

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF120011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 8. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Befehl**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 31. August 2011 (ER110007)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Der Beschwerdeführer und Beklagte (nachfolgend Beklagte), wohnhaft an der ...-Str. ... in C._____, ist Nachbar des Beschwerdegegners und Klägers (nachfolgend Kläger), wohnhaft an der ...-Str. ... ebenfalls in C._____. Zwischen den Parteien bestehen – soweit aktenkundig – seit dem Jahr 2005 nachbarrechtliche Streitigkeiten über die Bepflanzung des Grenzbereichs ihrer angrenzenden Grundstücken. Streitgegenstand sind hauptsächlich das Zurückschneiden von Sträuchern und Bäumen sowie ein aufgestellter Stacheldrahtzaun und Kompost etc. Darüber bestehen mittlerweile diverse gerichtliche Vereinbarungen und Entschiede (act. 4/13; act. 16/2; 16/1 = act. 25; act. 10 = act. 13 = act. 15).

1.2 Mit Eingabe vom 4. Juli 2011 gelangte der Kläger an das Bezirksgericht Andelfingen. Er monierte, der Beklagte würde sich der Einhaltung der friedensrichterlichen Vereinbarung widersetzen, weshalb dessen Sträucher mittlerweile auf der ganzen Länge der Grenze bis zu einem Meter herrüber ragen würden. Der Beklagte habe die Grosszügigkeit des Friedensrichters bereits etliche Male strapaziert und die jetzige Nichteinhaltung sei einfach zuviel. Er – der Kläger – erachte die Vereinbarung mit dem Friedensrichter als gegenstandslos und die gerichtlichen Bestimmungen als rechtskräftig. Es sei eine Gerichtssitzung anzusetzen (act. 1).

Der Einzelrichter legte das Geschäft als Befehlsverfahren im summarischen Verfahren an und lud die Parteien auf den 11. Juli 2011 vor (act. 2). Nach Durchführung der Hauptverhandlung stellte er den Parteien am 15. Juli 2011 einen schriftlichen Vereinbarungsvorschlag zu (act. 5 u. 6). Dieser wurde von beiden nicht unterzeichnet, worauf der Einzelrichter unter dem Datum des 31. August 2011 das Urteil fällte. Der Versand des begründeten Urteils erfolgte am 13. Februar 2012 (act. 10 S. 6). Der Einzelrichter erkannte was folgt (act. 10 S. 4 f.):

"1. Die in der Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 23. September 2005 enthaltene Vereinbarung wird durch nachstehende Bestimmungen ersetzt bzw. ergänzt:

- a) *Der Beklagte A._____ wird verpflichtet, sämtliche von seinem Grundstück auf das Nachbargrundstück wachsenden Pflanzen bzw. Pflanzenteile jederzeit so unter der Schere zu halten, dass das Grundstück des Klägers B._____ nicht tangiert wird (Kapprecht und Kapppflicht gemäss Art. 687 ZGB).*

- b) *Der Kläger B._____ wird verpflichtet, seine Kompostsilos bis spätestens am 31. März 2012 auf seine Kosten durch eine geschlossene Kompostanlage zu ersetzen oder die bestehenden aus dem Grenzbereich des Beklagten zu entfernen. Diese hat er sorgfältig zu pflegen, so dass negative Nebenerscheinungen auf das Minimum reduziert werden können. Ausserdem hat er zukünftig darauf zu verzichten, tote Pflanzenteile, Kompost, Erde oder anderes Biomaterial entlang des Grenzzauns abzulagern.*

- c) *Der Beklagte A._____ wird aufgefordert, bis spätestens am 31. März 2012 den auf dem Grenzzaun befestigten Stacheldraht zu entfernen.*

[Dispositiv-Ziffern 2-8]"

1.3 Dagegen legte der Beklagte ein Rechtsmittel ein und beantragte, es seien die Verpflichtungen nach den Ziffern 1.a) und 1.c) abzuweisen (act. 14). Mit Verfügung der Kammer vom 24. Februar 2012 wurde den Parteien Frist angesetzt zur Bezifferung des Streitwerts für das Verfahren (act. 17). Das Sistierungsgesuch des Klägers wurde mit Verfügung vom 9. März 2012 abgewiesen und zugleich eine Fristerstreckung gewährt (act. 22). Mangels Einigung der Parteien über den Streitwert bezifferte die Kammer diesen mit Verfügung vom 14. März 2012 auf Fr. 2'000.–. Die eingelegte Berufung wurde demzufolge als Beschwerde entgegengenommen. Der vom Beklagten einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 450.– ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 26; act. 28). Mit Verfügung vom 7. Mai 2012 wurde dem Kläger eine zehntägige Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 29). Am 21. Mai 2012 (Datum Poststempel 18. Mai 2012 = letzter Tag der Frist) stellte der Kläger ein Fristerstreckungsgesuch (act. 31). Dieses wurde unter Hinweis auf Art. 322 Abs. 2 i.V.m. Art. 321 Abs. 2 und Art. 144 Abs. 1 ZPO abgewiesen (act. 32). Eine Beschwerdeantwort liegt nicht vor.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-11). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Vorladung / Anträge

2.1 Mit Schreiben vom 5. Juli 2011 lud der Gerichtspräsident die Parteien zur Verhandlung auf den 11. Juli 2011 vor (act. 2). Die versendete Vorladung weist diverse Mängel auf. Die Vorinstanz ist darauf hinzuweisen, dass gerichtliche Vorladungen den inhaltlichen Anforderungen von Art. 133 f. ZPO entsprechen müssen. Zum einen geht aus der Vorladung nicht hervor, in welcher Eigenschaft die jeweiligen Personen vorgeladen wurden und zu welcher Prozesshandlung (Art. 133 lit. c und e ZPO). Weiter ist nicht ersichtlich, wie die Säumnisfolgen lauten (lit. f). Im Übrigen muss eine Vorladung mindestens zehn Tage vor dem Erscheinungstermin versandt werden (Art. 134 ZPO). Ausnahmen sind nur in dringenden Fällen gestattet oder wenn das Gesetz etwas anderes bestimmt (Art. 134 ZPO), was im vorliegenden Verfahren nicht der Fall war.

2.1 Die vom Einzelrichter im vorinstanzlichen Protokoll und im Urteil vom 31. August 2011 aufgeführten Rechtsbegehren bzw. Anträge sind widersprüchlich und stimmen nicht überein (Prot. VI S. 2; act. 13 S. 2). In der Eingabe vom 4. Juli 2011 (act. 1) stellte der Kläger keine konkreten Anträge. Er gab lediglich an, er erachte die Vereinbarung mit dem Friedensrichter als gegenstandslos und die gerichtlichen Bestimmungen als rechtskräftig (act. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 11. Juli 2011 konkretisierten bzw. stellten die Parteien ihre Anträge (Prot. VI S. 2):

Anträge des Klägers:

1. Jederzeitiges zurückschneiden der die Grenze überragenden Pflanzenteile durch den Beklagten.
2. Auferlegung einer Konventionalstrafe von max. Fr. 1'000.– im Wiederhandlungsfall.
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

Zusatzantrag des Klägers:

Der Beklagte sei zu verpflichten, den Stacheldraht auf dem Grenzzaun zu entfernen.

Anträge des Beklagten:

1. Vollständige Abweisung des klägerischen Begehrens.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Zusatzantrag des Beklagten:

Der Kläger sei zu verpflichten, einen Streifen von 50 cm Breite von Pflanzenlagerungen freizuhalten und die beiden dort befindlichen Kompostsilos zu versetzen.

2.2 Im Urteil vom 31. August 2011 nahm der Einzelrichter schliesslich folgendes Rechtsbegehren (sinngemäss) des Klägers auf (act. 13 S. 2):

- "1. Die in der Verfügung vom 23. September 2005 enthaltene Vereinbarung (FO050004; act. 13) sei als gegenstandslos anzusehen.
2. Die nachbarrechtliche Auseinandersetzung sei durch das Gericht neu zu beurteilen."

2.3 Das an der Hauptverhandlung abgeänderte bzw. ergänzte und im Protokoll aufgenommene Rechtsbegehren muss mit dem im Endentscheid aufgeführten Rechtsbegehren übereinstimmen. Überdies muss ein Rechtsbegehren so bestimmt sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Dispositiv des Urteils gemacht und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden kann (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 221 N 28). Das vom Einzelrichter im Urteil aufgenommene Rechtsbegehren entspricht diesen Anforderungen nicht, zumal daraus nicht abgeleitet werden kann, was der klägerischen Partei nach dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) zuzusprechen wäre. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Einzelrichter nicht die rechtsgenügenden Anträge gemäss Protokoll ins Urteil übernommen hat, obwohl er im Dispositiv (zumindest teilweise) die Anträge der Parteien gemäss Protokoll guthiess (vgl. Prot. VI S. 2 mit act. 13 S. 4 f.). Im Übrigen ist der Einzelrichter darauf hinzuweisen, dass über alle gestellten Anträge zu entscheiden ist. Demnach wäre der Antrag des Klägers, dem Beklagten im Widerhandlungsfalle eine Konventionalstrafe aufzuerlegen (vgl. Prot. VI S. 2), formell abzuweisen gewesen (vgl. act. 13 S. 4 f.).

Der Beklagte stellte anlässlich der Verhandlung einen "Zusatzantrag" bezüglich Versetzung der Kompostsilos (Prot. VI S. 2). In prozessualer Hinsicht entspricht ein solcher Antrag einer Widerklage im Sinne von Art. 224 ZPO. Wird eine solche erhoben, hat das Gericht die Parteien im Rubrum bzw. im Protokoll entsprechend

zu bezeichnen und sodann hat es ein Widerklageverfahren durchzuführen. Eine Widerklage ist zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist (Art. 224 ZPO). Der Einzelrichter äusserte sich jedoch weder im Zusammenhang mit dem Hauptbegehren noch mit der Widerklage zur Verfahrensart und er prüfte auch nicht, ob eine Widerklage überhaupt zulässig gewesen wäre. Er fällte stattdessen ein Urteil betreffend Befehl (vgl. act. 13 S. 1 unten). Das Befehlsverfahren nach dem früheren Art. 222 Ziff. 2 ZPO/ZH wird neurechtlich Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen genannt (vgl. Art. 257 ZPO). In den Erwägungen wäre sowohl das Hauptbegehren als auch das Widerklagebegehren im Lichte des genannten Artikels zu prüfen gewesen. Rechtsschutz in klaren Fällen ist nämlich nur dann zu gewähren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar, und die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO). Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, darf das Gericht auf das Gesuch nicht eintreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

3. Abgeurteilte Sache

3.1 Der Beklagte moniert unter anderem, die Verpflichtungen gemäss Dispositivziffern 1.a) und c) des vorinstanzlichen Urteils seien aufzuheben, weil die Forderungen des Klägers bereits in früheren Prozessen behandelt worden seien (act. 14 unten). Sinngemäss macht der Beklagte damit geltend, einer Neubeurteilung der Forderungen stehe die Bindungswirkung vorangegangener Endentscheide entgegen. Aus dem sehr rudimentär abgefassten Protokoll geht nicht hervor, ob der Beklagte schon vor Vorinstanz vorbrachte, dass die im Raum stehenden Forderungen bereits abgeurteilt worden sind. Diese Frage kann aber offen bleiben, da der Einzelrichter von der gerichtlichen und der friedensrichterlichen Vereinbarung (act. 4/13; act. 16/1) Kenntnis hatte und das Urteil vom 19. Januar 2009 vom Bezirksgericht Andelfingen selber gefällt worden ist. Auch ohne entsprechende Vorbringen des Beklagten hätte der Einzelrichter deshalb die Bindungswirkung dieser Urteile bzw. Urteilssurrogate prüfen müssen.

3.2 Der Vorderrichter begründete das Urteil vom 31. August 2011 wie folgt (act. 13 S. 2 ff.): Mit Verfügung vom 23. September 2005 (act. 4/13) sei die nachbarrechtliche Angelegenheit zwischen B._____ (Kläger) gegen A._____ (Beklag-

ter) im Verfahren FO050004 des Bezirksgerichts Andelfingen als durch Vergleich erledigt abgeschrieben worden. Darin habe sich der Beklagte verpflichtet, die Vegetation seines Gartens jährlich bis Ende April so zurückzuschneiden, dass ein Grenzstreifen von 60 cm von Bäumen, Sträuchern etc. frei sei. Weiter habe sich der Beklagte verpflichtet dafür zu sorgen, dass kein Unkraut, Gras und dergleichen auf das Grundstück des Klägers herüber wachse. In der Folge habe sich gezeigt, dass zwischen den Parteien über den Bestand der Grenzvegetation immer wieder Streitigkeiten ausgebrochen seien. Insbesondere habe sich die Festlegung des Stichtags "Ende April" als unzureichend erwiesen, weil viele Pflanzen in der warmen Jahreszeit stark wachsen und ein einmaliger jährlicher Schnitt die jungen Triebe nicht jederzeit hinter dem Zaun zu halten vermöge. Diesen Meinungsverschiedenheiten könne und müsse nun ein Ende bereitet werden. Da Art. 687 ZGB den Nachbarn das jederzeitige Recht gewähre, die die Grenze überragenden Pflanzenteile zu kappen, sei die Vereinbarung vom 23. September 2005 entsprechend zu ergänzen. Der Beklagte habe somit sämtliche von seinem Grundstück auf das Nachbargrundstück wachsenden Pflanzen bzw. Pflanzenteile jederzeit so unter der Schere zu halten, dass das Grundstück des Klägers nicht tangiert sei. Schliesslich mache der Kläger geltend, der vom Beklagten vor Jahren angebrachte Stacheldraht auf der gemeinsamen Grenze sei gefährlich und deshalb zu entfernen. Auch zur Klärung dieses Problems gelange Art. 684 ZGB zur Anwendung. Die Nachbarn hätten jede schädliche Einwirkung auf das Nachbargrundstück zu unterlassen. Im Siedlungsgebiet seien Stacheldrahtzäune deshalb nur ausnahmsweise adäquat, wenn besondere Bedürfnisse nachgewiesen werden könnten. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Offenbar gehe es dem Beklagten vor allem darum, seinen Nachbarn zu schikanieren und Feindschaft zu dokumentieren. Der Beklagte habe deshalb bis spätestens am 31. März 2012 den auf dem Grenzzaun befestigten Stacheldrahtzaun zu entfernen. Abschliessend hielt der Vorderrichter fest, soweit die heutigen Regeln die bisherigen Abmachungen der Vereinbarung vom 23. September 2005 nicht ersetzen oder abändern würden, bleibe die ursprüngliche Vereinbarung in Kraft (act. 13 S. 2 ff.).

Der Vorderrichter nahm in seinen Erwägungen zwar Bezug auf die gerichtliche Vereinbarung vom 23. September 2005, er äusserte sich jedoch nicht darüber, ob

die Bindungswirkung dieser Vereinbarung dem Erlass eines neuen Urteils hätte entgegen stehen können. Stattdessen begründete er die Notwendigkeit eines neuen Urteils damit, dass trotz bestehenden gerichtlichen Vereinbarungen zwischen den Parteien nach wie vor Streitigkeiten bestünden.

3.3 Dass eine Sache noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist, bildet eine (negative) Prozessvoraussetzung des Zivilprozesses (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO). Rechtskraft eines Urteils bedeutet einerseits Unabänderlichkeit des Entscheids (formelle Rechtskraft), andererseits Verbindlichkeit des Entscheids zwischen den gleichen Parteien in einem späteren Prozess (materielle Rechtskraft). Das Gericht hat von Amtes wegen zu prüfen, ob diese Prozessvoraussetzung erfüllt ist (Art. 60 ZPO). Fehlt es an einer solchen, darf es auf eine Klage oder ein Gesuch nicht eintreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn der strittige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (BGE 125 III 241 E. 1).

3.4 Folglich ist zu prüfen, ob die gerichtliche Vereinbarung vom 23. September 2005 (act. 4/13), die vor dem Friedensrichter in C. _____ am 28. März 2008 geschlossene Vereinbarung (act. 16/2) sowie das Urteil des Bezirksgerichts Andelfingen vom 19. Januar 2009 (act. 16/1) Bindungswirkung entfalten. Sowohl eine vor dem Gericht als auch eine vor dem Friedensrichter abgeschlossene Vereinbarung haben als Urteilssurrogate die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (vgl. Art. 241 Abs. 2 und Art. 208 Abs. 2 ZPO). Dies galt im Übrigen schon unter der bisherigen Zürcherischen Zivilprozessordnung (vgl. § 191 Abs. 2 ZPO/ZH), welche für die gerichtlichen Vergleiche massgebend war. Überdies sind die Vereinbarungen bzw. der Entscheid endgültiger Natur, da kein ordentliches Rechtsmittel mehr gegeben ist. Die Bindungswirkung eines Urteils erstreckt sich auf spätere Verfahren, wenn sowohl Identität der Parteien als auch Identität des Streitgegenstands besteht (vgl. ZK ZPO-Zürcher, Art. 59 N. 40). Identität der Parteien besteht zweifellos. Ob und in welchem Umfang auch Identität des Streitgegenstands besteht, wird nachfolgend aufgezeigt.

3.5.1 In der gerichtlichen Vereinbarung vom 23. September 2005 vereinbarten die Parteien was folgt (act. 4/13):

- "1. Der Beklagte verpflichtet sich, die Grenze zum Grundstück des Klägers bis Ende November 2005 und danach jährlich bis Ende April 60 Zentimeter von Bäumen, Sträuchern, Jungwuchs und dergleichen zu säubern (Messpunkt: Mittelpunkt des Stammquerschnittes an der Erdoberfläche). Der Beklagte verpflichtet sich sodann, bereits gepflanzte Bäume, Sträucher und dergleichen, welche per 23. September 2005 noch nicht seit 5 Jahren gepflanzt sind, auf den gesetzlichen Abstand bis Ende November 2005 zurückzusetzen.
 2. Der Beklagte ist dafür besorgt, dass kein Unkraut, Gras und dergleichen auf das Grundstück des Klägers herüber wächst.
 3. Der Beklagte verpflichtet sich, alle Bäume und Sträucher im Abstand von 4 Metern zur Grenze (Messpunkt: Mittelpunkt des Stammquerschnittes an der Erdoberfläche) des Klägers jedes Jahr bis Ende April auf das gesetzliche Mass (§ 169 Abs. EG ZGB: Die Höhe darf nie mehr als das Doppelte der Entfernung betragen) zurückzuschneiden.
 4. Alle Jungbäume und grossen Zierbäume (wie Pappeln, Kastanienbäume, Plantanen und Nussbäume) sind jedes Jahr bis Ende April innerhalb von 8 Metern ab der Grenze zum Grundstück des Klägers zurückzusetzen. Feldobstbäume und kleinere, nicht unter der Schere zu haltende Zierbäume sind auf einen Grenzabstand von 4 Metern zurückzusetzen. § 173 lit. a EG ZGB bleibt vorbehalten. Die Parteien halten ausdrücklich fest, dass Zwergobstbäume nicht unter diese Regelung fallen. Für die Zwergobstbäume gilt § 169 Abs. 1 EG ZGB.
 5. Der Beklagte erklärt, dass er im Zusammenhang mit Wildwuchs, Unkraut und Thujaästen, welche auf das Grundstück des Beklagten herüber wachsten, keine Ansprüche gegen den Kläger geltend macht.
 6. Der Kläger stellt fest, dass zur Zeit entlang der gemeinsamen Grenze kein Hasenmist, Kompost und dergleichen aufgeschüttet ist. Der Kläger verpflichtet sich, auch zukünftig auf die Aufschüttung von Hasenmist, Kompost und dergleichen entlang des Zauns zum Grundstück des Beklagten zu verzichten. Der Kläger ist berechtigt, auch zukünftig bis zu einem Abstand von 20 Zentimetern zur Grenze des Grundstücks des Beklagten den Boden mit Rasenschnitt von circa 10 Zentimetern abzudecken.
 7. Kommt eine der Parteien den Verpflichtungen aus dieser Vereinbarung nicht nach, ist die andere Partei berechtigt, die obenerwähnten Handlungen auf Kosten der anderen Partei durch das Gemeindeammannamt C._____ vornehmen zu lassen.
- (Ziffer 8.-9.)"

3.5.2 Die am 27. März 2008 vor dem Friedensrichter in C._____ abgeschlossene Vereinbarung beinhaltet unter anderem Folgendes (act. 16/2):

"Aufgrund der sich immer wieder kehrenden Problematik im Nachbarrecht, vereinbaren die beiden Parteien, gestützt auf die Verfügung vom 23. September 2005 (Geschäfts-Nr. FO050004/U01), folgende Ergänzung:

(...)

A._____ [Beklagter] verpflichtet sich einmal im Jahr, per Ende März, alle Bäume und Sträucher zirka 20 cm unterhalb der gesetzlichen Maximalhöhe zurückzuschneiden (§ 169 ff. EG zum ZGB).

(...)"

3.5.3 Im Verfahren FO080021 beantragte der Kläger vor dem Bezirksgericht Andelfingen, es dürften keine Äste, Brombeerstauden, Brennesseln, Gras, Unkraut und dergleichen über die Grenze wachsen (Antrag 1). Im Grenzbereich von 4 Metern dürfe zudem die Höhe der Bäume, Sträucher und dergleichen, nie mehr als den doppelten Grenzabstand erreichen (Antrag 2). Zu beiden Anträgen erwog das Gericht mit Urteil vom 19. Januar 2009, die Ansprüche sowie die Sachverhalte seien bis auf den leicht abgeänderten Wortlaut dieselben, wie in den Ziffern 2 und 3 der gerichtlichen Vereinbarung vom 23. September 2005. Infolge Anspruchs- und Sachverhaltsidentität sei deshalb auf diese zwei Anträge nicht einzutreten (act. 16/1 S. 5).

3.6 Aus den beiden Vereinbarungen geht hervor, dass umfassende Regelungen darüber getroffen worden sind, wie der gemeinsame Grenzbereich zu unterhalten bzw. die Vegetation unter der Schere zu halten ist. Im neu eingeleiteten Verfahren geht es nach wie vor um denselben Sachverhalt, verbunden mit identischen Forderungen. Gemäss Ausführungen des Klägers widersetzte sich der Beklagte der Auflage, die Sträucher so zurückzuschneiden, dass sie nicht über die Grenze ragen würden (act. 1). Zudem gab er zu Protokoll, es genüge ihm nicht mehr, dass der Beklagte nur einmal jährlich bis Ende April seine wuchernde Vegetation in Ordnung bringe. Es würden immer wieder Stauden von Brombeeren, Brennesseln etc. über die Grenze wachsen (Prot. VI S. 2).

Es liegt eine Anspruchs- und Sachverhaltsidentität vor. Die Bindungswirkung der gerichtlichen Vereinbarungen stand dem Erlass der Dispositiv-Ziffer 1.a) entgegen. Trotz fortdauernden Meinungsverschiedenheiten über die Grenzvegetation darf über eine abgeurteilte Sache nicht neu entschieden werden. Wie das Bezirksgericht Andelfingen im Urteil vom 19. Januar 2009 sogar selber erwog, stelle die Nichterfüllung eines Vergleichs keinen Ungültigkeitsgrund dar (vgl. act. 16/1 S. 6). Zwar könnte mit dem Rechtsmittel der Revision (Art. 328 ff. ZPO) geltend gemacht werden, die gerichtlichen Vergleiche seien unwirksam, dazu müsste jedoch eine zivilrechtliche Ungültigkeit vorliegen (z.B. Art. 23 ff. OR [Irrtum]). Derartige bringt der Kläger aber nicht vor.

Hält sich der Beklagte nicht an die gerichtlichen Vereinbarungen, so hat der Kläger – wie er in seiner Eingabe vom 4. Juli 2011 selber erwähnt (act. 1) – die Möglichkeit, diese durch das Gemeindeammannamt C._____ bzw. durch den Friedensrichter in C._____ vollstrecken zu lassen (act. 14/3; act. 16/2). Das heisst, letztlich stellt die Nichteinhaltung der Vereinbarungen ein vollstreckungsrechtliches Problem dar und kann nicht dazu führen, dass ein neuer Entscheid gefällt wird.

Im Sinne des Gesagten ist die Dispositiv-Ziffer 1.a) des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und ist auf das Begehren nicht einzutreten, ohne dass die weiteren Voraussetzungen für einen "klaren Fall" zu prüfen sind.

3.7.1 Gemäss Protokoll der Vorinstanz verlangt der Kläger die Entfernung des auf dem Gartenzaun befindlichen Stacheldrahtzauns des Beklagten. Als Begründung gab er dazu an, er störe sich je länger je mehr daran (Prot. VI S. 2).

Im Forderungsprozess FO080021 verlangte der Kläger die Verkleinerung des Gartenzauns inkl. Stacheldraht (max. Höhe 1,65 Meter) auf das gesetzliche Mass von 1,5 Meter (Antrag 4; act. 16/1 S. 2). Das Bezirksgericht wies den Antrag ab und erwog dazu, aus § 178 EG ZGB ergebe sich kein Herabsetzungsanspruch, sondern lediglich ein solcher zur Versetzung einer toten Hecke. Eine Reduktion der Zaunhöhe könne allenfalls mittels einer nachbarrechtlichen Klage gemäss Art. 684 i.V.m. Art. 679 ZGB, ferner der Eigentumsfreiheitsklage gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB oder der Besitzesstörungsklage (Art. 928 ZGB) geltend gemacht werden. Erstere Bestimmung gehe bei Einwirkungen aus der Nutzung des Grundstückeigentums vor. Der Kläger habe also geltend zu machen, dass von Seiten des Nachbargrundstücks aus der Ausübung des Eigentums eine übermässige Einwirkung auf sein Grundstück vorliege. Es müsse ein wesentliches rechtliches Interesse an der Beseitigung der Störung erkennbar sein und vom Kläger begründet werden, weshalb eine Höhe von 1,50 Meter für ihn eine übermässige Einwirkung bedeute. In der Folge wies das Gericht den Antrag ab, da das Argument des unschönen, zu hohen Zauns zu pauschal und zu wenig substantiiert sei. Ausserdem sei evident, dass es sich um eine vordergründige Erklärung handle. Der Kläger verfolge nach eigener Aussage ein anderes Ziel mit seiner Klage als die Gel-

tendmachung der übermässigen Einwirkung. Er gebe an, einen rechtlichen Nachteil gebe es grundsätzlich nicht. Gesetze seien schliesslich aus Prinzip einzuhalten. Darüber hinaus wies das Gericht den Antrag wegen Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB ab. Da aufgrund der klägerischen Aussagen kein gewichtiger Anlass zu einer Klage bestehe, widerspreche das Verhalten des Klägers der von ihm unterzeichneten Vereinbarung vom 27. März 2008 vor dem Friedensrichter (act. 16/2), in welcher sich die Parteien einigten, künftig nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) zu handeln und unnötige Gerichtsverfahren zu vermeiden. In Anbetracht der Tatsache, dass der Gartenzaun gemäss Aussagen des Klägers seit zehn bis fünfzehn Jahren unverändert an selber Stelle stehe, sei es sodann nicht nachvollziehbar, dass er ausgerechnet jetzt aus Prinzip eine Klage einreiche (act. 16/1 S. 11 ff.).

3.7.2 Streitgegenstand ist nach wie vor derselbe Stacheldrahtzaun. Der Kläger machte diesbezüglich keine veränderte Sachlage geltend. Zwar verlangte er im letzten Forderungsprozess lediglich die Verkleinerung des Stacheldrahtes und nicht wie im jetzigen Verfahren dessen Beseitigung, die entsprechende Rechtsgrundlage bleibt aber dieselbe. Der Einzelrichter prüfte wiederum Art. 684 ZGB. In Folge der Bindungswirkung des Urteils des Bezirksgerichts Andelfingen vom 19. Januar 2009 (act. 16/1 S. 11 ff.) hätte keine neue Entscheidung ergehen dürfen.

Dispositiv-Ziffer 1.c) des angefochtenen Urteils ist daher aufzuheben, es ist auch in diesem Punkt auf das Begehren nicht einzutreten, und ebenso hier können weitere Erwägungen unterbleiben.

3.8 In Dispositiv-Ziffer 1.b) des Urteils vom 31. August 2011 wurde der Kläger verpflichtet, seine Kompostsilos zu versetzen und zukünftig darauf zu verzichten, tote Pflanzenteile, Kompost, Erde oder anderes Biomaterial entlang des Grenzzauns abzulagern (act. 13 S. 5). Verglichen mit der gerichtlichen Vereinbarung vom 23. September 2005 lässt sich feststellen, dass die zweite Verpflichtung ebenfalls bereits rechtskräftig abgeurteilt ist. Das Versetzen der Kompostsilos ist zwar eine neue Verpflichtung, allerdings könnte durchaus bezweifelt werden, ob die Voraussetzungen für die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen gegeben waren. Indem der Kläger aber keine selbständige Beschwerde erhoben

hat, ist die Dispositiv-Ziffer 1.b) in Rechtskraft erwachsen und nicht näher zu prüfen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Fr.400.–, Dispositiv-Ziff. 5) ist zu bestätigen. Der Beklagte obsiegt mit seinem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils bezüglich dessen Dispositiv-Ziff. 1.a) und c). Die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 400.– sind deshalb dem Kläger im vollen Umfang aufzuerlegen.

Nach Art. 106 ZPO wird der Kläger für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtsgebühr des Beschwerdeverfahrens ist ausgehend von einem Streitwert von Fr. 2'000.– (vgl. act. 26) in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 450.– festzusetzen. Eines Antrages der obsiegenden Partei bedarf es dazu nicht (KuKo ZPO-Schmid, Art. 105 N 2 und ZR 80/1981 Nr. 99; a.M. Adrian Urwyler, Dike-Komm-ZPO, Art. 105 N 4; ZK ZPO-Jenny, Art. 105 N 6, BSK ZPO-Rüegg, Art. 105 N 2).

Die Umtriebsentschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 3 lit. c) für das Verfahren in beiden Instanzen ist auf Fr. 300.– festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffern 1.a) und c) des vorinstanzlichen Urteils werden aufgehoben. Auf das Begehren wird in diesem Umfang nicht eingetreten.
2. Die vorinstanzliche Festsetzung der Gerichtskosten im Umfang von Fr. 400.– wird bestätigt. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren werden auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren von insgesamt Fr. 850.– werden dem Kläger auferlegt. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren (Fr. 450.–) werden von dem vom Beklagten ge-

leisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Kläger hat dem Beklagten diesen Betrag zu ersetzen.

4. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten für das Verfahren in beiden Instanzen eine Umtriebsentschädigung von insgesamt Fr. 300.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Andelfingen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. 2'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: