- bzw. Verfahrensregelung mit der Frage klaren Rechts führt dazu, dass das Kassationsgericht diese Frage frei prüft (ZR 93 [1994] Nr. 7 Erw. VIII.1).

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, es liege kein klares Recht bezüglich seiner Passivlegitimation vor. Er habe die Garage für die A. auf deren Grundstück erstellt. Nicht er, sondern die A. sei Eigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. a2. Diese habe gestützt auf Art. 674 Abs. 3 ZGB einen dinglichen Anspruch auf Beibehaltung des Überbaus. Die Beschwerdegegner hätten deshalb das Befehlsbegehren statt gegen ihn gegen die A. stellen müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 8 f.). Die Stockwerkeigentümergemeinschaft (des Grundstücks Kat.-Nr. a1) habe ein Interesse daran, dass ihre Böschung durch die Stützmauer genügend stark und stabil sei. Der Beschwerdeführer habe mit der Erstellung der Stützmauer im Interesse der Stockwerkeigentümergemeinschaft im Sinne von Art. 647c und 647d ZGB gehandelt. Deshalb sei die Stützmauer keine (im Sinne von Art. 641 Abs. 2 ZGB) ungerechtfertigte Einwirkung auf deren Grundstück (Beschwerde KG act. 1 S. 9 f.). Den Beschwerdegegnern entstände kein Nachteil durch die unterirdische Stützmauer. Ihr Befehlsbegehren auf Entfernung derselben sei deshalb rechtsmissbräuchlich (Beschwerde KG act. 1 S. 10 f.). Die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie gegenteilig Liquidität im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO (klares Recht, sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse) angenommen habe.

Diese Position des Beschwerdeführers erscheint als offenbar rechtsmissbräuchlich (vgl. z.B. den Grundsatz "nemo turpitudinem suam allegans auditur". Wer eine Rechtsstellung auf unredliche oder rechtswidrige Weise erworben hat,

kann diese Rechtsstellung nicht durchsetzen bzw. er kann der anderen Partei nicht die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten. Es kann rechtsmissbräuchlich sein, sich auf eine neue Rechtsstellung zu berufen, die nur aufgrund eigenen treuwidrigen Verhaltens erst begründet wurde und vorher nicht bestanden hat; Zürcher Kommentar, Einleitung, 3. Auflage, Zürich 1998, Baumann, N 247 und N 249 zu Art. 2 ZGB). Der Beschwerdeführer erwirkte als Bauherr eine Baubewilligung für die Erstellung einer Garage auf dem Grundstück Kat.-Nr. a2 an der Grenze zum Grundstück Kat.-Nr. a1. Beim Bau der Garage hielt er sich nicht an diese Grenze, sondern nahm auch das Grundstück Kat.-Nr. a1 in Anspruch. Mit dem Bemerken, also im Bewusstsein, dafür die Zustimmung der Stockwerkeigentümer zu benötigen, ersuchte er auch die Beschwerdegegner um ihre Zustimmung. Obwohl sie diese nicht erteilten, baute er trotzdem eigenmächtig eine 11 Meter lange Betonmauer ins Grundstück der Stockwerkeigentümergemeinschaft und verstieg sich gar zu den Behauptungen, er habe damit im Interesse der Stockwerkeigentümergemeinschaft gehandelt und das Entfernungsbegehren der Beschwerdegegner sei rechtsmissbräuchlich, weil er ein Interesse ihrerseits an der Entfernung der (unter der Vorgabe einer blossen Baugrubensicherung erstellten) Betonmauer bestreite. Nachdem er im ganzen erstinstanzlichen Verfahren die Darstellung der Beschwerdegegner nicht bestritten hatte, dass er für sich selber das Recht erworben hatte, auf dem Grundstück Kat.-Nr. a2 eine Garage zu bauen, dass *er* gebaut habe, dass er als selbständiger Bauherr auftrete und die Garage in seinem alleinigen Interesse und auf seine Kosten gebaut werde (ER act. 1 S. 3 - 6), nachdem er im Gegenteil im erstinstanzlichen Verfahren ausführen liess, *er* habe von drei Stockwerkeigentümern die Zustimmung zur Erstellung der im Streit stehenden Baute erhalten, *er* sei zur Erstellung der Baute berechtigt gewesen, die Baubehörde habe *ihm* die Baubewilligung erteilt, *er* sei berechtigt gewesen, die Arbeiten auszuführen (ER act. 11 S. 4 - 7; vgl. auch ER act. 3/16, in welchem Schreiben der Beschwerdeführer selber den Bau als "Garage X." und damit als seine Garage bezeichnete), machte er im vorinstanzlichen Verfahren plötzlich (und in offensichtlicher Verletzung des Novenverbots gemäss § 278 i.V. mit § 267 ZPO) geltend, er habe die Garage für die A. erstellt, und schien damit geltend machen zu wollen, er sei

blosser Vertreter der A. gewesen; die Garage, der Überbau etc. betreffe nicht ihn persönlich, sondern die A.

Die Frage des Rechtsmissbrauchs und die Prüfung dieser Rügen müssen indes offen gelassen werden, da sich die Beschwerde aus einem anderen Grund als begründet erweist:

4. Vor Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, der Überbau befinde sich gemäss Art. 674 ZGB im Eigentum der A. Er könne sie nicht ohne deren Zustimmung entfernen. Es könne ihm nicht befohlen werden, fremdes Eigentum zu beseitigen. Zudem erforderte die Entfernung der Mauer einen Eingriff in das Grundstück der Stockwerkeigentümergemeinschaft, womit diese nicht einverstanden wäre. Ohne entsprechenden Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft sei die Vollstreckung (eines an ihn gerichteten Befehls, die Mauer zu entfernen) unmöglich (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 f. Erw. 6).

a) Die Vorinstanz erwog dazu, das Befehlsverfahren sei nicht zulässig, wenn eine Vollstreckung zum vornherein ausgeschlossen sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 9 Erw. 6). Der Überbau stehe auf dem Grundstück der Stockwerkeigentümergemeinschaft und aufgrund des Akzessionsprinzips in deren Eigentum. Die Entfernung des Überbaus bedeutete einen Eingriff in die Eigentumsrechte der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Dieser Eingriff sei indessen nur vorübergehend und bringe im Ergebnis die Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmässigen Zustands (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 11).

b) Der Beschwerdeführer macht - im Anschluss an seine allgemeine Rüge, die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, nämlich § 226 ZPO verletzt, indem sie trotz Illiquidität einen (materielle Rechtskraft erlangenden [Beschwerde KG act. 1 S. 3 Ziff. 5]) Sachentscheid gefällt habe, obwohl weder klares Recht noch sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse vorlägen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f.) - geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Vollstreckbarkeit des verlangten Befehls bejaht. Unabhängig von der Eigentumsfrage sei er gar nicht in der Lage, den Überbau zu entfernen. Dazu bedürfte es der Zustimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft (oder der A.), da er in deren

Eigentum eingreifen müsste. Eine solche Zustimmung liege nicht vor und werde auch nicht erteilt. Daran ändere der vorinstanzliche Vermerk nichts, dass der Eingriff lediglich vorübergehend sei (Beschwerde KG act. 1 S. 12 f.).

c) Ein Herausgabebegehren ist abzuweisen, falls der Beklagte die Unmöglichkeit der Erfüllung einigermassen glaubhaft macht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 3 zu § 226, mit Verweisung auf ZR 78 [1979] Nr. 85). Die zürcherische Praxis lehnt das Befehlsverfahren als unzulässig ab, wo eine Vollstreckung von vornherein ausgeschlossen ist bzw. wenn dem Einwand ein Mindestmass an Glaubwürdigkeit zukommt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 222, mit Verweisungen).

d) Gemäss Vorinstanz steht der Überbau im Eigentum der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Wäre diese Auffassung zweifelhaft oder gar unzutreffend, mangelte es schon insoweit zumindest an klarem Recht. Trifft sie aber zu, ist zumindest fraglich, ob der Beschwerdeführer ohne Vorliegen einer Zustimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft in deren Eigentum eingreifen darf. Zwar befremdet es auf den ersten Blick, dass es dem Beschwerdeführer als Störer untersagt sein könnte, die rechtswidrige Störung zu beheben. Das kann aber eine Folge der besonderen vorliegenden Konstellation sein, in welcher das Objekt der Störung, der Überbau, nicht beim Störer blieb, sondern gemäss vorinstanzlicher Auffassung aufgrund des Akzessionsprinzips ins Eigentum einer Drittperson, der Stockwerkeigentümergemeinschaft, fiel und deshalb nicht mehr der (alleinigen) Verfügungsmacht des Störers untersteht. Pointiert betrachtet, würde mit dem anbegehrten Befehl vom Beschwerdeführer etwas verlangt, was ihm gerade zur Last gelegt wird und zum Befehlsbegehren führte, nämlich ein eigenmächtiger, ungerechtfertigter Eingriff in fremdes Eigentum. Bezüglich Befehlsverfahren kann der vorliegende Fall verglichen werden mit dem in ZR 78 Nr. 85 aufgeführten Sachverhalt, wo der Beklagte (in nicht unglaubhafter Weise) geltend machte, die Sache, deren Herausgabe von ihm verlangt wurde, sei ihm gestohlen worden, welcher Einwand die Erteilung eines Herausgabebefehls im summarischen Verfahren ausschloss.

Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung wäre der verlangte Eingriff ins Eigentum der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht nur vorübergehend. Gelangte die Stockwerkeigentümergemeinschaft ins Eigentum des Überbaus, bedeutete dessen Entfernung einen definitiven, dauerhaften Eingriff in dieses Eigentum. Vorübergehend wären lediglich die Erdarbeiten im Zusammenhang mit der Entfernung. Selbst die Zulässigkeit eines bloss vorübergehenden Eingriffs ohne Zustimmung der (neuen) Eigentümerin wäre aber fraglich. Es besteht zumindest kein klares Recht.

e) Daran ändert nichts, dass jedem Stockwerkeigentümer die Aktivlegitimation zum Verlangen der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zusteht, wie die Beschwerdegegner geltend machen (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 8 oben). Es besteht kein klares Recht, dass diese Aktivlegitimation auch die Zulässigkeit eines Befehls zum Eingriff in das neue Eigentum der gesamten Stockwerkeigentümergemeinschaft beinhaltete. Die Legitimation des einzelnen Miteigentümers, sich gegen Beeinträchtigungen des gesamten Eigentums zur Wehr zu setzen, kann nicht ohne weiteres der grundsätzlich erforderlichen Zustimmung aller Miteigentümer zu einer Aufgabe des (hier: neuen) Eigentums (vgl. Art. 648 Abs. 2 ZGB) gleichgesetzt werden.

Der Einzelrichter, auf den die Beschwerdegegner verweisen (Beschwerdeantwort KG act. 10 S. 8 Ziff. 6.6), erwog, der pauschale Einwand, die Mehrheit der Stockwerkeigentümer verweigere eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, entspreche den Anforderungen an eine genügende Behauptung nicht. Der Beschwerdeführer habe es unterlassen, irgendwelche Namen von Stockwerkeigentümern zu nennen, Gründe für die Verweigerung zu bezeichnen oder schriftliche Erklärungen einzureichen. Zudem wäre das Befehlsverfahren nur dann unzulässig, wenn eine Vollstreckung von vornherein ausgeschlossen wäre. Dies wäre - so der Einzelrichter weiter - auch bei erwiesener Verweigerung der übrigen Stockwerkeigentümer nicht der Fall, da eine Genehmigung auch noch nach Schluss dieses Verfahrens erteilt werden könnte. Überdies frage es sich, ob die Vollstreckung des Abbruchbefehls überhaupt eines Mehrheitsbeschlusses der Stockwerkeigentümerversammlung bedürfe. Immerhin komme den Beschwerde-

gegnern die Aktivlegitimation zur Wiederherstellungsklage alleine zu, ohne dass eine notwendige Streitgenossenschaft vorliege (ER act. 12a S. 10 Erw. 5.3).

Bei diesen Erwägungen ging der Einzelrichter im Gegensatz zur Vorinstanz nicht davon aus bzw. beachtete nicht, dass der Überbau aufgrund des Akzessionsprinzips ins Eigentum der Stockwerkeigentümergemeinschaft gefallen ist. Seine Erwägungen gehen an dieser besonderen Problematik vorbei und bieten schon deshalb keine Lösung dafür. Wenn der Einzelrichter erwähnt, dass die Duldung der Baute einer Teilveräusserung des Grundstücks der Stockwerkeigentümer gleich käme, wofür ein einstimmiger Beschluss erforderlich wäre (ER act. 12a S. 7 unten), käme auch die Duldung der Entfernung der nun gemäss vorinstanzlicher Erwägung im Eigentum der Stockwerkeigentümergemeinschaft stehenden Stützmauer einer Teilveräusserung gleich, wofür demnach ein einstimmiger Beschluss erforderlich wäre - wozu offenkundig zumindest die Stimme des Beschwerdeführers fehlte. Auch die einzelrichterlichen Erwägungen zeigen zumindest kein klares Recht auf, gemäss welchem vorliegend der verlangte Befehl zur Entfernung von Eigentum einer Drittperson (der Stockwerkeigentümergemeinschaft) zulässig wäre.

f) Indem die Vorinstanz im Befehlsverfahren nach § 222 Ziff. 2 ZPO einen Sachentscheid fällte und den Beschwerdeführer zur Entfernung des nach ihrer Auffassung im Eigentum einer Drittperson (der Stockwerkeigentümergemeinschaft) stehenden Überbaus verpflichtete, obwohl bezüglich der Zulässigkeit eines solchen Eingriffs in fremdes Eigentum zumindest kein klares Recht besteht, verletzte die Vorinstanz § 226 ZPO und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz. Diese Rüge ist begründet, und der auf diesem Nichtigkeitsgrund beruhende angefochtene Beschluss muss deshalb aufgehoben werden.

5. Gemäss den vorstehenden Erwägungen fehlt es an klarem Recht bezüglich der Frage, ob der Beschwerdeführer verpflichtet werden kann, den ins Eigentum der Stockwerkeigentümergemeinschaft übergegangenen Überbau ohne Vorliegen der Zustimmung der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu entfernen. Dieses fehlende klare Recht führt nicht nur zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern auch ohne weiteres dazu, dass auf das Befehlsbegehren

selber mangels Liquidität nicht eingetreten werden kann. Das Verfahren ist spruchreif. Es kann ein Entscheid in der Sache selbst (Befehlsbegehren bzw. Rekurs) gefällt werden (§ 291 ZPO). In Gutheissung des Rekurses sind die Dispositiv-Ziffern 2, 4 und 5 der einzelrichterlichen Verfügung vom 2. November 2006 aufzuheben, und auf das Befehlsbegehren der Beschwerdegegner vom 11. Juli 2006 (ER act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 1) ist mangels Liquidität nicht einzutreten. Den Beschwerdegegnern steht die Klage im ordentlichen Verfahren offen (§ 226 Satz 2 ZPO).

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten sämtlicher Instanzen den Beschwerdegegnern aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und sind diese zu verpflichten, den Beschwerdeführer für die anwaltlichen Aufwendungen in sämtlichen Instanzen zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Dabei können für die vorinstanzlichen Verfahren die vorinstanzlichen Kosten und Entschädigungen in der Höhe, aber mit gegenteiliger Verteilung übernommen werden. Bei der Gerichtsgebühr für das vorinstanzliche Rekursverfahren gelangt allerdings bereits die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) zur Anwendung (§ 19 GGebV).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2007 aufgehoben.

2. In Gutheissung des Rekurses werden die Dispositiv-Ziffern 2, 4 und 5 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich vom 2. November 2006 (Geschäft Nr. EU060530) aufgehoben. Auf das Befehlsbegehren der Beschwerdegegner vom 11. Juli 2006 gemäss Ziffer 1 der Anträge (ER act. 1 S. 2) wird nicht eingetreten.

2.1 Die erstinstanzlichen Kosten (Dispositiv Ziffer 3 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich vom 2. November 2006 [Geschäft Nr. EU060530]) werden den Beschwerdegegnern je zur Hälfte auferlegt, wobei sie solidarisch für den gesamten Betrag haften.

2.2 Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'200.-- und den Beschwerdegegnern je zur Hälfte auferlegt, wobei sie solidarisch für den gesamten Betrag haften.

2.3 Die Beschwerdegegner werden verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren zusammen eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 1'800.-- zu bezahlen, und zwar je zur Hälfte, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'200.-- und den Beschwerdegegnern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.

4. Die Beschwerdegegner werden verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 1'000.-- zu bezahlen, und zwar je zur Hälfte, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.

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 10'000.--.

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 (Audienz) des Bezirkes Zürich je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: