

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP150008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 6. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft B. _____ **-Strasse 1, Zürich**, bestehend

aus: a) C. _____, b) D. _____, c) E. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (4. Abteilung) des Bezirksge-
richtes Zürich vom 23. Februar 2015; Proz. FV140203**

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte unter Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zu verpflichten, die Bäume und Sträucher auf dem Grundstück 1 des Grundbuchamts F. _____ auf 5 m unter der Schere zu halten, bzw. diese auf die Höhe von 5 m zurückzuschneiden, sofern und soweit sie diese Höhe übersteigen.
2. Sollte der Kläger den Schnitt nicht innert 30 Tagen seit Rechtskraft des Urteils vornehmen, sei die Klägerin zu ermächtigen, im Sinne einer Ersatzvornahme die Bäume auf Kosten des Beklagten fachgerecht zurückzuschneiden zu lassen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zu Lasten des Beklagten."

Urteil der Vorinstanz vom 23. Februar 2015:

(act. 35 S. 17 f.)

1. Der Beklagte wird unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB mit Busse im Widerhandlungsfalle verpflichtet, die Birke sowie die schwarze Föhre auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 des Grundbuchamts F. _____ innerhalb von 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils auf die Höhe von fünf Meter zurückzuschneiden.

[Art. 292 StGB lautet: Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.]

Die weiteren Anträge der Klägerin werden abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'550.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss von Fr. 1'750.– verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 1'800.– wird von der beklagten Partei nachgefordert.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'100.– (inkl. 8% MwSt. und Fr. 300.– Kosten des Schlichtungsverfahrens) zu bezahlen. Zudem hat er der Klägerin den Kostenvorschuss von Fr. 1'750.– zu ersetzen.

5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 32 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts, 4. Abteilung, des Bezirkes Zürich vom 23. Februar 2015 aufzuheben und es sei auf die Klage nicht einzutreten; eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen.
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag von 8%) zu lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

C._____, D._____ und E._____, die drei Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft B._____-Strasse 1, Zürich, sind die Miteigentümerinnen der Liegenschaft Kat. Nr. 2. A._____ ist Eigentümer der (nicht unmittelbar) benachbarten, südlich gelegenen Liegenschaft an der B._____-Strasse 2, Kat. Nr. 1. Zu Gunsten des Grundstücks der Stockwerkeigentümergeinschaft und zu Lasten des Grundstücks des Beklagten ist im Grundbuch eine Grunddienstbarkeit eingetragen. Danach dürfen Bäume und Sträucher auf dem Grundstück des Beklagten die Höhe von fünf Meter nicht übersteigen. Streitgegenstand bilden eine Föhre und eine Birke auf dem Grundstück von A._____, welche die Höhe von fünf Meter massiv überschreiten. Die Stockwerkeigentümergeinschaft, Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin), verlangt von A._____, Beklagter und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter), den Rückschnitt dieser Bäume auf die Höhe von maximal fünf Meter.

Mit der Begründung, dass die Klägerin nicht prozessfähig sei, beantragt der Beklagte zunächst, dass auf die Klage gar nicht eingetreten werde. Weiter bestreitet

er die Aktivlegitimation der Klägerin und stellt sich zudem auf den Standpunkt, dass die Grunddienstbarkeit aus verschiedenen Gründen nicht mehr gelte. Er spricht von einer (konkludenten) Aufhebung der Grunddienstbarkeit und weist auf die Diskrepanz zwischen Grundbucheintrag und tatsächlichem Zustand im Zeitpunkt der Begründung des Stockwerkeigentums hin, weshalb die heutigen Eigentümerinnen des berechtigten Grundstücks nicht auf den Grundbucheintrag haben vertrauen dürfen. Schliesslich wirft er der Klägerin Rechtsmissbrauch vor.

2.

2.1. Mit Eingabe an die Vorinstanz vom 21. August 2014 erhob die Klägerin Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 2). Die Vorinstanz holte die schriftliche Stellungnahme des Beklagten ein (act. 13) und führte, nachdem sich die Klägerin auf gerichtliche Aufforderung zum Einwand der fehlenden Prozessfähigkeit und Aktivlegitimation schriftlich hatte vernehmen lassen (act. 16), am 20. Januar 2015 die Hauptverhandlung durch (Prot. VI S. 7 ff.). Mit Urteil vom 23. Februar 2015 verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten, die Birke und die Föhre auf die Höhe von 5 Meter zurückzuschneiden, und drohte ihm für den Widerhandlungsfall Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB an (act. 35 [= act. 34/1 = act. 27]).

2.2. Mit Eingabe vom 24. März 2015 legte der Beklagte Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz ein (act. 32). Er beantragt die Aufhebung des Urteils und das Nichteintreten auf die Klage, eventualiter deren Abweisung.

3.

Das Urteil der Vorinstanz ging dem Beklagten am 25. Februar 2015 zu (act. 29). Die Berufung vom 24. März 2015 erfolgte damit innert Frist. Sie enthält Anträge und eine Begründung und auch der Kostenvorschuss wurde vom Beklagten auforderungsgemäss geleistet (act. 36 ff.). Auf die Berufung ist demnach einzutreten. Da sich die Berufung als unbegründet erweist, erübrigt es sich, eine Berufungsantwort einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO), und es reicht aus, der Klägerin mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufung zuzustellen.

4.

4.1. Die Vorinstanz setzte sich mit dem Einwand des Beklagten, die Klägerin sei hinsichtlich des Gegenstandes der vorliegenden Klage weder prozessfähig noch aktivlegitimiert, einlässlich auseinander und verwarf diesen Einwand mit zutreffender Begründung. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 35 Erw. 2 und Erw. 3.2). Ergänzend, insbesondere unter Berücksichtigung der Beanstandungen des Beklagten in seiner Berufungsschrift (act. 32 Ziff. 6 - 15), ist Folgendes festzuhalten.

4.2. Das schweizerische Stockwerkeigentum stellt eine besonders ausgestaltete Miteigentumsberechtigung dar. Die ganze zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Liegenschaft samt Haus und allen seinen Bestandteilen steht im Miteigentum aller Beteiligten. Mit dem Miteigentumsanteil, dies der Unterschied zum gewöhnlichen Miteigentum, ist ein Sonderrecht zur ausschliesslichen Benutzung, Verwaltung und baulichen Ausgestaltung gewisser Gebäudeteile (subjektiv-dinglich) verbunden. Im Bereich des Sonderrechts steht den Miteigentümern eine individuelle Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis zu, im übrigen, gemeinschaftlichen Bereich eine kollektive. Trägerin der mit dem Stammgrundstück verbundenen Rechte und Pflichten ist die Gesamtheit der Stockwerkeigentümer, welche eine Miteigentümergeinschaft bilden. Anders als beim üblichen Miteigentum hat diese Gemeinschaft im Fall des Stockwerkeigentums eine besondere Ausprägung: Im Bereich der gemeinsamen Nutzung und Verwaltung kommt der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer – in casu der Klägerin – von Gesetzes wegen (neben Vermögens-, Handlungs- und Betreuungsfähigkeit) Prozessfähigkeit zu (Art. 712g ff., insbes. Art. 712l Abs. 2 ZGB).

Die Grunddienstbarkeit, um die es hier geht – die Pflanzungen auf dem Grundstück des Beklagten dürfen eine Höhe von fünf Meter nicht überschreiten, was nach der nicht beanstandeten Feststellung der Vorinstanz dem begünstigten Grundstück die Aussicht auf See und Berge gewährleisten soll (act 35 S. 5, 12 und 16) – ist nicht zu Gunsten eines, mehrerer oder aller Miteigentumsanteil(s/e) der drei Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft eingetragen, sondern zu Gunsten des Stammgrundstücks Kat. Nr. 2. Versteht man unter Verwaltung al-

le Massregeln tatsächlicher oder rechtlicher Art, die der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung des gemeinschaftlichen Grundstücks dienen, so fällt darunter auch die Einleitung einer actio confessoria, d.h. einer Klage auf Unterlassung oder Beseitigung, wie sie im Fall der Behinderung der Rechte aus einer Dienstbarkeit zur Verfügung steht. Für die vergleichbare Klage bei Störung des Eigentums, die actio negatoria (Eigentumsfreiheitsklage), wird in der Lehre die Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft denn auch explizit bejaht, wenn sich die Störung auf gemeinschaftliche Teile bezieht (MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar, Art. 712g ZGB N 13 f. und Art. 712l N 92; BSK ZGB II-BÖSCH, Art. 712g N 4 und Art. 712l N 14; WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, Zürich 2004, Art. 712a N 194, Art. 712l N 187). Dies ist hier der Fall.

4.3. Die beschränkte (Vermögens-, Handlungs-, Betreibungs- und) Prozessfähigkeit soll der Stockwerkeigentümergeinschaft die Teilnahme am Rechtsverkehr erleichtern. Im gerichtlichen Verfahren wird dies namentlich dadurch erreicht, dass die Stockwerkeigentümer, welche materiell die Träger der Rechte und Pflichten sind, nicht als Streitgenossen auftreten müssen, sondern dass die Gemeinschaft als Einheit, unter ihrem Namen, den Prozess führen kann. Wechsel unter den Stockwerkeigentümern während des Prozesses haben keinen Einfluss auf die Parteistellung. Wohl muss die Stockwerkeigentümergeinschaft für die Vornahme prozessualer Handlungen einen Vertreter bestellen. Diese Vertretungsbefugnis steht dem von der Gemeinschaft gewählten Verwalter zu, und zwar in Angelegenheiten im summarischen Verfahren von Gesetzes wegen und in den übrigen Angelegenheiten aufgrund einer besonderen Ermächtigung durch die Gemeinschaft (Art. 712t Abs. 2 ZGB). Sowohl die Wahl des Verwalters als auch die besondere Ermächtigung zur Prozessführung erfordern allerdings nicht die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer, sondern erfolgen mittels Mehrheitsbeschluss (Art. 712m Abs. 2 und Art. 712t Abs. 2 i.V.m. Art. 67 Abs. 2 ZGB).

Im vorliegenden Fall tritt nach eigenem Bekunden die Gemeinschaft, die *Stockwerkeigentümergeinschaft B._____ -Strasse 1, Zürich*, als Klägerin auf (act. 2 S. 2; act. 16 S. 1 ff.). Bei ihren Angaben zur Person führte sie indessen nicht nur, wie es ausgereicht hätte, den Gemeinschaftsnamen auf, sondern auch

sämtliche Mitglieder der Gemeinschaft mit Name und Adresse (act. 2 S. 1). In genau dieser Form wurde die Klägerin im Rubrum der Vorinstanz bezeichnet, und es kann an dieser Bezeichnung auch für das Berufungsverfahren festgehalten werden. Wer klagt, nämlich die Stockwerkeigentümergeinschaft B._____-Strasse 1, Zürich, und wer hinter dieser Gemeinschaft steht und materiell Träger der Rechte aus der als Grunddienstbarkeit ausgestalteten Pflanzungsbeschränkung ist, die Schwestern C._____, D._____ und E._____, war von Anfang an klar und ist es bis heute. Dass zwischenzeitlich ein Wechsel im Kreis der Miteigentümerinnen stattgefunden haben soll, wurde jedenfalls nicht behauptet. C._____ wurde zur Prozessführung in der vorliegenden Angelegenheit von der Gemeinschaft ermächtigt, und zwar nicht nur durch Mehrheitsbeschluss sondern mit Zustimmung aller Stockwerkeigentümerinnen (act. 3). Die Klage beruht somit nachweislich von Anfang an nicht nur auf dem Willen der formell zur Klage berechtigten Gemeinschaft, wie er von der Verwalterin, C._____, zum Ausdruck gebracht wird, sondern genauso auf dem Willen sämtlicher Miteigentümerinnen, die materiell gemeinsam Trägerinnen der Rechte aus der Grunddienstbarkeit sind. Unter diesen Umständen dem Beklagten, wie es die Vorinstanz tat, vorzuwerfen, sein Einwand der fehlenden Prozessfähigkeit der Klägerin sei überspitzt formalistisch, ist nicht zu beanstanden.

4.4. Betrifft die zur Diskussion stehende Grunddienstbarkeit, wie ausgeführt, gemeinschaftliche Teile der Stockwerkeigentümergeinschaft, so ist nicht nur die Prozessfähigkeit der Gemeinschaft, vorliegend der Klägerin, zu bejahen, sondern auch ihre, von den Rechtsträgerinnen, den einzelnen Miteigentümerinnen, abgeleitete Berechtigung in der Sache (Aktivlegitimation), sofern die Grunddienstbarkeit überhaupt noch besteht, was vom Beklagten bestritten und nachfolgend zu prüfen sein wird.

5.

5.1. Zur Beurteilung der materiellen Streitfragen – konkludente Aufhebung der Dienstbarkeit, fehlender guter Glaube der Klägerin bzw. der Eigentümerinnen des berechtigten Grundstücks in den Grundbucheintrag und Rechtsmissbrauch – ist

mit wenigen *Präzisierungen* vom Sachverhalt auszugehen, wie ihn die Vorinstanz ihrem Entscheid zu Grunde legte (vgl. act. 35 S. 5):

Die Pflanzungsbeschränkung, um die es hier geht, ist seit dem 13. Juli 1925 zu Lasten des Grundstücks des Beklagten Kat. Nr. 1 und zu Gunsten des Grundstücks der Schwestern C._____, D._____ und E._____ Kat. Nr. 2 als Grunddienstbarkeit unverändert im Grundbuch F._____ eingetragen. Der Beklagte erwarb das Grundstück Kat. Nr. 1 *im Jahre 2009* (Prot. Vi S. 10) und zwar in Kenntnis der Pflanzungsbeschränkung. Auf seinem Grundstück stehen eine rund 90-jährige Birke mit einer Höhe von ca. 30 Meter und eine schwarze, rund 80-jährige Föhre mit einer Höhe von ca. 20 Meter. Weitere Bäume oder Sträucher mit einer Höhe von über fünf Meter wurden von der Klägerin nicht konkret bezeichnet. Die schwarze Föhre ist äusserst markant und überragt die Hausdächer und übrigen Bäume in der unmittelbaren Umgebung klar und verdeckt die Aussicht auf den Zürichsee beinahe vollständig. *Die Schwestern C._____, D._____ und E._____ erwarben die Liegenschaft Kat. Nr. 2 im Jahre 2002* (Prot. Vi S. 11). Die Aufteilung der Liegenschaft zu Stockwerkeigentum nahm ihr Rechtsvorgänger Ende November 1988 vor. Weder die heutigen Eigentümerinnen noch ihre Rechtsvorgänger verlangten bis zum Frühjahr 2014 von den Eigentümern des belasteten Grundstücks je den Rückschnitt der beiden Bäume. *Während der Besitzesdauer des Beklagten, d.h. seit 2009, wurden die beiden Bäume nie zurück geschnitten* (Prot. Vi S. 11).

5.2. Ob die beiden Bäume von den Rechtsvorgängern des Beklagten je zurück geschnitten wurden, die Parteien sind sich diesbezüglich uneins, liess die Vorinstanz offen (act. 35 S. 6). Dies zu Recht. Selbst wenn, wie der Beklagte behauptet, die beiden Bäume bereits vor rund 40 Jahren ihre heutige (maximale) Höhe erreicht haben sollten und nie ein Rückschnitt erfolgt sein sollte, würde dies am Bestand und der Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit nichts ändern, wie nachfolgend auszuführen sein wird.

5.3. Bezüglich der Feststellung des Sachverhalts beanstandet der Beklagte, die Vorinstanz habe nicht festgehalten, dass in der näheren Umgebung der streit betroffenen Grundstücke eine Vielzahl von Bäumen bestünde (act. 32 Rz 18). Was

aus dieser Tatsache, sollte sie überhaupt zutreffen, für den vorliegenden Streitfall abzuleiten ist, führte er indessen nicht aus. Der Streit dreht sich um die Wirksamkeit einer Grunddienstbarkeit, die, soweit von den Parteien geltend gemacht, die Höhe der Pflanzungen *auf dem Grundstück des Beklagten* beschränkt. Inwiefern diesbezüglich die Umgebung bzw. ein allfälliger Ortsgebrauch zu beachten sein soll, erschliesst sich dem Gericht nicht. So machte der Beklagte, insbesondere im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, nicht etwa geltend, dass ein Rückschnitt der beiden Bäume auf seinem Grundstück für die Klägerin sinnlos sei, da selbst im Falle des Rückschnitts bzw. der Fällung der Bäume die Aussicht auf See und Berge durch weitere Bäume auf anderen Grundstücken verdeckt bliebe. Ebenso wenig behauptete er, dass die Verhältnisse auf den Nachbargrundstücken für den Nachweis der konkludenten Aufhebung der Grunddienstbarkeit von Bedeutung seien, wie dies etwa der Fall sein könnte, wenn Eigentümer anderer, mit derselben Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücke ebenfalls die einvernehmliche Aufhebung dieser Grunddienstbarkeit behaupten würden. Kommt hinzu, dass der Hinweis auf die Bepflanzungssituation in der näheren Umgebung der streitbetroffenen Grundstück neu ist und die Novenvoraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind bzw. vom Beklagten gar nicht (substantiiert) behauptet wurden. Auf den Einwand, der Sachverhalt sei von der Vorinstanz falsch bzw. unvollständig ermittelt worden, ist daher nicht weiter einzugehen.

6.

6.1. Der Beklagte machte geltend, die Grunddienstbarkeit sei einvernehmlich aufgehoben worden und zwar konkludent ("Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich der Eigentümer des berechtigten Grundstücks mit dem Eigentümer des belasteten Grundstückes konkludent darüber geeinigt haben" [act. 13 Rz 7]). Explizite Willenserklärungen gibt es bei einer konkludenten Einigung nicht, so dass auch entsprechende Behauptungen nicht aufzustellen waren. Eine konkludente Einigung setzt demgegenüber bestimmte Umstände, insbesondere Verhaltensweisen der beteiligten Parteien, seien es aktive, passive oder eine Kombination von beidem, voraus, die es darzulegen und im Streitfall zu beweisen gilt. Zum Zeitpunkt der konkludenten Aufhebung

bzw. zum ungefähren Zeitraum, in welchem diese stattfand, zu den beteiligten Personen und ihren Verhaltensweisen finden sich in der Klageantwort keine konkreten Behauptungen (act. 13, insbes. Rz 7). Trotz entsprechender Kritik der Klägerin (Prot. Vi S. 7 i.V.m. act. 25 Rz 10 f.) unterliess es der Beklagte auch in der Duplik, diese Umstände zu substantiieren (Prot. Vi S. 8 ff., insbes. S. 10 Abs. 2). Eine einvernehmliche (konkludente) Aufhebung der Grunddienstbarkeit lässt sich auf dieser Grundlage nicht feststellen.

6.2. Von einer einvernehmlichen Aufhebung zu unterscheiden ist der Untergang der Dienstbarkeit durch (einseitigen, allenfalls konkludent erklärten) Verzicht des Berechtigten. Dies spricht der Beklagte sinngemäss an, soweit er geltend machte, dass die beiden Bäume, welche die zulässige Höhe von fünf Meter um ein Mehrfaches überschreiten würden, seit ihrer Pflanzung vor ca. 90 Jahren (Birke) bzw. 80 Jahren (Föhre) vom Eigentümer des berechtigten Grundstücks geduldet worden seien und erstmals im Frühjahr 2014 ihr Rückschnitt verlangt worden sei (act. 13 Rz 7, Prot. Vi S. 9).

Die Vorinstanz hat sich mit diesem Einwand ausführlich auseinandergesetzt. Sie hat die einschlägigen rechtlichen Grundlagen korrekt ermittelt, den massgeblichen Sachverhalt zutreffend gewürdigt und den folgerichtigen Schluss gezogen, dass ein Verzicht auf die Grunddienstbarkeit nicht angenommen werden kann (act. 35 Erw. 3.4.). Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann umfassend darauf verwiesen werden. Die Kritik des Beklagten (act. 32 Rz 16 - 25) zeigt weder relevante Fehler in der Sachverhaltsermittlung noch Mängel in der Rechtsanwendung auf, sondern erschöpft sich im Wesentlichen in einer Wiederholung seines bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunkts. Entscheidend ist, dass sich das geltend gemachte erklärungsbildende (konkludente) Verhalten der Klägerin (bzw. ihrer Mitglieder) und deren Rechtsvorgänger im blossen Dulden des dienstbarkeitswidrigen Zustandes erschöpft. Auch wenn dieses Dulden unstrittig sich über mehrere Jahrzehnte erstreckte und die fraglichen Pflanzen die zulässige Höhe schon seit langem massiv überschreiten, ist ein solches Verhalten nicht eindeutig genug, um auf einen Verzichtswillen zu schliessen. Einem solchen Willen, der endgültig ist, steht der Eintrag im Grundbuch gegenüber, der trotz Dul-

dens des dienstbarkeitswidrigen Zustandes nie gelöscht wurde. Dafür hätte es mehrmals Gelegenheit gegeben, insbesondere im Jahre 1988, als der damalige Eigentümer, G._____, am berechtigten Grundstück Stockwerkeigentum begründete (act. 5/2), oder im Jahre 2002, als die heutigen Eigentümerinnen das Grundstück von ihrem Vater erwarben (Prot. VI S. 11). Es ist eine Tatsache, dass sich die Wahrnehmung und die Interessen verändern können und ein Recht, obschon es zuvor lange nicht ausgeübt wurde, für den Berechtigten (wieder) aktuell wird. Dies kann, wie vorliegend, dann der Fall sein, wenn für den Berechtigten aufgrund der anhaltenden Störung die Schmerzgrenze erreicht ist oder sich die Gewichtung (der Interessen) verschoben hat, indem etwa mehr Wert auf Aussicht gelegt wird. Dagegen vermag der Beklagte mit dem Hinweis auf das jahrzehntelange, bewusste Dulden des dienstbarkeitswidrigen Zustandes (vgl. insbesondere act. 32 Rz 23) nicht anzukommen. Das folgt schliesslich auch daraus, dass der klägerische Anspruch als beschränktes dingliches Recht grundsätzlich unverjährbar ist, wie die Vorinstanz zutreffend anmerkte (act. 35 S. 10 f. E. 3.5.).

7.

7.1. Der Beklagte ist weiter der Auffassung, die Klägerin habe sich beim Erwerb des Grundstücks bzw. im Zeitpunkt der Gründung der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht auf den Eintrag der Dienstbarkeit im Grundbuch verlassen dürfen. Im Falle der Klägerin sei der gute Glaube in das Grundbuch durch die natürliche Publizität der tatsächlichen Situation, welche der Grunddienstbarkeit widerspreche, zerstört worden (act. 13 Rz 9 und Prot. VI S. 10).

7.2. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen Folgendes: Im Entscheid BGE 137 III 153 (den der Beklagte in diesem Kontext erwähnte) sei es um ein Wegrecht gegangen, das durch bauliche Massnahmen auf den belasteten Grundstücken konkretisiert worden sei. Dass in dieser Konstellation das Bundesgericht der natürlichen Publizität und nicht dem Grundbucheintrag massgebliche Beachtung geschenkt habe, lasse sich nicht auf den vorliegenden Fall übertragen. Das blosses Dulden eines rechtswidrigen Zustandes, so die Vorinstanz sinngemäss, vermöge keine natürliche Publizität zu begründen, welche den guten Glauben einschränke. Es sei der Beklagte, der sich die Frage entgegenhalten lassen müsse, weshalb er

beim Kauf der Liegenschaft die offenkundige Differenz zwischen der eingetragenen Pflanzungsbeschränkung und der tatsächlichen Situation nicht von sich aus zu klären versucht habe, wenn der Bestand der Bäume derartig wichtig für ihn gewesen sei (act. 35 S. 10 Abs. 2).

7.3. Soweit der Beklagte diese Auffassung der Vorinstanz beanstandet (vgl. act. 32 Rz 26), erschöpfen sich seine Ausführungen auch hier im Wesentlichen in einer Wiederholung seines bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunktes. Die Kammer schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an, wonach sich der vorliegende Sachverhalt von demjenigen, der dem Entscheid BGE 137 III 153 zu Grunde liegt, massgeblich unterscheidet. Im genannten Entscheid bestimmte das Bundesgericht im Verhältnis zwischen den Erwerbern der betroffenen Grundstücke die im Grundbuch kurz und bündig mit "Wegrecht" umschriebene Grunddienstbarkeit nicht nach den ursprünglichen Grunddienstbarkeitsverträgen, welche die Rechtsvorgänger schlossen und das Wegrecht örtlich definierten, sondern nach Massgabe der tatsächlichen *baulichen* Situation auf den belasteten Liegenschaften. Anders als in jenem Fall stehen hier keinerlei aktive Handlungen der betroffenen Grundstückseigentümer zur Debatte, sondern eine blosser Unterlassung, ein Dulden, und zwar auf beiden Seiten: Der Beklagte bzw. dessen Rechtsvorgänger unterliessen es, dem Wachstum der Bäume Einhalt zu gebieten, die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgänger unterliessen es, die Eigentümer des belasteten Grundstücks in die Pflicht zu nehmen.

In Tat und Wahrheit, dies als Ergänzung zu den Erwägungen der Vorinstanz, bietet der vorliegende Fall gar keinen Anlass, um sich mit dem Verhältnis zwischen dem Schutz des guten Glaubens des Erwerbers eines Grundstückes und der natürlichen Publizität auseinanderzusetzen. Die natürliche Publizität stellt auf die tatsächlichen Verhältnisse des betroffenen Grundstücks ab, wie sie von den Rechtsvorgängern geschaffen wurden, und verlangt von den Rechtsnachfolgern deren Berücksichtigung bei der Frage nach dem Bestand und Inhalt einer Dienstbarkeit. Die Klägerin bzw. deren Mitglieder stellten gar nie in Abrede, sich das Verhalten ihres Rechtsvorgängers, nämlich das Dulden des dienstbarkeitswidrigen Zustandes, anrechnen zu lassen. Da sie die Liegenschaft erbten (Prot.

Vi S. 11), müssen sie sich das Wissen und Verhalten ihres Rechtsvorgängers anrechnen lassen und finden für sie die Art. 973 f. ZGB gar keine Anwendung (BSK ZGB II-SCHMID, Art. 973 N 2 und Art. 974 N 14). Aus dem Dulden des dienstbarkeitswidrigen Verhaltens allein lässt sich ein Verzicht auf die Servitut nicht ableiten, wie vorstehend bereits ausgeführt wurde (vgl. obige Erw. 6). Weitere Ausführungen zu diesem Punkt erübrigen sich.

8. Mit dem Einwand des Rechtsmissbrauchs hat sich die Vorinstanz ebenfalls einlässlich auseinandergesetzt und ihn mit zutreffender Begründung, auf welche verwiesen werden kann (vgl. act. 35 Erw. 3.5), zurück gewiesen. Zur Ergänzung sei Folgendes festgehalten:

Der Beklagte erachtet es als verfehlt, dass die Vorinstanz ihn als "neuen Störer" qualifizierte und lediglich auf eine Besitzesdauer von fünf Jahren, bis es zur Aufforderung zum Rückschnitt kam, abstellte. Damit lasse sie das Alter der Bäume von 90 Jahren und den Umstand, dass diese längst ausgewachsen sind, ausser acht (act. 32 Rz 28). Wie ihren Ausführungen zum Sachverhalt entnommen werden kann, war sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid des Alters und der Höhe der Bäume bewusst (vgl. act. 35 Erw. 3.1). Es darf also davon ausgegangen werden, dass sie diese Tatsachen auch bei der Frage des Rechtsmissbrauchs in ihre Beurteilung miteinbezog. Richtig ist, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid der persönlichen Situation des Beklagten massgebliche Bedeutung beimass und das Verhältnis zu seinen Rechtsvorgängern für die Frage des Rechtsmissbrauchs nicht als relevant erachtete. Daran ist nichts auszusetzen. Rechtsmissbrauch kann nur einzelfallweise beurteilt werden und erfordert ein Abwägen der persönlichen Interessen der involvierten Parteien. Der Fokus richtet sich damit auf den Zeitraum seit Erwerb der dienstbarkeitsbelasteten Liegenschaft durch den Beklagten und damit konkret auf das Verhältnis zwischen ihm und der Klägerin bzw. ihren Mitgliedern. Geht es um Rechtsmissbrauch, spielen neben den Interessen auch Erwartungen und Vertrauen eine besondere Rolle. Bei erst fünfjähriger Besitzesdauer ist es nicht verfehlt, das Vertrauen des Beklagten in den künftigen Bestand der umstrittenen Bäume noch als gering zu bewerten. Dabei ist, wie schon die Vorinstanz erwähnte, zu seinen Ungunsten zu berücksichti-

gen, dass der Beklagte bei bzw. vor dem Erwerb der Liegenschaft überhaupt nichts unternahm, um den erkannten Widerspruch zwischen dem Grundbucheintrag und der tatsächlichen Bepflanzungssituation auf dem Grundstück zu klären. Dies drängte sich auf, umso mehr als er nicht geltend machte, seinen Rechtsvorgänger auf die Diskrepanz angesprochen und von ihm die Auskunft erhalten zu haben, die Dienstbarkeit sei (zufolge Aufhebung, Verzicht oder aus anderen Gründen) untergegangen. Dem Beklagten ist nicht abzusprechen, dass ihm und seiner Familie die beiden Bäume viel bedeuten (Natur, Hort für Tiere, wichtiger Aspekt der Gartengestaltung [Prot. VI S. 9]). Er machte aber nicht geltend, dass dies auch für seine Rechtsvorgänger galt. Über deren Einstellung zu den fraglichen Bäumen wurde nichts behauptet (so dass auch angenommen werden könnte, diese hätten die Bäume einfach ihrem Schicksal überlassen und ohne ihnen besonderen Wert beizumessen sich aus Bequemlichkeit, zur Kostenersparnis oder aus anderen Gründen um ihre Pflicht, deren Wachstum zu begrenzen, focht). Auch dies ist ein Grund, dass die Vorinstanz zu Recht auf die Situation und Besitzesdauer des Beklagten fokussierte.

Wenn die Klägerin bzw. deren Mitglieder heute (mehr) Wert auf Aussicht auf See und Alpen legen und deswegen vom Beklagten verlangen, seiner Pflicht aus der Pflanzungsbeschränkung nachzukommen, verfolgen sie nichts anderes als den eigentlichen Zweck der Grunddienstbarkeit (vgl. obige Erw. 4.2. Abs. 2). Das aktuelle Interesse der Klägerin an der Ausübung der Dienstbarkeit ist schützenswert und im Verhältnis zum ebenfalls berechtigten Interesse des Beklagten am Fortbestand der Föhre und der Birke jedenfalls nicht von derart untergeordneter Bedeutung, dass das Beharren der Klägerin auf der Dienstbarkeit als offenbar rechtsmissbräuchlich erscheint, und zwar auch dann nicht, wenn der verlangte Rückschnitt der beiden Bäume deren Absterben zur Folge hat, was tatsächlich zu befürchten ist.

9.

Die Beanstandungen des Beklagten erweisen sich nach dem Gesagten als unberechtigt: Die Vorinstanz hat zu Recht die Prozessfähigkeit und Aktivlegitimation der Klägerin bejaht, sowohl eine einvernehmliche, konkludente Aufhebung der

Grunddienstbarkeit als auch einen Verzicht auf die Servitut verneint, der natürlichen Publizität keine rechtsaufhebende Wirkung zuerkannt und schliesslich auch ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Klägerin verneint. Die Berufung ist daher abzuweisen, und es ist das Urteil der Vorinstanz vollumfänglich zu bestätigen.

10.

Bei diesem Ausgang wird der Beklagte auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Ausgehend von einem (von der Vorinstanz zwar tief, aber noch in vertretbarem Rahmen angesetzten) Streitwert von Fr. 25'000.– ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'550.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr keine Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes (4. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Februar 2015 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'550.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 32 und 34/3-7, sowie an das Einzelgericht (4. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 25'000.-.

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: