

# ZH\_OBERGERICHT NE080026 vom 11. März 2009

ZH Obergericht, 2009-03-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NE080026](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NE080026)

FR: ZH\_OBERGERICHT NE080026 du 11 mars 2009

IT: ZH\_OBERGERICHT NE080026 del 11 marzo 2009

## Erwägungen

### E. 2

Der Beklagte führt Berufung mit dem Antrag auf Gutheissung seiner Widerklage. Die Kläger tragen auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an. Damit ist die Abweisung der Hauptklage rechtskräftig, und diese ist nicht mehr Thema der Berufung (§ 260 Abs. 1 ZPO). Zu diskutieren ist die Widerklage. Dieser legen die Parteien zwar übereinstimmend nur einen Streitwert von Fr. 3'000.-- bei (Prot. I S. 5 und 7 f.; § 22 Abs. 1 ZPO). Zusammen mit dem Streitwert der Hauptklage von Fr. 15'000.-- (act. 1, act. 4 S. 1, Prot. I S. 5; § 22 Abs. 2 ZPO) ist die Sache aber dennoch berufungsfähig, da es auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Fällung des angefochtenen Urteils ankommt (§ 18 Abs. 2 ZPO), und nicht auf die Beschwer dessen, der das Rechtsmittel ergreift. Für das weitere Verfahren, sowohl in der Berufung, für einen Weiterzug ans Bundesgericht, als auch nach der Rückweisung an den Einzelrichter, ist nur noch der Streitwert der Widerklage massgebend. Man muss sich fragen, ob die Bezifferung durch die Parteien nicht rechtsmissbräuchlich tief sei. Das ist angesichts der gesetzlichen Vorgabe von § 22 Abs. 1 ZPO allerdings nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Die Bestimmung gibt den Parteien nicht zuletzt im Hinblick auf die Verfahrenskosten eine grosse

Freiheit. Die Fr. 3'000.-- (nämlich Fr. 300.-- für das Stutzen von acht Einzelpflanzen und einer Hecke, Fr. 200.-- für das Beseitigung von die Grenze verletzenden Bauteilen, Fr. 2'500.-- für das Abtragen der Aufschüttungen) sind gleichwohl sehr wenig. Offenbar gehen beide Seiten davon aus, die geforderten gerichtlichen Anordnungen würden nur unwesentliche Kosten auslösen, sei es, dass die betroffenen Parteien die Arbeiten selber ausführten, sei es dass sie sie durch Verwandte oder Freunde für ein Trinkgeld vornehmen liessen, und für den Wert der beiden Liegenschaften erachten sie die streitigen Fragen offenbar als praktisch irrelevant. Beides ist doch eher erstaunlich, mag aber unter dem Aspekt von § 22 Abs. 2 ZPO hingenommen werden. Missbräuchlich und unbeachtlich wäre es allerdings, wenn sich die Parteien nach dem neuen Urteil des Einzelrichters eines anderen besännen und im Hinblick auf das zu ergreifende Rechtsmittel resp. die Prozessentschädigung dann doch einen höheren Streitwert reklamierten. 3.1 Was das Zurückschneiden von Bäumen und Sträuchern (Begehren 1 der Widerklage) angeht, ist zunächst das Rechtsbegehren ungenügend. Ein Kläger muss so genau sagen, was er will, dass das Begehren zum Dispositiv gemacht werden und dann vollstreckt werden kann. Die Widerklage sagt nun gerade nicht, welche Bäume und Sträucher gestutzt werden sollen. Die Auswahl der auszuführenden Arbeiten kann aber weder dem Gemeindeammann noch einem von ihm beauftragten Gärtner überlassen werden. In der mündlichen Begründung der Widerklage liess der Beklagte das Begehren präzisieren (act. 6 S. 5 oben). Danach geht es ihm einmal um die Thujahecke, welche entlang der Zufahrt zum Grundstück des Beklagten auf dem Grundstück der Kläger steht: sie soll auf die Höhe von einem Meter gestutzt

werden. Sodann verlangt der Beklagte den Rückschnitt der nachstehenden Pflanzen auf die angegebene Höhe und wo angegeben das Kappen der die Grenze überragenden Pflanzenteile: Pflanze/Grenzabstand Rückschnitt auf Kappen ... m Höhe Rotbuche, Abstand 1.6 m, 3.2 m, ja zwei Eiben, Abstand 0.9 m, 1.8 m, nein

Holunder, Abstand 1.25 m, 2.5 m, ja Holunder, Abstand 1 m, 2 m, ja Lorbeer, Abstand 0.2 m, 0.4 m, ja Zwetschgenbaum, Abstand 1.5 m, 3 m, ja Föhre, Abstand 2 m, 4 m, ja Das alles gehört ins Rechtsbegehren. Die Zufahrt zum Grundstück des Beklagten steht im Miteigentum von vier Parteien, darunter der Kläger und der Beklagte (act. 9). Der Einzelrichter versagt dem Beklagten den Anspruch auf Rückschnitt der Thujahecke mit dem Hinweis auf die Befugnisse der Miteigentümer zur Vertretung der Gemeinschaft, namentlich Art. 647c ZGB. Das ist freilich nicht richtig, denn es geht nicht um Arbeiten an der Sache selbst, wie also etwa die Schneeräumung, die Behebung von Frostschäden oder allenfalls den Ersatz eines Naturbelages durch einen Asphalt. Dort stellte sich die Frage, wie weit ein Einzelner handeln kann, und das wäre für die Prozessführung nicht schwer zu beantworten: gar nicht (Rey, Sachenrecht I

### **E. 3**

Aufl. 2007, S. 188). Hier geht es nicht um die Vertretung der Gemeinschaft, denn der Beklagte tritt allein im eigenen Namen auf. Es geht vielmehr um das Durchsetzen eines individuellen Abwehranspruchs. Dieser steht schon aufgrund des Gesetzeswortlauts jedem Miteigentümer einzeln zu: "Jeder Miteigentümer hat für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers" (Art. 646 Abs. 3 ZGB). Die Tatsache, dass der Beklagte nur Miteigentümer der Wegparzelle ist, stellt seinen eigenen Abwehranspruch demnach nicht in Frage, und insbesondere kann er einen solchen Anspruch nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch gegenüber anderen Miteigentümern geltend machen, selbst dann, wenn sich andere Miteigentümer mit der Störung ausdrücklich einverstanden erklären oder jedenfalls dagegen nicht einschreiten wollen (BGE 95 II 402 mit zahlreichen Zitaten; BSK-ZGB II 3. Aufl. 2007, N 35 zu Art. 646 ZGB). - Dass irgend welche Pflanzen (und damit auch die Thujahecke) Grenzabstände und sie selbst irgend welche Schneidepflichten verletzen, lassen die Kläger bestreiten (Prot. I S. 6 drittunterster Absatz). Angesichts der Fotografie act. 7/7 Bild 4 ist das was die Thujahecke betrifft an der Grenze zum Mutwillen, lässt sich aber nicht mit letzter Sicherheit widerlegen. Der Einzelrichter wird dazu ein Beweisverfahren

durchzuführen haben. In erster Instanz verlangte der Beklagte nur den Rückschnitt der Thujahecke, in der Berufung offenbar nun neu auch das Kappen überragender Pflanzenteile (act. 45 S. 3 unten in Verbindung mit act. 46/3). Eine Klageänderung in der Berufung ist unzulässig, und darauf wäre nicht einzutreten, wenn heute in der Sache entschieden werden könnte. Nach der Rückweisung wird sich die Frage unter dem Aspekt von § 61 ZPO neu stellen, falls der Beklagte an dem Begehren festhält. Was die anderen Pflanzen angeht, ist die Situation ziemlich verworren. Zunächst ist nicht klar, welche Pflanzen eigentlich wo stehen (an der Zufahrtstrasse oder im Bereich der gemeinsamen Grenze der Grundstücke der Parteien), und das müsste für eine allfällige Vollstreckung doch bekannt sein, sonst ist das Risiko zu gross, dass Vollstreckungsrichter und/oder mit der Vollstreckung betraute Personen nicht wissen, was sie anzuordnen resp. physisch zu vollstrecken haben. Der Beklagte lässt sodann vortragen, dass sich die Verhältnisse geändert haben (act. 45 S. 3), ohne aber etwa beim Holunder zu sagen, welcher der beiden beklagten Sambuci nun "ganz flach heruntergeschnitten" worden sei (und ob damit seinem Begehren ausreichend

entsprochen wurde). Der Einzelrichter wird im Einzelnen Klarheit schaffen müssen; sein im Übrigen vorbildliches Augenscheinsprotokoll (Prot. I S. 11 ff. mit der Skizze S. 14) ist nicht zu allen der streitigen Pflanzen aussagekräftig. Für seine neue Entscheidung in der Sache wird der Einzelrichter zwischen Gartenbäumen, kleinen Zierbäumen, Zwergobstbäumen und Sträuchern einerseits, Waldbäumen und grossen Zierbäumen andererseits unterscheiden müssen. Die ersteren dürfen nicht näher als 60 cm (gemessen bis zum Stamm- Mittelpunkt) an die Grenze gesetzt werden und sind so unter der Schere zu halten, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte des Abstandes beträgt (§ 169 EG-ZGB; dass eine Pflanze möglicherweise so weit zurückzuschneiden ist, dass sie eingeht, ist das Risiko des zu nahe Pflanzenden und nicht des beeinträchtigten Nachbarn). Die letzteren Waldbäume und grossen Zierbäume müssen zwar wesentlich grössere Abstände einhalten, doch gibt es ihnen gegenüber keinen Anspruch auf Beseitigung und keine Höhenbegrenzung, wenn sie einmal fünf Jahre lang am gleichen Ort gewurzelt haben (§ 170 und 173 EG-

ZGB). Buche, Eibe und Föhre sind Waldbäume (Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002 S. 153). Nicht zu folgen ist dem Einzelrichter darin, dass der Nachbar nicht die gerichtliche Verpflichtung zum Kappen überragender Pflanzenteile verlangen könne, weil er das nach Art. 687 ZGB selber tun dürfe (angefochtenes Urteil S. 12). Das Selbsthilferecht ist nur eine besondere Ausgestaltung des Eigentumsfreiheitsanspruchs von Art. 641 Abs. 2 ZGB (BK Meier-Hayoz 3. Aufl. 1975, N 18 zu Art. 687/688 ZGB). Dass der Nachbar selber kappen und also sein Recht eigenhändig durchsetzen darf, heisst daher nicht, dass er selber kappen muss. Das ist aus mehreren von einander unabhängigen Gründen zwingend: Zum Einen kann das Kapprecht in einem konkreten Fall bestritten sein. Zum Zweiten ist es nicht immer ganz leicht, den genauen Verlauf einer Grenze festzustellen und dann noch im Luftraum darüber die Senkrechte zu bestimmen. In beiden Fällen ist dem Nachbarn nicht zumutbar, auf eigenes Risiko zu schneiden, auf die Gefahr hin, sich eine Klage auf Schadenersatz, schlimmstenfalls eine Strafanzeige einzuhandeln. Drittens wachsen Pflanzen ständig weiter. Soll der Verletzte nicht alle paar Wochen neu stutzen (oder klagen) müssen, ist der Rückschnitt um eine oder zwei Handbreit hinter die Grenze unabdingbar - das ist aber im Kapprecht nicht inbegriffen. Wenn die Eskalation zwischen Nachbarn - wie hier - eine bestimmte Schwelle überschritten hat, geht der Weg also wohl oder übel via Gericht (mit Beweisverfahren inklusive Expertise), Vollstreckungsrichter, Gemeindeammann und beauftragten Gärtnern und Vermessern. Ob das ökonomisch Sinn macht, haben die Organe der Rechtsprechung und der Vollstreckung nicht zu beurteilen.

### **E. 3.2**

Sodann geht es um Bauteile "wie Fundamente für Zaunpfosten und der Komposthaufen", welche vom Grundstück der Kläger auf das des Beklagten reichen sollen. Hier gilt bezüglich des Rechtsbegehrens an sich das gleiche wie bei den Pflanzen: der (Wider-)Kläger muss schon sagen, was denn beseitigt werden soll. Im Grund liess sich nach der Formulierung des Begehrens kein sinnvoller Beweissatz aufstellen. Der Einzelrichter hat durch die Wendung "nämlich" von sich aus das Verfahren eingeschränkt auf die Fundamente für Zaunpfosten und den Komposthaufen (Prot. I S. 3). Der Beklagte hat nicht widersprochen und könnte das nach Treu und Glauben nun auch nicht mehr tun. Das Thema ist daher für das weitere Verfahren entsprechend definiert. Ob die Fundamente der Zaunpfosten und/oder der Komposthaufen bis über die Grenze reichen, ist umstritten und für den vom Beklagten reklamierten Beseitigungsanspruch wesentlich. In Nachachtung der §§ 133 und 136 ZPO hat der Einzelrichter daher dazu ein Beweisverfahren eröffnet (Prot. I

S. 27, Beweissatz II/2). Der Beklagte berief sich für seinen Beweis auf eine Fotografie, auf seine persönliche Befragung, auf Augenschein und Expertise (act. 15 S. 4), und der Einzelrichter wollte das abnehmen (Prot. I S. 35). Ein Gutachten holte er allerdings nicht ein, ohne das zu begründen (Urteil S. 13). Bei der Fotografie dürfte sich der Beklagte in der Nummer geirrt haben (act. 7/8 statt 7/7), doch spielt das keine Rolle, weil beide Dokumente für den Beweis nicht ausreichen. Seine persönliche Befragung bildet unter dem noch massgeblichen kantonalen Verfahrensrecht keinen Beweis (§ 149 Abs. 3 ZPO). Der Augenschein ergab keine Klarheit (Prot. I S. 11 ff.; Urteil S. 13). Der Kläger 2 sagte in der persönlichen Befragung, dass "höchstens" der Komposter über die Grenze rage (Prot. I S. 52). Das ist keine oder jedenfalls keine genügende Zugabe (der Einzelrichter hat auch nicht klarend nachgefragt), und zum Zaunpfosten ist damit nichts zugestanden. Da sich die Kläger mindestens bis und mit den Parteivorträgen in der Berufung dem Beseitigungsbegehren nicht unterzogen haben, muss das Gutachten eingeholt werden.

### **E. 3.3**

Der Beklagte verlangt endlich, dass die Kläger Aufschüttungen auf ihrem Grundstück entfernen. Er stützt sich auf einen Plan vom September 1976, welcher eine Aufschüttung vor dem Haus der Kläger zeigt, mit einer Höhenkote ("ca. 622.30") und einer Distanzangabe (max. 5m") vom vorderen Rand des Sitzplatzes (dieser offenbar in der Flucht der Hausmauer beim Geräteschopf) bis zur Bordkante (act. 7/6). Nach der Feststellung des Einzelrichters ist das Terrain wesentlich mehr aufgeschüttet worden (Prot. I S. 12 und 14). Der Beklagte behauptet, er und die Kläger hätten 1976 eine Vereinbarung getroffen, wonach die Kläger den Raum vor ihrem Haus (nur) im Rahmen der erwähnten Planskizze

aufschütten dürften (act. 6 S. 2). Die Kläger bestreiten den Anspruch des Beklagten. Der Einzelrichter weist die Widerklage in diesem Punkt ab, weil keine Dienstbarkeit begründet worden sei, und der Eigentümer prinzipiell frei über sein Eigentum verfügen dürfe (Urteil S. 14). Das ist freilich ein Irrtum. Eine Dienstbarkeit besteht in der Tat nicht, da der behauptete Anspruch des Beklagten nicht aus dem Grundbuch hervorgeht (Art. 731 ZGB). Der Beklagte stützt sich aber gar nicht auf eine Dienstbarkeit als dingliches Recht, sondern auf eine behauptete obligatorische Vereinbarung. Diese kann formfrei begründet werden. Aus sachenrechtlichen Gründen bedurften die Kläger für eine Terrainaufschüttung wohl keiner Zustimmung des Beklagten, insofern trifft der Hinweis des Einzelrichters auf Art. 641 ZGB durchaus zu. Der Abwehranspruch des Beklagten gegen abrutschendes Erdreich blieb nach Treu und Glauben bestehen, auch wenn der Beklagte einer Aufschüttung zustimmte. Möglicherweise schien die Zustimmung den Klägern im Hinblick auf das öffentliche Baurecht wertvoll. Sei dem aber wie ihm wolle: wenn es zutrifft, wie der Beklagte behauptet, dass die Eigentümer der beiden benachbarten Grundstücke sich auf eine Aufschüttung bis maximal fünf Meter verständigten, ist das nach Treu und Glauben und wenn kein anderer Inhalt des Vertrages im Sinne von Art. 18 OR behauptet und allenfalls bewiesen wird, nicht nur als Recht der Kläger zu verstehen, so weit zu gehen, sondern auch als Recht des Beklagten, sich einer weiteren Aufschüttung zu widersetzen. Der Einzelrichter wird den Punkt unter diesem Aspekt neu zu beurteilen haben. Als Erstes wird er den Beklagten in Nachachtung von § 55 ZPO zu einer sauberen Behauptung anzuhalten haben, wer denn wann mit wem konkret was vereinbart haben soll - und er wird darauf bestehen müssen, dass zum Ersten nur behauptet und nicht schon bewiesen wird: das Papier act. 7/6 hat in der Phase der Behauptung nichts zu suchen. Dann wird die

Stellungnahme der Kläger zu erfragen sein, dann zu entscheiden, was rechtlich erheblich ist, und dann falls erforderlich das Beweisverfahren zu eröffnen.

**E. 4**

Heute ist die Gebühr für das Berufungsverfahren festzusetzen. Die weiteren Entscheide zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen bleiben dem Endentscheid des Einzelrichters vorbehalten. II. Zivilkammer Beschluss vom 11. März 2009 Geschäfts-Nr. NE080026/U

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