

ZH_OBERGERICHT LB130046 vom 31. Dezember 2013

ZH Obergericht, 2013-12-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB130046

FR: ZH_OBERGERICHT LB130046 du 31 décembre 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LB130046 del 31 dicembre 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind je Alleineigentümer auf benachbarten Grundstücken in der Gemeinde C._____. Sie stehen seit nunmehr bald achteinhalb Jahren in einem nachbarrechtlichen Rechtsstreit. Der Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger) erhob als Alleineigentümer des Grundstücks Kat. Nr. ... im ... in C._____ gegen die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) als Alleineigentümerin des Grundstücks Kat. Nr. ... im ... in C._____ Klage auf Beseitigung verschiedener im Grenzbereich der beiden Grundstücke stehenden Pflanzen bzw. er verlangte, dass die Beklagte genau bestimmte Pflanzen bis zu genau bestimmten Höhen unter der Schere halte (vgl. eingangs zitierte Rechtsbegehren). Im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens

- 7 - wurden einzelne Begehren gegenstandslos, über die restlichen sowie über die Widerklage befand die Vorinstanz mit Urteil vom 12. August 2013 (act. 221).

E. 2

In ihrem Hauptantrag beantragt die Beklagte die Aufhebung von Dispositiv Ziff. 4 des angefochtenen Urteils und damit verbunden in der Sache die Aufhebung des klägerischen Eventualbegehrens Ziff. 3 betreffend Ziff. 1 lit. c und d der Klage (act. 219 S. 2). Sie wehrt sich im Berufungsverfahren gegen die Verpflichtung, die beiden streitgegenständlichen Parrotien auf eine maximale Höhe von fünf Metern zurückzuschneiden und auf dieser Maximalhöhe unter der Schere zu halten (Dispositiv Ziff. 4 Abs. 1 des angefochtenen Entscheides, act. 221). Damit ist der Hauptantrag genügend konkretisiert. 3.1. Zur Begründung macht die Beklagte zusammengefasst geltend, das im vorinstanzlichen Verfahren eingeholte gerichtliche Gutachten von D._____ vom 26. Januar 2012 (act. 177), welches das Zurückschneiden und das "unter der Schere halten" der Parrotien als möglich beurteilt, sei unvollständig und entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht nachvollziehbar. Es definiere weder die Regeln der Baumpflege, den Habitus einer Parrotie noch das Kriterium der Ästhetik und gehe auf die Konsequenzen eines übermässigen Rückschnitts im Sinne der Verträglichkeit nicht ein. Die Vorinstanz habe gegen das Willkürverbot verstossen, indem sie auf dieses Gutachten abgestellt habe und mehrfach ihren, der Beklagten, Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie auf ihre Stellungnahme

- 12 - zum Gutachten nicht eingegangen und das Urteil insoweit nicht hinreichend begründet habe (act. 219). 3.2. Der Kläger hält demgegenüber die Kritik für unberechtigt und geht davon aus, dass sich das Gericht, wenn es um die Würdigung einer Expertenmeinung zu exakt gestellten Fragen gehe, nicht mit möglichen anderen Beurteilungen zu befassen habe, wenn dazu kein Anlass bestehe. Es liege in der Natur der Sache, dass mehrere

Experten dieselbe Frage unterschiedlich beantworteten. Entscheidend sei, dass die Aussagen des Experten D._____ klar und widerspruchsfrei seien, was der Fall sei. Das rechtliche Gehör der Beklagten sei nicht verletzt worden, die Antworten des Gutachtens seien klar verständlich und vollständig und es bestehe kein Anlass für ein Obergutachten, zumal die fachlichen Fähigkeiten des Experten wie auch dessen Unabhängigkeit nicht ernsthaft in Frage gestellt werden könnten (act. 229). 4.1. Folgt man der Begründung der Beklagten, hat die Vorinstanz den Antrag der Beklagten auf eine Oberexpertise zu Unrecht und ohne Eingehen auf die Einwendungen gegen das Gutachten D._____ abgelehnt und in Verletzung der Beweiswürdigungsregeln sowie in Missachtung der Begründungspflicht entschieden. Ein nach Auffassung der Beklagten korrektes Vorgehen hätte zu einer Ergänzung des Beweisverfahrens führen müssen. Die Vorinstanz hatte im Beweisaufschluss vom 5. März 2010 dem Kläger den Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Parrotien kleinere Zierbäume sowie schnittverträglich sind (act. 120 S. 2 Beweissatz I. 3.1) und dazu wurden gemäss Beweisabnahmebeschluss vom 29. August 2011 verschiedene Urkunden (act. 4/12 S. 10, act. 4/11/3, act. 128/1, act. 130/1) und eine Expertise als Beweismittel abgenommen (act. 149 S. 8). Gleichzeitig wurde den Parteien ein Entwurf des Gutachtensauftrages zugestellt (act. 149 S. 22/23 und act. 148), zu welchem die Beklagte keine Änderung bzw. Ergänzung beantragt hatte (act. 163). Am 10. November 2011 erging der Gutachtensauftrag, das Gutachten vom 26. Januar 2012 ging am 12. April 2012 bei der Vorinstanz ein. Bis zu diesem Zeitpunkt wird der Verfahrensgang nicht in Frage gestellt. Die Beklagte rügte in der Folge aber das Gutachten selbst, erhob Einwendungen dagegen und stellte den Antrag auf Einholung einer Oberexpertise. Die Vorinstanz

- 13 - lehnte dies "mangels ersichtlicher Gründe" ab (act. 221 S. 9), was wiederum die Beklagte im Berufungsverfahren rügte. Selbst wenn der Argumentation der Beklagten aber gefolgt wird, könnte dies ■ jedenfalls nicht direkt ■ die Aufhebung der Verpflichtung der Beklagten gemäss Ziff. 4 des vorinstanzlichen Dispositivs bewirken, wie dies die Beklagte beantragt. Die Korrektur führte allenfalls zum Nachholen der Einholung eines Obergutachtens. Auch die Auffassung der Beklagten, die Vorinstanz habe die Beweiswürdigungsregeln missachtet und sei ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen, kann jedenfalls nicht direkt dazu führen, die Verpflichtung gemäss Dispositiv Ziff. 4 des angefochtenen Entscheides aufzuheben. Auch diese Einwände begründen vielmehr den Anspruch auf ergänzende Begründung bzw. auf eine Korrektur hinsichtlich der Beweiswürdigung. Der Hauptantrag der Beklagten im Berufungsverfahren, welche auf eine Aufhebung der Verpflichtung zielt, mit der Begründung, der Anspruch auf den Rückschnitt der Parrotien sei materiell nicht ausgewiesen, korreliert nicht mit der Begründung der Berufung, welche auf Verfahrensmängel zielt bzw. auf eine nicht hinreichende Begründung und nicht ■ jedenfalls nicht direkt ■ zur materiellen Unbegründetheit der Verpflichtung führen kann. Dem gestellten Hauptantrag fehlt insoweit eine hinreichende Begründung. 4.2. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin (act. 219 S. 8), dass der Gehörsanspruch formeller Natur ist. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Berufung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 137 I 195 E. 2; BGE 135 I 279 E. 2.6.1). Auch mit dieser Begründung würde indes wiederum die Kassation des Entscheides im Vordergrund stehen und nicht der von der Beklagten verlangte reformatorische Entscheid der Berufungsinstanz. Bei der Missachtung formeller Verfahrensgarantien bildet die Kassation des Entscheides die Regel, zumal die Rechtsunterworfenen grundsätzlich

Anspruch auf Einhaltung des Instanzenzuges haben (Urteil 8C_241/2007 vom 9. Juni 2008 E. 1.3.2). Wird ■ wie die Beklagte es tut ■ ein reformatorischer Entscheid der Berufungsinstanz verlangt, so setzt das voraus, dass der behauptete Mangel geheilt werden kann, wozu sich die Beklagte indes nicht äussert. Eine Heilung kann bei einer

- 14 - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise bei nicht besonders schwerwiegenden Verletzungen geschehen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGE 133 I 201 E. 2.2). Liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, was nachstehend zu prüfen ist, so liesse die Kognition der Berufungsinstanz dessen Heilung grundsätzlich zu.

E. 2.1

Der Kläger geht in der Berufungsantwort davon aus, dass der Streitwert im Berufungsverfahren unter CHF 10'000.-- liege. Er beantragt deshalb, es sei auf die Berufung nicht einzutreten (act. 229 S. 5/6). Die Beklagte hält dafür, der Streitwert im Berufungsverfahren übersteige den Betrag von CHF 10'000.-- (act. 219 S. 3).

E. 2.2

Die Prozessvoraussetzungen sind in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu prüfen. Dies gilt auch im Rechtsmittelverfahren. Damit auf ein Rechtsmittel eingetreten werden kann, müssen sämtliche Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sein (Oliver M. Kunz, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Basel 2013, vor Art. 308 ff.; N 40 f.; Reetz, ZH ZPO-Kommentar, Vorbemerkungen zu den Art. 308 - 318, N 50 und Art. 317 N 15; BGE 135 III 212 E. 1). Die Beklagte ist durch den vorinstanzlichen Entscheid betroffen und beschwert, ihre Rechtsmittelbegründungsschrift enthält Anträge, ist begründet und ging innert Frist ein. Die Kammer prüft rechtzeitig eingereichte Rechtsmittel von Amtes wegen auf ihre Zulässigkeit hin und beurteilt sie ungeachtet der von der Partei gewählten Bezeichnung nach den im konkreten Fall zutreffenden Regeln. Das führt dazu, dass eine unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels in der Regel kein Nichteintreten zur Folge hat (ZR 111[2012] Nr. 3 unter Hinweis auf OGerZH NQ110026 vom 23. Juni 2011 und NQ110029 vom 5. September 2011). Ob das für die Berufung erforderliche Streitwerterfordernis gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO gegeben ist, beurteilt sich nach den vor Vorinstanz bei der Fällung des Urteils noch streitig gebliebenen Begehren (Reetz/Theiler, ZK ZPO, 2. Aufl., Art. 308 N 39 und 40; ZR 107 [2008] Nr. 28 E. 4.4d; Blickenstorfer, DIKE-ZPO-Komm, online Stand 20. 10. 2013, Art. 308 N 29; Urteil des Bundesgerichts 4D_77/2012 vom 20. November 2012).

E. 2.3

Vor Vorinstanz bezifferten die Parteien den Streitwert auf CHF 25'000.--, die Vorinstanz schätzte ihn auf CHF 150'000.--. Sie ging davon aus, die zu beurteilende Immissionsstreitigkeit sei eine vermögensrechtliche Streitigkeit, deren Streitwert sich nach § 24 ZPO/ZH bestimme und dabei nach dem Wertverlust des klägerischen Grundstücks, der

durch die Beeinträchtigung durch Schatten bzw.

- 9 - durch die Verhinderung einer Aussicht entstehe. Ausgehend vom geschätzten Wert des klägerischen Grundstücks (Basis: durchschnittlicher Landwert in C._____ im Jahr 2005) nahm sie eine Werteinbusse von 2% an und kam so auf einen Streitwert im Bereich zwischen CHF 116'000.-- und CHF 155'800.-- (act. 221 S. 22 - 24). Diese Berechnungsweise wird von den Parteien im Berufungsverfahren grundsätzlich nicht in Frage gestellt.

E. 2.4

Die Beklagte macht geltend, vor Vorinstanz sei strittig gewesen, ob die streitgegenständlichen Pflanzen Schatten auf das Grundstück des Klägers werfen, was der Kläger behauptet und mittels einem zu spät eingereichten Foto zu beweisen versucht habe (act. 204 und 205). Sie, die Beklagte, habe verlangt, das neue Beweismittel aus dem Recht zu weisen, worauf die Vorinstanz in Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht eingegangen sei (act. 219 S. 8). Ohne einen entsprechenden formellen Antrag zu stellen, verlangt die Beklagte erneut, dass act. 205 aus dem Recht gewiesen werde. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe den strittigen Schattenwurf für die Streitwertberechnung herangezogen und damit den Verdacht erweckt, dass sie sich auch bei der Prüfung des klägerischen Rechtsbegehrens betreffend die Parrotien von der Annahme eines übermässigen Schattenwurfs habe leiten lassen. Gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO reicht sie ein Schattenwurfdiagramm ein (act. 220/2), aus welchem sich ergebe, dass die Parrotien den Schatten im rückwärtigen Bereich des Wohnhauses und somit weder auf den Pool, die Poolumrandung noch den Sitzplatz des Klägers werfen (act. 219 S. 8 - 10). Ungeachtet dieser Darstellung geht sie aber auch für das Berufungsverfahren von einem CHF 10'000.-- übersteigenden Streitwert aus, mit der Begründung, der Kläger mache bezüglich der beiden Parrotien den Schattenwurf geltend (act. 219 S. 3).

E. 2.5

Der Kläger macht zum Streitwert geltend, dass sich aufgrund der verdankenswerterweise eingereichten Schattendiagramme ergebe, dass die beiden Parrotien das ganze Jahr hindurch auf der Terrasse beziehungsweise im Pool-Bereich auf dem Grundstück des Klägers keinen nennenswerten Schattenwurf verursachen. Bei dieser Sachlage erführe das Grundstück ohne die beiden Parrotien keinen Mehrwert von mindestens CHF 10'000.-- (act. 229 S. 5).

- 10 -

E. 2.6

Wie gesehen bestimmt sich der Streitwert im Rechtsmittelverfahren nach den vor Vorinstanz zuletzt noch streitig gebliebenen Begehren und nicht, wie der Kläger zu glauben scheint, nach den nach Eingang der Berufungsschriften sich noch als streitig erweisenden Begehren oder den Rechtsmittelanträgen (Reetz/Theiler, ZK ZPO, a.a.O. N 40). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, können sich die Parteien über den Streitwert einigen und das Gericht weicht hievon nicht ab, wenn die Angaben nicht als offensichtlich unrichtig erscheinen. Andernfalls setzt das Gericht den Streitwert fest (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Festsetzung des Streitwertes durch die untere Instanz ist dabei für die obere Instanz nicht bindend (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, online, Art. 91 N 24). Die von der Vorinstanz für die Streitwertberechnung herangezogenen Kriterien wurden im

Berufungsverfahren zu Recht nicht in Zweifel gezogen. Sind ■ wie ge- sehen ■ nicht nur die beiden heute noch streitigen Parrotien für den Streitwert im Rechtsmittelverfahren massgebend, sondern sämtliche vor Vorinstanz zuletzt noch streitigen Begehren, dann erscheint gestützt auf die Vorbringen der Parteien und unter Einbezug der vorinstanzlichen Erwägungen die Festlegung des Streitwertes für das Rechtsmittelverfahren auf mehr als CHF 10'000.-- als gerechtfertigt. Es ist von geschätzten CHF 25'000.-- auszugehen. Damit ist auch die Berufungsvoraussetzung von Art. 308 Abs. 2 ZPO erfüllt.

E. 2.7

Nachdem die Vorinstanz ■ anders als ursprünglich die Parteien ■ für die Streitwertberechnung (wenn auch nicht nur, so doch wesentlich) auch auf den Schattenwurf abgestellt hatte, liess die Beklagte im Berufungsverfahren das Schattendiagramm vom 16. September 2013 (act. 220/2) erstellen, welches sie mit Berufung auf Art. 317 Abs. 1 ZPO mit der Berufungsbegründung einreichte. Der Kläger hat weder die Zulässigkeit dieses Novums noch dessen Inhalt bestritten (act. 229 S. 5 und S. 10 f.). Da es wesentlich durch den angefochtenen Entscheid veranlasst wurde, erscheint die Einreichung als zulässig. Nicht zu folgen ist der Beklagten, wenn sie eine Verweigerung des Gehörsanspruchs darin erblickt, dass die Vorinstanz das bei ihr unbestrittenermassen verspätet eingereichte Foto (act. 205) nicht aus dem Recht gewiesen hat. Da nicht ersichtlich ist, dass

- 11 - das Foto in irgend einer Weise berücksichtigt worden wäre oder im angefochtenen Entscheid seinen Niederschlag gefunden hätte, erwies sich diese Massnahme als nicht notwendig. III. Materielles 1. Die Berufung ist ein (grundsätzlich) reformatorisches Rechtsmittel. Die Berufungsinstanz fällt ■ soweit sie den angefochtenen Entscheid der ersten Instanz nicht bestätigt, d.h. die Berufung abweist oder auf diese nicht eintritt ■ einen neuen Entscheid, was Gutheissung der Berufung und (teilweise) Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides voraussetzt (Reetz, ZK ZPO, 2. Aufl., Vorbem. zu den Art. 308 - 318 ZPO, N 16).

E. 5

Die Begründungspflicht, wie sie aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst, verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung, den Entscheid zu begründen, wobei sich die Behörde auf für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken kann. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; 134 I 83ff. E. 4; 133 III 439. E. 3.3.; 130 II 530 E. 4.3.; 129 I 232 E. 3.2.; 126 I 97 E. 2b, je wiederum mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat gestützt auf das Gutachten von D. _____ (act. 177), welches sie als verständlich und schlüssig bezeichnete, den Antrag der Beklagten auf Einholung einer Oberexpertise abgelehnt (act. 221 S. 9). Eine Gehörsverletzung liegt jedenfalls insoweit nicht vor, als die Vorinstanz auf den Antrag der Beklagten explizit eingegangen ist und diesen ■ begründet ■ abgelehnt hat. Es trifft indes zu, dass sich aus dem angefochtenen Entscheid nicht ergibt, welche Überlegungen

- 15 - im Einzelnen zu diesem Entscheid geführt haben. Hiezu gilt allerdings wiederum festzuhalten, dass nach der für das erstinstanzliche Verfahren massgeblichen

kantonalzürcherischen Prozessordnung nur dann ein neuer Gutachter zu bestellen ist, wenn das Gericht das Gutachten für ungenügend hält (§ 181 Abs. 2 ZPO/ZH). Entscheidend ist, ob der Richter das vorliegende Gutachten als ungenügend betrachtet, sei es, dass dem Experten die erforderlichen Kenntnisse oder die nötige Unbefangenheit abgeht, sei es, dass ein Gutachten aus andern Gründen nicht zu überzeugen vermag. Anlass zu einer weiteren Expertise besteht aber nicht schon dann, wenn ein Privatgutachter eine andere Auffassung vertritt oder ein anderer Experte möglicherweise zu andern Schlüssen gelangt. Mit der Ablehnung eines solchen Antrages wird richterliches Ermessen nur dann überschritten, wenn das vorliegende Gutachten offensichtliche Mängel aufweist bzw. die Ablehnung aus offenbar unzureichenden Gründen erfolgt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Aufl. 1997, § 181 N 4).

E. 6

Das Gutachten von D._____ wurde als Gegenbeweismittel der Beklagten zum Thema der Schnittverträglichkeit der Parrotien im Allgemeinen und der im Streit stehenden Parrotien in Besonderen abgenommen (act. 149 S. 8). Die fachliche Qualifikation des Experten wurde von den Parteien nicht in Zweifel gezogen. Die Frage 2, ob die Parrotie nach den anerkannten Regeln der Baumpflege unter der Schere gehalten werden könne, hat der Gutachter ■ entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 193 S. 2/3 und act. 219 S. 4/5) ■ klar bejaht, nachdem er ausgeführt hat, was der Fachmann unter dem Begriff "unter der Schere halten" verstehe und dies auch dargelegt hat (act. 177 S. 3). Ebenso bejaht hat er die Frage, ob die beiden konkret zu beurteilenden Parrotien zurückgeschnitten werden könnten (act. 177 Frage 4). Mit dem Kläger ist davon auszugehen, dass es nicht als notwendig zu betrachten ist, dass der Experte dem Gericht die "anerkannten Regeln der Baumpflege" im Einzelnen darlegt. Mit Bezug auf die Erhaltung der art- und sortenspezifischen Gestalt der Parrotien hielt der Gutachter (zu Frage 3) klar fest, dass jeder Rückschnitt den Habitus und die ästhetische Wirkung eines Baumes dieser Grösse verändere. Er bemerkte des Weiteren, dass die beiden Parrotien aber aufgrund verschiedener früherer

- 16 - Rückschnittmassnahmen und des engen Standes bereits im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens bzw. des Augenscheins nicht mehr den art- und sortentypischen Habitus einer freistehenden Parrotie aufgewiesen hätten (act. 177 S. 3). Die Beklagte bestritt dies bereits in ihrer Stellungnahme zum Gutachten und rügte, der Gutachter sei nicht in der Lage zu beschreiben, welches der typische Habitus der Parrotie sei (act. 193 S. 3). Darauf verwies sie auch in der Berufungsbeurteilung. Sie macht geltend, die Umschreibung des Habitus einer Parrotie sei vorliegend relevant, da daran zu messen sei, ob der vom Experten als zulässig erachtete Rückschnitt tatsächlich erfolgen dürfe. Es könne unter diesen Umständen auch die Behauptung des Experten nicht nachvollzogen werden, dass der art- und sortentypische Habitus einer Parrotie wegen früherer Rückschnitte ohnehin schon verloren gegangen sei (act. 219 S. 5 und 6). Letzteres wurde indes auch in dem von der Beklagten zusammen mit der Stellungnahme zum Gutachten eingereichten Bericht von E._____ bestätigt (act. 194). Damit unterstreicht dieser Bericht das Gutachten insoweit und es ist nicht ersichtlich, was die Darstellung des typischen Habitus der Parrotie zur Beantwortung der Streitfrage beitragen soll. Zur Frage, bis auf welche Höhe ein Rückschnitt der Parrotien im vorliegenden Fall erfolgen könne, damit die Ästhetik nicht beeinträchtigt werde, hielt der Gutachter fest, dass ein Rückschnitt auf eine Höhe von zirka 5 Meter vertretbar sei. Dieser Rückschnitt würde den Habitus zwar grundlegend verändern,

könnte von einer Fachkraft aber so ausgeführt werden, dass die Ästhetik der beiden Parrotien trotzdem gewährleistet bleibe (act. 177 S. 4, zu Frage 5). Die Beklagte wendet dazu ■ wie bereits vor Vorinstanz in der Stellungnahme zum Gutachten (act. 193) ■ ein, die Vertretbarkeit eines Rückschnittes auf fünf Meter könne nicht damit begründet werden, dass dieser bereits früher einmal erfolgt sei, da nicht die gleichen Verhältnisse vorlägen wie damals, als es sich um eine junge Pflanze gehandelt habe. Bei einem Rückschnitt von Stämmen mit einem Durchmesser von 30 cm könne auch nicht das Erscheinungsbild als offenbar noch artspezifisch bezeichnet werden, wenn mehrere dicke Stämme nackt in der Landschaft stünden (act. 219 S. 6/7). Sie verweist auf das Schreiben von E._____ (act. 194), der dafür hält, der Rückschnitt würde dazu führen, dass das Höhenwachstum beschleunigt werde und die vielen neuen Schnittstellen wegen ungenügend schneller Überwallung

- 17 - von Fäulnis befallen würden (act. 219 S. 7). Dem hält der Kläger entgegen, dass die nachbarrechtlichen Regeln über Bäume und Sträucher nicht zum Ziel hätten, zu gewährleisten, dass Pflanzen im Grenzbereich möglichst art- und sortenspezifisch gestaltet werden können, sondern dass es um den Schutz des Grundeigentums des Nachbarn gehe. Sodann handle es sich beim Bericht E._____ um eine private Meinungsäußerung, das die Einholung eines "Obergutachtens" nicht zu rechtfertigen vermöge (act. 229 S. 8/9). Der gerichtlich bestellte Gutachter kam aufgrund des Augenscheins vor Ort als Fachmann zum Schluss, dass ein Rückschnitt der streitgegenständlichen Parrotien auf 5 m vertretbar sei, wobei es offenkundig darum ging, die derzeit sich prä-sentierende Situation, das heisst die Bäume in ihrem derzeitigen gesamten Erscheinungsbild und unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Dicke der Stämme zu beurteilen. Der Einwand der Beklagten, ein Vergleich mit dem Rückschnitt in einem früheren Zeitpunkt sei unmassgeblich, erweist sich als unbehelflich, weshalb die Vorinstanz hierauf auch nicht eingehen musste. Das von der Beklagten nachgereichte Schreiben von E._____, das bestenfalls als "Privatgutachten" gelten könnte, welches einer Parteibehauptung gleichzusetzen ist (BGE 132 III 83) und dem kein Beweiswert zukommt, das indes geeignet sein könnte, die Überzeugungskraft des gerichtlich eingeholten Gutachtens in Zweifel zu ziehen (BGE 125 V 351ff.), hilft der Beklagten sodann auch nicht weiter: Vorab hält auch E._____ eine Einkürzung der Baumhöhen um höchstens einen Meter als nachhaltig verträglich. Bei der Beurteilung dieser Frage handelt es sich offenbar um eine ■ vom gerichtlichen Gutachten zwar abweichende, aber ebenfalls nicht näher begründete ■ andere Expertenmeinung, welche die Einholung einer Oberexpertise noch nicht erforderlich macht. Aber auch der Hinweis im Bericht E._____ auf die Baumsicherheit und -gesundheit, welche ebenfalls nicht näher begründet ist, lässt keinen anderen Schluss zu, ist doch davon auszugehen, dass der Gutachter die Rückschnittmöglichkeit der streitgegenständlichen Parrotien nicht bejaht hätte, wenn er deren Gesundheit als dadurch in Frage gestellt gesehen hätte. Auch aus diesem Grund bestand kein Anlass für eine Oberexpertise.

- 18 -

E. 7

Auch nach eingehender Prüfung der beklaglichen Einwendungen ist somit nicht ersichtlich, dass das Gutachten von D._____ (act. 177) derartige Mängel aufwies oder gar untauglich sein sollte, so dass die Vorinstanz nicht darauf abstellen durfte. Mit der inhaltlichen Würdigung des Gutachtens und der Ablehnung des Antrags auf Einholung eines Obergutachtens hat die Vorinstanz ihr Ermessen nicht überschritten. Es liegt deshalb

auch kein Verstoß gegen das Willkürverbot vor, wie die Beklagte geltend macht (act. 219 S. 4). Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 137 I 1 E. 2.4.). All dies ist vorliegend nicht der Fall. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid sodann nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Es genügt nicht, dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint (BGE 137 I 1 E. 2.4.; BGE 133 I 149 E. 3.1). Auch diese Voraussetzung wäre vorliegend nicht erfüllt. Der Hauptantrag der Berufungsklägerin erweist sich damit auch materiell als nicht begründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

E. 8

Eventualiter stellt die Beklagte einen Verfahrensantrag, ohne in der Sache selbst einen Antrag zu stellen (act. 219 S. 2 Ziff. 3). Es ist darauf nicht einzutreten. Auch inhaltlich erweise sich der Antrag nach den vorstehenden Erwägungen als unbegründet und wäre abzuweisen. IV. Kosten und Entschädigung 1. Ist die Berufung nach dem Gesagten abzuweisen soweit darauf einzutreten ist, wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Ausgehend von einem Streitwert, der CHF 25'000.-- erreicht, ist die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren auf CHF 3'500.--, die Prozessentschä-

- digung auf CHF 4'500.-- festzusetzen, zuzüglich die beantragte Mehrwertsteuer von 8% (act. 229 S. 2). Die Beklagte ist entsprechend zu verpflichten. 2. Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsregelung für das erstinstanzliche Verfahren verweist der Kläger auf sein unter der Geschäftsnr. RB130042 bei der Kammer hängige Beschwerdeverfahren, welches bis zur Erledigung des Berufungsverfahrens sistiert ist. Er macht geltend, dass seine dortigen Ausführungen und Anträge sinngemäss auch für das vorliegende Berufungsverfahren Gültigkeit hätten und er reicht die entsprechende Kostenbeschwerde samt Beilagen mit der Berufungsantwort ein (act. 229 S. 11). Wie eingangs dargestellt, beantragt der Kläger im Berufungsverfahren ausschliesslich die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten (act. 229 S. 2). Damit fehlt ein Antrag hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung im Rahmen des Berufungsverfahrens und es ist der Berufungsinstanz gestützt auf die Dispositionsmaxime verwehrt, auf die sich ausschliesslich aus der Begründung ergebenden Anliegen des Klägers einzugehen. Hinzu kommt, dass es an einer hinreichenden Substantiierung fehlen würde. Ein Verweis auf Beilagen vermag insbesondere die Vorbringen in der Rechtschrift selbst nicht zu ersetzen. Im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens bleibt es bei der erstinstanzlichen Regelung der Kosten- und Entschädigungsregelung, da deren Änderung ausschliesslich mit der beantragten Gutheissung der Berufung begründet wird und sich die Berufung als unbegründet erweist. Vorbehalten bleibt der Entscheid in dem nach Abschluss des Berufungsverfahrens wieder auf zu nehmendem Beschwerdeverfahren. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 12. August 2013 am 9. November 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "1. Die Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. c, d und e der Hauptklage werden abgewiesen.

- 20 - 2. In teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 2 lit. a und b der Hauptklage wird die Beklagte unter der Androhung von Busse nach Art. 292 StGB verpflichtet, die in der beiliegenden Plankopie (Anhang 1) mit blauer Farbe und den Bezeichnungen 2a und 2b lokalisierten Eibenhecken auf einer Höhe von maximal 2.3 bzw. 2.48 Metern unter der Schere zu halten. Im Mehrumfang werden die Rechtsbegehren Ziffer 2 lit. a und b der Hauptklage abgewiesen. 3. In teilweiser Gutheissung der Rechtsbegehren Ziffer 2 lit. c bis l der Hauptklage wird die Beklagte unter der Androhung von Busse nach Art. 292 StGB verpflichtet die in der beiliegenden Plankopie (Anhang 1) mit blauer Farbe und den Bezeichnungen 2c bis 2l lokalisierten Rhododendren auf einer Höhe, welche maximal das Doppelte des Grenzabstandes gemäss Anhang 2 beträgt, unter der Schere zu halten. Im Mehrumfang werden die Rechtsbegehren Ziffer 2 lit. c bis l der Hauptklage abgewiesen. 4. (...) 5. In Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 4 der Hauptklage wird die Beklagte unter der Androhung von Busse nach Art. 292 StGB verpflichtet, die in der beiliegenden Plankopie (Anhang 1) mit roter Farbe und der Bezeichnung 1e lokalisierte Thuja auf einer Höhe von Maximal vier Metern unter der Schere zu halten. 6. Die Rechtsbegehren Ziffer 5 und 6 der Hauptklage werden abgewiesen. 7. In teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 2 der Widerklage wird der Kläger unter der Androhung von Busse nach Art. 292 StGB verpflichtet, die im beiliegenden Plan (Anhang 3) bezeichneten Lorbeersträucher, welche den beiden ersten Gruppen à 68 und 25 Lorbeersträuchern von links her auf Anhang 2 entsprechen, auf die Maximalhöhe (gemessen ab dem aktuell bestehenden Terrain) des doppelten Grenzabstandes gemäss Anhang 2 zurückzuschneiden und auf dieser maximalen Höhe unter der Schere zu halten. Im Mehrumfang wird Rechtsbegehren Ziffer 2 der Widerklage abgewiesen." 2. Schriftliche Mitteilung mit nachstehendem Erkenntnis.

- 21 - und erkennt: 1. Die Berufung wird abgewiesen soweit darauf eingetreten wird und Dispositiv Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 12. August 2013 wird bestätigt. 2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv Ziff. 8 - 10) des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 12. August 2013 wird bestätigt. 3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'500.-- festgesetzt. 4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit dem geleisteten Prozesskostenvorschuss verrechnet. 5. Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.-- zuzüglich Fr. 360.-- (8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 10'000.--. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 22 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein MLaw D. Weil versandt am:

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