

# ZH\_OBERGERICHT NP140010 vom 18. Mai 2016

ZH Obergericht, 2016-05-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP140010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP140010)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP140010 du 18 mai 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT NP140010 del 18 maggio 2016

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt

#### E. 1.1

Die beiden Kläger sind Miteigentümer je zur Hälfte der Liegenschaft Kat.- Nr. 1, D. \_\_\_\_\_ ... in Zürich, und die Beklagte ist Eigentümerin der Liegenschaft

- 5 - Kat.-Nr. 2, E. \_\_\_\_\_-Strasse... in Zürich. Die Grundstücke der Parteien grenzen aneinander. Das Grundstück der Kläger liegt bergseits im Nordosten, jenes der Beklagten talseits im Südwesten. Die Situation präsentiert sich wie folgt: [Situationsplan] Im Grenzbereich der drei benachbarten Grundstücke 1, 3 und 2 steht auf dem Grundstück der Kläger eine grosse, etwa fünfzig Jahre alte Trauerweide (Urk. 1 S. 3 f.). Zweige dieser Trauerweide ragen über das Grundstück der Be- klagten.

#### E. 1.2

Am 13. Februar 2010 wandte sich die Beklagte durch ihren Anwalt brieflich an die Kläger und verlangte von ihnen, dass sämtliche die Grenze überragenden Äste der Trauerweide zurückzuschneiden seien. Nach ungenutztem Ablauf der bis zum 26. Februar 2010 gesetzten Frist werde die Beklagte "das Kapprecht in Anspruch nehmen und die Äste selber kappen lassen, und zwar auf Ihre Kosten" (Urk. 3/4). Hierauf erwirkten die Kläger gestützt auf § 222 Ziff. 3 ZPO/ZH durch Verfügungen des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Februar 2010 (superproviso- risch) bzw. vom 8. April 2010 eine vorsorgliche Massnahme in dem Sinne, dass der Beklagten unter Hinweis auf Art. 292 StGB verboten wurde, die Äste der frag- lichen Trauerweide zurückzuschneiden (Urk. 3/5). Die angesetzte Frist zur Einrei- chung der Klage nahmen die Kläger allerdings nicht wahr. Stattdessen suchten die Parteien im Anschluss an den erwähnten Entscheid des Bezirksgerichts Zü- rich nach einer einvernehmlichen Lösung.

#### E. 1.3

In diesem Zusammenhang führten die Anwälte der Parteien eine Korres- pondenz:

- 6 - - Am 28. Mai 2010 wandten sich die Kläger durch ihren Anwalt brieflich an die Beklagte und hielten unter anderem fest (Urk. 13/6): "Meine Klienten [= Kläger] sind weiterhin bereit, mit Ihrer Klientin [= Be- klagte] eine einvernehmliche Lösung zu finden. Dies setzt aber voraus, dass sie nicht gezwungen sind, den Zivilprozess anhängig zu machen und weiteren Aufwand und Kosten zu produzieren. Ich unterbreite Ihnen daher das Angebot, dass meine Klienten die Frist zur Einreichung der Klage verstreichen lassen und den Baum zurückschneiden bzw. aus- dünnen, sobald dies unter botanischen Gesichtspunkten vertretbar ist. Sollte der Rückschnitt des Baums Ihren Klienten [= Beklagte] zu wenig weit gehen, wäre dannzumal der Zivilprozess zu führen. Im Gegenzug

wird erwartet, dass Sie mir verbindlich zusichern, dass Ihre Klienten [= Beklagte] auf die Ausübung des Kapprechts verzichten, solange kein rechtskräftiger Entscheid des ordentlichen Gerichts dies erlaubt. Das Angebot meiner Klienten [= Kläger] ist sehr fair. Sie sind bereit, den Baum zurückzuschneiden, obwohl sie dazu aus rechtlicher Sicht kaum gezwungen werden könnten." - Die Beklagte liess den Klägern durch ihren Anwalt am 4. Juni 2010 (Urk. 3/13 = 13/7) brieflich wie folgt antworten: "Ich bestätige Ihnen den Eingang Ihres Schreibens vom 28. Mai 2010. Darin unterbreiteten Sie einen Vorschlag, den Sie als 'sehr fair' bezeichnen, wobei es uns noch nicht gelungen ist, den für die Beklagte fairen Teil des Vorschlages zu eruieren. Die Beklagte lehnt diesen Vorschlag deshalb ab. Die Beklagte unterbreitet Ihnen einen eigenen Vorschlag: Sie ist bereit, den Klägern Gelegenheit zum verlangten grenzbezogenen Rückschnitt einzuräumen. Die Beklagte ist demzufolge bereit, auf die Ausübung des Kapprechtes bis 15. Dezember 2010 zu verzichten, damit die Kläger den Rückschnitt in der vegetationsmässig richtigen Jahreszeit vornehmen können. Damit wird von der Beklagten ein Beitrag geleistet, der es erlaubt, auf die Durchführung eines Prozesses im ordentlichen Verfahren zu verzichten." - Durch E-Mail vom 14. Juni 2010 liessen die Kläger durch ihren Anwalt dem Anwalt der Beklagten wie folgt antworten (Urk. 3/14 = Urk. 13/8): "Ich beziehe mich auf Ihr Schreiben vom 4. Juni 2010 und teile Ihnen mit, dass meine Klienten den Vorschlag Ihrer Klientin akzeptieren. Meine Klienten werden also den streitigen Baum im kommenden Herbst zurückzuschneiden lassen. Ich werde Ihnen den definitiven Termin zur gegebenen Zeit noch bekannt geben. Im Gegenzug verzichtet Ihre Klientin bis zum 15. Dezember 2010 auf die Ausübung des Kapprechts."

#### **E. 1.4**

Innerhalb der vom Einzelgericht mit Verfügung vom 8. April 2010 angesetzten Prosequierungsfrist (Urk. 3/5, Dispositiv-Ziff. 2) reichten die Kläger keine Klage ein.

- 7 -

#### **E. 1.5**

Gegen Ende des Jahres 2010 nahmen die Anwälte der Parteien ihre Korrespondenz wieder auf: - Am 23. November 2010 teilten die Kläger der Beklagten durch ihren Anwalt per E-Mail mit, dass "der Rückschnitt der Weide diese Woche erfolgen sollte" (Urk. 13/9). - Am 15. Dezember 2010 liessen die Kläger sodann in einer E-Mail festhalten, dass sie "den streitbetreffenden Baum Ende November 2010 durch ihren Gärtner ganz erheblich" hätten "zurückschneiden" lassen. Ohne Gegenbericht gingen sie davon aus, dass die Sache damit erledigt sei (Urk. 3/6). - Am 3. Februar 2011 liess die Beklagte antworten, sie habe in der Zwischenzeit einen Augenschein vorgenommen und dabei festgestellt, "dass der Rückschnitt nicht sehr ausgeprägt ausgefallen ist". Noch immer ragten "gewisse Äste ... zwischen 1.0 und 1.5 m über die Grenze", was unbefriedigend sei. Die Kläger möchten sich dazu äussern, "ob der von Ihnen angekündigte Rückschnitt bereits definitiv abgeschlossen ist" (Urk. 3/7). - In ihrer Antwortmail vom 4. Februar 2011 hielten die Kläger demgegenüber fest, dass der Rückschnitt "sehr ausgeprägt" ausgefallen sei. Der Gärtner sei an die Grenze des botanisch Vertretbaren gegangen. Sollte die Beklagte an ihrer Forderung nach einem "weiteren substantiellen Rückschnitt" festhalten, so "hätte sie ihr Kapprecht gerichtlich zu erstreiten" (Urk. 3/8). - Am 7. Februar 2011 liess die Beklagte den Klägern brieflich einen Bericht der F. \_\_\_\_\_ AG, ..., vom 13. Dezember 2010 zukommen und hielt fest, dass "viele Äste", darunter sieben genau bezeichnete (Nr. 11-14,

16-17, 19) die Grenze massiv überragten (Urk. 3/9 mit Hinweis auf Urk. 3/10). - Mit E-Mail an die Kläger vom 18. Februar 2011 nahm die Beklagte auf den Bericht der F.\_\_\_\_\_ AG Bezug und eröffnete den Klägern, dass sie "gemäss den Angaben von F.\_\_\_\_\_ innerhalb der vegetationsarmen Zeit bis zum 15. März 2011 nachschneiden will" (Urk. 3/11).

### **E. 1.6**

Hierauf gelangten die Kläger am 21. Februar 2011 erneut an das Einzelgericht des Bezirks Zürich und verlangten wiederum, dass der Beklagten vorsorglich zu verbieten sei, die in ihr Grundstück hineinragenden Äste der Hängeweide zurückzuschneiden (Urk. 39A/1). Im Sinne von Art. 265 ZPO verbot das angerufene Einzelgericht der Beklagten mit Verfügung vom 22. Februar 2011 superprovisorisch, die auf ihr Grundstück hineinragenden Äste der Hängeweide zurückzuschneiden (Urk. 39A/4A). Nach Durchführung einer Verhandlung erliess das Einzelgericht am 22. März 2011 ein Urteil: Es bestätigte gestützt auf Art. 263 ZPO das frühere gegenüber der Beklagten ergangene Verbot und setzte den Klägern

- 8 - Frist an, "um den ordentlichen Zivilprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuhoben", widrigenfalls "die vorsorgliche Massnahme ohne weiteres dahinfallen würde" (Urk. 39A/13A, Dispositiv-Ziff. 1 und 3). Das Urteil des Einzelgerichts wurde den Klägern am 19. April 2011 zugestellt (Urk. 39A/13B).

## **E. 2**

Prozessverlauf

### **E. 2.1**

Unterm 18. Mai 2011 reichten die Kläger innerhalb der gesetzten Frist beim Einzelgericht im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Zürich die begründete Klage über das oben vermerkte Rechtsbegehren ein (Urk. 1; Proz.-Nr. FV110125). In der Folge erstattete die Beklagte auf gerichtliche Fristansetzung hin am 18. August 2011 eine Stellungnahme gemäss Art. 245 Abs. 2 ZPO (Urk. 12).

#### **E. 2.1.1**

Anlässlich einer vom Gericht am 4. November 2011 zu Vergleichszwecken durchgeführten Instruktionsverhandlung mit Augenschein konnten die Parteien keine Einigung finden (Prot. I Proz.-Nr. FV110125, S. 5 f.).

#### **E. 2.1.2**

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2011 wurde gemäss Art. 246 Abs. 2 ZPO ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. Hierauf erstatteten die Parteien am 26. Januar 2012 bzw. am 30. April 2012 weitere Rechtsschriften (Urk. 32 und 38).

#### **E. 2.1.3**

Auf weitere gerichtliche Fristansetzungen hin erstatteten die Parteien weitere Rechtsschriften, die Kläger am 9. Januar 2013 und die Beklagte am 26. März 2013 (Urk. 46 und 54). Weitere Eingaben erstatteten die Kläger am 19. April 2013 und die Beklagte am 2. Mai 2013 (Urk. 61 und 63).

#### **E. 2.1.4**

Mit Urteil vom 23. Mai 2013 wies das Einzelgericht die Klage ab (Urk. 66).

## **E. 2.2**

Das Urteil des Einzelgerichts vom 23. Mai 2013 zogen die Kläger rechtzeitig mit der Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich weiter (Urk. 69; Proz.-Nr. NP130017). Nach Einholung einer Berufungsantwort, welche von der Beklagten am 13. September 2013 erstattet wurde (Urk. 76), wies die Berufungsinstanz die Sache mit Beschluss vom 3. Oktober 2013 zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück (Urk. 82).

- 9 -

### **E. 2.3**

Das zweite erstinstanzliche Verfahren wurde unter der Proz.-Nr. FV130226 geführt. Die Vorinstanz erliess am 10. Dezember 2013 eine Beweisverfügung (Urk. 87). In der Folge wurden am 2. April 2014 der Anwalt der Kläger, Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_, als Zeuge, und die beiden Kläger im Rahmen einer Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO befragt (Urk. 95 und 96). Mit Urteil vom 23. Mai 2014 wies die Vorinstanz die Klage erneut ab (Urk. 109).

### **E. 2.4**

Auch das zweite vorinstanzliche Urteil fochten die Kläger mit der Berufung an. Das zweite Berufungsverfahren wird unter der Proz.-Nr. NP140010 geführt.

#### **E. 2.4.1**

Die Berufung wurde von den Klägern mit Rechtsschrift vom 11. Juli 2014 begründet (Urk. 114), während sie von der Beklagten mit Rechtsschrift vom 6. September 2014 beantwortet wurde (Urk. 121).

#### **E. 2.4.2**

Am 4. November 2014 erliess die Berufungsinstanz eine weitere Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO. Die Beweisabnahme delegierte sie an den Referenten (Urk. 127). Mit diesem Beschluss wurde unter anderem ein Augenschein auf dem Lokal angeordnet. Ferner wurden die Parteibefragung der Beklagten, die Befragung einer Zeugin sowie die Einholung eines Gutachtens angeordnet. Schliesslich wurde den Parteien MSc ETH G.\_\_\_\_ als Experte vorgeschlagen.

#### **E. 2.4.3**

Mit Eingabe vom 20. November 2014 ersuchte die Beklagte darum, den Augenschein erst im Spätfrühling durchzuführen, weil eine zuverlässige Beurteilung erst nach dem Austrieb möglich sei (Urk. 130). In der Folge wurde der Augenschein erst am 21. Mai 2015 durchgeführt (Prot. II S. 10-15).

#### **E. 2.4.4**

Im Anschluss an den Augenschein vom 21. Mai 2015 äusserten sich die Parteien im Sinne von Art. 185 Abs. 2 ZPO zur Fragestellung an den Experten (Prot. II S. 16 f.).

#### **E. 2.4.5**

Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 21. Mai 2015 wurden Vergleichsgespräche in Anwesenheit des Experten MSc ETH G.\_\_\_\_ geführt. Dazu findet sich im Protokoll der folgende Eintrag (Prot. II S. 16 f.):

- 10 - "Die Parteien kommen überein, dass der Experte vom Gericht beauftragt wird, bis Ende Mai 2015 einen Lösungsvorschlag hinsichtlich des Rückschnitts der Trauerweide zu

formulieren. Die Parteien nehmen in Aussicht, für den Fall, dass in diesem Sinne eine Lösung gefunden werden kann, dass künftig mindestens in jedem ungeraden Jahr, höchstens aber jährlich ein entsprechender Sommer- rückschnitt vorgenommen wird. Der Vorschlag für einen Baumpfleger soll durch den Experten erfolgen. Die Kosten des Rückschnitts übernehmen die Parteien je zur Hälfte."

#### **E. 2.4.5.1**

Am 29. Mai 2015 liess der Experte dem Gericht das "Wording der Schnittvereinbarung" zukommen, welches nach seinem Dafürhalten "auch die baumbiologischen Anforderungen der Trauerweide als Pionierbaumart möglichst optimal erfüllt" (Urk. 138).

#### **E. 2.4.5.2**

Nach Rückfrage beim Experten zwecks Beseitigung einer Unklarheit (Urk. 140) liess das Gericht den Parteien gestützt auf das "Wording" des Experten ei- nen schriftlichen Vergleichsvorschlag zukommen (Urk. 141 und 141A). Während die Kläger den Vergleichsvorschlag unterzeichneten (Urk. 143), liess die Beklagte dem Gericht am 2. Juli 2016 einen Gegenvorschlag zukommen, mit dem sie von den Klägern unter anderem die Ausgleichung eines Schadens von Fr. 63'846.00 verlangte (Urk. 147). Hierauf teilte das Gericht den Parteien am 7. Juli 2015 mit, dass der Prozess im Sinne des Beschlusses der Kammer vom 4. November 2014 fortgesetzt werde (Urk. 148).

#### **E. 2.4.6**

Am 23. Oktober 2015 wurde die Parteibefragung der Beklagten vorgenom- men (Urk. 155). Ferner wurde die Zeugin H.\_\_\_\_\_ befragt (Urk. 156).

#### **E. 2.4.7**

Mit Verfügung vom 28. Oktober 2015 wurde MSc ETH G.\_\_\_\_\_ zum Sach- verständigen ernannt (Urk. 158).

#### **E. 2.4.7.1**

Am 17. November 2015 erteilte das Gericht dem Sachverständigen einen schriftlichen Gutachtensauftrag (Urk. 162).

#### **E. 2.4.7.2**

Das Gutachten wurde von MSc ETH G.\_\_\_\_\_ am 3. Dezember 2015 er- stattet (Urk. 163).

#### **E. 2.4.7.3**

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2015 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben einerseits zum gesamten Beweisergebnis und andererseits im Sinne von

- 11 - Art. 187 Abs. 4 und Art. 188 Abs. 2 ZPO zum Gutachten Stellung zu nehmen (Urk. 165). Die Parteien äusserten sich mit Eingaben vom 23. Dezember 2015 und 8. Januar 2016 dazu (Urk. 168 und 169). Die Beklagte formulierte Ergän- zungsfragen (Urk. 168 S. 5).

#### **E. 2.4.7.4**

Auf Grund des Kostenvoranschlages des Sachverständigen wurde von der Beklagten im Hinblick auf das einzuholende Ergänzungsgutachten ein weite- rer Vorschuss von Fr. 3'000.00 eingeholt (Urk. 170-173).

#### **E. 2.4.7.5**

Unterm 1. Februar 2016 wurde dem Sachverständigen ein schriftlicher Auftrag für ein Ergänzungsgutachten erteilt (Urk. 174). Am 4. Februar 2016 verlangte die Beklagte, dass dem Experten auch bestimmte von ihr formulierte Ergänzungsfragen zu unterbreiten seien (Urk. 175). Mit Verfügung vom 5. Februar 2016 wurde der Antrag abgewiesen, wobei den Parteien die Begründung für diesen Entscheid mit dem Endentscheid in Aussicht gestellt wurde (Urk. 176).

#### **E. 2.4.7.6**

Unterm 1. März 2016 erstattete der Sachverständige das Ergänzungsgutachten (Urk. 178 und 179). Mit Verfügung vom 3. März 2016 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, schriftlich zum Ergänzungsgutachten Stellung zu nehmen (Urk. 181). Beiden Parteien lief diese Frist bis zum 11. April 2016 (Urk. 181). 2.4.7.6.1. Die Kläger nahmen innert Frist keine Stellung. 2.4.7.6.2. Dagegen nahm die Beklagte mit Eingabe vom 23. März 2016 zum Ergänzungsgutachten Stellung (Urk. 182). Ausführlich bestritt sie dort die Schlussfolgerungen des Sachverständigen, beantragte aber keine weiteren Ergänzungsfragen. Vielmehr hielt sie abschliessend fest, dass sie "auf eine weitere Auseinandersetzung mit dem Gutachter" verzichte und den Antrag stelle, "kein weiteres Gutachten beizuziehen" (Urk. 182 S. 7).

### **E. 3**

Prozessuales

#### **E. 3.1**

Aktenschluss. Die Parteien haben mit ihren ersten Rechtsschriften vom 18. Mai 2011 (Urk. 1) und vom 18. August 2011 (Urk. 12) ein erstes Mal umfassend zum Prozessstoff Stellung nehmen können. Ein zweites Mal taten sie das im

- 12 - Rahmen des von der Vorinstanz angeordneten zweiten Schriftenwechsels, nämlich mit ihrer Replik (Urk. 32) bzw. mit ihrer Duplik (Urk. 38). Mit der zweiten Äusserung zur Sache tritt der Aktenschluss ein. Neue Tatsachen und Beweisanträge können nach diesem Zeitpunkt nur noch unter den Voraussetzungen des Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden (BGE 140 III 312), wobei diejenige Partei, die sich auf Noven beruft, darzutun hat, dass die Voraussetzungen dazu gegeben sind. Ob zulässige Noven vorgetragen werden, entscheidet das Gericht in Anwendung von Art. 60 ZPO von Amtes wegen. Liegen zulässige Noven vor, so hat es daher ebenso von Amtes wegen der Gegenpartei durch entsprechende Fristansetzung Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen (BGer 5A\_553/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 4.1.1. und 4.1.2., zur Publikation bestimmt). Vorliegend ist der Aktenschluss nach dem Gesagten mit dem Abschluss des zweiten Schriftenwechsels eingetreten.

#### **E. 3.2**

Streitwert, Verfahrensart. Nachbarschaftsstreitigkeiten der vorliegenden Art sind als vermögensrechtlich im Sinne von Art. 243 Abs. 1 ZPO einzustufen (BGer 5D\_139/2012 vom 15. Februar 2013 E. 1.1 mit Hinweisen). Die Kläger massen der Streitigkeit mit ihrer Klage einen Streitwert von "deutlich unter Fr. 30'000.00" bei (Urk. 1 Rz 3, Urk. 32 S. 2 f.). Demgegenüber machte die Beklagte mit der Klageantwort geltend, dass ihr wegen des fraglichen Baumes ein jährlicher Mietzinsausfall von Fr. 2'400.00 erwachse, was gemäss Art. 92 ZPO zu einem Streitwert von "mindestens" Fr. 48'000.00 führe (Urk. 12 S. 2 f., Urk. 38 S. 2 f.). Demgemäss sei das Kollegialgericht für die Beurteilung der Klage zuständig

(Urk. 38 S. 3). In der Folge legte die Vorinstanz mit ihrem ersten Urteil vom 23. Mai 2013 den Streitwert auf Fr. 25'000.00 fest und bejahte ihre gemäss § 24 lit. a GOG nur für das vereinfachte Verfahren gegebene sachliche Zuständigkeit (Urk. 70 S. 5). Dieser Streitwert wurde von der Beklagten im ersten Berufungsverfahren ausdrücklich anerkannt (Urk. 76 S. 2). Die vorinstanzliche Argumentation erscheint in diesem Zusammenhang richtig und angemessen. Es ist daher im Sinne von Art. 91 Abs. 2 ZPO von einem Streitwert von Fr. 25'000.00 auszugehen. Anzuwenden ist mithin das vereinfachte Verfahren, weshalb die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz gegeben ist (§ 24 lit. a GOG).

- 13 -

### **E. 3.3**

Beweisverfahren. Gemäss Art. 316 Abs. 3 ZPO steht es im Ermessen der Berufungsinstanz, ob sie Beweise abnimmt. Im vorliegenden zweiten Berufungsverfahren hat die Berufungsinstanz Beweise abgenommen, damit eine zweite Rückweisung an die Vorinstanz vermieden werden konnte.

### **E. 3.4**

"Replikrecht". Da dieser Prozess, wie zu zeigen sein wird, zu Gunsten der Kläger zu entscheiden ist, genügt es, den Klägern die Eingabe der Beklagten vom 23. März 2016 samt Beilagen (Urk. 182 und Urk. 184/1-5) zusammen mit diesem Urteil zuzustellen.

### **E. 4**

Materielles: Die Korrespondenz der Parteien vom 4. und 14. Juni 2010

#### **E. 4.1**

Mit ihrem ersten Urteil vom 23. Mai 2013 wies die Vorinstanz die Klage mit der Begründung ab, durch das Schreiben der Beklagten vom 4. Juni 2010 (Urk. 3/13 = Urk. 13/7) und die darauf folgende Antwort-E-Mail der Kläger vom 14. Juni 2010 (Urk. 3/14 = Urk. 13/8) sei zwischen den Parteien eine Vereinbarung über den Rückschnitt aller die Grenze überragender Äste bis auf die Grundstücksgrenze zustande gekommen. Mit ihrer Berufung auf Irrtum vermöchten die Kläger nicht durchzudringen (Urk. 66 S. 8 f.).

#### **E. 4.2**

In der Folge stimmte die Berufungsinstanz mit ihrem Rückweisungsentscheid vom 3. Oktober 2013 den Erwägungen der Vorinstanz grundsätzlich zu, wonach sich aus der erwähnten Korrespondenz ergebe, dass sich die Kläger mit einem Rückschnitt aller die Grenze überragender Äste einverstanden erklärt hätten (Urk. 82 S. 6). Die Berufungsinstanz wies jedoch darauf hin, dass die Kläger sich mit Schreiben vom 24. Februar 2011 (Urk. 3/15) rechtzeitig auf Irrtum berufen hätten. Der Anwalt der Kläger habe sich nämlich gemäss der klägerischen Argumentation namens der Kläger lediglich dazu verpflichten wollen, den Baum weitgehend zurückzuschneiden und auszudünnen, nicht aber ausnahmslos alle in die Liegenschaft hineinragenden Teile des Baumes bis auf die Grenze zurückzuschneiden. Geltend gemacht werde damit ein Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR, nämlich ein error in quantitate. Die in diesem Zusammenhang im erstinstanzlichen Verfahren dazu genannten Beweismittel seien abzunehmen (Urk. 82 S. 8 ff.). Das führte zur Rückweisung an die Vorinstanz.

- 14 -

### **E. 4.3**

In ihrem zweiten Urteil vom 23. Mai 2014 würdigte die Vorinstanz die Parteibefragungen der beiden Kläger sowie die Zeugenaussage ihres Anwaltes, und sie kam zum Schluss, dass der geltend gemachte Irrtum des in Bau- und Immobilienrecht versierten Fachanwalts Dr. X.\_\_\_\_\_ unglaubhaft erscheine und nicht bewiesen sei. Das von den Klägern behauptete Szenario erscheine nachgesprochen. Mangels Nachweises eines Irrtums sei davon auszugehen, dass Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ das Angebot der Beklagten von Beginn weg richtig verstanden und diesem irrtumsfrei zugestimmt habe (Urk. 115 E. II/6). Die Kläger sind mit dieser Beweiswürdigung nicht einverstanden.

#### **E. 4.3.1**

Es geht in casu um Folgendes: Nachdem die Kläger durch Bestreitung des Kapprechts beim Audienzrichteramt ein erstes vorsorgliches Kappverbot erwirkt hatten, wandten sie sich via Rechtsvertreter mit Schreiben vom 14. April 2010 an die Beklagte und unterbreiteten dieser ein Angebot für eine einvernehmliche Streitbeilegung. Angeboten wurde, die herunterhängenden, im Luftraum des Grundstücks der Beklagten befindlichen Triebe und Zweige der Hängeweide bis Ende April 2010 "soweit möglich zurückzuschneiden bzw. ausdünnen". Gleichzeitig liessen die Kläger die Beklagte wissen, dass gemäss Auskunft des Gärtners ein solcher Rückschnitt bis längstens Ende April 2010 in Frage käme (Urk. 13/4).

#### **E. 4.3.2**

Die Beklagte beantwortete das Schreiben der Kläger erst am 11. Mai 2010. Sie konstatierte, dass das Angebot zumindest der gewünschten Richtung entspreche, hielt aber auch fest, dass sie grundsätzlich ein Kapprecht für jeden Baumteil beanspruche, der über die Grenze reiche. Erst wenn die überhängenden Äste und Zweige mit ihren langen Trieben geschnitten seien, lasse sich abschätzen, ob alsdann auch noch ein Teil des Zwillingstammes entfernt werden müsse (Urk. 13/5).

#### **E. 4.3.3**

Mit Schreiben vom 28. Mai 2010 wiesen die Kläger die Beklagte darauf hin, dass ein Rückschnitt der Hängeweide nur bis Ende April 2010 in Frage gekommen wäre. Sie boten jedoch an, die Frist zur Einreichung der Klage verstreichen zu lassen und den Baum zurückzuschneiden bzw. ausdünnen, sobald dies aus botanischen Gesichtspunkten vertretbar sei. Im Gegenzug verlangten sie, dass die Beklagte auf die Ausübung des Kapprechts verzichte, solange kein rechtskräftiger Entscheid des ordentlichen Gerichts dies erlaube (Urk. 13/6).

- 15 -

#### **E. 4.3.4**

Die Beklagte lehnte dieses Angebot mit Schreiben vom 4. Juni 2010 ab und unterbreitete den Klägern (immer noch via Rechtsvertreter) einen eigenen Vorschlag, der wörtlich wie folgt lautete (Urk. 3/13 = 13/7): "Sie [= die Beklagte] ist bereit, den Klägern Gelegenheit zum verlangten grenzbegrenzten Rückschnitt einzuräumen. Die Beklagte ist demzufolge bereit, auf die Ausübung des Kapprechts bis 15. Dezember 2010 zu verzichten, damit die Kläger den Rückschnitt in der vegetationsmässig richtigen Jahreszeit vornehmen können. [...]"

#### **E. 4.3.5**

Der klägerische Rechtsvertreter antwortete mit E-Mail vom 14. Juni 2010 folgendermassen (Urk. 3/14 = 13/8): "Ich beziehe mich auf ihr Schreiben vom 4. Juni 2010 und teile Ihnen mit, dass meine Klienten den Vorschlag Ihrer Klientin akzeptieren. Meine Klienten werden also den streitigen Baum im kommenden Herbst zurückschneiden lassen. Ich werde Ihnen den definitiven Termin zur gegebenen Zeit noch bekannt geben. Im Gegenzug verzichtet Ihre Klientin bis zum 15. Dezember 2010 auf die Ausübung des Kapprechts."

#### **E. 4.4**

Nach der Darstellung der Kläger verstand ihr Rechtsvertreter das Schreiben der Beklagten vom 4. Juni 2010 so, dass es diese nur, aber immerhin ablehne, bei einem allenfalls ungenügenden Rückschnitt des Baumes bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Gerichtsentscheides im ordentlichen Verfahren auf das Kapprecht zu verzichten. Insofern hätten sich auch ihre eigenen Zugeständnisse ausschliesslich auf den zeitlichen und nicht auf den sachlichen, gegenständlichen Aspekt beziehen sollen. Sie bzw. ihr Rechtsvertreter hätten sich lediglich verpflichtet wollen, den Baum weitergehend zurückzuschneiden und ausdünnen nicht aber, ausnahmslos alle in die Liegenschaft der Beklagten hineinragende Stammteile, Äste und Triebe bis auf die Grenze zurückzuschneiden (Urk. 32 S. 6 und 10). Diese (angebliche) Vertragsvorstellung deckt sich nach der von der Kammer im ersten Berufungsverfahren vorgenommenen Auslegung nicht mit dem, was im normativ gemeinsamen Vertragswillen Ausdruck gefunden hat. Es läge folglich ein Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 23 f. OR vor (vgl. Urk. 82 E. II/6a).

#### **E. 4.5**

Zunächst ist festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. Urk. 121 S. 3 und 9) grundsätzlich nicht entscheidend ist, was die Kläger allenfalls

- 16 - erklären wollten. Die Verhandlungen wurden von den Rechtsvertretern der Parteien geführt. Für die Frage, ob ein Erklärungsirrtum vorliegt, kommt es bei der Stellvertretung ausschliesslich auf die Person des Vertreters an, dessen Erklärungsirrtum kraft Stellvertretungsrechts als Irrtum des Vertretenen gilt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR/AT, 9. Aufl. 2008, N 818). Die Geltendmachung des Irrtums kann aber missbräuchlich sein, wenn der Wille des Vertretenen mängelfrei ist und sich der Vertretene auf einen Willensmangel des Vertreters beruft, um den abgeschlossenen Vertrag anfechten zu können (BK-ZÄCH, Art. 32 OR N 132), doch dazu später. 4.6.1. Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ bestätigte im Zeugenstand die klägerische Darstellung (vgl. Urk. 95). Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass der Zeuge unter der strengen Strafandrohung von Art. 307 StGB ausgesagt habe. Indessen habe er als Rechtsvertreter der Kläger nicht nur ein generelles Interesse am Verfahrensausgang zu deren Gunsten, sondern gegenüber diesen auch ein Interesse an der Vermeidung haftpflichtrechtlicher Ansprüche, zumal er sich selber dem Vorwurf aussetze, in Ausübung seines Mandates sorgfaltswidrig oder gar weisungswidrig gehandelt zu haben. Seine Aussagen seien somit unter diesen Vorzeichen zu würdigen (Urk. 115 E. II/3). 4.6.2. Die Kläger kritisieren, dass vernünftigerweise nicht nachvollziehbar sei, weshalb der Zeuge die strafrechtlichen Konsequenzen von Art. 307 StGB und die damit verbundenen disziplinarischen Folgen bis hin zum Patententzug durch eine Falschaussage hätte riskieren sollen. Dass ein gewissenhafter und unbescholtenen Fachanwalt im Bau- und Immobilienrecht in einem Zivilprozess vor Einzelgericht betreffend den Rückschnitt eines Baums mit einem Streitwert von Fr. 25'000.– vorsätzlich

falsche Aussagen als Zeuge machen könnte, sei schlicht lebensfremd. Sie halten auch das Argument, dass der Zeuge ein Interesse an der Vermeidung haftpflichtrechtlicher Ansprüche besitze, nicht für stichhaltig (Urk. 114 S. 5). 4.6.3. Die Beklagte hielt dem entgegen, dass sich der Zeuge aufgewühlt gezeigt habe und sich anlässlich der Verhandlung vom 2. April 2014 auffällig benommen habe. Er habe den Vortrag des Gegenanwalts zur Stellungnahme des Beweisver-

- 17 - fahrens verhindern wollen und habe, als das Gericht dies abgelehnt habe, unter Protest den Sitzungssaal verlassen. Bald sei er aufgebraust, bald habe er sich entschuldigt. Diese übertriebene und unprofessionelle Emotionalität lasse die Vermutung aufkommen, dass der Zeuge auch starke eigene Interessen verfolgt haben könnte. Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit seien schon aufgrund seines Mandatsverhältnisses zu den Klägern angebracht (Urk. 121 S. 10). 4.6.4. Eine (auch emotionale) Involviertheit des Zeugen in die vorliegende Sache ist nicht von der Hand zu weisen. Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz jedoch, wenn sie meint, der Zeuge versuche, haftpflichtrechtliche Ansprüche zu vermeiden. Das Gegenteil ist der Fall. Durch seine Aussage, er sei einem peinlichen Irrtum erlegen, setzte er sich erst recht der Gefahr zivilrechtlicher Verantwortlichkeit aus. Der allgemeinen Glaubwürdigkeit eines Zeugen im Sinne einer dauerhaften persönlichen Eigenschaft kommt im Übrigen kaum mehr relevante Bedeutung zu. Weitaus bedeutender für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage (BGer 6B\_692/2011 vom 9. Februar 2012 E. 1.4 mit Hinweis auf BGE 133 I 45 E. 4.3). 4.6.4.1. Hierzu führte die Vorinstanz aus, dass die Beklagte stets den grenzbezogenen Rückschnitt der Hängeweide gefordert habe. Dies habe auch Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_ bewusst sein müssen, habe er den Klägern doch nach Erhalt des Angebots der Beklagten vom 4. Juni 2010 von der Annahme abgeraten und nochmals klar gemacht, dass die Beklagte einen weniger weitgehenden Rückschnitt nicht akzeptieren werde (act. 95 S. 6): "Insbes. habe ich gesagt, er [= Kläger 1] müsse aufpassen, dass dieser Baum wirklich substantiell zurückgeschnitten wird, weil sonst im nächsten Jahr die gleichen Probleme auftauchen. Daher könne ich ihm die Annahme nicht empfehlen." Wäre Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_ – so die Vorinstanz weiter – tatsächlich davon ausgegangen, dass man nur noch über die "Ästchen und Triebe" oder die zeitliche Komponente gesprochen habe, hätte er keinen Grund gehabt, die Ablehnung des Angebots zu empfehlen, hätte doch gemäss seiner irrigen Vorstellung dieses Angebot dem zuvor offerierten klägerischen Angebot vom 14. April 2010 entsprochen. Ferner wäre die Bemerkung zum substantiellen Rückschnitt

- 18 - unter diesen Umständen nicht nötig gewesen. Er hätte die Kläger hiermit zu einem substantiellen Rückschnitt verpflichtet, der von der Beklagten gemäss seiner irrigen Vorstellung gar nicht gefordert war (Urk. 115 E. II/6). Die Beklagte argumentierte ähnlich (vgl. Urk. 97 S. 2). 4.6.4.2. Die Kläger hatten nie behauptet, dass ihr Rechtsvertreter gemeint habe, dass das Angebot der Beklagten vom 4. Juni 2010 ihrem eigenen vom 14. April 2010 entspreche. Es gab denn auch einen wesentlichen Unterschied: Zwischenzeitlich war klar, dass der Rückschnitt der Hängeweide nicht mehr vor Ablauf der Frist zur Prosequierung des vorsorglichen Verbots erfolgen konnte. Dies war der Grund, weshalb der Rechtsvertreter der Kläger vor der Annahme des Angebots abriet. Die Beklagte war nämlich nicht bereit, bis zu einem rechtskräftigen Entscheid des ordentlichen Gerichts auf das Kapprecht zu verzichten. Der Rechtsvertreter der Kläger befürchtete daher, dass das ganze "Rösslspiel" von vorne losgehen würde, falls der Beklagten der Rückschnitt zu

wenig weit gehe (Urk. 72/2 = Urk. 123/5; vgl. auch Urk. 97 S. 2). Es ist somit durchaus erklärbar, weshalb Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_ – trotz seiner (angeblich) irrigen Vorstellung über das Angebot der Beklagten – seinen Mandanten von der Annahme des Angebots abriet. 4.6.4.3. Die Kläger hatten ursprünglich offeriert, die herunterhängenden, im Luft- raum des Grundstücks der Beklagten befindlichen Triebe und Zweige der Hänge- weide "soweit möglich" zurückzuschneiden bzw. auszdünnen. Ihr Rechtsvertre- ter übersah gemäss eigener Darstellung, dass die Beklagte in ihrem Gegenange- bot vom 4. Juni 2010 immer noch auf einem "grenzbezogenen" Rückschnitt be- harrete. Es ist trotz dieses (angeblichen) Versehens durchaus erklärbar, weshalb er seine Mandanten darauf hinwies, dass ein Rückschnitt für die Gegenseite nur akzeptabel sein werde, wenn dieser wirklich "substantiell" vorgenommen werde, denn der Umfang des nach seinem (angeblichen) Verständnis geforderten Rück- schnitts "soweit möglich" war interpretationsbedürftig. "Substantiell" ist überdies nicht gleichbedeutend mit "grenzbezogen". 4.6.5. Nach dem Gesagten erweisen sich die Aussagen des Zeugen durchaus als glaubhaft. Sie lassen die Kammer zur Überzeugung gelangen, dass dieser tat-

- 19 - sächlich einem Irrtum unterlag. Die übrigen Voraussetzungen einer Irrtumsanfechtung sind ebenfalls erfüllt (vgl. Beschluss der Kammer vom 3. Oktober 2013, Urk. 82 E. II/6a).

#### **E. 4.7**

Zu prüfen bleibt, ob sich die Geltendmachung des Irrtums als missbräuch- lich erweist. Dies wäre der Fall, wenn der Wille der Kläger mängelfrei gewesen wäre (vgl. BK-ZÄCH, Art. 32 OR N 132). Die Kläger äussersten sich in der Partei- befragung vor Vorinstanz übereinstimmend und glaubhaft dahingehend, dass sie nie einem grenzbezogenen Rückschnitt hätten zustimmen wollen (vgl. Urk. 96). Dass sie ihren Anwalt letztlich anwiesen, das Angebot der Beklagten anzuneh- men, ist nicht entscheidend. Entscheidend ist, wie sie das Angebot der Beklagten verstanden haben. Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Kläger angesichts der Information ihres Vertreters vom 9. Juni 2010 über die sachliche Tragweite nicht mehr im Irrtum gewesen sein konnten (Urk. 97 S. 4). Dem ist erneut entgegenzuhalten, dass der Hinweis des klägerischen Rechtsvertreters, wonach ein Rückschnitt für die Gegenseite nur akzeptabel sein werde, wenn dieser wirklich "substantiell" vorgenommen werde, nicht zwangsläu- fig bedeutet, dass sich die Kläger bzw. ihr Rechtsvertreter über die Forderungen der Beklagten im Klaren waren, weil "substantiell" nicht gleichbedeutend ist mit "grenzbezogen". Die Berufung auf den Irrtum des Vertreters ist somit nicht als missbräuchlich zu qualifizieren.

#### **E. 4.8**

Somit erweist sich die aussergerichtliche Vereinbarung der Parteien zufol- ge Willensmangels als unverbindlich. Darüber hinaus lässt sich mit guten Grün- den auch die Ansicht vertreten, dass mit der streitgegenständlichen Vereinbarung der Beklagten kein eigenes Kapprecht nach dem 15. Dezember 2010 zugestan- den wurde. Im Sinne einer Eventualbegründung sei Folgendes festgehalten: 4.9.1. Prozessgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob der Be- klagten ein Kapprecht hinsichtlich der auf dem Grundstück der Kläger stehenden Trauerweide zustehe oder nicht. Ein erstes Mal stellte sie sich mit Brief ihres An- walters vom 13. Februar 2010 auf den Standpunkt, dass ihr ein Kapprecht zustehe (Urk. 3/4). Das führte dann zum ersten vorsorglichen Massnahmeverfahren und

- 20 - zur Verfügung des Einzelgerichts vom 8. April 2010 (Urk. 3/5), mit der der Beklagten die Ausübung des Kapprechts im Sinne einer vorprozessualen vorsorglichen Massnahme im Sinne von § 222 Ziff. 3 ZPO/ZH verboten wurde. Die Verfügung ging den Klägern am 6. Mai 2010 zu (Urk. 3/5 S. 1). Für das Verständnis der Korrespondenz der Parteienanwälte spielt die gerichtlich angesetzte Prosequierungsfrist keine unwichtige Rolle. 4.9.2. In diesem Sinne unterbreiteten die Kläger der Beklagten am 28. Mai 2010 das Angebot, die Prosequierungsfrist ungenutzt verstreichen zu lassen. Gleichzeitig offerierten sie ihr, den Baum "zurückzuschneiden bzw. auszdünnen, sobald dies unter botanischen Gesichtspunkten vertretbar ist". Rechtlich seien die Kläger zum Zurückschneiden aber nicht verpflichtet (Urk. 13/6). Die Beklagte wies demgegenüber mit Schreiben vom 4. Juni 2010 dieses Angebot der Kläger zurück. Statt dessen gab sie den Klägern "Gelegenheit", den "verlangten grenzbezogenen Rückschnitt" vorzunehmen. Unter diesen Umständen sei sie bereit, "auf die Ausübung des Kapprechts bis 15. Dezember 2010" zu verzichten. Diesen Vorschlag akzeptierten die Kläger mit der E-Mail ihres Anwaltes vom 14. Juni 2010, und zwar in dem Sinne, dass sie selbst den streitigen Baum im kommenden Herbst würden zurückschneiden lassen. Gleichsam bestätigend und in Erinnerung rufend wiederholten die Kläger sodann das Zugeständnis der Beklagten, nämlich auf das Kapprecht bis zum 15. Dezember 2010 zu verzichten. 4.9.3. Wenn man nun die vorstehenden Erwägungen zum Irrtum (E. 4.3.1 ff.) ausser Acht lässt, kann die Korrespondenz der Parteien durchaus so verstanden werden, dass sie sich tatsächlich auf einen Rückschnitt geeinigt haben, der als "grenzbezogen" zu bezeichnen ist. Fest steht, dass die Kläger im November 2010 einen Rückschnitt vorgenommen haben und dass die Beklagte diesen Rückschnitt im Februar 2011 als nicht vereinbarungsgemäss taxierte. Der Beklagten wäre es unter diesen Umständen frei gestanden, gegen die Kläger auf Leistung bzw. Vollstreckung der Vereinbarung zu klagen. Sie hat das bis heute nicht getan. Wenn das Wort "grenzbezogen" so zu verstehen ist, dass der Rückschnitt bis auf die Grundstücksgrenze zu erfolgen habe, dann hätte der Beklagten das Zugeständnis der Kläger nur kurzfristig etwas gebracht, denn mehr als ein einziger

- 21 - Schnitt im Herbst 2010 wurde nicht vereinbart. Notorisch ist, dass Weiden sehr schnell wachsende Pflanzen sind, die immer wieder von Neuem auszutreiben vermögen. Namentlich wären die Kläger nach der Vereinbarung vom Juni 2010 nicht gehalten, den Baum unter der Schere zu halten, wie das die Beklagte in ihrem Schreiben vom 11. Mai 2010 an die Kläger (Urk. 13/5) noch gefordert hatte. Seit der Vereinbarung vom Juni 2010 sind die fünf Vegetationsperioden 2011 bis 2015 ins Land gegangen und nun steht der Baum bereits in der sechsten Vegetationsperiode, die von der Vereinbarung nicht erfasst würde. 4.9.4. Eine objektive Auslegung der Parteikorrespondenz würde diesfalls zum Resultat führen, dass die Kläger mit ihrer E-Mail vom 14. Juni 2010 der Beklagten nicht etwa zugestanden haben, dass sie selbst zur Kappung der Trauerweide berechtigt sei. Sie nahmen lediglich davon Kenntnis, dass die Beklagte im Hinblick auf den von den Klägern vorzunehmenden Rückschnitt das sog. Kapprecht im Zeitraum bis zum 15. Dezember 2010 nicht ausüben werde (Urk. 3/14). Aufgrund dieser Auslegung kann gefolgert werden, dass die Befugnis der Beklagten, die Kappung selbst vorzunehmen, durch die Korrespondenz von den Klägern nicht anerkannt wurde. Die Kläger wollten stets selbst zurückschneiden bzw. ausdünnen und haben der Beklagten nie explizit ein eigenes Kapprecht zugestanden. Die Beklagte wäre daher nach wie vor nur unter den Voraussetzungen des Art. 687 ZGB zur Kappung befugt. Umgekehrt hat die Beklagte den Klägern durch ihr Schreiben vom 4. Juni 2010 (Urk. 3/13) hinsichtlich des von ihr beanspruchten Kapprechtes lediglich ein

Stillhalten bis zum 15. Dezember 2010 zugesichert; mehr nicht. In diesem Sinne hat die Beklagte den Klägern denn auch lediglich die "Gelegenheit" eingeräumt, den Rückschnitt vorzunehmen; eine entsprechende Verpflichtung hatte sie von ihnen nicht verlangt. Darüber hinaus hat sie im entsprechenden Schreiben auch nicht gefordert, dass sie nach ungenutztem Ablauf der vereinbarten Frist selbst die Kappung vornehmen könne. Ein solches Zugeständnis kann daher auch nicht in der Antwort-E-Mail der Kläger vom 14. Juni 2010 liegen. 4.9.5. Nach dem Gesagten stünde der Beklagten auch gestützt auf diese (Eventual)Begründung kein vertragliches Kapprecht zu. Es stellt sich folglich die Frage, - 22 - ob sich die Beklagte auf das gesetzliche Kapprecht nach Art. 687 Abs. 1 ZGB berufen kann.

## **E. 5**

Materielles: Die Frage des Kapprechts der Beklagten

### **E. 5.1**

Ausgangslage. Die hier interessierende Trauerweide ist rund 50 Jahre alt; ihr Stamm steht auf dem Grundstück der Kläger, indessen nahe an der Grenze zum Grundstück der Beklagten (Urk. 1 Rz 6, Urk. 12 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 13/20; vgl. Augenscheinprotokoll, Prot. II S. 10-12; die Beklagte nennt in Urk. 182 S. 2 einen Abstand von 2.0 m). Die Trauerweide gehört zu den grossen Zierbäumen im Sinne von § 170 EG ZGB (LUKAS ROOS, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002, S. 155 f.). Diese Bestimmung schreibt für solche grossen Zierbäume (wie Pappeln, Kastanienbäume, Platanen und Nussbäume) einen Abstand von 8 m zur nachbarlichen Grenze vor. Dieser Abstand wird vorliegend bei weitem unterschritten, indessen verjähren gemäss § 173 EG ZGB Klagen auf Beseitigung von Bäumen, die zu nahe an der Grenze stehen "nach fünf Jahren seit der Pflanzung". Insoweit muss sich die Beklagte mit dem Baum der Kläger abfinden, was sie im bisherigen Prozess – jedenfalls bis zu ihrer Eingabe vom 23. März 2016 (vgl. dazu: Urk 182 S. 2-3, S. 6) – zu Recht auch tat.

### **E. 5.2**

Rechtserhebliche Parteivorbringen. Die Beklagte wehrt sich gegen die Klage, weil sie der Auffassung ist, dass ihr gemäss Art. 687 Abs. 1 ZGB ein Kapprecht zustehe. Nach dieser Vorschrift kann der Nachbar sein Grundstück überragende Äste kappen ("couper et garder les branches"; "tagliare e appropriarsi i rami"), wenn sie sein Eigentum schädigen ("si elles portent préjudice"; "quando dannegino la sua proprietà"). Ausser Frage steht, dass die Beklagte den Klägern nicht zuletzt durch die Vereinbarung der Parteien vom Juni 2010 im Sinne von Art. 687 Abs. 1 ZGB eine "angemessene Frist" zur Beseitigung der von ihr beanstandeten Äste einräumte. Ob der Beklagten ein Kapprecht zusteht, hängt einzig davon ab, ob die in Frage stehenden Äste ihr Eigentum im Sinne dieser Bestimmung schädigen.

#### **E. 5.2.1**

Vor Aktenschluss behauptete die Beklagte eine Schädigung ihres Grundstücks in dreierlei Hinsicht:

- 23 - - Mieterklagen: Die Mieter hätten sich wiederholt über die überragenden Äste beklagt. Das Zimmer erfahre objektiv eine Beeinträchtigung der Beleuchtung. Der Schattenwurf sei kolossal. Dies wirke sich negativ auf den Mietertrag aus (Urk. 12 S. 15). Sie habe die Erfahrung gemacht, dass die Vermietung der Wohnung im 1. OG nicht gelinge,

und zwar wegen der Beeinträchtigung durch die Weide (Urk. 38 S. 11). - Schädliche Auswirkungen auf das Gebäude: Im bergseitigen Kellerabteil komme es zu starkem Kondenswasserbefall, welcher mit grosser Wahrscheinlichkeit auf die Hängeweide zurückzuführen sei. Das lange Nachtropfen des Regenwassers erhöhe die Feuchtigkeit des Erdreiches und die Beschattung verzögere ein Austrocknen des Erdreiches. Seit das der Weide gegenüberliegende Kellerfenster ständig verschlossen gehalten werde, sei kein Kondenswasser mehr festgestellt worden. Diese Lösung sei aber nachteilig. Zur Belüftung des Kellers müssten die Kellertüre zum Kellervorplatz und die Türe zum Trockenraum dauernd offen bleiben. Dadurch entstehe Zugluft bis ins Treppenhaus hinauf, worüber sich nun die Mieter beklagen würden (Urk. 12 S. 14 f.). - Beeinträchtigung der Gartenbewirtschaftung: Die Gartenbewirtschaftung sei durch Schattenwurf, Tropfenfall und Wurzelkonkurrenz stark beeinträchtigt. Trotz jahrelanger Pflege würden die dort gepflanzten Johannisbeeren nur schlecht gedeihen, sie würden teilweise verkümmern und würden keinen Ertrag mehr abwerfen. Der Tropfenbefall begünstige überdies den Pilzbefall (Urk. 12 S. 13 f.). In einem Abstandsbereich von ca. drei Metern von der Grenze sei die Gartenfläche braun abgestorben. Die Weide werfe extrem viel Laub ab (Urk. 38 S. 9).

### **E. 5.2.2**

Die Kläger bestritten die Vorbringen der Beklagten im Einzelnen. Sie wiesen zudem darauf hin, dass wenn überhaupt Beeinträchtigungen der Gartenbewirtschaftung oder schädliche Auswirkungen auf das Gebäude vorliegen sollten, diese nicht von den überragenden Ästen ausgehen würden. Auf die Hängeweide als solche komme es nicht an, da der Beseitigungsanspruch seit längerem verjährt sei. Bezüglich der angeblichen Mieterklagen machten sie geltend, dass H.\_\_\_\_\_, eine Mieterin, ihnen im Gegenteil gesagt habe, dass sie den Baum sehr schön finde und es bedauern würde, wenn dieser zurückgeschnitten werden müsste (Urk. 32 S. 11 f.).

### **E. 5.3**

Rechtliches. Im Umstand allein, dass Äste das nachbarliche Grundstück überragen, liegt noch keine Schädigung im Sinne von Art. 687 Abs. 1 ZGB. Obwohl überragende Äste und eindringende Wurzeln von Bäumen unmittelbare Einwirkungen auf das Nachbargrundstück bedeuten, sollen sie nachbarlichen Abwehransprüchen nicht allein schon deshalb zum Opfer fallen, weil sie in den

- 24 - nachbarschaftlichen Herrschaftsbereich hineinragen, wenn dadurch keine erhebliche, übermässige Schädigung des Eigentums bewirkt wird. Das Erfordernis einer erheblichen Schädigung zur Ausübung des Kapprechts bezweckt den Schutz der Bäume vor unverhältnismässiger oder gar zweckloser Beschädigung. Was unter ungerechtfertigter Einwirkung auf das Eigentum zu verstehen ist, bestimmt sich bei benachbarten Grundstücken nach den Regeln des Nachbarrechts, namentlich nach Art. 679 und Art. 684 ZGB. Der Nachbar hat überragende Äste, die keine erhebliche Schädigung seines Eigentums nach sich ziehen, zu dulden, und zwar ungeachtet dessen, ob er sich auf das Kapprecht gemäss Art. 687 Abs. 1 ZGB oder auf die actio negatoria gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB stützt (BGE 131 III 505 E. 5.2 und 5.5 mit Hinweisen). Es ist dies ein Ausfluss des zwischen den Eigentümern von benachbarten Grundstücken geltenden nachbarrechtlichen Toleranzprinzips (vgl. dazu HEINZ REY, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, in ZBJV 143/2007 S. 810 f.).

### **E. 5.3.1**

Die Frage, ob eine erhebliche Schädigung im Sinne von Art. 687 Abs. 1 ZGB vorliegt, ist auch bezüglich des Kapprechts gemäss Art. 687 ZGB nach jenen Kriterien zu beurteilen, wie sie zur übermässigen Einwirkung gemäss Art. 684 ZGB entwickelt worden sind (BGE 131 III 505 E. 5.2). Aus dem von Art. 684 ZGB statuierten Verbot übermässiger Einwirkungen ergibt sich umgekehrt die Duldungspflicht bezüglich mässiger Einwirkungen (BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 684 N 1). Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, sich bei der Ausübung seines Grundeigentums aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten (Abs. 1). Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung (Abs. 2). Darunter fallen aber auch sogenannte negative Immissionen, nämlich solche die den Entzug von Licht und Sonne bewirken, was z.B. dann der Fall ist, wenn Pflanzen ein Nachbargrundstück durch Schattenwurf beeinträchtigen (BGE 138 III 49 E. 4.4.1, 126 III 452 E. 2). Bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger, d.h. übermässiger, Immission ist die Intensität

- 25 - der Einwirkungen massgebend. Diese beurteilt sich nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Kriterien. Der Richter hat eine sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen, wobei er den Massstab des Empfindens eines vernünftigen Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation zugrunde zu legen hat. Bei dem nach Recht und Billigkeit zu treffenden Entscheid bleibt stets zu beachten, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs dienen soll. Die Beurteilung der Frage, ob die festgestellten Einwirkungen angesichts der gegebenen örtlichen Verhältnisse im Sinne der genannten Bestimmung übermässig und damit unzulässig sind, ist daher eine ausgesprochene Ermessensfrage (BGE 138 III 49 E. 4.4.5, 132 III 49 E. 2.1).

### **E. 5.3.2**

Ergibt sich, dass dem Nachbarn ein Kapprecht zusteht, dann darf er die Kappung vornehmen und die abgetrennten Pflanzenteile kraft originären Eigentumserwerbs an sich nehmen; indessen steht ihm keine Entschädigung für seine Umtriebe und Bemühungen zu (BSK-ZGB II-REY/STREBEL, Art. 687/688 ZGB N 11; BK-MEIER-HAYOZ, Art. 687/688 ZGB N 38). Die Kappung erfolgt mithin auf Kosten des kappenden Nachbarn.

### **E. 5.4**

Beweisverfügung. Mit Beschluss vom 4. November 2014 erliess die Berufungsinstanz in Anwendung von Art. 316 Abs. 3 ZPO eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO (Urk. 127). In dieser Beweisverfügung legte sie auf Grund der von den Parteien vor Aktenschluss vorgebrachten Behauptungen und gestellten Beweisanträgen den Beweisgegenstand sowie die zugelassenen Beweismittel fest. Ferner legte die Berufungsinstanz im Sinne von Art. 154 ZPO fest, dass die Beklagte die Beweislast trage. Dies ergibt sich aus Art. 8 ZGB, ist es doch die Beklagte, die sich auf den Standpunkt stellt, dass die von den überragenden Ästen ausgehenden Einwirkungen übermässig seien. Für die Tatsachen, die einen solchen Schluss zulassen, ist die Beklagte beweispflichtig, denn sie ist es, die aus ihnen Rechte ableitet.

### **E. 5.5**

Mieterklagen. Die Beklagte trug vor Vorinstanz vor, dass die in ihrer Liegenschaft E.\_\_\_\_-Strasse ... befindlichen beiden Mietwohnungen wegen der Beeinträchtigung durch überhängende Weideäste nur zu reduzierten Mieten an

- 26 - kinderlose Ehepaare vermietet werden könnten. Der Mietzinsausfall betrage "bei sehr konservativer Rechnung" Fr. 200.00 pro Monat (Urk. 12 S. 2 f.). Die Mieter im ersten Obergeschoss seien ausgezogen und die Vermietungsversuche seien "wegen der überhängenden Weide (Schatten, Tropffall, fehlende Gartengestaltung) gescheitert". Die Kinderzimmer würden nur ungenügend belichtet (Urk. 38 S. 3). Das wurde von den Klägern unter Nennung eines Beweismittels bestritten (Urk. 32 S. 12).

#### **E. 5.5.1**

Im Beweisverfahren wurde die Beklagte entsprechend ihrem Antrag am 23. Oktober 2015 im Rahmen einer Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO befragt (Urk. 155). Sie führte aus, dass sie in ihrer Liegenschaft zwei Wohnungen vermietete. Die obere Wohnung werde seit etwa drei Jahren der Familie I.\_\_\_\_ vermietet und die untere Wohnung an Frau H.\_\_\_\_ und Prof. J.\_\_\_\_. Nicht die Mieter hätten sich über die Belichtung der Wohnungen beklagt, sondern Mietinteressenten. Die obere Wohnung sei von drei verschiedenen Mietinteressenten besichtigt worden, die alle abgelehnt hätten, bis die Familie I.\_\_\_\_ die Wohnung nach neun Monaten Leerstand übernommen habe. Die untere Wohnung (H.\_\_\_\_/J.\_\_\_\_) habe vor rund sechs Jahren neu vermietet werden müssen. Vor der Wiedervermietung hätten zwei Interessenten abgesagt. Die heutigen Mieter hätten vor Abschluss des Mietvertrages keine Bedenken wegen der Lichtverhältnisse gehabt. Die obere Wohnung werde für monatlich Fr. 2'812.00 und die untere für monatlich Fr. 3'208.00 vermietet. Ob die Mietzinse bei den Neuvermietungen erhöht wurden, wusste die Beklagte nicht. Sie vermag sich auch nicht mehr der Namen der von ihr erwähnten Mietinteressenten zu entsinnen.

#### **E. 5.5.2**

Am 23. Oktober 2015 wurde auch die Zeugin H.\_\_\_\_ befragt (Urk. 156). Die Zeugin gab zu Protokoll, dass sie und ihr Mann den Baum nicht als Beeinträchtigung empfänden, denn "wir finden den Baum sehr schön". Sie könne es sich auch nicht vorstellen, dass andere Leute den Baum als Beeinträchtigung empfinden könnten. Sie glaube auch nicht, dass der Baum die Lichtverhältnisse in den hinteren Räumen ihrer Wohnung beeinflusse, denn dort sei ein Abhang und der Baum sei ja noch höher als der Abhang. Sie habe nie gehört, dass die obere Wohnung – heute I.\_\_\_\_ – wegen des Baumes nicht habe vermietet werden

- 27 - können. Auf die entsprechende Frage erklärte die Zeugin, sie glaube, einmal mit Frau I.\_\_\_\_ über den Baum gesprochen zu haben und sie glaube, dass auch Frau I.\_\_\_\_ den Baum schön finde. Von der Klägerin 2, mit der sie ein freundschaftliches Verhältnis habe, habe sie gewusst, dass der vorliegende Prozess pendent sei. Einzelheiten habe ihr die Klägerin 2 aber nicht erzählt. Es treffe zu, dass die Wohnung I.\_\_\_\_ mehrere Monate leer gestanden sei. Das habe sie gewundert, denn es sei eine schöne Wohnlage. In der Wohnung I.\_\_\_\_ leben nach der Darstellung der Zeugin H.\_\_\_\_ zwei kleine Kinder.

#### **E. 5.5.3**

Mit den von ihr genannten Beweismitteln vermag die Beklagte ihre Behauptungen nicht zu beweisen: Namentlich ist nicht nachgewiesen, dass Mietinteressenten wegen des

Baumes die Wohnungen in der Liegenschaft der Beklagten nicht gemietet haben. In diesem Zusammenhang hätte die Beklagte die Leerstände ihrer Wohnungen zu dokumentieren gehabt, was sie indessen im Prozess unterliess. Ferner hätte sie die Mietinteressenten namentlich bezeichnen und als Zeugen anrufen müssen. Demgegenüber kann sich die Zeugin H.\_\_\_\_\_, welche im Zeitpunkt ihrer Vernehmung (23. Oktober 2015) die untere Wohnung im Hause der Beklagten seit fünf oder sechs Jahren bewohnt hatte (Urk. 156 S. 2), gar nicht vorstellen, dass man den Baum als Beeinträchtigung empfinden könnte (Urk. 156 S. 3). Nach ihrem Eindruck empfindet auch die Bewohnerin der oberen Wohnung im Hause der Beklagten, Frau I.\_\_\_\_\_, den Baum nicht als störend (Urk. 156 S. 4). Auf Grund der Zeugenaussagen von H.\_\_\_\_\_ steht jedenfalls fest, dass der Baum der Kläger für die im Hause der Beklagten wohnenden Mieter in keiner Art und Weise ein Ärgernis darstellt; jedenfalls die Zeugin H.\_\_\_\_\_ freut sich über den Baum. Auf Grund der Aussage der Zeugin H.\_\_\_\_\_ ist auch die Behauptung der Beklagten widerlegt, dass sich ihre Wohnungen nur an kinderlose Ehepaare vermieten liessen: In der oberen Wohnung I.\_\_\_\_\_ leben nämlich gemäss Aussage der Zeugin H.\_\_\_\_\_ zwei kleine Kinder (Urk. 156 S. 6). Dieses Beweisergebnis steht auch nicht im Widerspruch zum Eindruck, den die Gerichtsdelegation anlänglich ihres Augenscheins vom 21. Mai 2015 erhalten hat (vgl. Prot. II S. 11 f.). Im Augenscheinprotokoll wurde festgehalten, dass sich die Trauerweide durch das Fenster des nordöstlichen Kinderzimmers wie ein grüner Vorhang präsentiert, indessen ergibt sich aus der im Protokoll wiedergegebenen Photographie,

- 28 - dass dieser "Vorhang" eine gewisse Distanz zum Fenster hat (Prot. II S. 14). Bezüglich des südöstlichen Kinderzimmers wurde sodann festgehalten, dass der fragliche Baum deutlich weiter entfernt sei als dies beim nordöstlichen Kinderzimmer zutreffe. Obwohl das Fenster im südöstlichen Kinderzimmer kleiner sei als im andern Kinderzimmer, sei das südöstliche Kinderzimmer deutlich heller als das andere.

### **E. 5.6**

Schädliche Auswirkungen auf das Gebäude. In der Klageantwort liess die Beklagte unter anderem ausführen, dass im bergseitigen Kellerabteil, also in jenem Gebäudeteil, der der Hängeweide am nächsten steht, in den letzten Jahren bei längeren Regenzeiten wiederholt ein Feuchtigkeitsbefall festgestellt worden sei. Sämtliche Leitungen, namentlich die Sickerleitungen, seien intakt. Es entstehe Kondenswasser, das "nicht bauseits" entstehe (Urk. 12 S. 14). Zu diesen angeblich durch die Trauerweide bewirkten schädlichen Auswirkungen auf das Gebäude legte die Beklagte einzig ein Schreiben ihrer Liegenschaftsverwaltung (Urk. 13/26) sowie ein weiteres Schreiben des beigezogenen Kanalreinigungsunternehmens (Urk. 13/27) vor. Diesen Äusserungen kommt der Wert blosser Parteibehauptungen zu. Weitere Beweismittel nannte die Beklagte nicht. Dieser Punkt bleibt daher unbewiesen. Im Übrigen wurde auch diese Situation am 21. Mai 2015 in Augenschein genommen: Es konnte keine Feuchtigkeit ausgemacht werden (Prot. II S. 15).

### **E. 5.7**

Beeinträchtigung der Gartenbewirtschaftung. Die Beklagte liess ausführen, der Baum der Kläger verursache Schattenwurf, Tropfenfall und "Wurzelkonkurrenz". Namentlich würden die Johannisbeeren nur schlecht gedeihen, verkümmern und keinen Ertrag abwerfen. In einem Abstand von drei Metern von der Grenze sei die Gartenfläche braun abgestorben. Die Weide werfe Laub ab (Urk. 12 S. 13 f., Urk. 38 S. 9).

#### **E. 5.7.1**

Die Beklagte berief sich in diesem Zusammenhang zunächst auf ein Schreiben ihres Gärtners (K.\_\_\_\_\_) vom 3. März 2010 (Urk. 12 f. mit Hinweis auf Urk. 13/25). Auch dieses Schreiben hat keinen Beweiswert, weil es einer Partei- behauptung gleichzusetzen ist.

- 29 -

### **E. 5.7.2**

Beide Parteien berufen sich sodann in diesem Zusammenhang auf ein Gutachten (Urk. 32 S. 11 und Urk. 38 S. 11). Da, wie ausgeführt, die Beklagte in diesem Zusammenhang die Beweislast trifft, ist das Gutachten ein Hauptbeweis- mittel der Beklagten und ein Gegenbeweismittel der Kläger. Die Expertise wurde mit Beschluss vom 4. November 2014 angeordnet (Urk. 127), und den Parteien wurde anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 21. Mai 2015 Gelegenheit ge- geben, sich im Sinne von Art. 185 Abs. 2 ZPO zur Fragestellung an den Experten zu äussern.

#### **E. 5.7.2.1**

Nachdem MSc ETH G.\_\_\_\_ zum Sachverständigen ernannt worden war (Urk. 158), wurde ihm am 17. November 2015 ein schriftlicher Gutachtensauftrag erteilt (Urk. 162). MSc ETH Brunner legte am 3. Dezember 2015 sein erstes Gut- achten vor (Urk. 163). - Auf die Frage, ob die Äste der Weide die Gartenbepflanzung auf dem Grundstück der Beklagten beeinträchtigten, hielt der Experte fest: Es komme auf die "inneren und äusseren" sowie auf "biotische und o abiotische Faktoren" an. Von einer Beeinträchtigung sei dann zu sprechen, "wenn einer oder mehrere der obengenannten Faktoren die Vitalität vermindert".

Dendrologisch zuverlässige Merkmale der Vitali- tät" seien "Knospenbildung, Triebzuwachs und Totholz". "Die zu beurteilende Gartenbepflanzung auf dem Grundstück der Be- o klagten" weise "praktisch durchwegs eine hohe bis sehr hohe Vitalität auf", wofür der Experte auf die von ihm gemachten Fotos Nr. 1 bis 5 verwies. Zusammenfassend hielt der Gutachter fest, dass "von einer Beein- o trächtigung durch überhängende Äste der Trauerweide ... keine Rede sein" könne. "Innerhalb und ausserhalb der senkrechten Kronenprojektionsfläche o der Trauerweide" gebe es "keine signifikanten Vitalitätsunterschiede" der Gartenbepflanzung. Wenn Pflanzen trotz guter Vitalität weder Blüten noch Früchte trügen, o gebe es dafür zwei Gründe: ■ falsche oder ungenügende Pflege, wofür der Experte auf die Fo- tos 6 und 7 verweist: Dort wird dokumentiert, dass bei einer Ri- bes-Pflanze [= Johannisbeerpflanze] der Haupttrieb gekappt wur- de (Foto 6) bzw. dass bei einer weiteren Ribes-Pflanze mangeln- de Pflege zu freiliegenderem Wurzelwerk führte (Foto 7);

- 30 - ■ zu wenig sorgfältige Berücksichtigung der Standortansprüche bei der Wahl des Pflanzortes.

#### **E. 5.7.2.2**

Mit ihrer Eingabe vom 23. Dezember 2015 verlangte die Beklagte, dass dem Sachverständigen Ergänzungsfragen zum Gutachten vom 3. Dezember 2015 zu stellen seien (Urk. 168 S. 2 f.). Das Gericht tat das am 1. Februar 2016 mit einer weiteren schriftlichen Experteninstruktion (Urk. 174).

#### **E. 5.7.2.3**

Der Experte führte am 25. Februar 2016 einen weiteren Augenschein durch und erstattete unterm 1. März 2016 das Ergänzungsgutachten (Urk. 178). Er kam zu den folgenden Schlüssen: - Auf die Frage 3, ob der Schatten- und Laubwurf der Weide die Rasenbe-

pflanzung erschwere oder verunmögliche: Der Einfluss der Weide sei im Gesamtzusammenhang aller schatten- o wurfverursachenden Objekte zu betrachten. Aus der kleinstandörtlichen Lage der Weide, des Wohnhauses E.\_\_\_\_\_Strasse ... [= Haus der Beklagten] und der übrigen Gehölzvegetation an den Grundstücksgrenzen werde ersichtlich, dass das Wohnhaus im Südwesten mit Abstand den grössten Anteil des Schattenwurfs auf den Rasenstreifen zwischen Hausmauer und Gehölzrabatte verursache (Hinweis auf Anhang, Abbildung 1). Der Schattenwurf der Weide auf die Rasenfläche sei marginal und erschwere oder verunmögliche die Rasenbepflanzung nicht. Der Laubwurf der Weide im Herbst führe bei normalem Unterhalt zu o keiner Beeinträchtigung des Rasens, welcher (im Gegensatz zur sonnenexponierten, wärmeren Westseite des Wohnhauses E.\_\_\_\_\_Strasse ...) auf der Rückseite des Gartens gelegen, ein typischer Schattenrasen sei (Hinweis auf Abbildung 2). Es bestehe die Vermutung, dass die Pflege des Rasens zu wenig konsequent auf die Standortbedingungen ausgerichtet sei. Die Perforationen des Oberbodens mit dem Stahlspieß habe an mehreren Orten durchwegs skelettarme, gut durchwurzelbare Böden mit genügend gutem Wasser- und Nährstoffspeichervermögen bis in eine Tiefe von mindestens 40cm ergeben (Hinweis auf Abbildung 3). - Auf die Frage 4, welche biologischen Auswirkungen der Laubwurf der Weide auf den betroffenen Gartenbereich (Bodenbedeckung, Boden-pH-Wert, etc.) habe: In den Gehölzrabatten führe die Laubstreu ganz generell zu einer natürlichen Mulchung der Bodenoberfläche, welche dadurch weniger schnell austrockne und das spontane Aufkommen unerwünschter Vegetation (Unkraut) erschwere (Hinweis auf Abbildung 4). Durch die

- 31 - Zerkleinerung der Laubstreu werde der Boden wieder mit Nährstoffen angereichert (natürliche Düngung). Es entstehe neuer Humus, welcher durch Bodeninsekten und Regenwürmer in den Boden eingearbeitet werde. Die feine Laubstreu der schmal-lanzettförmigen Trauerweidenblätter sei im Gegensatz zum beispielsweise grossformatigen Falllaub der Platanen, Ahorne etc. sehr luftdurchlässig und sei daher rascher abbaubar. Das wirke sich positiv auf den pH und das Kohlenstoff/Stickstoff-Verhältnis (C/N-Verhältnis) aus. Der Experte habe keine Anzeichen ungenügender Bodenaktivität unter der Laubstreu festgestellt. - Auf die Frage 5, weshalb von dem vereinzelt sichtbaren Triebzuwachs auf den Fotos Nr. 2, 4, und 5 darauf geschlossen werden könne, dass die Beerenfrüchte in normaler Grösse, Quantität und Reife (Süsse) wüchsen: Eine gute Vitalität sei die Voraussetzung für eine reiche Fruktifizierung. In seinem Gutachten vom 3. Dezember 2015 habe der Experte darauf hingewiesen, dass es zwei Gründe gebe, wenn Pflanzen trotz guter Vitalität nicht oder ungenügend fruktifizierten: (i) falsche oder ungenügende Pflege (Hinweis auf Foto 6 und 7) und (ii) zu wenig sorgfältige Berücksichtigung der Standortsansprüche bei der Wahl des Pflanzortes. Anlässlich des Augenscheins vom 25. Februar 2016 habe sich der o Eindruck mangelnder Pflege bei den Ribes-Pflanzen verstärkt (Hinweis auf Abbildung 5 mit der Legende "Mangelhafte Pflege. Von Hand abhebbare Ribes-Pflanze ohne Bodenverankerung"). - Auf die Frage 6: Die im ersten Gutachten erwähnte hohe Vitalität beziehe sich auch o auf die Pflanzen und Sträucher, die unterhalb der überragenden Äste und Zweige der Weide (Kronenprojektion) lägen. Es liege keine Beeinträchtigung durch die Weide vor. - Auf die Frage 7, ob der Standort der Beerensträucher der Gattung Ribes falsch sei: Die Beerensträucher der Gattung Ribes seien "unter dem Schirm" von o vier verschiedenen Gehölzen (*Carpinus betulus*, *Euonymus europaeus*, *Cornus sanguinea*, *Cornus mas*) gepflanzt worden. Die Kronenschirmhöhe dieser Gehölze liege nur knapp 2m über Boden.

Der gewählte Standort sei für Ribes zu schattig. Die Pflege dieser "ins Alter gekommenen Pflanzen" sei vernachlässigt.

#### **E. 5.7.2.4**

Mit Eingabe vom 23. März 2016 nahm die Beklagte zum Ergänzungsgutachten Stellung (Urk. 182). Vorab ist festzuhalten, dass die Beklagte dort ausdrücklich "auf eine weitere Auseinandersetzung mit dem Gutachter" verzichtet

- 32 - und darüber hinaus den Antrag stellt, es sei kein weiteres Gutachten einzuholen (Urk. 182 S. 7). Damit verzichtet die Beklagte auf eine weitere Ergänzung sowie auf eine Erläuterung des Gutachtens im Sinne von Art. 187 Abs. 4 ZPO. Da die Kläger auch keine Ergänzung des Gutachtens verlangen, kann eine solche nur dann in Frage kommen, wenn das Gericht von Amtes wegen zum Schluss kommen sollte, dass dies im Sinne von Art. 188 Abs. 2 ZPO angezeigt sei. In diesem Sinne sind die Einwendungen der Beklagten gegen das Gutachten zu prüfen. 5.7.2.4.1. "Fehlende Projektionsfläche". Die Beklagte wirft dem Experten vor, er habe die senkrechte Kronenprojektionsfläche geprüft, "ohne diese bekannt zu geben". Anhand einiger Vitalitätsfaktoren habe er festgestellt, dass die Vitalität der Pflanzen hoch sei. Das in diesem Fall entscheidende Beurteilungskriterium sei die senkrechte Projektionsfläche. Diese wichtige Grundlage seiner Beurteilung gebe der Experte nicht bekannt; seine Feststellung sei ohne Beweiskraft (Urk. 182 S. 2). In seinem Gutachten vom 3. Dezember 2015 spricht der Experte von Bereichen "inner- und ausserhalb der senkrechten Kronenprojektionsfläche der Trauerweide" (Urk. 163, zu Frage 2). Was der Experte damit meint, ist auf der Hand liegend und bedarf keiner näheren Erörterung. Im Ergänzungsgutachten sodann hält der Sachverständige fest, dass er "die Kronenprojektionen der Gehölze" auf dem Grundstück der Beklagten vermessen habe (Urk. 178 S. 1). Ohne weiteres kann davon ausgegangen werden, dass der Experte auf Nachfrage hin dazu Genaueres sagen könnte. Die Beklagte jedenfalls verzichtet ausdrücklich auf derartige Ergänzungsfragen, und auch das Gericht hat kein Bedürfnis dazu: Eine Rolle spielt das bei der Beantwortung der Expertenfrage 7, wo der Experte festhält, dass die Ribes-Pflanzen "unter dem Schirm" der verschiedenen Gehölze stünden, wobei die Kronenschirmhöhe nur knapp 2m über dem Boden liege (Urk. 178 S. 2). Es liegen in jeder Hinsicht übersichtliche Verhältnisse vor. Auf die Angaben des Experten kann abgestellt werden, ohne dass er im Sinne der Beanstandung der Beklagten zuvor die Projektionsfläche "bekannt gibt". 5.7.2.4.2. "Beurteilungskriterien verfehlt". Der Sachverständige weist darauf hin, dass die "schattenwurfverursachenden Objekte" im "Gesamtzusammenhang" zu betrachten sind. Er erwähnt die "kleinstandörtliche Lage der Weide" und hält fest,

- 33 - "dass das Wohnhaus im Südwesten mit Abstand den grössten Anteil des Schattenwurfs auf den Rasenstreifen zwischen Hausmauer und Gehölzrabatte verursacht" (Urk. 178 S. 1). Die vom Experten beschriebene Lage des Gebäudes bestreitet die Beklagte zu Recht nicht. Und wenn sie darauf hinweist, dass ihr Gebäude "rechtmässig" erstellt worden sei und die Weide ihren Standort nur dem Umstand verdanke, dass "der Beseitigungsanspruch der Beklagten verjährt ist" (vgl. Urk. 182 S. 2 f.), dann kann das im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle spielen. Die Beklagte verkennt sodann die Beurteilung des Gutachters, wenn er darauf hinweist, dass auf der Rückseite ihres Hauses – d.h. im Grenzbereich zum Grundstück der Kläger – Schattenrasen gedeihe. Abwegig ist es, wenn die Beklagte sich auf den Standpunkt stellt, der Experte entkräfte damit seine übrige Beurteilung (Urk. 182 S. 3). Nicht umsonst hat der Experte seinem Ergänzungsgutachten eine Instruktion "Rasenpflege im Schatten" beigelegt (Urk. 179). Schattenrasen gibt es

praktisch in jedem Garten; sie bedürfen aber entsprechender Pflege und Zuwendung. Haltlos ist sodann die von der Beklagten aufgestellte These, dass allgemein bekannt sei, dass "unterhalb von Baumästen und Zweigen kaum Rasen wächst" (Urk. 182 S. 3). Sie übergeht dabei den Befund des Experten, wonach die Vermutung besteht, dass die Pflege des Schattenrasens auf dem Grundstück der Beklagten nicht konsequent auf die Standortbedingungen ausgerichtet sei, denn Bodenproben hätten ergeben, dass die Bodenbeschaffenheit im fraglichen Bereich einwandfrei sei. Die Beklagte scheint sodann die vom Experten beigelegte und ihr mit Verfügung vom 3. März 2016 zugestellte Instruktion "Rasenpflege im Schatten" (Urk. 181 mit Hinweis auf Urk. 179) nicht zur Kenntnis genommen zu haben. Und wenn die Beklagte meint, dass die "Blattfaldecke" – gemeint ist offensichtlich jene der Trauerweide – jeden Rasen ersticke (Urk. 182 S. 3), so ist ihr entgegenzuhalten, dass es eben zur Pflege eines ordentlichen Gartens gehört, im Herbst und im Frühwinter solche "Blattfaldecken" wegzuräumen, wobei in Einfamilienhausquartieren im Rahmen des nachbarrechtlichen Toleranzprinzips (vgl. oben E. 5.3.) durchaus hingenommen werden muss, dass ein Teil des Falllaubes von Nachbargrundstücken stammt.

- 34 - Weiter beanstandet die Beklagte, dass die vom Experten erwähnten Hainbuchen, Hartriegel, Pfaffenhütchen und Kornelkirschen keinen Vergleichsstab zur "Beeren- und Rasenfertilität" lieferten, denn diese Pflanzen liessen sich mit "Beeren und Rasen nicht vergleichen" (Urk. 182 S. 3 f.). Damit argumentiert die Beklagte am Gutachten vorbei, wo eben auseinandergesetzt wird, dass sich die fraglichen "ins Alter gekommenen" Beerensträucher unter einem "Schirm" von Gehölz befänden und überdies die nötige gärtnerische Pflege vermissen liessen. 5.7.2.4.3. "Massgebliche Kriterien" und "Ausdehnung der Baumkrone". Die Beklagte meint, der Experte habe die "massgeblichen Kriterien" übersehen, denn für die Beurteilung des Schattenwurfes sei die "Ausdehnung der Baumkrone" von Belang (Urk. 182 S. 4). Das ist so nicht richtig: Der grösste Teil der Baumkrone des fraglichen Baumes liegt über dem Grundstück der Kläger und nicht über jenem der Beklagten. Den Baum als solches kann die Beklagte nicht in Frage stellen, anerkennt sie doch selber, dass ihr Beseitigungsanspruch verjährt ist. Insoweit hat sie den Schattenwurf hinzunehmen. 5.7.2.4.4. "Sonnenerlauf", "Schattenwurf Weide", "Schattenwurf-Diagramm". Der Sachverständige hat in der Abbildung 1 seines Ergänzungsgutachtens (Urk. 178 S. 4) die Himmelsrichtungen eingezeichnet. Aus dieser Abbildung ergibt sich, dass jener Bereich des Gartens der Beklagten, der von den überragenden Ästen betroffen ist auf der Rückseite ihres Hauses liegt, welches die Sonne im Bereich zwischen Süden und Westen abdeckt. Ohne weiteres nachzuvollziehen ist, wenn der Experte im Ergänzungsgutachten zum Schluss kommt, dass bei dieser Ausgangslage "das Wohnhaus im Südwesten mit Abstand den grössten Anteil des Schattenwurfs auf den Rasenstreifen zwischen Hausmauer und Gehölzrabatte verursacht" und dass der auf der Rückseite des Hauses gelegene Rasen – im Gegensatz zum Rasen auf der "sonnenexponierten, wärmeren Westseite des Wohnhauses" – eben ein "typischer Schattenrasen" sei. Geradezu mutwillig ist es, wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang die erwähnte Abbildung des Sachverständigen mit dem Kommentar versieht, dass für den Experten "die Sonne von Ost nach West" laufe, "was falsch ist" (Urk. 182 S. 4). Der Experte hat recht. Seine Anschauung beruht auf offenkundigen Tatsachen im Sinne von Art. 151 ZPO.

- 35 - Der Beklagten hilft es in diesem Zusammenhang namentlich nicht, sich auf ein aus dem Internet beschafftes Tool zu berufen, das die astronomischen Sonnenstände wiedergibt, zumal sie sich auf das Datum des 1. Juli fixiert. Die Beklagte hält der Beurteilung des Experten gar ihr eigenes Schattenwurfdiagramm entgegen, welches indessen einzig auf das Datum des 1. Juli (vgl. Urk 184/4) ausgerichtet ist. Richtig ist, dass in der Praxis bisweilen – allerdings von Sachverständigen und nicht von Laien – Schattenwurfdiagramme erstellt werden. Das tut man allenfalls dann, wenn es um den Schattenwurf ganzer Baumgruppen geht. Es ist dies eine Expertenarbeit, bei der der Schattenwurf für jeden einzelnen Monat des Jahres ermittelt wird (vgl. dazu den instruktiven Fall in ZR 100/2001 Nr. 19, S. 54 ff.). Zur Bestimmung des Schattenwurfs überragender Äste sind solche Diagramme nicht nötig. Weitere Bemühungen des Sachverständigen lehnt die Beklagte ohnehin ab (Urk. 182 S. 7), und auch das Gericht sieht keinen Anlass, das Gutachten in diesem Sinne von Amtes wegen ergänzen zu lassen. Die gravierendste Fehleinschätzung der Beklagten in diesem Zusammenhang liegt allerdings darin, dass sie bei ihrer Betrachtung zum Schattenwurf von jenem Schattenwurf ausgeht, der von der ganzen grossen Baumkrone der Trauerweide herrührt und nicht nur von den überragenden Ästen, die hier allein interessieren (vgl. dazu Urk. 184/1, 184/4). Wenn die Beklagte in diesem Sinne von einer "Kronenprojektionsfläche von ca. 180 m<sup>2</sup>" ausgeht (Urk. 182 S. 6), dann sprengt sie den Prozessgegenstand bei weitem, der sich nur auf die "überragenden Äste" bezieht. Auf ihrem Schattenwurfdiagramm Urk. 184/4 zeichnet die Beklagte im Übrigen die Baumkrone so ein, als ob sie die Grundstücke der Parteien je zur Hälfte beschläge. Die gleichzeitig eingereichte "Orthofoto" (Urk. 184/1) belegt aber, dass der weitaus grösste Teil der Baumkrone nicht das Grundstück der Beklagten beschlägt.

5.7.2.4.5. "Vitalitätsmerkmale". Die Beklagte nimmt sodann auf Ziff. 3 des Ergänzungsgutachtens Bezug und widerspricht dem Experten, der festhält, dass die unter der Weide gepflanzten Sträucher in ihrer Vitalität nicht beeinträchtigt seien. Sie bestreitet die vom Experten beschriebene mangelhafte Pflege und stellt die These auf, dass das, was der Experte auf mangelhafte Pflege zurückführe, in Tat und Wahrheit die Folge von Regentropfen sei, die von der Weide fielen. Es sei nämlich bekannt, "dass sich die Regentropfen auf den Blättern entlang der Weiden-

- 36 - zweige bis zu grossen Tropfeinheiten sammeln, die dann senkrecht auf den Boden aufprallen und dadurch das Erdreich ausschwemmen". Dies führe "zur festgestellten Freilegung des Wurzelwerkes und zur Schädigung der Pflanzen, die unmittelbar im Tropfbereich der Weide stehen" (Urk. 182 S. 5 f.). Damit stellt die Beklagte ihre eigene Einschätzung dem Sachverstand des Experten entgegen. Sie übergeht überdies, dass der Experte seine Beurteilung auch darauf stützt, dass für die Ribes-Pflanzen nicht der richtige Standort gewählt wurde, weil sie sich "unter dem Schirm" von vier verschiedenen Sträuchern befinden. Ferner übergeht die Beklagte den Umstand, dass gemäss dem Experten "die Pflanzen ins Alter" gekommen sind. Seine Stellungnahme überzeugt. Die mangelhafte Pflege der Ribes-Pflanzen hat der Experte durch seine Bilder hinreichend belegt (Urk. 163, Fotos 6 und 7; Urk. 178 Abbildung 5). Seiner Beurteilung ist zu folgen.

5.7.2.4.6. "Schlussfolgerungen" und "Schlussbemerkung". Die Beklagte wirft dem Experten sodann vor, er übersehe, dass die Weide widerrechtlich gepflanzt worden sei und erkläre "den rechtmässig gepflanzten Rasen und die Beeren als am falschen Standort platziert". Diese Sichtweise wäre nach dem Dafürhalten der Beklagten "höchstens dann zulässig, wenn die Weide im rechtmässigen Abstand zur Grenze gesetzt worden wäre (8 m), statt ca. 2,0 m", denn "in diesem Fall würden die Weidenäste die Grenze nicht mehr überragen"

(Urk. 182 S. 2). Damit wirft die Beklagte indessen eine Rechtsfrage und keine Tatfrage auf. Für Rechtsfragen ist allerdings einzig das Gericht zuständig. Rechtlich liegt die Beklagte jedenfalls falsch: Da der Beseitigungsanspruch gemäss § 173 EG ZGB verjährt ist, hat sie die vom Baum ausgehenden Immissionen grundsätzlich hinzunehmen (vgl. oben E. 5.1.). Gegenstand des vorliegenden Prozesses sind daher einzig die "überhängenden Äste" gemäss Art. 687 ZGB. Entsprechend war auch die Experteninstruktion des Gerichts, an welche der Experte sich zu halten hatte. Gemäss dieser Experteninstruktion hatte sich der Experte einzig mit der Frage auseinanderzusetzen, ob "die überhängenden Äste der Weide die Gartenbepflanzung auf dem Grundstück der Beklagten" beeinträchtigten oder nicht (vgl. Urk. 162 Frage 1). Seine Aufgabe war es nicht, sich mit den Immissionen, die vom Baum als Ganzem ausgehen, zu befassen.

- 37 -

#### **E. 5.7.2.5**

Mit ihrer Eingabe vom 23. Dezember 2015 wollte die Beklagte dem Experten auch Ergänzungsfragen dazu unterbreiten, ob die Weide einen Rückschnitt bis auf die Grenze verkräften würde (vgl. Urk. 168 S. 5). In der Folge beharrte sie mit ihrer Eingabe vom 4. Februar 2016 auf diesen Ergänzungsfragen (Urk. 175). Mit Verfügung vom 5. Februar 2016 lehnte der Referent diesen Antrag aber ab (Urk. 176). Diese Ablehnung erfolgt zu Recht, kommt es doch in diesem Prozess – ausgehend von Art. 687 ZGB – einzig auf die Tatfrage an, ob die überragenden Äste das Eigentum der Beklagten schädigen oder nicht.

#### **E. 5.7.3**

Würdigung des Gutachtens. Der Sachverständige hat die örtlichen Gegebenheiten sehr sorgfältig abgeklärt. Einmal war er zusammen mit der gerichtlichen Delegation auf dem Lokal und zweimal im Rahmen des ihm erteilten förmlichen Gutachtensauftrages. Er vermass auf dem Grundstück der Beklagten die Kronenprojektionen der Gehölze, untersuchte die Laubstreu und nahm mit dem Stahlspieß Proben der Bodenqualität (Urk. 178). Die Bemängelungen des Gutachtens und des Ergänzungsgutachtens seitens der Beklagten erweisen sich nach dem oben Aufgeführten auf der ganzen Linie als unbegründet. Gutachten und Ergänzungsgutachten (Urk. 163 und 178) überzeugen vielmehr in jeder Hinsicht. Gestützt darauf ist Folgendes festzuhalten: - Die Gartenbepflanzung auf dem Grundstück der Beklagten weist praktisch durchwegs eine hohe bis sehr hohe Vitalität auf. Von einer Beeinträchtigung durch die überragenden Äste der Trauerweide kann keine Rede sein (Urk. 163 zu Frage 1; Urk. 178 zu Frage 6). - Es gibt keine signifikanten Vitalitätsunterschiede innerhalb und ausserhalb der senkrechten Kronenprojektionsfläche (Urk. 163). - Im Bereiche der Weide und der Grenze zwischen den Grundstücken der Parteien verursacht das Haus der Beklagten im Südwesten klarerweise am meisten Schattenwurf auf den Rasenstreifen zwischen Hausmauer und Gehölzrabatte (Urk. 178 zu Frage 3). - Der von der Weide ausgehende Schattenwurf erschwert die Rasenbepflanzung nicht (Urk. 178 zu Frage 3).

- 38 - - Wenn der Rasen auf der Rückseite des Hauses, der als Schattenrasen zu bezeichnen ist, fachgemäss unterhalten wird, wird er vom fallenden Laub der Weide nicht beeinträchtigt (Urk. 178 zu Frage 3). - Es besteht die Vermutung, dass die Pflege des Schattenrasens auf dem Grundstück der Beklagten nicht konsequent auf die Standortbedingungen ausgerichtet ist. An der Bodenqualität hängt es jedenfalls nicht, denn die Perforationen des Oberbodens mit dem Stahlspieß haben "durchwegs skelettarme, gut

durchwurzelbare Böden mit genügend gutem Wasser- und Nährstoffspeichervermögen bis in eine Tiefe von mindestens 40cm" ergeben (Urk. 178 zu Frage 3). - In den Gehölzrabatten führt der Laubwurf der Weide zu einer natürlichen Mulchung; er erschwert das Austrocknen der Oberfläche und das Aufkommen von Unkraut. So entsteht neuer Humus. Die feine Laubstreu der schmal-lanzettförmigen Trauerweidenblätter ist sehr luftdurchlässig und ist dadurch rasch abbaubar, was sich positiv auf den pH-Wert und das Kohlenstoff/Stickstoff-Verhältnis (C/N-Verhältnis) im Boden auswirkt. - Den Ribes-Pflanzen auf dem Grundstück der Beklagten wird keine genügende Pflege zuteil; die Ribes-Pflanzen sind überdies in die Jahre gekommen (Urk. 163 zu Frage 2 mit Hinweis auf Fotos 6 und 7; Urk. 178 zu Frage 4 mit Hinweis auf Abbildung 5 und zu Frage 7). - Die Beerensträucher "Ribes" stehen unter dem Schirm von Gehölz, wobei diese Kronenschirmhöhe nur knapp 2 m über dem Boden liegt. Dieser Standort ist für die Ribes-Pflanzen zu schattig (Urk. 178 zu Frage 7). - Zusammenfassend steht fest, dass die Weide der Kläger die Vitalität der Sträucher auf dem Grundstück der Beklagten nicht beeinträchtigt. Sie bildet weder die Ursache für ein ungenügendes Reifen der Ribes-Früchte noch beeinträchtigt sie das Gedeihen eines Schattenrasens zwischen der Rabatte und dem Wohnhaus der Beklagten.

### **E. 5.8**

Beurteilung. Nach dem Gesagten steht fest, dass die vom Grundstück der Kläger auf das Grundstück der Beklagten überragenden Äste der Trauerweide

- 39 - weder die Wohnqualität im Hause der Beklagten, noch die Bausubstanz des Hauses der Beklagten noch die Gartenbewirtschaftung auf dem Grundstück der Beklagten in irgendeiner Weise beeinträchtigen. Eine Schädigung des Eigentums der Beklagten im Sinne von Art. 687 Abs. 1 ZGB scheidet daher ohne weiteres aus. Damit steht der Beklagten das Kapprecht, dessen sie sich seit ihrem Brief an die Kläger vom 13. Februar 2010 (Urk. 3/4) berüht, nicht zu. Das muss zur Gutheissung der Klage führen. Demgemäss ist der Beklagten zu verbieten, die vom Grundstück Kat.-Nr. 1 der Kläger in ihr Grundstück Kat.-Nr. 2 hineinragenden Äste der Hängeweide zurückzuschneiden. Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot hätte Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB zur Folge.

### **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 6.1**

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beklagte in vollem Umfange kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auszugehen ist von einem Streitwert von Fr. 25'000.00 (vgl. oben E. 3.2.). Ganz generell ist zu sagen, dass die Kläger grundsätzlich keine Mehrwertsteuer verlangen. Soweit sie dies mit ihrer Berufungsschrift vom 11. Juli 2014 bezüglich des ersten Berufungsverfahrens tun (Urk. 114 S. 2), hilft ihnen das nichts, weil sie mit ihrer ersten Berufungsschrift vom 25. Juni 2013 keinen solchen Antrag gestellt haben (Urk. 69 S. 2).

#### **E. 6.2**

Die Entscheidgebühr von Fr. 4'000.00 für das erstinstanzliche Verfahren ist zu bestätigen. Die Fr. 80.00 Barauslagen betreffen den Augenschein und sind damit zu erstattende Kosten der Beweisführung gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO. Bezüglich der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens Proz.-Nr. FV130226 haben die Parteien im

Berufungsverfahren keine Beanstandungen vorgebracht. Es rechtfertigt sich daher, die Prozesskosten so festzusetzen, wie das die Vorinstanz getan hat; allerdings ist die Verteilung anders vorzunehmen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Kläger keine Mehrwertsteuer verlangen. Die Kläger haben für das erstinstanzliche Verfahren einen Vorschuss von insgesamt Fr. 1'600.00 geleistet (Urk. 7 und Urk. 89/1-2). Dieser Vorschuss ist mit den

- 40 - Gerichtskosten zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat den Klägern (gemeinsam) diesen Vorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

### **E. 6.3**

Die Kosten für das Verfahren betreffend vorprozessuale vorsorgliche Massnahmen (Urk. 39A/13a; Proz.-Nr. ET110008) von Fr. 2'000.00 hat die Beklagte den Klägern entsprechend dem Prozessausgang und entsprechend dem seinerzeitigen Vorbehalt im Urteil des Einzelgerichts vom 22. März 2011 (Dispositiv-Ziff. 4) zu ersetzen. Ferner hat die Beklagte den Klägern auch für dieses Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Mit ihrem Rechtsbegehren stellten die Kläger entsprechende Anträge.

### **E. 6.4**

Für das erste Berufungsverfahren NP130017 haben die Kläger einen Vorschuss von Fr. 3'500.00 geleistet (Urk. 74). Die Entscheidegebühr entspricht diesem Betrag. Der Vorschuss ist mit diesen Gerichtskosten zu verrechnen, und die Beklagte ist zu verpflichten, den Klägern gemeinsam diesen Betrag zu erstatten. Auch für dieses Verfahren hat die Beklagte den Klägern eine Parteientschädigung zu bezahlen. Es rechtfertigt sich auch hier, die von der Vorinstanz für dieses Verfahren festgesetzte Parteientschädigung zu übernehmen.

### **E. 6.5**

Schliesslich sind die Prozesskosten für das vorliegende zweite Berufungsverfahren festzusetzen. Angesichts des umfangreichen Beweisverfahrens in der Berufungsinstanz ist die Entscheidegebühr für den heutigen Berufungsentscheid in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV auf Fr. 4'500.00 anzusetzen. Für die Kosten der Beweisführung sind vor der Berufungsinstanz die folgenden Kosten angefallen: Grundbuchauszüge Fr. 93.00 sowie Gutachterskosten von Fr. 4'841.60 (Rechnung Nr. ... vom 29.5.2015, Fr. 1'252.80, Urk. 139; Rechnung Nr. ... vom 5.12.2015, Fr. 984.40, Urk. 166; Rechnung Nr. ... vom 1.3.2016, Fr. 2'604.40, Urk. 180). Im zweiten Berufungsverfahren haben die Parteien folgende Vorschüsse geleistet: - Kläger: Vorschuss gemäss Art. 98 ZPO: Fr. 3'550.00 (Prot. II S. 2); - Kläger: Vorschuss gemäss Art. 102 ZPO: Fr. 250.00 (Prot. II S. 7); - Beklagte: Vorschuss gemäss Art. 102 ZPO: Fr. 250.00 (Prot. II S. 7); - Kläger: Vorschuss gemäss Art. 102 ZPO: Fr. 500.00 (Prot. II S. 20);

- 41 - - Beklagte: Vorschuss gemäss Art. 102 ZPO: Fr. 500.00 (Prot. II S. 20); - Beklagte: Vorschuss gemäss Art. 102 ZPO: Fr. 3'000.00 (Prot. II S. 22). Schliesslich hat die Beklagte den Klägern für das zweite Berufungsverfahren NP140010 eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Grundgebühr von Fr. 4'450.00 ist gemäss § 13 AnwGebV um 1/ zu reduzieren. Dagegen sind Zuschläge gemäss § 11 AnwGebV geschuldet für die Instruktionsverhandlung auf dem Lokal und im Gerichtssaal vom 21. Mai 2015 (Prot. II S. 10-17; 30%), die Beweisverhandlung vom 23. Oktober 2015 (Prot. II S. 19; Urk. 155 und 156; 30%) sowie für die Stellungnahme zu den Gutachten (Urk. 169; 20%). Das ergibt

gerundet eine Parteienschädigung von Fr. 5'350.00. Es wird erkannt: 1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagten verboten, die vom Grundstück Kat.-Nr. 1 der Kläger in ihr Grundstück Kat.-Nr. 2 hineinragenden Äste der Hängeweide zurückzuschneiden. Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot hätte Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB zur Folge. 2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren Proz.-Nr. FV130226 werden auf Fr. 4'080.00 (Entscheidgebür Fr. 4'000.00; Kosten der Beweisführung Fr. 80.00) festgesetzt und der Beklagten auferlegt. a) Diese Kosten werden im Umfange von Fr. 1'600.00 mit dem von den Klägern geleisteten Vorschuss verrechnet. b) Im Übrigen werden diese Gerichtskosten im Umfange von Fr. 2'480.00 von der Beklagten nachgefordert. c) Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern gemeinsam den Vorschuss gemäss lit. a hiervor zu ersetzen. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern gemeinsam für das erstinstanzliche Verfahren (Proz.-Nr. FV110125 und Proz.-Nr. FV130226) eine Parteientschädigung von Fr. 8'200.00 zu bezahlen.

- 42 - 4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern gemeinsam die Gerichtskosten für das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (Proz.-Nr. ET110008) von Fr. 2'000.00 zu ersetzen. Ferner wird die Beklagte verpflichtet, den Klägern gemeinsam für dieses Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 1'000.00 zu bezahlen. 5. Die Gerichtskosten für das erste Berufungsverfahren NP130017 gemäss Dispositiv-Ziff. 2 des Beschlusses vom 3. Oktober 2013 werden der Beklagten auferlegt und mit dem von den Klägern geleisteten Vorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern gemeinsam diesen Vorschuss von Fr. 3'500.00 zu ersetzen. Ferner wird die Beklagte verpflichtet, den Klägern gemeinsam für dieses Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 4'200.00 zu bezahlen.

#### **E. 7**

Die Gerichtskosten für das zweite Berufungsverfahren NP140010 werden auf Fr. 9'434.60 festgesetzt (Entscheidgebür Fr. 4'500.00; Kosten der Beweisführung Fr. 4'934.60) und der Beklagten auferlegt. a) Diese Gerichtskosten werden im Umfange von Fr. 4'300.00 mit den von den Klägern geleisteten Vorschüssen verrechnet. b) Im Übrigen werden diese Gerichtskosten im Umfange von Fr. 3'750.00 mit den von der Beklagten geleisteten Vorschüssen verrechnet. c) Im Mehrbetrag von Fr. 1'384.60 werden diese Gerichtskosten von der Beklagten nachgefordert. d) Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern gemeinsam den Vorschuss gemäss lit. a hiervor zu ersetzen.

#### **E. 8**

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern gemeinsam für das Berufungsverfahren NP140010 eine Parteienschädigung von Fr. 5'350.00 zu bezahlen.

- 43 -

#### **E. 9**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein, an die Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 182 und Urk. 184/1-5. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 10**

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 beträgt Fr. 25'000.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 18. Mai 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Kirchheimer versandt am: jc

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