

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070185 vom 11. Februar 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-02-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070185](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070185)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070185 du 11 février 2009

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070185 del 11 febbraio 2009

## Erwägungen

### E. 1

Mit Einreichung der Weisung sowie der Klageschrift machte der Kläger, Appellant und Beschwerdeführer (im Folgenden Beschwerdeführer) am 8. August

- 2 - 2002 beim Bezirksgericht X eine Klage aus Nachbarrecht hängig gegen die Beklagte, Appellantin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden Beschwerdegegnerin), mit welcher er die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Beseitigung der drei an der nordwestlichen Grenze ihres Grundstückes stehenden Nadelbäume verlangte (BG act. 1 und 2). Mit Urteil des Bezirksgerichts X vom 24. Juli 2006 wurde der Beklagten befohlen, den östlichen und den mittleren der drei an der nordwestlichen Ecke ihres Grundstückes stehenden Nadelbäume auf eigene Kosten zu beseitigen; im übrigen wurde die Klage abgewiesen (BG act. 102).

### E. 1.1

a) Der Beschwerdeführer erblickt die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes darin, dass die Vorinstanz einen eigenen Sachentscheid ohne genügendes Beweismaterial in entscheiderelevanten bestrittenen Sachfragen

- 9 - gefällt habe, statt die Sache an die Erstinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen (§ 270 ZPO). Der Beschwerdeführer wirft zur Begründung dieser Rüge die Frage auf, weshalb die Vorinstanz keinerlei Beweise über die genauen Grenzabstände der Bäume abgenommen habe, wenn es gemäss BGE 126 III 452 E.3bb bzw. ZR 97 Nr. 22 Erw.3c; BGE 132 III 51 Erw. 2.2 als herangezogenen Präjudizien entscheidend auf die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung des kantonalrechtlichen Mindestabstands ankomme (KG act. 1 RZ 4.3.1 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.1.4). b)aa) Da die Berufungsinstanz gemäss § 270 ZPO im Rahmen der Berufungsanträge einen neuen Endentscheid fällt (oder alternativ das erstinstanzliche Urteil aufheben und den Prozess an die erste Instanz zurückweisen) und auch selber neue Beweise abnehmen kann (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 270 ZPO), konnte die Vorinstanz keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzen, indem sie selber einen Sachentscheid gefällt hat, ohne das Verfahren an die Erstinstanz zurückzuweisen. Nachfolgend ist hinsichtlich der vom Beschwerdeführer angeführten Rügen somit einzig zu prüfen, ob die Vorinstanz "trotz Fehlens jedes Beweises" ihren Entscheid auf bestrittene Tatsachen abgestellt hat, was einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO bilden würde. bb) Wie unter II.1 dargelegt, hat der Beschwerdeführer, der geltend macht, der angefochtene Entscheid leide an einem Nichtigkeitsgrund, weil die Vorinstanz ihren Entscheid ohne Beweis von bestrittenen Tatsachen gefällt habe, darzulegen, wo er entsprechende Behauptungen aufgestellt resp. entsprechende Behauptungen der Gegenpartei bestritten habe. Dies unterlässt der Beschwerdeführer hinsichtlich der Frage des Grenzabstandes der Bäume,

weshalb seine Rüge den Anforderungen an eine Beschwerdebegündung nicht genügt und darauf nicht eingetreten werden kann (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO).

### **E. 1.2**

a) Zur Begründung des Vorwurfs aktenwidriger oder willkürlicher tat- sächlicher Annahmen führt der Beschwerdeführer an, die Vorinstanz habe sich rein vermutungshalber auf einen Ortsgebrauch festgelegt, ohne den Ort dieses Gebrauchs zu definieren und ohne diesen Ort besichtigt zu haben, und dies vor

- 10 - dem Hintergrund der Tatsache, dass der Ortsgebrauch vor der Erstinstanz gar kein Thema gewesen sei (zu den widersprüchlichen Angaben des Beschwerde- führers diesbezüglich vgl. hinten III.3.1a). Der Schluss der Erwägung 3.5.12 (recte wohl 3.5.3) auf S. 12 (sowie Erw. 3.8.1 S. 23) des angefochtenen Entscheids sei nicht nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer wirft die Frage auf, warum der mitt- lere und östlich gelegene Baum "ortsüblich" sein sollen, wenn deren Grenzab- stand zur Parzelle des Beschwerdeführers gar nicht bekannt sei. Aus einer feh- lenden Messgrösse könne überhaupt nichts "vermutet" werden (KG act. 1 RZ 3.1 und RZ 3.11, sowie KG act. 1 RZ 4.2.1). b) Die Vorinstanz hat in Erwägung 3.5.2 auf Seite 11 des angefochtenen Entscheids ausgeführt, falls eine Pflanze die kantonalen Abstandsvorschriften einhalte, hätten ihre Immissionen vermutungshalber als ortsüblich im Sinne von Art. 684 Abs. 2 ZGB zu gelten und sei in einem solchen Fall an die Vorausset- zungen des Beseitigungsanspruchs nach Art. 679/684 ZGB ein strenger Mass- stab anzulegen (KG act. 2 S. 11 Erw. 3.5.2). Auf Seite 12 fährt die Vorinstanz mit Erw. 3.5.3 fort: "Der genaue Grenzabstand der vorliegend im Streit stehenden drei Bäume ist, wie bereits ausgeführt, nicht bekannt. Gemäss der unangefochtenen Feststellung der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass zumindest der nächste der drei Bäume (welches wohl der westliche ist) den Grenzabstand (acht Meter) nicht einhält. Mit Bezug auf die beiden andern Bäume haben die von ihnen aus- gehenden Immissionen hingegen schon vermutungshalber als ortsüblich zu gel- ten." (KG act. 2 S. 12 Erw. 3.5.3 sowie S. 23 Erw. 3.8.1). c) Aktenwidrig ist eine Feststellung, wenn sie den Inhalt der Akten oder die Parteivorbringen unrichtig wiedergibt, also z.B. eine bestrittene Tatsache als un- bestritten bezeichnet oder wenn ein Bestandteil der Akten nicht in seiner wahren Gestalt, z.B. nicht mit dem richtigen Wortlaut einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 mit Verweis auf ZR 55 Nr. 115). Die Auslegung prozessualer Erklärungen stellt ebenso wenig wie die Würdigung des Beweiser- gebnisses eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar, vielmehr liegt eine solche erst vor, wenn der Richter bei der Aktenwürdigung von falschen tatsächlichen

- 11 - Voraussetzungen ausgeht (Guldener, a.a.O., S. 131). Eine willkürliche tatsächli- che Annahme betrifft u.a. den Fall, dass das Gericht eine beweisbedürftige Tatsa- che als bewiesen annimmt, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss geben (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 45 zu § 281 ZPO). In diesem Fall wird im Ge- gensatz zur aktenwidrigen tatsächlichen Annahme zwar der Akteninhalt richtig wiedergegeben, seine Würdigung ist jedoch unvertretbar (von Rechenberg, a.a.O., S. 27 f.; ZR 81 Nr. 88). Die Rüge der aktenwidrigen tatsächlichen Annahme des Beschwerdeführers ist berechtigt. Die Erstinstanz hat unangefochten lediglich festgestellt, dass zu- mindest der nächste der drei Bäume den Grenzabstand nicht einhält. Dass die andern beiden Bäume den Grenzabstand einhalten würden, hat sie nirgends fest- gestellt (lediglich, dass dies fraglich sei, BG act. 106 S. 5). Wenn aber - wie die Vorinstanz sogar selber festhält - der genaue

Grenzabstand der streitgegenständlichen Bäume nicht bekannt ist, geht es nicht an, dennoch anzunehmen, die bei den andern Bäume als der nächste resp. westliche würden den Grenzabstand von acht Metern einhalten. Nichts anderes macht jedoch die Vorinstanz, indem sie bezüglich diesen beiden andern Bäumen davon ausgeht, dass die von diesen ausgehenden Immissionen schon vermutungshalber als ortsüblich zu gelten hätten, wo dies doch lediglich bei Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften der Fall ist, wobei ja gerade nicht bekannt ist, ob dies vorliegend zutrifft. 2. a) Der Beschwerdeführer rügt sodann das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen hinsichtlich Erw. 3.6.2 S. 13 ff. des angefochtenen Entscheides ("Wie bereits ausgeführt, muss bei der Bestimmung der Ortsüblichkeit einer Einwirkung vor allem untersucht werden, ob eine bestimmte Immission in der betreffenden Gegend, d.h. in der nachbarlichen Umgebung, herkömmlicherweise als normal empfunden wird."), mit der Begründung, die Vorinstanz habe den massgeblichen "Ort" für Ortsüblichkeit nicht definiert und den Begriff des Ortsgebrauchs überhaupt nicht auf einen bestimmten Ort bezogen und sei damit zu einer willkürlichen Inhaltsbestimmung gelangt, womit sie klares materielles Recht verletzt habe. Mit "nachbarlichen Umgebung" bleibe alles unklar, was es für die Abklärung der Fakten, d.h. des Inhalts von Ortsüblichkeit brauche. Ob das nur Parzellen seien,

- 12 - die unmittelbar an diejenige des Beschwerdeführers angrenzen? Ob ein bestimmtes Quartier gemeint sei und welches? Durch welche Strassenzüge oder andere markante Trenngrößen abgegrenzt? Ob alle Parzellen in der gleichen Bauzone des Beschwerdeführers (W2/20) oder der Beschwerdegegnerin (W3/55, OG Urteil S. 15) oder gar die Gemeinde Q als "Ort" gemeint seien? (Dieselben Fragen wirft der Beschwerdeführer auch hinsichtlich der nachfolgend III.5 aufgeführten Urteilsabwägung 3.6.2 a.E. auf, KG act. 1 RZ 3.5.19). Weiter fragt der Beschwerdeführer unter Bezug auf OG Urteil S. 15, 23, 25, 29, 31, 33 gestützt auf welche Fakten die Vorinstanz "normal" und "extrem" unterscheide, wer dazu befragt worden sei, wessen Meinung massgeblich gelte, welche Erhebungen und Auswertungen beigezogen und wie diese Fakten gewertet und gewichtet worden seien (KG act. 1 RZ 4.3.2 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.2 und RZ 3.6). b) Diese Beanstandungen des Beschwerdeführers laufen im Ergebnis auf eine Rüge ungenügender Begründung im Bereich des Bundesrechts (nämlich wie sich der Ortsgebrauch gemäss Art. 684 Abs. 2 ZGB räumlich bestimme) hinaus, sodass auf diese Vorbringen ungeachtet der sinngemässen Geltendmachung einer willkürlichen Inhaltsbestimmung des Ortsgebrauchs und dem Abstellen des Beschwerdeführers auf Art. 9 BV i.V.m. § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO, oben II.3). Ein vom Kassationsgericht zu prüfender, hinreichend begründeter (oben II.1) Nichtigkeitsgrund ist aus diesen Ausführungen nicht ersichtlich. 3. Weiter beanstandet der Beschwerdeführer die Feststellung der Vorinstanz in Erw. 3.6.2 S. 14 des Urteils ("Nach dem Dargestellten ist nun aber - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - gerade als erstellt zu betrachten, dass Bäume und die von ihnen ausgehenden Immissionen im Quartier als üblich und normal gelten") sowie die in Erw. 3.8.1 S. 23 geäusserte Rechtsauffassung, "Ob es sich dabei um Waldbäume oder Laubbäume handelt, ist nicht von Belang. Auch ist nicht entscheidend, ob es sich um Einzelbäume oder Baumgruppen handelt, ..." (KG act. 1 RZ 3.3 sowie RZ 3.12).

## **E. 2**

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdegegnerin am 30. August 2006 Berufung ans Obergericht (OG act. 107), welches am 9. November 2007 die Teilrechtskraft des Urteils des Bezirksgerichts X vom 24. Juli 2006 vor gemerkt und im Übrigen die Klage

abgewiesen hat (KG act. 2).

### E. 3

Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde (von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Ein solcher Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt (§ 285 Abs. 2 ZPO). Das angefochtene Urteil unterliegt auch der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG (vgl. auch die entsprechende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung, KG act. 2 S. 36). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Unter den Begriff "Bundesrecht" im Sinne von Art. 95 lit. a BGG fällt neben dem Bundesgesetzesrecht auch das Bundesverfassungsrecht (vgl. BGE 133 I 201 ff.; BGer. 6B.613/2007 vom 11.12.2007, Erw. 2.1). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge - unter Vorbehalt von Art. 98 BGG - frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG).

- 6 - Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nach ständiger Praxis ungeachtet des (die ratio der Bestimmung nur unzureichend wiedergebenden) Wortlauts von § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO auch dann ausgeschlossen, wenn in der Beschwerde eine willkürliche Anwendung von Bundesrecht und insoweit eine Verletzung von Art. 9 BV geltend gemacht wird. Denn diese (ZPO-)Vorschrift, welche in ihrer früheren, vor der BV-Revision in Kraft stehenden Fassung Nichtigkeitsbeschwerden wegen Verletzung von Art. 4 (und 58) aBV für stets zulässig erklärt hatte und nach erfolgter Revision der Bundesverfassung insoweit angepasst wurde, als sie nunmehr auf jene (neuen) Verfassungsbestimmungen verweist, welche die von der Praxis entwickelten Teilgehalte von Art. 4 aBV explizit umschreiben, hat nicht die Abgrenzung zwischen kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde und eidgenössischer Berufung, sondern einzig diejenige zwischen kantonaler Nichtigkeits- und staatsrechtlicher Beschwerde zum Gegenstand (BGE 104 Ia 402; von Rechenberg, a.a.O., S. 44). Sie beruht(e) auf der Überlegung, dass die höchstrichterliche Praxis zu diesen Verfassungsvorschriften (sowie zum nunmehr ebenfalls genannten Art. 6 EMRK) hinsichtlich der Kognition des Bundesgerichts (im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde) namentlich für eine Partei schwer zu überblicken war und deshalb die Gefahr eines Rechts(mittel)verlustes in sich barg (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 und 18 zu § 285 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 29 und 44; Spühler/Vock, a.a.O., S. 60; s.a. BGE 104 Ia 402 f.; ZR 105 Nr. 10 Erw. III.2; ZR 106 Nr. 50 Erw. II.4 f-g). Mit Inkrafttreten des BGG, unter welchem wie bereits eingangs der hiesigen Ausführungen erwähnt mit Beschwerde ans Bundesgericht die Verletzung von Bundesverfassungsrecht und damit von Art. 9 BV gerügt und vom Bundesgericht frei überprüft werden kann, entfällt - zumindest in Fällen, in denen (wie vorliegend) die Streitwertgrenze gemäss Art. 74 BGG erreicht ist - der Grund für die erleichterte Zulassung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Die Unzulässigkeit der Rüge willkürlicher Anwendung von Bundesrecht im Kassationsverfahren entspricht im Übrigen auch dem Sinn der gesetzlichen (Subsidiaritäts-)Regelung (§ 285 ZPO), soll damit doch vermieden werden, dass sich Kassationsgericht und Bundesgericht mit den gleichen Rechtsfragen (des materiellen Bundesrechts) befassen (von Rechenberg, a.a.O., S. 39),

- 7 - was sie bei diesbezüglicher Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde jedoch täten. Somit ist in beschwerdefähigen Fällen im kantonalen Beschwerdeverfahren (auch) die Rüge

willkürlicher Anwendung bundesrechtlicher Vorschriften unzulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 44; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 285 ZPO; BGE 104 Ia 402 f.). Wird mit der Beschwerde geltend gemacht, die Vorinstanz habe die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließende Begründungspflicht mit Bezug auf die Anwendung von Bundesrecht verletzt, so ist die bundesrechtliche Begründungspflicht angesprochen und tritt das Kassationsgericht auf eine entsprechende Rüge nicht ein, wenn diesbezüglich ein bundesrechtliches Rechtsmittel zur Verfügung steht (ZR 107 Nr. 59). Wird dagegen geltend gemacht, die Begründungspflicht sei insofern verletzt, als sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen lasse, wie die Vorinstanz zu bestimmten tatsächlichen Annahmen gelangt ist, so betrifft dies die kantonale Begründungspflicht, deren gerügte Verletzung das Kassationsgericht prüfen kann (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 48 zu § 157 GVG). Sofern auf einzelne Rügen des Beschwerdeführers im Sinne des eben Dargestellten gestützt auf § 285 ZPO nicht eingetreten werden kann, wird dies an entsprechender Stelle im Nachfolgenden ausgeführt.

### **E. 3.1**

a) Der Beschwerdeführer macht einmal eine Verletzung des Novenrechts im Sinne von §§ 267 i.V.m. 115 ZPO sowie der Verhandlungsmaxime /

- 13 - Eventualmaxime gemäss § 54 Abs. 1 ZPO (und damit eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO) durch die Vorinstanz geltend, da das Tatbestandselement Ortsgebrauch aus Art. 684 Abs. 2 ZGB heraus sehr wohl schon am Bezirksgericht X ein Thema gewesen sei (in KG act. 1 RZ 4.2.1 behauptet der Beschwerdeführer allerdings wieder, der Ortsgebrauch sei in der Erstinstanz kein Thema gewesen) und die Beschwerdegegnerin sich bewusst habe sein müssen, dass sie sich mit diesem wesentlichen Element des Klagefundaments des Beschwerdeführers hätte auseinandersetzen müssen, wobei sie sich darauf beschränkt habe, den Beschwerdeführer darauf zu behaften, dass es Nadelbäume im Quartier gebe. Die Konsequenzen dieser ungenügenden Verteidigung in der ersten Instanz müsse sie selber tragen (Novenverbot). Die Beschwerdegegnerin habe die Bedeutung des Ortsgebrauchs für die Beurteilung der Klage im erstinstanzlichen Verfahren falsch eingeschätzt. In ihrer Berufungsschrift habe sie versucht, dies nachzuholen, was aber unzulässig sei. In RZ 3.3.9 wird auf die Ausführungen in RZ 3.3.6 verwiesen, wo die Passage "Die Beklagte habe dieser Beschreibung in tatsächlicher Hinsicht nichts beizufügen gehabt und wolle den Kläger auf dem Zugeständnis behaften, dass Nadelbäume im Quartier vorkämen" aus Erw. 3.6.1 S. 12 des angefochtenen Urteils (welche wiederum eine Erwägung der Erstinstanz abbildet) wiedergegeben wird. Im Anschluss daran werden die nachfolgend unter III.3.2a wörtlich abgedruckten Ausführungen der Beschwerdegegnerin in ihrer Duplik aufgeführt (KG act. 1 RZ 4.1.1 und RZ 4.1.2 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.3.6 bis RZ 3.3.10). b) Diese Ausführungen des Beschwerdeführers genügen den vorstehend II.1 dargestellten Anforderungen an eine Beschwerdebegründung mit Nachweis des Nichtigkeitsgrundes nicht. Der Beschwerdeführer tut mit der Wiedergabe des Zitats der Erstinstanz im Entscheid der Vorinstanz und seiner eigenen Ansicht nicht dar, inwiefern die Vorinstanz das Novenverbot verletzt haben soll. Auf diese Rüge kann daher gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, wie die Vorinstanz, welche den vorliegend gerügten Schluss (dass nach dem Dargestellten erstellt sei, dass Bäume und die von ihnen ausgehenden Immissionen im Quartier als üblich und normal gelten) auf Grund

der Parteivorbringen in der Erstinstanz sowie ebendort eingereichter

- 14 - Beweismittel gezogen hat (vgl. KG act. 2 Erw. 3.6.2 S. 13 f.), das Novenverbot oder die Verhandlungsmaxime / Eventualmaxime hätte verletzen können.

### E. 3.2

a) Der Beschwerdeführer ist sodann der Auffassung, die Vorinstanz habe aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen, indem sie von angeblichen Zugeständnissen bzw. angeblich fehlenden Bestreitungen des Beschwerdeführers bezüglich örtlicher Verhältnisse ausgegangen sei. Die Vorinstanz reisse einzelne Aussagen des Beschwerdeführers in dessen Replik aus dem Zusammenhang und "missinterpretiere" sie willkürlich. Auf Seite 4 derselben werde nichts zuungunsten des Beschwerdeführers zugestanden, sondern von der planlosen und zufälligen Entstehung der drei inkriminierten Nadelbäume gesprochen und beklagt, dass diese ihm übermässig Schatten bescherten. Auf Seite 17 werde die tatsächliche und bau- und zonenordnungsmässige Lage der Grundstücke der Parteien beschrieben, und dort heisse es wörtlich: "In den Gärten im Quartier an der R.strasse sind, wie in einem Einfamilienhausquartier mit durchschnittlichen Grundstücksflächen üblich, vorwiegend Laubbäume zu finden. Wohl gibt es auch vereinzelt Nadelbäume, jedoch nicht ganze Gruppen wie auf dem Grundstück der Beklagten" (RZ 7.6.5). "Eine Ausnahme macht die Föhrenreihe auf Kat.Nr. 4184 längs des Flurweges zwischen den Liegenschaften der Parteien (vgl. Ziff. 6.17 oben). Sie beeinträchtigen die Liegenschaft des Klägers jedoch höchstens marginal mit Schattenwurf, jedenfalls nicht annähernd mit einem Ausmass, wie das mit der strittigen Baumgruppe der Beklagten der Fall ist." (RZ 7.6.6). "Dass Nadelbäume nicht in ein Wohnquartier gehören - schon gar nicht in eine Gegend, wo verdichtet überbaut werden kann -, wurde unlängst von zwei Nachbarn des Klägers auf Kat.Nr. 5008 und Kat.Nr. 5013 erkannt. Im gegenseitigen Einvernehmen mit diesen wurden im Frühling 2003 zwei einzelne Tannen gefällt, welche den nördlich (hangaufwärts) angrenzenden Liegenschaften Licht und Aussicht entzogen. Die Beklagte ist die einzige Quartierbewohnerin, welche sich nicht an diesen Ortsgebrauch hält." (RZ 7.6.7). Die Beschwerdegegnerin habe diese Ausführungen in ihrer Duplik nur gerade wie folgt gekontert: "Der Kläger ist dabei zu behaupten, dass Laubbäume in den Gärten des Quartiers typisch sind, dass aber auch Nadelbäume vorkommen. Die strittige lichte Nadelbaumgruppe tritt nun aber weniger voluminös in Erscheinung als ein einzelner

- 15 - standorttypischer Laubbaum wie etwa eine Eiche oder eine Buche. Das Fällen eines Baumes belegt nicht seine Quartier-unüblichkeit, sondern gegenteils die Tatsache, dass gerade ein ebensolcher Baum in ebendiesem Quartier bestanden hat. Der Kläger verstrickt sich in Widersprüche, wenn er weismachen will, dass er durch Gehölze auf Nachbargrundstücken nicht tangiert sei, gleichzeitig aber ein Privatgutachten einreicht, das jenseits des Prozessthemas den Schattenwurf eben solcher Gehölze nachzuweisen versucht." Die Vorinstanz zitiere das erstinstanzliche Urteil und damit die Beschwerdegegnerin aus deren Duplik wie folgt: "Die Beklagte habe dieser Beschreibung in tatsächlicher Hinsicht nichts beizufügen gehabt und wolle den Kläger auf dem Zugeständnis behaupten, dass Nadelbäume im Quartier vorkämen". Die Erstinstanz habe diese Erwägung wie folgt abgeschlossen: "Beide Parteien gehen mithin von den gleichen tatsächlichen Voraussetzungen aus, nämlich von der Ortsüblichkeit von einzelnen Waldbäumen, sie ziehen daraus jedoch unterschiedliche Schlüsse. Es erübrigt sich demnach, über den Ortsgebrauch Beweis abzunehmen." (BG-Urteil E. 6c a.E. S. 14). Aus dem

bezirksgerichtlichen Verfahren heraus gebe es nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass sich die Parteien bezüglich Baumbewuchs im Quartier über etwas einig gewesen wären, geschweige denn darüber, dass ganze Baumgruppen dem Ortsgebrauch entsprächen. Selbst wenn sich die Parteien (bestrittenermassen) über etwas einig gewesen sein sollten, könne daraus nicht auf "üblich" und "normal" geschlossen werden und wäre ihre Meinung lediglich diejenige zweier Grundeigentümer. Es bräuchte dann aber schon die übereinstimmende Meinung einer starken Mehrheit von Quartiergenossen, um daraus einen Ortsgebrauch ableiten zu können. Wenn sich diese Mehrheitsmeinung nicht als Umfrageergebnis, sondern als aussagekräftiger Durchschnittseindruck aufdrängen würde, müsste dazu ein minutiöser Augenschein in der näheren und weiteren Umgebung der Wohnliegenschaften der beiden Parteien durchgeführt worden sein, was unterblieben sei. Das "Dargestellte" gemäss der beanstandeten Urteils-Erwägung bestehe somit aus einer Aneinanderreihung von divergierenden Behauptungen der Parteien in der Erstinstanz, wobei der Beschwerdeführer Wald- bzw. Nadelbäume nicht für wohn(quartier)üblich gehalten habe und immer noch halte. Aus dem Nichtbe-

- 16 - streiten einzelner Vorkommen in seinem Quartier lasse sich aber keinesfalls ableiten, er habe bezüglich Waldbäumen eine Ortsüblichkeit in Q akzeptiert. Dasselbe gelte mit Bezug auf Laubbäume. Diese könnten nämlich nicht mit den inkriminierten drei Nadelbäumen gleichgesetzt werden, weil sie im Winter keine Blätter tragen und unvergleichlich weniger Schatten werfen als die immergrünen Nadelbäume der Beschwerdegegnerin. Dass nicht nachvollziehbar sein sollte "warum diese Beurteilung bei Waldbäumen nach einem anderen Massstab erfolgen sollte als bei andern Bäumen" (OG-Urteil E. 3.8.2 S. 23), sei denn nicht logisch (KG act. 1 RZ 4.1.2, RZ 4.2.1, RZ 4.2.2, RZ 4.3.2 und RZ 4.3.3 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.3 und RZ 3.12). Sinngemäss (aufgrund der besonderen Erwähnung von S. 17 der Replik, auf welche die Vorinstanz die entsprechende Feststellung stützt [KG act. 2 S. 14], in RZ 3.3.5 der Beschwerde) beanstandet der Beschwerdeführer auch die Rechtsauffassung der Vorinstanz, bezüglich der Frage des Ortsgebrauchs sei nicht massgeblich, ob die Liegenschaft des Klägers durch Bäume auf weiteren Nachbargrundstücken beeinträchtigt werde oder nicht und ist der Auffassung, die Vorinstanz habe unlogische, gedanklich nicht nachvollziehbare oder nicht schlüssige und damit haltlose und willkürliche Gedankengänge angestellt (KG act. 1 RZ 3.3.5 i.V.m. KG act. 1 RZ 4.3.3). Die vorinstanzliche Feststellung in Erw. 3.8.1 auf S. 23 des angefochtenen Entscheides, es sei unbestritten geblieben, dass einzelne Bäume im Quartier mehr Schatten verursachten als die beanstandete Baumgruppe, taxiert der Beschwerdeführer sinngemäss ebenfalls als aktenwidrige tatsächliche Annahme, führt er doch aus, für die (bestrittene) Richtigkeit dieser Behauptung gebe es keine Anhaltspunkte und Beweise in den Akten (KG act. 1 RZ 3.13, vgl. auch RZ 3.3.4). b)aa) Auf diese Beanstandungen kann aus mehreren Gründen nicht eingetreten werden. Einerseits setzt der Beschwerdeführer sich nicht mit der Begründung der Vorinstanz in Erwägung 3.6.2. S. 13 (mit Verweis auf deren Erwägung 3.2.) auseinander, wonach es bei Immissionen einer Baumbepflanzung nicht auf die Ortsüblichkeit der einzelnen Art des beanstandeten Baumes ankomme,

- 17 - sondern entscheidend sei, ob der Charakter der Gegend durch Baumbepflanzungen schlechthin geprägt sei, weshalb es entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdeführers eben nicht darauf ankomme, ob Nadelbäume in ein Wohnquartier gehörten oder nicht. Dasselbe gilt bezüglich der vorinstanzlichen Erwägung 3.8.2 auf S. 23, wonach massgebend nur sei, ob die Immissionen einer Baumbepflanzung als übermässig eingestuft

werden müsse und diese Beurteilung bei Waldbäumen nicht nach einem andern Massstab zu erfolgen habe als bei andern, weil nicht die Quelle der Immissionen, sondern deren (Über-) Mass beurteilt werde und in diesem Zusammenhang allenfalls berücksichtigt werden könne, dass es sich beim Waldbaum um einen hoch wachsenden Baum handle (mit Verweis auf Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002, S. 152 ff.) (KG act. 2 S. 13 und S. 23). Somit kann auf diese Rügen schon deshalb nicht eingetreten werden, weil sich der Beschwerdeführer nicht mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid, welche sich mit seinen entsprechenden Einwänden befassen, im einzelnen auseinandersetzt, sondern vielmehr lediglich seine bereits vor der Vorinstanz geäusserte Ansicht wiederholt. Mit der wörtlichen Wiedergabe einer Passage aus S. 17 der Replik unter Beifügung einer Zusammenfassung hinsichtlich Inhalt der wiedergegebenen Passage wird schliesslich auch keine Willkür nachgewiesen, weshalb auf die Rügen der Aktenwidrigkeit und Willkür gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. oben II.1). bb) Ob für die Bejahung eines Ortsgebrauches von Bäumen und von diesen ausgehenden Immissionen nach Laub- und Nadelbäumen zu unterscheiden sei, ist eine bundesrechtliche Frage (Art. 684 Abs. 2 ZGB), weshalb die Rüge des Beschwerdeführers, Laubbäume könnten hinsichtlich Beurteilung der Immissionen nicht mit Nadelbäumen gleichgesetzt werden, weil sie im Winter keine Blätter tragen und unvergleichlich weniger Schatten werfen als die immergrünen Nadelbäume, der kassationsgerichtlichen Überprüfung auch gestützt auf § 285 ZPO entzogen ist (vgl. dazu oben II.3). Dasselbe gilt hinsichtlich den Fragen, ob für die Feststellung des Ortsgebrauchs massgeblich sei oder nicht, wen von vorkommenden Bäumen ausgehende Immissionen treffen (d.h. den Eigentümer selber oder die Nachbarn) oder ob nach Einzelbäumen oder Baumgruppen zu differenzieren sei oder nicht.

- 18 - cc) Aus den vom Beschwerdeführer zum Nachweis einer Aktenwidrigkeit angeführten, vorstehend unter III.3.2a wiedergegebenen Aktenstellen ergibt sich nichts, was die beanstandete Annahme der Vorinstanz (dass nach dem Dargestellten erstellt sei, dass Bäume und die von ihnen ausgehenden Immissionen im Quartier als üblich und normal gelten) als "blanken Irrtum" oder den Inhalt der Akten oder die Parteivorbringen unrichtig wiedergebend erscheinen liesse (vgl. oben III.1.2c dazu, was eine Aktenwidrigkeit darstellt). Dasselbe gilt bezüglich der beanstandeten Feststellung, der Beschwerdeführer habe nicht bestritten, dass einzelne Laubbäume mehr Schattenwurf als die beanstandete Baumgruppe zur Folge haben könne; dies habe er vielmehr als belanglos erachtet, hat doch der Beschwerdeführer in seiner Replik auf S. 4 in RZ 4.2 effektiv ausgeführt: "Ob eine andere Gartenbepflanzung noch mehr Schattenwurf zur Folge hätte, ist belanglos" (HG act. 36 S. 4) und zeigt er, der geltend macht, die Vorinstanz habe die Behauptung als unbestritten geblieben angenommen, nicht auf, an welcher anderweitigen Stelle er die entsprechende Behauptung der Beschwerdegegnerin bestritten hätte, sodass auf die Rüge schon nicht einzutreten ist (vgl. oben II.1). Schliesslich findet sich im angefochtenen Entscheid soweit ersichtlich auch nirgends eine Feststellung, wonach ganze Baumgruppen dem Ortsgebrauch entsprächen, vielmehr hat die Vorinstanz dies - zumindest für den vorliegenden Fall - als unerheblich eingestuft (vgl. KG act. 2 S. 23). Der Beschwerdeführer verkennt sodann, dass in einem Prozess sich die Parteien gestützt auf ihre prozessualen Erklärungen resp. Unterlassen der Bestreitung entsprechender Behauptungen der Gegenpartei zu einem Ortsgebrauch einig sein können, ohne dass es dazu einer Umfrage bei allen Quartiergenossen bedürfte. Wo er entsprechende Behauptungen zum Ortsgebrauch bestritten hätte, zeigt er, der ausführt, es sei bestrittenermassen eine Einigkeit der Parteien

angenommen worden, mit seiner Rüge ebensowenig auf, wie worin die willkürliche "Missinterpretation" seiner replizierenden Ausführungen durch die Vorinstanz liegen soll, sodass darauf gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. zu den Anforderungen an die Begründung der Aktenwidrigkeits- resp. Willkür II.1).

- 19 - Die Rügen gehen daher fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

### **E. 3.5**

(Abstellen auf unzulässige Noven) sowie RZ 3.7 bis 3.9 seiner Beschwerde (Abstellen auf unhaltbare und unbewiesene Annahmen bezüglich Sonnenscheindauer an einem Wintertag am rechten Zürichseeufer) auch in Bezug auf Erw. 3.8 S. 22 im angefochtenen Entscheid (KG act. 1 RZ 3.10), welche wie folgt lautet:

- 44 - "Nach dem Gesagten sind in den Monaten November bis Februar jeweils um die Mittagszeit bzw. am frühen Nachmittag auf dem Grundstück des Klägers wesentliche Beschneidungen des Sonnenlichts zu verzeichnen, welche auf die in Frage stehenden drei Nadelbäume der Beklagten zurückzuführen sind. Es fragt sich nun, ob diese Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB als übermässig erscheinen. Dabei spielen Lage und Beschaffenheit der beiden in Frage stehenden Grundstücke und insbesondere der Ortsgebrauch eine entscheidende Rolle" (KG act. 2 S. 22). b) Der Beschwerdeführer kommt damit den Anforderungen an eine Beschwerdebegründung mit Nachweis des Nichtigkeitsgrundes nicht nach, weshalb auf diese Rügen in Anwendung von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden kann (vgl. zu den Anforderungen oben II.1). 11. a) Der Beschwerdeführer führt alsdann folgende Passage aus Erw. 3.8.2 S. 23 des vorinstanzlichen Urteils als mit Nichtigkeitsgründen behaftet an: "Zu prüfen bleibt, ob der von der beanstandeten Baumgruppe ausgehende Schattenwurf einen Extremfall darstellt; dann wäre dieser trotz Ortsüblichkeit als übermässig einzustufen. Davon kann aber aus objektiver Sicht keine Rede sein.". Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz baue ihre gesamte weitere Argumentation auf einer falschen Vergleichsgrundlage auf. Zu Unrecht nehme sie an, dass ganze Gruppen von Bäumen, ja sogar von Waldbäumen und Nadelbäumen, in der näheren und weiteren Wohnumgebung um die Liegenschaften der Parteien herum hinzunehmen seien. Damit verschärfe sich natürlich das Mass des Extremes, worauf die Vorinstanz abstellen wolle, was unzulässig sei (KG act. 1 RZ 3.15). b) Damit wird kein Nichtigkeitsgrund des Katalogs von § 285 ZPO dargetan, ja es wird nicht einmal die Aktenstelle genannt, wo die Vorinstanz die mit der Begründung als zu unrecht erfolgt beanstandete Annahme treffen soll, weshalb auf diese Rügen gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. oben II.1).

- 45 -

### **E. 4**

a) Nach der Darstellung des Beschwerdeführers enthält auch der an die vorstehend III.3 wiedergebene Urteilsstelle anschliessende Schluss von Erw. 3.6.2 ("Dies wird untermauert durch die bei den Akten liegenden Fotografien [vgl. etwa act. 4/3, 4/4, 4/6, 38/2, 68, 94]") aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen. Denn dass das Obergericht den Ortsgebrauch (dass im Quartier der Parteien von Bäumen ausgehende Immissionen üblich und normal seien) als durch die nachfolgend aufgeführten Fotografien untermauert angesehen habe, wobei all diese nicht zur Untermauerung der falschen vorinstanzlichen Feststellung angeblichen Ortsgebrauchs von ganzen Gruppen von Nadelbäumen taugten, finde sich doch darunter kein einziger Anhaltspunkt dafür, wie es sich im Quartier der

Parteien anderswo bezüglich ganzer Baumgruppen, insbesondere aus Wald- bäumen bestehend, verhalten könnte, falle auf der ganzen Linie durch (KG act. 1 RZ 3.4 i.V.m. KG act. 1 RZ 4.2.1). aa) BG act. 4/3 und act. 4/4 (gemeint seien wohl Beilagen 5/3 und 6/2 zur Klageschrift): Darin sei eine alleinstehende (Zier- bzw. Zucht-)Föhre auf dem Grundstück, das westlich an dasjenige des Beschwerdeführers angrenze, zu se- hen. Sie beeinträchtige den Beschwerdeführer und dessen Liegenschaft nicht, zumindest nicht schattenwurfmässig. Die von dieser Föhre ausgehende Be- schattung treffe den dortigen Liegenschafteneigentümer selber. bb) In BG act. 4/6 (gemeint sei wohl Beilage 8/2 zur Klageschrift) sei der am meisten westlich gelegene der drei inkriminierten Nadelbäume zu sehen. Auch die Klagebeilagen 4/1-3 (act. 4/2) sowie 6/1 (act. 4/4) würden die drei inkriminierten Nadelbäume zeigen. Das bilde keinen Beweis für Ortsgebrauch, sondern sei ein- zig Parteibehauptung. cc) Act. 38/2 seien die computererstellten Visualisierungen des Schatten- gutachtens. Sie würden einzig die drei inkriminierten Nadelbäume als Grafiksymb- ol und nicht als Fotografie sowie die nicht streitrelevante viel weniger hohe und

- 20 - nur marginal Schatten werfende Zier- bzw. Zuchtföhre auf dem südlichen Nach- bargrundstück zeigen. dd) Act. 68 seien die von der bezirksgerichtlichen Delegation am Augen- schein vom 7. April 2005 aufgenommenen Bilder und zeigten einzig die drei in- kriminierten Nadelbäume. ee) Act. 94 zeige ebenfalls einzig die drei inkriminierten Nadelbäume. b) Nachfolgend sind die - lediglich implizit durch Verweis ("dies wird unter- mauert durch die bei den Akten liegenden Fotografien") auf die entsprechenden Aktenstücke gemachten ("vgl. etwa act. 4/3, 4/4, 4/6, 38/2, 68, 94") - Tatsachen- feststellungen der Vorinstanz hinsichtlich im Quartier der Parteien vorkommender Bäume auf Aktenwidrigkeit hin zu prüfen. Vorauszuschicken ist dabei, dass ent- gegen der Unterstellung des Beschwerdeführers in RZ 3.4.6 seiner Beschwerde die Vorinstanz nirgends feststellt, dass "ganze Gruppen von Nadelbäumen" orts- üblich seien, sondern die Feststellungen vielmehr lauten, dass der Beschwerde- führer selber einzelne Laubbäume (und einzelne Waldbäume) als quartierüblich bezeichne (KG act. 2 S. 3 und S. 15), ferner dass auch in der näheren Umgebung der beiden Grundstücke der Parteien das Quartier relativ dicht mit Bäumen und Sträuchern bepflanzt sei (KG act. 2 S. 15), dass Bäume und die von ihnen ausge- henden Immissionen im Quartier der Parteien als üblich und normal gälten (KG act. 2 S. 14). aa) In BG act. 4/3 sind auf der Fotografie 5/1 rechts im Bild die kahlen Äste eines Laubbaumes ersichtlich, auf der Fotografie 5/2 neben dem Nachbarhaus (angeschnitten) eine Föhre, auf der Fotografie 5/3 noch einmal dieselbe Föhre in ganzer Ansicht, zwei weitere Nadelbäume auf der weiter entfernten Seite des Nachbarhauses sowie ein weiter vom Nachbarhaus entfernt stehender Nadel- baum. In BG act. 4/4 sind auf der Fotografie 6/1 nebst den drei inkriminierten Bäumen mindestens zwei (kahle) Laubbäume sowie drei weitere Nadelbäume zu sehen und auf der Fotografie 6/2 nebst der zum Grundstück des Beschwerdefüh- rers grenznahen Föhre (gleich wie in act. 4/3 Fotografie 5/3) beim Nachbarhaus zwei weitere Nadelbäume auf der weiter entfernten Seite des Nachbarhauses

- 21 - (gleich wie in act. 4/3 Fotografie 5/3) sowie mindestens ein weiterer kahler Laub- baum und auf der Fotografie 6/3 ragen rechts im Bild die kahlen Äste eines Laub- baumes ins Bild und sind hinter dem Haus des Klägers zwei Nadel- sowie mehre- re Laubbäume (als Gruppe resp. relativ dicht in einer Reihe nebeneinander ste- hend) ersichtlich. bb) In BG act. 4/6 ist auf der Fotografie 8/2 nicht wie vom Beschwerdeführer ausgeführt alleine einer der inkriminierten Nadelbäume ersichtlich, sondern min- destens ein weiterer (nicht

streitgegenständlicher) Nadelbaum. BG act. 4/2 wird von der Vorinstanz an der vom Beschwerdeführer genannten Stelle nirgends her- angezogen, weshalb diesbezüglich eine aktenwidrige Annahme bereits aus die- sem Grund ausscheidet. In BG act. 4/4 auf der Fotografie 6/1 sind (wiederum ent- gegen der Darstellung des Beschwerdeführers) nebst den drei inkriminierten Bäumen mindestens zwei (kahle) Laubbäume sowie drei weitere Nadelbäume zu sehen. Die Rüge des Beschwerdeführers geht auch aus diesem Grunde ins Lee- re. cc) Ebenfalls in BG act. 38/2/1-17 sind entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers mehr als bloss die drei streitgegenständlichen Bäume ersichtlich. Be- reits die für das private Schattengutachten des Beschwerdeführers graphisch her- vorgehobenen Bäume betragen in ihrer Anzahl fünf und nicht lediglich deren drei. Des weitem ist auf den "Fotos" (so immerhin die Bezeichnung des Beschwerde- führers selber in seinem Beilagenverzeichnis zur Replik), welche nebst den Häu- sern der Parteien mindestens sieben weitere umliegende Liegenschaften aus der Vogelperspektive (resp. in der Terminologie der Geometer "isometrischer Ansicht aus südöstlicher Richtung", BG act. 38/1 S. 3 unten) abbilden, auch eine Vielzahl von Bäumen oder Sträuchern ersichtlich. Einzig die Höhe und die Arten der Bäu- me resp. Sträucher lassen sich darauf nicht erkennen. Auch in Bezug auf diese Urkunden kann daher von einer Aktenwidrigkeit mit Bezug auf die vorinstanzliche Feststellung keine Rede sein. dd) Auch hinsichtlich den Fotografien in BG act. 68 sind wiederum entgegen der beschwerdeführerischen Darstellung weitere als bloss die drei inkriminierten drei Nadelbäume ersichtlich. Im Bild Nr. 2 stehen in einem rund 90-Grad-Winkel

- 22 - zu den inkriminierten Bäumen gerade noch einmal mindestens vier Nadelbäume. Auf Nr. 1, 7, und 10 tritt ein neben den inkriminierten Nadelbäumen stehender Laubbaum in Erscheinung und auf einigen der Bilder ist ein blühender Kirsch- baum (o.ä.) sowie weitere Bäume ersichtlich, auf wessen Grundstück diese ste- hen, allerdings nicht. ee) Schliesslich ist auch auf BG act. 94 nebst den inkriminierten Nadelbäu- men der bereits erwähnte, gleich daneben stehende Laubbaum sichtbar. Ferner sind im linken oberen Bildrand hinter den nachbarlichen Häusern nebst weiteren zwei Nadelbäumen gruppen- (ja fast wald-)artig stehende Laubbäume sichtbar. Auch hier gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, eine aktenwidrige Feststellung der Vorinstanz aufzuzeigen. ff) Zusammengefasst ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach "dies" durch die bei den Akten liegenden Fotografien untermauert werde, nicht als ak- tenwidrig oder willkürlich zu beanstanden.

## **E. 5**

Weiter ist der Beschwerdeführer der Ansicht, Erw. 3.6.2 am Schluss des angefochtenen Entscheides sei mit Nichtigkeitsgründen behaftet. Diese lautet wie folgt (KG act. 2 S. 14): "Selbst wenn aber die Behauptung, dass Bäume und deren Immissionen im Quartier typisch seien, als Novum hätte qualifiziert werden müssen, wäre dieses durch die im Berufungsverfahren eingereichten Fotografien (act. 114/1) und den Auszug aus dem TwixRoute-Plan (act. 114/4) als sofort be- wiesen zu betrachten gewesen und damit zulässig (§ 267 i.V. mit § 115 Ziff. 2 ZPO). Dass die Fotografien nicht parzellenspezifisch zugeordnet werden und der Aufnahmestandort nicht näher spezifiziert ist, ist ohne Bedeutung, nachdem je- denfalls vom Kläger nicht bestritten wurde, dass es sich dabei um Quartierauf- nahmen handelt und die Ortsangaben zutreffen (act. 119 S. 14). Die Beklagte hat zudem einen Plan mit den Standorten der fotografierten Baumgruppen nachge- reicht (act. 125/2+3), welcher vom Kläger nur unsubstanziert als nicht schlüssig und als beweisuntauglich zurückgewiesen wird. Es trifft auch nicht zu, dass das Programm

TwixRoute eine differenzierte Aussage, was Rasen und was Büsche oder Bäume seien, nicht zulasse (act. 119 S. 14). Eine, wenn auch nicht ganz scharfe, Differenzierung lässt sich sehr wohl vornehmen (vgl. act. 114/4). Gemäss

- 23 - Angaben auf dem Ausdruck wird sodann der Stand 2005 dokumentiert. Von einem stark überalterten Ausdruck (act. 129 S. 9) kann dementsprechend nicht gesprochen werden, zumal der vorliegende Rechtsstreit seit dem Jahre 2002 rechtshängig ist. Der Kläger hat auch nicht behauptet, dass sich der Baumbestand im Quartier in den letzten Jahren erheblich verändert habe." (KG act. 1 RZ 3.5 i.V.m. KG act. 1 RZ 4.1, RZ 4.2 und RZ 4.3).

### **E. 5.1**

a) Zur Begründung der Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (des Novenrechts sowie der Verhandlungs- resp. Eventualmaxime) führt der Beschwerdeführer aus, Argumente und Beweisofferten zum Ortsgebrauch hätten im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden müssen. Die von der Vorinstanz herangezogenen neuen Dokumente OG act. 114/1-5 und OG act. 125/1-3 hätten aus dem Recht gewiesen werden müssen und für das Urteil nicht berücksichtigt werden dürfen. Ausserdem macht er geltend, nichts könne in den OG act. 114/1-5 und OG act. 125/1-3 etwas als "sofort bewiesen" erscheinen lassen. OG act. 114/2 sei bloss eine Liste für rein theoretischen Sonnenauf- und -untergang für den Mittelpunkt der Schweiz; er habe sich zu dieser Sonnenaufgangs- und -untergangsübersicht in der Berufungsantwort RZ 2.5 ablehnend geäussert. Die Beschwerdegegnerin hätte sich mit abweichenden eigenen Vorstellungen darüber, wie lange ein Tag zu welcher Jahreszeit in Q dauere und ob dann auch die Sonne scheine, in der Stellungnahme zum Beweisergebnis am Bezirksgericht X äussern können. Dort sei kein Wort von angeblich 8 Stunden Sonnenscheindauer am 21. Dezember die Rede. Wäre dies geschehen, hätte der Ex parte ergänzend zur effektiven, langjährig erhobenen Sonnenscheindauer am kürzesten Tag befragt werden müssen; das seien nie acht Stunden. Den Zonenplan (OG act. 114/5) habe es bereits bei Klageeinleitung in der Erstinstanz gegeben, sodass es sich um kein Novum handle. Anschliessend folgen Ausführungen zu unterschiedlichen Zonen. Er habe den in OG act. 125/3 dargestellten Schattenwurf in der Berufungsduplik in Frageform gehörig als reine Parteibeauptung gerügt. Auch so etwas

- 24 - hätte in der Stellungnahme zum Beweisergebnis in der Erstinstanz vorgetragen werden müssen. b) Bei der gerügten Begründung der Vorinstanz handelt es sich um eine Alternativbegründung. Aus den vorangehenden Ausführungen der Vorinstanz auf S. 13 unten und S. 14 oben in Erw. 3.6.2 des angefochtenen Entscheides, wonach die Beschwerdegegnerin bereits vor der Erstinstanz geltend gemacht habe, die streitige Baumgruppe trete weniger voluminös in Erscheinung als ein einzelner Laub- oder Nadelbaum, der Beschwerdeführer zugestanden habe, dass in den Gärten im Quartier an der R.strasse vorwiegend Laubbäume zu finden seien, und er nicht bestritten habe, dass solche einzelne Bäume mehr Schattenwurf als die beanstandete Baumgruppe zur Folge haben könne, ferner dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer darauf behaftet habe, dass Laubbäume in den Gärten des Quartiers typisch seien, dass aber auch Nadelbäume vorkämen, erhellt, dass die Vorinstanz in der Hauptbegründung davon ausging, dass es sich bei der Behauptung betreffend Ortsüblichkeit von Bäumen gar nicht um eine neue Behauptung der Beschwerdegegnerin handle und sie lediglich in der Eventualbegründung (selbst wenn man doch davon ausginge, es handle sich um ein Novum) diese Behauptungen

für zulässig erachtet hat. Die Hauptbegründung der Vorinstanz, worin diese implizite davon ausgeht, dass es sich bei der Behauptung betreffend Ortsüblichkeit von Bäumen nicht um ein Novum handle, wird vom Beschwerdeführer nicht in genügender Art und Weise beanstandet (vgl. oben III.3.1.b und III.3.2.b). Stützt sich ein Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, kann nach langjähriger Praxis des Kassationsgerichts eine Nichtigkeitsbeschwerde nur dann zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen, wenn damit sämtliche den Entscheid selbständig tragenden Begründungen zu Fall gebracht werden. Die Beschwerde kann also nicht durchdringen, wenn sich auch nur eine der verschiedenen Argumentationen als unanfechtbar erweist oder – als Folge des im Beschwerdeverfahren geltenden Rügeprinzips – die Beschwerde sich nur gegen einzelne der verschiedenen Begründungen richtet. Diesfalls bleibt der angefochtene Entscheid nämlich jedenfalls gestützt auf die erfolglos bemängelte oder un-

- 25 - angefochten gebliebene Begründung bestehen und tritt das Kassationsgericht – abgesehen von denjenigen Fällen, in denen eine der Prüfung durch das Kassationsgericht entzogene Alternativbegründung bereits beim Bundesgericht angefochten worden ist – mangels Rechtsschutzinteresses auf eine Beschwerde, die sich lediglich gegen eine von mehreren selbständigen Begründungen richtet, nicht ein (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 24; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 291 ZPO; ZR 107 Nr. 76). Weil im Unterschied zur früheren Rechtslage nach Art. 100 Abs. 6 BGG die Frist zur (direkten) Anfechtung des ober- resp. handelsgerichtlichen Entscheids beim Bundesgericht nach Abschluss des Kassationsverfahrens zu laufen beginnt, womit die Möglichkeit einhergeht, – im Falle der bundesgerichtlichen Kompetenz zu deren Überprüfung – auch die vor Kassationsgericht unangefochten gebliebene(n) Begründung(en) noch zu Fall zu bringen, hat das Kassationsgericht unlängst entschieden, bei Erfüllung der übrigen formellen Anforderungen an eine Beschwerdebegründung zumindest im Regelfall auf Rügen gegen einzelne Alternativbegründungen einzutreten und diese materiell zu beurteilen (ZR 107 Nr. 21), steht im Zeitpunkt des kassationsgerichtlichen Entscheids doch regelmässig noch nicht fest, ob sich der geltend gemachte Mangel in der bzw. den hierorts angefochtenen Begründung(en) im Ergebnis zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt habe oder nicht (vgl. § 281 ZPO). Andernfalls, d.h. wenn eine (nachträgliche) Aufhebung der vor Kassationsgericht nicht (genügend) angefochtenen Begründung durch das Bundesgericht als ausgeschlossen erscheint, kann eine Prüfung der lediglich gegen einzelne Begründungen gerichteten Rügen weiterhin unterbleiben (ZR 107 Nr. 76 Erw. 5/a-c). Vorliegend hat der Beschwerdeführer nach seinen Angaben bereits Beschwerde beim Bundesgericht eingelegt (KG act. 1 S. 3 RZ 1.7, vgl. auch Anfrage des Bundesgerichts betreffend Verfahrensstand 5A\_740/2007 i.S. der Parteien vom 3. November 2008, KG act. 23). Da es sich bei der Feststellung, dass die Behauptung des Ortsgebrauchs von Bäumen nicht neu sei, sondern die entsprechenden Behauptungen bereits in der Erstinstanz aufgestellt wurden, nicht um eine Rechtsfrage, sondern um eine Frage des prozessualen Sachverhalts handelt,

- 26 - ist die vorinstanzliche Alternativbegründung der Prüfung durch das Kassationsgericht nicht entzogen. Demgegenüber würde das Bundesgericht selbst im Falle einer entsprechenden Rüge grundsätzlich die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz nicht überprüfen (Art. 105 BGG; vgl. auch BGer. 4A\_499/2007 vom 13.05.2008). Somit erscheint die Aufhebung der vor Kassationsgericht nicht genügend angefochtenen Hauptbegründung durch das Bundesgericht als ausgeschlossen und hat sich die

Eventualbegründung des Obergerichts (dass selbst wenn es sich um ein Novum handeln würde, dieses zulässig sei) nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt, da selbst bei Aufhebung derselben der angefochtene Entscheid jedenfalls mangels den Anforderungen von § 288 ZPO entsprechender Anfechtung der Hauptbegründung gestützt auf diese bestehen bleibt. Auf die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Novenrecht, Eventual- resp. Dispositionsmaxime) kann daher nach dem Gesagten mangels Rechtsschutzinteresse (§ 51 ZPO) auch in Bezug auf die an dieser Stelle beanstandete Urteilsabwägung nicht eingetreten werden.

## **E. 5.2**

a) Schliesslich habe die Vorinstanz - so der Beschwerdeführer - sein rechtliches Gehör und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, indem sie die richterliche Fragepflicht gegenüber dem Beschwerdeführer nicht ausgeübt habe. Der Beschwerdeführer fühle sich in seinem rechtlichen Gehör verletzt, wenn ihm sinngemäss ungenügende Bestreitung bzw. gar Anerkennung des von der Beschwerdegegnerin behaupteten, aber gar nicht nachgewiesenen, Ortsgebrauchs vorgeworfen werde. Die Vorinstanz hätte in Ausübung ihrer richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO) die inhaltlichen Bestreitungen des Beschwerdeführers vervollständigen lassen müssen, als sie zum Schluss gekommen sei, auf die Noven eintreten zu wollen (KG act. 1 RZ 4.1.5 und RZ 4.3.1 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.5.28). b) Nach dem Vorstehend unter III.5.1b Gesagten ist auch auf diese Rüge mangels Rechtsschutzinteresses zufolge ungenügender Anfechtung der Hauptbegründung (keine Noven) nicht einzutreten. Würde die Rüge anhand genommen, wäre sie aber auch unbegründet:

- 27 - Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, so ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung (§ 55 ZPO). Bei der richterlichen Fragepflicht handelt es sich als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör (§ 56 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) um einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 55 ZPO und N 36 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 184). Darüber, ob die richterliche Fragepflicht bei anwaltlich vertretenen Parteien gleich weit geht wie bei Laien, gehen die Meinungen auseinander. Gemäss Lieber ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob eine Partei anwaltlich vertreten bzw. selbst rechtskundig ist (Lieber, a.a.O., S. 168 m.w.H.). Sarbach plädiert demgegenüber dafür, einen unterschiedlichen Massstab anzuwenden, resp. dass sich im Falle rechtskundiger Vertretung eher als bei einem Laien die Annahme vertreten lasse, es seien bestimmte Vorbringen bewusst nicht konkretisiert worden, womit insofern keine richterliche Fragepflicht bestehe (Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 137 ff.). Auch die Kommentatoren zur bernischen ZPO vertreten die Meinung, dass die richterliche Hilfestellung gegenüber einem Rechtsunkundigen weitergehen dürfe als gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A., Bern 2000, N 2b zu Art. 89 ZPO). Während gemäss Rechtssprechung des Kassationsgerichts die anwaltliche Vertretung grundsätzlich keinen Einfluss auf die richterliche Fragepflicht hat (RB 1991 Nr. 38; ZR 104 Nr. 9), geht die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung sogar in Verfahren, die von der Untersu-

chungsmaxime beherrscht werden, davon aus, dass die Fragepflicht grundsätzlich nur bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien bestehe (BGer 4C.392/1999 vom 11.02.2000 Erw. 2c; BGer 4C.395/2005 vom 01.03.2006, Erw. 4.3 mit Kritik von Schwander, in: ZZZ 2007, 207). Die Frage, ob die richterliche Fragepflicht auch bei - wie hier - anwaltlich vertretenen Parteien zum Tragen komme, kann jedoch offen gelassen werden, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

- 28 - Die richterliche Fragepflicht setzt nämlich (selbst bei einer rechtsunkundigen Partei) erst dann ein, wenn eine Partei die gegnerischen Vorbringen bestreitet, dabei aber die hinreichende Substanziierung unterlässt, nicht aber schon beim Fehlen jeglicher Bestreitung. Die richterliche Fragepflicht erfüllt also insbesondere nicht den Zweck, der betreffenden Partei zu ermöglichen, zwar entscheidungswesentliche, aber – aus welchen Gründen auch immer – in den Parteivorträgen nicht aufgestellte Behauptungen resp. Bestreitungen nachträglich noch in den Prozess einzuführen. Vielmehr greift die Fragepflicht nur hinsichtlich des bereits Vorgebrachten, sofern dasselbe unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt. Sie setzt mit anderen Worten voraus, dass zumindest der – prozessual rechtzeitig eingebrachte – Ansatz zu einer auf den Prozess gerichteten (Tatsachen-)Behauptung oder Erklärung vorliegt, d.h. dass ein bestimmter Sachverhalt von einer Partei zumindest andeutungsweise bzw. in rudimentärer Form behauptet oder bestritten wird und lediglich in gewissen Richtungen erkennbarerweise der Vervollständigung bedarf (Lieber, a.a.O., S. 165 f., 167 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 und 3 zu § 55 ZPO; Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 68 f.; RB 1980 Nr. 13; eingehend ferner Sarbach, a.a.O., S. 145 ff. und 189). Der Umstand, dass eine Partei deshalb von substanziierten Bestreitungen absieht, weil sie von einer zivilprozessualen unrichtigen Rechtsauffassung ausgeht, lässt keine Fragepflicht entstehen (vgl. Kass.-Nr. 93/162 Z vom 11. April 1994 i.S. F.R. Erw. II.3.1b). Auch im Hinblick auf § 55 ZPO ist es denn nicht Aufgabe des Richters, einer Partei zu raten, was sie zweckmässigerweise behaupten bzw. bestreiten soll, um den Prozess zu gewinnen, denn er verlöre ansonsten seine Unparteilichkeit und müsste nach § 96 Ziff. 2 GVG in den Ausstand treten (vgl. ZR 90 Nr. 37; RB 1993 Nr. 26; Kass.-Nr. 2002/390 Z, Entscheid vom 29.04.2003 i.S. G., Erw. II.3.2). Vorliegend hat der Beschwerdeführer vor Vorinstanz die Auffassung geäussert, die Behauptungen der Beschwerdegegnerin betreffend Ortsüblichkeit von Bäumen seien unzulässige Noven und hat daher die entsprechenden Behauptungen der Beschwerdegegnerin inhaltlich überhaupt nicht bestritten (jedenfalls tut er nicht dar, dass und wo er die seiner Ansicht nach neuen Behauptungen der Beschwerdegegnerin zur Ortsüblichkeit von Bäumen zumindest ansatzweise be-

- 29 - stritten hätte). Damit bestand für die Vorinstanz kein Anlass, ihn zur substanziierten Bestreitung dieser Behauptungen anzuhalten und hat sie die richterliche Fragepflicht nicht verletzt, indem sie dies unterliess.

### **E. 5.3**

a) Weiter ist der Beschwerdeführer der Ansicht, die Vorinstanz hätte einen Augenschein vornehmen müssen, wenn sie (im Gegensatz zur Erstinstanz) auf die Art und das Mass der Durchgrünung in der von der Beschwerdegegnerin umrissenen Gegend (OG act. 114/3, 4) hätte abstellen wollen. Dann hätte die Vorinstanz nämlich bemerken müssen, dass sich die Nachbarliegenschaft R.strasse 9a - 9d noch gar nicht in OG act. 114/4 befinde, sich entlang der Grundhofstrasse eine riesige Überbauung mit minimaler Durchgrünung gebildet habe,

dass auch die Liegenschaften R.strasse 6 & 8 neu überbaut worden seien sowie Sch.strasse 3 gerodet worden und der alte Baumbewuchs überall beseitigt worden sei (KG act. 1 RZ 3.5.11 f. i.V.m. KG act. 1 RZ 4.1.3 und RZ 4.3.2). b) Abgesehen davon, dass nach dem vorstehend III.5.1b Gesagten bereits mangels Rechtsschutzinteresses nicht auf die Rügen gemäss RZ 3.5 der Beschwerdeschrift einzutreten ist, zeigt der Beschwerdeführer auch nicht auf, wo er sich auf einen Augenschein berufen hätte, resp. welche, wo bestrittene Tatsache die Vorinstanz als unbestritten hingenommen habe. Aus diesen Ausführungen ergibt sich auch sonst kein Nichtigkeitsgrund, weshalb auch gestützt auf § 288 ZPO (vgl. das unter II.1 Ausgeführte) auf die Rüge, die Vorinstanz hätte einen Augenschein durchführen müssen, nicht eingetreten werden kann.

#### **E. 5.4**

a)aa) Zur Begründung seiner Rüge, dass die eingangs unter III.5. wiedergegebene Urteilserwägung aktenwidrige bzw. willkürliche tatsächliche Annahmen enthalte (KG act. 1 RZ 3.5 i.V.m. act. 1 RZ 4.1.3, RZ 4.2 und 4.3), führt der Beschwerdeführer einmal aus, dass die von der Beschwerdegegnerin erstellten Fotos (OG act. 114/1) reine Parteibehauptungen und von ihm in der Berufungsantwort (OG act. 119) bestritten worden seien. Es lägen keine amtlich bestätigten Fotos vor, die Beschwerdegegnerin habe den Standort der Aufnahmen selber willkürlich bestimmt. Mit dem kleinen Ausschnitt, den die Fotos zeigen würden, seien sie nicht aussagekräftig. Es gehe daraus nicht hervor, wann wohin der Schatten solcher Bäume falle. Es sei unhaltbar, daraus schlüssige Beweisergebnisse ziehen zu wollen. Ein Rundgang durch die Fächer zwischen Langackerstrasse und A.strasse - R.strasse einerseits und A.strasse - R.strasse und H.strasse zeige, dass viele von der Beschwerdegegnerin in act. 114/4 fotografierten Bäume so auf den Parzellen situiert seien, dass sie ihren Schatten auf die eigene Parzelle oder die Strasse und kaum auf das oberhalb angrenzende Grundstück würfen. Das sei aus act. 114/1 ersichtlich wie auch, dass Nadelbäume in Zier- und Zuchtform vorkämen und zwar als Sichtschutz von der Strasse her und dass zur Durchgrünung der Wohnzone niedrig gewachsene oder unter der Schere gehaltene Laub- und teilweise auch Nadelbäume zählen würden (nicht so hoch, wie dies bei den inkriminierten Nadelbäumen der Beschwerdegegnerin der Fall sei). Die einzige wirkliche Gruppe von Bäumen zeige act. 114/1/2 - die drei inkriminierten Nadelbäume, die von einem für den Beschwerdeführer nicht relevanten Standpunkt in der Weise aufgenommen worden sei, dass der falsche Eindruck einer Gruppe von möglicherweise 7 Bäumen entstehe. Auch act. 114/1/1 zeige aus grösserer Distanz mehrere Bäume, ohne etwas auszusagen über Art und Mass der Beschattung (KG act. 1 RZ 3.5.4-3.5.10). bb) Sodann begründet der Beschwerdeführer seine Rüge der aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme durch die Vorinstanz mit den oben unter III.5.1/a wiedergegebenen Ausführungen zu OG act. 114/2 und OG act. 114/5. Ferner beanstandet er bezüglich OG act. 114/3, dass dies ein schlecht lesbares Dokument sei, welches nie irgendetwas als sofort bewiesen erscheinen lassen könne. Offenbar sollten die von der Beschwerdegegnerin angebrachten Farbmarkierungen die Parzellen zeigen, auf welchen die in OG act. 114/1 abgebildeten Bäume stünden, wobei nicht ersichtlich sei, wo genau. Würden diese Bäume am hangunteren Parzellenende stehen, würden sie die eigene Parzelle beschatten, was ganz andere Verhältnisse abgebe als bei den Parteien. Ohne Augenschein lasse sich aus einem solchen Dokument nie ein Ortsgebrauch ermitteln. Ferner wird die Unbrauchbarkeit von OG act. 125/1 geltend gemacht (KG act. 1 RZ 3.5.13 f., 3.5.18, 3.5.20). cc) Eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme der Vorinstanz

begründet der Beschwerdeführer ferner damit, dass die Vorinstanz in unhaltbarer

- 31 - Weise aus OG act. 114/4 schliesse, man könne Bäume, Sträucher, Gruppen solcher Bäume und Sträucher sowie deren Lichtdurchlässigkeit ermitteln und daraus das Störpotential für Nachbarn beurteilen. Dazu komme, dass dieser Twixtelauszug veraltet sei, was die Vorinstanz schlicht unterschlagen habe (KG act. 1 RZ 3.5.15 ff.). dd) Schliesslich will der Beschwerdeführer aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen der Vorinstanz aufzeigen indem er ausführt, dass mit OG act. 125/2 und OG act. 125/3 in der Berufungsrepublik zu verbessern versucht werde, was in der Berufungsantwort kritisiert worden sei. So stelle OG act. 125/3 dieselbe Beilage wie act. 114/3 dar, ausser dass die Fotos genauer einzelnen Parzellen zugeordnet würden. Die Dokumente liessen nach wie vor nicht den geringsten Rückschluss auf einen Ortsgebrauch zu. Aufgrund der vom Beschwerdeführer vorgetragene Rügen hätte die Vorinstanz act. 125/2 massiv hinterfragen müssen und nie einen sofortigen Beweis für was auch immer akzeptieren dürfen. Der Beschwerdeführer lässt alsdann "sofort ins Auge springende" Besonderheiten (wie dass gewisse der abgebildeten Bäume im Winter ihre Blätter verlieren, zur Höhe der Bäume und welche Liegenschaften die fotografierten Bäume beschatteten) folgen (KG act. 1 RZ 3.5.21-3.5.23). ee) Weiter führt er aus, dass es die Beschwerdegegnerin sei, welche ihre bestrittenen Noven rechtfertigen müsse und nicht der Beschwerdeführer. Es sei haltlos, ihm zu unterstellen, er habe in nicht substantzierter Weise bestritten, habe er doch dies in RZ 6.14-6.16 (gemeint wohl der Berufungsantwort, auf welche er in RZ 3.5.4 der Beschwerde Bezug nimmt) gemacht: Grösse der geltend gemachten Bäume und deren genaue Situierung auf der Parzelle, Schattenwurf auf Nachbarparzellen, warum Duldung durch den Nachbarn, zu ungenauer Parzellenbezug der Fotos in act. 114/1 und damit ungenügende Aussagekraft. Willkürlich wäre es, wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer damit sinngemäss unterstellen würde, er habe die Zulässigkeit dieser Noven akzeptiert, oder gar einen Ortsgebrauch bezüglich Gruppen von Waldbäumen anerkannt - was von ihm klar verneint worden sei (KG act. 1 RZ 3.5.5).

- 32 - b)aa) Ob der Inhalt der Fotografien in OG act. 114/1 in Widerspruch stehe zur an dieser Stelle beanstandeten Feststellung der Vorinstanz, dass Bäume und die von ihnen ausgehenden Immissionen im Quartier der Parteien typisch seien, und dies selbst bei Qualifikation als Novum durch diese Fotografien als sofort bewiesen zu betrachten und damit zulässig sei (vgl. KG act. 1 RZ 3.5), braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, da sich die Feststellung nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt hat mangels genügender Anfechtung der Hauptbegründung (es sei keine neue Behauptung, vgl. vorstehend III.5.1b sowie oben III.3.1b und III.3.2b). Dies gilt auch bezüglich allen weiteren vorstehend unter III.5.4a wiedergegebenen Vorbringen des Beschwerdeführers, mit denen eine aktenwidrige resp. willkürliche tatsächliche Annahme begründet werden soll. Die nachfolgenden Ausführungen kommen ergänzend hinzu. bb) Mit den Ausführungen zu OG act. 114/2, OG act. 114/3 sowie OG act. 114/5 und OG act. 125/1 weist der Beschwerdeführer keine Aktenwidrigkeit oder Willkür nach und unterlässt es überdies, die seines Erachtens aktenwidrige oder willkürliche Feststellung der Vorinstanz in Bezug auf diese Akten überhaupt in genügender Weise zu bezeichnen, sodass auf diese Rügen ebenfalls gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. zu den Anforderungen des Nachweises der gerügten Aktenwidrigkeit resp. Willkür oben II.1). Selbst wenn jedoch die Rügen geprüft werden könnten, wären sie unbegründet: Die Vorinstanz stützt sich nämlich an der Stelle, auf die sich die vom Beschwerdeführer erhobene

Rüge bezieht, nirgends auf OG act. 114/2, OG act. 114/3, OG act. 114/5 oder OG act. 125/1 (vgl. KG act. 2 S. 14), weshalb eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme bereits aus diesem Grunde ausscheiden würde. cc) Der Beschwerdeführer kommt den Anforderungen an eine Beschwerde- begründung nicht nach, indem er genau bezeichnen würde, welche Feststel- lung(en) der Vorinstanz aktenwidrig oder willkürlich zu OG act. 114/4 sein sollen (vgl. oben II.1), sodass auf diese Rüge auch gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht eingetreten werden könnte.

- 33 - dd) Auch mit seinen Ausführungen zu OG act. 125/2 und OG act. 125/3 zeigt der Beschwerdeführer nicht einmal ansatzweise auf, worin die aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme der Vorinstanz bestehen soll. Auf seine Rüge ist daher auch aus diesem Grunde nicht einzutreten (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO; vgl. II.1). ee) Die Vorinstanz hat in der vom Beschwerdeführer an dieser Stelle seiner Beschwerde beanstandeten Erwägung 3.6.2 am Ende des angefochtenen Ent- scheidendes lediglich hinsichtlich OG act. 125/2+3 ausgeführt, dass diese vom Be- schwerdeführer nur unsubstanziert als nicht schlüssig und als beweisuntauglich zurückgewiesen würden (KG act. 2 S. 14), während die von ihm zum Nachweis einer Aktenwidrigkeit bezeichnete Aktenstelle (seine Berufungsantwort, OG act. 119, RZ 6.14-6.16) keine Ausführungen zu OG act. 125/2+3 enthält (sondern lediglich zu OG act. 114/1,3,4). An dieser Stelle des angefochtenen Entscheidendes hat ihm die Vorinstanz auch nicht "sinngemäss" unterstellt, er habe die Zulässig- keit dieser Noven akzeptiert, sondern sie hat ausgeführt, dass es sich nicht um Noven handle (Hauptbegründung) und selbst im Falle dass die Behauptung, dass Bäume und deren Immissionen im Quartier typisch seien, als Novum hätte qualifi- ziert werden müssen, dieses zulässig im Sinne von § 267 i.V.m. § 115 Ziff. 2 ZPO sei (Eventualbegründung). Hinsichtlich "Ortsgebrauch bezüglich Gruppen von Waldbäumen" würde eine Aktenwidrigkeit nur schon deshalb ausscheiden, weil die Vorinstanz an der vom Beschwerdeführer angeführten Stelle gar keine solche Feststellung getroffen hat. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz nirgends festgestellt, dass er die seiner Ansicht nach neuen Behauptun- gen der Beschwerdegegnerin oder ganze Gruppen von Waldbäumen als ortsüb- lich akzeptiert hätte. Die Rüge wäre damit auch unbegründet.

## **E. 5.5**

a) Schliesslich hat die Vorinstanz nach Ansicht des Beschwerdeführers klares materielles Recht verletzt, indem sie unlogische, gedanklich nicht nachvoll- ziehbare oder nicht schlüssige und damit haltlose und willkürliche Gedankengän- ge angestellt habe (Art. 9 BV i.V.m. § 285 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Zur Begründung dieser Rüge verweist der Beschwerdeführer auf "RZ 3.5.4 bis RZ 3.5.28" seiner Beschwerdeschrift, insbesondere 3.5.13 (diesbezügliche

- 34 - Ausführungen hinsichtlich OG act. 114/2 vgl. oben III.5.1a) und RZ 3.5.15 (dies- bezügliche Ausführungen bezüglich OG act. 114/4 vgl. vorstehend III.5.4a/cc) (KG act. 1 RZ 3.5.4-3.5.28 i.V.m. KG act. 1 RZ 4.3.3). b) Auch auf diese Rügen ist mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzu- treten (vgl. oben III.5.1b). Ausserdem genügt der Beschwerdeführer den Anforde- rungen an eine Beschwerdebegündung nicht: Hinsichtlich der Ausführungen des Beschwerdeführers in RZ 3.5.13 kann auf III.5.1b und III.5.4b/cc verwiesen wer- den. Mit seinen Ausführungen zeigt der Beschwerdeführer jedenfalls nicht auf, worin die seines Erachtens unlogischen, gedanklich nicht nachvollziehbaren oder nicht schlüssigen und damit haltlosen und willkürlichen Gedankengänge der Vo- rininstanz liegen sollen. Auf die Rüge kann daher auch gestützt auf § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nicht

eingetreten werden (vgl. oben II.1). Da es, wie ebenfalls bereits oben II.1 ausgeführt, nicht Sache des Kassationsgerichts ist, aus einer Auswahlsendung von 24 Randziffern einen möglichen Nichtigkeitsgrund herauszusuchen, ist auf die Rügen in RZ 3.5.4 "bis" RZ 3.5.28 ebenfalls nicht einzugehen. Was die Rüge des Beschwerdeführers in RZ 3.5.15 anbelangt, so lässt sich aus OG act. 114/4 in der Tat nicht der Bestand von Bäumen und Sträuchern im Quartier der Parteien entnehmen. Allerdings hat sich das (an sich unzulässige) Abstellen der Vorinstanz auf OG act. 114/4 nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt, weil die Vorinstanz dieses Aktenstück lediglich in der Eventualbegründung heranzieht (falls die Behauptung betreffend Ortsüblichkeit von Bäumen als Novum hätte qualifiziert werden müssen, diese damit als sofort bewiesen zu gelten hätte), während die Hauptbegründung (dass es gar keine unzulässige Noven seien) vom Beschwerdeführer nicht in genügender Weise angefochten worden ist (vgl. oben III.3.1b und III.3.2b sowie III.5.1b), sodass er kein Rechtsschutzinteresse an der Behandlung dieser Rüge hat. Soweit der Beschwerdeführer aufgrund der Einordnung seiner Rügen unter den Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts eine qualifiziert falsche (und damit willkürliche) Anwendung von Bundesrecht (Art. 684 ZGB) gel-

- 35 - tend machen will, ist auf diese Vorbringen auch in Anwendung von § 285 Abs. 2 ZPO nicht einzutreten (vgl. oben II.3).

## **E. 6**

Der Beschwerdeführer moniert Erw. 3.6.3 S. 15 sowie die zusammenfassende Erw. 3.8.1 S. 23 des angefochtenen Entscheides ebenfalls als mit Nichtigkeitsgründen behaftet. Die angefochtenen Erwägungen lauten wie folgt (KG act. 2 S. 15 sowie S. 23, KG act. 1 RZ 3.6 und RZ 3.14): "In solchen Wohnquartieren mit relativ grossen Gärten (in der Zone W2/20 z.B. dürfen nur 20% der Bodenfläche baulich genutzt werden) ist es üblich, dass sich die Nachbarn gegenseitig mit Hecken, Sträuchern, Büschen und auch relativ hohen Bäumen voneinander abgrenzen. Auch in der näheren Umgebung der beiden Grundstücke der Parteien ist das Quartier relativ dicht mit Bäumen und Sträuchern bepflanzt (vgl. act. 114/1 und 114/4). Selbst nach Angaben des Klägers sind Laubbäume (und einzelne Waldbäume) in den Gärten im Quartier typisch. Die Situation des Klägers stellt sich damit grundsätzlich nicht anders dar als jene von andern Grundstücken im Quartier. In solchen Gegenden muss mit vermehrten Immissionen durch Laub, Nadeln, Blüten oder Schatten usw. gerechnet werden und diese haben - ausgenommen Extremfälle - als ortsüblich zu gelten." und "In solchen Wohnquartieren mit relativ grossen Gärten haben pflanzliche Immissionen, insbesondere auch (negative) Immissionen von Bäumen - ausgenommen Extremfälle - als üblich zu gelten und sind hinzunehmen".

### **E. 6.1**

a) Der Beschwerdeführer macht die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch Fällung eines eigenen Sachentscheids ohne genügendes Beweismaterial in entscheidungsrelevanten bestrittenen Sachfragen geltend, da die "relativ grossen Gärten" kein taugliches Entscheidungskriterium seien, in den vier Wohnzonen rund um den Beschwerdeführer herum Ausnützungsziffern von 20%, 25%, 30% und 55% und in der Kernzone nur Abstände minimaler Art gälten und die Vorinstanz diesbezüglich tiefere Abklärungen hätte treffen und ein Beweisverfahren hätte durchführen müssen (KG act. 1 RZ 3.6.4 und RZ 3.9.3 i.V.m. KG act. 1 RZ 4.1.3). b) Wie oben unter II.1 dargelegt, hat der Beschwerdeführer, der geltend macht, der angefochtene Entscheid leide an einem

Nichtigkeitsgrund, weil die Vo-

- 36 - rinstanz ihren Entscheid ohne Beweis von bestrittenen Tatsachen gefällt habe, darzulegen, wo er entsprechende Behauptungen aufgestellt resp. entsprechende Behauptungen der Gegenpartei bestritten habe. Dies unterlässt der Beschwerdeführer hinsichtlich dem Thema "relativ grossen Gärten", weshalb seine Rüge den Anforderungen an eine Beschwerdebegründung nicht genügt und darauf nicht eingetreten werden kann (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO).

## **E. 6.2**

a) Ferner macht der Beschwerdeführer unter Berufung auf den Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO geltend, die Aussagen seien unhaltbar, weil sie auf nicht verifizierten und falsch angenommenen tatsächlichen Verhältnissen beruhten. Auf so unzulänglicher Grundlage ein Werturteil über "üblich" zu fällen, sei willkürlich (KG act. 1 RZ 4.2.1 und RZ 4.2.2 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.6.2 f., RZ 3.6.5 und 3.14). Im Einzelnen führt der Beschwerdeführer folgendes an: aa) Die Vorinstanz habe nicht definiert, welches "das Quartier" sei und was "solche Gegenden" seien. Die "nähere Umgebung" liege in 5 verschiedenen Bauzonen. Wo "im Quartier" die "Üblichkeit" begründet sei, mit der sich "die Nachbarn gegenseitig mit Hecken, Sträuchern, Büschen und auch relativ hohen Bäumen voneinander abgrenzen", werde nicht dargetan und finde sich nirgends in den bisherigen Akten. bb) Vor allem die "relativ hohen Bäume" seien nirgends belegt und die Fotos in OG act. 114/1 bzw. 125/3 taugten nicht dazu, denn nirgends sei eine Baumhöhe herauslesbar. Wenn dem Beschwerdeführer unterstellt werde, diesen Fotos angeblich nichts Substanziertes entgegengestellt zu haben, so handle es sich dabei um eine aktenwidrige Annahme. In Klammern verweist der Beschwerdeführer auf RZ 3.5.5 und 3.5.22 seiner Beschwerde. In RZ 3.5.5 (i.V.m. RZ 3.5.4 der Beschwerde) führt er aus, dass er act. 114/1 in RZ 6.14-6.16 (gemeint wohl der Berufungsantwort, OG act. 119, vgl. RZ 3.5.4 der Beschwerde) bestritten habe; in RZ 3.5.22 wird ausgeführt, act. 125/3 sei in der Berufungsduplik in Frageform (RZ 2.18) gehörig gerügt worden. cc) Es sei aktenwidrig oder eine unhaltbare Beweiswürdigung, dem Beschwerdeführer zu unterstellen, er habe "Laubbäume (und einzelne Waldbäume)

- 37 - in den Gärten im Quartier" für "typisch" bezeichnet, habe er doch lediglich zugestanden, dass einzelne Waldbäume in der näheren und weiteren Umgebung der Liegenschaften der Parteien vorkämen; "Vorkommen" heisse aber nicht "typisch" sein, also ein hervorstechendes Merkmal aufzuweisen, an das sich alle Grundstückseigentümer halten würden, weil sie ihr Quartier damit identifizieren, bzw. dessen Eigenart/Einzigartigkeit daran knüpfen würden. b)aa) Es mag zutreffen, dass die Vorinstanz die verwendeten Begriffe "Quartier" oder "nähere Umgebung" nicht definiert hat. Hingegen war dies aufgrund der Vorbringen der Parteien, der erhobenen und von den Parteien eingebrachten Beweismittel auch nicht nötig. Es geht beim Quartier offensichtlich um jene Häuser, Gärten und Strassen, welche auf Fotografien und Plänen in den Akten abgebildet und dargestellt sind. Der Begriff der näheren Umgebung umschreibt dies im Zusammenhang mit dem Prozessstoff genügend. Die Rüge ist unberechtigt. Soweit der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen eine mangelhafte Begründung geltend machen will, betrifft dies wiederum den Geltungsbereich von Art. 684 Abs. 2 ZGB, sodass darauf in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten wäre (vgl. oben III.2b). bb) Nicht einzutreten ist sodann auf die Rüge, dass es sich um eine aktenwidrige tatsächliche Annahme handle, der Beschwerdeführer habe hinsichtlich den Fotos in OG act. 114/1 bzw. 125/3 nichts

Substanziertes entgegengestellt, da der entsprechende Vorhalt der Vorinstanz (allerdings lediglich in Bezug auf OG act. 125/3 und nicht in Bezug auf OG act. 114/1; bezüglich letzterem würde eine Aktenwidrigkeit demnach bereits aus diesem Grunde entfallen) in Erw. 3.6.2 auf S. 14 in der Eventualbegründung betreffend Zulässigkeit von Noven enthalten ist, während die Hauptbegründung (dass die Behauptungen betreffend Ortsüblichkeit von Bäumen keine Noven seien, KG act. 2 S. 14) nicht in genügender Weise an- gefochten worden ist (vgl. oben III.3.1b, III.3.2b und III.5.1b), sodass der Be- schwerdeführer kein Rechtsschutzinteresse an der Behandlung dieses Teils der Rüge hat. Keine Tatsachenfeststellung hinsichtlich der Verhältnisse der Parteien, sondern vielmehr ein aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung gezogener Schluss stellt der erste Satz der beanstandeten Erwägung ("In solchen Wohnquartieren

- 38 - mit relativ grossen Gärten (in der Zone W2/20 z.B. dürfen nur 20% der Bodenflä- che baulich genutzt werden) ist es üblich, dass sich die Nachbarn gegenseitig mit Hecken, Sträuchern, Büschen und auch relativ hohen Bäumen voneinander ab- grenzen.") dar. Solche Erfahrungssätze werden vom Bundesgericht wie Rechts- sätze frei überprüft (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zi- vilsachen, Zürich 1992, RZ 95 f., mit Verweisungen, vgl. auch III.7b/bb), sodass auf die Aktenwidrigkeitsrüge betreffend die relativ hohen Bäume in Anwendung von § 285 ZPO nicht einzutreten ist (vgl. oben II.3). Im Hinblick auf einen neuen Entscheid ist jedoch die Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass sie, sollte sie von der Ortsüblichkeit von "relativ hohen" Bäumen im Quartier der Parteien ausgehen wollen, genau zu begründen haben wird, wie sie zu dieser Annahme gelange und was sie darunter verstehe (insbesondere bei welcher Höhe sie von einem "relativ hohen" Baum ausgeht). cc) Vorerst ist klarzustellen, dass der Beschwerdeführer seine Ausführungen selber unpräzise wiedergibt, insofern, als er weder in BG act. 36 RZ 5.5 oder 6.9 noch in OG act. 119 RZ 6.13, 6.21 oder 6.24 von "näheren und weiteren Umge- bung der Liegenschaften der Parteien" gesprochen hat, sondern davon, dass im "Quartier an der R.strasse" vorwiegend Laubbäume zu finden seien. Berechtigt ist die Rüge jedoch insofern, als dass ein "Vorfinden" von Bäumen in der Tat nicht gleichzusetzen ist mit "typisch sein" derselben, sodass die Feststellung der Vorin- stanz in Erw. 3.6.3 auf S. 15 des Urteils "Selbst nach Angaben des Klägers sind Laubbäume (und einzelne Waldbäume) in den Gärten im Quartier typisch" akten- widrig ist.

## **E. 7**

Gemäss dem Beschwerdeführer sei auch die Urteilserwägung 3.7.2 S. 19 ("Entgegen der Auffassung des Klägers (act. 119 S. 3 und 13) ist die Be- hauptung der Beklagten, ein Wintertag dauere mehr als sechs Stunden kein un- zulässiges Novum, wurde sie doch erst durch die Erwägungen der Vorinstanz veranlasst und zudem bewiesen") mit Nichtigkeitsgründen behaftet (KG act. 1 RZ 3.7). a)aa) Eine Falschanwendung des Novenrechts, die Verletzung der Eventu- almaxime sowie Willkür erblickt der Beschwerdeführer darin, dass die Vorinstanz

- 39 - die Behauptung der Beschwerdegegnerin, ein Wintertag dauere mehr als sechs Stunden, als "zudem bewiesen" einstuft. Act. 114/2 und 125/1 seien Daten mit Sonnenaufgang und -untergang in der Schweiz. Die dazwischen liegende Zeit könne aber nicht mit "Sonnenscheindauer" gleichgesetzt werden (KG act. 1 RZ 4.1.1 und 4.1.2 sowie RZ 4.3.3 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.7). Es sei haltlos, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin zugestehe, ihre Vor- bringen zur Tageslänge in der Berufung seien erst durch die Erwägungen der Er- stinstanz veranlasst worden. Die Beschwerdegegnerin

habe sich in der Stellungnahme zum Beweisergebnis ohne weiteres zur Tageslänge an Wintertagen äussern können, was sie aber nicht getan habe. Für die Übermässigkeit des Schattentwurfs komme es jedoch entscheidend darauf an, zu welcher Tageszeit und für wie lange an einem Tag, an dem überhaupt mit Sonne zu rechnen sei, Beschattung herrsche. Dass sich die Erstinstanz in ihrem Urteil damit befassen würde, sei ohne weiteres zum Voraus erkennbar gewesen (KG act. 1 RZ 3.7.1). bb) Der Beschwerdeführer ist ferner der Meinung, die Vorinstanz habe aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen, indem sie für das rechte Zürichseeufer von der Länge eines Wintertages bzw. von einer Sonnenscheindauer an einem Wintertag entgegen jeder allgemeinen Lebenserfahrung und ohne Stütze im erstinstanzlich eingeholten Schattengutachten ausgegangen sei (KG act. 1 RZ 4.2.3). b)aa) Wie sich aus der beanstandeten Urteilserwägung 3.7.2 S. 19 ergibt, handelt es sich ebenfalls um eine Alternativbegründung. Die Vorinstanz hat demnach einerseits die Voraussetzungen von § 115 Ziff. 1 ZPO als erfüllt erachtet (indem die Vorbringen der Beschwerdegegnerin erst durch die Erwägungen der Erstinstanz veranlasst worden seien), überdies sah sie die Voraussetzungen von Ziff. 2 der genannten Bestimmung (durch sofortigen Beweis der Behauptungen) als erfüllt an. Die Rüge, wonach es haltlos sei, der Beschwerdegegnerin zuzugestehen, dass das Thema "Sonnenscheindauer erst durch die Erwägungen der Vorinstanz" aufgekommen sei, ist unbegründet. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers

- 40 - geht das Novenverbot nicht derart weit, dass eine Partei alle theoretisch möglichen Argumente eines Gerichts vorwegnehmen und sich dazu äussern muss, betrifft doch die Behauptungs- und Bestreitungslast - abgesehen von Fällen, in denen eine Partei seitens des Gerichts im Sinne von § 55 ZPO entsprechend aufgefordert wird - in erster Linie Vorbringen des prozessualen Gegners und behauptet der Beschwerdeführer nicht, dass er sich in seinen Rechtsschriften vor der Erstinstanz zur "Sonnenscheindauer" resp. Länge eines Wintertages geäussert hätte. Da die Vorinstanz die Behauptungen betreffend Dauer eines Wintertages aufgrund von § 115 Ziff. 1 ZPO somit zu Recht zugelassen hat, erübrigt sich die Prüfung, ob sie zu Recht auch die Voraussetzungen von Ziff. 2 von § 115 ZPO als gegeben erachtete. bb) Eine "entgegen jeder allgemeinen Lebenserfahrung" getroffene Annahme kann bereits definitionsgemäss (vgl. oben II.1.2c) keine Aktenwidrigkeit darstellen. Abgesehen davon wäre, wollte der Beschwerdeführer einen Verstoss gegen die allgemeine Lebenserfahrung geltend machen, dies mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht zu rügen, da solche Erfahrungssätze gewissermassen die Funktion von Normen haben und daher im Berufungsverfahren vor Bundesgericht (unter der Geltung des OG) den Rechtssätzen in dem Sinne gleichgestellt wurden, dass ihre Anwendung vom Bundesgericht ebenfalls frei überprüft wurde (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 95; BGer 5P.59/2007 vom 12.07.2007 Erw. 3 und 4C.331/2006 vom 09.10.2007 Erw. 3.2). Es ist nicht ersichtlich, dass sich bezüglich der bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts durch das BGG bei der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG eine Änderung im Vergleich zur Kognition bei der früheren Berufung nach Art. 43 ff. OG (vgl. insbesondere Art. 63 Abs. 3 OG) ergeben hätte. Die im Rahmen der Berufung nach Art. 43 ff. OG entwickelte Rechtsprechung zur bundesgerichtlichen Kognition in Fragen des Bundesrechts kann auch unter dem Geltungsbereich des BGG angewandt werden (bezüglich der Kognition bei der Anwendung allgemeiner Lebenserfahrung vgl. etwa BGer 9C\_131/2007 vom 03.07.2007 Erw. 1.2 und 9C\_30/2007 vom 28.08.2007 Erw. 2.1.1). Auf diese Vorbringen ist daher in

Anwendung von § 285 Abs. 1 und 2 ZPO nicht einzutreten (vgl. dazu oben II.3).

- 41 -

### **E. 8**

Der Beschwerdeführer rügt ferner folgende Passagen aus Erw. 7.7.2 S. 19 des Urteils: "Die Länge eines bestimmten Tages ist jedoch an verschiedenen Orten in der Schweiz nicht in relevantem Mass unterschiedlich. ... Daraus, dass in den hier interessierenden Monaten häufig Nebel herrscht, kann keine Partei etwas für sich ableiten, kann sich dieser doch - wenn überhaupt - so gut wie um 11 Uhr morgens erst um 14 Uhr nachmittags auflösen." (KG act. 1 RZ 3.8) als willkürlich (KG act. 1 RZ 4.3.3) und in Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes durch Fällung eines eigenen Sachentscheids ohne genügendes Beweismaterial in entscheidungsrelevanten bestrittenen Sachfragen ergangen (KG act. 1 RZ 4.1.3). a)aa) Zur Begründung führt er aus, die beanstandete Erwägung enthalte eine absurde, sachfremde und damit willkürliche Überlegung, weil die Erstinstanz plausibel und aus allgemeiner Lebenserfahrung heraus beurteilt habe, dass an einem kurzen Wintertag mit etwa 6 Stunden möglicher Sonneneinwirkung gerechnet werden könne. Darauf komme es an und nicht auf die astronomische Länge eines Wintertags, gebe es doch in engen Alpentälern auch Dörfer, die im Winter während mehrerer Wochen überhaupt keine Sonne hätten, obwohl sie weitgehend nebfrei seien und damit dort Tag sei (KG act. 1 RZ 3.8.1). bb) Hätte die Vorinstanz berechnete Zweifel an der Dauer des möglichen Sonnenscheins an einem Dezembertag am rechten Zürichseeufer gehabt, hätte sie - so der Beschwerdeführer - ein Beweisverfahren anordnen müssen (KG act. 1 RZ 3.8.2 und KG act. 1 RZ 3.1.3). b)aa) Wie sich aus der einleitend wiedergegebenen Urteilspassage ergibt, hat die Vorinstanz explizit festgehalten, dass keine Partei etwas zu ihren Gunsten ableiten könne aus der Tatsache, dass in den Wintermonaten häufig Nebel herrscht (KG act. 2 S. 19). Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, dass und inwiefern sich dies zu seinem Nachteil ausgewirkt haben soll. Ob die Feststellung der Erstinstanz, ein Wintertag dauere 6 Stunden, plausibel sei, spielt im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde, wo einzig der Entscheid des Obergerichts in Bezug auf die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe zu beurteilen ist, ebenfalls keine Rolle.

- 42 - Auf die Willkürüge des Beschwerdeführers ist daher nicht einzutreten (§ 281 ZPO). bb) Wie oben II.1 dargelegt, hat der Beschwerdeführer, der geltend macht, der angefochtene Entscheid leide an einem Nichtigkeitsgrund, weil die Vorinstanz ihren Entscheid ohne Beweis von bestrittenen Tatsachen gefällt habe, darzulegen, wo er entsprechende Behauptungen aufgestellt resp. entsprechende Behauptungen der Gegenpartei bestritten habe. Dies unterlässt der Beschwerdeführer hinsichtlich der Frage "Sonnenscheindauer", weshalb seine Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes den Anforderungen an eine Beschwerdebegründung nicht genügt und darauf nicht eingetreten werden kann.

### **E. 9**

a) Weiter beanstandet der Beschwerdeführer die Feststellung der Vorinstanz in Erw. 3.7.2 S. 19 ("Zudem ergibt sich aus dem Schattengutachten für den Standort Q eine Sonnenscheindauer von rund achteinhalb Stunden") als aktenwidrig sowie in unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung ergangen. Das Gutachten Mathys berücksichtige in allen seinen Visualisierungen die Tageszeit von 0700 - 1800 Uhr, womit 11 Stunden Tagesverlauf abgedeckt seien. Jedes der

## **E. 9.00**

Uhr im Gegensatz zu demjenigen um 8.00 Uhr mit grüner Farbe leicht ange- deuteter Schattenwurf ersichtlich und das Kamin des Hauses bereits heller darge- stellt als auf dem Bild um 8.00 Uhr und ist das Haus auf dem Bild um 17.00 Uhr noch "halbhell" resp. "halbdunkel" (im Gegensatz zum Bild um 16.00 Uhr, wo das Haus noch ganz hell ist und im Gegensatz zum Bild um 18.00 Uhr, wo es bereits ganz dunkel ist). Ob die Vorinstanz daraus zu Recht geschlossen hat, es ergebe sich aus diesem Aktenstück für den Standort Q eine Sonnenscheindauer von rund achteinhalb Stunden (KG act. 2 S. 19), ist fraglich. Genau genommen kann aus BG act. 75 nämlich, wenn überhaupt, lediglich eine Tageslänge in vollen Stunden hergeleitet werden und nicht eine solche von achteinhalb (da das Gutachten lediglich Bilder jeweils zur vollen Stunde enthält ohne halbstündige Abstufungen). Da die Vorinstanz die Behauptungen der Beschwerdegegnerin zur Tageslänge jedoch gestützt auf § 115 Ziff. 1 ZPO zugelassen und der Beschwerdeführer dies nicht erfolgreich beanstandet hat (vorstehend III.7.b/aa), hat sich das zusätzliche Abstellen der Vorinstanz auf BG act. 75 nicht zu seinem Nachteil ausgewirkt und ist auf die hier enthaltene Rüge des Beschwerdeführers mangels Beschwer nicht einzutreten. 10. a) Der Beschwerdeführer wiederholt seine Rügen gemäss RZ 3.4 und

## **E. 12**

a) Schliesslich erblickt der Beschwerdeführer eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme der Vorinstanz darin, dass diese in Erwä- gung 3.8.2 S. 24/25 befand, dass auch nicht gesagt werden könne, die Beschat- tung entspreche nicht dem durch § 284 Abs. 3 PBG bzw. § 30 ABV zum Ausdruck gebrachten Ortsgebrauch. Diese Definition von Ortsgebrauch sei unhaltbar, denn die öffentlich-rechtlichen Normen beträfen Hochhäuser, die gemäss § 292 PBG zugelassen sein müssten. De facto gäbe es diese nur in den Städten Zürich und Winterthur. Daraus einen Ortsgebrauch für Q abzuleiten, sei haltlos. Zudem halte Abs. 4 von § 284 PBG nichts anderes fest als Art. 684 ZGB, nämlich dass die Nachbarschaft nicht wesentlich beeinträchtigt werden dürfe, insbesondere nicht durch Schattenwurf (KG act. 1 RZ 4.2.1 i.V.m. KG act. 1 RZ 3.16). b) Die Rüge des Beschwerdeführers geht an der Sache vorbei. Liest man nämlich die beanstandeten Ausführungen im Kontext, ergibt sich, dass die Vorin- stanz im Ergebnis festgestellt hat, dass im vorliegenden Falle nichts aus § 284 Abs. 3 PBG bzw. § 30 ABV abgeleitet werden könne, da die Bäume der Be- schwerdegegnerin hinsichtlich Beschattung nicht mit einem Hochhaus verglichen werden könnten und nicht die in Lehre und Rechtsprechung vielzitierte Wand bil- deten (KG act. 2 S. 24 f.). Dem gerügten Satz "Es kann daher auch nicht gesagt werden, die Beschattung entspreche nicht dem durch § 284 Abs. 3 PBG bzw. § 30 ABV zum Ausdruck gebrachten Ortsgebrauch" kann daher keine andere Be- deutung beigemessen werden, als dass nicht argumentiert (gemäss Vorinstanz "gesagt") werden könne, die Beschattung halte sich nicht im Rahmen des in § 284 PBG/§ 30 ABV festgelegten Masses (gemäss Vorinstanz "entspreche nicht dem durch § 284 PBG bzw. § 30 ABV zum Ausdruck gebrachten Ortsgebrauch").

## **E. 13**

Weiter als an Nichtigkeitsgründen leidend rügt der Beschwerdeführer die Urteilerwägung 3.8.2 S. 25 (KG act. 1 RZ 3.17). Diese gibt er wie folgt wie- der: "Von einem Extremfall, wie er für die Annahme einer Übermässigkeit voraus- gesetzt wird, kann indes insbesondere in Berücksichtigung des Umstandes, dass der Lichteinfall um die Mittagszeit nicht wesentlich beeinträchtigt ist, und der Schattenwurf zudem von einer lichten Baumgruppe

ausgeht, welche in einem

- 46 - vermehrten Mass Licht und Wärme durchlässt, nicht gesprochen werden." (KG act. 2 S. 25). a) Zur Begründung führt er aus, die Vorinstanz habe einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (§ 269 Abs. 1 ZPO) verletzt, indem sie statt das erstinstanzliche Urteil auf seine Haltbarkeit zu überprüfen einfach eine Neuurteilung der Sache mit anderer Argumentation auf sachverhältnismässig nicht erhobenen Grundlagen vorgenommen habe. Im Gegensatz zur Erstinstanz habe die Vorinstanz einen viel zu strengen Massstab hinsichtlich der Bejahung eines Extremfalls angelegt, wobei sie ihr eigenes Ermessen nicht ohne Not an dasjenige der Erstinstanz zu stellen gehabt hätte. Das Bezirksgericht X habe differenzierter und sachgerechter erwogen, was Übermässigkeit im konkreten Fall betreffe; demgegenüber seien die Überlegungen der Vorinstanz zu stark an rein finanziellen Aspekten und den Inkonvenienzen für den Schwimmbadbetrieb ausgerichtet (KG act. 1 RZ 4.1.4 i.V.m. RZ 3.17). b) Wie bereits vorstehend unter II.1 ausgeführt, lässt sich ein Nichtigkeitsgrund nicht rechtsgenügend dartun, indem bloss die Richtigkeit der vorinstanzlichen Auffassung in Abrede gestellt (und dieser allenfalls die eigene oder aber diejenige der Erstinstanz entgegengestellt) wird. Die Ausführungen des Beschwerdeführers an dieser Stelle (KG act. 1 RZ 3.17) enthalten jedoch rein appellatorische Kritik, weshalb auf diese Rügen nicht einzutreten ist. Selbst wenn auf die Beschwerde in diesem Punkt eingetreten werden könnte, wäre die Rüge aber unzutreffend: Die Berufungsinstanz überprüft gemäss § 269 Abs. 1 ZPO Verfahren und Entscheid der ersten Instanz im Rahmen der Berufungsanträge. Dabei ist die Berufungsinstanz in der rechtlichen Würdigung der Tatsachen frei und weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an diejenige der Vorinstanz gebunden. Freie Prüfung besteht auch gegenüber Ermessensentscheiden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 269 ZPO mit Verweis auf BGE 105 II 66). Die Vorinstanz durfte somit hinsichtlich der Bejahung eines Extremfalls grundsätzlich einen strengeren Massstab anlegen als die Erstinstanz, ohne § 269 Abs. 1 ZPO zu verletzen - zumindest soweit sie diesen strengeren Massstab nicht

- 47 - aufgrund ihrer aktenwidrigen Annahme der Einhaltung des Grenzabstands der beiden andern Bäume (als der westliche) angelegt hat (vgl. oben III.1.2b und III.1.2c). Im Übrigen richtet sich der Massstab für die Beurteilung der Übermässigkeit der Immissionen ohnehin nach Bundesrecht (Art. 684 Abs. 2 ZGB), sodass das Kassationsgericht dies nicht überprüfen kann (§ 285 ZPO, oben II.3).

#### **E. 14**

Alsdann soll laut Beschwerdeführer auch die Schlussfolgerung Erw. 3.8.3 S. 27 ff. ("Es bleibt damit dabei, dass die Interessen des Klägers insofern tangiert sind, als während rund vier Monaten im Jahr im Spätherbst und im Winter, von November bis Februar, die Lebens- und Wohnqualität im Haus des Klägers vermindert ist, indem ihm durch den Schattenwurf der beanstandeten Bäume während rund zwei bis drei Stunden - vorausgesetzt, der Nebel lichtet sich rechtzeitig - Licht und Wärme entzogen werden, wobei die Bäume nicht wie ein kompakter Körper, sondern mehr wie ein Vorhang wirken und lichtdurchlässig sind. Dem stehen das Interesse der Beklagten an einem ganzjährigen Sichtschutz sowie ästhetische Empfindungen entgegen. Insgesamt überwiegen damit die Interessen des Klägers jene der Beklagten jedenfalls nicht in einer Weise, dass von einem Extremfall bezüglich Schattenwurf bzw. von einer übermässigen Einwirkung ausgegangen werden müsste.") mit Nichtigkeitsgründen behaftet sein (KG act. 1 RZ 3.18 i.V.m. KG act. 1 RZ 4.1.4 und RZ 4.3.3). a)aa) Dies begründet er damit, dass die Schlussfolgerungen der

Vorinstanz auf unzulänglichen Grundlagen aufbauen würden und in sich widersprüchlich seien. Mit der Einschränkung, dass sich der Nebel an einem Wintertag überhaupt lichten müsse, werde dem Beschwerdeführer unterstellt, an solchen Tagen spielen die inkriminierten drei Nadelbäume gar keine Rolle, weil es ohnehin nie Sonne gebe, während die Vorinstanz ihm in Erwägung 3.7.2 demgegenüber vorhalte, die Sonne scheine an einem Wintertag achteinhalb Stunden. Er stellt die Frage, was nun gelte (KG act. 1 RZ 3.18.1). bb) Es sei willkürlich, ein von der Beschwerdegegnerin zu wenig substantiiertes und nicht plausibles ästhetisches Empfinden sowie einen gegen die Liegenschaft des Beschwerdeführers hin gar nicht nötigen Sichtschutz als gleichwertig oder gar höher in die Waagschale zu werfen (KG act. 1 RZ 3.18.2).

- 48 - b)aa) Die Rüge ist hinsichtlich dem vermeintlichen Widerspruch bezüglich Sonnenschein (Erwägung 3.7.2 S. 19) und Nebel (Erwägung 3.8.3 S. 27 ff. des Urteils) unbegründet: Mit der Voraussetzung dass sich der Nebel lichte, damit der Beschwerdeführer vom Entzug von Licht und Wärme tangiert sei, wird nicht gesagt, es gebe ohnehin nie Sonne. Andererseits hat die Vorinstanz mit der Feststellung der Tagesdauer von achteinhalb Stunden am 21. Dezember auch nicht gesagt, dass die Sonne an diesem Tag achteinhalb Stunden scheine, sondern diese Dauer bezieht sich auf die Tageslänge (unabhängig, ob es ein Sonnen-, Regen-, oder Nebeltag ist). Auch diese Rüge der Willkür wäre somit unbegründet. bb) Ob der Entscheid der Vorinstanz bundesrechtskonform ist oder nicht und die Vorinstanz die Abwägung der bei der Beurteilung der Immissionen in Anwendung von Art. 684 ZGB zu beachtenden Interessen korrekt vorgenommen habe, ist hier nicht zu prüfen (vgl. oben II.3), sodass auf die in RZ 3.18.2 enthaltenen Vorbringen gestützt auf § 285 ZPO nicht eingetreten werden kann.

## **E. 15**

Abschliessend beanstandet der Beschwerdeführer Erw. 3.9.1 S. 31 ("In Würdigung aller Umstände können die von den beanstandeten Bäumen ausgehenden positiven Immissionen nicht als derart extrem bezeichnet werden, dass eine wesentliche Beeinträchtigung des klägerischen Grundstücks angenommen werden müsste. Sie sind in Berücksichtigung von Ortsgebrauch sowie Lage und Beschaffenheit der Grundstücke der Parteien wie auch sämtlicher übriger Umstände als normal hinzunehmen und lassen einen allfälligen Reinigungsaufwand für das Schwimmbad als zumutbar erscheinen. Ihre Übermässigkeit ist demzufolge zu verneinen.") (KG act. 2 S. 31). a) Zur Begründung führt der Beschwerdeführer, ohne den Nichtigkeitsgrund zu bezeichnen, den die Vorinstanz mit diesen Ausführungen gesetzt haben soll (und auch ohne dass ein solcher anhand seiner Begründung ersichtlich wäre), aus, dass die Vorinstanz auch für den Aspekt der sogenannten positiven Immissionen auf einen Ortsgebrauch abstelle, der nicht in rechtsbeständiger Weise erhoben worden sei (KG act. 1 RZ 3.19).

- 49 - b) Darauf ist mangels Erfüllung der Begründungsanforderungen mit Nachweis des Nichtigkeitsgrundes nicht einzutreten (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, oben II.1), zumal der Beschwerdeführer nicht einmal die Aktenstelle(n) bezeichnet, an der oder denen die Vorinstanz den von ihm als in nicht rechtsbeständiger Weise festgestellt gerügten Ortsgebrauch im Hinblick auf positive Immissionen festgestellt haben soll.

## **E. 16**

Zusammengefasst erweisen sich von den zahlreichen Rügen des Beschwerdeführers deren zwei als berechtigt, nämlich die Rüge der aktenwidrigen Feststellung der Einhaltung des

Grenzabstandes (acht Meter) von zwei (nämlich wohl dem mittleren und östlichen) der drei inkriminierten Bäume ("Mit Bezug auf die beiden andern Bäume haben die von ihnen ausgehenden Immissionen hingegen schon vermutungshalber als ortsüblich zu gelten.") in Erw. 3.5.3 auf S. 12 (sowie Erwägung 3.8.1 auf S. 23) des angefochtenen Entscheides (oben III.1.2c) sowie die Rüge der Aktenwidrigkeit der Feststellung in Erw. 3.6.3 auf S. 15 des Urteils der Vorinstanz "Selbst nach Angaben des Klägers sind Laubbäume (und einzelne Waldbäume) in den Gärten im Quartier typisch" (oben III.6.2b/cc). Der angefochtene Entscheid ist demnach aufzuheben und im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. IV . 1. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren anwendbaren Vorschrift von § 64 Abs. 2 ZPO der mit ihren Anträgen unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Dabei richtet sich die Festsetzung der Gerichtskosten nach den Ansätzen der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen revidierten Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (Art. 19 GebV). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den Beschwerdeführer für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Dabei ist allerdings der Umstand zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer eine umfangreiche Beschwerde mit rund 60 Rügen eingereicht

- 50 - hat und lediglich mit zwei davon durchzudringen vermag und daher sein berechtigter Aufwand für das Beschwerdeverfahren gering ausfiel. Aus diesem Grunde ist die Entschädigung im unteren Rahmen der Gebührenverordnung festzusetzen (§ 12 Abs. 1 i.V.m. §§ 3 Abs. 2 und 2 Abs. 2 AnwGebV). Antragsgemäss ist die Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (KG act. 1 S. 2; Kreis- schreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006). 2. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

- 51 - Das Gericht beschliesst:

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