



Kass.-Nr. AA100002/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 22. Oktober 2010

in Sachen

1. **K-N**,

...,

2. **K**,

...,

Kläger, Rekurrenten und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **S**,

...,

2. **T AG**,

...,

Beklagte, Rekursgegnerinnen und Beschwerdegegnerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Befehl

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Dezember 2009 (NL090136/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Kläger (Beschwerdeführer) stellten mit Eingabe vom 26. Mai 2009 (ER act. 1; ergänzt durch Eingabe vom 27. Mai 2009, ER act. 4) beim Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht L das Begehren, es sei die sofortige Einstellung des Kranbetriebs auf dem Grundstück X-Strasse 2 in U und die sofortige Entfernung des Baukrans anzuordnen. Mit weiterer Eingabe vom 18. Juni 2009 stellten die Kläger das Begehren, es sei die sofortige Entfernung der Erdnägel aus dem Grundstück der Kläger, X-Strasse 2 in U anzuordnen (ER act. 12). Am 7. Juli 2009 erfolgte die Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter (ER Prot. S. 2 ff.).

Mit Verfügung vom 12. August 2009 trat der Einzelrichter auf das Befehlsbegehren nicht ein, da sich das Aufstellen eines Baukrans und die Verankerung von Erdnägeln nach § 229 PBG richteten und der Entscheid über die entsprechende Bewilligungen in die Zuständigkeit der örtlichen Baubehörde falle, womit für den Einzelrichter im summarischen Verfahren kein Raum für diesbezügliche Entscheide bestehe (ER act. 23 = OG act. 2 S. 3 - 5 Erw. 2).

Die Kläger erhoben mit Eingabe vom 28. August 2009 beim Obergericht Rekurs gegen die genannte Verfügung mit dem Begehren, es den Beklagten zu befehlen, die Erdnägel unverzüglich und vollständig aus der Liegenschaft der Kläger zu entfernen (OG act. 1 S. 2). Mit Bezug auf die erstinstanzlich beantragte Einstellung des Kranbetriebs und die Entfernung des Baukrans blieb der einzelrichterliche Nichteintretensentscheid unangefochten. Die II. Zivilkammer des Obergerichts wies den Rekurs mit Beschluss vom 7. Dezember 2009 ab (OG act. 17 = KG act. 2).

2. Mit Eingabe vom 8. Januar 2010 an das Kassationsgericht erhoben die Kläger fristgerecht Nichtigkeitsbeschwerde und beantragten die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses vom 7. Dezember 2009 und die Erteilung des Befehls an

die Beklagten, die Erdnägel unverzüglich und vollständig aus der Liegenschaft der Kläger zu entfernen, eventualiter das Verfahren zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beklagten stellen mit ihrer Beschwerdeantwort den Antrag, die Nichtigkeitsbeschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne (KG act. 10 S. 2). Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Die Kläger leisteten die ihnen mit Verfügung des Kassationsgerichtspräsidenten vom 11. Januar 2010 (KG act. 4) auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 9).

II.

1. Das Obergericht hält fest, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer sei bestritten, dass die Erdnägel im Boden verbleiben müssten bzw. zur Entfernung Abgrabungen auf dem Grundstück der Beschwerdeführer nötig seien oder zumindest Setzungen zur Folge haben könnten. Bereits vor dem Einzelrichter sei von den Beschwerdegegnerinnen ausgeführt worden, dass sich die Erdnägel wie eine Wurzel entfernen liessen. Sie würden weder einen Bau beeinträchtigen, noch eine Destabilisierung oder Setzung zur Folge haben. Die Erdnägel würden weder die Nutzung noch die Substanz des Grundstücks in irgendeiner Weise beanspruchen. Dies sei seitens der Beschwerdeführer unbestritten geblieben. Ihre Rüge, der Einzelrichter habe sich auf die unsubstantiierte Aussage der Beschwerdegegnerinnen gestützt, wonach die Erdnägel nach Abschluss der Arbeiten entfernt würden, gehe daher fehl. Die Beschwerdeführer hätten sich vielmehr selbst auf den Standpunkt gestellt, die Erdnägel könnten herausgenommen werden, und behaupteten lediglich, dies sei mit Aufwand verbunden. Ihre erstmals im Rekurs erhobene Tatsachenbehauptung, die vollständige Entfernung der Erdnägel sei nicht bzw. nur unter umfangreichem, aufwändigem, kostenintensivem und unzulässigem Abtrag von Erdreich und Pflanzen möglich, weil andernfalls der für den ausreichenden Verbund von Boden und Nagel bzw. der für die Bodenversteifung injizierte Beton nicht entfernt werden könne und Hohlräume im Erdreich entstünden sowie Setzungen zur Folge haben könnten, weshalb nicht von einer vorüberge-

henden Beanspruchung im Sinne von § 229 f. PBG gesprochen werden könne (OG act. 1 S. 7 f.), sei ein unechtes Novum und erfolge verspätet (§ 115 i.V.m. § 278 ZPO). Die Richtigkeit dieser Behauptung ergebe sich weder aus den Prozessakten noch habe sie von den Beschwerdeführern durch Urkunden sofort bewiesen werden können. Auch hätten die Beschwerdeführer nicht dargelegt, weshalb diese Behauptung nicht rechtzeitig angeufen werden können (KG act. 2 S. 6 f., Erw. II/6.1).

Das Obergericht fährt fort, die Behauptung der Beschwerdeführer vermöge sodann ohnehin nicht zu überzeugen. Im Erdreich angebrachte Nägel könnten im Normalfall entweder gezogen oder (gegen Entschädigung der Eigentümer) im Erdreich belassen werden. Bei Erdnägeln werde im Gegensatz zu Erdankern grundsätzlich kein Beton in den Untergrund injiziert, was eine Entfernung der Erdanker aufgrund des aufwändigen Verfahrens unrealistisch erscheinen lasse. Das Entfernen der Erdnägeln sei ohne namhafte Einwirkung auf das Grundstück der Beschwerdeführer möglich, sei von den Beschwerdegegnerinnen in Aussicht gestellt worden, und die Beschwerdeführer hätten (rechtzeitig) nichts vorgebracht, was ein permanentes Verbleiben der Erdnägeln im Untergrund oder deren aufwändige Entfernung mit Abtragen des Erdreichs als naheliegen erscheinen lasse (KG act. 2 S. 7, Erw. II/6.2). Es sei somit im vorliegenden Fall von einer bloss vorübergehenden Nutzung des Nachbargrundstücks und daher von der sachlichen Zuständigkeit der örtlichen Baubehörde auszugehen. Ob das Anbringen von Erdnägeln eine nach Art. 928 Abs. 1 ZGB übermässige Einwirkung darstelle und ob diesfalls Art. 695 ZGB in Verbindung mit § 229 PBG eine genügende Rechtsgrundlage für eine vorübergehende Nutzung des Grundstücks der Beschwerdeführer darstellten, sei eine Frage des materiellen Rechts, die von der sachlich zuständigen Instanz bzw. den örtlichen Baubehörden zu beurteilen sein werde (KG act. 2 S. 7 g., Erw. II/6.3).

2. Die Beschwerdeführer machen geltend, die streitbetroffene Beanspruchung sprengte den nach § 229 f. PBG zulässigen Rahmen bzw. das mit Art. 695 ZGB vereinbare Mass unabhängig davon, ob sich die Erdnägeln wieder vollständig entfernen liessen oder nicht. Hinzu komme, dass das Obergericht selber erwogen

habe, die Erdnägeln könnten im Normalfall entweder gezogen oder gegen eine Entschädigung im Erdreich belassen werden. Da letzteres vorliegend mangels Zustimmung der Beschwerdeführer nicht in Betracht falle, müssten die Erdnägeln gezogen werden können. Mit der Formulierung „im Normalfall“ sei dies möglich, bringe das Obergericht selber zum Ausdruck, dass Erdnägeln eben nicht ohne weiteres und vor allem nicht in jedem Fall gezogen werden könnten. Soweit sich aber ein Erdnagel nicht ziehen lasse, verbleibe er entweder im Boden, womit eine dauernde und von § 229 f. PBG von vornherein nicht abgedeckte, unzulässige Beanspruchung zur Diskussion stehe, oder er müsse durch umfangreichen Abtrag von Erdreich etc. entfernt werden, was offensichtlich mit Art. 695 ZGB und Art. 928 Abs. 1 ZGB unvereinbar sei. Auch die Ausführungen des Obergerichts, wonach bei Erdnägeln grundsätzlich kein Beton in das Erdreich injiziert werde, belegten, dass es das Obergericht nicht so genau nehme mit der Prüfung der Frage, ob und wie sich die Erdnägeln sowie das weitere, in den Boden eingebrachte Baumaterial wieder vollständig entfernen lassen werde. Eine vollständige Entfernung z.B. von injiziertem Beton sei ohne unzulässigen Eingriff in die Substanz des Grundstücks der Beschwerdeführer unmöglich. Der angefochtene Entscheid leide also an einem offensichtlichen Widerspruch und basiere auf aktenwidrigen tatsächlichen Annahmen (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 9).

Willkürlich sei sodann die Annahme des Obergerichts, die Beschwerdeführer seien hinsichtlich des Themas „Entfernung der Erdnägeln“ und deren Folgen ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen. Bereits aus dem Antrag der Beschwerdeführer folge, dass diese die Auffassung der Beschwerdegegnerinnen sowie der Vorinstanzen teilten, wonach sich die Erdnägeln und das weitere eingebrachte Baumaterial aus dem Boden entfernen liessen. Es seien denn auch nur wenige Beanspruchungen einer Nachbarliegenschaft denkbar, welche sich nicht irgendwie rückgängig machen liessen. Allein deshalb davon auszugehen, es handle sich diesfalls um bloss vorübergehende Beanspruchungen im Sinne von § 229 f. PBG, sei verfehlt. Vielmehr sei von Interesse, ob die Beseitigung einer solchen Beanspruchung, wie z.B. die Entfernung eines Gerüsts oder dergleichen problemlos und ohne Eingriff in die Substanz des Grundstücks möglich sei. Dies lasse sich nach dem Gesagten nicht ernsthaft behaupten; selbst das Obergericht

sei im angefochtenen Entscheid davon ausgegangen, eine Entfernung sei nicht ohne Einwirkung in das Grundstück möglich (KG act. 1 S. 7 Ziff. 10).

Die Beschwerdeführer fahren fort, sie hätten bereits im erstinstanzlichen Verfahren klargestellt, dass die beantragte Entfernung der Erdnägel nur mit Aufwand möglich sein werde (vgl. ER Prot. S. 5). Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerinnen habe darauf entgegnet:

„Ich hoffe, dass die Kläger [recte: Beklagten] für ihr Bauvorhaben keinen Kran brauchen. Die Nägel können nach Abschluss der Bauarbeiten entfernt werden: Sie beeinträchtigen auch keinen Bau. Ein entspannter Erdnagel kann bei einem Aushub wie eine Wurzel entfernt werden.“ (ER Prot. S. 7 oben)

Vor diesem Hintergrund gingen die Vorwürfe des Obergerichts an der Sache vorbei, und es sei gerade nicht bestritten, dass zur Entfernung der Erdnägel Abgrabungen auf dem Grundstück der Beschwerdeführer nötig seien. Die Beschwerdegegnerinnen selber hätten vor dem Einzelrichter explizit anerkannt, dass sich die Erdnägel im Rahmen eines Aushubs - selbstverständlich auf dem Grundstück der Beschwerdeführer - entfernen liessen. Damit sei klargestellt, dass sich die Erdnägel auch nach der von den Beschwerdegegnerinnen im erstinstanzlichen Verfahren geäusserten (zutreffenden) Auffassung nicht einfach so mir nichts dir nichts, einem Seidenfaden gleich, aus dem Erdreich ziehen lassen würden, sondern dass dies mit Aufwand und mit einem mehr oder weniger massiven Eingriff in die Substanz des Grundstücks der Beschwerdeführer verbunden sei (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 11).

3. a) Gemäss Art. 695 ZGB bleibt es den Kantonen vorbehalten, über die Befugnis des Grundeigentümers, zum Zweck der Bewirtschaftung oder Vornahme von Ausbesserungen und Bauten das nachbarliche Grundstück zu betreten, sowie über das Streck- oder Tretrecht, den Tränkweg, Winterweg, Brachweg, Holzlass, Reistweg und dergleichen nähere Vorschriften aufzustellen. Gemäss § 229 Abs. 1 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG) ist jeder Grundeigentümer berechtigt, Nachbargrundstücke zu betreten und vorübergehend zu benutzen, soweit es, Vorbereitungshandlungen eingeschlossen, für die Erstellung, die Veränderung oder den Unterhalt von Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen nötig ist und soweit dadurch das Eigentum des Betroffenen nicht unzumutbar

gefährdet oder beeinträchtigt wird. Die Inanspruchnahme ist dem Betroffenen vom Ansprecher genau und rechtzeitig schriftlich mitzuteilen (§ 230 Abs. 1 PBG).

Stimmt der Betroffene innert 30 Tagen seit der Mitteilung nicht zu oder einigen sich die Beteiligten über die Entschädigung nicht, entscheidet auf Begehren des Ansprechers die örtliche Baubehörde (§ 230 Abs. 2 PBG).

Ob das Anbringen von Bauinstallationen auf dem nachbarlichen Grundstück mit dem Betreten des nachbarlichen Grundstücks zum Zweck der Vornahme von Ausbesserungen und Bauten im Sinne von Art. 695 Abs. 1 ZGB gleichzusetzen ist und es somit den Kantonen vorbehalten ist, diesbezüglich nähere Vorschriften aufzustellen, ist eine grundsätzlich der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegende und damit der Beurteilung im kantonalen Kassationsverfahren entzogene Frage der Anwendung von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG, § 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Welche Behörde zuständig ist, im Streitfall darüber zu befinden, ob und welche Bauinstallationen im konkreten Fall zulässig bzw. vom Eigentümer des belasteten Nachbargrundstücks zu dulden seien, ist jedoch eine der Beurteilung durch die kantonale Kassationsinstanz unterstehende Frage der Anwendung von kantonalem Recht. In diesem Zusammenhang hat das Kassationsgericht vorfrageweise zu prüfen, ob mindestens dem Grundsatz nach die streitigen Bauinstallationen unter den bundesrechtlichen Vorbehalt kantonaler Regelungen gemäss Art. 695 ZGB fallen.

b) Das Bundesgericht äussert sich in BGE 104 II 168 ff., auf welchen auch die Beschwerdeführer Bezug nehmen (KG act. 1 S. 4 f., Ziff. 5 - 7), zum sogenannten Hammerschlags- oder Leiterrecht. Dieses an eine alte Überlieferung anknüpfende Recht verleihe dem Grundeigentümer die Befugnis, zum Zweck der Erstellung, Reinigung oder Reparatur eines Gebäudes oder einer anderen Anlage das Nachbargrundstück zu betreten oder vorübergehend zu benutzen. Obwohl Art. 695 ZGB nur von der Befugnis, das Nachbargrundstück zu betreten, spreche, sei ohne weiteres anzunehmen, dass sich eine kantonale Regelung auch insoweit auf diese Bestimmung stützen könne, als sie ein Recht zur vorübergehenden Benutzung der nachbarlichen Liegenschaft vorsehe. Es sei dabei in erster Linie an die Ablagerung von Baumaterialien oder an das Errichten eines Baugerüsts zu den-

ken. Naturgemäss könne es sich bei der Fläche, deren Inanspruchnahme dem Nachbarn des bauwilligen Grundeigentümers zugemutet werden dürfe, nur um einen verhältnismässig schmalen Streifen handeln. Mit dem bundesrechtlichen Anspruch auf möglichst ungeschmälernten Genuss des Eigentums und der einschränkenden Formulierung von Art. 695 ZGB unvereinbar wäre es sodann, wenn das kantonale Recht erhebliche Veränderungen des nachbarlichen Grundstücks, wie insbesondere Abgrabungen oder die Zerstörung darauf befindlicher Vorrichtungen zulassen würde. Im genannten Entscheid geht das Bundesgericht davon aus, dass im diesem zugrunde liegenden, konkreten Fall der bauwillige Grundeigentümer das Nachbargrundstück in einem Umfang in Anspruch nehmen wolle, der erheblich über den Rahmen des Hammerschlagsrechts hinausgehe. So habe in jenem Fall der bauwillige Grundeigentümer nicht nur eine mehrere Meter breite Fläche des Nachbargrundstücks beansprucht, sondern auch einen Teil dieser Fläche in die Abgrabungsarbeiten auf seinem Grundstück mit einbeziehen wollen. Eine derart weitgehende Benutzung des nachbarlichen Grundes lasse sich mit Art. 695 ZGB nicht vereinbaren.

Im vorliegenden Fall brachten die Beschwerdegegnerinnen auf dem Grundstück der Beschwerdeführer Erdnägeln an. Hierbei handelt es sich um punktuelle Eingriffe in die Bodensubstanz des Grundstücks der Beschwerdeführer. An den einzelnen Stellen sind diese Eingriffe in die Bodensubstanz stärker als dies das vom Hammerschlagsrecht zweifellos umfasste Errichten eines Baugerüsts zur Folge hätte. Jedoch betreffen diese Eingriffe eine kleinere Fläche und beeinträchtigen - auch optisch - die Nutzung der Liegenschaft durch die Beschwerdeführer wesentlich geringer als dies bei der Errichtung eines Baugerüsts der Fall wäre. Dass das Entfernen der Erdnägeln nach Abschluss der Bauarbeiten mit einem technisch gebotenen, vorübergehenden Eingriff in das unmittelbar benachbarte Erdreich verbunden sein dürfte, ist nicht mit Abgrabungsarbeiten entsprechend dem zitierten Bundesgerichtsentscheid gleichzusetzen. Wie die Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift selbst festhalten und wovon sie mit ihrem Rechtsbegehren auf Entfernung der Erdnägeln auch implizit ausgehen, ist eine solche Entfernung möglich. Somit ist mit dem Obergericht davon auszugehen, dass es sich bei der Einsetzung von Erdnägeln um eine vorübergehende Nutzung des Grundstücks han-

delt. Diese lässt sich grundsätzlich mit dem Hammerschlagsrecht gemäss Art. 695 ZGB in Einklang bringen, weshalb es sich jedenfalls dem Prinzip nach um eine von Bundesrecht wegen der Regelung durch das kantonale Recht vorbehalten Nutzung im Sinne von § 229 Abs. 1 PBG handelt.

c) Das kantonalzürcherische Recht regelt das Recht, im Zusammenhang mit Bauarbeiten das Nachbarschaftsgrundstück zu betreten und zu nutzen sowie das dabei gebotene Vorgehen (Mitteilung des Ansprechers an den belasteten Grundeigentümer) im Planungs- und Baugesetz (§§ 229 und 230 Abs. 1 PBG). Die Zuständigkeit zum Entscheid im Fall der Uneinigkeit der Beteiligten, sei es bezüglich der Ausübung des Rechts an sich oder bezüglich der Höhe der Entschädigung, liegt gemäss § 230 Abs. 2 PBG bei der örtlichen Baubehörde. Diese wird auch darüber zu entscheiden haben, ob das von den Beschwerdegegnerinnen gewählte Vorgehen eine schonende Rechtsausübung im Sinne von § 229 Abs. 2 PBG darstelle.

Liegt die Zuständigkeit zum Entscheid bei der örtlichen Baubehörde, so fällt eine Zuständigkeit des Zivilrichters und damit auch des Einzelrichters im summarischen Verfahren ausser Betracht. Das Obergericht hat deshalb den Entscheid des Einzelrichters, auf das Befehlsbegehren der Beschwerdeführer nicht einzutreten, zu Recht geschützt. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Es ist solidarische Haftung beider Beschwerdeführer für die Kosten und die Prozessentschädigung anzuordnen (§ 70 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'700.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den beiden Beschwerdeführern je zur Hälfte, je unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag, auferlegt.
4. Die Beschwerdeführer werden solidarisch verpflichtet, den Beschwerdegegnerinnen für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 7. Dezember 2009 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, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht L, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär:

