



---

Kass.-Nr. AA090087/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 31. Mai 2010

in Sachen

**N,**

...,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

**Stadt O,**

...,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ....

betreffend

**Befehl / Verbot**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Mai 2009 (NL080181/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit an das Bezirksgericht V adressierter Eingabe vom 2. Juli 2008 stellte die Gemeinde O (Beschwerdegegnerin) gestützt auf § 222 Ziff. 2 ZPO ein Befehlsbegehren gegen den Beschwerdeführer (ER act. 1). Diesem Begehren folgend befahl der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht V dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 30. September 2008, den im September 2005 entfernte Metallzaun und den Mittelposten der Beschwerdegegnerin innert zehn Tagen nach Rechtskraft des Befehls herauszugeben. Weiter verbot der Einzelrichter dem Beschwerdeführer, den Fussgängerweg Kt. Nr. 8888 für sich und seine Kunden als Zufahrt zu benützen bzw. ihn mit Motorfahrzeugen zu befahren (ER act. 10 = OG act. 2). Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies mit Beschluss vom 12. Mai 2009 den vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Rekurs ab und bestätigte die einzelrichterliche Verfügung mit Ausnahme der nicht Gegenstand des vorliegenden Kassationsverfahrens bildenden Höhe der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr (OG act. 23 = KG act. 2).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beschwerdeführer, es sei der Beschluss des Obergerichts vom 12. Mai 2009 samt der damit bestätigten Verfügung des Einzelrichters vom 30. September 2008 aufzuheben (KG act. 1). Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne (KG act. 10). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 24. Juni 2009 aufschiebende Wirkung (KG act. 5). Der Beschwerdeführer leistete die ihm mit gleicher Verfügung auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren fristgemäss (KG act. 13).

## II.

1. 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.A., 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.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Das Obergericht gibt die Vorgeschichte des vorliegenden Rechtsstreits wie folgt wieder (KG act. 2 S. 2 f., Erw. I; bei "act. 9" in der nachfolgenden zitierten Erwägung handelt es sich um die erstinstanzlichen Akten):

"1. Die SBB plante, ein grösseres, ihr gehörendes Areal im Gebiet St in der Gemeinde O baureif zu machen (vgl. act 9/2/11 S. 3). Die Baukommission der Gemeinde O (die Stadt O fortan "Klägerin" genannt) bewilligte am 12. Februar 2003 den Bau der Erschliessungsanlagen und genehmigte die vorgesehenen Landumlegungen. Danach sollte zur Binnenerschliessung des Areals die neue G-Strasse mit einem Verlauf in Ost-West-Richtung erstellt werden; ferner wurde angeordnet, dass die bisherige Ststrasse, die in Nord-Süd-Richtung verlief, in einem Teilabschnitt aufgehoben und durch einen Fussweg ersetzt werde (act. 9/2/1 S. 2). N (fortan "Beklagter") war Adressat dieses Beschlusses, da er schriftlich die Zustellung der baurechtlichen Entscheide verlangt hatte (act. 9/2/1 S. 7).

2. Mit Vertrag vom 18. September 1989 hatte die SBB einen Lagerplatz, der vom Westen her an die St-Strasse angrenzte, XN und seinem Sohn, dem Beklagten vermietet (vgl. act. 9/9/3). Der Vater des Beklagten hatte auf der Parzelle eine Reparaturwerkstatt (Baute 1111) als so genannte Fahrnisbaute errichtet. Die verkehrsmässige Erschliessung der Werkstatt erfolgte über die St-Strasse; an der Ostseite der Baute befinden sich Garagentore (vgl. act. 3/3 f.).

3. Die ursprünglichen Planungen gingen offenbar davon aus, dass die Werkstatt, welche die G-Strasse teilweise überstellte, abgebrochen werden sollte. Langwierige Auseinandersetzungen um die Beendigung des Mietvertrags und die Räumung des Grundstücks führten zu einer Lösung, die nur einen Teilabbruch dieser Baute bedingte (vgl. act. 9/2/3 und 13). Gemäss dem von der kommunalen Baubehörde am 10. Dezember 2003 genehmigten Mutationsplan Nr. 2222 sollte die Liegenschaft - im Vergleich zu bisherigen Zustand - grundsätzlich rückwärtig erschlossen werden. Zu diesem Zweck sah die Verfügung einen ebenfalls neu zu erstellenden Zufahrtsweg (Parzelle Kat.Nr. 8877) auf der Westseite der Werkstatt vor, der von der G-Strasse abzweigte, Gleichzeitig wurde jedoch auch eine neue Führung des geplanten Fusswegs genehmigt. Dieser sollte nicht mehr gerade und in unmittelbarer Nähe der südöstlichen Ecke der Garage vorbeiführen, sondern aufgrund einer Kurve parallel zur Baute verlaufen. Daneben blieb Platz für eine seitliche Zufahrt ab der G-Strasse vor die Werkstatt von Südosten her (act. 9/2/4 und 8). Am 18. Mai 2005 hob die Baukommission der Klägerin zwei Verfügungen vom 5. April 2005 und 2. Mai 2005 auf und genehmigte mit Beschluss den Mutationsplan Nr. 1000. Im Rahmen dieses Entscheids wurde die am 10. Dezember 2003 beschlossene Mutation Nr. 2222 teilweise widerrufen und der geplante Fussweg auf der Höhe der Werkstatt wieder in der Weise zurückverlegt bzw. begradigt, dass sein Verlauf der Verfügung vom 12. Februar 2003 entsprach; der Weg erhielt nun die Parzellen Kat.Nr. 8888. Ausserdem verlangte die Behörde eine Sicherung des Fusswegs mit einer seitlichen Abschränkung gegen die Parzelle Kat. Nr. 8866 hin. Bei dieser neu geschaffenen Parzelle handelt es sich um ein 1'039 m<sup>2</sup> messendes Grundstück rund um die Werkstatt des Beklagten. Die SBB hatte sich am 8. Februar 2005 vertraglich verpflichtet, diese Parzelle, samt einem Miteigentumsanteil an der Zufahrtsparzelle Kat.Nr. 8877, an den Beklagten unentgeltlich abzutreten (act. 9/2/13). Die am 6. Juni 2005 ins Eigentum des Beklagten übergebenen Parzelle Nr. 8866 (act. 9/2/13 f.) stösst östlich an die Wegparzelle Nr. 8888, südlich an die G-Strasse und westlich an den Zufahrtsweg auf Parzelle Kat.Nr. 8877 an (act. 9/9/15). Gleichentags trat die SBB die Wegparzelle Kat.Nr. 8888 im Rahmen eines Tauschvertrags an die Klägerin ab (act. 9/2/16 und 21).

4. Den in der Folge von der Klägerin erstellten Zaun entlang der Parzelle Kat.Nr. 8830 demonitierte der Beklagte vor dem 11. Oktober 2005 (act. 9/2/17) und lagerte diesen bei sich ein (act. 1 S. 2). Sodann hat der Beklagte die Parzelle Kat.Nr. 8830 als Zufahrt für sein Grundstück genutzt (Prot. VI S. 4)."

Der Beschwerdeführer rügt, bereits diese einleitenden Erwägungen beruhten teilweise auf unrichtigen, aktenwidrigen oder willkürlichen Annahmen. Er stellt einzelnen Ausführungen des Obergerichts seine eigene Darstellung gegenüber. Weiter hält er dafür, dass einzelne Beschlüsse und Handlungen von Organen der Beschwerdegegnerin gegen das Gesetz über den Bau und Unterhalt der öffentlichen Strassen, kantonale Bauvorschriften und weitere öffentlichrechtliche Normen verstieszen. Er rügt auch die Bezeichnung der Reparaturwerkstatt als Fahrnisbaute als aktenwidrig. Abschliessend hält er dafür, die Summierung all dieser und weite-

rer (später aufzuzeigender) aktenwidriger Annahmen hätten zu falschen Schlüssen geführt, auf welchen der auch materielles Recht verletzende Beschluss des Obergericht basiere (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. II/1).

Das Obergericht nennt in den angefochtenen einleitenden Erwägungen für jede seiner Ausführungen eine Aktenstelle. Es trifft jedoch keine eigenen tatsächlichen Feststellungen, sondern gibt lediglich aktenkundige Sachverhalte und Behördenentscheide wieder, ohne zu diesen Stellung zu nehmen und sie zu werten. Wenn das Obergericht unter anderem festhält, der Vater des Beschwerdeführers habe auf der Parzelle eine Reparaturwerkstatt als sogenannte Fahrnisbaute errichtet (KG act. 2 S. 2 Erw. I/2), so beruht dies nicht auf einer eigenen Subsumtion der Reparaturwerkstatt unter den Begriff der Fahrnisbaute, sondern auf einer Erwägung des Verwaltungsgerichts in einem Entscheid desselben vom 8. Februar 2006 betreffend Baubewilligung (ER act. 2/11), welche im übrigen auch wieder die Vorgeschichte des damaligen - mit dem heutigen in Zusammenhang stehenden - Rechtsstreit betrifft. Soweit der Beschwerdeführer baurechtliche und strassenrechtliche Behördenentscheide als rechtswidrig erachtet, wäre dies mit den gegen diese Beschlüsse zulässigen Rechtsmittel zu rügen gewesen. Jedenfalls stellt die Nennung solcher Entscheide und die Wiedergabe von Inhalten derselben keine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen dar, weshalb entsprechende Rügen fehl gehen.

Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss geltend machen will, durch die zusammenfassende und damit naturgemäss verkürzte Wiedergabe von Aktenstellen in der einleitenden Erwägung, welche Darstellung der Vorgeschichte dient, sei deren Gehalt verfälscht worden, müsste er bei der Auseinandersetzung mit den nachfolgenden, eigene tatsächliche und rechtliche Würdigungen des Obergerichts enthaltenden Erwägungen aufzeigen, dass diese deshalb unter einem Nichtigkeitsgrund litten und dass sich diese Verfälschungen auf den Ausgang des Verfahrens ausgewirkt hätten.

3. Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht habe den von ihm beantragten erneuten Augenschein nicht durchgeführt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Dieser Augenschein wäre angesichts der geltend gemachten

schweren Beeinträchtigung der beruflichen Tätigkeit und der durch den Einzelrichter nicht berücksichtigten und unrichtig gedeuteten örtlichen Verhältnisse unbedingt nötig gewesen (KG act. 1 S. 4 Ziffer II/2).

Die Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter fand am 24. August 2008 auf dem Streitareal statt und wurde mit einem Augenschein verbunden (ER Prot. S. 3 - 12). Inwiefern sich aus einem erneuten Augenschein durch das Obergericht neue Erkenntnisse zu den örtlichen Verhältnissen ergeben sollten, welche weder dem Protokoll des ersten Augenscheins anlässlich der Hauptverhandlung noch den weiteren Akten zu entnehmen seien, führt der Beschwerdeführer nicht aus. Der Umstand, dass der von der Beschwerdegegnerin beantragte Befehl geeignet sein könnte, die berufliche Tätigkeit des Beschwerdeführers zu beeinträchtigen, und dass der Einzelrichter die örtlichen Verhältnisse teilweise anders als der Beschwerdeführer würdigt, genügt nicht, um einen Anspruch auf einen erneuten Augenschein durch die Rekursinstanz zu begründen. Der Beschwerdeführer weist somit keine Gehörsverweigerung nach.

4. Der Beschwerdeführer hält dafür, im konkreten Fall sei es fraglich, ob es überhaupt zulässig gewesen sei, dass der Einzelrichter im summarischen Verfahren die Sache im Befehlsverfahren gemäss § 222 Ziff. 2 ZPO erledigt habe. Weder sei die Rechtslage klar noch seien die tatsächlichen Verhältnisse sofort beweisbar gewesen. Dass der Einzelrichter und das Obergericht nicht für die Fällung des Verbots, dass der Beschwerdeführer seine bestandene Zufahrt weiterhin benutzen dürfe, zuständig gewesen seien, sei bereits im Rekurs an das Obergericht geltend gemacht worden (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. II/3, 1. Absatz).

Das Obergericht begründet in Erwägung III des angefochtenen Beschlusses eingehend, weshalb es den Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Erlass eines Befehls bzw. Verbots als gegeben erachtet (KG act. 2 S. 5 - 12). Es hält abschliessend fest, zusammenfassend ergebe sich, dass die wesentlichen Tatsachen, welche den Anspruch der Beschwerdegegnerin begründeten, hinreichend und unwiderlegbar erwiesen seien. Die Einwände des Beschwerdeführers hätten sofort als unzutreffend entkräftet werden können. Damit sei die Beschwerdegegnerin be-

rechtigt, ihr Rechtsbegehren im Befehlsverfahren nach § 222 Ziff. 2 ZPO gegenüber dem Beschwerdeführer durchzusetzen (KG act. 2 S. 12 Erw. III/7).

Der Beschwerdeführer setzt sich mit diesen Erwägungen des Obergerichts nicht auseinander und zeigt damit nicht auf, dass dessen Annahme, es lägen klares materielles Recht und sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse im Sinne von § 222 Ziff. 2 ZPO vor, unzutreffend bzw. mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sei. In seiner Rekurschrift an das Obergericht stellte der Beschwerdeführer seinen Standpunkt dar und schloss mit der Feststellung, ein Entscheid im summarischen Verfahren müsste sich auf klares Recht stützen können. Dies sei hier eindeutig nicht der Fall (OG act. 1 S. 4 Ziffer 10). Der Umstand allein, dass der Beschwerdeführer einen anderen Standpunkt einnimmt als die Beschwerdegegnerin, bedeutet nicht, dass kein klares Recht vorliege. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass das Obergericht auf seine Vorbringen, insbesondere hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen klaren Rechts, nicht eingegangen sei.

5. Das Obergericht führt aus, der Beschwerdeführer stelle sich in der Rekursbegründung auf den Standpunkt, der Einzelrichter sei sachlich unzuständig gewesen, da die Parzelle Kat.Nr. 8888 öffentlichrechtlich eine dem Gemeingebrauch dienende befahrbare Strasse sei (OG act. 1 S. 2; KG act. 2 S. 5 Erw. III/2.1).

Der Beschwerdeführer rügt dies als aktenwidrig. In der Rekursbegründung sei nicht geschrieben worden, "die Parzelle Kat.Nr. 8888" sei eine "befahrbare Strasse". In der Rekurschrift werden gesagt: "Da das Teilstück der Ststrasse, das seit Jahrzehnten eine öffentliche Strasse und immer die Zufahrt zu unserer Carrosseriewerkstatt gewesen ist, nie in einem ordentlichen Verfahren entsprechend dem § 38 des Strassengesetzes vom 27.9.1981 aufgehoben worden ist, ist diese Landfläche weiterhin dem Gemeingebrauch als eine öffentliche Strasse gewidmet." Und weiter vorne stehe: "Die fragliche Landfläche ... ist offensichtlich weiterhin eine der Allgemeinheit bzw. dem Gemeingebrauch dienende befahrbare Strasse ..." (OG act. 1 S. 2). Also sei nur über die Landfläche der Ststrasse gesprochen worden, welche seit jeher die Zufahrt der Carrosseriewerkstatt sei. Und hier könne der Zivilrichter nicht über Sachen entscheiden, die im kantonalen öffentlichen Recht vorrangig geregelt seien (KG act. 1 S. 5 Ziff. II/3, 2. Absatz).

Die Parzelle Kat.Nr. 8888 ist der Weg, welchen der Beschwerdeführer als Zufahrt zur Carrosseriewerkstatt nutzt. Das Obergericht verwendet an der gerügten Stelle nicht die vom Beschwerdeführer in der Rekursschrift gewählte Umschreibung, sondern eine kürzere. Gemeint ist aber dasselbe: die vom Beschwerdeführer als Zufahrt genutzte Landfläche. Eine Aktenwidrigkeit im Sinne eines blanken Irrtums ist damit offensichtlich nicht gegeben.

6. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Obergericht setzte den Streitwert auf Fr. 10'000.-- fest, nachdem sich die Parteien bis anhin nicht zum Streitwert geäußert hatten. Der Beschwerdeführer hält dafür, der Streitwert sei zu niedrig eingeschätzt worden. Für ihn bedeute der Verlust der bestehenden Zufahrt einen viel höheren Schaden (KG act. 1 S. 2 Ziffer I/5). Die Beschwerdegegnerin äussert sich hierzu in ihrer Beschwerdeantwort nicht. Einen konkreten Betrag nennt der Beschwerdeführer nicht. Er äussert sich entsprechend auch nicht darüber, ob der Streitwert Fr. 30'000.-- erreiche oder nicht. Sollte der Streitwert Fr. 30'000. -- oder mehr betragen, wäre gegen den Entscheid des Kassationsgerichts die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG), andernfalls lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 BGG). Gegebenenfalls wird das Bundesgericht über den für sein Verfahren massgeblichen Streitwert und über die Zulässigkeit des einen oder andern Rechtsmittels von Amtes wegen zu befinden haben.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'200.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. BGG (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. BGG (subsidiäre Verfassungsbeschwerde).

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 12. Mai 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG und Art. 117 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht V, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär:

