

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110069-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Beschluss und Urteil vom 20. März 2012

in Sachen

Stockwerkeigentümergeinschaft Kat-Nr. 1,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch A. _____ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Dienstbarkeit**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. September 2011; Proz. CG090056-G

Rechtsbegehren:

Kläger (act. 51 S. 2):

- "1. Das Grundbuchamt E._____ sei richterlich anzuweisen, die am 4. Juni 2002 gelöschte Pflanzbeschränkung ... Nr. 2, vom 14. Dezember 1998, im Grundbuch mit folgendem Wortlaut wieder einzutragen, wie wenn sie nie gelöscht worden wäre (Wirkung ex tunc):

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen. Abgehende Bäume oder Sträucher hat der jeweilige Eigentümer des Grundstückes B auf seine Kosten durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen, die mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhenkote von 540.20 m.ü.M. gepflanzt werden müssen."

2. Eventualiter sei das Grundbuchamt E._____ richterlich anzuweisen, die am 4. Juni 2002 gelöschte Pflanzbeschränkung ... Nr. 2, vom 14. Dezember 1998, im Grundbuch mit folgendem ergänzendem Wortlaut einzutragen (Eventualbegehren):

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen. Abgehende Bäume oder Sträucher hat der jeweilige Eigentümer des Grundstückes B auf seine Kosten durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen, die mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhenkote von 540.20 m.ü.M. gepflanzt werden müssen. Bei natürlichen Abgängen müssen die neuen Pflanzen erst 5 Jahre nach Abgang der alten Pflanzen den gleichen Wuchs wie die zu ersetzenden Pflanzen aufweisen und dann die im Plan vorgeschriebene Minimalhöhe erreicht haben."

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten zuzüglich Mehrwertsteuer."

Beklagte (act. 59 S. 2):

- "1. Die Klage mit dem Rechtsbegehren 1 und dem Eventualbegehren 2 in der Replik sei vollumfänglich abzuweisen,
2. Eventualiter, sei das Grundbuch anzuweisen, folgende Dienstbarkeit einzutragen:

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstückes die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher bzw. die ähnlichen Ersatzpflanzen mindestens in der Höhe, wie sie am 14. Dezember 1998 bestanden haben, stehen zu lassen. Die Pflanzen dürfen die Höhenkote von 540.20 m.ü.M. an keiner Stelle überschreiten. - Die Kosten des Unterhalts, der Pflege, des Rückschnitts sowie die Kosten für alle Ersatzpflanzungen sind vom Berechtigten zu tragen."

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger (zuzüglich MwSt).

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. September 2011 (act. 67 und 74):

1. In Gutheissung der Klage wird das Grundbuchamt E._____ angewiesen, die am 4. Juni 2002 gelöschte Pflanzbeschränkung ... Nr. 2, vom 14. Dezember 1998, im Grundbuch – unter dem ursprünglichen Datum im ursprünglichen Rang – mit folgendem Wortlaut wieder einzutragen:

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstückes die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen. Abgehende Bäume oder Sträucher hat der jeweilige Eigentümer des Grundstückes B auf seine Kosten durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen, die mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhenkote von 540.20 m.ü.M. gepflanzt werden müssen."

2. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf CHF 35'750.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die im Verfahren vor der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (ES090048, Verfügung vom 6. Juli 2009) von den Klägern bezogenen Gerichtskosten und Kosten des Grundbuchamtes F._____ von insgesamt CHF 3'600.– werden der Beklagten auferlegt. Den

Klägern wird im Umfang von CHF 3'600.– (solidarisch) der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Prozessentschädigung von CHF 48'530.– (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6%) zu bezahlen.

6./7. Mitteilungen, Rechtsmittel

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 71):

1. In Abänderung von Ziffer 1 des angefochtenen Urteils sei die Dienstbarkeit mit folgendem Wortlaut einzutragen:

"Pflanzbeschränkung"

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstückes die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen. Abgehende Bäume und Sträucher hat der jeweilige Eigentümer des Grundstückes B auf Kosten des jeweiligen Eigentümers des berechtigten Grundstückes durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen, die mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhenkote von 540.20 m.ü.M. gepflanzt werden müssen."

2. Eventuell sei die Dienstbarkeit mit folgendem Wortlaut einzutragen:

"Pflanzbeschränkung"

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstückes die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen."

3. Die Prozesskosten (Gerichtsgebühr und Parteientschädigung) für das erstinstanzliche Verfahren seien zu reduzieren, wobei von einem Streitwert von maximal Fr. 70'000.-- auszugehen sei.
4. Die Prozesskosten für das zweitinstanzliche Verfahren seien ausgehend von einem Streitwert von maximal Fr. 70'000.-- festzulegen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Kläger zuzüglich MWSt.

der Kläger (act. 81):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 8. September sei zu bestätigen.
2. Eventualiter sei das Grundbuchamt E. _____ richterlich anzuweisen, die am 4. Juni 2002 gelöschte Pflanzbeschränkung ... Nr. 2, vom 14. Dezember 1998, im Grundbuch mit folgendem ergänzendem Wortlaut einzutragen: (Eventualbegehren):

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen. Abgehende Bäume und Sträucher hat der jeweilige Eigentümer des Grundstückes B auf seine Kosten durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen, mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhe von 540.20 m.ü.M. gepflanzt werden müssen. Bei natürlichen Abgängen müssen die neuen Pflanzen erst 5 Jahre nach Abgang der alten Pflanzen den gleichen Wuchs wie die zu ersetzenden Pflanzen aufweisen und dann die im Plan vorgeschriebene Minimalhöhe erreicht haben."

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

1.1 Östlich der G. _____-Strasse in H. _____ liegen von Norden nach Süden zuerst das Grundstück der heutigen Kläger (Kat.Nr. 3, überbaut mit einem freistehenden Einfamilienhaus), dann dasjenige von I. _____ und J. _____ (Kat.Nr. 4; dieses Einfamilienhaus hat gegenüber dem der Kläger einen etwas grösseren Abstand zur Strasse) und das der beklagten Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer (Kat.Nr. 1, heute überbaut mit zwei Mehrfamilienhäusern). Der Streit geht um Bäume und Sträucher auf dem Grundstück der Beklagten entlang der nördlichen Grenze, also auf der Seite der beiden anderen Grundstücke. Die Situation ergibt sich im Überblick aus dem Plan act. 5/6.

Im Jahr 1998 waren die Eltern der heutigen Kläger Eigentümer des nördlichsten Grundstücks, das mittlere gehörte K. _____, und das südlichste L. _____

(noch unter der Kat.Nr. 5 mit einer Ausdehnung weiter gegen Osten, vgl. den Plan als Beilage zu act. 5/7). L. _____ erhielt am 10. August 1998 die baurechtliche Bewilligung für die Überbauung seines Grundstücks. Am 14. Dezember 1998 schlossen die Eigentümer der drei erwähnten Grundstücke einen Dienstbarkeitsvertrag, wonach sich L. _____ und K. _____ den Eltern BCD. _____ gegenüber verpflichteten, einzeln bezeichnete Bäume und Sträucher auf dem Grundstück L. _____s mindestens in der aktuellen Höhe bestehen zu lassen; abgehende Pflanzen hatte der jeweilige Eigentümer des Grundstücks L. _____ auf seine Kosten zu ersetzen. Eine Gegenleistung ist im Vertrag nicht genannt (act. 5/7). Gleichentags wurde eine Dienstbarkeit beurkundet, welche die Ausmasse und teilweise die Nutzung des Grundstücks L. _____ zugunsten der Eltern BCD. _____ beschränkte; dafür zahlten die letzteren L. _____ Fr. 140'000.-- (act. 5/8).

Anfangs 2002 vereinbarten die Eigentümer der drei Grundstücke, die Dienstbarkeit aus dem Jahr 1998 durch eine neue zu ersetzen, und die erstere "ausser Kraft zu setzen". Das geschah: am 4. Juni 2002 wurde ein neuer Dienstbarkeitsvertrag öffentlich beurkundet, zur Eintragung im Grundbuch angemeldet, und gleichentags wurde die Dienstbarkeit 1998 gelöscht.

Im September 2003 liess ein Mitglied der heute beklagten Stockwerkeigentümergeinschaft Bäume und Sträucher an der nördlichen Grenze entfernen. Die Eltern BCD. _____ suchten darauf gestützt auf die Dienstbarkeit 2002 klageweise Ersatz-Pflanzungen durchzusetzen, wogegen die Beklagte beantragte, es sei die Nichtigkeit der Dienstbarkeit festzustellen. Das letztere hatte Erfolg, die Klage wurde abgewiesen, und das Bezirksgericht wies das zuständige Grundbuchamt an, die Dienstbarkeit vom 4. Juni 2002 zu löschen (act. 5/21, Urteil vom 10. November 2006). Begründung war, dass die neue Dienstbarkeit für die Beklagte ohne gültige Vollmacht errichtet und daher rechtlich unwirksam geworden war. Dabei blieb es in allen Rechtsmittelinstanzen (act. 5/23 [Urteil der Kammer vom 22. Januar 2008], 5/24 und 5/25).

1.2 Am 31. Juli 2009 machten die Eltern BCD. _____ die heute zu beurteilende Klage anhängig, mit welcher sie gestützt auf Art. 975 Abs. 1 ZGB den Wiedereintrag der Dienstbarkeit 1998 verlangen, eventuell in einer etwas einge-

schränkten Fassung (vgl. die eingangs wiedergegebenen Begehren); vor Friedensrichter hatten die Eigentümer der mittleren Parzelle die Klage anerkannt (act. 1). Das Verfahren dient auch der Prosequierung einer vorsorglichen Massnahme, mit welcher die zuständige Einzelrichterin am 6. Juli 2009 die vorsorgliche (Wieder-)Eintragung der Dienstbarkeit verfügt hatte (act. 5/4). Die Beklagte widersetzte sich der Klage, einerseits mit der Begründung, die seinerzeitige Löschung der Dienstbarkeit 1998 sei seitens der Berechtigten irrtumsfrei erfolgt, und sie machten (eventuell) geltend, die Dienstbarkeit enthalte eine im Licht von Art. 730 Abs. 2 ZGB übergrosse und damit ungültige Leistungspflicht der durch die Dienstbarkeit Belasteten. Eventuell stellen sie den Antrag, die Kosten für den Unterhalt und allfällige Ersatzpflanzungen seien von den Berechtigten zu tragen.

Das Bezirksgericht prüft eingehend die Voraussetzungen für das Wiedereintragen der Dienstbarkeit 1998 und bejaht sie (angefochtenes Urteil S. 12 - 20). Es beurteilt den Anspruch der Berechtigten auch in der Sache als bestehend, insbesondere verwirft es den Einwand der Beklagten, dass die Vereinbarung eine unzulässig weit gehende Leistungspflicht der Belasteten enthalte (S. 21 - 28). Entsprechend heisst es die Klage gut.

2.1 Das Verfahren in zweiter Instanz richtet sich nach den Vorschriften der schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). So weit der angefochtene Entscheid verfahrensrechtlich zu überprüfen ist, kommt es gleichwohl auf die alten kantonalen Bestimmungen an, welche für das Bezirksgericht auch nach dem 1. Januar 2011 noch massgebend waren (Art. 404 Abs. 1 ZPO und OGerZH NK100014 vom 12. Januar 2011 = ZR 110/2011 Nr. 6).

Der Streit um eine Dienstbarkeit ist vermögensrechtlicher Natur, und der Streitwert übersteigt auf jeden Fall die Grenze des Art. 308 Abs. 2 ZPO von Fr. 10'000.--. Auf die Berufung ist einzutreten.

2.2 Mit der Berufungsantwort wurde mitgeteilt, dass die Eltern BCD. _____ das aus der Dienstbarkeit berechnete Grundstück mit Vertrag vom 9. Dezember

2011 ihren drei Söhnen übertragen haben, was auch grundbuchlich vollzogen worden sei, und entsprechend wurde die Rechtsschrift namens der drei neuen Eigentümer erstattet. Die Beklagte, welcher die Berufungsantwort zugestellt wurde, hat sich dazu nicht geäußert.

Es liegt ein Parteiwechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 1 ZPO, der vorzumerken ist. Besonderheiten für die Regelung der Kosten (Art. 83 Abs. 2 ZPO) interessieren hier noch nicht.

2.3 Die Parteien sind in der Berufung uneinig, was den Streitwert betrifft. Die Beklagte will ihn auf Fr. 70'000.-- festgesetzt wissen (act. 71), die Kläger schliessen sich der Bezifferung im angefochtenen Urteil des Bezirksgerichtes an, welches ihn auf Fr. 1,5 Mio. schätzt.

a) Für das Verfahren des Bezirksgerichtes galten noch die §§ 18 ff. ZPO/ZH. Danach war der Wert massgebend, welchen die Parteien ihrem Streit übereinstimmend beilegten (§ 22 Abs. 1 ZPO/ZH), und nur wenn sie nicht einig waren, hatte das Gericht nach Ermessen einen Wert festzulegen, der sich in der Regel am höheren Betrag zu orientieren hatte (§ 22 Abs. 2 ZPO/ZH). Entgegen der Auffassung der Kläger galt das auch für Streitigkeiten über Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen, obgleich die Systematik des Gesetzes etwas anderes nahelegen konnte. In § 23 ZPO/ZH waren Prozesse um Sicherstellung und Pfandrechte geregelt, in § 24 ZPO/ZH solche um Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen. Der leitende Gedanke von § 22 Abs. 1 ZPO/ZH, dass die Parteien jedenfalls grundsätzlich über den Streitwert disponieren können sollten, gilt für Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen nicht weniger als für Sicherstellungen und Pfandrechte, wo der einschlägige Kommentar ausdrücklich vermerkt: "sinngemäss gilt auch hier § 22" (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcher ZPO 3. Aufl. 1997). Das entsprach der allgemeinen Auffassung (dazu Guldener, schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979 S. 112 f.) und hat nicht zuletzt Eingang ins neue schweizerische Zivilprozessrecht gefunden (Art. 91 Abs. 2 ZPO; mit dem Vorbehalt der "offensichtlichen Unrichtigkeit"). Die Kammer hat denn auch in ihrer Praxis zu § 22 ZPO/ZH die Grenze für Rechtsmissbrauch bei einer übereinstimmenden Bezifferung sehr hoch angesetzt und damit bewusst

in Kauf genommen, dass es die Parteien in der Hand hatten, mit einer tiefen Bezifferung auch das Kostenrisiko tief zu halten (OGerZH NE080026 vom 11. März 2009).

Die Eltern BCD._____ hatten in der Klageschrift einen Streitwert von Fr. 70'000.-- angegeben (act. 2 Rz. 7) und das damit begründet, dass sie dem seinerzeitigen Vertragspartner L._____ Fr. 140'000.-- bezahlt hatten, wovon sie je die Hälfte auf die Pflanzen-Dienstbarkeit und auf die Baubeschränkung bezogen (act. 2 Rz. 12). Die Beklagte äusserte sich dazu differenziert: sie hielt fest, der Streitwert folge "den ... Kosten der ... Hauptleistung, die nicht bekannt ist" (act. 14 Rz. 3) und argumentierte dann eingehend dazu, was Ersatzpflanzungen, Pflege und Rückschnitt über zwanzig Jahre kosten würde; sie kam dafür auf Fr. 152'000.-- bis Fr. 176'000.-- (act. 14 passim und S. 16).

Das Bezirksgericht kommt mit einer eigenen Schätzung auf Fr. 1,5 Mio. Es rechnet dabei mit einem Wert des belasteten Grundstückes von Fr. 3'000.--/m² und mit einer erheblichen Einschränkung der Seesicht durch die streitige Bepflanzung. Die Beklagte rügt das in der Berufung, und es ist tatsächlich nicht haltbar. Ein Augenschein fand nicht statt. Was ihre mögliche Beeinträchtigung betraf, bemerkte die Beklagte, die Westseite [sic] sei die bevorzugte, und ohne die streitigen Bäume wäre "der begehrte Blick auf ... das Sehbecken [sic] möglich" (act. 59 S. 8). Die G._____ -Strasse verläuft ziemlich genau von Norden nach Süden und der See liegt im Westen (*das* ist notorisch; es ergibt sich im Übrigen aus den Plänen in den Akten). Wie die streitigen Bäume und Sträucher für das ganze belastete Grundstück eine relevante Einschränkung der Sicht bewirken könnten, ist nicht zu sehen. Selbstverständlich kann die Verpflichtung zum Stehenlassen einer bestimmten Bepflanzung für einen Belasteten nachteilig und bei einem Verkauf tendenziell wertmindernd sein. Es ist auch ohne Weiteres plausibel, dass die gegen Norden gelegenen Wohnungen im Sommerhalbjahr ohne die streitige Bepflanzung mehr Abendsonne hätten, und möglicherweise ist auch die seitliche Sicht von den nordseitigen Fenstern in Richtung des unteren Seebeckens mehr oder weniger beeinträchtigt. Dass das aber mit Sicherheit so viel mehr als Fr. 175'000.-

- wäre, dass von Amtes wegen ein höherer Streitwert angenommen werden müsste als er sich nach § 22 Abs. 2 ZPO/ZH ergibt, kann nicht gesagt werden.

Für das Verfahren der ersten Instanz ist der Streitwert auf Fr. 175'000.-- festzusetzen.

b) Da für die Berufung ein anderes Prozessrecht gilt, kann sich der Streitwert anders darstellen; zu denken ist etwa an eine Änderung beim Zusammentreffen von Haupt- und Widerklage. Das neue eidgenössische Recht geht wie das alte kantonale davon aus, dass eine übereinstimmende Bezifferung durch die Parteien grundsätzlich übernommen werden soll. Sind sich die Parteien nicht einig, setzt das Gericht den Streitwert fest - ohne den Nachsatz, dass dabei in der Regel auf die höhere Angabe abgestellt werden solle (Art. 91 ZPO).

Von da her ist das Obergericht frei. Allerdings muss seine Schätzung auf pflichtgemäsem Ermessen beruhen und nachvollziehbar sein. Die Schätzung des Bezirksgerichtes mit dem Ergebnis von Fr. 1,5 Mio. ist das wie gesehen nicht. Das Obergericht hat aufgrund der Akten ebenfalls keine ausreichenden Anhaltspunkte, den Streitwert so viel höher zu schätzen als es die Ausführungen der Parteien in der ersten Instanz nahe legen. Es kommt hinzu, dass andere - höhere - Bezifferungen einer Partei, welche sich aufgrund des wenn auch nur vorläufigen Obsiegens in erster Instanz in einem gewissen Vorteil wähnen darf, mit Zurückhaltung aufzunehmen sind. Das Gebot des Vertrauensschutzes und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens können gebieten, eine Änderung der Streitwertbezifferung zu verwerfen (Diggelmann, Dike-Kommentar ZPO [online-Stand 18. Oktober 2011], Art. 91 Rz. 126 und Fn. 44, mit Hinweis auf BGE 116 II 379).

Auch im vorliegenden Fall ist der Streitwert für das Berufungs- gleich wie für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 175'000.-- festzusetzen.

3.1 Die Beklagte greift das Urteil des Bezirksgerichts zunächst mit dem Argument an, der seinerzeitige Dienstbarkeitsvertrag sei formnichtig, weil die Gegenleistung nicht beurkundet worden sei (act. 71 S. 5). Die Überlegung ist rechtli-

cher Natur und in der Berufung daher ohne Weiteres zulässig (Art. 57 und 317 ZPO).

Die Beklagte behaftet die Kläger bei der Bemerkung in der Klageschrift zum Streitwert: dort wird unter Verweis auf die beiden Dienstbarkeiten aus dem Jahr 1998 ausgeführt, für die Höhenbeschränkung seien Fr. 140'000.-- bezahlt worden. Das habe eigentlich beide Vereinbarungen abgelten sollen, sei aber aus praktischen Gründen (weil bei der Pflanzen-Dienstbarkeit eine dritte Partei beteiligt war) nur im Vertrag BCD._____/L._____ festgelegt worden. Wenn man die beiden Vereinbarungen gleich gewichtet, kommt man für die Pflanzen-Dienstbarkeit auf eine Zahlung von Fr. 70'000.-- (act. 2 Rz. 12). Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, die damaligen Parteien hätten zwei simulierte Verträge abgeschlossen. Dass die beiden Vereinbarungen in einem inneren Zusammenhang standen, ist anzunehmen. Es kann auch davon ausgegangen werden, was die Klage selber einräumt, dass die Fr. 140'000.-- als Gesamtvergütung verstanden wurden. Gleichwohl schlossen die seinerzeitigen Parteien die Dienstbarkeit über die Bepflanzung ohne Gegenleistung ab. Dass die Eltern BCD._____ für die Baubeschränkung eine Vergütung bezahlten, stellte für L._____ demnach sehr wahrscheinlich ein *Motiv* dar, die Pflanzbeschränkung einzugehen. Das bedeutet aber nicht, dass die Parteien sich einig waren, ein (welcher?) Teil der Fr. 140'000.-- solle gar nicht die Bau-, sondern die Pflanzbeschränkung abgelten, und dass beide Verträge daher im Sinne von Art. 18 OR simuliert resp. im Sinne von Art. 11 Abs. 2 OR formnichtig waren.

Die Beklagte kann der Klage das Argument der Formnichtigkeit daher nicht entgegen halten.

3.2 Die hauptsächliche Differenz der Parteien betrifft allerdings nicht einen formellen, sondern einen materiellen Einwand der Beklagten: die Pflicht zur Respektierung einer Maximalhöhe und die Pflicht zum Ersetzen natürlich abgegangener Pflanzen stelle eine nicht nur nebensächliche Leistungspflicht dar, und die Dienstbarkeit sei darum ungültig.

a) Basis ist Art. 730 Abs. 2 ZGB: die Pflicht zur Vornahme von Handlungen kann mit der Grunddienstbarkeit nur "nebensächlich" verbunden sein. Der seit dem 1. Januar 2012 geltend Vorbehalt, dass sich eine solche Leistungspflicht aus dem Grundbuch ergeben müsse, hat für den heutigen Streit keine Bedeutung.

Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, wann eine Leistung "nebensächlich" sei. Zunächst darf sie nicht den einzigen Inhalt der Dienstbarkeit bilden. Das ist sie im Falle der heute streitigen Dienstbarkeit nicht: die Belasteten haben bestimmte Pflanzen stehen zu lassen, dürfen sie also nicht entfernen, und erst in zweiter Linie kommen die Pflicht zum Einhalten der Maximalhöhe und die Pflicht zum Ersatz abgegangener Pflanzen.

Nach einer Autorität des Dienstbarkeitsrechts steht die Leistungspflicht trotz anders lautender Formulierung dort im Vordergrund, wo der Belastete einen Zaun stehen lassen, darüber hinaus aber unterhalten und bei Bedarf erneuern muss (ZK-Liver, Art. 730 N. 208). Es wird aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht in Anerkennung des praktischen Bedürfnisses weit (nach Auffassung des Kommentators: zu weit) geht und beispielsweise die so genannten Anschlussgeleise-Servituten als gültig erachtete (Liver a.a.O. N. 209). Das Bundesgericht hat auch in Berücksichtigung des Zweckes die (positive) Verpflichtung des Stockwerkeigentümers, seine Wohnung mit Teppichen auszulegen, in die (negative) Pflicht umgedeutet, keine anderen Bodenbeläge anzubringen (BGE 106 II 315). Es formuliert sodann prägnant, eine Pflicht sei im Sinne des Gesetzes "nebensächlich" dem *Inhalt* nach, wenn sie lediglich dazu diene, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern, dem *Umfang* nach, wenn sie nicht die hauptsächliche Last darstelle. Am Beispiel der Teppiche erwägt es, gegenüber der Pflicht der Belasteten, in Zukunft während vieler Jahre etwas zu unterlassen, sei die Pflicht zum einmaligen Belegen der Wohnung mit Spannteppichen "nebensächlich" (zit. BGE S. 320). Zu ergänzen ist, dass jene Dienstbarkeit nach dem wiedergegebenen Sachverhalt auf Dauer angelegt gewesen sein dürfte (sonst machte auch die Bemerkung des Bundesgerichtes zum Unterlassen "während vieler Jahre" keinen Sinn). Es muss daher angenommen wer-

den, dass die Teppiche nach Erreichen der maximalen Lebensdauer durch die Belasteten zu ersetzen waren.

Auf den vorliegenden Fall übertragen und unter dem Aspekt des *Inhalts* der Dienstbarkeit muss man sich fragen, wie weit die Analogie zur "Zaun-Dienstbarkeit" geht, und ob der Kritik Livers zu folgen sei. Das Bundesgericht hat diese Kritik jedenfalls bisher nicht aufgenommen, und es hat wie erwähnt Dienstbarkeiten gelten lassen, die nahe am Beispiel des Zaunes lagen. Das Stehenlassen von Bäumen ist freilich ohnehin etwas wesentlich Anderes als das Stehenlassen eines Zauns. Viele (jedenfalls landwirtschaftliche) Zäune müssen während des Winters abgebaut und im Frühjahr neu gesetzt werden, und auch wo das nicht nötig ist, bedarf ein Zaun in aller Regel jährlicher Ausbesserung. Dem gegenüber sind Bäume und Sträucher wesentlich langlebiger und dauerhafter. Sie stehen zu lassen ist demnach durchaus der sachlich primäre Inhalt der Vereinbarung, und die Pflichten zum Schneiden resp. Ersetzen haben eine dienende Funktion.

Auf den Umfang ist zurück zu kommen.

b) Vorweg ist allerdings darauf hinzuweisen, dass nicht ohne Weiteres die ganze Dienstbarkeit nichtig sein müsste, auch wenn die Pflichten zum Schneiden resp. Ersetzen inhaltlich ungültig sein sollten. Es ist nicht anzunehmen, dass die Eltern BCD. _____ am Stehenlassen der Bäume und Sträucher kein Interesse gehabt hätten, wenn sich ihr Vertragspartner L. _____ damals nicht zusätzlich zum Ersatz natürlicher Abgänge verpflichtet hätte. Das Einhalten einer Maximal-Höhe allein könnte gegenüber dem Verzicht auf das Entfernen der Pflanzen nicht als Haupt- oder auch nur als erhebliche Neben-Leistung betrachtet werden. Nach Art. 20 Abs. 2 OR läge es daher nahe, die streitige Dienstbarkeit im Hauptpunkt - dem Verzicht der Belasteten auf das Entfernen der 1998 bestehenden Pflanzen - aufrecht zu halten, ergänzt durch die Bestimmung, dass die maximale Höhe von 540.20 m.ü.M einzuhalten ist (zur Frage der Teilnichtigkeit auch Liver, a.a.O. N. 210 f.).

c) Auch unter dem Aspekt des *Umfangs* der Dienstbarkeit ist die Kritik der Beklagten am angefochtenen Urteil nur der konkreten Begründung durch das Bezirksgericht, nicht aber dem Ergebnis nach berechtigt:

Eine Belastung des dienenden Grundstücks im Betrag von Fr. 1,5 Mio. lässt sich den Akten der ersten Instanz nicht entnehmen (dazu oben, E. 2.3 a), und unter dem Aspekt von Art. 317 ZPO zulässige Noven sind nicht vorgetragen worden. Auf dem Stand der Behauptungen in erster Instanz ergibt sich Folgendes:

Der Abstand des Gebäudes auf der belasteten Liegenschaft zur Grenze ist relativ gering, und die minimale resp. maximale Höhe der Bepflanzung ist bedeutend, was sich aus den von der Beklagten eingereichten Unterlagen deutlich ergibt (Plan act. 15/3 und Ansicht act. 15/16). Eine dingliche Eigentumsbeschränkung drückt bei einem Verkauf tendenziell auf den Preis, und auch wenn die streitigen Pflanzen die Sicht auf den See nicht beeinträchtigen, können sie doch für die Bewohner der gegen Norden liegenden Wohnungen als sehr störend empfunden werden. Es ist bekannt, dass H._____ eine der teuersten Wohnlagen im Kanton ist, die G._____ -Strasse liegt innerhalb der Gemeinde an absolut bevorzugter Lage, und es handelt sich um neue Wohnungen offenkundig gehobenen Standards. Wie schon beim Streitwert zitiert, hat die Beklagte vortragen lassen, die Westseite sei die bevorzugte, und ohne die streitigen Bäume wäre "der begehrte Blick auf ... das Sehbecken möglich" (act. 59 S. 8). Es wurde vorstehend erwogen, dass die streitigen Bäume an der nördlichen Grenze des dienenden Grundstückes standen, und dass der See pauschal im Westen liegt; das Grundstück der Beklagten wird also nicht *tel quel* von der Abendsonne abgeschirmt, und wenn aus der Liegenschaft der See sichtbar ist, wird er mit Sicherheit nicht völlig abgedeckt – das ergibt sich auch ohne Beweisverfahren rein aus der Situation, dass die G._____ -Strasse Nord-Süd verläuft, und dass der See im Westen liegt. Die Beklagte ist aber gleichwohl dabei zu behaften, dass nach ihrer eigenen Darstellung Abendsonne und Seesicht beeinträchtigt werden, wenn auch sicher nicht für alle Wohnungen und alle deren Räume, so doch plausiblerweise für die nach Norden ausgerichteten Wohnungen resp. Zimmer. Es entspricht sodann der Erfahrung der Kammer, dass nicht nur die uneingeschränkte Panoramansicht auf ein

Gewässer heute hoch geschätzt wird. Oftmals betreffen nachbarschaftliche Streitigkeiten um Bäume und Sträucher kleine oder sogar kleinste Ausschnitte der Sicht auf ...- oder ...-See, und es scheint auch die Entfernung zum Wasser kaum eine Rolle zu spielen für die Hartnäckigkeit, mit welcher solche Prozesse geführt werden. Die Belastung durch den dauernden Verzicht auf das Entfernen der vertraglich bezeichneten Pflanzen ist also auch wirtschaftlich mit Sicherheit gewichtig, auch wenn eine konkrete Bezifferung kaum möglich ist.

Nach der zitierten Praxis des Bundesgerichtes stehen die Kosten nicht im Vordergrund für den Entscheid, ob die in der Dienstbarkeit enthaltene Leistungspflicht als nebensächlich erscheint. Je nach den Umständen spielen sie aber durchaus eine Rolle.

Das Bezirksgericht erwägt, Kosten einer (Erst-)Bepflanzung seien nicht zu berücksichtigen, da die Dienstbarkeit 1998 von bestehenden Pflanzen handle ("... mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen") und das eigenmächtige Entfernen der vertraglich bezeichneten Objekte nicht berücksichtigt werden dürfe. Dem ist beizupflichten.

Die Beklagte hatte dem Bezirksgericht vorgetragen, die Vertragspflanzen hätten eine Lebensdauer von durchschnittlich 42 Jahren, und sie alle je einzeln zu ersetzen, koste gesamthaft Fr. 78'894.--. Davon geht das Bezirksgericht aus und errechnet einen durchschnittlichen jährlichen Aufwand für das Ersetzen natürlicher Abgänge von Fr. 1'900.-- (genau gerechnet Fr. 1'878.40). Die Beklagte scheint das Urteil in diesem Punkt zu kritisieren (act. 71 S. 12 f.), nennt aber weder andere Zahlen, noch warum solche richtig(er) sein sollten.

Weiter nimmt das Bezirksgericht an, der Unterhalt der Pflanzen werde pro Jahr durchschnittlich Fr. 4'870.-- kosten; es stellt dabei ohne eigene Erwägungen darauf ab, was die Beklagte vorgetragen hatte (Urteil S. 23). In der Berufung stellt die Beklagte ihre eigene Zahl in Frage (act. 71 S. 13: "weshalb 20 Jahre?") - sie scheint zu übersehen, dass sie das selbst einbrachte (act. 14 S. 16 oben: "Pflege und Rückschnitt über zwanzig Jahre Fr. 97'377.--"). Wie dem auch sei: es ist dieser Punkt näher zu prüfen, da die Kläger die Behauptung der Beklagten bestreiten

(act. 81 S. 22 f.) und schon mit der Replik in erster Instanz bestritten (act. 51). Konkrete Behauptungen dazu, was die von der Dienstbarkeit erfassten Pflanzen für Unterhaltskosten verursachen würden, haben die Kläger freilich nicht aufgestellt. Sie beriefen sich zwar auf die von den Eltern BCD. _____ bezifferten Kosten für das Zurückschneiden und Auslichten der bestehenden Bepflanzung im Jahr 2002 (act. 14 S. 15 f., act. 2 Rz. 25). Diese Arbeiten betrafen aber etwas Anderes, nämlich die Dienstbarkeit 2002, mit welcher die streitigen Pflanzen anders definiert wurden als in der heute aktuellen Dienstbarkeit 1998. Aus den 2002 angefallenen Kosten kann daher für einen Unterhalt der Bestockung gemäss Dienstbarkeit 1998 nichts hergeleitet werden. In der Replik hatten die damaligen Kläger geltend gemacht, die vertragsgemässen Pflanzen seien einheimische Gewächse, die keines Unterhaltes bedürften (act. 51 Rz. 88 ff.). Dem hielt die Beklagte nur entgegen, ihr Privatgutachter M. _____ erachte eine "intensive Pflege" für notwendig (act. 59 S. 22). Jenes Gutachten spricht sich zu den Konsequenzen der Dienstbarkeit 2002 aus und äussert sich so weit ersichtlich nicht zum Unterhalt der 1998 noch bestehenden Pflanzen (act. 60/2). Zudem machte die Beklagte geltend, ein allfälliger Unterhalt obläge nach Art. 741 ZGB den Berechtigten (act. 59 S. 22). In der Tat sagt die Dienstbarkeit 1998 nichts über den Unterhalt, und wenn ein solcher notwendig würde, könnte ihn die Beklagte wohl tatsächlich gestützt auf Art. 741 Abs. 1 ZGB auf die Kläger abwälzen. Das bedeutet aber auch, dass solche Kosten für die Beurteilung für die Rechtsbeständigkeit der Dienstbarkeit unter dem Aspekt des Umfangs der Belastung nicht berücksichtigt werden dürfen. Es kommt hinzu, dass der Auffassung der Kläger ohne Weiteres zu folgen ist: die vertragsgemässen Bäume und Sträucher sind einheimische Gewächse, welche keinen Unterhalt erfordern.

Nicht restlos klar ist der Text der Dienstbarkeit im Passus, dass abgehende Pflanzen durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen seien "mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhenkote von 540.20 m.ü.M.". Man könnte daraus lesen wollen, dass die Pflanzen nur bis zur maximalen Höhe von 540.20 m.ü.M. wachsen dürften. Wenn dem so wäre, und wenn die Beklagte dafür zu sorgen hätte, könnte das eine gewisse Belastung sein. Nach dem Text ist aber klar, dass die Begrenzung auf die Kote 540.20 m.ü.M. nur Neupflanzungen betrifft. Vertragsge-

mässig sind die tatsächlichen Höhen im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit 1998, und die Beklagte darf die Pflanzen nicht weiter zurückschneiden ("mindestens in der heutigen Höhe stehen [...] lassen"). Der "gleich hohe Wuchs" für den Ersatz kann sich nach Treu und Glauben nur auf die minimale Höhe beziehen, und nicht der Beklagten das Neupflanzen eines höheren Gewächses aufbürden, wenn sie sich die Pflanze in der Zwischenzeit entwickeln und vergrössern liess. Die Kote 540.20 m.ü.M. spielt also nur dort eine Rolle, wo ein Baum schon 1998 höher hinauf reichte; wenn er abgehen sollte, wäre er nur bis zur Höhe 540.20 m.ü.M. zu ersetzen.

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beklagte von der streitigen Dienstbarkeit (Ersatz vertragswidrig entfernter Pflanzen ausgenommen) nur so weit mit einer Leistungspflicht belastet ist, als sie natürlich abgehende Pflanzen ersetzen muss, und nicht darüber hinaus. Die dafür von der Beklagten selbst genannten rund Fr. 1'878.40 pro Jahr sind auch kapitalisiert (in Anlehnung an § 21 Satz 2 ZPO/ZH mit zwanzig multipliziert = Fr. 37'568.--) absolut gesehen zwar relativ bedeutend, gleichwohl aber noch im Sinne des Gesetzes "nebensächlich" - sowohl verglichen mit dem von der Beklagten genannten Streitwert von Fr. 175'000.--, als auch wenn man wie vorstehend erwogen die Belastung durch die Nähe der Pflanzen zum Haus und die Beeinträchtigung von Besonnung und Aussicht berücksichtigt. Das gilt jedenfalls dann, wenn man die nachstehenden Überlegungen mit einbezieht:

d) Nach Art. 737 Abs. 2 ZGB ist der aus der Dienstbarkeit Berechtigte verpflichtet, sein Recht möglichst schonend auszuüben. An sich kommt diese Bestimmung erst zum Zug, wenn der Inhalt der Dienstbarkeit feststeht resp. nach Art. 738 ZGB festgestellt worden ist (BSK ZGB II-Petitpierre 4. Aufl. 2011, Art. 737 N. 2). Der Gedanke der Vorschrift, welcher sich letztlich an Art. 2 ZGB orientiert, darf aber auch hier herangezogen werden, wo es um das (Wieder-)Eintragen eines Rechtes geht.

Die Dienstbarkeit ist auf Dauer angelegt, und sie stellt sicher, dass die bei Errichtung der Dienstbarkeit 1998 genannten Pflanzen mindestens in der damaligen Höhe stehen bleiben. Auch wenn die Belasteten im eigenen Interesse von

Zeit zu Zeit einen Rückschnitt durchführen lassen, sind die Bäume und Sträucher damit notwendigerweise die allermeiste Zeit *höher* als die vereinbarte Mindesthöhe (denn sie wachsen stetig, dürfen aber nicht weniger hoch sein als vereinbart). Dass die Belastete Bäume und Sträucher in voller Höhe ersetzen muss, wenn sie eine vertragswidrige Rodung durchführte, weckt keine Bedenken. Hingegen erscheint es übermässig, dass auch natürliche Abgänge durch Pflanzen in der Höhe von 1998 zu ersetzen sind – weil auch die neuen Pflanzen ja wieder stetig wachsen. Ob das seitens der Kläger bereits die Schwelle der "offenbaren" Missbräuchlichkeit (Art. 2 ZGB) erreichte, kann offen bleiben. Unter dem Aspekt von Art. 737 ZGB ist es angezeigt, die Klage (nur) im Umfang des Eventual-Begehrens der Klage – und damit eingeschränkt – zu schützen: dass natürliche Abgänge so zu ersetzen sind, dass die neuen Pflanzen nach fünf Jahren den gleichen Wuchs wie die zu ersetzenden (zu ergänzen: im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit 1998) erreichen. Das wird die Kosten des Ersatzes reduzieren.

In diesem Sinn ist die Klage mit einer Einschränkung gutzuheissen.

4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind ausgangsgemäss zu regeln.

Gerichtskosten und Parteientschädigung sind auf der Grundlage des Streitwertes von Fr. 175'000.-- zu bemessen, was gegenüber dem angefochtenen Urteil, welches einen Streitwert von Fr. 1,5 Mio. annahm, zu einer Reduktion führt. Die Gerichts- resp. Entscheidgebühr ist auf Fr. 11'750.-- anzusetzen, eine volle Parteientschädigung für das ganze Verfahren einschliesslich die dem ordentlichen Prozess vorangegangene Massnahme betrüge Fr. 30'000.--.

Die Kläger obsiegen im Grundsatz, doch ist auch die Einschränkung bei der Höhe von Ersatzpflanzungen zu gewichten. Die Kosten sind den Klägern zu einem Viertel und der Beklagten zu drei Vierteln aufzuerlegen. Die den Klägern zustehende Entschädigung reduziert sich damit auf die Hälfte der vollen.

Es wird beschlossen:

1. Der Parteiwechsel auf der Seite der Kläger wird vorgemerkt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien zusammen mit dem nachfolgenden Entscheid.
3. Für diesen Beschluss gilt die nämliche Rechtsmittelbelehrung wie für den nachfolgenden Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Das Grundbuchamt E. _____ wird (unter Hinweis darauf, dass die heutigen Eigentümer von Kat.Nr. 4 die Klage im Sühnverfahren anerkannt haben) angewiesen, die am 4. Juni 2002 gelöschte Pflanzbeschränkung ... Nr. 2 vom 14. Dezember 1998 im Grundbuch mit folgendem teilweise ergänzten Wortlaut wieder einzutragen:

"Die jeweiligen Eigentümer der belasteten Grundstücke sind verpflichtet, gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks die im Vertragsplan ad acta bezeichneten und rot markierten Bäume und Sträucher mindestens in der heutigen Höhe stehen zu lassen. Abgehende Bäume oder Sträucher hat der jeweilige Eigentümer des Grundstückes B auf seine Kosten durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen, die mit gleich hohem Wuchs, höchstens aber bis zur Höhenkote von 540.20 m.ü.M. gepflanzt werden müssen. Bei natürlichen Abgängen müssen die neuen Pflanzen erst 5 Jahre nach Abgang der alten Pflanzen den gleichen Wuchs wie die zu ersetzenden Pflanzen aufweisen und dann die im Plan vorgeschriebene Minimalhöhe erreicht haben."

2. So weit die Klage weiter geht, wird sie abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 11'750.-- festgesetzt. Sie werden zu einem Viertel den Klägern auferlegt

(die dafür solidarisch haften, zudem haften solidarisch mit ihnen die ursprünglichen beiden Kläger) und zu drei Vierteln der Beklagten.

4. Die Kosten des summarischen Verfahrens ES090048 von Fr. 3'600.-- werden ebenfalls zu einem Viertel den Klägern auferlegt (die dafür solidarisch haften, zudem haften solidarisch mit ihnen die ursprünglichen beiden Kläger) und zu drei Vierteln der Beklagten.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 11'750.-- festgesetzt und zu einem Viertel den Klägern und zu drei Vierteln der Beklagten auferlegt. Sie wird aus dem von den Klägern geleisteten Vorschuss bezogen; den Klägern wird für einen Betrag von Fr. 8'812.50 der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.
6. Die Gebühren sowohl für den vorsorglichen als auch für den definitiven Eintrag der Dienstbarkeit im Grundbuch, die vom Grundbuchamt in Rechnung zu stellen sind, werden zu einem Viertel den Klägern (in solidarischer Haftung) und zu drei Vierteln der Beklagten auferlegt.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das ganze Verfahren (einschliesslich das summarische Massnahmeverfahren) eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Grundbuchamt E._____ sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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. Den Streitwert schätzt das Obergericht auf Fr. 175'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: