

# ZH\_OBERGERICHT PE130002 vom 24. September 2013

ZH Obergericht, 2013-09-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PE130002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PE130002)

FR: ZH\_OBERGERICHT PE130002 du 24 septembre 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT PE130002 del 24 settembre 2013

## Erwägungen

### E. 1

Der Beschwerdegegner ist Eigentümer des in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ gelegenen Grundstückes Kat.-Nr. 1, der Beschwerdeführer Eigentümer der südlich und östlich angrenzenden Grundstücke Kat.-Nr. 2 und Kat.-Nr. 3. Am 8. Dezember 1965 wurde zugunsten und zulasten der jeweiligen Grundstücke ein Fuss- und Fahrwegrecht errichtet. Am 4. März 2008 führte der Beschwerdeführer diverses Material, darunter Wellenleitplanken samt Metallstützen, nach C.\_\_\_\_\_ und lud dieses auf seiner Parzelle ab. Er beabsichtigte, am darauffolgenden Tag die Leitplanke auf seinem Grundstück entlang der Grenze zum Grundstück des Beschwerdegegners einzubetonieren. Dazu kam es indessen nicht, weil der Beschwerdegegner das deponierte Material am 5. März 2008 einsammelte und entsorgte (Vorgang 1). In der Folge erwarb der Beschwerdeführer neues Material und montierte am 13. März 2008 wie beabsichtigt die Leitplanke. Am selben Tag demonitierte der Beschwerdegegner die Leitplanke aus dem noch nicht festen Betonfundament (Vorgang 2). Am folgenden Tag stellte der Beschwerdeführer die Leitplanke wieder auf (vgl. act. 7/1, act. 22 sowie vorinstanzliches Protokoll). Nach diesen Vorgängen erhob der Beschwerdeführer Strafanzeige gegen den Beschwerdegegner. Das von der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland geführte Strafverfahren (Nr. 2008/2278) endete mit Strafbefehl vom 26. März 2009, worin der Beschwerdegegner (unter anderem) wegen der Geschehnisse am 5. und 13. März 2008 der unrechtmässigen Aneignung und Sachbeschädigung für schuldig befunden wurde und die Zivilforderungen auf den Zivilweg verwiesen wurden (act. 18 S. 3 f. und act. 22 S. 2).

### E. 1.1

Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde, der vorinstanzliche Entscheid verletze nicht nur Art. 926 Abs. 2 und 3 ZGB, sondern auch Art. 8 ZGB.

- 8 - Zudem missachte die Vorinstanz die §§ 54 Abs. 1, 55, 113 und 133 ZPO/ZH. Weiter sei eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes im Sinne von Art. 320 lit. b ZPO sowie eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV gegeben (act. 25 S. 2 Ziff. 4 und S. 3 Ziff. 3). Gestützt auf Art. 8 ZGB habe der Beschwerdegegner sämtliche Voraussetzungen der von ihm geltend gemachten Besitzkehrung nach Art. 926 Abs. 2 ZGB vorzubringen und sei für diese weiter beweispflichtig (act. 25 S. 4 Ziff. 2). Der Beschwerdegegner habe sich weder auf eine Dienstbarkeit berufen noch vorgebracht, dass er aufgrund dieser Dienstbarkeit berechtigt gewesen sei, das gelagerte Material zu entfernen (Vorgang 1) bzw. die installierte Leitplanke herauszureissen (Vorgang 2). Er habe somit das Tatsächliche nicht vorgebracht, um sich auf Art. 926 Abs. 2 ZGB zu berufen. Die Vorinstanz verletze daher die §§ 54 und 113 ZPO/ZH, wenn sie ihrem Entscheid eine Tatsache zu Grunde lege, welche der Beschwerdegegner nicht vorgebracht habe, oder wenn sie annehme, der Be-

schwerdegegner habe alle notwendigen Sachverhaltselemente vorgebracht und seine Begehren begründet, um sich auf Art. 926 Abs. 2 ZGB berufen zu können (act. 25 S. 6 Ziff. 3). Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe festgehalten, es sei "hinlänglich bekannt", dass zu Gunsten und zu Lasten der beiden Grundstücke der Parteien je ein gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht bezüglich des gemeinsamen Hofraumes, auf welchem er das Leitplankenmaterial vorerst deponiert bzw. montiert habe, bestehe. Mit dem Ausdruck "hinlänglich bekannt" scheine die Vorinstanz ausdrücken zu wollen, der Inhalt der Dienstbarkeit sei notorisch bekannt. Habe das Gericht von einer Tatsache sichere Kenntnis, so sei gemäss § 133 ZPO/ZH darüber kein Beweis abzunehmen. Dies bedeute aber nicht, dass die Partei diese Tatsache nicht behaupten müsse. Das Einbringen des Inhaltes der Dienstbarkeit durch das Gericht selber sei unzulässig und verletze Art. 8 ZGB sowie die §§ 113 und 133 ZPO/ZH. Es komme hinzu, dass das Gericht den Inhalt der Dienstbarkeit offensichtlich falsch festgestellt habe (act. 25 S. 6 f. Ziff. 4). Es folgen Ausführungen des Beschwerdeführers zum Inhalt der Dienstbarkeit, unter Verweis auf das darüber geführte Verfahren bis vor Bundesgericht (act. 25 S. 7 Ziff. 4).

- 9 -

## **E. 1.2**

Die Frage der genügenden Substantiierung einer Behauptung oder Bestreitung ist eine rechtliche (so auch explizit PETER REETZ, Zivilprozessrecht - Entwicklungen 2010, Bern 2011, S. 55) und zwar eine solche des materiellen Bundesrechts (BGer 4C.327/2005, Entscheid vom 24. November 2006 E. 4.2; BGer 4C.322/2001, Entscheid vom 15. Februar 2002 E. 2; BGE 98 II 113 E. 4.a; BGE 108 II 337 E. 2; BGE 109 II 231 E. 3.c.bb). Rechtsverletzungen sind von der Beschwerdeinstanz ohne Einschränkungen zu überprüfen (Art. 320 lit. a ZPO; vgl. E. II.2 vorstehend). Gemäss der Verhandlungsmaxime ist es Sache der Parteien, die für die Beurteilung des Streits erheblichen Tatsachen dem Richter zu unterbreiten und die dafür erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen (§ 54 ZPO/ZH). Die Parteien trifft die Behauptungslast (§ 113 ZPO/ZH). An die Behauptungslast darf aber nicht ein zu strenger, die Durchsetzung des materiellen Rechts übermässig einschränkender Massstab angelegt werden. Dies würde einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleichkommen. Im allgemeinen genügt es, wenn diejenigen Tatsachen vorgebracht werden, die für die Anwendung der in Betracht fallenden Rechtssätze unmittelbar von Bedeutung sind, d.h. Tatbestandsmerkmale bilden. Allgemein bekannte Tatsachen und Erfahrungssätze können vom Gericht berücksichtigt werden, auch wenn sie nicht speziell behauptet worden sind. Eine Einschränkung erfährt die Verhandlungsmaxime durch die richterliche Fragepflicht, die dem Gericht in beschränktem Umfang eine materielle Prozessleitung ermöglicht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 54 N. 1 ff.; § 113 N. 6). Die Verletzung der Fragepflicht kommt grundsätzlich einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs gleich (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 55 N. 1). Gemäss § 133 ZPO/ZH wird Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen, über Wohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortsgebräuche. Hat das Gericht davon sichere Kenntnis, ist der Beweis nicht abzunehmen. Art. 8 ZGB regelt die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast, und verpflichtet das Gericht unter anderem dazu, eine beweisbelastete Partei zu dem ihr obliegenden Beweis zuzulassen, soweit sie Beweisanträge gestellt hat, die rechtserhebliche Tatsa-

- 10 - chen betreffen und nach Form und Inhalt den Vorschriften des kantonalen Rechts entsprechen (BGE 133 III 195 und 133 III 299, je mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Es ist festzuhalten, dass diejenige Partei, welche sich auf einen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB beruft, die entsprechenden Behauptungen vorzutragen und – falls bestritten – zu beweisen hat (vgl. Art. 8 ZGB; BSK ZGB I- Zindel/Pulver, Art. 373 N 37 mit zahlreichen Hinweisen; act. 19 S. 7 und act. 23 S. 13). Ob der Rechtfertigungsgrund der Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB (Besitzkehrung) vorliegt, ist letztlich eine Rechtsfrage.

### **E. 1.3**

Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich im Wesentlichen Folgendes: Der Beschwerdeführer schilderte, die Materialkosten seien ihm entstanden, weil ihm der Beschwerdegegner am 5. März 2008 Leitplanken, Betoneisen und Doppel-T-Träger entwendet habe, die er zuvor am 4. März 2008 auf dem Platz vor seiner Liegenschaft in C.\_\_\_\_\_ deponiert gehabt habe. Dieser Platz grenze unmittelbar an die Liegenschaft des Beschwerdegegners bzw. an den Platz davor an. Der Beschwerdegegner habe im Strafverfahren zugegeben, dass er ihm diese Ware entwendet und einem Altmetallhändler verkauft habe. Er verweise diesbezüglich auf den eingereichten Strafbefehl. Ferner habe der Beschwerdegegner die Leitplanke, die der Beschwerdeführer am 12. März 2008 auf seinem Platzteil montiert habe, am 13. März 2008 aus dem Betonfundament herausgerissen und die Löcher zubetoniert, die er zum Installieren der Planke gebohrt habe. In der Folge habe er die Leitplanke noch einmal verbauen müssen, was im Zeitraum vom 14. bis zum 19. März 2008 geschehen sei. Dadurch seien ihm weitere Materialkosten entstanden, die er in der eingereichten Abrechnung ebenfalls einzeln aufgeführt habe (vorinstanzliches Protokoll S. 3 f.). Der Beschwerdegegner führte dagegen aus, der Beschwerdeführer habe die Leitplanke widerrechtlich erstellt. Eine Baubewilligung der Gemeinde habe nicht vorgelegen. Andererseits stelle das Deponieren der Leitplanken und der Träger am 4. März 2008 auf dem gemeinsamen Grundstück in seinen Augen eine Nötigung dar. Ihm sei der Zugang verwehrt worden. Vor seiner Liegenschaft befänden sich

- 11 - Parkplätze. Der Beschwerdeführer habe das Material so deponiert, dass die Ausfahrt aus dem Parkplatz zugestellt gewesen sei. Er sei gezwungen gewesen, das gelagerte Material zu entfernen, um mit seinem Wagen den Parkplatz verlassen zu können. Deshalb habe er die Leitplanken und die Träger zusammen mit einem Bekannten entfernt und einem Metallhändler für Fr. 50.– verkauft (vorinstanzliches Protokoll S. 5). Bezüglich des Strafbefehls sei zu sagen, dass er im Strafverfahren den Sachverhalt eingestanden habe. Die äusseren Umstände, wie sie der Beschwerdeführer geschildert habe, träfen zu (vorinstanzliches Protokoll S. 6). Er wolle abschliessend noch einmal betonen, dass der Beschwerdeführer die Installation der Leitplanke widerrechtlich vorgenommen habe. Es sei ihm nur darum gegangen, ihn (den Beschwerdegegner) zu schikanieren. Sie hätten von der Leitplanke beide keinen Nutzen, sie behindere sowohl den Beschwerdeführer als auch ihn beim Manövrieren auf dem Platz vor ihren Liegenschaften. Einen anderen Zweck als blosser Schikane habe diese Leitplanke nicht gehabt (vorinstanzliches Protokoll S. 6 f.). Zur Frage der Rechtmässigkeit der Leitplanke reichte der Beschwerdeführer daraufhin die baupolizeiliche Verweigerung der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ vom 12. April 1999 zu den Akten. Daraus gehe hervor, dass die Parkplätze, die der Beschwerdegegner vor seiner Liegenschaft habe erstellen lassen, gegen geltendes Recht und öffentliches Interesse verstossen haben. Wenn der Beschwerdegegner Autos vor seiner Liegenschaft parkiere,

müsse er, der Beschwerdegegner, über einen Teil des Platzes des Beschwerdeführers fahren, um auf die D.\_\_\_\_-Strasse ... zu gelangen. Dies stelle für den Beschwerdeführer eine Behinderung dar. Er gebe zu, dass die Leitplanke das Manövrieren auf dem Platz erschwere, aber man sollte dort eigentlich gar nicht manövrieren müssen, weil sich vor der Liegenschaft des Beschwerdegegners gar keine Parkplätze befinden dürften (vorinstanzliches Protokoll S. 7 f.).

#### **E. 1.4**

Sinngemäss berief sich der Beschwerdegegner vor Vorinstanz auf ein Selbsthilferecht, ohne dieses rechtlich genauer zu spezifizieren: Der Beschwerdegegner hielt sein Handeln für gerechtfertigt, weil er vom Beschwerdeführer genötigt worden sein soll. Er verwies auf ein "gemeinsames" Grundstück, bei wel-

- 12 - chem ihm der Zugang verwehrt worden sei, und erwähnte, er sei gezwungen gewesen, das gelagerte Material zu entfernen, um mit seinem Wagen den Parkplatz verlassen zu können. Die Leitplanke behindere sowohl den Beschwerdeführer als auch ihn beim Manövrieren auf dem Platz vor ihren Liegenschaften (der explizite Hinweis auf eine Dienstbarkeit bzw. auf Art. 926 ZGB erfolgte nicht im Hauptverfahren, sondern erst in der Beweisantretungsschrift [vgl. act. 12 Ziff. 2] und damit zu spät im Verfahren [§ 113 ff. ZPO/ZH], was der Beschwerdegegner selbst einräumt [act. 35 Ziff. 8]). Der Hinweis auf eine Behinderung beim Manövrieren auf dem Platz hätte der Vorinstanz jedoch Anlass genug geboten, um in Ausübung ihrer richterlichen Fragepflicht den in ihrem Verfahren nicht vertretenen Beschwerdegegner zu fragen, weshalb er davon ausgehe, er habe das Recht, auf dem Platz bzw. an der fraglichen Stelle auf dem Platz zu manövrieren. Dies tat sie nicht. Ihr war (gemäss Urteil vom 17. Januar 2013) offenbar hinlänglich bekannt, dass zugunsten und zulasten der beiden Grundstücke der Parteien je ein gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht bezüglich des gemeinsamen Hofraums bestand (vgl. act. 28 S. 8). Dies bestritten die Parteien denn auch nicht. Im Gegenteil, der Beschwerdeführer sprach von einer gerichtsnotorischen Tatsache und der Beschwerdegegner brachte vor, die Zürcher Rechtspflege sei seit Jahren mit Prozessen betreffend die fragliche Dienstbarkeit beschäftigt gewesen, weshalb nicht zu beanstanden sei, wenn die Vorinstanz von einer hinlänglich bekannten Servitut gesprochen habe (vgl. act. 25 S. 7 Ziff. 4 und act. 35 Ziff. 11). Eine rechtliche Einordnung des Selbsthilferechts durch den Beschwerdegegner war somit gar nicht nötig. Die Vorinstanz wusste um die Dienstbarkeit – ebenso wie die Parteien – und hatte das Recht überdies von Amtes wegen anzuwenden (§ 57 ZPO/ZH). Es kann somit nicht von einer ungenügenden Substantiierung des Selbsthilferechts gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB ausgegangen werden. Indem die Vorinstanz das Vorliegen eines Selbsthilferechts gestützt auf Art. 926 Abs. 2 ZGB überprüfte, verletzte sie Art. 8 ZGB oder die §§ 113 und 133 ZPO/ZH überdies nicht.

#### **E. 1.5**

Der Beschwerdegegner bringt in seiner Beschwerdeantwort vor, der Beschwerdeführer habe den massgeblichen Sachverhalt anerkannt – nämlich die Behinderung des Beschwerdegegners in der Manövrierfähigkeit bzw. in der Zufahrt zu seiner Liegenschaft und den dort befindlichen Parkplätzen (act. 35 Ziff. 6).

- 13 - Dem kann jedoch ebenfalls nicht zugestimmt werden. Der Beschwerdeführer räumte ein, der Beschwerdegegner werde behindert bzw. das Manövrieren auf dem Platz werde durch die Leitplanke erschwert. Doch sei ein Manövrieren an dieser Stelle gar nicht

notwendig, wenn der Beschwerdegegner sich daran halten würde, dass sich vor seiner Liegenschaft gar keine Parkplätze befinden dürften. Diese Aussage kann nicht mit einer Anerkennung des Selbsthilferechts durch den Beschwerdeführer gleichgesetzt werden. Vielmehr bestreitet der Beschwerdeführer damit sinngemäss, dass der Beschwerdegegner die Dienstbarkeit schonend ausübte. Gemäss Art. 737 Abs. 1 ZGB ist der Berechtigte aus einer Dienstbarkeit zwar befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist, er ist gemäss Art. 737 Abs. 2 ZGB jedoch auch verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben. Gemäss Art. 737 Abs. 3 ZGB darf der Belastete auf der anderen Seite nichts vornehmen, was die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert. Soweit die Ausübung der Dienstbarkeit durch den Berechtigten im Rahmen des vereinbarten Umfangs und nicht schikanös erfolgt, darf der Belastete nicht in die Ausübung eingreifen. Tut er dies dennoch, so darf der Berechtigte beispielsweise ohne richterliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, vom Belasteten schikanös angebrachte Pfosten, welche ihm die Ausübung des Wegrechts unbotmässig erschweren, in Selbsthilfe entfernen. Demgegenüber ist der Belastete aber befugt, sich gegen ein Verhalten des Berechtigten zur Wehr zu setzen, welches den Umfang der Dienstbarkeit sprengt (BSK ZGB II-Petitpierre, 4. Aufl. 2011, Art. 737 N. 1 ff.). 2.

## **E. 2**

Mit Klage vom 21. Juni 2010 gelangte der Beschwerdeführer an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (Vorinstanz) und beantragte, es sei der Beschwerdegegner zur Zahlung von Fr. 4'068.75 (recte: Fr. 4'068.35) zuzüglich 5% Zins seit dem 26. März 2009, Fr. 70.– Betreibungskosten und Fr. 300.– Gerichtsgebühr zu verpflichten, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreibung

- 3 - Nr. ... des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ aufzuheben (act. 1 und act. 2 sowie act. 22 S. 2).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, selbst wenn von einer genügenden Substantiierung des Beschwerdegegners bezüglich des Selbsthilferechts gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB ausgegangen worden wäre, hätte dieser das Vorliegen des Selbsthilferechts beweisen müssen (act. 25 S. 8 f. Ziff. 5). Dies trifft grundsätzlich zu, da der Beschwerdeführer das Selbsthilferecht nicht anerkannte.

- 14 -

### **E. 2.2**

Der Beschwerdegegner reichte mit seiner Beweisantragungsschrift vom 18. August 2011 (Poststempel) – sinngemäss bezogen auf das Selbsthilferecht – die Kopie einer Baubewilligung und eine Fotografie der Leitplanken auf dem Grundstück ein (act. 13/1 und act. 13/2). Er bot ausserdem an, mindestens 20 Personen zu nennen, sollte bezeugt werden, dass er den Parkplatz über die frühere Zufahrt habe befahren können (act. 12). Nachträglich reichte der Beschwerdegegner weitere Fotografien ein (act. 15 und act. 16). Gemäss Beweisabnahmeverfügung vom 29. November 2011 wurde als Gegenbeweis lediglich die Fotografie der Leitplanken auf dem Grundstück (act. 13/2) als Beweismittel berücksichtigt (act. 17). Dies wurde vom Beschwerdegegner nicht beanstandet. Aus besagter Fotografie lässt sich hinsichtlich des Selbsthilferechts gestützt auf die Dienstbarkeit jedoch nichts ableiten, denn die Grenzen der Grundstücke sind nicht eingezeichnet und der Inhalt der Dienstbarkeit ergibt sich nicht daraus. Ausserdem liegt in den vorinstanzlichen Akten auch

kein anderes Dokument, welches Aufschluss über den Inhalt der Dienstbarkeit geben könnte. Unbestritten blieb immerhin Folgendes: Am 8. Dezember 1965 wurde zugunsten und zulasten der Grundstücke Kat.-Nrn. 4 (heute Kat.-Nrn. 2 und 3) und 5 (heute ein Teil der Kat.-Nr. 1) ein Fuss- und Fahrwegrecht mit folgendem Wortlaut errichtet: „Die Eigentümer der beiden Liegenschaften räumen sich gegenseitig das Fuss- und Fahrwegrecht über den gemeinsamen Hofraum ein.“ (act. 18 S. 3). Der Inhalt der Dienstbarkeit ergibt sich jedoch nicht zwangsläufig aus diesem Eintrag im Grundbuch. Aus der baupolizeilichen Verweigerung vom 12. April 1999 des Gemeinderates der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ geht schliesslich hervor, dass das Recht, resp. die Last planlich nicht genau festgelegt wurde (act. 7/2 S. 2). Ausserdem stritten sich die Parteien über den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit bis vor Bundesgericht (act. 25 S. 7 Ziff. 4). Die Entscheide der verschiedenen Instanzen befinden sich jedoch nicht in den vorinstanzlichen Akten. Aus den vorinstanzlichen Akten ergeben sich also weder Inhalt noch Umfang der Dienstbarkeit. Der präzise Inhalt der Dienstbarkeit ist für die Beurteilung des Selbsthilferechts durch die Beschwerdeinstanz jedoch unabdingbar. Denn nur dann kann überprüft

- 15 - werden, ob der Beschwerdegegner an der fraglichen Stelle, wo die Leitplanken aufgestellt wurden, ein Fuss- und Fahrwegrecht hatte und ob er dieses Recht schonend ausübte (vgl. den Hinweis des Beschwerdeführers auf die unzulässigen Parkplätze).

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz bejahte ein Selbsthilferecht des Beschwerdegegners unter Bezugnahme auf die hinlänglich bekannte Dienstbarkeit (damit musste der Beschwerdegegner sein Selbsthilferecht nicht beweisen). Gerichtsnotorische Tatsachen sind Umstände, die der Richter aus seiner Amtstätigkeit kennt. Auch wenn die Vorinstanz um den Inhalt und den Umfang der Dienstbarkeit wusste (vgl. act. 18 S. 3, act. 28 S. 8 ff.) und damit ein Beweis durch den Beschwerdegegner hinfällig wurde, reichte dieses Wissen für sich alleine nicht aus. Die Vorinstanz hätte ihr Wissen entweder schriftlich festhalten oder die entsprechenden Akten, aus denen sie ihr Wissen speiste, beiziehen müssen. Andernfalls wird für die Beschwerdeinstanz nicht nachvollziehbar, worauf die Vorinstanz und die Parteien Bezug nehmen. Ohne Aktenbeizug kann auch nicht festgestellt werden, ob die Vorinstanz den Inhalt der Dienstbarkeit offensichtlich falsch feststellte, wie dies der Beschwerdeführer rügt (act. 25 S. 6 f. Ziff. 4). Der Beschwerdeführer verlangt denn auch, bezüglich der Rechte des Beschwerdegegners sei auf die Auslegung der Dienstbarkeit durch das Obergericht des Kantons Zürich im Entscheid vom 27. Oktober 2006 abzustellen (act. 25 S. 13 Ziff. 14). Wie erwähnt, wurde mit Verfügung vom 9. August 2013 der Beizug der obergerichtlichen Akten im Verfahren LB050090 zwischen denselben Parteien veranlasst. Der Beschwerdeführer muss sich die Kenntnis des Inhalts der Dienstbarkeit gemäss dem Beschluss und Urteil vom 27. Oktober 2006 im Verfahren LB050090 anrechnen lassen. Er erreichte diesen Entscheid im Beschwerdeverfahren denn auch ein (act. 26/3). Das Novenverbot greift hier somit nicht (zumindest nicht, soweit es sich zu Lasten des Beschwerdeführers selbst auswirkt).

### **E. 2.4**

Aus dem Beschluss und Urteil vom 27. Oktober 2006 im Verfahren LB050090 (dieser Entscheid wurde rechtskräftig, vgl. act. 38/135 und 38/142-143) ergibt sich Folgendes: Beim gegenseitigen Fuss- und Fahrwegrecht handelt es sich um eine ungemessene Dienstbarkeit, bei der das eingeräumte Recht nicht genau um-

- 16 - schrieben, sondern in allgemeiner Form zugestanden wird (act. 38/135 S. 16). Das gegenseitige Fuss- und Fahrwegrecht steht den Parteien über den "gemeinsamen Hofraum" zu, wobei der Hofraum gemeint ist, der zwischen den Häusern Vers. Nr. 1 und 2 liegt (vgl. act. 38/135 S. 17). Den Eigentümern beider Liegenschaften muss es möglich sein, ihren Hofteil je frei zu nutzen, solange die Erschliessung des jeweils herrschenden Grundstückes möglich ist. In diesem Sinne haben die Eigentümer des jeweils dienenden Grundstückes lediglich sicherzustellen, dass dem Nachbarn die servitutsgemässe Nutzung möglich ist. Die Fläche, über die die ungemessene Dienstbarkeit ausgeübt werden kann, darf mithin verschoben werden, allerdings unter der Voraussetzung, dass die servitutsgemässe Nutzung eben möglich bleibt. So muss es z. B. dem Eigentümer des dienenden Grundstückes unter dieser Voraussetzung erlaubt sein, an wechselnden Orten Fahrzeuge oder andere Geräte aufzustellen, solange der Eigentümer des herrschenden Grundstückes seine servitutarischen Rechte wahrnehmen kann. Der Güterumschlag als solcher ist von der Servitut solange nicht betroffen, als die servitutarischen Rechte ausgeübt werden können. In gleicher Weise muss das Aufstellen von Fahrzeugen und Geräten auf der mit der Servitut belasteten Fläche bei Vorliegen einer ungemessenen Dienstbarkeit erlaubt sein, soweit die Ausübung des Wegrechts nicht in Frage gestellt ist (act. 38/135 S. 17 f.). Dem Bereich des ehemaligen Blumengartens kommt keine Hofraumfunktion zu, da die Liegenschaften zur Zeit der Errichtung der Servitut über diesen Bereich mit Fahrzeugen oder zu Fuss nicht zugänglich gemacht werden konnten. Den Eltern der Parteien (Begründer der Servitut) musste jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses klar gewesen sein, dass der Bereich des sogenannten Blumengartens gerade nicht der Erschliessung der Liegenschaften dienen konnte. Angesichts der Teilung der Liegenschaft des Vaters der Parteien musste, um bezüglich der Erschliessung der beiden Liegenschaften den Status quo erhalten zu können, die Dienstbarkeit vereinbart werden, weil ohne Dienstbarkeit die heutige Liegenschaft des Beschwerdegegners gerade wegen des Blumengartens vom Zugang zur Strasse abgeschnitten gewesen wäre. Bei diesen Gegebenheiten hätte es an und für sich keinen konkreten Anlass im Interesse des Eigentümers der heutigen Kat. Nr. 3 (Eigentum des Beschwerdeführers) gegeben, die fragliche Servitut zu

- 17 - begründen. Der Wortlaut der Dienstbarkeit ist wohl paritätischer als ihr Inhalt (act. 38/135 S. 20 f.).

### **E. 2.5**

Aus den Fotografien und dem Plan im Verfahren LB050090 sowie der Fotografie im vorinstanzlichen Verfahren lässt sich feststellen, dass der Beschwerdeführer die Leitplanken bzw. Betonelemente entlang der gemeinsamen Grenze auf dem Hofraum im Bereich zur Zufahrt auf die Strasse (bzw. beim ehemaligen Blumengarten) aufstellte bzw. befestigte (vgl. act. 13/2 sowie act. 38/59A/1, 38/59A/2, 38/59A/3/3, 38/59A/3/6, 38/59A/3/7, 38/59A/3/25, 38/59A/3/26, 38/59A/3/32). Dies brachte auch der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren vor (vgl. vorinstanzliches Protokoll S. 7 sowie Verweis in act. 25 S. 5): "Zur Frage der Rechtmässigkeit der Leitplanke möchte ich die Baupolizeiliche Verweigerung der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ vom 12. April 1999 einreichen. [...] Daraus geht hervor, dass die Parkplätze, die der Beklagte vor seiner Liegenschaft hat erstellen lassen, gegen geltendes Recht und öffentliches Interesse verstossen. Bevor der Beklagte diese Parkplätze gebaut hat, befand sich dort ein Blumengarten, der gegen meinen Hofteil mit einer Stützmauer eingefasst war. Die provisorische Baubewilligung der

Gemeinde, die dem Beklagten zuvor erteilt worden war, macht deutlich, dass diese Stützmauer hätte bestehen bleiben müssen. Ich habe deshalb – quasi als Ersatz für die Stützmauer – die Leiplanke installiert. Ich werde dadurch nicht behindert. Aber wenn der Beklagte Autos vor seiner Liegenschaft parkiert, muss er über meinen Teil des Platzes fahren, um auf die D.\_\_\_\_-Strasse ... zu gelangen. Dies stellt eine Behinderung für mich dar." Zu den Ausführungen des Beschwerdeführers ist Folgendes zu sagen: Aus dem Beschluss und Urteil vom 27. Oktober 2006 ergibt sich, dass gerade der Bereich des (ehemaligen) Blumengartens nicht Gegenstand der Dienstbarkeit ist (vgl. vorstehende Ziff. 2.4.). Der Bereich des (ehemaligen) Blumengartens ergibt sich zwar bereits aus dem Beschluss und Urteil vom 27. Oktober 2006 (beim Bereich des sogenannten Blumengartens handelt es sich um den westlich neben der Ga-

- 18 - rageneinfahrt bis zur D.\_\_\_\_-Strasse ... (oder auch nur Teile davon) verlaufenden Hofteil des Beschwerdegegners, vgl. act. 38/135 S. 22) und den Fotografien des damals durchgeführten Augenscheins (act. 38/59A), wird aber auf der neu eingereichten Fotografie des Beschwerdegegners im Beschwerdeverfahren auch bildlich nochmals verdeutlicht (vgl. act. 36). Es kann den Beschwerdeführer nicht behindern, wenn der Beschwerdegegner in diesem Bereich, welcher gar nicht zur Servitut gehört, Fahrzeuge abstellt. Eine nicht schonende Ausübung der Dienstbarkeit durch den Beschwerdegegner – wie vom Beschwerdeführer behauptet – ist somit nicht auszumachen. Der Beschwerdeführer könnte einzig durch abgestellte Fahrzeuge des Beschwerdegegners auf der mit der Servitut belasteten Fläche der Kat. Nr. 1 in der Ausübung seiner Dienstbarkeit behindert werden (zum Inhalt der Dienstbarkeit vgl. act. 38/135 S. 25 ff. insbesondere S. 27). Dass dem so ist, hat der Beschwerdeführer aber nicht behauptet. Dass der Beschwerdegegner über den Hofplatz des Beschwerdeführers fahren muss, um auf die Hauptstrasse zu gelangen, liegt ausserdem nicht daran, dass er seine Fahrzeuge im Bereich des Blumengartens abstellt, sondern daran, dass er gar keine eigene Zufahrt zur Hauptstrasse hat. Aus diesem Grund wurde die Dienstbarkeit schliesslich errichtet (vgl. vorstehende Ziff. 2.4.). Wenn der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde ausführt, dass er seine Grundstücksfläche für Zu- und Wegfahrten von der Fläche des ehemaligen Blumengartens aus nicht zur Verfügung stellen müsse, weil die Fläche des ehemaligen Blumengartens nicht zur Dienstbarkeitsfläche gehöre (act. 25 S. 7), so räumt er einerseits sinngemäss ein, dass das Parkieren auf dieser Fläche dem Dienstbarkeitsrecht nicht widerspreche, versäumt aber andererseits darzutun, ob und inwiefern dies zu einer Mehrbelastung seines Grundstücks führt. Wie bereits im Beschluss und Urteil vom 27. Oktober 2006 festgehalten wurde, wären die Parkplätze im Bereich des (ehemaligen) Blumengartens nur dann von Belang, wenn sie zu einem Mehrverkehr auf dem Grundstück des Beschwerdeführers führten. Aus Sicht des Beschwerdeführers könne es nämlich nicht darauf ankommen, wohin die Fahrzeuge führen, wenn die auf seinem Land lastende Servitut in Anspruch genommen wer-

- 19 - de, sondern wie viele Fahrzeuge dies täten. Die beiden Abstellplätze im Bereich des (ehemaligen) Blumengartens seien von der Servitut gedeckt, auch wenn sie erst nach Errichtung der Servitut erstellt worden seien. Auf diese Weise werde es dem Beschwerdegegner in erster Linie ermöglicht, seine Garagen nicht mehr als Autoabstellplätze, sondern als Gewerberäume zu nutzen. Eine gewerbliche Nutzung müsse sich der Beschwerdeführer gefallen lassen (vgl. act. 38/135 S. 22 ff. insbes. Ziff. 7.3.). Was die baupolizeiliche Verweigerung vom 12. April 1999 (act. 7/2) anbelangt, so kann aus ihr hinsichtlich des Inhalts der Dienstbarkeit nichts hergeleitet werden. Der Inhalt

der Dienstbarkeit bzw. die mit der Servitut belastete Fläche von Kat. Nr.1 (ehemals Kat. Nr. ...) ergibt sich einzig aus dem Entscheid der II. Zivilkammer vom 27. Oktober 2006. Die baupolizeiliche Verweigerung konnte sich somit nur auf eine Verweigerung von Abstellplätzen auf der mit der Servitut belasteten Fläche beschränken. Dass die Ausfahrt aus dem Hofraum auf die Kantonsstrasse nicht den Anforderungen der Verkehrssicherheitsverordnung entsprach, wurde zwar zusätzlich festgehalten. Doch galt bzw. gilt dies grundsätzlich. Es wurden Verbesserungen vorgeschlagen (Anbringen eines Spiegels oder bauliche Massnahmen), wodurch die erforderlichen Sichtweiten jedoch auch nur teilweise hätten eingehalten werden können. Es wurde daher empfohlen, die Zufahrt zu einer Überbauung besser über die E.\_\_\_\_-Strasse zu suchen (act. 7/2 S. 3). Eine Zufahrt zur E.\_\_\_\_-Strasse bestand bzw. besteht jedoch (noch) nicht. Aus alledem kann jedenfalls nicht gefolgert werden, der Beschwerdegegner sei nicht berechtigt, vom Bereich des (ehemaligen) Blumengartens aus auf das Grundstück des Beschwerdeführers und von da aus in die D.\_\_\_\_-Strasse ... zu fahren – wie dies der Beschwerdeführer behauptet (vgl. act. 25 S. 8). Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Anbringen der Leitplanken bzw. deren Verankerung durch den Beschwerdeführer (Vorgang 1 und 2) als schikanöse Handlung gewertet werden muss; wie erwähnt verfügt die Liegenschaft des Beschwerdegegners über keinen eigenen Zugang zur Strasse hin. Der Beschwerdegegner ist darauf angewiesen, dass er im Bereich, wo die Hindernisse aufgestellt wurden, manövrieren kann, um vorwärts auf die Strasse zu gelangen. Selbst

- 20 - wenn ein Umfahren der Hindernisse noch möglich wäre, würde er durch die Leitplanken in der Ausübung seiner Dienstbarkeit massiv behindert bzw. eingeschränkt. Wenn der Beschwerdeführer nun vorbringt, dem Beschwerdegegner komme kein Manövrierecht, sondern bloss ein Passierrecht auf dem Grundstück des Beschwerdeführers zu (act. 25 S. 9), ist er erneut auf Folgendes hinzuweisen: Die beiden Abstellplätze im Bereich des (ehemaligen) Blumengartens sind von der Servitut gedeckt – wie die II. Zivilkammer festgestellt hat (vgl. Ziff.2.5. vorstehend) –, und damit erweist sich bereits die Absperrung der direkten Zufahrt zu diesen Abstellplätzen als eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Dienstbarkeit bzw. eine verbotene Eigenmacht des Beschwerdeführers. Dass dieser das Recht haben soll, seine Liegenschaft als Eigentümer grundsätzlich einzufrieden (act. 25 S. 10), trifft nicht zu; eine Einfriedung darf Dienstbarkeitsrechte nicht verletzen. 3.

### **E. 3**

Die Vorinstanz ging bei der Beurteilung des Streites davon aus, dass der Beschwerdeführer einen Schaden von insgesamt Fr. 1'723.75 rechtsgenügend haben nachweisen können. Unter anderem bejahte die Vorinstanz die Widerrechtlichkeit der beiden Vorgänge 1 und 2, weil es am Rechtsfertigungsgrund der Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR gefehlt habe (act. 18 S. 13 f.). Der Schaden von Fr. 1'723.75 umfasste folgende der geltend gemachten Arbeitsstunden (=Fr. 1'560.--) und Materialkosten (=Fr. 163.75): - 2 Arbeitsstunden am 5.3.2008 für Hin- und Rückfahrt mit Servicefahrzeug à Fr. 120.--, gesamt Fr. 240.--; - 6.5 Arbeitsstunden am 17.3.2008 für Materialbeschaffung und Anreise mit Montagefahrzeug à Fr. 120.--, gesamt Fr. 780.--; - 4.5 Arbeitsstunden am 19.3.2008 für Anreise mit Montagefahrzeug und Arbeitsaufwand à Fr. 120.--, gesamt Fr. 540.--; - Betonmörtel für Fr. 30.55 (Rg v. 14.3.2008); - Fundamentbetonrohre für gesamt Fr. 74.35 (Rg v. 17.3.2008); - Sika Schnellbinder für Fr. 58.85 (Rg v. 19.3.2008). Bei den Arbeitsstunden hielt die Vorinstanz die Führung eines Beweises für unnötig, weil die allgemeine unsubstantiierte Bestreitung der Forderung durch den Beschwerdegegner nicht

ausreiche (act. 18 S. 6). Bei den Materialkosten hielt die Vorinstanz den Beweis mit den eingereichten Rechnungskopien (act. 11/3-5) als erbracht (act. 18 S. 13). Sie verpflichtete den Beschwerdegegner demzufolge mit Urteil vom 19. Januar 2012 zur Zahlung von Fr. 1'723.75 nebst Zins zu 5% seit

### **E. 3.1**

Es stellt sich nun die Frage, ob der Beschwerdegegner in zulässiger Selbsthilfe nach Art. 926 ZGB handelte, indem er die Leitplanken am 5. März 2008 ein-sammelte und verkaufte (Vorgang 1) bzw. indem er die neu aufgestellten Leit-planken am 13. März 2008 aus dem noch nicht festen Betonfundament herausriss (Vorgang 2).

### **E. 3.2**

Nach dem Wortlaut von Art. 926 Abs. 2 ZGB ist Voraussetzung des Rechtes zur Besitzkehrung nicht nur die verbotene Eigenmacht, sondern darüber hinaus, dass die Entziehung der Sache gewaltsam oder heimlich erfolgte (BK ZGB-Stark, 3. Aufl. 2001, Art. 926 N. 12). Die Wiederherstellung des Besitzes hat gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB "sofort" zu erfolgen. Das Selbsthilferecht ist dem Besitzer nicht nur im Sinne der Abwehr eines gegenwärtigen Angriffes gegeben, sondern geht darüber hinaus: Er darf sich im Rahmen von Art. 926 Abs. 2 ZGB den bereits verlorenen Besitz wieder mit Gewalt verschaffen (BK ZGB-Stark, 3. Aufl. 2001, Art. 926 N. 11). In Bezug auf die Wiedererlangung des Besitzes bei Grundstücken spricht das Gesetz nur von der Vertreibung des Besitzers. Erlaubt ist aber nicht nur eine gegen den Körper des anwesenden Besitzers wirkende Gewalt, sondern jede Handlung, welche zur Wiedererlangung nach den Umständen erforderlich ist, z.B. auch das Aufbrechen von Schlössern oder die Beseitigung eines Zaunes. Die

- 21 - gewaltsame Wiedererlangung ist nur zulässig, wenn sie ohne Verzug nach der Entziehung, bzw. nachdem sie dem Besitzer bekannt wurde oder bekannt werden konnte, vorgenommen wird. Bei ausgeübten Grunddienstbarkeiten und Grundlas-ten, an denen ein Besitz des Berechtigten nach Art. 919 Abs. 2 ZGB besteht, ist zur Wiedererlangung gewaltsam oder heimlich entzogenen Besitzes die sofortige, gewaltsame Wiederherstellung der Anlage, welche dem besessenen Rechte dien-te, bzw. die Beseitigung eines Hindernisses (z.B. Graben quer zu einem Weg) zu-lässig (BK ZGB-Stark, 3. Aufl. 2001, Art. 926 N. 16).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz ging bei den Vorgängen 1 und 2 von einer gewaltsamen Ei-genmacht des Beschwerdeführers aus. Der Beschwerdeführer habe sein Vorge-hen vorgängig nicht mit dem Beschwerdegegner abgesprochen. Dieser habe so-mit keine Kenntnis von den Plänen des Beschwerdeführers gehabt. Beim Vor-gang 1 sei die gewaltsame Entziehung bereits darin zu erblicken gewesen, dass es dem Beschwerdegegner durch die Lagerung des Materials an der Grund-stücksgrenze verunmöglicht oder zumindest ganz erheblich erschwert worden sei, sein Fuss- und Fahrwegrecht auf dem gemeinsamen Hofraum ungehindert aus-züben. Dass dies im Zusammenhang mit dem Vorgang 2, bei welchem das Ma-terial nunmehr noch fest mit dem Untergrund verbunden worden sei, umso mehr Geltung beanspruche, sei offensichtlich und bedürfe keiner weiteren Ausführun-gen (act. 28 S. 7 f.). Beim Vorgang 1 ging die Vorinstanz darüber hinaus von einer Beseitigung der Leitplanken noch am selben Tag aus, mithin also von einer um-gehenden Reaktion nach Kenntnisnahme. Beim Vorgang 2 stützte sich die Vor-instanz auf den

Rückweisungsbeschluss des Obergerichts, gemäss welchem der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeantwort eine Wartezeit des Beschwerdegegners von sieben Stunden erwähnt habe. Die Vorinstanz qualifizierte auch die zweite Reaktion als umgehend (act. 28 S. 9).

### **E. 3.4**

Der Beschwerdeführer bringt vor, hinsichtlich des Vorgangs 1 habe die Vorinstanz die Tatsachen offensichtlich falsch festgestellt. Er selber habe die Leitplanken im Verlaufe des 4. März 2008 deponiert, der Beschwerdegegner habe diese jedoch gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland erst am 5. März 2008 um 08.00 Uhr entfernt und damit also nicht umgehend. Der Be-

- 22 - schwerdegegner habe auch nicht behauptet, er habe sofort zur Selbsthilfe gegriffen. Es sei zu schliessen, dass der Beschwerdegegner am 4. März 2008 bemerkt habe, dass der Beschwerdeführer das erwähnte Material deponiert habe. Offenbar sei die Störung nicht derart gewesen, dass er sofort reagieren müsse. Die Vorinstanz verletze daher Art. 8 ZGB, wenn sie diesbezüglich Tatsachen in der Entscheidung aufnehme, die der Beschwerdegegner nie vorgebracht habe (act. 25 S. 11 f.). Auch hinsichtlich des Vorganges 2 liege eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor: Die Reaktionszeit habe nicht sieben, sondern acht Stunden betragen (act. 25 S. 12).

### **E. 3.5**

Ob der Rechtfertigungsgrund der Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB (Besitzkehrung) vorliegt, ist – wie bereits erwähnt – eine Rechtsfrage. Die zeitlichen Umstände – soweit sie sich aus dem Sachverhalt ergeben – zu würdigen, verletzt Art. 8 ZGB nicht.

### **E. 3.6**

Aus dem Sachverhalt im Strafbefehl, den der Beschwerdegegner anerkannte (vgl. vorinstanzliches Protokoll S. 6 und act. 7/1), sowie den Schilderungen des Beschwerdeführers, die vom Beschwerdegegner nicht bestritten wurden (vgl. vorinstanzliches Protokoll S. 3 und act. 35) ergibt sich der eingangs in dieser Entscheidung wiedergegebene Sachverhalt: Am 4. März 2008 führte der Beschwerdeführer diverses Material, darunter Wellenleitplanken samt Metallstützen, nach C.\_\_\_\_\_ und lud dieses auf seiner Parzelle ab. Er beabsichtigte, am darauffolgenden Tag die Leitplanke auf seinem Grundstück entlang der Grenze zum Grundstück des Beschwerdegegners einzubetonieren. Dazu kam es indessen nicht, weil der Beschwerdegegner das deponierte Material am 5. März 2008 einsammelte und entsorgte (Vorgang 1). In der Folge erwarb der Beschwerdeführer neues Material und montierte am 13. März 2008 (ca. 10.00 Uhr) wie beabsichtigt die Leitplanke. Am selben Tag (ca. 18.00 Uhr) demontierte der Beschwerdegegner die Leitplanke aus dem noch nicht festen Betonfundament (Vorgang 2). Am folgenden Tag stellte der Beschwerdeführer die Leitplanke wieder auf. Es trifft somit nicht zu, dass beim Vorgang 1 die Beseitigung des Materials durch den Beschwerdegegner noch am selben Tag erfolgte, an dem es der Beschwer-

- 23 - deführer deponiert hatte, so wie es die Vorinstanz festhielt (vgl. act. 28 S. 9). Die Zeiten der Handlungen der Parteien sind im Strafbefehl beim Vorgang 2 nur ungefähr angegeben (ca. 10.00 Uhr und ca. 18.00 Uhr). Die Reaktionszeit betrug also ca. acht Stunden. Ob die Reaktionszeit bei Vorgang 2 nun sieben oder acht Stunden betrug, ist aber nicht wesentlich. Darauf ist später zurückzukommen.

### **E. 3.7**

Der Beschwerdeführer bringt vor, der Beschwerdegegner habe die zulässige Intensität der Selbsthilfe nach Art. 926 Abs. 3 ZGB überschritten. Beim Vorgang 1 hätte es ausgereicht, das Material zu verschieben (act. 25 S. 12).

### **E. 3.8**

Die Selbsthilfe muss nach den Umständen gerechtfertigt sein. Es gilt das Gebot der Verhältnismässigkeit: Der sich selbst wehrende Besitzer hat sich jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten (Art. 926 Abs.3 ZGB; siehe auch die lex generalis Art. 52 Abs. 3 OR). Die Handlung des Besitzers muss demnach tauglich und erforderlich sein, um den angestrebten Erfolg – die Abwehr der Besitzesstörung – herbeizuführen. Hingegen setzt Art. 926 ZGB nicht voraus, dass das geschützte Rechtsgut über demjenigen steht, das bei der Abwehr verletzt wird. Doch hat der Besitzer von mehreren Abwehrmöglichkeiten, die je für sich alleine betrachtet erforderlich scheinen, das mildeste Mittel zu wählen, also dasjenige, das die Rechtsgüter des Angreifers am wenigsten verletzt. Wenn das Gericht diese Frage nachträglich beurteilt, soll es von denjenigen Verhältnissen ausgehen, die der Selbsthilfeakteur im Zeitpunkt seines Handelns erkannte bzw. erkennen konnte (ex ante; vgl. Urteil 6S.5/2004 E. 2). Nach Art. 926 Abs. 3 ZGB nicht gedeckt sind "Gewaltexzesse" des Berechtigten (ggf. wird er deswegen schadenersatzpflichtig). Vielmehr ist das Selbsthilferecht auf die Ausübung der "nach den Umständen [...] gerechtfertigten Gewalt" beschränkt. Die Gewaltausübung muss also verhältnismässig sein. Massgebend ist das gerichtliche Ermessen im Sinne von Art. 4 ZGB. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Beeinträchtigung schuldhaft erfolgte, ferner auf das Verhältnis zwischen dem Interesse des Berechtigten und dem durch Ausübung des Selbsthilferechts dem Täter erwachsenden Schaden (Ruth Arnet / Paul Eitel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 926 N. 6).

- 24 -

### **E. 3.9**

Beim Vorgang 1 lässt sich aus den vorinstanzlichen Akten nicht entnehmen, wann der Beschwerdegegner die Deponierung der Leitplanken bemerkte. Aus der Beschwerdeantwort lässt sich jedoch schliessen, dass der Beschwerdegegner das deponierte Material bereits am 4. März 2008 bemerkt hatte ("Nachdem das vom Kläger im Laufe des 4. März 2008 deponierte Material am nächsten Morgen immer noch auf dem Platz lag, griff der Beklagte umgehend und damit rechtzeitig [...] zur Selbsthilfe; durch das klägerische Verhalten überrumpelt, sah der Beklagte dabei keine andere Lösung, als das Material zu entsorgen" act. 35 S. 8). Ob die Entfernung des Materials damit noch rechtzeitig erfolgte, kann hier offengelassen werden, denn sie erweist sich letztlich als unverhältnismässig (Art. 926 Abs. 3 ZGB). Beim Vorgang 1 hätte ein schlichtes Beiseiteschaffen der Leitplanken ausgereicht, um die Zufahrt zum Abstellplatz wieder zugänglich zu machen. Zudem hätte der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer zumindest vorgängig auffordern können, die Leitplanken zu entfernen. Die umgehende Entsorgung der Leitplanken erwies sich damit als unverhältnismässig. Dies gab der Beschwerdegegner anlässlich der vorinstanzlichen Befragung sogar sinngemäss zu: "Ich hätte die Ware nicht unbedingt einem Metallhändler verkaufen müssen, aber ich war sehr wütend. Ich sehe ein, dass das gewissermassen eine Überreaktion war" (vorinstanzliches Protokoll S. 5). Indem die Vorinstanz annahm, eine Aufforderung des Beschwerdegegners an die Adresse des Beschwerdeführers zur Unterlassung der von Letzterem geschaffenen Beeinträchtigung

wäre mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wirkungslos geblieben (act. 28 S. 10), mutmasste sie in unzulässiger Weise über den Sachverhalt. Der Beschwerdegegner hatte nichts dergleichen vorgebracht. Er hatte indessen auch nicht vorgebracht, dass ihm das Ansinnen des Beschwerdeführers klar gewesen sei. Die Entsorgung der Leitplanken ist auch vom Selbsthilferecht (Art. 52 Abs. 3 OR) nicht gedeckt, denn auch hier gilt das Gebot der Verhältnismässigkeit. Der sich selbst wehrende Besitzer hat sich jeder nach den Umständen nicht gerechtfertigten Gewalt zu enthalten. Der Beschwerdegegner wird hinsichtlich der Entsorgung der Materialien beim Vorgang 1 somit schadenersatzpflichtig.

- 25 -

### **E. 3.10**

Beim Vorgang 2 ergibt sich aus dem Strafbefehl, dass der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer am 13. März 2008, ca. 10.00 Uhr, dabei überraschte, wie dieser definitiv neue Leitplanken montierte. Der Beschwerdegegner drohte dem Beschwerdeführer. Um ca. 18.00 Uhr gleichentags riss der Beschwerdegegner die frisch einbetonierten Wellenleitplanken aus den noch nicht harten Betonfundamenten heraus und deponierte die Metallteile auf dem Grundstück des Beschwerdeführers (act. 7/1 S. 3). Der Vorgang 2 (Einbetonierung der Leitplanken) erweist sich als gewaltsame und schikanöse Besitzergreifung, da der Beschwerdeführer damit dem Beschwerdegegner die Ausübung der Dienstbarkeit offensichtlich erschweren oder verunmöglichen wollte. Der Beschwerdegegner wehrte sich gemäss Strafbefehl (act. 7/1) zunächst mündlich gegen diese Massnahme – wenn auch in unzulässiger Weise mittels Drohung. Diese nützte jedoch nichts. Dies geschah um ca. 10.00 Uhr. Wie lange es dauerte, bis der Beschwerdeführer seine Montage beendet hatte, ist nicht bekannt. Der Beschwerdeführer liess sich von seinem Vorhaben nicht abhalten, weshalb der Beschwerdegegner die Leitplanken nach ca. acht Stunden eigenhändig herausriss. Obwohl das Herausreissen (spätestens) ca. 8 Stunden nach dem Intervenieren erfolgte, kann dies noch als rechtzeitig gewertet werden. Es ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (vgl. act. 28 S. 9). Das Herausreissen der Leitplanken aus dem noch nicht harten Beton erwies sich zudem als verhältnismässig, da der Beschwerdegegner damit den rechtmässigen Zustand wiederherstellte und dem Beschwerdeführer nicht mehr Schaden zufügte als nötig – das Material deponierte der Beschwerdegegner dieses Mal auf dem Grundstück des Beschwerdeführers. Aus dem Vorgang 2 wird der Beschwerdegegner somit nicht schadenersatzpflichtig. 4.

- 26 -

### **E. 4**

Gegen dieses Urteil erhob der Beschwerdegegner Beschwerde bei der II. Zivilkammer und verlangte dessen Aufhebung, allenfalls eine Rückweisung (act. 27/23).

- 4 -

### **E. 4.1**

Der in diesem Verfahren noch in Frage stehende Schaden von Fr. 1'723.75 umfasst folgende Positionen (vgl. Ziff. I./3.): - 2 Arbeitsstunden am 5.3.2008 für Hin- und Rückfahrt mit Servicefahrzeug à Fr. 120.--, gesamt Fr. 240.--; - 6.5 Arbeitsstunden am 17.3.2008 für Materialbeschaffung und Anreise mit Montagefahrzeug à Fr. 120.--, gesamt Fr. 780.--; - 4.5 Arbeitsstunden am 19.3.2008 für Anreise mit Montagefahrzeug und

Arbeitsaufwand à Fr. 120.--, gesamt Fr. 540.--; - Betonmörtel für Fr. 30.55 (Rg v. 14.3.2008); - Fundamentbetonrohre für gesamt Fr. 74.35 (Rg v. 17.3.2008); - Sika Schnellbinder für Fr. 58.85 (Rg v. 19.3.2008).

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdegegner wäre einzig hinsichtlich des entsorgten Materials in Vorgang 1 schadenersatzpflichtig, denn nur die Entsorgung der Leitplanken erwies sich als unverhältnismässig. Der erste Schadensposten in Ziff. 4.1. bezieht sich aber nicht auf Materialkosten, sondern auf den Ersatz von Arbeitsaufwand für den Vorgang 1. Der Arbeitsaufwand entstand dem Beschwerdeführer angeblich, weil er am 5. März 2008 vergebens mit einem Servicefahrzeug nach C.\_\_\_\_\_ gefahren sei, um die Leitplanken zu montieren. Die Hin- und Rückfahrt habe zwei Stunden gedauert. Ausserdem habe er seine Arbeitskraft an diesem Tag zur Montage der Leitplanke disponiert (vorinstanzliches Protokoll S. 4). Die Zeit, die der Beschwerdeführer für die (nicht mehr mögliche) Montage aufgewendet hat, hat der Beschwerdegegner nicht zu ersetzen, weil die Montage selbst verbotene Eigenmacht des Beschwerdeführers darstellte.

#### **E. 4.3**

Mit Ausnahme des ersten Schadenspostens beziehen sich sämtliche übrigen Schadensposten weder auf den Vorgang 1 noch auf den Vorgang 2. Sie betreffen die erneute Verankerung der Leitplanken nach deren Herausreissen durch den Beschwerdegegner am 13. März 2008. Da die erneute Montage der Leitplanken nach dem 13. März 2008 wiederum eine erneute verbotene Eigenmacht des Beschwerdeführers darstellt, sind Zeitverlust und verwendete Materialien vom Beschwerdegegner nicht zu ersetzen, selbst wenn sich das Herausreissen der Leitplanken durch den Beschwerdegegner (Vorgang 2) nicht als zulässige Besitzkehrung erweisen würde.

- 27 - 5. Damit ist die Beschwerde des Beschwerdeführers abzuweisen. IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

#### **E. 5**

Die II. Zivilkammer erwog im Beschwerdeverfahren PE120004 im Wesentlichen Folgendes: Die Bestreitungen des Beschwerdegegners seien betreffend alle Aufwandpositionen als genügend substantiiert zu betrachten. Davon ausgehend seien die von der Vorinstanz als unbestritten angenommenen Punkte als strittig zu qualifizieren, weshalb darüber ein Beweisverfahren hätte durchgeführt werden müssen (act. 22 S. 10). Die Vorinstanz habe ausserdem den Sachverhalt nicht vor dem Hintergrund von Art. 926 Abs. 2 ZGB überprüft. Sie habe sich ausschliesslich mit der (subsidiären) Selbsthilfe gemäss Art. 52 Abs. 3 OR auseinandergesetzt und diese bereits wegen Nichtvorliegens des Erfordernisses der amtlichen Hilfe verneint. Gerade diese Voraussetzung habe beim Besitzschutz indes nicht vorzuliegen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, eine allfällige Rechtfertigung nach Art. 926 Abs. 2 ZGB zu prüfen. Demnach habe sie die Frage der Widerrechtlichkeit nicht vollständig und mithin einen wesentlichen Teil der Klage nicht überprüft (act. 22 S. 17 f.). Mit Beschluss vom 9. August 2012 hob die II. Zivilkammer das vorinstanzliche Urteil vom 19. Januar 2012 auf und wies die Sache zur Wahrung der Rechtsweggarantie an die Vorinstanz zurück. Die Entscheidegebühr für das Beschwerdeverfahren setzte sie auf Fr. 400.– fest, die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 300.– (zuzüglich 8% MwSt). Die Kostenverteilung für das Beschwerdeverfahren behielt sie dem Endentscheid vor (act. 22 S. 19).

## **E. 6**

An dieser Stelle ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Aufhebung oder Rückweisung eines Entscheids erfolgt gemäss Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO stets im Umfang der Gutheissung der Beschwerde. Gegenstand der Beschwerde vor der II. Zivilkammer im Verfahren PE120004 war einzig ein Schadenersatzanspruch des Beschwerdeführers im Umfang von Fr. 1'723.75 nebst Zins zu 5% seit 4. Mai 2010. Die Abweisung des Schadenersatzanspruchs im Mehrbetrag hatte der Beschwerdegegner nicht angefochten (der Beschwerdeführer übrigens auch nicht). Präzisierend ist deshalb darauf hinzuweisen, dass das vorinstanzliche Urteil vom 19. Januar 2012 nicht umfassend aufgehoben wurde, sondern bloss im Umfang des Gegenstands der Beschwerde. Der Prozessgegenstand nach der Rückweisung durch die II. Zivilkammer war somit ebenfalls auf einen Schadenersatzan-

- 5 - spruch des Beschwerdeführers im Umfang von Fr. 1'723.75 nebst Zins zu 5% seit 4. Mai 2010 beschränkt.

## **E. 7**

Nach der Rückweisung durch die II. Zivilkammer entschied die Vorinstanz ohne weitere Prozesshandlungen mit Urteil vom 17. Januar 2013 neu. Die Vorinstanz äusserte sich im Wesentlichen zur Frage der Widerrechtlichkeit der Vorgänge 1 und 2. Sie ging davon aus, es liege der Rechtsfertigungsgrund der Selbsthilfe gemäss Art. 926 Abs. 2 ZGB (Besitzkehrung) vor. Sowohl die (nicht mit dem Boden verbundene) Deponierung der Leitplanken (Vorgang 1) als auch die Verankerung der Leitplanken mit Beton im Boden (Vorgang 2) entlang der gemeinsamen Grenze mitten auf dem gemeinsamen Hofplatz habe von Seiten des Beschwerdeführers eine gewaltsame Besitzergreifung dargestellt, weil dadurch die Zu- und Wegfahrt teilweise versperrt und das Manövrieren eines Fahrzeuges durch den dazu mit einer Dienstbarkeit berechtigten Beschwerdegegner auf dem Hofplatz mindestens erschwert worden sei. Der Beschwerdegegner habe in beiden Fällen umgehend reagiert (bei Vorgang 1 noch am selben Tag, bei Vorgang 2 nach sieben Stunden) und damit eine sofortige, gewaltsame Wiederherstellung der Anlage, welche der Wiedererlangung seines besessenen Rechts gedient habe, vorgenommen. Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit der Selbsthilfe ging die Vorinstanz von einer nicht übermässigen Anwendung von Gewalt aus. Es sei durchwegs nachvollziehbar, dass der Beschwerdegegner die deponierten bzw. montierten Leitplanken mangels anderweitiger Alternativen sogleich entsorgt bzw. herausgerissen habe, um den gesamten Hofraum freizuhalten (act. 28 S. 7 ff.). Die Vorinstanz wies die Klage ab, setzte die Gerichtskosten auf Fr. 900.– fest und auferlegte diese sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 400.– dem Beschwerdeführer. Ausserdem verpflichtete sie den Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen. Dieses Urteil wurde dem Beschwerdeführer am 2. April 2013 zugestellt (act. 23).

## **E. 8**

Mit Eingabe vom 7. Mai 2013 (Poststempel) erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil vom 17. Januar 2013 und beantragte Folgendes (act. 25 S. 2):

- 6 - "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 17. Januar 2013 (Geschäfts-Nr. FO100047) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehr-

wertsteuer) zu Lasten des Beschwerdegegners und Beklagten für das erstinstanzliche sowie das Rechtsmittelverfahren."

#### **E. 9**

Die vorinstanzlichen Akten (FO100047) sowie die Akten des Beschwerdeverfahrens bei der II. Zivilkammer (PE120004) wurden beigezogen (act. 1-23 und act. 27/22-37). Mit Verfügung vom 14. Mai 2013 wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 29). Dieser Vorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (act. 31).

#### **E. 10**

Mit Verfügung vom 5. Juni 2013 wurde dem Beschwerdegegner Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 33). Mit Eingabe vom 8. Juli 2013 (Poststempel) erstattete der Beschwerdegegner rechtzeitig die Beschwerdeantwort (vgl. act. 34) und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt.) zu Lasten des Beschwerdeführers und Klägers (act. 35 S. 2).

#### **E. 11**

Mit Verfügung vom 9. August 2013 (act. 37) wurden die Akten des obergerichtlichen Verfahrens LB050090 zwischen denselben Parteien beigezogen (act. 38/59-143).

#### **E. 12**

Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer am 13. September zugestellt (act. 41). II. (Anwendbares Recht) 1. Die Eröffnung des angefochtenen Entscheides erfolgte nach dem 1. Januar 2011 und somit nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich daher nach diesem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Kommt die schweizerische ZPO zur Anwendung, so sind auch die neuen kantonalen Ausführungsgesetze, wie das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 - 7 - (GOG) und die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) anzuwenden. 2. Da der Streitwert für die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nicht erreicht wird, richtet sich das vorliegende Verfahren nach den Bestimmungen über die Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO. Das Beschwerdeverfahren dient grundsätzlich der Rechtskontrolle und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzusetzen. Im Beschwerdeverfahren sind deshalb neue Tatsachenbehauptungen zu den Vorgängen, welche zum vorinstanzlichen Verfahren geführt haben sollen, gemäss Art. 326 ZPO nicht zu hören; neue rechtliche Erwägungen hingegen sind zulässig (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, 2. Aufl. 2013, Art. 326 N. 3). Dies, damit der Beschwerdeführer die Möglichkeit hat, sich gegen eine falsche Rechtsanwendung oder die offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz zur Wehr zu setzen. Entscheidend ist jedoch mit Blick auf das Novenverbot im Beschwerdeverfahren (Art. 326 ZPO), dass sich der Beschwerdegrund aus dem vorinstanzlichen Entscheid bzw. den vorinstanzlichen Akten ergeben muss. 3. Gemäss dem Grundsatz der Einheit der Instanz findet bei der Wiederaufnahme des Verfahrens nach einem Rückweisungsentscheid das bisherige Verfahrensrecht weiterhin Anwendung (vgl. OGerZH LB120082 vom 8. März 2013 E. 3 sowie BGer 4A\_471/2011 vom 17. Januar 2012 E. 3.3.). Dementsprechend ist der angefochtene Entscheid im Lichte der bisher geltenden Rechtsgrundlagen, insbesondere der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH), dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)

und der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GerGebV ZH) zu prüfen. III. (Rechtliches) 1.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.