



Kass.-Nr. AA100044-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Sitzungsbeschluss vom 5. September 2011

in Sachen

AB,

...,

Kläger, Erstrekurrent, Zweitrekursgegner und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

BB,

...,

Beklagter, Erstrekursgegner, Zweitrekurrent und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Verbot und Befehl

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Februar 2010 (NL090149/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer (Kläger) ist Eigentümer eines Grundstücks in T* (Kat.-Nr. 1000), welches nördlich an ein im Eigentum des Beschwerdegegners (Beklagten) stehendes Grundstück (Kat.-Nr. 2000) grenzt. Auf beiden Grundstücken lastet eine Dienstbarkeit zu Gunsten des jeweils anderen Grundstücks, gemäss welcher sich die Eigentümer der beiden Liegenschaften gegenseitig das Fuss- und Fahrwegrecht über den gemeinsamen Hofraum einräumen. Ein durch den heutigen Beklagten und Beschwerdegegner anhängig gemachtes gerichtliches Verfahren betreffend Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit sowie damit verbundene Rechte und Pflichten fand mit Urteil des Bundesgerichts vom 9. Februar 2007 seinen Abschluss (ER act. 2/2).

2. a) Mit Eingabe vom 14. März 2008 gelangte der Beschwerdeführer mit dem Begehren um Erlass eines Verbots und verschiedener Befehle gegen den Beschwerdegegner an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks NN. In teilweiser Gutheissung der Klage befahl der Einzelrichter dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 4. April 2008, zwei auf dessen Grundstück angebrachte Hindernisse (die im Grenzbereich zum Grundstück des Beschwerdeführers angebrachte Leitplanke sowie die Vorrichtung auf dem Hofraum des Beschwerdegegners entlang der B-Strasse) sofort zu entfernen. Im Übrigen wies er die Klage ab (ER act 10 = OG [NL080062] act. 2A und 2B S. 13 Disp.-Ziff. 1 und 2).

Gegen diese einzelrichterliche Verfügung erhoben beide Parteien Rekurs (OG [NL080062] act. 1A und 1B). Mit Beschluss vom 8. August 2008 nahm das Obergericht (II. Zivilkammer) davon Vormerk, dass die einzelrichterliche Verfügung in Rechtskraft erwachsen sei, soweit mit ihr Ziffer 1.a des Rechtsbegehrens des Beschwerdeführers (Aussprechung eines Verbots) abgewiesen wurde. In teilweiser Gutheissung des beschwerdegegnerischen Rekurses hob das Obergericht sodann Dispositiv-Ziff. 2 der einzelrichterlichen Verfügung (Abweisung der Klage im

Übrigen) auf und ersetzte sie durch eine Neufassung (Nichteintreten auf Ziffer 1.c des klägerischen Rechtsbegehrens [Befehl zur Entfernung bzw. Verschiebung der im Hofraum der beschwerdeführerischen Liegenschaft gelagerten Gegenstände] und Abweisung der Klage im Übrigen). Im Übrigen wies das Obergericht die Rekurse ab und bestätigte, soweit nicht bereits in Rechtskraft erwachsen, die einzelrichterliche Verfügung (OG [NL080062] act. 16 = KG [AA080136] act. 2). Das Kassationsgericht hiess mit Beschluss vom 10. September 2009 eine vom heutigen Beschwerdegegner erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gut, hob die Dispositivziffern 3 (Abweisung des Rekurses des Beschwerdegegners) sowie 4 - 6 (Kosten- und Entschädigungsregelung) des genannten Beschlusses auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurück (KG [AA080136] act. 13 = OG [NL090149] act. 1).

b) Das Obergericht trat mit Beschluss vom 23. Februar 2010 auf Ziffer 1.b des Rechtsbegehrens des Beschwerdeführers nicht ein und wies das weitere Begehren des Beschwerdeführers, Ziffer 1.b seines Rechtsbegehrens im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu entsprechen, ab (OG [NL090149] act. 19 = KG [AA100044] act. 2 Dispositiv Ziff. 4). [Nachfolgend werden die Akten des Verfahrens OG [NL090149] als „OG“ zitiert.]

Ziffer 1.b des Rechtsbegehrens des Beschwerdeführers (Klägers) hat folgenden Wortlaut (ER act. 1 S. 2):

„1.b. Es sei dem Beklagten zu befehlen, die auf seinem Grundstück Kat.-Nr. 2000 im Grenzbereich zum Grundstück Kat.-Nr. 1000 angebrachte Leitplanke sowie die Vorrichtung entlang der B-Strasse (zwischen der Leitplanke und dem bestehenden Pflastersteinbankett) unverzüglich zu beseitigen; unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB sowie der Zwangsvollstreckung durch den Gemeindeammann (gegebenenfalls durch Beizug von Dritten) auf Kosten des Beklagten im Widerhandlungsfall.“

Weiter nahm das Obergericht Vormerk, dass im Übrigen die entsprechenden Bestimmungen der einzelrichterlichen Verfügung vom 4. April 2008 und des obergerichtlichen Beschlusses vom 8. August 2008 in Rechtskraft erwachsen seien (Dispositiv Ziff. 1 - 3).

3. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beschwerdeführer, es seien die Dispositiv Ziffern 4 (siehe oben) und 5 - 8 (Kosten- und Entschädigungsregelung des einzelrichterlichen und des obergerichtlichen Verfahrens) aufzuheben, und es sei der begehrte Befehl zu erlassen. Eventualiter seien die genannten Dispositiv-Ziffern aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG [AA100044] - nachfolgend mit KG zitiert - act. 1 S. 2 Antrag 1). Für den Fall der Abweisung von Antrag 1 beantragt der Beschwerdeführer, es seien die genannten Dispositiv-Ziffern aufzuheben und es sei dem Begehren im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu entsprechen und dem Beschwerdeführer Frist zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens anzusetzen (Antrag 2).

Der Beschwerdegegner beantragt, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne (KG act. 10 S. 2). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8). Der Beschwerdeführer leistete die ihm mit Präsidialverfügung vom 1. April 2010 für das Kassationsverfahren auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 9).

4. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl.

§ 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

II.

1. Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO ZH leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO ZH werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO ZH in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO ZH mit Hinweisen; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

2. Das Obergericht hält fest, im erstinstanzlichen Verfahren habe der Beschwerdeführer behauptet, die vom Beschwerdegegner installierte Leitplanke sowie der im Einfahrtsbereich deponierte Stahlbalken würden es nicht zulassen, dass er mit seinen Fahrzeugen (wie bisher) über das Grundstück des Beschwerdegegners auf sein Grundstück bzw. von diesem wegfahre. Damit werde ihm die Ausübung der Dienstbarkeit verunmöglicht (ER act. 1 S. 4, ER Prot. S. 4). Es sei zwar richtig, so das Obergericht, dass der Beschwerdeführer die Worte „wie bisher“ nicht verwendet habe (vgl. Beschwerdeschrift im früheren Kassationsverfahren AA080136 act. 1 S. 11). Die betreffenden Ausführungen des Beschwerdeführers könnten aber nach Treu und Glauben nur in diesem Sinne verstanden werden,

hätte er doch kaum ein gerichtliches Verfahren angestrengt, um sich eine bis anhin nicht genutzte Zu- und Wegfahrt zu erhalten (KG act. 2 S. 9 Erw. II/3.3.1).

Mit Eingabe vom 29. Oktober 2009 habe der Beschwerdegegner ausdrücklich in Abrede gestellt, dass der Beschwerdeführer sein Fuss- und Fahrwegrecht in der Form ausgeübt habe, als er jeweils mit seinen Fahrzeugen über die Stelle gefahren sei, an welcher sich heute die vom Beschwerdegegner im Bereich des ehemaligen Blumengartens angebrachte Leitplanke sowie der entlang der B-Strasse deponierte Stahlbalken befänden (OG act. 11 S. 8). Hierbei handle es sich um ein neues Vorbringen, das im Rekursverfahren zuzulassen sei. Die tatsächlichen Verhältnisse hinsichtlich des Befahrens der fraglichen Stellen vor Anbringung der Hindernisse - d.h. des Ausübens der vom Beschwerdeführer behaupteten Dienstbarkeit - seien (heute) somit strittig (KG act. 2 S. 9 f. Erw. II/3.3.2).

Das Obergericht führt sodann aus, durch die bei den Akten liegenden und neu eingereichten Fotografien gelinge es dem Beschwerdeführer nicht, seine Behauptungen sofort zu beweisen. Im Grundsatz sei dem Beschwerdeführer zwar beizupflichten, dass es praktisch unmöglich erscheine, seinen Lieferwagen in der auf einigen Bildern dokumentierten Weise abzustellen, ohne zuvor den Bereich zu überfahren, auf welchem sich heute die Leitplanke des Beschwerdegegners befinde (OG act. 9 S. 4; vgl. ER act. 2/3 und 9/3, OG act. 10/1/1 und 10/1/4). Nur vereinzelte dieser Fotografien seien jedoch mit einem Datum versehen, während die übrigen in zeitlicher Hinsicht keinerlei Aussagekraft besäßen. Diejenigen Bilder, auf denen Aufnahmezeitpunkte vermerkt seien, seien offenbar am 4. August 2006 (OG act. 10/1/1) bzw. am 27. November 2003 (OG act. 10/1/4), d.h. bereits viel früher erstellt worden, als der Beschwerdegegner die beanstandeten Hindernisse angebracht habe. Die Fotografien vom 4. März 2008 gäben lediglich eine Momentaufnahme wieder (ER act. 2/3 in Verbindung mit ER act 1 S. 4). Mit den fraglichen Bildern lasse sich folglich nicht beweisen, wie sich die Situation einige Tage bzw. Monate vor Anbringen der Leitplanke sowie der Vorrichtungen entlang der B-Strasse präsentiert habe. Damit sei der bestrittene Sachverhalt nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer das behauptete Fuss- und Fahrwegrecht tatsächlich ausgeübt habe. Es möge zwar zutreffen, dass die aus den Fotografien

ersichtlichen Verhältnisse zumindest die Vermutung nahe legen, der Beschwerdeführer sei mit seinen Fahrzeugen über die fragliche Fläche gefahren, bis der Beschwerdegegner sei mit der Vorrichtung entlang der B-Strasse versperrt habe (OIG act. 9 S. 5). Ein Beweis sei damit indessen noch nicht erbracht. Ebenso wenig dränge sich auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung ein entsprechender Schluss auf (OG act. 9 S. 5). Wie der Beschwerdegegner zu Recht darauf hinweise, sei es durchaus möglich, dass der Beschwerdeführer die Hofeinfahrt jeweils auf der sich seiner Liegenschaft näher befindlichen Seite passiert habe (OG act. 11 S. 9). Der massgebliche Sachverhalt erweise sich folglich als illiquid (KG act. 2 S. 10 f. Erw. II/3.3.3).

3. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, das Obergericht habe in Erwägung III/3.3.1 des angefochtenen Beschlusses richtig erkannt, es könne in guten Treuen nicht davon ausgegangen werden, der Beschwerdeführer hätte das vorliegende Verfahren angestrengt, wenn ihm nicht vom Beschwerdegegner eine bis anhin vorhandene und genutzte Zufahrtsmöglichkeit genommen worden wäre. Bereits diese Erwägung impliziere, dass der Beschwerdeführer die streitbetroffenen Wegstrecken auch nach Auffassung des Obergerichts ausgeübt habe, bis die Hindernisse angebracht worden seien, weil eben andernfalls nicht ersichtlich wäre, weshalb der Beschwerdeführer ein Verfahren angestrengt haben sollte. Damit, so der Beschwerdeführer, hätten sich für das Obergericht eigentlich weitere Ausführungen erübrigt, weil die - für jeden unvoreingenommenen Dritten evidente - Besitzesstörung hinsichtlich der Leitplanke erstellt sei. Hinzu komme, dass das Obergericht weiter zur Erkenntnis gelangt sei, aufgrund einiger bei den Akten befindliche Fotografien erscheine es als „praktisch unmöglich“, dass der Beschwerdeführer sein Wegrecht auf den streitbetroffenen Strecken *nicht* ausgeübt habe. Trotzdem halte das Obergericht dem Beschwerdeführer vor, eine Gutheissung seines Begehrens hätte aktuellere Fotografien vorausgesetzt, weil ohne solche nicht klar sei, wie sich die Situation einige Tage bzw. Monate vor Anbringung der Hindernisse präsentiert habe. Mit dieser Forderung habe das Obergericht überrisikante und weltfremde Anforderungen an einen im Befehls- bzw. Besitzeschutzverfahren anzutretenden Beweis gestellt, welche zur Folge hätten, dass ein Begehren um Besitzeschutz nach Art. 928 ZGB illusorisch würde. Damit habe das

Obergericht klares Recht verletzt und eine willkürliche / widersprüchliche tatsächliche Annahme getroffen (KG act. 1 S. 6 Ziff. 11 - 13).

Der Beschwerdeführer fährt fort, wenn sein Lieferwagen nur unter Überfahren der streitbetreffenen Flächen in der auf zahlreichen Fotografien dargestellten Weise habe abgestellt werden können, könne dem zeitlichen Element nicht die ihm vom Obergericht beigemessene Bedeutung zukommen. Sei es „praktisch unmöglich“, den Lieferwagen an den vom Obergericht angeführten Tagen in den Jahren 2003 und 2006 auf andere Weise als unter Überfahren der heute mit der Leitplanke verstellten Fläche abzustellen, sei damit erstellt, dass die fraglichen Flächen auch für das Abstellen von Fahrzeugen, wie es auf den undatierten Fotografien dargestellt sei, beansprucht worden sein müssen. Besitzerschutz nach Art. 928 ZGB setze nicht voraus, dass der Ansprecher mittels hochaktueller und datierter Fotografien seinen Besitz beweise. Im Anwendungsbereich von Art. 919 Abs. 2 ZGB genüge es, wenn „die tatsächliche Ausübung des Rechts“ bewiesen sei. Der Beschwerdeführer zitiert hierzu die Kommentierung von Stark, wonach nicht jede einmalige Ausübung von Besitzerfunktionen für sich allein als zum Beweis des Besitzers genügend zu erachten sei, wohl aber in Verbindung mit einer zum Besitz berechtigenden Rechtsstellung, und wonach im Allgemeinen ein gewisses stabiles Gewaltverhältnis, das offen zutage trete und nicht auf widerrufbarer Gefälligkeitsduldung beruhe, gefordert sei (Emil W. Stark, Berner Kommentar, Band IV/3/1, Sachenrecht, Besitz, 3. Aufl., Bern 2001, N 12a zu Art. 926 - 929 ZGB). Wenn es praktisch unmöglich sei, einen Lieferwagen ohne Beanspruchung der streitbetreffenen Flächen zu parkieren und wenn Beweise in Form von unzähligen (datierten und undatierten) Fotografien vorlägen, welche von verschiedenen Tagen stammten bzw. unterschiedliche Positionen von Fahrzeugen zeigten, bei welchen allesamt eine Zufahrt über den durch die Leitplanke verstellten Bereich erfolgen müsse, dann sei evident, dass ein auch für Dritte erkennbares, stabiles Gewaltverhältnis im Sinne der zitierten Lehre zur Diskussion stehe, und dass keine bloss einmalige Rechtsausübung, sondern eine solche im Sinn von Art. 919 Abs. 2 ZGB vorliege. Das Obergericht habe nach dem Gesagten selbst erkannt, der Beschwerdeführer hätte das vorliegende Verfahren nicht angestrengt, wenn er die streitbetreffene Zu- und Wegfahrt nicht tatsächlich genutzt hätte; dass damit

nur eine Nutzung bis zur Anbringung der Schikanen gemeint sein könne, liege auf der Hand. Insofern erweise sich der Entscheid des Obergerichts als widersprüchlich: So halte das Obergericht einmal (richtigerweise) dafür, es dürfe dem Beschwerdeführer nicht unterstellt werden, er hätte das Verfahren angestrengt, ohne die fraglichen Wegstrecken vorher befahren zu haben; an anderer Stelle schliesse das Obergericht trotz erdrückender Beweislage, ein solches Befahren der streitbetreffenen Flächen vor Anbringung der Hindernisse sei eben nicht hundertprozentig erstellt. Von einem Besitzer könne nicht verlangt werden, dass er über seine Besitzesausübung eine laufend aktualisierte Fotodokumentation mit periodischen - und mit Datumstempeln versehene - Fotografien unterhalte, um im Fall einer Besitzesstörung bzw. eines entsprechenden Verfahren auch aktuellste Fotos zur Hand zu haben. Der angefochtene Entscheid komme einer Rechtsverweigerung gleich (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 14 - 16).

b) Zutreffend weist der Beschwerdegegner darauf hin, dass das Obergericht festgehalten habe, im Grundsatz sei dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass es praktisch unmöglich erscheine, seinen Lieferwagen *in der auf einigen Bildern dokumentierten Weise* abzustellen, ohne zuvor den Bereich zu überfahren, auf welchem sich heute die Leitplanke des Beschwerdegegners befinde (KG act. 10 S. 9 zu Ziff. 12 unter Hinweis auf KG act. 2 S. 10 Erw. II/3.3.3). Die vom Obergericht a.a.O. angeführten Bilder des Beschwerdeführers bestätigen diesen Befund. Es ergibt sich aus ihnen, dass der Beschwerdeführer entgegen der Bestreitung des Beschwerdegegners vor der Anbringung der Leitplanke und des Stahlbalkens entlang der B-Strasse sein Fuss- und Fahrwegrecht mindestens zeitweise ausübte, indem er über den Bereich fuhr, in dem sich heute die Leitplanke befindet. Anders konnte er aus naturgesetzlichen Gründen nicht in die auf den Bildern dokumentierte Parkposition gelangen. Insofern ist der Sachverhalt nach den Feststellungen des Obergerichtes liquid.

Zutreffend ist die Erwägung des Obergerichtes (a.a.O.), dass die Bilder teilweise nicht datiert sind und, soweit datiert, viel früher erstellt wurden, als der Beschwerdegegner die beanstandeten Hindernisse anbrachte, und sich daher mit den fraglichen Bildern nicht beweisen lässt, wie sich die Situation einige Tage bzw. Mona-

te vor Anbringen der Leitplanke sowie den Vorrichtungen entlang der B-Strasse präsentierte. Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, verkennt die Vorinstanz jedoch, dass der Beschwerdegegner Behauptungen aufstellte und durch Bilder belegte, aus denen sich ergibt, dass der Beschwerdeführer sein Fuss- und Fahrwegrecht auch später in der Art ausübte, dass er über den nun durch Leitplanke und Stahlbalken abgesperrten Bereich fuhr. Dies ergibt sich aus den Ausführungen des Beschwerdegegners in seinem Rekurs gegen die einzelrichterliche Verfügung (OG NL080062 act. 1B S. 17 f. Ziff. 5) sowie den vom Beschwerdegegner eingereichten Bildern (ER act. 9/3), auf die er in seinem Rekurs verwies. In seinem Rekurs schrieb der Beschwerdegegner was folgt:

"Der Beklagte liess bei der Vorinstanz vortragen, dass es in diesem Zusammenhang besonders ärgerlich sei, dass der Kläger den kleinen Warenums Schlag mit seinem Lieferwagen neuerdings auf dem nordwestlichen Teil des beklagtischen Grundstücks abwickle, wofür er sein Fahrzeug im Bereich des ehemaligen Blumengartens scharf an und sogar über der gemeinsamen Grundstücksgrenze abstellt und über den beklagtischen Hofraum den Warenums Schlag abwickle. Mit der beanstandeten Einfriedung ist dem Kläger diese Möglichkeit genommen. Er muss nicht ständig Strafanzeigen gegen den Kläger machen. Vor Anbringung der Leitplanken versties der Kläger mehrmals gegen das Warenums Schlagverbot. Aus diesen Gründen deponierte der Beklagte zahlreiche Strafanzeigen beim Statthalteramt NN [...]. Aus den eingereichten Unterlagen ist klar zu entnehmen, dass der Kläger immer wieder sich um das obergerichtliche Verbot foutiert. Insbesondere ist aus den Fotodokumenten erstellt, dass der Kläger immer wieder auf dem beklagtischen Grundstück Waren umschlägt [...]. Von einem einmaligen un-rechtmässigen Ablad kann keine Rede sein. Er [der Beklagte] hat das Recht, die Situation durch Anbringung von Vorrichtungen durchzusetzen."

Die vom Beschwerdegegner angeführten Bilder (ER act. 9/3) zeigen das Fahrzeug des Beschwerdeführers in derselben bzw. ähnlicher Parkposition wie die im angefochtenen Beschluss angeführten Bilder (OG act. 10/1/1-5 und 10/1/6 Blatt 2; vgl. KG act. 2 S. 10 Erw. II/3.3.3). Damit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer mit seinem Fahrzeug auch zu späteren als den vom Obergericht angenommen Zeitpunkten, nämlich gemäss der Eingabe des Beschwerdeführers vom 19. Mai 2008 "neuerdings" (OG NL080062 act. 1B S. 17 f. Ziff. 5), also bis vor dem Anbringen der beanstandeten Leitplanke und Stahlbalken, über den Bereich fuhr, in dem sich heute Leitplanke und Stahlbalken befinden (zu letzterem vgl. das vom Beschwerdegegner eingereichte Bild OG act. 10/1/5).

Somit übte der Beschwerdeführer das Wegrecht auf der inzwischen verstellten Fläche tatsächlich aus, bevor der Beschwerdegegner die Hindernisse anbrachte

(vgl. KG act. 2 S. 9 Erw. 3.3 a.E. sowie KG [AA080136] act. 2 S. 6 unten), und zwar nicht bloss "viel früher", sondern auch "neuerdings" vor der Montage der Leitplanke und des Stahlbalkens. Die gegenteilige vorinstanzliche Schlussfolgerung erweist sich aufgrund der Behauptungen des Beschwerdegegners im Zusammenhang mit dem von ihm eingereichten Bilder als unhaltbar und damit willkürlich, weshalb der angefochtene Beschluss an einem Nichtigkeitsgrund leidet.

III.

Da sich die Sache als spruchreif erweist, ist von einer Rückweisung abzusehen (§ 291 ZPO ZH).

1. Wie im Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichtes vom 10. September 2009 dargetan (Erw. II/2.d) kann der Besitzschutz angerufen werden für den durch Ausübung in Erscheinung getretenen Rechtsbesitz. Zu prüfen ist, ob das Recht so häufig ausgeübt worden ist, dass für den Belasteten der Eindruck der Ausübung des fraglichen Rechtes entstanden ist. Diese Voraussetzungen sind gegeben, nachdem der Beschwerdeführer mit seinem Lieferwagen sowohl zu früheren Zeitpunkten (KG act. 2 S. 10 Erw. II/3.3.3) als auch "neuerdings" und "immer wieder" (OG NL080062 act. 1B S. 17 f. Ziff. 5) über den Bereich der Hofeinfahrt fuhr, den der Beschwerdegegner im März 2008 durch Leitplanke und Stahlbalken abspernte. Dass für den Beschwerdegegner als Belasteten der Eindruck der Ausübung des Fahrwegrechtes entstand, ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass er die Hindernisse anbringen liess.

Damit erweist sich entgegen der aufzuhebenden Disp. Ziff. 4 des Beschlusses des Obergerichtes die Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 1.b der Klage durch den Einzelrichter, der dem Beschwerdegegner die sofortige Entfernung der Leitplanke und des Stahlbalkens ("der Vorrichtung auf dem beklagischen Teil des Hofraums entlang der B-Strasse"; ER act. 10 S. 13) befahl, als rechtens. Demgemäss ist der Rekurs des Beschwerdegegners, der eine vollumfängliche Abwei-

sung der Klage bezweckte, in diesem Punkt abzuweisen und Disp. Ziff. 1 der Verfügung des Einzelrichters zu bestätigen.

2. Die Anordnungen über die weiteren Rechtsbegehren des Beschwerdeführers gemäss der einzelrichterlichen Verfügung vom 4. April 2008 und des obergerichtlichen Beschlusses sind im Übrigen in Rechtskraft erwachsen. Dies stellte das Obergericht in den nicht angefochtenen Disp. Ziff. 1 – 3 des Beschlusses vom 23. Februar 2010 fest.

3. Der Ausgang des Verfahrens entspricht dem Ausgang gemäss dem Beschluss der Vorinstanz vom 8. August 2008. Entsprechend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Verfügung des Einzelrichters vom 4. April 2008 zu bestätigen und die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren wie im Beschluss vom 8. August 2008 festzusetzen und zu verteilen, unter Hinweis auf die zutreffenden Ausführungen in Erw. IV (S. 10 f.) des genannten Beschlusses (OG [NL080062] act. 16).

Für das Kassationsverfahren wird der Beschwerdegegner vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden Disp. Ziff. 4 – 8 der angefochtenen Verfügung vom 23. Februar 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- "4. Die teilweise Gutheissung der Klage gemäss Disp. Ziff. 1 der Verfügung des Einzelrichters vom 4. April 2008 wird bestätigt und der Rekurs des Beklagten in diesem Punkt abgewiesen.
5. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung und –verteilung (Dispositiv-Ziffer 3 – 5) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 6'000.— festgesetzt.
7. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
8. Für das Rekursverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen."

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- (zuzüglich 7,6% MWSt. = Fr. 190.--) 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 übersteigt Fr. 30'000.--.
Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 23. Februar 2010 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 des Bezirkes NN, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär