

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. NK100014-O/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic.iur.
P. Diggelmann und Oberrichterin lic.iur. E. Lichti Aschwanden sowie
die Gerichtsschreiberin MLaw Schmoker.

Beschluss vom 12. Januar 2011

in Sachen

A._____,

Klägerin, Widerbeklagte und Rekurrentin,

gesetzlich vertreten durch den Vormund, X._____, dieser vertreten durch Rechts-
anwalt Dr. iur. Y._____,

gegen

B._____,

Beklagte, Widerklägerin und Rekursgegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z._____,

betreffend **Nachbarrecht**

Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des
Bezirktes Meilen vom 2. Juni 2010 (FO100013)

Erwägungen:

1.1 Am 19. Februar 2010 reichte C._____, die am 19. Juni 2010 verstorbene Rechtsvorgängerin und Mutter der heutigen Rekurrentin beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Meilen Klage ein. Sie beantragte, die Rekursgegnerin sei zu verpflichten, entlang der ca. 22 m langen gemeinsamen Grenze zwischen den Grundstücken Kat. Nr. ... (Rekursgegnerin) und Kat. Nr. ... (Rekurrentin), diverse genau bezeichnete Sträucher / Zierbäume und Gartenbäume unter der Schere zu halten. Überdies beantragte sie, die Rekursgegnerin sei zu verpflichten, die zwischen 12-22 m die Grenze überragenden Stellriemen so zurückzusetzen, dass weder Stellriemen noch Fundament die Grenzlinie überschreiten (act. 7/1 und act. 7/7). Anlässlich der Hauptverhandlung auf Lokal beantragte die Rekursgegnerin ihrerseits, die Rekurrentin sei widerklageweise zu verpflichten, die an die Mauer der Rekursgegnerin angeschraubte Pergola zu entfernen, resp. zurück zu versetzen (act. 7/17 S. 1).

1.2 Mit Verfügung vom 2. Juni 2010 trat der Einzelrichter auf die Hauptklage und Widerklage nicht ein (act. 2 = act. 7/20), mit der Begründung, dass der hier massgebliche - Wertverlust, welchen die beanstandeten Bäume und Sträucher für das Grundstück der Rekursgegnerin zur Folge hätten, auf über Fr. 20'000.- zu beziffern sei. Darüber hinaus würde die Rekurrentin begehren, dass die die Grenze überragenden Stellriemen auf einer Länge von 10 Metern zurück zu versetzen seien. Es sei notorisch, dass die Kosten für die notwendigen Spezialisten und Arbeiter und das Verbauen von Material schnell einen substantiellen Betrag ausmachen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der angerufene Einzelrichter sachlich nicht zuständig sei (act. 2 S. 7).

1.3 Mit Eingabe vom 16. Juni 2010 erhob die Rekurrentin Rekurs gegen die Verfügung des Einzelrichters vom 2. Juni 2010 (act. 1). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (act. 5). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2010 wurde festgestellt, dass die Alleinerbin der †C._____, A._____, ohne weiteres in den vorliegenden Prozess eingetreten war, und es fasste das Rubrum entspre-

chend neu (act. 21). In der Folge verzichtete die Rekursgegnerin auf eine Rekursantwort (act. 23).

2. Zur Begründung ihres Rekurses führt die Rekurrentin aus, anlässlich der Parteibefragung am 26. Mai 2010 hätten die Parteivertreter übereinstimmend erklärt, der Streitwert der vorliegenden Klage sei unbestimmt, jedoch Fr. 20'000.– nicht übersteigend (act. 1 S. 3). Die Vorinstanz gehe leichtfertig davon aus, dass der Lichtentzug bei der rückwärtigen Gartenpartie aufgrund der hohen Grundstückspreise in W._____ eine Beeinträchtigung darstelle, welche eine signifikante Wertverminderung zur Folge habe. Dies sei rein spekulativ, da weder See- noch Fernsicht beeinträchtigt würden. Der Richter habe zwar die Kompetenz, auch bei übereinstimmenden Streitwertangaben der Parteien den Streitwert von Amtes wegen zu überprüfen. Von einer solchen Überprüfung müsse jedoch verlangt werden, dass sie nachvollziehbar sei. Bei einem Lichtentzug für eine beschränkte Dauer und nur während der Sommerzeit, sei ein Wertverlust nicht greif- oder qualifizierbar (act. 1 S. 5).

Weiter führt die Rekurrentin aus, sie habe ein Zurückschneiden der Sträucher und ein Entfernen von weniger als fünf Jahre alten Sprösslingen von Eschen beantragt. Es sei kein Antrag auf Entfernen von Bäumen gestellt worden. Somit stehe der Lichtentzug der mächtigen Esche und mehrerer Tannenbäume nicht zur Diskussion. Überdies sei als unbegründet zurückzuweisen, dass dadurch massiv in die Privatsphäre der Rekursgegnerin eingegriffen würde (act. 1 S. 6).

Bezüglich des Antrags auf Rückversetzung der Stellriemen habe die Vorinstanz einzig ausgeführt, dass die damit entstehenden Kosten schnell einen "substanziellen" Beitrag ausmachen würden. Sie habe es jedoch unterlassen, zu beziffern, ob dieser Beitrag innerhalb des Streitwertes von Fr. 20'000.– Platz finde oder jenen überschreite (act. 1 S. 7).

Nachbarrechtliche Streitigkeiten seien Angelegenheiten, die typischerweise in die Kompetenz des Einzelrichters fallen würden, weil die Beurteilung der Sachlage meist einen Augenschein erfordere. Bei der Feststellung dieses Sachverhaltes könnten die beisitzenden Richter eines Kollegialgerichts kaum wesentliche

Beiträge leisten. Die Überweisung eines Gerichtsfalls vom Einzelrichter an das Kollegialgericht mache nach durchgeführter Hauptverhandlung und Augenschein keinen Sinn. In Situationen, wo ein Streitwert nicht griffig und nachvollziehbar zu ermitteln sei, solle bei der Überweisung besondere Zurückhaltung geübt werden (act. 1 S. 8).

3. Die Rekurrentin hat am 16. Juni 2010 gegen die angefochtene Verfügung Rekurs erhoben, entsprechend der ihr vom Einzelrichter erteilten Rechtsmittelbelehrung. Das war richtig, denn der angefochtene Entscheid ist kein Urteil (§ 155 GVG in Verbindung mit § 259 ZPO/ZH), und der Streitwert erreicht jedenfalls Fr. 8'000.– (§ 271 ZPO/ZH). Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Danach sind Endentscheide mit einem Streitwert von mindestens Fr. 10'000.– mittels Berufung anzufechten - ob der Entscheid in der Sache erging oder nicht, spielt keine Rolle mehr (Art. 308 ZPO). Allerdings bestimmt Art. 404 Abs. 1 ZPO, dass beim Inkrafttreten des neuen Rechts hängige Verfahren bis zum Abschluss in der jeweiligen Instanz weiterhin dem bisherigen Recht unterstehen. Das vorliegende Geschäft ist also als Rekurs weiter zu behandeln, nach den Bestimmungen des im Übrigen aufgehobenen GVG und der alten kantonalen ZPO. Unter anderem bedeutet das, dass von einer Rechtsmittelklägerin nicht wie nach Art. 98 ZPO ohne Weiteres ein Vorschuss für die Gerichtskosten einverlangt werden kann, sondern nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von § 73 ZPO/ZH, dass in einer Berufung im ordentlichen Verfahren nach wie vor vier Parteivorträge einzuholen sind (§§ 264 und 268 ZPO/ZH, gegenüber Art. 312 Abs. 1 ZPO), und dass das Obergericht im summarischen ebenso wie im einfachen und raschen Verfahren auch in der Sache mit Beschluss entscheidet (§ 259 Abs. 2 Satz 2 ZPO/ZH; nach § 135 Abs. 1 GOG wäre neu ein Urteil zu fällen).

Gleichviel ob das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz weiterhin den bisherigen Regeln folgt oder aber (wenn der angefochtene Entscheid erst nach dem 1. Januar 2011 eröffnet worden ist) den neuen, ist das Rechtsmittel darauf hin zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen richtig angewendet hat. Andernfalls würde das neue Recht nicht nur sofort und

uneingeschränkt, sondern darüber hinaus rückwirkend angewendet - und das wäre unzulässig. Wenn es die Vorinstanz beispielsweise ablehnte, der Aussage einer Partei Beweiskraft zuzuerkennen, bleibt das richtig (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH). Dass es nach neuem Recht anders ist, kann sich nur auswirken, wenn das Rechtsmittel diesem neuen Recht folgt, und wenn die Partei ausnahmsweise in zweiter Instanz die beweisbildende Befragung noch als Beweismittel einbringen kann (Art. 317 ZPO; ZK ZPO-Reetz/Hilber, N. 35 ff. zu Art. 317 ZPO). Für die heute streitige Frage des Streitwertes ist massgebend, ob der Einzelrichter § 22 ZPO/ZH richtig angewendet hat - die analoge neue Bestimmung Art. 91 ZPO steht nicht zur Diskussion.

Eine Besonderheit ergibt sich daraus, dass nicht nur die Bestimmungen zur Ermittlung des Streitwertes geändert haben, sondern auch die Zuständigkeiten: bisher war der Einzelrichter zuständig für vermögensrechtliche Angelegenheiten bis Fr. 20'000.- (§ 21 Abs. 1 GVG), neu geht die Kompetenz des Einzelgerichtes bis Fr. 30'000.- (§ 24 lit a GOG in Verbindung mit Art. 243 Abs. 1 ZPO). Sollte sich ergeben, dass der Streitwert wie der Einzelrichter im angefochtenen Entscheid annahm, zwar Fr. 20'000.-, nicht aber Fr. 30'000.- übersteigt, wäre der Rekurs zwar an sich nicht berechtigt - weil der Einzelrichter im Zeitpunkt seines Entscheides nicht zuständig war -, die Sache müsste wegen der ausgeweiteten Zuständigkeit aber gleichwohl dem Einzelgericht zur Behandlung zugewiesen werden. Ob und wie das bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen wäre, müsste geprüft werden.

4. Es handelt sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, die nicht auf Geldzahlung lautet, so dass der Streitwert geschätzt werden muss (Marginale zu § 22 ZPO/ZH: "Geschätzter Streitwert"). Grundsätzlich ist der Wert massgebend, welchen die Parteien dem Streitgegenstand übereinstimmend beilegen (§ 22 Abs. 1 ZPO/ZH). Man muss sich fragen, ob die Bezifferung durch die Parteien nicht rechtsmissbräuchlich tief sei. Das ist angesichts der gesetzlichen Vorgabe von § 22 Abs. 1 ZPO/ZH allerdings nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Die Bestimmung gibt den Parteien nicht zuletzt im Hinblick auf die Verfahrenskosten eine grosse Freiheit. Nach der schweizerischen Zivilprozessordnung wird die

übereinstimmende Bezifferung durch die Parteien vom Gericht eher hinterfragt werden können: das Gesetz sieht eine eigene Schätzung durch das Gericht neben der Einigung der Parteien ausdrücklich vor - wenn auch nur für den Fall, dass die Bezifferung durch die Parteien "offensichtlich unrichtig" ist (Art. 91 ZPO; Dike-Kommentar Diggelmann; N. 124 zu Art. 912 ZPO [online-Stand 4. Januar 2011]).

Die zürcherische Praxis geht davon aus, dass in nachbarrechtlichen Beseitigungsklagen für die Berechnung des Streitwertes die Spezialnorm von § 24 ZPO/ZH Anwendung findet (ZR 87 S. 315; ZR 97 S. 68; Obergericht des Kantons Zürich, Geschäfts-Nr. NK090031, Beschluss vom 24. November 2009, S. 3 ff.; vgl. dazu auch Lukas Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss., Zürich 2002, S. 242). Danach gilt für Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken der Streitwert, den sie für das berechnete Grundstück haben. Der Wertverlust des berechtigten Grundstückes gilt als Streitwert, wenn er grösser ist (§ 24 ZPO/ZH; für das neue Recht Dike-Kommentar Diggelmann, a.a.O. N. 144). Es ist somit auf den Wert abzustellen, den die Pflanzen für die Rekursgegnerin haben, bzw. darauf, in welchem Mass der Wert des Grundstückes der Rekurrentin durch die Pflanzen auf dem Nachbargrundstück vermindert wird (Roos, a.a.O., S. 242).

Überdies beantragt die Rekurrentin das Zurückstellen von Stellriemen hinter die Grenzlinien. Die damit verbundenen Kosten bilden Teil des Streitwertes.

Gemäss § 19 ZPO/ZH wird der Streitwert der Widerklage mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet, soweit sich - wie vorliegend - Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (das wiederum wird nach neuem Recht anders sein: gemäss Art. 94 Abs. 1 ZPO ist der höhere der beiden Werte massgebend). Die Rekursgegnerin beantragt widerklageweise die Entfernung der Pergola von ihrer Mauer (act. 7/17). Offensichtlich ist auch diese Massnahme, wenn auch - wie von der Rekurrentin geltend gemacht (act. 1 S. 7) - nicht mit grossen, so doch, mit Kosten verbunden, welche ihrerseits Teil des Streitwertes bilden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der massgebliche Streitwert aus den obgenannten drei Posten zusammensetzt, welche für die Begründung

der sachlichen Zuständigkeit des Einzelrichters zusammen Fr. 20'000.– nicht übersteigen dürfen.

5.1 Zum besseren Verständnis wird das betroffene Grenzgelände - in Übereinstimmung mit dem Plädoyer der Rekurrentin vor Vorinstanz (act. 7/16) - in 22 Meter eingeteilt, wobei die Betonmauerecke den Nullpunkt bildet und die Messung von West nach Ost erfolgt. Bei der Berechnung des Minderwertes des Grundstücks der Rekurrentin durch die beanstandeten Pflanzen verkennt die Vorinstanz, dass auch die Rekurrentin davon ausgeht, dass ab Meter 16 das Gelände, so wie es sich heute darstellt, "mehr oder weniger" als gewachsenes Terrain gelte (act. 7/16 S. 2). Damit müssen Bäume und Sträucher ab diesem Punkt (d. h. zwischen Meter 16 und 22) weder beseitigt noch auf das Niveau des Grundstücks der Rekursgegnerin zurückgeschnitten werden (vgl. act. 2 S. 6). Die Rekurrentin verlangt in diesem Bereich einzig, dass die sich dort befindenden Pflanzen den doppelten Grenzabstand einhalten (vgl. act. 7/16 S. 6). Die von der Rekurrentin vor Vorinstanz gestellten Anträge i) bis l) betreffend Conifere, Thuja, Kirschlorbeersträucher sowie Rhododendronsträucher sind deshalb nicht mit einer Beseitigung der Pflanzen gleichzusetzen, sondern bedeuten "einzig" ein Zurückschneiden auf den doppelten Grenzabstand von mindestens zwei Meter (vgl. act. 7/16 S. 6). In diesem Bereich ist deshalb davon auszugehen, dass das Grundstück der Rekurrentin durch das behauptete "Nicht unter der Schere halten" keine starke Wertverminderung erfährt. Insbesondere da weder Fern- noch Seesicht beeinträchtigt werden.

Da die Pflanzen im Bereich ab 16 Meter - wie vorgängig ausgeführt - nur zurückgeschnitten werden müssten, ist nicht auf den Wert, den sie für die Rekursgegnerin haben, abzustellen. Überdies bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass in diesem Bereich die Privatsphäre der Rekursgegnerin tangiert werden könnte. Die besagten Sträucher und Bäume dürfen auch gemäss Rechtsbegehren der Rekurrentin die Höhe von mindestens zwei Meter beibehalten, womit ein ausreichender Sichtschutz gewährt ist.

5.2 Dagegen stellt sich bezüglich der klägerischen Anträge e), g) und h) die Frage, ob der doppelte Grenzabstand vom aufgeschütteten oder vom ge-

wachsenen Terrain her gemessen wird. Betroffen sind bei 10 m eine Thuja, bei 13,5 m ein grün/gelb-Strauch sowie ein Cotoneaster und bei 15 m eine Buddleia. Bezüglich dieser vier Pflanzen ist den Erwägungen der Vorinstanz zuzustimmen: Folgt man der Auffassung der Rekurrentin, dass vom ursprünglichen Terrain her gemessen wird, müssten alle vier Pflanzen mehr oder weniger gänzlich beseitigt werden (act. 2 S. 6).

Wiederum stellt sich jedoch die Frage, wie hoch die Wertverminderung für das Grundstück der Rekurrentin durch diese Pflanzen ist, bzw. welchen Wert sie für die Rekursgegnerin darstellen. Der Cotoneaster wächst gemäss Foto des vorinstanzlichen Augenscheins (act. 7/19/9) im Zwischenraum von Eisenbahnschwellen und Mauer. Er generiert somit weder Schatten noch Feuchtigkeit und vermag daher den Wert des Grundstücks der Rekurrentin nur in vernachlässigbarem Ausmass und aus rein ästhetischen Gründen zu beeinflussen. Die Rekursgegnerin hatte von der Existenz des Cotoneasters keinerlei Kenntnis (Prot. Vorinstanz S. 9). Diese Pflanze stellt für sie keinen Wert dar. Der grün/gelb-Strauch und die Buddleia wachsen über resp. oberhalb der ca. 1,2 m hohen Eisenbahnschwellenwand (act. 7/19/8-10). Von einem gewissen Lichtentzug auf das Grundstück der Rekurrentin ist daher auszugehen, auch ist das Haus der Rekursgegnerin ohne die besagten Pflanzen zweifelsohne besser einsehbar. Die Pflanzen wachsen in einem begrenzten Bereich von rund 5 Meter. Auf den Fotos des vorinstanzlichen Augenscheins sind überdies hinter dem grün/gelb-Strauch stehende Tannen sichtbar, welche wohl bereits einen grossen Teil des Sonnenlichtes und auch die Sicht auf das Haus abdecken (act. 7/19/9+10). Die Thuja befindet sich oberhalb der über zweieinhalb Meter hohen Mauern vor den Tannen. Es ist nicht ersichtlich, dass sie überhaupt einen Mehrschatten auf das Grundstück der Rekurrentin wirft (act. 7/19/9). Zudem ist zu bedenken, dass die Rekurrentin einen Lichtentzug nur während der Sommerzeit und erst abends ab rund 16.00 Uhr bemängelt (act. 1. S. 5; Prot. Vorinstanz S. 8). Die Auswirkung der Pflanzen auf den Wert des Grundstücks der Rekurrentin - insbesondere auch unter Berücksichtigung der Tannen, welche wohl den Grossteil des Schattens verursachen, sowie der zeitlichen und räumlichen Auswirkung der Beeinträchtigung - ist deshalb als eher gering einzustufen. Die Tannen wurden von der Rekurrentin ausdrücklich nicht be-

anstandet. Im Gegenzug stellt insbesondere die Thuja für die Rekursgegnerin kaum einen Wert dar, da diese beinahe gänzlich von den Tannen verdeckt wird.

Betreffend des über die Mauer wachsenden Efeus, der Rosensträucher sowie der unter fünfjährigen Eschentriebe ist von vornherein nicht ersichtlich, wie diese den Wert des Grundstücks der Rekurrentin in erheblichem Masse verringern könnten. Unbestritten ist jedoch ihre ästhetische Auswirkung auf die beteiligten Grundstücke. Es ist auf den Fotos ersichtlich, dass das Efeu über die Mauer wuchert, wobei es eine gewisse Höhe und Dichte erreicht. Es erhöht die teilweise über zweieinhalb Meter hohe Mauer, an der es entlang wächst, jedoch nur um wenige Zentimeter. Der Schattenwurf des Efeus und der Rosensträucher ist auch deshalb nicht in grossem Umfang wertmindernd, weil die dahinterstehende, nicht beanstandete, sehr grosse Esche wohl zumindest während der Laubzeit - und nur während der Sommerzeit wird der Schattenwurf von der Rekurrentin beanstandet - den grössten Teil des einfallenden Sonnenlichtes abdeckt.

Insgesamt ist davon auszugehen, dass die beanstandeten Pflanzen den Wert des Grundstücks der Rekurrentin zwar mindern, auch unter Berücksichtigung der hohen Grundstückspreise in W._____, jedoch nicht im Ausmass von mehreren Tausend Franken. Im Gegenzug stellen die zu beseitigenden resp. zurück zu schneidenden Pflanzen für die Rekursgegnerin keinen Wert über Fr. 20'000.- dar.

5.3 Die Vorinstanz hat korrekt ausgeführt, dass das Zurückstellen der Stellriemen sowie dessen inzwischen brüchigen Fundaments professionelle Hilfe eines Gartenbauers in Anspruch nehmen wird. Das Betonfundament müsste abgespitzt, die Steinplatten versetzt und der Beton wieder aufgefüllt werden. Mit den entsprechenden Gerätschaften ist jedoch denkbar, dass dies mit vergleichsweise bescheidenem Aufwand zu bewerkstelligen ist. Auch sind weder die Kosten für die Betonplatten, noch für den möglicherweise benötigten neuen Beton derart, dass sie mehrere Tausend Franken übersteigen.

5.4 Die Pergola ist, wie von der Rekurrentin ausgeführt und aus den von der Rekursgegnerin eingereichten Fotos ersichtlich (act. 7/18/2), nur an die Mauer

der Rekursgegnerin angeschraubt und lässt sich somit zweifelsohne mit wenig Aufwand und Kosten verschieben.

5.6 Insgesamt erweist sich der von den Parteien übereinstimmend festgesetzte Streitwert von unter Fr. 20'000.– (Prot. Vorinstanz S. 11) keineswegs als rechtsmissbräuchlich. Es lässt sich - unter Berücksichtigung der oben ausgeführten objektiven Kriterien - deshalb nicht begründen, dass die Vorinstanz von dieser Streitwertangabe abweicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Parteien als direkt Betroffene am besten wissen, welchen Streitwert sie einer Angelegenheit beimessen wollen. Ein Abweichen davon rechtfertigt sich vorliegend nicht. Es ist entsprechend den übereinstimmenden Angaben der Parteien vorliegend deshalb von einem Streitwert in unbestimmter Höhe, nicht aber Fr. 20'000.– übersteigend auszugehen.

6. Hebt die Rechtsmittelinstanz einen fehlerhaften, von keiner Partei beanstandeten Entscheid der Vorinstanz auf, mit der sich auch der Rechtsmittelbeklagte nicht identifiziert hat, so sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 5 zu § 66 ZPO). Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid war von keiner Partei beantragt worden. Die Rekursgegnerin identifiziert sich nicht damit, insbesondere ging auch sie von einem Streitwert unter Fr. 20'000.– aus. Entsprechend sind die Kosten des Rekursverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Entschädigung seitens des Staates ist nicht geschuldet (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O.)

7.1 Wird die Sache zurück gewiesen, stellt sich die Frage nach dem für die weiteren Verfahrensschritte anwendbaren Recht. Die ZPO gibt darauf keine ausdrückliche Antwort. Das Obergericht hat dazu keine Weisungen zu geben (§ 104 GVG). Im Hinblick auf ein weiteres Rechtsmittelverfahren, in welchem auch die Anwendung des Verfahrensrechtes geprüft werden könnte (Art. 310 und 320 ZPO in Verbindung mit Art. 405 Abs. 1 ZPO), mag ein entsprechender Hinweis gleichwohl sinnvoll sein.

Eine Rückweisung versetzt das Verfahren in den Stand vor der Urteilsfällung. Daraus könnte man ableiten, das Verfahren der ersten Instanz sei also im Sinne von Art. 404 Abs. 1 ZPO gar noch nicht abgeschlossen, und die Weiterführung habe daher nach altem Recht zu erfolgen.

Dagegen spricht aber Mehreres - und Überwiegendes: zum Einen soll Verfahrensrecht nach einem allgemeinen Grundsatz sofort angewendet werden, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist und die Verwirklichung des materiellen Rechts damit nicht gefährdet wird (ZK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, N. 4 zu Art. 404 ZPO). Eine ausdrückliche anders lautende Bestimmung enthält die ZPO nicht. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt das alte Recht weiter (nur) bis zum Abschluss des Verfahrens in der betreffenden Instanz. Diese "betreffende Instanz" ist hier das Obergericht - und sein Verfahren wird mit dem heutigen Entscheid abgeschlossen.

Für das auf ein Rechtsmittel anwendbare Recht gilt Art. 405 Abs. 1 ZPO: ist der angefochtene Entscheid nach Inkrafttreten des neuen Rechts eröffnet worden, stehen (nur) die Rechtsmittel des neuen Rechts zur Verfügung und wird das Rechtsmittelverfahren, obwohl es um die Überprüfung eines nach alten Regeln geführten erstinstanzlichen Prozesses geht, nach den neuen Bestimmungen geführt. Es wäre wenig sinnvoll, nach einer Rückweisung wieder altes, für ein zweites Rechtsmittel gegen den neuen Entscheid aber wieder neues Recht anzuwenden. Endlich - und wohl am Wichtigsten - hat der Bundesgesetzgeber das analoge Problem im Strafprozess ausdrücklich geregelt: nach einer Rückweisung ist das neue Verfahrensrecht anzuwenden (Art. 453 Abs. 2 StPO); das kann analog für den Zivilprozess übernommen werden.

7.2 Ein (lösbares) Problem stellt sich, wenn der Einzelrichter zur Auffassung kommt, dass er Beweise erheben muss. Dann wird er den Parteien vorgängig Gelegenheit zu geben haben, ihre Vorträge im an sich abgeschlossenen Behauptungsverfahren durch das Nennen von Beweismitteln zu ergänzen. Seinerzeit war das Bezeichnen der Beweismittel eine blosser Ordnungsvorschrift (§ 113 ZPO/ZH), wogegen es neu zum obligatorischen Inhalt der Parteivorträge gehört (Art. 221 und 222 in Verbindung mit Art. 219 und 243 ff. ZPO). Die Beweisverfü-

gung im Sinne von Art. 154 ZPO entspricht der bisherigen Beweisabnahmeverfö-
gung, sodass Treu und Glauben in diesem speziellen Fall eine entsprechende
vorgängige Fristansetzung verlangen.

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs wird gutgeheissen, die Verfügung des Einzelrichters im ordentli-
chen Verfahren des Bezirkes Meilen vom 2. Juni 2010 wird aufgehoben und
das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie - unter Rücksendung der erstin-
stanzlichen Akten - an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Be-
zirks Meilen, je gegen Empfangsschein.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert
30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,
1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-
schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder
Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42
des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Vorentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt un-
ter Fr. 20'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 12. Januar 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Schmoker

versandt am: