

ZH_OBERGERICHT NP220004 vom 23. Juni 2022

ZH Obergericht, 2022-06-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP220004

FR: ZH_OBERGERICHT NP220004 du 23 juin 2022

IT: ZH_OBERGERICHT NP220004 del 23 giugno 2022

Erwägungen

E. 1

Mit Eingabe vom 7. Oktober 2019 reichten die Kläger bei der Vorinstanz Klagebegründung und Klagebewilligung ein (act. 1 und 2). Nachdem die Kläger vom Gericht telefonisch darauf hingewiesen worden waren, dass ihre Rechtsbegehren unbestimmt seien und eine Streitwertangabe fehle (act. 4), machten sie mit Eingabe vom 15. Oktober 2019 Angaben zur vom Rechtsbegehren betroffenen Bepflanzung sowie zum Streitwert (act. 5). Mit Verfügung vom 19. November 2019 wurde den Klägern Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von einstweilen Fr. 1'750.00 zu leisten und eine korrigierte, vollständige und nachvollziehbare Streitwertberechnung einzureichen (act. 6). In der Folge leisteten die Kläger den Kostenvorschuss (act. 9) und bezifferten den Streitwert neu mit Fr. 27'500.00

- 6 - (act. 8 S. 2). Mit Verfügung vom 28. November 2019 wurde von den Klägern ein weiterer Kostenvorschuss von einstweilen Fr. 2'000.00 eingeholt und dem ursprünglichen Beklagten (A. _____ sel., gest. tt.mm.2021) Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 10). Kostenvorschuss sowie Stellungnahme vom 7. Januar 2020 gingen fristgerecht ein (act. 12; act. 13). Nach Anordnung des schriftlichen Verfahrens (act. 16) folgten eine schriftliche Replik vom 27. Januar 2020 (act. 19) und eine schriftliche Duplik vom 20. Mai 2020 (act. 25). Am 16. November 2020 erging eine Beweisverfügung, mit der unter anderem ein Augenschein vor Ort angeordnet wurde (act. 34). Der Augenschein sowie eine Vergleichsverhandlung fanden am 17. Dezember 2020 statt (Prot. S. 12 ff.). Eine Einigung konnte nicht erzielt werden (Prot. S. 36). Mit Verfügung vom 22. Februar 2021 (act. 36) wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage des Verzichts auf die Hauptverhandlung zu äussern, mit dem Hinweis, dass bei Stillschweigen ein Verzicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung angenommen werde, unter Vorbehalt weiterer Beweisabnahmen und schriftlicher Schlussvorträge (act. 36). Die Kläger verzichteten mit Eingabe vom 1. März 2021 auf die Durchführung der Hauptverhandlung und beantragten gleichzeitig eine Protokollergänzung (act. 38), die mit Verfügung vom 6. Mai 2021 abgewiesen wurde (act. 41). Die beklagte Seite liess sich nicht vernehmen. Nachdem das Gericht über den Tod des ursprünglichen Beklagten informiert worden war (act. 43-47), wurden mit Verfügung vom 19. August 2021 dessen Erben, vertreten von der gleichen Rechtsvertreterin (act. 48), als neue Beklagte ins Rubrum aufgenommen (act. 49). Gleichzeitig wurde den Parteien Frist für die Schlussvorträge angesetzt. Die Beklagten erstatteten ihren Schlussvortrag am 3. September 2021 (act. 51). Die Kläger liessen sich nicht vernehmen (vgl. a. act. 52). Am 15. Dezember 2021 ergingen Verfügung und Urteil der Vorinstanz, wie sie eingangs wiedergegeben werden (act. 54 = act. 59 = act. 61 [Aktenexemplar]).

E. 1.1

Die Beklagten wenden mit ihrer Berufung zunächst ein, den Klägern fehle es bereits an einem Rechtsschutzinteresse an der Klage auf Entfernung der Bäume (act. 57 S. 4 ff.).

E. 1.2

Beim Erfordernis eines schutzwürdigen Interesses der klagenden Partei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Eine Klage ist nur materiell zu beurteilen, wenn die klagende Partei ein hinreichendes, persönliches und aktuelles Interesse am Verfahren hat, welches in dem Sinn rechtlicher Natur ist, als der angebehrte Entscheid des Gerichts ihr einen Nutzen einbringen würde (vgl. BGE 122 III 279 E. 3). Vorliegend führen die Beklagten für das Fehlen eines Rechtsschutzinteresses Gründe an, die auch für die materielle Beurteilung von Bedeutung sind. Es rechtfertigt sich daher, den Einwand an späterer Stelle zu behandeln (hinten E. V.4). Vorab zu prüfen sind Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit (sogleich E. V.2) sowie der Einwand der Verwirkung bzw. des Rechtsmissbrauchs (E. V.3). 2.

E. 2

Mit ihrer Klage verlangten die Kläger im Wesentlichen das Entfernen bzw. Kürzen von Bäumen und Sträuchern auf dem Grundstück der Beklagten. Im Berufungsverfahren streitig ist in erster Linie noch die von der Vorinstanz angeordnete Entfernung dreier Bäume, nämlich einer Birke (Punkt 4 des nachfolgend wiedergegebenen Situationsplans) und zweier Tannen (Punkte 6 und 8 des Situationsplans).

- 9 -

E. 2.1

Die Vorinstanz führt im Rahmen der Auslegung des Grundbucheintrags (vorne E. IV.1) aus, ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch seien unter "Waldbäumen" Bäume zu verstehen, welche normalerweise in Wäldern vorkom-

- 11 - men oder welche gemeinsam mit anderen Bäumen einen Wald bilden könnten (act. 61 S. 31). Nach Bezugnahme auf die Verwendung des Begriffs der Waldbäume im Waldgesetz (z.B. in Art. 2 Abs. 1 des Waldgesetzes, SR 921.0), in der Verordnung über forstliches Vermehrungsgut (Anhang 1, SR 921.552.1) und im Zürcher Einführungsgesetz zum ZGB (insbes. § 170 EG ZGB) schliesst die Vorinstanz, dass unter einem "Waldbaum" ein relativ grosser Baum zu verstehen sei, der grösser sei als beispielsweise die "kleineren Zierbäume" gemäss § 169 EG ZGB. Der Umstand sodann, dass sich die Dienstbarkeit auf Waldbäume "irgendwelcher Art" beziehe, müsse so verstanden werden, dass es nicht auf die Gattung, Art und Sorte oder auf Grösse, Form und Alter ankomme, sondern dass eben alle Waldbäume (unabhängig von der biologisch-botanischen Qualifikation) verboten seien. Es komme auch nicht darauf an, ob diese typischerweise "in unseren Breiten" vorkämen (oder sonstwo in Wäldern rund um den Globus; act. 61 S. 32 f.). Für die Ansicht der Beklagten, dass die Dienstbarkeit nur Waldbäume erfasse, welche üblicherweise in der Region Uetliberg/Albis vorkämen, gebe es keine Hinweise. Erstens fehle im Grundbuchttext jedwelcher Anhaltspunkt für dieses Verständnis. Zweitens widerspreche diese Auslegung dem Wortlaut diametral, wonach eben Waldbäume "irgendwelcher Art" erfasst seien. Drittens sei auch nicht belegt, dass diese Einschränkung dem Willen der ursprünglichen Vertragsparteien entsprochen hätte (wobei dieser ohnehin nicht relevant sei). Und viertens wäre damit einer Umgehung der Dienstbarkeit Tür und Tor geöffnet, indem ein Eigentümer eben nicht einen Baum aus dem Uetlibergwald pflanze,

sondern Bäume z.B. aus Amerika importiere. Das könne nicht Sinn der Dienstbarkeit sein (act. 61 S. 32 f.). Die umstrittenen Tannen, bei denen es sich gemäss den Beklagten um "aus Nordamerika stammende Edel-Tannen bzw. Blautannen" handle, würden gemäss einschlägiger Fachliteratur 25-30 Meter hoch und kämen meistens in Mischwäldern vor. Damit seien sie hoch wachsend und als Waldbäume zu qualifizieren, die unter die Dienstbarkeit fielen (act. 61 S. 33). Entsprechendes gelte für die Birke. Birken könnten bis zu 30 Meter, in Einzelfällen sogar höher werden. Sie kämen auch in Wäldern vor; so gebe es notorischerweise sogar Birkenwälder. Auch gemäss Literatur und Rechtsprechung seien Birken als Waldbäume zu qualifizieren

- 12 - (act. 61 S. 42). Im Übrigen seien sowohl die Tannen wie die Birke auch von ihrem Erscheinungsbild her, d.h. aufgrund von Aussehen, Höhe und Wuchs, den Waldbäumen zuzuordnen (act. 61 S. 33 f., 42).

E. 2.2

Die Beklagten kritisieren, die Vorinstanz lege die Dienstbarkeit viel zu extensiv aus (act. 57 S. 7). Sie verkenne die höchstrichterliche Praxis, wonach sich Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit nach den Bedürfnissen der Berechtigten im Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit ausrichte. Vorliegend habe sich am 19. Februar 1930 das "F.____-Quartier", in dem sich die Grundstücke der Parteien befinden, nicht in der Bauzone befunden. Es könne daher weder der Wille noch die Absicht der damaligen Servitutsparteien gewesen sein, den Servitutstext derart extensiv auszulegen, dass darunter sämtliche hochstämmigen Bäume, welche die Besonnung von Häusern tangieren könnten, zu subsumieren seien. Dies habe die Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt. Richtigerweise müsse man zum Schluss kommen, dass es im Zeitpunkt der Begründung der Servitut kein Bedürfnis gegeben habe, hochwachsende Bäume zur Bewahrung von Häusern vor Schattenwurf zu verbieten. Viel plausibler erscheine vielmehr das damalige Bedürfnis der servitutsbegründenden Parteien, dass keine Bäume aus den umliegenden Wäldern auf den belasteten Grundstücken eingepflanzt würden (act. 57 S. 8). Diese Auslegung werde durch den Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 28. Mai 1979 (act. 3/7) gestützt. Der damalige Summarrichter habe dazu tendiert, die Servitut dahingehend auszulegen, dass darunter nur Waldbäume aus der Region Uetliberg/Albis fielen, weshalb die Birke, welche zwischen den damaligen Parteien bereits im Streit gelegen habe, kein Waldbaum im Sinne der Servitut sei (act. 57 S. 8 f.). Würden gemäss dem Verständnis der Vorinstanz dagegen sämtliche Bäume, die in irgendwelchen Wäldern auf der ganzen Welt wachsen können, unter diese Servitut subsumiert, könnten die Parteien überhaupt keine hochstämmigen Bäume mehr pflanzen, womit der mehrere Meter hohe Zwetschgenbaum der Kläger auch unter diese Servitut fallen würde. Abgesehen von der dadurch entstehenden Rechtsunsicherheit könne eine derart extensive Interpretation der Dienstbarkeit kaum beabsichtigt gewesen sein bzw. wäre dann eine gänzlich andere Formulierung gewählt worden (z.B. "Verbot der Einpflanzung sämtlicher hochstämmigen Bäume"). Folge man hingegen der beklaglichen Auffassung, dann verhindere die geltende Servitut aus gutem Grund das Einpflanzen von Bäumen aus dem nahegelegenen Wald. Denn hätte man das toleriert, hätten sich die Setzlinge auf den jeweiligen Grundstücken von selbst vermehrt und das gesamte Quartier wäre in kürzester Zeit verwaldet. Da das Quartier damals noch keine Bauzone gewesen sei, hätte man zudem davon ausgehen müssen, dass diese Verwaltung ungehindert hätte voranschreiten können (act. 57 S. 9). Im Weiteren verkenne die Vorinstanz, dass unter "Wald" im

alltagssprachlichen Sinne und im Sinne der meisten Fachsprachen ein Ausschnitt der Erdoberfläche, der von Bäumen definiert werde und eine gewisse, vom Deutungszusammenhang abhängige Mindestdeckung und Mindestgrösse überschreite, zu verstehen sei. Somit könne in einem Wald jede Baumart enthalten sein; jede Baumart könne in grösserer Anzahl und Bedeckung der Erdoberfläche einen Wald bilden (act. 57 S. 10). Schliesslich handle es sich beim in der Servitut erwähnten "Waldbaum" um einen vielseitig verwendeten und damit unklaren Begriff. Die Vorinstanz hätte daher nicht eine eigenmächtige Auslegung dieses Begriffs bzw. eine eigenmächtige Bestimmung des Zwecks der Servitut vornehmen dürfen, insbesondere nicht in der geschilderten extensiven Weise (act. 57 S. 10). 3.

E. 3

Die Vorinstanz gab im angefochtenen Entscheid die Behauptungslage im erstinstanzlichen Verfahren wieder (act. 61 S. 27 ff., 40 f.) und hielt fest, umstritten und zu klären seien der Sinn der Dienstbarkeit und die Frage, ob die streitgegenständlichen Bäume (zwei Tannen, eine Birke) von der Dienstbarkeit erfasst würden (act. 61 S. 30, 41). In der Folge legte sie die Dienstbarkeit gemäss Eintrag im Grundbuch aus (act. 61 S. 30 ff.). Sie kam zum Schluss, sowohl die Tannen (act. 61 S. 33 f.) als auch die Birke (act. 61 S. 42) seien vom Pflanzungsverbot erfasst. Nicht durchzudringen vermöchten die Beklagten mit ihrem Einwand, wonach die Bäume schon seit Jahrzehnten in wahrnehmbarer Weise unangefochten in ihrem Garten stünden und sie in guten Treuen hätten davon ausgehen können, dass sie nicht unter die Servitut fielen (vgl. act. 61 S. 34 ff.). Verwirkung oder Rechtsmissbrauch seien nicht zu sehen (act. 61 S. 39, 43).

E. 3.1

Für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer Dienstbarkeit ist der Grundbucheintrag massgebend, soweit sich Rechte und Pflichten daraus deutlich ergeben (Art. 748 Abs. 1 ZGB). Nur wenn sein Wortlaut unklar ist, darf im Rahmen des Eintrags auf den Erwerbsgrund zurückgegriffen werden. Ist auch der Erwerbsgrund nicht schlüssig, kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit – im Rahmen des Eintrags – aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB; BGE 137 III 145 E. 3.1; BGER 5A_873/2018 vom 19. März 2020 E. 2.1). 3.2.1 Nach der Stufenordnung von Art. 748 ZGB ist damit in erster Linie auf den Wortlaut des Grundbucheintrags abzustellen. Ergibt sich der Inhalt der Dienstbarkeit deutlich aus dem Wortlaut des Eintrags, ist dieser ausschliesslich massgebend (BGE 123 III 461 E. 2b).

- 14 - 3.2.2 Im Grundbuch ist unter dem Stichwort "Pflanzungsverbot" sowie der Definition der betroffenen (gleichzeitig berechtigten und belasteten) Grundstücke der vornehmere wiedergegebene Text eingetragen, wonach ein Pflanzungsverbot für "Waldbäume irgendwelcher Art" besteht (E. IV.1). Welche konkreten Bäume darunter fallen, lässt sich mangels Aufzählung nicht direkt ersehen. Allerdings ist der Begriff "Waldbaum" landläufig bekannt und – im Kern – Gegenstand gefestigter Vorstellungen. Entgegen der Ansicht der Beklagten, wonach der Begriff unklar sei und sich eine "eigenmächtige Auslegung" verbiete (vgl. act. 57 S. 10), hat die Vorinstanz daher zu Recht auf den Wortlaut des Grundbucheintrags abgestellt. Anders als beispielsweise bei einem im Zusammenhang mit Dienstbarkeiten häufig vorkommenden Ausdruck wie "Villa" bzw. "Villenstil" (vgl. ESCHMANN, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Zürich u.a. 2005, S. 28) erscheint die Tragweite des Eintrags hinreichend klar, so dass nicht andere

Auslegungshilfen wie der Erwerbsgrund oder die langfristige, unangefochtene Ausübung zu Rate gezogen werden müssen. Wie sich zeigen wird, wären diese Auslegungskriterien vorliegend ohnehin nicht ergiebig (E. V.3.3 und 3.4). Der Vorinstanz ist im Wesentlichen auch in ihrer konkreten Auslegung des Begriffs "Waldbäume" zu folgen. Nach allgemeinem Sprachgebrauch und Verständnis sind damit Nadel- oder Laubbäume zu verstehen, die typischerweise in Wäldern vorkommen. Abzugerechnet sind sie, wiederum gemäss allgemeinem Verständnis, vor allem von den regelmässig in der Landwirtschaft oder in privaten Gärten anzutreffenden Frucht-, insbesondere Obstbäumen. An dieser Unterscheidung orientierte sich im Grossen und Ganzen auch der Zürcher Gesetzgeber im Einführungsgesetz zum ZGB vom 2. April 1911, indem er im heute noch geltenden § 170 "Waldbäume" von "grosse[n] Zierbäumen, wie Pappeln, Kastanienbäumen und Platanen" und von "Nussbäumen" sowie "Feldobstbäumen" abgrenzte. Klar erscheint vor diesem Hintergrund, dass Fruchtbäume wie Apfel-, Birn-, Kirsch- oder Nussbäume nicht als Waldbäume gelten, wohl aber etwa Tannen, Lärchen, Föhren, Buchen, Eichen und Eschen (so die beispielhafte Aufzählung bei LINDENMANN, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, 4. A. 1988, S. 38), wie auch etwa Linden, Birken oder Zedern (vgl. ROOS, Pflanzen im Nachbarrecht, Zürich 2002, S. 152 f.). Wenn vorliegend die Dienstbarkeit sodann nicht einfach "Waldbäume" verbietet, sondern

- 15 - "Waldbäume irgendwelcher Art", erfasst sie im Weiteren namentlich auch Waldbaumarten, die in unseren Breiten eher selten anzutreffen sind. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz zu Recht darauf geschlossen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Bäumen – den zwei Tannen (gemäss den Beklagten Edel-Tannen bzw. Blautannen) und der Birke – um "Waldbäume" gemäss Dienstbarkeit handelt. Was die Birke betrifft, berufen sich die Beklagten für das Gegenteil zwar auf den Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Mai 1979, der es als fraglich bezeichnete, ob Birken unter die Dienstbarkeit fallen (act. 3/7 S. 6). Der Summarrichter erwog, Lindenmann (a.a.O.) zähle die Birken nicht zu den Waldbäumen, und sollte die Servitut die in der Gegend vorkommenden Waldbäume im Auge haben, umfasse sie Birken wohl nicht, da am Nordhang der Albiskette im Bereich des Dienstbarkeitsgebiets Birken wildwachsend kaum vorkämen. Der Dienstbarkeitsinhalt könne aber nur in einem Beweisverfahren eruiert werden, wie es im eingeleiteten Befehlsverfahren zur Handhabung klaren Rechts bei unstreitigen oder sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen gemäss § 222 ZPO/ZH nicht durchzuführen sei. Hierfür stehe das ordentliche Verfahren offen (§ 226 ZPO/ZH; act. 3/7 S. 6 f.). Für das vorliegende Verfahren kann aus diesen Erwägungen nichts abgeleitet werden: Die Aufzählung im Buch von Lindenmann ist beispielhaft und nicht abschliessend. Bereits in der älteren Rechtsprechung zur Zeit der Begründung der vorliegenden Dienstbarkeit (OGer ZH, ZR 30 [1931] Nr. 129 S. 258) sowie in der übrigen Literatur zum Nachbarrecht (insbesondere ROOS, a.a.O., S. 152 f.) wurden und werden Birken ausdrücklich zu den Waldbäumen gezählt. Die forstwirtschaftliche Literatur bestätigt im Übrigen die von der Vorinstanz zu Recht angenommene Notorietät, dass Birken eine "Waldbaumart" darstellen (vgl. z.B. die Publikation "Mitteleuropäische Waldbaumarten" der Professuren für Waldbau sowie für Forstschutz & Dendrologie der ETH Zürich, abrufbar unter <<<https://ethz.ch>>>). Zudem kommt es bei der vorliegend massgebenden Auslegung aufgrund des deutlichen Wortlauts des Grundbucheintrags nicht darauf an, ob man beim Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags möglicherweise (nur) die in der Gegend vorkommenden Waldbäume im Auge gehabt haben sollte (dazu unten E. V.3.3.3). Ein solch ein-

- 16 - schränkendes Verständnis hätte im Grundbucheintrag jedenfalls keinen Niederschlag gefunden. 3.2.3 Nach dem Ausgeführten lässt sich anhand des Wortlauts des Grundbucheintrags der Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit hinreichend bestimmen: Das Verbot, "Waldbäume irgendwelcher Art" zu pflanzen, umfasst die streitgegenständlichen Bäume (Tannen und Birke). 3.2.4 Der Vollständigkeit halber ist gleichwohl auf die weiteren Auslegungsstufen gemäss Art. 738 ZGB einzugehen, zumal Vorinstanz und Parteien sich damit auseinandersetzen. Es wird sich zeigen, dass weder ein Rückgriff auf den Erwerbsgrund noch auf die Art, in der die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangetastet ausgeübt worden ist, zu einem anderen Ergebnis führen würde. 3.3.1 Die Auslegung des Erwerbsgrunds, d.h. des Dienstbarkeitsvertrags, erfolgt in gleicher Weise wie die sonstigen Willenserklärungen. Massgebend ist in erster Linie der übereinstimmende Wille der Parteien. Kann eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht festgestellt werden, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Diese allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten vorbehaltlos unter den ursprünglichen Vertragsparteien, im Verhältnis zu Dritten dagegen nur mit einer Einschränkung, die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (Art. 973 ZGB) ergibt, zu dem auch der Dienstbarkeitsvertrag gehört. Bei dessen Auslegung können gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch das dingliche Recht erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind (BGE 130 III 404 E. 7.1; 139 III 404 E. 7.1). 3.3.2 Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, waren die Parteien persönlich am Vertrag zur Begründung der Dienstbarkeit im Jahr 1930 nicht beteiligt und sind sie auch nicht Universalsukzessoren beteiligter Personen, so dass der wirkliche Wille nicht entscheidend ist (act. 61 S. 30 f.). Ein solcher tatsächlicher Wille der ur-

- 17 - sprünglichen Vertragsparteien liesse sich im heutigen Zeitpunkt auch nicht mehr feststellen. Im Jahr 1979 konnte der Summarrichter noch mit Grund dafür halten, Klarheit wäre nur durch ein Beweisverfahren (im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens) zu erlangen, wobei es durchaus möglich sei, dass einzelne der damals (im Jahr 1930) Beteiligten noch am Leben seien und über den Kreis der Bäume, den man im Auge gehabt habe, Aufschluss geben könnten (act. 3/7 S. 5). Solche Beweise können heute nicht mehr erbracht werden und wurden denn auch nicht angeboten. 3.3.3.1 Der Erwerbsgrund wäre damit objektiv nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Vom im Grundbuchauszug als Beleg genannten "Originalvertrag mit Planskizze" liegt allerdings nur die (nicht streitige) Planskizze bei den Akten (act. 3/7). Der Originalvertrag scheint demgegenüber nicht vorhanden zu sein. So bliebe es auch unter dem Titel des Erwerbsgrunds beim blossen im Grundbuchauszug wiedergegebenen Dienstbarkeitstext. 3.3.3.2 Was den Zweck der Dienstbarkeit betrifft, ist entscheidend, was aus dem Dienstbarkeitsvertrag selber hervorgeht oder objektiv erkennbar ist. Fehlt es – wie vorliegend – an einer entsprechenden Aussagekraft des Vertrags, ist zur Bestimmung des Zwecks danach zu fragen, welche Interessen bei objektiver Betrachtung zur Zeit der Errichtung aufgrund der Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks vernünftigerweise von Bedeutung sein konnten (BGer 5A_873/2018 vom 19. März 2020 E. 3.6.1; BGE 138 III 650 E. 5.3). 3.3.3.3 Die Parteien führen unterschiedliche Ziele an, die mit der Dienstbarkeit verfolgt worden sein sollen. Die Kläger halten dafür, es sei naheliegend, dass die Dienstbarkeit im Zuge der Parzellierung des Gebiets "F. _____" zu Bauland begründet worden sei, um die Besonnung der

Bauparzellen sicherzustellen (act. 2 S. 3; act. 21 S. 4). Nach den Beklagten ergebe sich demgegenüber aus dem Umstand, dass im Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit das F.____-Quartier noch gar kein Bauland gewesen sei, dass nicht die Besonnung ausschlaggebend gewesen sein könne (act. 13 Rz. 27). Vielmehr sei es den servitutsbegründenden Parteien darum gegangen zu verhindern, dass Bäume aus den umliegenden Wäldern auf den belasteten Grundstücken eingepflanzt würden (act. 13 Rz. 28;

- 18 - act. 25 Rz. 21; s.a. act. 57 Rz. 19). Die Beklagten berufen sich hierfür auf den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen, der in seiner Entscheid vom 28. Mai 1979 erwog, man habe möglicherweise die in der Region Uetliberg/Albis üblichen Waldbäume verbieten wollen (act. 3/7 S. 5). 3.3.3.4 All diese geschilderten möglichen Zwecke und Interessenlagen im Zeitpunkt der Begründung der Dienstbarkeit beruhen auf blossen Mutmassungen. Es handelt sich um Hypothesen, denen weitere hinzugefügt werden könnten. Sie gehen nicht aus dem Dienstbarkeitsvertrag selbst hervor und sind auch nicht aufgrund der örtlichen Gegebenheiten objektiv erkennbar. Eine Auslegung im historischen Kontext und ein Abstellen auf mögliche Interessen zur Zeit der Errichtung bliebe damit – über 90 Jahre nach Begründung der Dienstbarkeit – reine Spekulation. 3.4.1 Die Beklagten halten dafür, die Vorinstanz hätte gemäss der dritten Auslegungsstufe im Sinne von Art. 738 Abs. 2 ZGB auf die Art abstellen müssen, in der die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten ausgeübt worden sei (act. 57 S. 10 ff.). Gestützt auf die im Wesentlichen gleichen Gründe machen die Beklagten sodann Rechtsmissbrauch in Form verzögerter Rechtsausübung bzw. eine Verwirkung des Beseitigungsanspruchs geltend (act. 57 S. 12 ff.). Sie führen aus, die beiden Tannen stünden seit mindestens 44 Jahren und die Birke stehe seit 40 Jahren erkennbar auf ihrem Grundstück. Sie hätten in guten Treuen davon ausgehen können, dass diese Bäume nicht unter die Dienstbarkeit fielen (act. 13 Rz. 41, 45; act. 57 S. 10 f., 12). Dies gelte insbesondere aufgrund der – bereits mehrfach erwähnten – Erwägungen des Summarrichters in seiner Entscheid vom 28. Mai 1979, der dazu tendiert habe, die Servitut dahingehend auszulegen, dass darunter nur Waldbäume aus der Region Uetliberg/Albis fielen, und die Birken nicht als Waldbaum im Sinne der Dienstbarkeit qualifiziert habe. Gestützt auf dieses obiter dictum hätten sie in guten Treuen davon ausgehen können, dass die Birke und die beiden aus Nordamerika stammenden Blautannen nicht unter die Servitut fielen, zumal der Rechtsvorgänger der Kläger im Jahr 1979 die damals geforderte Beseitigung der Birke nicht weiterverfolgt und die Beseitigung der ungefähr gleichaltrigen Blautannen, die unbestrittenermassen bereits eine Höhe von

- 19 - mindestens fünf Metern aufgewiesen hätten, nicht einmal verlangt habe (act. 57 S. 11 f.). Die Vorinstanz folge sodann zu Unrecht der Argumentation der Kläger, wonach sie keinen Anlass gehabt hätten, die Entfernung der Bäume zu einem früheren Zeitpunkt zu verlangen, da ihr Haus von 2011 bis 2018 leer gestanden respektive renoviert worden sei. Es könne doch nicht sein, dass sich ein Nachbar mit einer solchen Begründung dem Rechtsmissbrauchsverbot entziehen könne. Da im Rahmen der umfassenden Renovation und energetischen Sanierung ein nachhaltiges Energiekonzept umgesetzt worden sei, das unter anderem die Montage von Solarkollektoren auf der dem beklaglichen Grundstück zugewandten Dachhälfte bedingt habe, hätte der behauptete Schattenwurf sinnvollerweise vor der Baueingabe gerügt werden müssen, weil die Bäume der erfolgreichen Realisation eines Teils des Bauvorhabens buchstäblich im Wege gestanden hätten (act. 57 S. 13 f.). Im

Übrigen hätte die Vorinstanz auch bei ihrer offensichtlich un- zulässigen Berücksichtigung der siebenjährigen Leerstands- bzw. Renovations- zeit zum Schluss kommen müssen, dass die Blautannen mindestens 37 Jahre und die Birke mindestens 33 Jahre unbeanstandet geblieben seien, womit die Verwirkungsfrist von 30 Jahren überschritten sei (act. 57 S. 13).

3.4.2 Festzuhalten ist, dass sich vorliegend bereits aus dem Wortlaut des Grund- bucheintrags Inhalt und Umfang der Dienstbarkeit hinreichend deutlich ergeben (vorne E. V.3.2.3). In diesem Rahmen besteht die Dienstbarkeit, solange sie im Grundbuch eingetragen ist. Es kommt nicht darauf an, ob sie in früheren Zeiten nicht in vollem Umfang wahrgenommen bzw. durchgesetzt wurde (vgl. BGer 5D_103/2016 vom 15. März 2017 E. 4.4). Die Art der Ausübung während längerer Zeit, auf die sich die Beklagten berufen, kann zwar ein Beleg dafür sein, dass die Dienstbarkeit nicht einen enger begrenzten Inhalt und einen geringeren Umfang hat. Dagegen kann die Dienstbarkeit sehr wohl einen umfassenderen Umfang ha- ben (BGer 5C.199/2002 vom 17. Dezember 2002 E. 3.2; BSK ZGB II- PETITPIERRE, Art. 738 N 8a; ZK ZPO-LIVER, Art. 738 N 117). Entsprechend lässt sich aus der langfristigen, unangefochtenen Ausübung im Sinne von Art. 738 Abs. 2 ZGB für den vorliegenden Fall entgegen der Ansicht der Beklagten nichts ableiten.

- 20 - Auch eine Verwirkung kann im Weiteren nicht angenommen werden: Die Tatsa- che, dass eine Dienstbarkeit während längerer Zeit nicht geltend gemacht wird, führt als solche nicht zum (vollständigen oder teilweisen) Untergang der Dienst- barkeit. Die Nichtausübung eines Rechts während längerer Zeit kann nur dann als Verzichtserklärung aufgefasst werden, wenn die Umstände unzweideutig auf die- se Absicht hinweisen und eine andere Auslegung als ausgeschossen oder zu- mindest als höchst unwahrscheinlich anzusehen ist (BGer 5A_873/2018 vom 19. März 2020 E. 5.7 m.H.). So hat die Rechtsprechung einen (auch nur teilwei- sen) Verzicht auf die Dienstbarkeit in Fällen verneint, in denen der Eigentümer ei- nes berechtigten Grundstücks unter anderem gegen Bäume und Sträucher nicht opponiert (BGer 5A_361/2017 vom 1. März 2018 E. 3.5) oder während Jahrzehn- ten den Rückschnitt von Bäumen und Sträuchern, die eine Pflanzungsbeschrän- kung verletztten, nicht verlangt hatte (BGer 5A_898/2015 vom 11. Juli 1016 E. 3.2). Der vorliegende Fall ist ähnlich gelagert. Das Verhalten der Kläger bzw. ihrer Rechtsvorgänger erschöpft sich im blossen Dulden eines dienstbarkeitswid- rigen Zustands. Auch wenn sich dieses Dulden über mehrere Jahrzehnte er- streckt hatte, wurde damit kein eindeutiger Verzichtswille zum Ausdruck gebracht. Eine Verwirkungsfrist von dreissig Jahren, wie sie von den Beklagten behauptet wird, existiert nicht. Im Übrigen hält auch Roos, der im Zusammenhang mit einer allfälligen Verwirkung des Beseitigungsanspruchs die gesetzliche Fristbestim- mung der Extratabularersatzung von dreissig Jahren als Richtlinie sieht und auf zwei Entscheide des Obergerichts des Kantons Aargau verweist, fest, dass ein Dulden während dieser Zeit nicht zwingend zum Rechtsverlust führt (ROOS, a.a.O., S. 63). Das Verhalten der Kläger, d.h. deren Zuwarten mit der Geltendmachung des Be- seitigungsanspruchs, ist im Übrigen auch nicht rechtsmissbräuchlich. Zum einen können allgemein von Bäumen ausgehende Einwirkungen naturgemäss von Jahr zu Jahr zunehmen und erst nach und nach als störend empfunden werden. Zum andern kann sich die Gewichtung von Interessen im Laufe der Zeit verschieben. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass die Kläger mit dem persönlichen Bedürfnis nach Sonnenlicht sowie der Nutzung

- 21 - von auf dem Dach angebrachten Solarzellen praktische Gründe angeführt hatten, die nachvollziehbar erscheinen (act. 61 S. 37 f.). Sodann sind die von den Beklagten ins Feld

geführten Erwägungen des Einzelrichters im summarischen Verfahren vom 28. Mai 1979 nicht geeignet, hieran etwas zu ändern. Der Entscheid erging im Befehlsverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort beweisbaren, tatsächlichen Verhältnissen gemäss § 222 Ziffer 2 ZPO/ZH. Der Einzelrichter erachtete die erforderliche Liquidität hinsichtlich der Birken als nicht gegeben, trat auf das Rechtsbegehren nicht ein und verwies den Kläger auf das ordentliche Verfahren (§ 226 ZPO/ZH; act. 3/7 S. 6 f.). Er stützte sich auf die Auffassung, dass Klarheit über den genauen Sinn und Umfang der Dienstbarkeit sich nur durch ein Beweisverfahren erlangen lasse, welches den Rahmen des summarischen Verfahrens sprengt (vgl. act. 3/7 S. 5; s.a. vorne E. V.3.3.2). Mehr als diese Ansicht des Summarrichters, wonach die Verhältnisse illiquid im Sinne von § 226 ZPO/ZH gewesen seien, lässt sich daraus nicht ableiten, namentlich auch nicht eine unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben geschützte Gewissheit, dass Birken nicht unter die Dienstbarkeit fallen. Dies gilt, obwohl der damalige Kläger den ordentlichen Prozessweg in der Folge wegen dieses einen Baumes nicht beschritten hat. Im Weiteren hat nach dem Ausgeführten auch der Umstand, dass im Jahr 1979 die Entfernung der (damals noch wesentlich kleineren) Blautannen nicht verlangt wurde, keine Verwirkung des Entfernungsanspruchs zur Folge. Eine unzweideutig zum Ausdruck gebrachte Absicht, auf die Dienstbarkeit bzw. deren Geltendmachung zu verzichten, ist darin nicht zu sehen. 4.

E. 4

Die Beklagten machen mit ihrer Berufung im Wesentlichen geltend, es fehle den Klägern an einem Rechtsschutzinteresse an der Entfernung der Bäume (act. 57 S. 4 ff.), die Bäume fielen nicht unter die Dienstbarkeit (act. 57 S. 7 ff.) und die Berufung auf die Dienstbarkeit sei wegen verzögerter Rechtsausübung

- 10 - verwirkt bzw. rechtsmissbräuchlich (act. 57 S. 12 f.). Im Weiteren rügen sie, die von der Vorinstanz vorgenommene Anordnung einer Vollstreckungsmassnahme sei unzulässig (act. 57 S. 13 f.), die festgesetzte Entscheidegebühr sei zu hoch (act. 57 S. 14), die Gerichtskostenverteilung sei nicht korrekt (act. 57 S. 14 f.) und es sei ihnen zu Unrecht keine Parteientschädigung zugesprochen worden (act. 57 S. 15 f.).

E. 4.1

Wie vorne (E. V.1) ausgeführt, machen die Beklagten geltend, den Klägern fehle es an einem Rechtsschutzinteresse. So seien die Blautannen 20 bzw. 23 Meter von der Grundstücksgrenze entfernt, die Birke 15 Meter. Anlässlich des Augenscheins am 17. Dezember 2020 zwischen 8.45 und 10.30 Uhr sei keine Beschattung des klägerischen Grundstücks festgestellt worden. Wenn die Vorinstanz trotzdem ohne Weiteres erwogen habe, dass es nur an der Uhrzeit bzw. am Sonnenstand gelegen habe, dass von den beiden Blautannen anlässlich

- 22 - des Augenscheins kein Schattenwurf festgestellt werden können, sei dies haltlos (act. 57 S. 5 f.). Auch den von der Vorinstanz berücksichtigten Fotos gemäss act. 22/7 lasse sich nicht entnehmen, dass der dort ersichtliche Schattenwurf von diesen Bäumen ausgehe; vielmehr stamme dieser vom eigenen Zwetschgenbaum der Kläger (act. 57 S. 6). Die Kläger hätten zudem behauptet, die Bäume würden am Morgen die Sonne verdecken und die Lichteinwirkung beeinträchtigen, nicht aber, dass sie Schatten auf ihr Grundstück werfen würden, so dass die Vorinstanz gegen Art. 55 Abs. 1 ZPO und gegen das Willkürverbot verstossen habe (act. 57 S. 6). Das einzige, was die Fotos belegten, sei, dass

aufgrund der Exposition des beklaglichen Grundstücks die Sonne in Richtung der beiden Blautannen aufgehe und am Morgen knappe dreissig Minuten durch diese hindurchscheine (act. 57 S. 6). Im Übrigen habe anlässlich des Augenscheins kein durch die beklaglichen Bäume verursachter Lichtentzug festgestellt werden können, zumal durch alle Bäume – aufgrund deren jeweils sehr lichten Wuchses – viel Licht dringe. Insbesondere die Birke verliere während des Winterhalbjahrs ihr Laub, womit sie die Einstrahlung von Sonnenlicht auf das klägerische Grundstück in keiner Weise beeinträchtige (act. 57 S. 7).

E. 4.2

Es kann offen gelassen werden, ob die Kläger einen Schattenwurf rechtsgenügend behauptet haben und sich ein solcher anhand der Fotos beweisen lässt. Aus den Fotos ersichtlich ist jedenfalls, dass die Sonne aus Sicht der Liegenschaft der Kläger morgens während einer gewissen Zeit hinter den Bäumen steht und durch diese hindurchscheint. Dies wird von den Beklagten selbst so beschrieben, wobei sie allerdings der Auffassung sind, es dringe viel Licht durch die Bäume, so dass von nennenswerten Immissionen auf das klägerische Grundstück nicht gesprochen werden könne (vgl. act. 57 S. 7). Zu beachten ist, dass die Kläger nichts anderes tun, als von den Beklagten zu verlangen, ihrer Pflicht aus dem Pflanzungsverbot gemäss Dienstbarkeit nachzukommen, und dass für die Bejahung eines schützenswerten Interesses der dienstbarkeitsberechtigten Kläger auch eine eher geringfügige Beeinträchtigung genügt (vgl. BGer 5A_221/2017 vom 22. Januar 2018 E. 2). Ein solches Interesse kann beispielsweise im Bedürfnis nach Licht, Sonnenschein, Aussicht oder Wei-

- 23 - tegefühl liegen. Wenn die Kläger vorliegend durch die Entfernung der Bäume eine Verbesserung der Besonnung erwarten (act. 2 S. 2 f.), ist darin ein nachvollziehbares Motiv und ein hinreichendes persönliches und aktuelles Interesse zu sehen. Die Beklagten bestreiten damit zu Unrecht ein Rechtsschutzinteresse der Kläger. Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: Zur Begründung des Beseitigungsanspruchs aufgrund der Servitut bedarf es keiner übermässigen Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB. Während es bei der "Ausübung [des] Eigentums" nach Art. 684 Abs. 1 ZGB um die Wahrnehmung der aus dem Grundeigentum fliessenden Nutzungsbefugnisse geht (BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 684 N 3), sind die Eigentümer der vom Pflanzungsverbot betroffenen (dienstbarkeitsbelasteten) Grundstücke in der konkreten Nutzung (Pflanzung von Waldbäumen irgendwelcher Art) eingeschränkt. Mit anderen Worten müssen für die berechnete Berufung auf die Dienstbarkeit die negativen Immissionen nicht derart schwer wiegen, dass sich auch ein Beseitigungsanspruch nach Art. 684 ZGB bejahen liesse. Es bedarf auch keiner umfassenden Abwägung der gegenläufigen Grundeigentümerinteressen (vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 684 N 10). So könnte im Rahmen von Art. 684 ZGB beispielsweise durchaus dem Interesse an Besonnung das – an Aktualität gewinnende – Interesse an einem angenehmen Wohn- bzw. Siedlungsklima und einer Reduktion der Wärmebelastung durch schattenspendende Bäume gegenübergestellt werden. Eine solche Interessenabwägung entfällt vorliegend. Zu Recht wurden Gegeninteressen der Beklagten denn auch nicht angeführt.

E. 5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die streitgegenständlichen Bäume (Tannen und Birke) vom Pflanzungsverbot gemäss der Dienstbarkeit erfasst sind und die Beklagten mit ihren Einwänden betreffend Verwirkung, Rechtsmissbrauch und Rechtsschutzinteresse

nicht durchzudringen vermögen. Der Entscheid der Vorinstanz, wonach die Beklagten verpflichtet werden, die drei Bäume zu entfernen (Dispositiv-Ziffer 1 erster Halbsatz des Urteils), ist zu bestätigen.

E. 6

- 24 -

E. 6.1

Die Vorinstanz verband die Verpflichtung zur Entfernung der Bäume mit der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB (Dispositiv-Ziffer 2 zweiter Halbsatz des Urteils). Die Beklagten rügen, dies sei ohne klägerischen Antrag geschehen, was gegen die Dispositionsmaxime verstosse. Zudem seien sie nicht angehört und sei die Massnahme nicht begründet worden, was den Anspruch auf rechtliches Gehör verletze (act. 57 S. 13 f.).

E. 6.2

Nach Art. 219 i.V.m. Art. 236 Abs. 3 ZPO ordnet das Gericht auf Antrag der obsiegenden Partei Vollstreckungsmassnahmen an (vgl. Art. 343 Abs. 1 ZPO). Ob auch die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB nur auf Antrag ins Dispositiv aufgenommen werden darf, ist in der Lehre umstritten (bejahend DIKE-Komm. ZPO-KRIECH, Art. 236 N 13; ZK ZPO-STAEHELIN, Art 236 N 26; verneinend BSK ZPO-STECK/BRUNNER, Art. 236 N 43). Allerdings hat das Bundesgericht seine konstante Rechtsprechung, wonach die Androhung der Strafe gemäss Art. 292 StGB als Vollstreckungsmassnahme von Amtes wegen angeordnet werden kann (BGE 98 II 138 E. 4; 97 II 234 E. 2), auch unter der Geltung der Eidgenössischen Zivilprozessordnung bestätigt (BGer 5A_522/2017 vom 22. Juli 2017 E. 4.7.3.2 a.E.). Soweit im Übrigen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen sollte, wäre sie als geheilt zu betrachten, da sich die Beklagten im zweitinstanzlichen Verfahren äussern konnten und die Kammer mit voller Kognition entscheidet.

E. 6.3

Nach dem Ausgeführten hat die Vorinstanz die Verpflichtung zur Entfernung der Bäume zulässigerweise mit der Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB verbunden.

E. 7.1

Die Beklagten rügen, die Vorinstanz habe die Entscheidgebühr zu Unrecht (auf Fr. 7'500.–) verdoppelt. Ein Ausnahmefall im Sinne von § 4 Abs. 2 GebV OG liege offensichtlich nicht vor. Es seien nur wenige Urkunden eingereicht worden (act. 3, 13 und 22), es habe nur ein Augenschein am 17. Dezember 2020 von 8.45 bis 9.55 Uhr stattgefunden (Prot. S. 12 ff.) und die Vergleichsverhandlung im Anschluss an den Augenschein habe lediglich eine Stunde gedauert (Prot. S. 36). Auf die Durchführung einer Hauptverhandlung hätten die Parteien verzichtet, das

- 25 - Protokollergänzungsgesuch der Kläger (act. 38) habe ohne grossen Aufwand abgewiesen werden können (act. 41) und der Begründungsumfang des vorinstanzlichen Entscheids sei durchschnittlich. Die Entscheidgebühr sei auf die einfache Gebühr von Fr. 3'750.– zu reduzieren (act. 57 S. 14).

E. 7.2

Nach § 4 Abs. 1 GebV OG beträgt die Grundgebühr bei einem Streitwert von Fr. 27'500.– rund Fr. 3'750.–. Die Grundgebühr kann unter Berücksichtigung des Zeitaufwands des

Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Vorliegend wurden – neben einem zweifachen gerichtlichen Nachfragen bei den Klägern betreffend Rechtsbegehren und Streitwert (act. 4 ff.) – ein doppelter Schriftenwechsel mit überschaubaren Rechtsschriften (act. 2; act. 5; act. 10; act. 19; act. 25), ein Beweisverfahren mit Beweisverfügung (act. 34) und Augenschein (Prot. S. 12 ff., 17. Dezember 2020, 8.45-9.55 Uhr) sowie eine Vergleichsverhandlung (Prot. S. 36, 17. Dezember 2020, 10.35-9.55 Uhr) durchgeführt. Im Weiteren musste ein Protokollergänzungsbegehren behandelt (act. 38; act. 41) und ein Schlussvortrag eingeholt werden (act. 49; act. 51). Im Urteil musste sich die Vorinstanz über knapp 50 Seiten hinweg mit verschiedenen prozessualen und nachbarrechtlichen Fragestellungen befassen (act. 61). Vor diesem Hintergrund handelt es sich um einen überdurchschnittlich aufwändigen und mit Schwierigkeiten behafteten Fall, der eine Erhöhung der Grundgebühr um einen Drittel rechtfertigt. Ein Ausnahmefall, für den eine Erhöhung bis auf das Doppelte vorgesehen ist, liegt demgegenüber nicht vor.

E. 7.3

In teilweiser Gutheissung der Berufung ist die erstinstanzliche Entscheidungsgebühr auf Fr. 5'000.– festzusetzen.

E. 7.7

% MWST) zu bezahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 75, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. 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).

- 31 - Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'065.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. et phil. D. Glur lic. iur. D. Tolic Hamming versandt am:

E. 8.1

Die Beklagten monieren die Gerichtskostenverteilung (act. 57 S. 14). Sie führen aus, nach (der beantragten) Gutheissung der vorliegenden Berufung unterlägen sie nur bezüglich des klägerischen Rechtsbegehrens 1 (Entfernung der Rot-

- 26 - tanne). Die Fällung und Entsorgung der Rottanne habe rund CHF 2'000.– gekostet, weshalb der Streitwert dieses Rechtsbegehrens auf diese Summe festzusetzen sei (act. 57 S. 14 unter Verweis auf act. 58/2 [Rechnung vom 30. März 2020]). Da diese Summe rund 1/14 des Streitwerts von Fr. 27'500.– ausmache, seien die vorinstanzlichen Gerichtskosten zu 1/14 den Beklagten und zu 13/14 den Klägern aufzuerlegen und vollumfänglich aus dem klägerischen Kostenvorschuss zu beziehen (act. 57 S. 15). Nebenbei sei noch bemerkt, dass die Vorinstanz ihre Kosten aufgrund ihres Aufwands für die Begründung der

einzelnen klägerischen Rechtsbegehren auferlegt habe. Dies sei unzulässig, da hierfür alleine das Unterliegen und Obsiegen der Parteien massgebend sei. Abgesehen davon habe die Vorinstanz mit der Begründung ihres Nichteintretensentscheids bezüglich der klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 2, 3 und 7 nicht einen viel geringeren Aufwand als mit der Gutheissung der klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 4, 6 und 8 gehabt. Zur Begründung des Nichteintretensentscheids habe die Vorinstanz insbesondere mehrseitige Erwägungen zur "res-iudicata-Wirkung" des Summarrichterentscheids vom 28. Mai 1979 vorgenommen (act. 57 S. 15).

E. 8.2

Die Beklagten berufen sich für ihren Standpunkt, wonach hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 von einem Streitwert von Fr. 2'000.– auszugehen sei, auf eine Rechnung vom 30. März 2020, ohne darzutun, dass und aus welchem Grund es sich um ein zulässiges Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handeln soll. Hierauf ist nicht weiter einzugehen. Im Weiteren setzen sich die Beklagten mit den konkreten, zu jedem Rechtsbegehren spezifisch erfolgten Ausführungen der Vorinstanz zur Kostenverteilung (act. 61 S. 12 f., 19 f., 23, 26, 39, 43) nicht auseinander. Die "nebenbei" erfolgte pauschale Kritik am Vorgehen der Vorinstanz genügt den Anforderungen nicht. Die Beklagten hätten sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils auseinandersetzen und aufzeigen müssen, zu welchen abweichenden Ergebnissen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung führen würde. Dies haben sie nicht getan.

E. 8.3

Die vorinstanzliche Kostenverteilung – $\frac{3}{4}$ zu Lasten der Beklagten und $\frac{1}{4}$ zu Lasten der Kläger – ist zu bestätigen.

- 27 -

E. 9.1

Die Beklagten rügen endlich, die Vorinstanz habe ihnen keine Parteientschädigung zuerkannt, obwohl sie berufsmässig vertreten seien und nach dem vorinstanzlichen Urteil bereits zu einem Viertel obsiegt hätten. Als Begründung führe die Vorinstanz an, dass die Kläger keine berufsmässige Vertretung beigezogen hätten, in der Schweiz kein Anwaltszwang bestehe und das vereinfachte Verfahren laientauglich sein solle. Den Klägern dürfe daher gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO bei den Entschädigungsfolgen nicht zum Nachteil gereichen, dass sie auf eine anwaltliche Vertretung verzichtet und den Prozess selbst geführt hätten. Diese Begründung, so die Beklagten, verstosse gegen Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO sowie das Billigkeitsgebot von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO, bestrafe sie die Vorinstanz doch damit dafür, dass sie sich anwaltlich hätten vertreten lassen. So wie in der Schweiz kein Anwaltszwang bestehe, stehe es auch jeder Partei frei, sich berufsmässig vertreten zu lassen. Dies gelte auch im vereinfachten Verfahren. Verliere eine nicht anwaltlich vertretene Partei gegen eine solche mit einer berufsmässigen Vertretung, habe sie die entsprechenden Konsequenzen zu tragen. Dies gelte insbesondere im vorliegenden Verfahren, in welchem die nicht anwaltlich vertretenen Kläger die Beklagten mit unbestimmten Rechtsbegehren konfrontiert hätten, weshalb bereits dieser Umstand für den Bezug einer Anwältin gesprochen habe. Es könne nicht sein, dass die Vorinstanz die unbestimmten klägerischen Rechtsbegehren so umschreibe, dass sie bestimmt und vollstreckbar würden und gleichzeitig die Beklagten bestrafe, dass sie sich anwaltlich haben vertreten lassen. Ein derart unausgewogenes Verhalten verstosse nicht nur gegen Art. 106

Abs. 1 und 2 ZPO und Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO, sondern auch gegen das Willkürverbot von Art. 9 BV. Den Beklagten stehe daher für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu, und zwar von Fr. 4'390.– (13/14 der einfachen Grundgebühr von Fr. 4'725.– gemäss § 4 Abs. 2 AnwGebV) zuzüglich 7.7 % MWST. Dies ergebe eine von den Klägern an die Beklagten zu zahlende Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'730.– (act. 57 S. 15 f.).

- 28 -

E. 9.2

Den Beklagten kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, d.h. die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Vorliegend haben die Kläger im erstinstanzlichen Verfahren zu drei Vierteln obsiegt. Die Kläger haben damit die Prozesskosten zu einem Viertel zu tragen, die Beklagten zu drei Vierteln. Mit Bezug auf die Parteientschädigung bedeutet dies grundsätzlich, dass die Beklagten den Klägern eine reduzierte Parteientschädigung von zwei Vierteln zu bezahlen hätten. Die Vorinstanz hat allerdings davon abgesehen, den Klägern eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen, da sie keinen Fall von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO als gegeben erachtete. Dies bedeutet freilich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht, dass nun umkehrt die mehrheitlich obsiegenden Kläger ihnen, d.h. den mehrheitlich unterliegenden Beklagten, eine Parteientschädigung zu leisten hätten. Der Umstand, dass die Kläger vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertreten waren, ändert nichts daran, dass die Quoten miteinander verrechnet werden (vgl. KuKo ZPO-Schmid / Jent, Art. 106 N 4 sowie SJZ 77/1981 S. 342; ZR 72/1973 Nr. 18 und KassG AA080108 vom 28. Mai 2009).

E. 9.3

Der vorinstanzliche Entscheid, wonach den Parteien keine Parteientschädigung zuzusprechen ist, ist nicht zu beanstanden.

E. 10

Nach dem Ausgeführten ist die Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils der Vorinstanz abzuweisen. In teilweiser Gutheissung der Berufung ist die Entscheidgebühr gemäss Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils auf Fr. 5'000.00 herabzusetzen. Dies führt zudem zu einer Anpassung von Dispositiv-Ziffer 3 mit Bezug auf die Liquidation der Prozesskosten: Die Prozesskosten sind im Umfang von Fr. 3'750.00 aus dem klägerischen Vorschuss zu beziehen und im Umfang von Fr. 1'250.00 von den Beklagten nachzufordern (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Den Klägern ist im Umfang von Fr. 2'500.00 ein Rückgriffsrecht gegenüber den Beklagten zu gewähren (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Gemäss den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz haben die Beklagten den Klägern zudem Fr. 187.50 ($\frac{3}{4}$ der Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 250.00) zu

- 29 - bezahlen (act. 61 S. 44), was zu einem Rückgriffsrecht über insgesamt Fr. 2'687.50 führt. Im Übrigen ist das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen. VI. 1. Die Beklagten unterliegen praktisch vollumfänglich; sie obsiegen einzig teilweise hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr. Es rechtfertigt sich, Letzteres im Rahmen der Bemessung der Entscheidgebühr zu berücksichtigen und den Beklagten die gesamten

Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beklagten sind zudem zu verpflichten, den (im Berufungsverfahren anwaltlich vertretenen Klägern) eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. 2. Im Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der für die Bemessung der Gebühr massgebliche Streitwert danach, worüber das Obergericht noch zu entscheiden hat (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Vorliegend ist von einem (für die Höhe der Prozesskosten massgebenden) Streitwert von insgesamt Fr. 21'065.– auszugehen (Berufungsanträge Ziffern 1 und 2: Fr. 11'000.– [vgl. act. 57 Rz. 4 f.]; Berufungsanträge Ziffern 3 und 4: $\frac{3}{4}$ x Fr. 7'500.– [Kostenauflegung gemäss Vorinstanz] abzüglich Fr. 290.– [beantragte Kostenauflegung]; Berufungsantrag Ziffer 5: Fr. 4'730.–). Entsprechend ist die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG (sowie unter Berücksichtigung des teilweisen Obsiegens der Beklagten hinsichtlich Berufungsantrag Ziffer 3) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Beklagten haben den Klägern eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (zuzüglich MWST) zu bezahlen (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Berufungskläger werden die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 15. Dezember 2021 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'000.00.

- 30 - 3. Die Gerichtskosten werden zu $\frac{3}{4}$ den Beklagten und zu $\frac{1}{4}$ den Klägern auferlegt. Die Gerichtskosten werden im Umfang von Fr. 3'750.00 aus dem klägerischen Vorschuss bezogen und im Umfang von Fr. 1'250.00 von den Beklagten nachgefordert. Den Klägern wird im Betrag von Fr. 2'687.50 ein Rückgriffsrecht gegenüber den Beklagten eingeräumt, unter solidarischer Haftung der Beklagten." Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 15. Dezember 2021 bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und den Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt. Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von den Berufungsklägern geleistete Vorschuss von Fr. 1'900.– herangezogen; im Mehrbetrag stellt die Kasse Rechnung. 3. Die Berufungskläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (zuzüglich

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