Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AA080004/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Reinhard Oertli, Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 14. November 2008

in Sachen

X. AG,

Nebenintervenientin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

sowie

1. **A.**,

2. **B.**,

3. **C.**,

Beklagte
1-3 vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z., lic. oec.,

Kläger, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwältin

betreffend

Nachbarrecht

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2007 (LB060120/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Z. (Kläger und Beschwerdegegner) ist Eigentümer von drei Stockwerkeinheiten des Grundstücks Kat.-Nr. (aaa) sowie Miteigentümer am Grundstück Kat.-Nr. (bbb) in Zürich.
A., B. und C. (Beklagte) sind (bzw. C. war; KG act. 17 und 18) Eigentümer der Grundstücke Kat.-Nr. (ccc) und (ddd). Auf dem Grundstück Kat.-Nr. (ccc) betreibt die X. AG (Nebenintervenientin und Beschwerdeführerin) als Mieterin der Beklagten (vgl. BG act. 28 S. 3, act. 53 S. 4 unten, KG act. 1 S. 4) ein Restaurant (KG act. 2 S. 6 Erw. II.1.). Das unbebaute Grundstück Kat.-Nr. (ddd) ist der erste Teil einer Privatstrasse, die im rechten Winkel vom (eee-)weg zwischen den Grundstücken (eee-)weg xx und (eee-)weg yy (Kat.-Nr. ccc) zu weiteren Grundstücken führt und u.a. der Auto-Zufahrt zu den Parzellen (aaa) und (bbb) dient (vgl. BG act. 5/3). Der Beschwerdegegner hat als Eigentümer von Stockwerkeinheiten auf dem Grundstück Kat.-Nr. (aaa) und als Miteigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. (bbb) ein grundbuchlich eingetragenes unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht auf dieser Privatstrasse. Das Grundstück Kat.-Nr. (ddd) ist mit diesem Wegrecht belastet (BG act. 5/4).

2. Die Bausektion der Stadt Zürich bewilligte der Beschwerdeführerin mit Entscheid vom 31. August 2004, ein Aussenrestaurant mit 5 Tischen von 1.8 Metern Länge zu betreiben, die quer zur an der Privatstrasse (Kat.-Nr. ddd) verlaufenden Hausfassade des Grundstücks Kat.-Nr. (ccc) anzuordnen seien. Zusätzlich zu diesen 1.8 Metern seien weitere 0.6 Meter Platz für die Bedienung der Tische zu reservieren. Mit einer derartigen Breite von 2.4 Metern ragt der Bereich dieser Aussenwirtschaft rund 1.6 Meter in die Privatstrasse hinein. Dafür sollten auf der gegenüberliegenden Seite der Privatstrasse durch ein Zurückversetzen von Blumentrögen 0.5 Meter zusätzliche Strassenbreite gewonnen werden. Damit sollte auch mit dem Betrieb der Aussenwirtschaft eine baurechtlich minimale Durchfahrtsbreite von 5 Metern für eine einwandfreie Kreuzungsmöglichkeit PW - Lastwagen ermöglicht werden (KG act. 2 S. 6 f.).

3. Der Beschwerdegegner ist mit der Inanspruchnahme der Privatstrasse für die Aussenwirtschaft nicht einverstanden. Am 14. April 2005 reichte er beim Bezirksgericht Zürich gegen die Beklagten A., B. und C. als Eigentümer des Grundstücks Kat.-Nr. (ddd) und damit Dienstbarkeits-(Wegrechts-)belastete eine Klage ein. Mit dieser beantragte er u.a., den Beklagten sei zu verbieten, auf dem Grundstück Kat.-Nr. (ddd) das bewilligte Aussenrestaurant zu erstellen und zu betreiben sowie Fahrzeuge, Container und dergleichen ab- und aufzustellen, bzw. die Beklagten seien zu verpflichten, die nötigen Massnahmen zu treffen, damit das geplante Aussenrestaurant nicht erstellt werde und keine Fahrzeuge, Container und dergleichen auf dem Grundstück Kat.-Nr. (ddd) auf- und abgestellt werden (BG act. 2 S. 2 Ziff. 1). Die Beklagten verkündeten der X. AG den Streit (BG act. 6). Die X. AG trat dem Prozess als Nebenintervenientin bei (BG act. 13) und führt ihn seither auf Beklagtenseite alleine (BG act. 6, KG act. 2 S. 19 Erw. IV.1 dritter Absatz).

4. Mit Urteil vom 26. Oktober 2006 untersagte das Bezirksgericht den Beklagten, auf dem Grundstück Kat.-Nr. (ddd) die Gartenwirtschaft zu erstellen sowie Fahrzeuge und Container ab- oder aufzustellen, und verpflichtete die Beklagten, die nötigen Massnahmen zu treffen, damit ihre Mieter entsprechende Handlungen unterlassen (BG act. 53 S. 20 Ziff. 1). Auf Berufung der Beschwerdeführerin (OG act. 60, 65) fällte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, am 22. November 2007 ein im Wesentlichen gleiches Urteil (KG act. 2 S. 20). Gegen dieses Urteil reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (OG act. 81/2, KG act. 1 [unter Berücksichtigung der Gerichtsferien]) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Urteils (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5). Die der Beschwerdeführerin nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 12'000.-- (KG act. 5) leistete sie fristgerecht (KG act. 6/1, act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit seiner innert erstreckter Frist (KG act. 12) eingereichten Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 14 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin und den Beklagten

zugestellt (KG act. 15, act. 16/1, 16/2). Mit Eingabe vom 4. August 2008 ersuchten die Beklagten unter Beilage einer Eigentümerauskunft des Grundbuchamts ____-Zürich, wonach C. nicht (mehr) zu den Gesamteigentümern der Liegenschaft (eee-)Weg yy (Kat.-Nr. ccc) gehört (KG act. 18), letzteren aus dem Rubrum zu streichen (KG act. 17). Auch diese Eingabe wurde den Parteien zugestellt (KG act. 19, act. 20/1-3). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. Mit dem angefochtenen Urteil verbot die Vorinstanz den Beklagten unter solidarischer Haftung, auf dem Grundstück Kat.-Nr. (ddd) das Aussenrestaurant zu erstellen sowie Fahrzeuge und Container dort ab- oder aufzustellen, und verpflichtete die Beklagten unter solidarischer Haftung, die nötigen Massnahmen zu treffen, damit ihre Mieter entsprechende Handlungen unterlassen (KG act. 2 S. 20). Als diese Beklagten nannte die Vorinstanz A., B. und C. (KG act. 2 S. 1). Das vorinstanzliche Verbot und die vorinstanzliche Verpflichtung treffen mithin auch C. Die Beklagten sind im Rubrum des kassationsgerichtlichen Verfahrens nicht als Beschwerdeführer genannt - als solche tritt die Nebenintervenientin X. AG auf -, sondern als Beklagte der vorinstanzlichen Verfahren. Daran ändert das nachträgliche Ausscheiden von C. aus der Eigentümerschaft des Grundstücks Kat.-Nr. (ccc) an sich nichts. Wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, bleibt es vollumfänglich beim angefochtenen Urteil und damit auch beim Verbot und der Verpflichtung von C. und seiner solidarischen Haftbarkeit. Wird die Nichtigkeitsbeschwerde gutgeheissen, wird das angefochtene Urteil aufgehoben. Dann läge es an der Vorinstanz, über die Folgen des Ausscheidens von C. aus der Eigentümerschaft für das vorinstanzliche Verfahren zu befinden. Im Beschwerdeverfahren ist C. deshalb nicht aus dem Rubrum zu streichen.

2. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, sie habe vor den Vorinstanzen behauptet, die Klage des Beschwerdegegners sei rechtsmissbräuchlich, weil es ihm nicht um die Beeinträchtigung seines Wegrechts gegangen sei, sondern allein um die Verhinderung des Aussenrestaurants in der Nähe seines Wohnhauses (KG act. 1 S. 6 unten). Unter dem Titel "Rechtsmissbrauch, Verhalten gegen Treu und Glauben" macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz verkenne den Inhalt eines zitierten Bundesgerichtsentscheides und dessen Bedeutung für den vorliegenden Fall (KG act. 1 S. 10).

a) Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde (von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Ein solcher Weiterzug gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 2 ZPO).

Das angefochtene Urteil unterliegt auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG. Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, BGG, Bern 2007, N 10 zu Art. 95). Auf solche Rügen kann deshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (vgl. auch Kass.-Nr. AA070023 vom 2.3.2007 Erw. 3.c, Kass.-Nr. AA070025 vom 4.6.2007 Erw. II.2., Kass.-Nr. AA070045 vom 5.6.2007 Erw. II.2.b).

Es ist nicht ersichtlich, dass sich bezüglich der bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts durch das BGG bei der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG eine Änderung im Vergleich zur Kognition bei der früheren Berufung nach Art. 43 ff. OG (vgl. insbesondere Art. 63 Abs. 3 OG) ergeben hätte. Die im Rahmen der Berufung nach Art. 43 ff. OG entwickelte Rechtsprechung zur bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts kann auch unter dem Geltungsbereich des BGG angewandt werden (vgl. auch Kass.-Nr. AA070022 vom 15.11.2007 Erw. II.3).

b) Das prozessgegenständliche Rechtsverhältnis zwischen den Beklagten und dem Beschwerdegegner wird in rechtlicher Hinsicht durch das Bundesrecht bestimmt, insbesondere Art. 730 ff. ZGB (vgl. KG act. 2 S. 11). Die Frage des Rechtsmissbrauchs bestimmt sich in diesem Bereich ebenfalls nach Bundesrecht, nämlich nach Art. 2 ZGB. Auf diesbezügliche Rügen kann deshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden, wie der Beschwerdegegner zu Recht einwendet (KG act. 14 S. 6 unten). Das gilt auch für die Frage, welche Umstände für die Frage des Rechtsmissbrauchs relevant bzw. von Belang sind (Beschwerde KG act. 1 S. 10 unten).

3. Die Beschwerdeführerin rügt, indem die Vorinstanz das unter dem Titel Rechtsmissbrauch gerügte frühere Verhalten des Beschwerdegegners als irrelevant resp. als rechtlich unbedeutend taxiert und die entsprechenden Behauptungen der Beschwerdeführerin keiner materiellen Beurteilung unterzogen habe, habe sie gegen § 133 ZPO verstossen und den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 11 Ziff. 7).

Die Frage der rechtlichen Relevanz ist eine solche des Bundesrechts. Darauf kann nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 2.a). Die Rügen der Verletzung von § 133 ZPO und des Gehörsanspruchs basieren auf der Position, das frühere Verhalten des Beschwerdegegners sei im Gegensatz zur vorinstanzlichen Beurteilung relevant, und hängen mithin von der rechtlichen Frage der Relevanz ab. Auch darauf kann nicht eingetreten werden.

4. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht bezüglich früherer Parkierungssituation und Parkverbotstafel trotz gegenteiliger Behauptungen der Beschwerdeführerin und ohne Beweisabnahme auf Ausführungen des Beschwerdegegners abgestellt (Beschwerde KG act. 1 S. 11 f. mit Verweisung auf Erw. 1.3.3 S. 13 f. des angefochtenen Entscheides und verschiedene Stellen in Rechtsschriften der Beschwerdeführerin vor den Vorinstanzen).

a) Die Vorinstanz erwog an der bezeichneten Stelle, die Fotografien BG act. 30/2 und OG act. 67/2-3 zeigten klar, dass bis zum Umbau der Liegenschaft der Beklagten an der Hauswand vor Kat.-Nr. (ddd) eine Parkverbotstafel angebracht gewesen sei. Die Berechtigten hätten sich somit auch rechtlich für die Freihaltung der Durchfahrt gewehrt. Eine jahrelange vorbehaltlose Duldung der Einschränkung der Servitutsrechte durch parkierte Fahrzeuge lasse sich daher nicht behaupten, sei aber rechtlich nicht von Bedeutung (KG act. 2 S. 13 f.). Damit stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdegegner bzw. die Berechtigten nicht jahrelang eine Einschränkung der Servitutsrechte durch parkierte Fahrzeuge vorbehaltlos geduldet hätten.

b) Die Beschwerdeführerin hatte an den von ihr bezeichneten Stellen vor Vorinstanzen behauptet, der Beschwerdegegner habe gegen die Fahrzeuge, die vor der Einrichtung des (Innen-)Restaurants über Jahre hinweg regelmässig auf der für das Aussenrestaurant vorgesehenen Fläche abgestellt worden seien, nie etwas unternommen (Klageantwort BG act. 28 S. 5 zweiter Absatz; Berufungsbegründung OG act. 65 S. 12 Ziff. 8 zweiter Absatz; Berufungsreplik OG act. 74 S. 4 zweiter Absatz; in der Duplik BG act. 49 S. 3 ist indes keine solche Behauptung enthalten). Der Darstellung der Beschwerdeführerin liegt die Behauptung zugrunde, der Beschwerdegegner habe jahrelang eine Einschränkung der Servitutsrechte durch parkierte Fahrzeuge geduldet. Die gegenteilige tatsächliche Feststellung der Vorinstanz widerspricht dieser Behauptung. Die Vorinstanz hätte vor einer solchen tatsächlichen Feststellung der Beschwerdeführerin Gelegenheit geben müssen, ihre gegenteilige Behauptung zu beweisen (§§ 133 und 136 ZPO). Die Fotografien mit der Parkverbotstafel, aus welchen die Vorinstanz die gegenteilige Schlussfolgerung zog, sind (Gegen-) Beweismittel. Deren Würdigung vor Durchführung eines mit einem Beweisauflagebeschluss zu eröffnenden Beweisverfahrens durfte der Beschwerdeführerin nicht die Möglichkeit zum Beweis ihrer Behauptungen abschneiden (vgl. ZR 95 [1996] Nr. 73; im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdegegners [KG act. 14 S. 4] würdigte die Vorinstanz mit der Verweisung auf die Fotografien einzelne Beweismittel). Diese tatsächliche Feststellung der Vorinstanz ist beim vorinstanzlichen Verfahrensstand (d.h. vor

Durchführung eines Beweisverfahrens) nicht zulässig, sondern verletzt wesentliche Verfahrensgrundsätze (§§ 133 und 136 ZPO).

c) Das angefochtene Urteil beruht indes nicht auf dieser Feststellung. Die Vorinstanz bezeichnete sie als rechtlich nicht von Bedeutung (KG act. 2 S. 14 oben; vgl. auch die Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 7 Ziff. 8). Ob sie rechtlich von Bedeutung ist oder nicht, ist einer Prüfung im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren entzogen (vgl. vorstehend Erw. 2.a). Das angefochtene Urteil ist deshalb nicht aufzuheben. Hingegen ist diese unzulässige Feststellung aus dem vorinstanzlichen Urteil zu streichen, damit nicht das Bundesgericht daran gebunden ist. Zwar besteht eine kassationsgerichtliche Rechtsprechung, dass die Streichung von Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts nur im Falle von Eventual- bzw. Alternativbegründungen in Frage kommt (Kass.-Nr. 97/125 vom 6.4.1998 Erw. II.3.b mit Verweisung auf ZR 79 [1980] Nr. 78 und ZR 83 [1984] Nr. 57). Diese Praxis bezieht sich indes auf den Antrag auf Streichung von Erwägungen innerhalb einer in sich geschlossenen Begründung, bei deren Streichung der angefochtene Entscheid im Beschwerdeverfahren auf eine neue Grundlage gestellt würde anstelle des Antrags auf Aufhebung des auf den gerügten tatsächlichen Annahmen beruhenden Entscheides (Kass.-Nr. 97/125 vom 6.4.1998 Erw. II.3.b, ZR 83 Nr. 57). Der vorliegende Fall betrifft aber eine andere Konstellation: Die Vorinstanz traf eine tatsächliche Feststellung. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese als willkürlich. Die Vorinstanz erklärte, die tatsächliche Feststellung sei rechtlich ohne Bedeutung. Sie machte sie damit (entgegen der Auffassung in der Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 7 Ziff. 8) nicht zum Bestandteil einer Haupt-, Alternativ- oder Eventualbegründung (Konstellation von ZR 95 Nr. 73 und ZR 107 Nr. 21). Die gerügte tatsächliche Feststellung bildet aber auch nicht Bestandteil einer in sich geschlossenen Begründung, bei deren Aufhebung das angefochtene Urteil auf eine neue Grundlage gestellt würde. Die beanstandete tatsächliche Feststellung der Vorinstanz steht vielmehr für sich alleine und hat bei der rechtlichen Begründung der Vorinstanz für ihren Entscheid keine Bedeutung. Sie könnte aber Bedeutung erhalten, wenn das Bundesgericht die auf Bundesrecht gestützte Begründung der Vorinstanz auf eine Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 72 ff. BGG als unzutreffend erachtete. Das Bundes-

gericht könnte einen eigenen Entscheid fällen (Art. 107 Abs. 2 BGG). Dabei wäre es an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG), mithin auch an die im vorliegenden Verfahren gerügte, vorstehend geprüfte Feststellung. Diese ist aber, wie festgestellt, mit einem Verfahrensmangel behaftet. Damit das Bundesgericht nicht trotzdem daran gebunden ist, ist sie aus dem vorinstanzlichen Urteil zu streichen.

5. Nach der Einfahrt in die Privatstrasse befindet sich auf der (Privatstrassen-)Parzelle (ddd) eine Barriere (vgl. BG act. 30/3). Nach der Erwägung, dass es (aus rechtlichen Gründen) (auch) keine Rolle spiele, ob der Beschwerdegegner die ungehinderte Durchfahrt mit dem Montieren einer Barriere selber eingeschränkt habe (KG act. 2 S. 13 Erw. 1.3.3 erster Absatz), hielt die Vorinstanz fest, immerhin verweise der Beschwerdegegner darauf, dass die Barriere tagsüber grundsätzlich offen sei und erst ab 19.00 Uhr und am Wochenende auf Schlüsselbetrieb umgestellt werde. Das würden die Beklagten nicht bestreiten (KG act. 2 S. 13 Erw. 1.3.3 zweiter Absatz mit Verweisung auf OG act. 70 S. 6 und act. 74 S. 6). Das grösste Verkehrsaufkommen, insbesondere mit Lastwagen, finde aber tagsüber und zu den üblichen Büro- und Geschäftszeiten statt, und die Notwendigkeit eines problemlosen Kreuzens sei dann aktuell, weniger zur Nachtzeit. Die Einrichtung einer solchen Barriere diene naturgemäss der Fernhaltung unberechtigter Fahrzeuge, insbesondere von anliegerfremdem Parkplatzsuchverkehr. Sie sei bezeichnenderweise erst nach dem Umbau und der Einrichtung des Restaurants in der Liegenschaft der Beklagten installiert worden. Sie sei daher eher als Beleg dafür anzusehen, dass man die Einschränkung des Benutzungsrechts der Anlieger durch fremde Fahrzeuge tatsächlich verhindern wolle, und spreche damit sicher nicht gegen den heutigen Prozessstandpunkt des Beschwerdegegners. Die Verankerung der Barriere nehme vergleichsweise auch nur sehr wenig Raum von der Strassenfläche ein und sei nicht vergleichbar mit einer Einschränkung um 1.6 Meter (KG act. 2 S. 13 Erw. 1.3.3 zweiter Absatz).

a) Die Beschwerdeführerin wendet dazu vorab ein, die Vorinstanz habe allein auf die Darstellung des Beschwerdegegners abgestellt, ohne auf die Argumente der Beschwerdeführerin einzugehen und die diesbezüglich offerierten

Beweise abzunehmen (KG act. 1 S. 12 mit Verweisungen auf BG act. 49 S. 7, OG act. 65 S. 6 und 13, act. 74 S. 6).

Diese Rüge ist ungenügend substantiiert:

b) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil– und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

c) Soweit die Beschwerdeführerin nicht einzelne Rügen in diesem Zusammenhang nach dieser allgemeinen Behauptung detailliert (auf welche nachfolgend eingegangen wird), erklärt sie nicht, was für tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz bzw. welche der eingangs dieser Erwägung 5 zitierten tatsächlichen vorinstanzlichen Feststellungen sie hierunter beanstandet. Die Verweisung auf

Argumente in Rechtsschriften vor den Vorinstanzen genügt dazu nicht. Auf diese allgemeine Rüge kann deshalb nicht weiter eingegangen werden.

6. Spezifiziert beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz gehe in aktenwidriger Weise davon aus, dass die Behauptung des Beschwerdegegners, die Barriere sei tagsüber grundsätzlich offen, unbestritten sei (KG act. 1 S. 12 mit Verweisung auf die Berufungsbegründung [OG act. 65] S. 6).

a) An der von ihr zitierten Stelle hatte die Beschwerdeführerin geltend gemacht, entgegen der Sachverhaltsfeststellung der Erstinstanz sei die Schranke tagsüber nicht ständig offen und zwinge daher den Fahrzeugführer häufig, zum Öffnen aus dem Auto auszusteigen (OG act. 65 S. 6 unten). An der von der Vorinstanz zitierten Stelle hatte der Beschwerdegegner unter dem Titel "Zu Ziffer 5 der Berufung" (KG act. 70 S. 4) behauptet, die Barriere gehe von Montag bis Freitag zwischen 06.00 und 19.00 Uhr automatisch auf. In den übrigen Zeiten könne sie mit einem Schlüssel von den Berechtigten bedient werden (OG act. 70 S. 6). Unter dem Titel "Zu Vorgeschichte/Sachverhalt Zu Ziffern 4. und 5." (OG act. 74 S. 3) replizierte die Beschwerdeführerin zum Thema Barriere einzig, der Beschwerdegegner bestreite nicht, dass er bei der Montage der Barriere mitgewirkt habe, dass die Barriere zu einer Verengung der Durchfahrt führe, dass sie keine Erschwerung der Nutzung der Servitutsfläche darstelle und dass der Fahrzeugführer zum Öffnen der Barriere häufig aus dem Auto aussteigen müsse (OG act. 74 S. 6).

b) Nach der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Schranke sei entgegen der erstinstanzlichen Feststellung tagsüber nicht ständig offen, spezifizierte der Beschwerdegegner, sie (die Barriere) gehe von Montag bis Freitag zwischen 06.00 und 19.00 automatisch auf und sei zu den übrigen Zeiten mit einem Schlüssel zu bedienen. Diese Spezifikation bzw. Präzisierung bestritt die Beschwerdeführerin in ihrer Replik dazu tatsächlich nicht, sondern folgerte daraus, dass der Beschwerdegegner bestätige, dass der Fahrzeugführer zum Öffnen der Barriere häufig aus dem Auto aussteigen müsse. Die vorinstanzliche Feststellung, die Beschwerdeführerin bestreite die Darstellung des Beschwerdegegners zur Barriere auf S. 6 der Berufungsantwort (an den Wochentagen vor

19.00 Uhr automatische Öffnung, gemäss vorinstanzlicher Formulierung "grundsätzlich offen") nicht, ist nicht aktenwidrig. Die Rüge geht fehl.

7. Im gleichen Zusammenhang hielt die Vorinstanz fest, die Verankerung der Barriere nehme vergleichsweise nur sehr wenig Raum von der Strassenfläche ein und sei nicht vergleichbar mit einer Einschränkung um 1.6 Meter (KG act. 2 S. 13 Erw. 1.3.3 zweiter Absatz a.E.).

a) Die Beschwerdeführerin bezeichnet auch diese Feststellung als aktenwidrig. Die Barriere führe zu einer Verengung der Durchfahrt "um immerhin 1 m" (KG act. 1 S. 12).

b) Die Vorinstanz stellte nicht fest, dass die Barriere nicht zu einer Verengung der Durchfahrt um 1 m führe. Sie stellte vielmehr fest, dass die Verankerung der Barriere im Verhältnis zu einer Einschränkung der Strassenfläche um 1.6 Meter (gemeint: durch das geplante Aussenrestaurant) vergleichsweise sehr wenig Raum einnehme. Die Rüge geht an der vorinstanzlichen Erwägung vorbei und damit fehl.

8. Weiter erwog die Vorinstanz, durch verschiedene Urkunden sei widerlegt, dass der Beschwerdegegner für sich ein gelbes Parkfeld auf der Wegrechtsfläche markiert (gehabt) hätte (KG act. 2 S. 14 zweiter Absatz).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe dabei ihre entsprechenden Behauptungen und Beweisofferten unberücksichtigt gelassen (Beschwerde KG act. 1 S. 12 mit Verweisung auf BG act. 28 [Klageantwort] S. 5, BG act. 49 [Duplik] S. 4, OG act. 65 [Berufungsbegründung] S. 5 f. und S. 12, OG act. 74 [Berufungsreplik] S. 5 f.).

b) An den von ihr bezeichneten Stellen hatte die Beschwerdeführerin vor den Vorinstanzen behauptet, der Beschwerdegegner habe einst mit gelber Farbe einen Fahrzeugabstellplatz auf der Parzelle Kat.-Nr. (ddd) eingezeichnet und diesen jahrelang zu privaten Zwecken genutzt (BG act. 28 S. 5, act. 49 S. 4 Zu Ziffer 4 der Replik, OG act. 65 S. 6 oben, OG act. 74 S. 5).

c) Bei dieser Rüge verhält es sich gleich wie bei der vorstehend in Erw. 4 behandelten Rüge. Die Vorinstanz traf aufgrund einer Würdigung einzelner Beweismittel entgegen anderer Behauptungen der Beschwerdeführerin eine tatsächliche Feststellung, ohne der Beschwerdeführerin durch mittels Beweisauflagebeschluss zu eröffnendem Beweisverfahren die Gelegenheit gegeben zu haben, ihre Behauptung zu beweisen. Auch diese tatsächliche Feststellung der Vorinstanz (der Beschwerdegegner habe nicht ein gelbes Parkfeld auf der Wegrechtsfläche markiert gehabt) ist beim vorinstanzlichen Verfahrensstand (d.h. vor Durchführung eines Beweisverfahrens) unzulässig und verletzt wesentliche Verfahrensgrundsätze (§§ 133 und 136 ZPO). Auch diesen Umstand bezeichnete die Vorinstanz aber als rechtlich irrelevant (KG act. 2 S. 13 Erw. 1.3.3 erster Absatz, S. 14). Auch diesbezüglich ist deshalb nicht das angefochtene Urteil aufzuheben, aber die beanstandete tatsächliche Feststellung zu streichen. Durfte die Vorinstanz somit noch gar keine solche tatsächliche Feststellung treffen und ist diese zu streichen, ist die Frage der Aktenwidrigkeit in diesem Zusammenhang (Frage, ob es sich beim Parkfeld, das der Beschwerdegegner nach der Behauptung der Beschwerdeführerin für sich markiert [gehabt] habe, um ein mit einem gelben Kreuz markiertes Feld handelte oder nicht; vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 12 unten, Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 8 dritter Absatz) obsolet.

9. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, von Relevanz seien ihre Ausführungen zur Rechtsmissbräuchlichkeit des Verhaltens des Beschwerdegegners insbesondere für die Erwägungen in Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides, in welcher die Vorinstanz die Position, dass der Beschwerdegegner wider Treu und Glauben auf seinem Wegrecht auf der vollen bisherigen Strassenbreite beharre, unter dem Aspekt von Art. 736 und 737 ZGB behandelt habe. Bei der Beurteilung von Art. 736 und Art. 737 ZGB spiele das Verhalten des Dienstbarkeitsberechtigten eine entscheidende Rolle. Dadurch, dass die Vorinstanz allein auf die im Hauptverfahren vorgelegten Beweise abgestellt und es unterlassen habe, zur weiteren Abklärung des Sachverhalts ein Beweisverfahren zu eröffnen, habe sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, nämlich § 133 ZPO, verletzt (KG act. 1 S. 13).

Die Frage der Relevanz unter dem Aspekt von Art. 736 und Art. 737 ZGB ist eine solche des Bundesrechts, welche im vorliegenden Verfahren nicht geprüft werden kann (vorstehend Erw. 2 und 3; vgl. auch den zutreffenden Einwand des Beschwerdegegners KG act. 14 S. 8 unten). Die Rüge, die Vorinstanz habe allein auf im Hauptverfahren vorgelegte Beweise abgestellt und zu Unrecht kein Beweisverfahren eröffnet, wurde, soweit sie genügend substantiiert wurde, vorstehend in Erw. 4 - 8 behandelt.

10. Zusammenfassend beruht das angefochtene Urteil im Wesentlichen auf Erwägungen aus dem Bundesrecht, welche vorliegend nicht geprüft werden können. Der Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils ist deshalb abzuweisen. Die Beschwerde ist hingegen bezüglich zweier tatsächlicher Feststellungen der Vorinstanz begründet. Da das angefochtene Urteil nicht auf diesen Feststellungen beruht, ist es nicht aufzuheben. Die beiden mit einem Nichtigkeitsgrund behafteten tatsächlichen Feststellungen sind aber in teilweiser Gutheissung der Beschwerde zu streichen, damit das Bundesgericht nicht daran gebunden ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Im überwiegenden Teil (Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils, Rügen im Bereich von Bundesrecht, ein Teil der Rügen im Bereich von tatsächlichen Feststellungen) unterliegt die Beschwerdeführerin. In einem Teil von erheblich geringerer Bedeutung (zwei tatsächliche Feststellungen, welche zu streichen sind) obsiegt die Beschwerdeführerin und unterliegt der Beschwerdegegner. Die Beschwerdeführerin sah sich indes bei sorgfältiger Prozessführung in guten Treuen an sich zur Einreichung einer Nichtigkeitsbeschwerde (bezüglich der nun aufzuhebenden tatsächlichen Feststellungen) veranlasst. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 64 ZPO). Dementsprechend sind die Prozessentschädigungen wettzuschlagen bzw. keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden der dritte Absatz der Erwägung III.1.3.3 auf S. 13 f. ("Die Fotografien ..." bis "... rechtlich nicht von Bedeutung") und der erste Satz des vierten Absatzes der Erwägung III.1.3.3 auf S. 14 ("Dass der Beklagte für sich ein gelbes Parkfeld auf der Wegrechtsfläche markiert hätte, ist ... widerlegt; letztere zeigen vielmehr ein mit einem gelben Kreuz markiertes Parkverbot [vgl. SSV Anhang 2: gelbe Signalisation 6.22 für Parkverbot]") des Urteils der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2007 (Geschäfts-Nr. LB060120) gestrichen.
   Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
   Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'000.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien des Beschwerdeverfahrens, der X. AG und Z., je zur Hälfte auferlegt.

4. Prozessentschädigungen für das Kassationsverfahren werden nicht zugesprochen.

5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 108'000.--.

   Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2007 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 I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an das Bezirksgericht Zürich (7. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: