

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP170008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil vom 6. Juni 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.** \_\_\_\_\_,

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (4. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Februar 2017; Proz. FV150178**

**Rechtsbegehren**

(act. 2 S. 2; act. 23):

- "1. Die Beklagten seien zu verpflichten, die auf ihrem Grundstück D.\_\_\_\_-Strasse 1 in ... Zürich (Kat.-Nr. 1) entlang der Grenze zum klägerischen Grundstück D.\_\_\_\_-Strasse 2 in ... Zürich (Kat.-Nr. 2) stehende Hainbuchen-(carpinus betulus)hecke (Nr. 3 in Beilage 6) zu entfernen.
2. Alles unter Kosten – und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten 1 und 2 – unter solidarischer Haftung."

**Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich**

**vom 13. Februar 2017**

(act. 44 = act. 50 = act. 51):

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'190.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Restbetrag wird vom Kläger nachgefordert.
4. Der Kläger wird verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'924.– zu bezahlen.

[5.-6 Mitteilung, Rechtsmittel]"

**Beschwerdeanträge:**

des Klägers und Beschwerdeführers (act. 49 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Februar 2017 (Geschäfts Nr. FV150178) sei in Gutheissung der Beschwerde vollumfänglich aufzuheben und wie folgt zu ändern:
  - Die Beklagten seien zu verpflichten, die auf ihrem Grundstück D.\_\_\_\_-Strasse 1 in ... Zürich (Kat.-Nr. 1) entlang der Grenze zum klägerischen Grundstück D.\_\_\_\_-Strasse 2 in

... Zürich (Kat.-Nr. 2) stehende Hainbuchen(carpinus betulus)hecke zu entfernen.

- Die Kosten des Verfahrens vor dem Bezirksgericht Zürich seien vollumfänglich den Beschwerdegegnern aufzuerlegen – unter solidarischer Haftung.
  - Die Beschwerdegegner seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, dem Beschwerdeführer für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.
2. Eventualiter sei das Verfahren zur Vervollständigung und neuen Entscheidung in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
  3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) sowohl für das vorinstanzliche Verfahren als auch für das Beschwerdeverfahren zulasten der Beschwerdegegner – unter solidarischer Haftung."

der Beklagten und Beschwerdegegner (act. 57 S. 2):

"Die Beschwerde sei abzuweisen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers."

### **Erwägungen:**

#### **1.**

1.1 Der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) ist als Stockwerkeigentümer Miteigentümer der Liegenschaft D.\_\_\_\_-Strasse 2 und 2a (Kat.-Nr. 2) in ... Zürich mit Sondernutzungsrecht an einer Maisonette-Wohnung im Garten und 1. OG (act. 2 S. 3). Die Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagte) sind Gesamteigentümer der benachbarten Liegenschaft Kat.-Nr. 1, D.\_\_\_\_-Strasse 1 in ... Zürich (act. 4/5). Zudem sind die Beklagten auch Miteigentümer der Liegenschaft D.\_\_\_\_-Strasse 2a mit Sonderrecht an der Tiefgarage und einem Sondernutzungsrecht an einem Besucherabstellplatz (act. 25/5 und zum Ganzen act. 51 S. 4; vgl. auch den Katasterplan, act. 4/4). Das ist soweit unbestritten.

1.2 Mit Klage vom 21. Oktober 2015 reichte der Kläger der Vorinstanz die Klagebewilligung vom 18. August 2015 ein und stellte das eingangs angeführte Rechtsbegehren (act. 1 f.). Die Streitigkeit der Parteien betrifft eine Hainbuchenhecke, welche (so der Kläger) auf dem Grundstück der Beklagten steht, mit einem Abstand von 20-30 cm von der gemeinsamen Grundstücksgrenze (act. 2 S. 4). Der Kläger, zu dessen erwähntem Sondernutzungsrecht an der Liegenschaft Kat.-Nr. 2 ein Aussensitzplatz auf der den Beklagten zugewandten Seite der Liegenschaft gehört, strebt die Entfernung dieser Hecke an (act. 2 S. 2).

1.3 Die Vorinstanz erliess am 13. Februar 2017 das eingangs angeführte Urteil, mit welchem sie die Klage abwies (act. 44 = act. 50 = act. 51). Das Urteil wurde beiden Parteien am 20. Februar 2017 zugestellt (act. 45 f.).

1.4 Der Kläger erhob mit Eingabe vom 13. März 2017 (Datum Poststempel) Beschwerde gegen das Urteil vom 13. Februar 2017 und stellte die eingangs angeführten Beschwerdeanträge (act. 49).

1.5 Der Vorsitzende der Kammer setzte dem Kläger am 15. März 2017 eine 10tägige Frist an, um für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 1'200.00 zu bezahlen (act. 52). Der Kläger leistete den Vorschuss innert Frist (act. 53 f.).

1.6 Mit Verfügung vom 24. März 2017 setzte der Vorsitzende den Beklagten die 30tägige Frist an, um die Beschwerde zu beantworten (act. 55). Die Beklagten erstatteten die Antwort innert Frist (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) mit Eingabe vom 12. Mai 2017 und stellten den eingangs angeführten Beschwerdeantrag (act. 57).

1.7 Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-47). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Kläger ist indes noch das Doppel von act. 57 zuzustellen.

## 2.

2.1 Erstinstanzliche Endentscheide sind mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Belangen ist allerdings ein Mindeststreitwert von Fr. 10'000.00 vorausgesetzt (Art. 308 ZPO). Die Vorinstanz schätzte den Streitwert auf Fr. 6'000.00 (act. 51 S. 4). Die Parteien beanstanden das im Beschwerdeverfahren nicht (vgl. act. 49 S. 3, act. 57 S. 2), und ein Grund für eine abweichende Einschätzung ist nicht ersichtlich. Gegen den angefochtenen Entscheid ist somit nur die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig (Art. 319 Abs. 1 lit. a ZPO).

2.2 Die Beschwerde ist innert der 30tägigen Rechtsmittelfrist nach Art. 321 Abs. 1 ZPO schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Wie eingangs erwähnt, wurde das angefochtene Urteil dem Kläger am 20. Februar 2017 zugestellt (act. 45; vgl. vorne Ziff. 1.3). Die am 13. März 2017 der Post übergebene, schriftlich begründete Beschwerde (act. 49) erfolgte danach rechtzeitig. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## 3.

3.1 Die Vorinstanz erwog, nach herrschender Lehre zum Recht der Stockwerkeigentümergeinschaft stünden die nachbarrechtlichen Klagen in Bezug auf die gemeinschaftlichen Teile der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer zu. Nur dann, wenn am betroffenen gemeinschaftlichen Teil ein Sondernutzungsrecht eines Stockwerkeigentümers bestehe, sei alternativ auch dieser zur Klage legitimiert. Im vorliegenden Fall umfasse das ausschliessliche Benutzungsrecht des Klägers (insbesondere sein Aussensitzplatz) nicht die ganze Grünfläche bis zur Grundstücksgrenze. Diese werde am Standort der Hecke somit nicht vom ausschliesslichen Benutzungsrecht des Klägers umfasst. Der Kläger als einzelner Stockwerkeigentümer sei aus diesem Grund nicht legitimiert, einen allfälligen Anspruch auf Beseitigung der Hecke klageweise geltend zu machen. Die Aktivlegitimation stehe nur der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer zu. Mangels Aktivlegitimation des Klägers sei die Klage abzuweisen (act. 51 S. 7 f.).

3.2 Der Kläger stellt sich beschwerdeweise auf den Standpunkt, er sei entgegen dem angefochtenen Urteil legitimiert, die vorliegende Klage alleine gegen die Beklagten zu erheben (act. 49 S. 6 ff.).

3.3 Die Beklagten halten in der Beschwerdeantwort zunächst fest, entgegen der Feststellung im angefochtenen Entscheid (act. 51 S. 6) hätten sie ihre Passivlegitimation hinsichtlich der erhobenen Klage bereits vor der Vorinstanz bestritten. Weiter verweisen die Beklagten auf ihre bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachte Schilderung, wonach sie die umstrittene Hecke gestützt auf eine Vereinbarung mit der früheren Eigentümerin beider Parzellen (von welcher sie ihr Grundstück Kat.-Nr. 3 erwarben) auf die gemeinsame Grenze gepflanzt und zugleich die Böschung zwischen der Grenze und dem heutigen Sitzplatz des Klägers begrünt hätten. Auch wenn teilweise Stockausschläge der Hecke, welche die gemeinsame Grenze überrage, einen Abstand von 20-30 cm zur Grenze aufweisen würden, ändere das nichts daran, dass es sich um eine gemeinsame Grenzbepflanzung handle, welche im Miteigentum der Nachbarn stehe. Die Klage des Klägers müsse sich gegen alle Miteigentümer der Grenzbepflanzung richten, also auch gegen die anderen Miteigentümer der Parzelle Kat.-Nr. 2. Die Vorinstanz habe die Klage zu Recht abgewiesen (act. 57 S. 3 f., S. 7).

3.4 Der Kläger macht im Einzelnen geltend, dass er als Stockwerk- bzw. Miteigentümer nach Art. 648 Abs. 1 ZGB berechtigt sei, die Sache nach aussen zu vertreten, soweit das mit den Rechten der anderen Stockwerkeigentümer verträglich ist. Er sei daher legitimiert, die vorliegende Klage alleine zu führen, und es gehe nicht an, die Klage mangels Aktivlegitimation abzuweisen (act. 49 S. 9). Dem ist zuzustimmen. Nach der Praxis des Obergerichts ist sogar bei Gesamthandverhältnissen an Liegenschaften (einfache Gesellschaft) davon auszugehen, dass ein einzelner (Gesamt-)Eigentümer alleine legitimiert ist, Abwehrrechte gegen Nachbarn gerichtlich geltend zu machen. Nur wo es um Leistungsansprüche angeht, müssen die Gesamteigentümer gemeinsam handeln (vgl. ZR 113/2014 Nr. 18 S. 57 ff., insb. E. II./2b). Umso mehr ist bei blossem Mit- bzw. Stockwerkeigentum davon auszugehen, dass der Kläger als Stockwerkeigentümer Abwehr-

rechte der Gemeinschaft alleine geltend machen kann. Entgegen der Vorinstanz ist die Aktivlegitimation des Klägers somit zu bejahen.

Das führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

3.5 Die Beklagten brachten bereits vor der Vorinstanz vor, dass es sich bei der fraglichen Hecke um eine gemeinsame Grenzbeplantzung handle, über deren Entfernung (auch) die Stockwerkeigentümergeinschaft zu entscheiden hätte (act. 17 S. 4, Vi-Prot. S. 10 f.). Die Beklagten beriefen sich damit sinngemäss hinsichtlich der Berechtigung an der Hecke im Verhältnis der Nachbarn auf die Miteigentumsvermutung von Art. 670 ZGB (welche der Kläger vor Vorinstanz ausdrücklich bestritt, act. 23 S. 5) und auf ihre fehlende Passivlegitimation hinsichtlich einer Klage auf Beseitigung der Hecke.

Steht die Hecke im Miteigentum der Nachbarn, so sind die Beklagten alleine (die in diesem Fall zusammen mit sämtlichen Stockwerkeigentümern der Parzelle Kat.-Nr. 2 Miteigentümer der Hecke sind) hinsichtlich des Beseitigungsanspruchs nicht passivlegitimiert. Die Abwehr eines Beseitigungsanspruchs geht über die Vertretungsbefugnis einzelner Miteigentümer nach Art. 648 Abs. 1 ZGB hinaus (weil die Rechtskraft eines Entscheides sich auf sämtliche Miteigentümer auswirkt; vgl. dazu ZR 113/2014 Nr. 18 S. 57 ff. E. II./2b).

Die Miteigentumsvermutung nach Art. 670 ZGB erfasst Vorrichtungen, die auf der Grenze zweier Grundstücke stehen. Entscheidend ist, dass die Objekte der Nutzung beider Grundstücke dienen (vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL, 5. Auflage 2015, Art. 670 N 2). Ob die Hecke im Miteigentum der Nachbarn steht, hat die Vorinstanz zu entscheiden, und sie hat nötigenfalls Beweise abzunehmen. Die Sache ist somit insoweit nicht spruchreif. Dasselbe gilt mit Blick auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Aus diesem Grund ist der Prozess an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

#### 4.

4.1 Ist der Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen, so ist das angefochtene Urteil auch hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben und wird die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid auch darüber erneut zu befinden haben.

4.2 Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens richten sich nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Wie vorne ausgeführt, ist von einem Streitwert von Fr. 6'000.00 auszugehen (vgl. vorne Ziff. 2.1). Für den Entscheid in der Sache ergäbe sich in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ein Betrag von Fr. 1'200.00. In Analogie zum Fall des Zwischenentscheids (§ 9 Abs. 2 GebV OG) ist die Gebühr zu ermässigen (vgl. OGer ZH LB110004 vom 5. Dezember 2011, E. 4).

4.3 Die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist auf den Betrag von Fr. 1'500.00 zuzüglich Fr. 120.00 (8% MwSt.), total Fr. 1'620.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2, § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

4.4 Die Verteilung der Kosten ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; vgl. zur Praxis bei Berufungen ZK ZPO-REETZ/HILBER, 3. Auflage 2016, Art. 318 ZPO N 61). Die Vorinstanz wird einen gesamthaften Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu treffen haben und dabei auch zu entscheiden haben, wer die Gerichtsgebühr des Beschwerdeverfahrens zu tragen hat.

#### 5.

Rückweisungsentscheide stellen nach bundesgerichtlicher Praxis keine Endentscheide und – selbst wenn materielle Grundsatzfragen entschieden werden – keine Teilentscheide dar. Ausgenommen sind Rückweisungsentscheide, die der Behörde, an welche die Streitsache zurückgewiesen wird, keinen erheblichen Entscheidungsspielraum belassen (vgl. SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, BGG-

Komm., 2. Auflage 2013, Art. 93 N 7 mit Hinweisen). Das ist vorliegend nicht der Fall. Das Urteil kann daher nur nach Massgabe von Art. 93 BGG an das Bundesgericht weitergezogen werden.

**Es wird erkannt:**

1. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Februar 2017 wird in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Die Parteienschädigung für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'620.00 (inkl. 8% MwSt.) festgesetzt.
4. Die weitere Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (einschliesslich eines allfälligen Rückgriffs des Klägers hinsichtlich des von ihm geleisteten Kostenvorschusses) wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichtes vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger und Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.00 geleistet hat.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Beschwerdeführer unter Beilage des Doppels von act. 57, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten und diejenigen des Obergerichts an die Vorinstanz.

7. 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 Be-

schwerde 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'000.00.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: