

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 24. Februar 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. ...,

Kläger und Berufungsbeklagter

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **nachbarrechtliche Streitigkeit**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 27. Oktober 2015; Proz. CG110002

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2 f.)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, sämtliche Pflanzen mit einer Distanz zur gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien von 60 cm oder weniger zu entfernen (§ 169 Abs. 1 EG ZGB), insbesondere die folgenden Pflanzen (Aufzählung von Norden beginnend dem Grenzverlauf entlang):
 - a) Ligusterhecke (Grenzabstand: 40 cm, Höhe 2 m, Plan: C),
 - b) zwei Kirschlorbeeren (Grenzabstand 40 cm, Höhe 1 m, Plan: D),
 - c) Thujahecke (Grenzabstand: 30 cm, Höhe 2 m, Plan: K),
 - d) Schlingpflanze (Grenzabstand 0 cm, Höhe 2 m, Plan M),
 - e) Kirschlorbeer (Grenzabstand 30 cm, Höhe 2,2 m, Plan O);
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, sämtliche Pflanzen mit einer Distanz zur gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien von 60 cm bis 4 m so unter der Schere zu halten, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte des Grenzabstandes beträgt, insbesondere den Flieder (Grenzabstand: 1 m, Höhe 3 m, Plan: E);
3. Es sei die Beklagte ferner zu verpflichten, die folgenden, sich auf ihrer Liegenschaft C._____-strasse 30 befindlichen Birken zu entfernen:
 - a) Birke "A" Nordosten (Grenzabstand 2 m, Höhe ca. 12 m, Plan: A)
 - b) Birke "B" Nordosten (Grenzabstand 1,1 m, Höhe ca. 12 m, Plan: B)
 - c) Birke in der Mitte der gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien (Grenzabstand 1,9 m, Höhe ca. 12 m, Plan: F);
4. Eventualiter zu Ziffer 3 – bei Nichtgewährung der Entfernung einer oder mehrerer dieser Birken – sei die Beklagte zu verpflichten, die betreffenden Birken auf eine Höhe von maximal dem Doppelten des Abstandes zur Grenze – subeventualiter auf eine Höhe von 5 m – zurückzuschneiden und künftig unter Beachtung dieser Maximalhöhe unter der Schere zu halten.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Apfelbaum in der Mitte der gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien zu entfernen;
6. Die Beklagte sei unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, die gesetzlichen Grenzabstände gemäss § 169 Abs. 1 EG ZGB einzuhalten und die im Sinne von § 169 Abs. 2 erforderlichen Rückschnitte stets vorzunehmen;
7. Eventualiter zu Ziffer 6 seien die Kläger gerichtlich zu ermächtigen, bei Nichteinhaltung gesetzlichen Grenzabstände gemäss § 169 Abs. 1 EG ZGB einzuhalten und bei Nichtvornahme der erforderlichen Rückschnitte im Sinne von § 169 Abs. 2 EG ZGB, nach vorgängiger schriftlicher Abmahnung per Einschreiben und unter Ansetzung einer Frist von 30 Tagen, auf Kosten der Beklagten einen Gärtner mit der Entfernung bzw. dem Rückschnitt der Pflanzen zu beauftragen;
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Widerklagebegehren:

(act. 7 S. 1 f.)

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Beklagte das Rechtsbegehren Ziff. 1 mit Schreiben vom 02.06.2009, somit vor Anhebung der vorliegenden Klage, anerkannt hat und die entsprechenden Begehren der Kläger seit Herbst 2009 erfüllt sind; das Begehren Ziff. 1 sei daher abzuweisen;
2. es sei das Rechtsbegehren Ziff. 2 als unzulässig abzuweisen;

eventualiter (für den Fall, dass das Gericht das Begehren für zulässig erklärt) erhebt die Beklagte **Widerklage mit dem Antrag:**

"Es seien die Beklagten unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, sämtliche Pflanzen mit einer Distanz zur gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien von 60 cm bis 4 m so unter der Schere zu halten, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte des Grenzabstandes beträgt, insbesondere Haselstauden, Ligusterpflanzen etc.";

3. es seien die Rechtsbegehren Ziff. 3, 4, 5, 6, und 7 vollumfänglich abzuweisen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen einschliesslich MWSt. zu Lasten der Kläger."

Beschluss und Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 27. Oktober 2015:

Das Gericht beschliesst

1. Das Verfahren bezüglich der klägerischen Begehren Ziff. 1, Ziff. 2 und Ziff. 3a und b (Birken "A" und "B") sowie bezüglich des beklagischen (Eventual) Begehrens Ziff. 2 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

(2./3. Mitteilung / Rechtsmittel)

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, die Birke in der Mitte der gemeinsamen Grundstücksgrenze zu beseitigen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

F 16'000.00 ; die Barauslagen betragen:
F 2'838.65 Entschädigung Gutachter
F 200.00 Entschädigung Zeuge.
-

3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

(5./6. Mitteilung / Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (vgl. act. 127 S. 2):

1. Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 27.10.2015 (Geschäfts-Nr.: CG 110002, Beilage 1) sei aufzuheben und das erstinstanzliche klägerische Rechtsbegehren 3c (act. 2 S. 2) sei abzuweisen;
2. eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 27. 10.20 15 (Geschäfts-Nr.: CG 110002, Beilage 1) aufzuheben und die Streitigkeit zur Durchführung eines vollständigen Beweisverfahrens sowie zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. subeventualiter, für den Fall, dass übermässige Einwirkungen angenommen werden, seien Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 27.10.2015 (Geschäfts-Nr.: CG 110002, Beilage 1) aufzuheben, das erstinstanzliche klägerische Rechtsbegehren 3c (act. 2 S. 2) abzuweisen und geeignete Schutzvorkehrungen anzuordnen, welche die Einwirkungen durch die Birke F auf das klägerische Grundstück auf ein erträgliches Mass reduzieren;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt.) zulasten des Berufungsbeklagten.

des Klägers und Berufungsbeklagten (vgl. act. 139 S. 2):

1. Es sei die Berufung vom 27. November 2015 vollumfänglich abzuweisen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. - 1.1 Die Parteien sind Eigentümer der benachbarten Grundstücke C._____-strasse 30 und 32 in D._____. Die beiden Liegenschaften liegen am südlichen, leicht gegen Westen geneigten Abhang des ..., ca. 250 Meter vom Ortszentrum entfernt, in einer Umgebung, deren Charakter im Wesentlichen dem eines Einfamilienhäuserquartiers mit teilweise grösseren Gärten entspricht. In den Gärten hat es neben Grünflächen regelmässig einen Baum-, Busch- und Heckenbestand unterschiedlicher Art; vereinzelt finden sich auch Schwimmbecken (vgl. dazu act. 48/9).

Die Grundstücke der Parteien sind durch einen Zaun bzw. Hag getrennt, der im April 2014 streckenweise durch Blachen abgedeckt war (vgl. act. 82/12). Auf der Liegenschaft C._____-strasse 32, die im Eigentum von B.____ steht, befindet sich in unmittelbarer Nähe des Hages zum Grundstück C._____-strasse 30, das im Eigentum von A.____ steht, das hintere Ende eines als "Hasenstall" bzw. "Kaninchenstall" bezeichneten Schopfes (vgl. auch act. 18/3, unteres Bild). Vor dem Schopf, und zwar auf dessen der Liegenschaft C._____-strasse 30 entgegengesetzten Seite, befindet sich ein Beet, vom Schopf getrennt durch einen überdachten, mit Platten belegten Platz (vgl. act. 82/11; siehe auch act. 18/7 [unteres Bild, dort unten rechts]).

1.2 Zwischen den Parteien besteht seit längerem Streit über die gehörige Position und/oder die angebrachte Pflege von Bäumen, Sträuchern und Hecken jeweils ennet des Hages sowie über Zulässigkeit und Auswirkungen von Teilen des jeweiligen Fremdbestandes auf das eigene Grundstück. Den Zustand beidseits des Hages im Juni 2010 illustrieren etwa die act. 18/5, 18/6, 18/7 (oberes Bild) und 18/8. B.____ (fortan: der Kläger) verlangte dabei die Entfernung diverser Sträucher bzw. Bäume im Garten von A.____ (fortan: die Beklagte), namentlich auch dreier Birken wegen der übermässigen Immissionen, die sie auf seinem Grundstück bewirken würden (Pollenstaub, Samenbefall, Blätterbefall, Schattenwurf,

und Vermoosung des Bodens). Die meisten Streitpunkte sind mittlerweile erledigt oder gegenstandslos geworden – zwei der drei Birken auf dem Grundstück von A._____ mussten aufgrund von Altersschwäche bzw. "Dritteinwirkung" während des Streites gefällt werden (vgl. act. 129 S. 4).

1.3 Aktuell geht es einzig noch um die Birke "F" im Garten der Beklagten, wie das Dispositiv des vorinstanzlichen Urteils sowie die Berufungsanträge der Parteien zeigen, die diesen Erwägungen vorangestellt sind. Die Birke "F" steht auf der Ostseite des Grundstücks der Beklagten in ca. zwei Metern Abstand zum Hag und wies im April 2014 eine Höhe von gut acht Metern auf. Sie ist in act. 82/12 in der Bildmitte zu sehen. Der Kläger wollte und will auch diesen Baum beseitigt haben. Die Beklagte bestritt und bestreitet ein Übermass an Immissionen.

2. Die Klage wurde am 19. November 2009 beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon anhängig gemacht. Am 2. März 2010 fand die Hauptverhandlung statt, in der mit der Klageantwort Widerklage erhoben wurde und alle Parteivorträge bis und mit Widerklageduplik erstattet werden konnten. Es fanden ein Augenschein und ergebnislose Vergleichsbemühungen statt. Im November 2010 bezifferte der Einzelrichter den Streitwert auf Fr. 150'000.-, überwies das Verfahren an das Kollegialgericht des Bezirksgerichtes Dietikon und schrieb es als dadurch erledigt in seinem Register ab (vgl. act. 24). Das blieb unangefochten, weshalb das Verfahren unter der Prozessnummer CG110002 vor dem Bezirksgericht (Kollegialgericht) weitergeführt wurde.

Das Bezirksgericht unternahm ebenfalls erfolglos Vergleichsbemühungen und führte danach ein Beweisverfahren durch. In dessen Rahmen wurde ein weiterer Augenschein durchgeführt (vgl. CG110002-Prot. S. 54 ff. und dazu act. 82/01 ff.) sowie ein Gutachten eingeholt (vgl. act. 89 und 98), zu dem die Parteien am 6. Juli 2015 Stellung nahmen (vgl. act. 107 f.). Am 6. Oktober 2015 wurde mit E._____ der einzige Zeuge einvernommen, an dem die Parteien noch festgehalten hatten (vgl. CG110002-Prot. S. 62 ff.). Die Parteien konnten im Anschluss daran Stellung nehmen (a.a.O., S. 70 f.) und es wurde eine Stellungnahme der Beklagten (act. 123) als verlesen entgegengenommen und dem Kläger vor Schranken zur Kenntnisnahme übergeben. Das Bezirksgericht erachtete die

Sache danach für spruchreif und fällte am 27. Oktober 2015 den angefochtenen Entscheid (act. 129 [= act. 124 = act. 128]).

3. Mit Schriftsatz vom 27. November 2015 (act. 127 f.) erhob die Beklagte Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon. Darauf wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen und nach deren Eingang der Beklagten die Leistung eines nur provisorisch bemessenen Kostenvorschusses auferlegt sowie Frist angesetzt, um sich zum Streitwert des Berufungsverfahrens zu äussern. Die Beklagte kam dem nach (vgl. act. 132 und 133). In der Folge wurden ein ergänzender Kostenvorschuss und die Berufungsantwort eingeholt. Letztere datiert vom 4. Februar 2016 (act. 139) und wurde der Beklagten noch zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 141 f.). Die Sache ist damit spruchreif.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. - 1.1 Das Verfahren wurde noch unter der Geltung des kantonalen Prozessrechts (ZPO/ZH, GVG und dazugehörige Nebenerlasse) vor der ersten Instanz anhängig gemacht. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO war das erstinstanzliche Verfahren daher noch nach dem kantonalen Recht durchzuführen. Allfällige verfahrensrechtliche Rügen sind daher noch im Lichte des kantonalen Rechts zu beurteilen. Demgegenüber richtet sich das im November 2015 angehobene Berufungsverfahren ausschliesslich nach den Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO).

1.2 Das Berufungsverfahren nach den Art. 308 ff. ZPO stellt im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast bzw. Rügeobliegenheit; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH,

Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen oder blosser Verweise auf Akten (vgl. auch BGE 138 III 375).

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu auch BGE 138 III 625 sowie beispielhaft etwa OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2).

2. - 2.1 Das Bezirksgericht hielt im angefochtenen Urteil zunächst fest, der Kläger beschwere sich mit seiner Klage sowohl über "negative Immissionen" der Birke auf sein Grundstück (Entzug von Licht durch Schattenwurf) als auch über "positive Immissionen" der Birke; von dieser gelangten Pollen, Samen und Blätter auf sein Grundstück und würden dieses belasten (vgl. act. 129 S. 7). Danach hielt das Bezirksgericht fest, das kantonale Nachbarrecht des EG ZGB verschaffe dem Kläger keinen Anspruch auf Beseitigung der Birke mehr. Der entsprechende Anspruch sei längst verjährt bzw. verwirkt (a.a.O.). Indes gewähre der Art. 684 ZGB dem Nachbarn Schutz vor übermässigen Immissionen auch dann, wenn kantonale rechtliche Abwehransprüche z.B. infolge Zeitablaufs verwirkt seien. Das sei von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (grundlegend BGE 126 III 452 E. 2c) schon vor Jahren geklärt worden. Daher bestehe bei übermässigen Immissionen (Einwirkungen auf ein Grundstück) ein bundesrechtlicher Beseitigungsanspruch gestützt auf Art. 684 ZGB in Verbindung mit Art. 679 ZGB (a.a.O., S. 7/8). Verboten seien gemäss Art. 684 ZGB nämlich insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigungen, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch Entzug von Tageslicht bzw. Besonnung. Ob ein Übermass an Einwirkungen vorliege, beurteile sich nach objektiven Kriterien. Es sei eine sachlich begründete Abwägung der Interessen vorzunehmen, wobei das Empfinden des Durchschnittsmenschen in der gleichen Situation als Massstab zugrunde zu legen sei. Zu fällen sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 132

III 49 E. 2.1) ein Entscheid nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB), bei dem stets zu beachten sei, dass der Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarrechtlichen Interessenausgleichs dienen soll (vgl. a.a.O., S. 8).

Diese Erwägungen des Bezirksgerichts werden im Berufungsverfahren von keiner der Parteien beanstandet, und das mit Fug, sind sie doch insgesamt zutreffend. Es kann daher ohne Weiterungen auf sie verwiesen werden. Ergänzend kann hinsichtlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch auf BGE 138 III 49 ff. (E. 2.1) sowie die Urteile 5A_23/2008 (E.2.2, E. 6.1) und 5A_648/2010 (E. 2.1; mit Hinweis auf das am betreffenden Ort Gebräuchliche) verwiesen werden; anzufügen ist weiter, dass ein Verschulden des Grundeigentümers, der sein Eigentumsrecht übermässig ausübt, nicht erforderlich ist (so z.B. auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4. A., Zürich 2012, S. 233).

2.2 Das Bezirksgericht prüfte sodann, ob der von der Birke "F" (und einem ebenfalls auf dem Grundstück der Beklagten stehenden Apfelbaum) verursachte Schattenwurf bzw. Lichtentzug auf das Grundstück des Klägers als übermässige Einwirkung gewichtet werden könne (a.a.O., S. 8 ff.). Gestützt auf die Ergebnisse des Beweisverfahrens – Feststellungen des Gutachters, Feststellungen anlässlich des gerichtlichen Augenscheins im April 2014, Aussagen des Zeugen E. _____ (Förster) – verneinte es das. Dabei verwies es u.a. ebenfalls auf das im Quartier übliche Vorkommen höherer anderer Bäume (vgl. a.a.O., S. 9 f).

Auch diese Auffassung des Bezirksgerichtes wird im Berufungsverfahren von beiden Parteien nicht in Frage gestellt. Und nicht in Frage gestellt werden daher zugleich die Feststellungen des Bezirksgerichtes, die es zu seiner Auffassung führten.

2.3 Das Bezirksgericht prüfte in seinem Urteil weiter, wie es um die vom Kläger behaupteten Immissionen auf sein Grundstück bestellt ist, und zwar gestützt auf die Ergebnisse des von ihm dazu durchgeführten Beweisverfahrens (vgl. act. 129 S. 11-13).

2.3.1 Die klägerischen Behauptungen wurden im Beweisaufgabebeschluss wiedergegeben (vgl. act. 35) und gehen im Wesentlichen dahin, dass die drei Birken

der Beklagten ständig Schmutz verursachen, und zwar wegen des Blütenstaubs (Pollen), der Samen und der Blätter. Wegen des von den drei Birken verursachten Schmutzes sei ein ständiges Reinigen der Fenster und Fliegengitter vor den Fenstern nötig, wobei die Fliegengitter – einzig angebracht, um trotz Schmutz noch Lüften zu können – den Blütenstaub während drei Monaten nicht vom Eindringen ins Haus abzuhalten vermöchten. Samen und Blätter der Birken hafteten während vieler Monate an Gemüse bzw. Salaten, Schuhen usw. an. Das erfordere u.a. ein tägliches Absaugen der Terrasse im Garten, zusätzliche Reinigungen im Haus, und habe den Gemüsegarten praktisch unbenutzbar gemacht; Blattgemüse und Salate könnten – wenn überhaupt – nur nach sechs- bis achtmaligem Reinigen geniessbar gemacht werden. Aufgrund der vorherrschenden Westwindlage falle der Schmutz der Birken praktisch nur auf seinem Grundstück an, bleibe hingegen das Grundstück der Beklagten praktisch verschont.

Das Bezirksgericht erwog im Wesentlichen (vgl. act. 129 S. 13), die Summe und Dauer der Auswirkungen der einzig noch stehenden Birke "F" während praktisch der ganzen Vegetationsperiode (Pollen, Samen und Blätter von März bis November) führten zu einem Übermass. Die Birke "F" stehe an der Grenze zum klägerischen Grundstück, auf dem die Einwirkungen (Pollen, Samenabfall und Blattfall) ganz überwiegend aufträten, währenddem das Grundstück der Beklagten weitgehend davon verschont bleibe. Unter dem Gesichtspunkt des Interessenausgleichs könne eine solche Situation nicht hingenommen werden, weshalb die Birke "F" zu beseitigen sei.

2.3.2 Die Beklagte ist – kurz zusammengefasst – der Meinung, das Bezirksgericht habe in unzulässiger Art ein Übermass an Einwirkungen durch die Birke "F" auf das Grundstück des Klägers angenommen. Es bestehe aufgrund der Beweiserhebungen kein Übermass (vgl. act. 127 S.12 ff.). Und selbst dann, wenn ein solches bestünde, wäre die Beseitigung der Birke "F" nur die ultima ratio, die dann nicht zu ergreifen sei, wenn die Einwirkungen durch geeignete Schutzvorkehrungen auf ein erträgliches Mass reduziert werden könnten. Das Bezirksgericht habe das ungeprüft gelassen, obwohl durchaus Schutzvorkehrungen denkbar seien, nämlich das Anbringen eines geeigneten Zaunes oder die Anordnung eines Rückschnitt-

tes, welchen sie – die Beklagte – im Übrigen auch ohne gerichtliche Anordnung regelmässig habe vornehmen lassen (vgl. act. 127 S. 14/15).

Das Bezirksgericht habe allerdings unrichtig eine zumindest zweitweise starke Belastung des klägerischen Gemüsegartens durch Samen und Blätter festgestellt (vgl. a.a.O., S. 4 f.) und ebenso unrichtig eine aufwändige Reinigung der Gemüse und Salate (vgl. a.a.O., S. 6 f.). Es treffe nicht zu, dass der klägerische Garten zwischen August und November durchgehend mit Samen und Blättern belastet werde; die konkreten Belastungen des klägerischen Grundstücks durch Pollen bzw. Blütenstaub seien gänzlich unbewiesen geblieben (vgl. a.a.O., S. 8). Das gelte selbst dann, wenn man auf das Gutachten abstellen würde, welches das Bezirksgericht eingeholt habe, was jedoch nicht angehe, weil das Gutachten unverwertbar sei (vgl. a.a.O.), denn: Nach Vorliegen des Gutachtens sei ihr – der Beklagten – das rechtliche Gehör verweigert worden; die von ihr beantragten Ergänzungs- und Erläuterungsfragen an den Gutachter seien diesem in Verletzung von Art. 187 Abs. 4 ZPO nicht unterbreitet und in der Urteilsbegründung (zu Unrecht als unwesentlich) "weggefegt" worden; die Voraussetzungen für eine antizipierte Beweiswürdigung seien nicht gegeben gewesen (vgl. a.a.O., S. 9 ff.). Zudem habe das Bezirksgericht Art. 8 ZGB falsch angewandt, indem es ihr – der Beklagten – die Folgen der Beweislosigkeit aufgebürdet habe und nicht dem beweisbelasteten Kläger (vgl. a.a.O., S. 11).

2.3.3 Der Kläger hält die Rügen der Beklagten im Wesentlichen allesamt für unrichtig, wobei er zugleich fast durchgehend bestreitet, was die Beklagte in der Berufungsschrift vorträgt (vgl. act. 139, ab S. 2). Insbesondere hält er dafür, das Bezirksgericht habe den Sachverhalt weder aktenwidrig noch unter Verstoss gegen prozessuale Beweisvorschriften festgestellt (vgl. etwa a.a.O., S. 12). Es habe die Beweismittel richtig gewürdigt und die von ihm vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung sei nicht zu beanstanden; entgegen den Behauptungen der Beklagten seien die Voraussetzungen dafür gegeben gewesen (vgl. a.a.O., S. 12 ff., insbes. S. 14 f.) und es liege keine Gehörsverletzung vor (vgl. etwa a.a.O., S. 17). Es liege auch keine Verletzung von Art. 8 ZGB vor: Das Bezirksgericht habe die von der Birke "F" ausgehenden Einwirkungen auf sein – des Klägers – Grund-

stück als bewiesen angesehen. Es liege damit keine Beweislosigkeit vor, wie die Beklagte behaupte (vgl. a.a.O., S. 18).

2.3.4 Kurze Zusammenfassungen von Parteistandpunkten und -vorbringen, wie hier in den Erw. II/2.3.2-3, geben nicht alles wieder, was die Parteien in ihren Rechtsschriften vorgetragen haben. Im Folgenden werden indessen alle Vorbringen der Parteien in act. 127 und act. 139 berücksichtigt, also auch dann und soweit, wenn bzw. wie das dabei nicht ausdrücklich vermerkt ist.

3. - 3.1 Die Beklagte rügt prozessuale Fehler des Bezirksgerichtes. Sie hält im Wesentlichen Art. 8 ZGB für verletzt und das Gutachten gestützt auf Art. 187 Abs. 4 ZPO wegen Gehörsverletzung für unverwertbar.

3.1.1 Die Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB ist unbegründet. Wie in Erw. II/1.1 dargelegt, war das erstinstanzliche Verfahren noch nach den Regeln der kantonalen Zivilprozessordnung durchzuführen. Die Beklagte befasst sich damit gar nicht. Und sie zeigt auch nicht auf, inwiefern die Beweislast falsch verteilt worden sein soll, behauptet sie doch selbst, der Hauptbeweis für die behaupteten Immissionen habe dem Kläger obliegen. Das Bezirksgericht hat im Beweisauftragsbeschluss gemäss § 136 ZPO/ZH dem Kläger den Hauptbeweis für die von ihm behaupteten Einwirkungen auf sein Grundstück auferlegt (vgl. act. 35). Und es hat hernach die von den Parteien angerufenen Beweismittel im Beweisabnahmebeschluss nach § 140 ZPO/ZH dem entsprechend abgenommen bzw. zur Abnahme vorgesehen (vgl. act. 61). Endlich hat es in Würdigung der abgenommenen Beweismittel (insbesondere Augenschein, Gutachten und Aussagen des Zeugen E._____) sowie des veränderten Sachverhaltes (nur noch die Birke "F" ist von den einst drei Birken vorhanden) die Behauptungen des Klägers – wie vorhin gesehen – im Kern als bewiesen betrachtet, die Birke "F" sondere Pollen, Samen und Blätter auf sein Grundstück ab, und es hat diese Einwirkungen dann in ihrer Gesamtheit sowie in Wertung weiterer konkreter Umstände unter dem Blickwinkel nachbarlichen Interesseausgleichs als übermässig qualifiziert und die von der Beklagten als falsch erachtete Anordnung erlassen, die Birke "F" sei zu beseitigen. Dies ist nicht das Ergebnis falscher Beweislastverteilung, gemäss der die Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte, sondern das Ergebnis einer Beweismittelwürdi-

gung, die den dem Kläger obliegenden Beweis im Wesentlichen als erbracht betrachtete. Der Kläger verweist mit Recht darauf.

Das eben Dargelegte gölte übrigens auch dann, wenn nicht die Regeln der ZPO/ZH zur Anwendung gekommen wären, sondern die der ZPO, weil die Beweisbeschlüsse des Bezirksgerichtes den Anforderungen des Art. 154 ZPO an die Beweisverfügungen offenkundig genügen – sie zeigen an, dass dem Kläger der Hauptbeweis für seine Behauptungen obliegt und welches die zugelassenen Beweismittel sind. Vom Problem der richtigen Beweislastverteilung und den Folgen der Beweislosigkeit, wie es die Beklagte vorträgt, zu unterscheiden ist die Frage der korrekten Beweismittelwürdigung, hier also die Frage, ob das Bezirksgericht im Ergebnis seiner Beweismittelwertung den dem Kläger obliegenden Beweis richtigerweise als erbracht angesehen hat. Das verkennt auch die Beklagte letztlich nicht, denn sie rügt ebenso das unter diversen Aspekten. Und das ist im Folgenden noch zu prüfen.

Anzumerken bleibt an dieser Stelle immerhin noch, dass die Beklagte richtigerweise nicht behauptet, es fielen keine Pollen, Samen und Blätter der Birke "F" auf das Grundstück des Klägers. Sie bestreitet ebenso wenig, dass die Pollen jeweils während der Blütezeit der Birke, die Samen später und die Blätter im Herbst anfallen. Und sie bestreitet schliesslich richtigerweise weder den Standort der Birke "F" nahe der Grenze zum Grundstück des Klägers noch die vorherrschende Westwindlage. Das alles darf insoweit als erstellt gelten und wird im Folgenden ebenso zu beachten sein.

3.1.2 Die Beklagte rügt, das Bezirksgericht habe dem Gutachter die Ergänzungsfragen nicht zur Beantwortung unterbreitet, die sie diesem habe stellen wollen und gemäss Art. 187 Abs. 4 ZPO habe stellen dürfen. Das greift zu kurz, unabhängig davon, dass das erstinstanzliche Verfahren noch nach den Regeln der ZPO/ZH zu führen war, welche zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien analoge Grundsätze wie die ZPO kennen (vgl. § 175 Abs. 2 und §§ 180 f. ZPO/ZH). Zu kurz greift die Rüge zunächst einmal, weil sie übergeht, dass den Parteien der Entwurf der Experteninstruktion zugestellt und die Gelegenheit eingeräumt wurde, Ergänzungsfragen an den Gutachter zu stellen, also Fragen zum Gutachtensgegenstand in Ergänzung der gerichtlichen Fragen (vgl. act. 77 und act. 78). Die

Beklagte erklärte sich mit der Instruktion und den gerichtlichen Fragen an den Gutachter einverstanden und behielt sich nur Ergänzungen oder Einwendungen vor, falls der Kläger seinerseits Ergänzungen oder Einwendungen vorbringen sollte (vgl. 81). Das war nicht der Fall. Das rechtliche Gehör der Beklagten war insoweit gewahrt und es bestand kein Anlass, ihr im nachhinein noch die Möglichkeit einzuräumen, Ergänzungsfragen an den Gutachter zu stellen, die sie bereits mit der Instruktion hätte stellen lassen können.

Möglich und zulässig waren daher nach Vorliegen des Gutachtens als Ergänzungsfragen noch sog. Anschlussfragen, also Fragen, die erst durch das Gutachten veranlasst wurden; im Wesentlichen geht es um Fragen, die der Klärung oder Ergänzung dessen dienen, was der Gutachter im Gutachten dargelegt oder in Beantwortung der im Gutachtensauftrag gestellten Fragen gerade nicht dargelegt hatte, immer bezogen auf den Beweisgegenstand, zu dem das Gutachten angeordnet wurde. Das Bezirksgericht hat die Fragen, die die Beklagte nach Erstattung des Gutachtens dem Gutachter noch unterbreiten wollte, insgesamt – wie die Beklagte selbst vermerkt – als nicht mit dem Beweisgegenstand vereinbar bzw. diesen nicht erhellend betrachtet. Und es erachtete insofern auch das Gutachten in den für den Entscheid wesentlichen Punkten als hinreichend klar, hätte es doch sonst das Gutachten von Amtes wegen ergänzen oder erläutern lassen müssen (vgl. § 181 ZPO/ZH).

Die Beklagte setzt sich mit allen diesen Gesichtspunkten in der Berufung nicht näher auseinander (vgl. act. 127 S. 9 f.). Sie legt insbesondere nicht näher oder gar stichhaltig dar, inwiefern die Auffassung des Bezirksgerichtes, die nachträglich gestellten Ergänzungsfragen hätten mit dem Beweisgegenstand nichts Näheres zu tun, falsch sein soll und welche ihrer Ergänzungsfragen, die sie hat stellen wollen, die Beweisgegenstände betrafen, zu denen das Gutachten angeordnet worden war (vgl. dazu act. 78 S. 2, Dispositivziffer 2); sie zeigt auch nicht näher oder gar stichhaltig auf, inwiefern die Ergänzungsfragen, die sie hat stellen wollen, der Beseitigung von Unklarheiten, von Unvollständigem oder nicht gehörig Begründetem im Gutachten gedient hätten (vgl. act. 127 S. 9 f.). Das alles liegt nicht auf der Hand. Die Beklagte genügt insoweit ihrer Begründungsobliegenheit im Berufungsverfahren (vgl. vorn Erw. II/1.2) nicht und es erweist sich ihre Rüge

der Gehörsverletzung deswegen, aber ebenfalls sachlich, als offenbar unbegründet. Um ebenso das nicht zu vergessen: Die Beklagte rügt unter dem Titel der Gehörsverletzung vor allem die Würdigung des Gutachtens durch das Bezirksgericht bzw. der Beweismittel (vgl. a.a.O.), indem sie ihm etwa falsche bzw. gegen das Gutachten verstossende Schlussfolgerungen vorwirft (siehe etwa a.a.O., S. 9) oder moniert, das Bezirksgericht habe auf die allgemeine Lebenserfahrung abgestellt usw. (a.a.O., S. 10). Mit der geltend gemachten Gehörsverletzung (Recht auf Ergänzungsfragen beschnitten) hat das alles offenkundig nichts zu tun.

Müssig ist es bei diesem Ergebnis, auch noch darauf hinzuweisen, dass ein Grossteil der sog. Ergänzungsfragen (wie z.B. zu Hasel, Erle, Eiche, Fichte, Buche, Esche etc., ferner zu anderen Birken in der Umgebung) ohnehin entweder bereits mit der Instruktion hätte gestellt werden können (vgl. auch act. 69), worauf die Beklagte aber – wie gesehen (vgl. act. 81) – gerade ausdrücklich verzichtet hat, oder/und nicht den jeweiligen Beweisgegenstand betrifft. Hinzu kommt schliesslich, dass ein Teil der Ergänzungsfragen Themen konkreter Gegenbeweisführung beschlagen, was entsprechende Sachverhaltsbehauptungen der Beklagten voraussetzte. Dass sie im erstinstanzlichen Behauptungsverfahren (das noch vor dem Einzelgericht stattfand) dergleichen Sachverhaltsdarstellungen substantiiert vorgetragen hatte, namentlich zum Quartierüblichen bei Birken (ausser, dass solche üblich seien, nicht hingegen etwa, wo jeweils), aber ebenso zu Hasel, Erlen usw. behauptet die Beklagte nirgends. Insoweit wären entsprechende Fragen auch nicht zulässig gewesen; denn weder nach den Regeln der ZPO/ZH noch nach denen der ZPO gestattet das Recht auf Ergänzungsfragen im Beweisverfahren, Sachverhalte in den Prozess einzubringen, die im Behauptungsverfahren vergessen wurden (vgl. §§ 113-115 und 119-121 ZPO/ZH, ferner Art. 229 Abs. 1-2 ZPO).

3.2 Die Beklagte rügt mehrere unrichtige Sachverhaltsfeststellungen des Bezirksgerichtes (vgl. act. 127 S. 3 ff.). Im Wesentlichen geht es dabei – erneut – um eine Kritik an der Wertung bzw. Würdigung der Beweismittel durch das Bezirksgericht auf S. 11 f. des angefochtenen Urteil sowie um die Schlüsse, welche das Bezirksgericht im Sinne auch von Tatsachenfeststellungen aus den Beweismitteln gezogen hat. Zu prüfen ist daher, ob und inwieweit die entsprechenden Tatsa-

chenfeststellungen des Bezirksgerichtes zutreffen, die es seiner anschliessenden Wertung des Übermasses zugrunde gelegt hat.

3.2.1 Vorab ist dabei nochmals zu erwähnen, dass auch von der Beklagten letztlich anerkannt ist (vgl. insbes. vorn Erw. II/3.1.1, a.E.) und nur schon deshalb als erstellt gelten darf, dass die vorherrschenden Winde auf den Grundstücken der Parteien Westwinde sind, dass die Birke "F" in unmittelbarer Nähe des Grundstücks des Klägers steht (vgl. auch act. 82/19), das östlich des Grundstücks der Beklagten liegt (vgl. auch act. 98, letztes Blatt) und dass die Birke "F" auf das klägerische Grundstück Pollen sowie Samen absondert und im Herbst ihre Blätter.

Das Bezirksgericht hielt des Weiteren fest, die Birke "F" sei breit gewachsen (act. 129 S. 12: die breit gewachsene Birke). Das ist durch die Bilder, die anlässlich des Augenscheins im April 2014 aufgenommen wurden, erstellt: Act. 82/12 zeigt eine breit gewachsene Birke, deren oberste Äste stark nach Süden auskragen (im Bild nach links). Die Feststellung, die Birke sei breit gewachsen, wird von der Beklagten daher in der Berufung richtigerweise nicht in Abrede gestellt.

3.2.2 Das Bezirksgericht stellte fest, Birken würden überdurchschnittlich viel Pollen produzieren, erwähnte eine Blütezeit in den Monaten März bis Mai, eine Hauptblütezeit innert dieser Zeitspanne von zwei bis vier Wochen sowie eine Nachblüte von vier bis acht Wochen (vgl. act. 129 S. 12).

Was daran falsch sein soll, legt die Beklagte nicht dar. Sie rügt nur Folgerungen des Bezirksgerichts, die auf diesen Tatsachenfeststellungen fussen (vgl. act. 127 S. 7). Die bezirksgerichtlichen Tatsachenfeststellungen (die sich im Übrigen auf gutachterliches Fachwissen abstützen) zur Blütezeit und zur überdurchschnittlichen Pollenproduktion von Birken (also im Vergleich zu anderen Bäumen) gelten daher ohne Weiteres als erstellt.

3.2.3 Zu den Samen stellte das Bezirksgericht fest, diese fielen hauptsächlich in den Monaten August bis September an (vgl. act. 129. S. 11) und seien hartnäckig klebrig (a.a.O., S. 12: hartnäckig kleben). Das Bezirksgericht stützt sich dabei auf die Aussage des Zeugen E._____ (vgl. a.a.O.), von Beruf Förster und daher doch wohl fachkundig. E._____ gab Folgendes zu Protokoll (siehe VI-Prot. CG110002, S. 67): "Der Birkensamen klebt überall". Das rechtfertigt es, Birkensamen als

klebrig zu bezeichnen. Was die Beklagte dagegen vorbringt, u.a. unter Auslassung gerade auch dessen, was der Zeuge zu Protokoll gab (vgl. act. 127 S. 7), geht daher fehl. E._____ fügte zudem illustrierend an, dass es dann, wenn der Samen etwa auf einer feuchten Tomate kleben bleibe und lange dort bleibe, hartnäckig sei, ihn zu entfernen (vgl. a.a.O.).Insoweit kann man das Kleben der Samen als hartnäckig bezeichnen und es darf jedenfalls als erstellt gelten, dass Birkensamen überall kleben, zuweilen auch hartnäckig.

3.2.4 Das Bezirksgericht stellte fest, die Blätter von Birken fielen hauptsächlich in den Monaten Oktober und November ab (act. 129 S. 11 und 12). Die Behauptungen der Beklagten, die unterstellen, das Bezirksgericht habe anderes festgestellt (vgl. act. 127 S. 4 und 8), gehen folglich fehl. Dass die Feststellung, die das Bezirksgericht getroffen hat, falsch wäre, behauptet die Beklagte ansonsten nicht, und wohl mit Fug: Es ist allgemein bekannt sowie alljährlich festzustellen, dass Birken – wie die meisten anderen Laubbäume auch – ihre Blätter hauptsächlich im Herbst verlieren, also vor allem im Oktober und November. Es darf das folglich ohne Weiteres als erstellt gelten.

3.2.5 Zu den Einwirkungen der Birke "F" auf das Grundstück des Klägers hielt das Bezirksgericht fest, diese bestünden in einem überdurchschnittlichen Anfall von Pollen in der Blütezeit (März bis Mai), dabei während zwei bis vier Wochen stark, ferner in einem Anfall von Samen im August und September und von Laub vor allem im Oktober und November (vgl. act. 129 S. 12). Nach dem vorhin Dargelegten erweist sich das grundsätzlich als zutreffend, sondert doch die Birke "F" in den besagten Zeiten Pollen, Samen und Laub ab und steht diese Birke unmittelbar neben dem Grundstück des Klägers. Nicht zu beanstanden ist ferner der Schluss des Bezirksgerichtes, der Anfall von Pollen, Samen und Blättern belaste das Grundstück des Klägers aufgrund des Standortes des Baumes sowie der vorherrschenden Westwindlage (vgl. a.a.O.). Ob das Grundstück der Beklagten vom Anfall der Pollen, Samen und Blätter der Birke "F" weitgehend verschont bleibt, wie das Bezirksgericht auch noch feststellte, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Immerhin verfrachten Westwinde Pollen, Samen und Blätter ostwärts, also auf das Grundstück des Klägers, und gibt es keine Verfrachtung gegen die Wind-

richtung. Das ist gewissermassen eine Common-Sense-Banalität, für die es keine gutachterlichen Feststellungen braucht. Dasselbe gilt für die implizite Feststellung des Bezirksgerichtes, das Grundstück des Klägers bliebe dann von den Einwirkungen verschont, die die Birke "F" verursacht, wenn es diese Birke nicht gäbe. Unbestrittenermassen befindet sich sodann keine weitere Birke in unmittelbarer Nähe des Grundstücks des Klägers, namentlich nicht auf dessen Westseite: Die Beklagte hat nur behauptet, es habe im Quartier weitere Birken (vgl. act. 7 S. 8) und sie verwies ebenso auf den Waldrand, der indessen ziemlich weit vom klägerischen Grundstück entfernt ist und nördlich bzw. nordöstlich davon liegt (vgl. act. 48/12). Auch anlässlich des Augenscheins, auf den die Beklagte verweist, wurde keine Feststellung dazu getroffen, in unmittelbarer Nähe des klägerischen Grundstücks stünden weitere Birken (vgl. Vi-Prot. CG110002, S. 57): Übereinstimmend stellten die Parteien damals Entfernungen von 300 Metern fest und konstatierte der Rechtsvertreter der Beklagten alleine ein Mal eine Entfernung von 50 Metern. Die Birke "F" steht zwei Meter neben dem Zaun und Äste ragen z.T. an bzw. knapp über diesen (vgl. act. 82/19). Nicht zu beanstanden, sondern schlüssig, im Einklang mit der allgemeinen Lebenserfahrung, ist daher die Folgerung des Bezirksgerichts, die in Frage stehenden Einwirkungen gingen ganz überwiegend von der Birke "F" aus.

Was das Ausmass der Einwirkungen betrifft, so wurden gemäss angefochtenem Urteil während der Hauptblütezeit anlässlich des Augenscheins gelbliche Staubspuren von Pollen festgestellt, wobei der Augenschein fünf Tage nach einem Starkregen stattgefunden hatte (vgl. act. 129 S. 11). Diskrete Spuren von Pollenstaub wurden auch im Fensterbereich des klägerischen Hauses festgestellt. Das deckt sich im Wesentlichen mit der Tatsache, dass Birken überdurchschnittlich viel Pollen produzieren (und es ist insoweit müssig zu prüfen, inwieweit der Staub auch noch durch Pollen von anderen Bäumen auf anderen Liegenschaften mitverursacht wurde, ganz abgesehen davon, dass die Beklagte im Hauptverfahren dazu nichts näher Fassbares, also Substanziertes vorgetragen hat; vgl. act. 7 und Vi-Prot. FO090110, dort S. 4/5 und S. 9 ff.).

Gestützt auf das Gutachten ist – wie die Beklagte richtig vermerkt (vgl. act. 127 S. 4) – weiter festzustellen, dass an Tagen mit starkem Anfall von Blät-

tern und Samen Gemüse und Salat stark verschmutzt sein können (vgl. act. 98 S. 4 [zu Frage 8]). Das heisst zugleich, dass an Tagen mit starkem Samen- und/oder Blattanfall eher viele Samen und/oder Blätter auf das Grundstück des Klägers fallen. E contrario bedeutet das überdies, dass an Tagen ohne starken Anfall von Samen und Blättern keine starke Verschmutzung eintritt, sondern nur eine Verschmutzung, und ebenso, dass an Tagen, an denen kein Anfall besteht, keine Verschmutzung eintritt. Das deckt sich mit der allgemeinen Lebenserfahrung (und insoweit bedarf es eigentlich keiner gutachterlichen Feststellung). Der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht es überdies, dass Gärten nicht täglich gereinigt werden (und insoweit auch nicht müssen), Gemüse und Salat nur dann gereinigt werden, wenn sie genossen werden sollen (und ansonsten nicht zu reinigen sind). Das rechtfertigt es, die Verunreinigung des klägerischen Grundstücks mit Samen und Blättern während der jeweiligen Hauptzeiten (August und September bei den Samen, Oktober und November bei den Blättern) als praktisch durchgehend zu bezeichnen, sowie zeitweise als stark.

Der Zeuge E. _____ hielt fest, es sei die Reinigung von Salat und Blattgemüse, auf das Samen und Blätter fielen, ein Problem. Wie viel Mal dieses gewaschen werden müsse, wisse er nicht, das komme auf die Art des Waschens an. (vgl.

Vi-Prot. CG110002, S. 67). Das Bezirksgericht folgerte u.a. daraus, das Waschen von Gemüse bzw. Salat, auf das Samen und Blätter fielen, sei aufwändig. Die Beklagte rügt das, legt aber nicht dar, inwiefern das falsch ist oder sein könnte. Es leuchtet jedenfalls ohne Weiteres ein, dass die Reinigung von Salaten usw., auf die Blätter und Samen fielen, aufwändiger ist als das Waschen von Salaten, auf die weder Blätter noch Samen gefallen sind. Birkensamen kleben sodann gemäss dem Zeugen E. _____ auf feuchten glatten Oberflächen (wie z.B. Tomaten), worauf vorhin bereits verwiesen wurde, und es erweist sich deren Entfernung dann als hartnäckig. Endlich verfügen Salate und Blattgemüse häufig über mehr oder weniger glatte Oberflächen, die bekanntlich im Freien gerade im Spätsommer und Frühherbst immer wieder Mal feucht sind, ohne dass es regnet.

Es erübrigt sich daher an sich die Anmerkung, auch der Gutachter habe die Reinigung von Gemüse und Salat nach starkem Befall mit Samen und Blätter als

aufwändig beschrieben (Waschen genüge nicht, die Samen und Blätter müssten von Hand aus dem Gartengut herausgelesen werden; vgl. act. 98 S. 3).

3.3 Zu prüfen bleibt somit noch, ob die vorhin unter Erw. II/3.2 festgestellten Einwirkungen der Birke "F" auf das Grundstück des Klägers als übermässig i.S. des Art. 684 ZGB zu gewichten sind und ob das gestützt auf Art. 679 ZGB zu deren Beseitigung zu führen hat.

3.3.1 Die Beklagte verneint beides. Dabei ist sie insbesondere auch der Meinung, ein allfälliges Übermass lasse sich durch geeignete Schutzvorkehrungen auf ein erträgliches Mass herabsetzen (act. 127 S. 14). Und sie bezeichnet als solche Schutzvorkehrungen das "Anbringen eines geeigneten Zaunes oder die Anordnung eines Rückschnittes", wobei sie zugleich festhält, letzteren nehme sie ohnehin regelmässig von sich aus vor (vgl. a.a.O., S. 15). Damit behauptet sie u.a. folgende Tatsachen: Erstens, es gebe irgendwelche geeigneten Zäune, ohne indes zu sagen, welche das sind. Zweitens behauptet sie, ein Rückschnitt – wie schon freiwillig geübt – mindere Einwirkungen auf ein erträgliches Mass.

Was die geeigneten Zäune betrifft, so hat die Beklagte im erstinstanzlichen Hauptverfahren nie behauptet (vgl. act. 7 sowie Vi-Prot. FO090110, dort S. 4/5 und S. 9 ff.), es gebe solche Zäune, wie sie überhaupt damals nichts zu möglichen mindernden Massnahmen ausführte, obwohl sie das bereits damals offensichtlich gekonnt hätte. Sie trägt folglich insoweit neue Tatsachen vor, die im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich zu bleiben haben. Dass die neue Behauptung "geeigneter" Zäune zudem in einem wesentlichen Punkt unsubstanziert blieb, nämlich in der näheren Bezeichnung der Eignung der Zäune, kommt hinzu. Ein Zaun besteht im Übrigen bereits. Erwiesen sich die Einwirkungen auf das klägerische Grundstück als übermässig, bliebe jedenfalls unerfindlich, was für ein Zaun geeignet sein könnte, die Blätter und Samen der über acht Meter hohen und nur zwei Meter vom Garten des Klägers entfernt stehenden Birke einigermaßen abzuhalten. Und das herauszufinden wäre schliesslich nicht Sache des Gerichtes, sondern müsste im Einzelnen von der Beklagten behauptet worden sein. Dasselbe gälte für andere allfällige geeignete Vorkehrungen, die die Be-

klagte mit ihrem Hinweis "etwa die Anbringung ..." lediglich antönt (vgl. act. 127 S. 15)

Untauglich ist – worauf auch der Kläger hinweist – der Einwand des Rückschnitts, wie bislang regelmässig und freiwillig (siehe aber Vi-Prot. FO090110, dort S. 10: massiver Druck) vorgenommen. Denn erweisen sich die Einwirkungen der schon unter Rückschnitt gehaltenen Birke als übermässig, vermag der Rückschnitt sie offensichtlich nicht zu vermindern.

3.3.2 Das Bezirksgericht hat seinen Überlegungen, weshalb die Birke "F" insgesamt übermässige Einwirkungen auf das Grundstück des Klägers verursacht (vgl. act. 129 S. 12 f.), die Feststellungen zu Grund gelegt, die vorn in Erw. 3.2 erwähnt wurden. Es kann daher vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Lediglich in einem Punkt wich es davon leicht ab, nämlich hinsichtlich der Verschmutzung bzw. Verunreinigung des Gemüsegartens. Diese erachtete es schlicht als "stark" und nicht wie hier als zuweilen stark. Am Gesamtergebnis vermag das indessen nichts Wesentliches zu ändern. Denn auch wenn die Verschmutzungen bzw. Verunreinigungen nur zeitweilig stark sind, bleibt es bei dauernder Verunreinigung in den Hauptanfallszeiten für Samen und Blätter, was über nur Lästiges hinausgeht und ebenso über das, was üblicherweise an Verunreinigung durch nachbarliche Gartenbepflanzungen zu tolerieren ist. Auch im Übrigen erweisen sich Erwägungen des Bezirksgerichtes, die sich im vorhin gezeichneten rechtlichen Rahmen halten, grundsätzlich als zutreffend, weshalb auf sie zu verweisen ist. Präzisierend bzw. ergänzend gilt noch, was folgt.

Die Quartierüblichkeit, die die Beklagte anruft, ist nicht ausschlaggebend. Denn es geht nicht darum, dass sich irgendwo auf ihrem Grundstück eine Birke befindet, welche Pollen, Samen und Blätter absondert, sondern darum, dass die Birke "F" unmittelbar neben dem Garten der Kläger steht und auf Grund der vorherrschenden Westwindlage insbesondere deren Samen und Blätter in erheblichem Masse auf das Grundstück des Klägers verfrachtet werden und weniger auf das der Beklagten. Die Wahl des Standortes der Birke "F" so nahe am Nachbargrundstück hat die Beklagte zu vertreten und damit auch deren Folgen. Die Beklagte behauptet sodann nicht, es entspreche dem im Quartier Üblichen, Birken

mit Blick auf die vorherrschende Westwindlage jeweils im Osten des eigenen Grundstücks nahe an die Grenzen des Nachbargrundstücks zu pflanzen. Sie behauptet auch nicht, an einem anderen Standort in ihrem Garten, mehr in der Mitte, vor ihrem Haus, oder noch mehr westwärts, führe zu den gleichen Einwirkungen auf das klägerische Grundstück, was denn doch lebensfremd wäre und übrigens im Sommer/Herbst, vor dem Blattabfall, u.a. auch zu einer wesentlich grösseren Beschattung des eigenen Grundstückes führte als der bestehende Standort. Ihre Kritik an den Erwägungen des Bezirksgerichts (vgl. act. 127 S. 13), der aktuelle Standort der Birke "F" komme nicht von ungefähr, fällt insoweit ins Leere und bleibt gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO überdies unbeachtlich, wie neu (vgl. act. 7 und Vi-Prot. FO090110, dort S. 4/5 und S. 9 ff.) von der Beklagten behauptet wird, die Birke sei schon dort gestanden, als sie das Grundstück erworben habe. Die Kritik fällt zudem insoweit ins Leere, wie die Beklagte auf ihre Interessen verweist und dabei auf ihre schöne Aussicht (vgl. act. 127 S. 12/13). Diese geht nämlich in südwestlicher Richtung unbehindert von grösseren Bäumen über den Garten (vgl. act. 48/9, ferner etwa act. 82/22).

Der Beklagten ist, um auch das zu erwähnen, durchaus ein Interesse an Sichtschutz sowie an der freien Verfügung über ihr Eigentum zuzubilligen (vgl. act. 127 S. 12). Letzteres steht allerdings auch dem Kläger zu. Und aus dem Recht der Beklagten auf freie Verfügung lässt sich gerade unter dem Gesichtspunkt des Interessenausgleichs keine Verpflichtung des Klägers ableiten, den Hauptharst des alljährlichen pflanzlichen Abfalls der Birke "F" vor allem an Samen und Blättern auf seinem Grundstück zu ertragen und zu beseitigen. Dass es sich gerade umgekehrt verhalte, nämlich dass sie bzw. ihr Grundstück den Hauptanteil an Samen- und Blattabfall der Birke "F" zu tragen habe, behauptet die Beklagte endlich in ihrer Berufungsschrift so nicht – mit Blick auf die vorherrschende Westwindlage und den Standort der Birke denn doch mit Fug. Sie bestreitet lediglich, um auch das noch zu erwähnen, die bezirksgerichtliche Feststellung, ihr Grundstück werde weitgehend verschont (vgl. act. 127 S. 13).

3.3.3 Das Bezirksgericht hat somit im Ergebnis zu Recht auch ein Übermass an Einwirkungen bejaht. Das führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des Urteils im noch angefochtenen Punkt.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend sind die Prozesskosten zu verlegen (vgl. Art. 106 ZPO).
2. Im Berufungsverfahren ging es einzig noch um die Birke "F" und deren Einwirkungen auf das klägerische Grundstück. Die Beklagte unterliegt in diesem Punkt vollständig. Im Übrigen bleibt es beim angefochtenen Urteil, dessen Kostendispositiv insoweit unangefochten blieb. Das führt im Ergebnis zu seiner gesamthaften Bestätigung.
3. Die Prozesskosten des Berufungsverfahrens sind der vollumfänglich unterliegenden Beklagten aufzuerlegen. Für die Bemessung der Entscheidunggebühren gemäss § 12 Abs. 1-2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG und die der Parteientschädigung gemäss § 13 Abs. 1-2 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV ist von einem Streitwert von Fr. 38'000.- auszugehen, den die Beklagte so veranschlagte (vgl. act. 133) und den der Kläger nicht bestritt (vgl. act. 139). Mehrwertsteuerersatz ist bei der Parteientschädigung nicht zuzusprechen, weil ein solcher nicht verlangt wurde (vgl. act. 139 S. 2).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 27. Oktober 2015 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühren wird auf Fr. 4'500.- festgesetzt, der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'900.- zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem 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).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 38'000.-.

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. M. Hinden

versandt am: