

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PP180038-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 11. März 2019

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_, lic. iur.,  
Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Klägerin und Beschwerdegegnerin

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

betreffend **Forderung (Nachbarrecht)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im vereinfachten Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. August 2018; Proz. FV180011**

## Erwägungen:

### I.

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. B.\_\_\_\_\_ (Klägerin und Beschwerdegegnerin, fortan Klägerin) und A.\_\_\_\_\_ (Beklagter und Beschwerdeführer, fortan Beklagter) sind Alleineigentümer zweier Nachbargrundstücke. Beide Liegenschaften verfügen über aneinander grenzende Dachterrassen. Im Jahre 2011/2012 erweiterte der Beklagte seine Dachterrasse. Anlässlich dieser Erweiterung stellte er einen Pflanzentrog mit den Massen 200 cm (Länge) x 60 cm (Breite) x 60 cm (Höhe) in den Grenzbereich der beiden Dachterrassen, wobei sich der Trog seither teilweise (im Umfang von ca. 30-36 cm) auf der Liegenschaft der Klägerin befindet (vgl. act. 33 E. II.2 und 3.2).
2. Mit unbegründeter Klageschrift vom 27. Februar 2018 (act. 2) und Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C.\_\_\_\_\_ vom 20. Dezember 2017 (act. 1) verlangte die Klägerin beim Bezirksgericht Meilen (fortan Vorinstanz), der Beklagte sei zu verpflichten, diesen sich auf der Grenze der beiden Grundstücke befindlichen Pflanzentrog innert gerichtlich anzusetzender Frist auf seine Kosten von ihrem Grundstück zu entfernen (vgl. act. 2).
3. Mit Urteil vom 30. August 2018 hiess die Vorinstanz die Klage gut und verpflichtete den Beklagten, den Pflanzentrog innert 30 Tagen seit Rechtskraft des Urteils auf seine Kosten vom Grundstück der Klägerin zu entfernen (act. 21 = act. 28/1 = act. 33, fortan act. 33).
4. Dagegen erhob der Beklagte mit Eingaben vom 11. und 12. Oktober 2018 (act. 27 und 29) Beschwerde, wobei er folgende Anträge stellt:

"Es sei in Gutheissung der Beschwerde das Urteil der Vorinstanz ersatzlos aufzuheben, eventualiter an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zulasten der Klägerin und Beschwerdegegnerin.

Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzugestehen."

5. Mit Verfügung vom 16. Oktober 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Klägerin Frist angesetzt, um sich zum entsprechenden Antrag des Beklagten zu äussern. Zudem wurde der Beklagte zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert und die Prozessleitung delegiert (act. 31).

6. Sowohl die Stellungnahme der Klägerin vom 26. Oktober 2018 (act. 35 f.) als auch der Kostenvorschuss des Beklagten (act. 34) erfolgten fristgerecht. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-25). Das Einholen einer Beschwerdeantwort ist nicht erforderlich (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO) und das Verfahren ist spruchreif, weshalb die definitive Beurteilung des Gesuchs des Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Endentscheid gegenstandslos wird. Der Klägerin ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Beschwerdeschrift und der Beschwerdeergänzung (act. 27 und 29) zuzustellen.

## II.

### Prozessuale Vorbemerkungen

1. Die Beschwerde wurde innerhalb von 30 Tagen ab Zustellung des angefochtenen Entscheides und damit rechtzeitig (vgl. Art. 321 Abs. 1 ZPO sowie act. 89), schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet im Sinne von Art. 321 Abs. 1 ZPO bei der Kammer als zuständiger Beschwerdeinstanz eingereicht. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, der nicht berufungsfähig ist, weil der Streitwert weniger als Fr. 10'000.– beträgt (Art. 319 lit. a und Art. 308 Abs. 2 ZPO; zum Streitwert vgl. act. 33). Der Beklagte ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und somit zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Kognition der Beschwerdeinstanz ist in Tatfragen somit auf die offensichtlich un-

richtige Tatsachenfeststellung beschränkt (Art. 320 lit. b ZPO). Erforderlich ist eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts, was gleichbedeutend ist mit einer "willkürlichen" Sachverhaltsfeststellung i.S.v. Art. 9 BV (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, 3. Aufl. 2016, Art. 320 N 5). In Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz dagegen volle Kognition (Art. 320 lit. a ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO).

### III.

#### Zur Beschwerde im Einzelnen

##### 1.

1.1. Umstritten war vor der Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht insbesondere, ob die Klägerin der damaligen Positionierung des Pflanzentzugs zugestimmt hatte oder nicht.

1.1.1. Der Beklagte machte geltend, die Klägerin habe sein Bauvorhaben und seine Pläne gekannt und diesen nie widersprochen. Vielmehr habe die Klägerin im Jahr 2010 gar ihr Einverständnis dazu erteilt, dass er sein Bauvorhaben gemäss den Plänen umsetzen könne. Der Beklagte wies darauf hin, der jetzige Konflikt sei bloss deshalb entstanden, weil er seinerseits von der Klägerin verlangt habe, einen Pfosten ihres Zaunes von seinem Grundstück zu entfernen (vgl. act. 33 E. II.3.2 mit Verweisen). Entsprechend sei das heute streitgegenständliche Ansinnen der Klägerin rechtsmissbräuchlich.

1.1.2. Die Klägerin hingegen vertrat den Standpunkt, der Beklagte habe den Pflanzentzug unberechtigterweise und ohne ihre Einwilligung auf ihrem Grundstück platziert, verschraubt und bepflanzt. Sie habe den Beklagten nach erstmaliger Wahrnehmung umgehend informiert, dass sie damit nicht einverstanden und der Trog zu entfernen sei. Sie habe dann aber auf Bitten des Beklagten hin den Trog so lange geduldet, bis ohnehin ein Kran vor Ort sein würde, mit welchem dieser entfernt werden könne. Obwohl dies im Jahr 2017 der Fall gewesen sei, sei

der Trog trotz mehrfacher schriftlicher Aufforderung nicht entfernt worden (vgl. act. 33 E. II.3.1).

1.2. Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe als Beweismittel für die Beobachtung und Duldung des Bauvorgangs durch die Klägerin die Befragung seiner Tochter und des mit dem Bau befassten Spenglers offeriert. Sie verzichtete aber darauf, diese Zeugen anzuhören, da sie es für irrelevant erachtete, ob die Klägerin den Bauvorgang während Monaten beobachtete und duldete (vgl. act. 33 E. II.4.1). Die Behauptungen des Beklagten zur angeblichen Einwilligung der Klägerin hingegen hielt die Vorinstanz für sehr vage: Der Beklagte habe lediglich ausgeführt, die Einwilligung sei im Jahr 2010 erteilt worden. Er habe aber keine Angaben dazu gemacht, unter welchen Umständen, d.h. in welcher Form und wem gegenüber, diese Einwilligung erfolgt sei. Dies, obwohl die Klägerin explizit bestritten habe, dass sie im Vorfeld über den Pflanzentrog informiert gewesen sei. Damit genüge der Beklagte der ihm obliegenden Substantiierungslast nicht. Sodann habe er für die behauptete Einwilligung keinerlei Beweismittel offeriert. Es bestehe daher mangels Substantiierung der entsprechenden Tatsachenbehauptungen nicht nur kein Anspruch auf Beweisführung, sondern es sei eine solche mangels einer Offerte von Beweismitteln auch gar nicht möglich. Gestützt auf diese Begründung erachtete die Vorinstanz die behauptete Einwilligung der Klägerin als nicht erstellt (vgl. act. 33 E. II.4.2).

1.3. In rechtlicher Hinsicht verneinte die Vorinstanz vorab, dass es sich beim fraglichen Pflanzentrog um eine Grenzvorrückung im Sinne von Art. 670 ZGB handle (vgl. act. 33 E. III.1.2 ff.). Sie prüfte folglich die Eigentumsfreiheitsklage (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und ging, basierend auf der unbestrittenen Tatsache der Platzierung des Pflanzentroges auch auf dem Grundstück der Klägerin, von einer Einwirkung auf deren Grundstück aus (vgl. act. 33 E. III. 2.4). Sie erwog, die Eigentumsfreiheitsklage könne gegen jeden Störer erhoben werden, sofern es sich um eine ungerechtfertigte Einwirkung auf das Eigentum handle (vgl. act. 33 E. III. 2.2 f.). Da die Behauptung des Beklagten, wonach er für die Einwirkung eine Einwilligung habe, nicht habe erstellt werden können, handle es sich um eine ungerechtfertigte Einwirkung (vgl. act. 33 E. III. 2.4). Zum Rechtsmissbrauchsargument

des Beklagten hielt sie fest, eine Klage auf Beseitigung einer seit längerer Zeit geduldeten Störung könne zwar rechtsmissbräuchlich sein. Ein bösgläubiger Störer könne sich aber nicht auf den Rechtsmissbrauch berufen. Nachdem der Beklagte nie vorgebracht habe, nicht gewusst zu haben, dass der Pflanzentrog auch auf dem Grundstück der Klägerin stehe, und der Beklagte habe wissen müssen, dass ein Nachbargrundstück nicht ohne rechtliche Grundlage für eigene Zwecke verwendet werden dürfe, sei er mangels Einwilligung der Klägerin in diese Einwirkung als bösgläubig anzusehen. Daher könne er sich heute nicht auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin berufen, weshalb dieses nicht näher zu prüfen sei (vgl. act. 33 E. III. 3.1 – 3.5). Entsprechend hiess die Vorinstanz die Klage zur Beseitigung des Pflanzentroges auf dem Grundstück der Klägerin gut.

2.

2.1. Der Beklagte rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs resp. eine willkürliche Sachverhaltsermittlung dadurch, dass die Vorinstanz die von ihm behauptete Einwilligung der Klägerin als nicht erstellt erachtet habe, ohne die dazu angebotenen Beweismittel abzunehmen. Er habe zur Frage des Einverständnisses und der Duldung des leicht grenzüberschreitenden Pflanzentroges den damals ausführenden Spengler sowie seine Tochter D.\_\_\_\_\_, welche als Bauleiterin des damaligen Umbaus auch die Realisierung der Gartenvorrichtung organisiert und mit der Nachbarschaft koordiniert habe, sowie den Dachdecker E.\_\_\_\_\_ als Zeugen genannt. Die Begründung der Vorinstanz zur Verweigerung der Anhörung dieser Zeugen sei überspitzt formalistisch. Die als Zeugin genannte Bauführerin hätte bestätigen können, dass die Klägerin zumindest durch ihr konkludentes Verhalten der Positionierung des Geländers und des Pflanzentroges zugestimmt habe. Der Dachdecker hätte ausführen können, wie sich die Klägerin bei der Errichtung der Geländervorrichtung und dem Aufstellen des Pflanzentroges verhalten habe, als sie die damals genau an dieser Stelle montierte Satellitenschüssel auf das Dach des Beklagten habe versetzen wollen. Der Spengler hätte aussagen können, dass die Klägerin in die Positionierung des Pflanzentroges einbezogen worden sei. Ferner habe der Beklagte einen Augenschein verlangt und beantragt, man möge die Akten des Mauerbau-Bewilligungsverfahrens beiziehen und den

zuständigen Baubeamten befragen. Dieser sei Zeuge für das Zerwürfnis der Parteien, welches die Ursache sei für das heute rechtsmissbräuchliche Verhalten der Klägerin. Weiter macht der Beklagte geltend, die Klägerin habe die Duldung und damit eine Einwilligung selber zugegeben, nur verbinde die Klägerin diese mit einer Befristung. Dies sei eine blosser Schutzbehauptung und stamme aus dem Zerwürfnis der Parteien, weshalb dies rechtsmissbräuchlich sei. Der Beklagte bringt sodann vor, dass er in seinem Bau-Archiv ein Schreiben der Klägerin an die Baubehörde gefunden habe. In diesem Schreiben habe die Klägerin zusammen mit ihrem Ehemann bestätigt, dass sie gegen das Baugesuch ihres Nachbarn gemäss Plänen vom 17. Juni 2010 keine Einwendungen habe und soweit dieses Projekt ein Näherbaurecht gegenüber ihrem Grundstück erfordere, dieses gewähre (Dachaufbau, Erweiterung längs der gemeinsamen Grenze). Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, wäre die angebotene Bauleiterin von der Vorinstanz als Zeugin angehört worden, hätte diese das Schreiben sicher vorgelegt. Zudem sei es verständlich, dass er sich aufgrund seines Alters wegen Erinnerungslücken nicht mehr daran erinnert habe. Das Schreiben sei daher als Novum zuzulassen, da die Verspätung unverschuldet sei.

2.2. Weiter rügt der Beklagte eine willkürliche Verwendung des Rechtsmissbrauchsbegriffs und damit eine Verletzung von Art. 9 BV und Art. 2 ZGB durch die Vorinstanz. Er erachtet die Annahme seiner Bösgläubigkeit als willkürlich (act. 27 S. 7 f.), und rügt, dass die Vorinstanz das rechtsmissbräuchliche Verhalten der Klägerin nicht geprüft habe. Bereits nach der Durchführung der Hauptverhandlung sei das rechtsmissbräuchliche Verhalten der Klägerin "dermassen fundiert substantiiert" gewesen, dass die Klage hätte abgewiesen werden müssen. Der Beklagte ist im Übrigen der Auffassung, "die Beschränkung ihrer Eigentumsfreiheit durch eine klitzekleine 30-36 cm Mitbenutzung ihres Landes durch eine gemeinsame Grenzvorrückung auf 2 Metern Länge [...] mit einer wunderschönen Bepflanzung [...] in einem völlig unbenutzten Ecken ihrer ohnehin vernachlässigten Terrasse mit einem ungepflegten, ja sogar beschädigten Holzbrettrost [...] sei] äussert geringfügig und nicht der Rede wert" (act. 27 S. 8). Die Konstruktion sei von ihm in Wahrung der gemeinsamen Interessen konzipiert und realisiert worden, was die Zeugen D.\_\_\_\_\_ und der Spengler hätten bestätigen können, und

was mit der Zustimmung zum Näherbaurecht strikte übereinstimme. Die Klage sei offensichtlich eine Revanche, und darin liege der Rechtsmissbrauch (vgl. act. 27 S. 8 f.). Die Klage könne daher aufgrund des bereits erstellten Sachverhaltes zufolge Rechtsmissbrauchs ohne Weiterungen abgewiesen werden, so dass auf die von der Vorinstanz übergangene Abnahme zwingender Beweisofferten des Klägers ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs sogar verzichtet werden könne (act. 27 S. 10).

3.

3.1. Soweit der Beklagte mit seiner Eingabe lediglich den Sachverhalt neu oder wiederholt schildert und damit keine konkreten und begründeten Rügen verbindet, sind diese Ausführungen im Beschwerdeverfahren unbeachtlich. Der Beklagte hat klar und deutlich aufzuzeigen, worin die grob falsche Würdigung durch die Vorinstanz liegt, und weshalb eine Korrektur dieses Sachverhaltes relevant ist. Liegt ein Eingriff in das Eigentum der Klägerin vor, ist relevant, ob dafür eine Einwilligung besteht. Ob der Eingriff in den Augen des Beklagten eine Verschönerung darstellt, geringfügig ist oder ob und wie stark dieser Eingriff die Klägerin tatsächlich tangiert, spielt hingegen keine Rolle. Hier ist einzig noch das Rechtsmissbrauchsverbot zu beachten, und dies erst und nur dann, wenn der Beklagte selber gutgläubig war (vgl. act. 33 E. III.3.).

3.2. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Sachverhalt willkürlich festgestellt respektive das rechtliche Gehör des Beklagten (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt hat, indem sie die vom ihm offerierten Beweise nicht abgenommen hat.

3.2.1. Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses

geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 142 I 86 E. 2.2 S. 89; 135 I 187 E. 2.2 S. 190). Das Recht auf Beweis hindert freilich das Gericht nicht daran, die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen, oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (BGE 141 I 60 E. 3.3 S. 64; 134 I 140 E. 5.3 S. 148). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann somit nicht gegeben sein, wenn die antizipierte Beweiswürdigung als solche vor dem Willkürverbot standhält (BGer 5A\_708/2014 vom 23. März 2015 E. 2).

3.3. Das Recht auf Beweis hingegen ist in Art. 152 ZPO gesetzlich vorgesehen und wurde früher aus Art. 8 ZGB abgeleitet (BGer 5A\_641/2013 vom 25. Februar 2014 E. 1). Danach hat die beweisbelastete Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299; 114 II 289 E. 2a S. 290; BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013 E. 3.5.2). Auch dieser Anspruch schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus. Von einer solchen kann allerdings nur dort die Rede sein, wo der Richter zum Schluss kommt, ein form- und fristgerecht beantragter und an sich tauglicher Beweis vermöge seine aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten und bestrittenen Tatsache nicht zu erschüttern (BGE 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299; 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376; 90 II 219 E. 4b S. 224).

3.4. Die Vorinstanz hat auf die Abnahme der angebotenen Beweismittel verzichtet, weil sie diese nicht für relevant erachtete.

3.4.1. Für die rechtliche Würdigung der Frage, ob die Beseitigung des Pflanzentroges verlangt werden darf, ist relevant, ob der Beklagte den Pflanzentrog damals mit Einverständnis der Klägerin platziert hatte. Davon zu unterscheiden ist die blosser Duldung des Eingriffes durch die Klägerin: Hierüber muss kein Beweis

abgenommen werden, denn die (befristete) Duldung der Einwirkung durch die Klägerin ist offensichtlich und nicht bestritten. So wurde die Beseitigung des Troges (zumindest schriftlich) erstmals im Jahre 2017 und damit ungefähr 5 bis 6 Jahre nach dessen Platzierung verlangt. Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe den Spengler als Zeugen genannt, da dieser bestätigen könne, dass die Klägerin den Bauvorgang während Wochen beobachtet und diesem nicht widersprochen habe (vgl. act. 33 E. II.4.1 mit Hinweis auf act. 18 S. 8). Aus der blossen Beobachtung des Bauvorgangs liesse sich daher allenfalls die Duldung des Bauvorhabens durch die Klägerin erstellen. Das Beweismittel wurde aber nicht zum Nachweis der Einwilligung in die Platzierung des Pflanzentrogas angeboten. Da es um die blosser Duldung vorliegend nicht geht, handelte es sich bei der Offerte dieses Zeugen somit um ein untaugliches Beweismittel. Die Vorinstanz durfte daher ohne weiteres von der Befragung des Spenglers absehen. Dasselbe gilt, soweit der Beklagte seine Tochter als Zeugin anführte: Der Beklagte führte dazu vor Vorinstanz aus: "Auch der Dachdecker E.\_\_\_\_\_ könnte ein wichtiger Zeuge sein, sodann meine Tochter D.\_\_\_\_\_. Sie hat als Bauleiterin den ganzen Umbau geplant – das Gelände war nur eine ganz kleine Sache angesichts des Hintergrundes, dass die ganzen Bauarbeiten gut CHF 300'000.– gekostet haben – und kann bestätigen, dass die Klägerin ständig mit dem Bau konfrontiert war und nie verlangt hat, dass der Trog anders platziert werde" (act. 18 S. 11 f.). Auch diese Beweisofferte zielt darauf hin, dass die Klägerin die Bauarbeiten und damit verbunden allenfalls auch die Erstellung des Geländers auf dem Dach und die Platzierung des Pflanzentrogas beobachtet und der Platzierung nicht widersprochen hat. Auch daraus ergibt sich aber keine Einwilligung zur Platzierung des Pflanzentrogas auf dem Grundstück der Klägerin, sondern ergeben sich höchstens Anhaltspunkte zur (befristeten) Duldung dieses Zustandes. Beweismittel zum Thema der Einwilligung nannte der Beklagte vor Vorinstanz keine. Er führte vor Vorinstanz auch nicht aus, in welcher Form und wem gegenüber die Einwilligung erfolgt sei. Insbesondere brachte er nicht vor, die Einwilligung der Klägerin sei gegenüber seiner Tochter oder gegenüber dem Spengler erfolgt. Er sprach einzig davon, die Pläne (zum Bauvorhaben) würden aus dem Jahr 2010 stammen; ebenso wie das Einverständnis der Klägerin (vgl. act. 18 S. 10).

3.4.2. Ob mangels Substantiierung der entsprechenden Tatsachenbehauptungen gar kein Anspruch auf Beweisführung bestand, wie die Vorinstanz erwog (vgl. act. 33 E. II.4.2), kann offen bleiben. Der Beklagte hat die von ihm angerufenen Zeugen jedenfalls nicht zur Frage der Einwilligung, sondern nur zum Thema des "Beobachtens und Duldens" offeriert, was vorliegend entweder nicht relevant (beobachten) oder bereits erwiesen (dulden) ist. Es wurde vor Vorinstanz auch nicht dargetan, inwiefern sich die angerufenen Zeugen zur Frage der Einwilligung hätten äussern können. Insbesondere wurde vor Vorinstanz nicht dargelegt, was der Beklagte heute behauptet, nämlich dass die Einwilligung mit einem Schreiben an die Baubehörde erfolgt sei, und die angerufene Zeugin dieses Schreiben kenne und sich dazu äussern werde. Die Vorinstanz hat daher durch die Nichtabnahme der angebotenen Beweismittel weder das Recht auf Beweis (Art. 159 ZPO) noch den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt. Es ist daher an der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz festzuhalten, wonach es an einer im 2010 abgegebenen Einwilligung zur Positionierung des Pflanzentroges auf dem Grundstück der Klägerin fehlt. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt in dieser Hinsicht nicht willkürlich festgestellt.

3.4.3. Was den Vorwurf betrifft, die Vorinstanz hätte genauer nachfragen und zumindest die Parteien befragen müssen, weist der Beklagte auf die richterliche Fragepflicht hin. Auch damit lässt er jedoch eine klare Rüge vermissen, und es ist unklar, ob er damit überhaupt eine Rüge verbinden will.

3.4.3.1. Gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO hat das Gericht im vereinfachten Verfahren durch entsprechende Fragen darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Dabei darf das Gericht den Sachvortrag der beweisbelasteten Partei zwar nicht durch seine Fragen ersetzen, aber versuchen, sie durch geeignete Fragen zu ergänzen (vgl. BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 247 N. 9 ff.). Eingeschränkt wird die verstärkte richterliche Fragepflicht durch anwaltliche Vertretung (BERND HAUCK, a.a.O., Art. 247 N. 35). Der Beklagte war vor der Vorinstanz nicht anwaltlich vertreten, ist aber selber Anwalt, wenn er auch aufgrund seines Alters schon länger nicht mehr forensisch tätig ist (vgl.

act. 27 S. 6). Der Beklagte schilderte vor Vorinstanz, die Pläne würden aus dem Jahr 2010 stammen, ebenso wie das Einverständnis der Klägerin, dass man alles so bauen solle (vgl. act. 18 S. 10). Da es auf die Einwilligung vorliegend ankommt, könnte man der Vorinstanz mit Blick auf die richterliche Fragepflicht höchstens vorwerfen, dass sie in dieser Hinsicht nicht erfragt habe, in welcher Form die Einwilligung erfolgt sei und ob es dafür Beweise gäbe. Der Beklagte hat aber seinen Standpunkt ausführlich schildern und auch auf die Argumente der Klägerin eingehen können, weshalb nicht von einer Verletzung der richterlichen Fragepflicht auszugehen ist. Der Beklagte bringt im Beschwerdeverfahren im Übrigen nicht vor, welche zusätzlichen Sachverhaltselemente oder Beweismittel er bei entsprechendem Hinweis durch die Vorinstanz hätte vorbringen wollen. Offenbar erinnerte er sich nicht mehr an die genauen Umstände der Einwilligung. Da er neu einzig das Schreiben an die Baubehörde C.\_\_\_\_\_ vorbringt und darin die behauptete Einwilligung zu erblicken scheint, wäre höchstens noch auf den Inhalt dieses Schreibens einzugehen.

3.4.3.2. Das Schreiben der Klägerin an die Baubehörde C.\_\_\_\_\_ vom 18. Juni 2010, welches der Beklagte in seinem Bau-Archiv gefunden habe und nun erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebracht hat (vgl. act. 28/2), stellt ein unechtes Novum dar. Neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weshalb das Schreiben grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden kann. Hingegen wird die Meinung vertreten, dass die Parteien im Anwendungsbereich der verstärkten richterlichen Fragepflicht auf die Pflicht des Gerichts vertrauen dürfen und, sofern das Fehlen einer Tatsachenbehauptung oder eines Beweismittels aus einer Verletzung der verstärkten richterlichen Fragepflicht resultiert, die nicht rechtzeitige Einbringung als nicht schuldhaft i.S.v. Art. 229 Abs. 2 lit. b. ZPO zu betrachten sei (vgl. BERND HAUCK, a.a.O., Art. 247 N. 44). Von einer Verletzung der richterlichen Fragepflicht ist vorliegend, wie bereits gesagt, nicht auszugehen. Letztlich kann aber die Frage, wie es sich mit der Zulässigkeit der Berücksichtigung dieses Schreibens verhält, offen gelassen werden, da selbst die Berücksichtigung des Schreibens (alleine) am Ergebnis nichts zu ändern vermag.

3.4.3.3. In diesem Schreiben an die Baubehörde C.\_\_\_\_\_ erklärt die Klägerin, dass sie gegen das Baugesuch ihres Nachbarn gemäss den Plänen vom 17. Juni 2010 keine Einwendungen habe und, soweit dieses Projekt ein Näherbaurecht gegenüber ihrem Grundstück erfordere, dieses gewähre (Dachaufbau, Erweiterung längs der gemeinsamen Grenze). Dass sich die Notwendigkeit eines Pflanzentrogens zwecks Befestigung des Geländers und die Platzierung desselben bereits aus diesen Plänen ergeben hätte, wurde im Verfahren nicht behauptet. Auch wurden die Pläne nicht vorgelegt. Das Schreiben gewährt aber nur ein *Näherbaurecht*. Es kann aus ihm, selbst wenn es berücksichtigt werden könnte, somit kein Einverständnis zur Positionierung eines Pflanzentrogens *auf dem* Nachbargrundstück abgeleitet werden.

3.5. Hat die Klägerin dem Eingriff in ihr Eigentum nicht zugestimmt, kann sie gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB die Beseitigung dieses Zustandes verlangen. Die Geltendmachung dieses Anspruchs findet seine Grenze am Verbot des Rechtsmissbrauchs. Darauf kann sich der Beklagte aber mit Verweis auf die zutreffenden rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz nur dann berufen, wenn er selber gutgläubig war. Der Beklagte müsste hierfür darlegen, dass er sich entweder des Eingriffs nicht bewusst gewesen war, oder er gutgläubig von einer Einwilligung ausgehen durfte.

3.5.1. Die Vorinstanz führte aus, der böse Glaube sei das Unrechtsbewusstsein dessen, der sich objektiv unrichtig verhält (vgl. act. 18 E. 3.4). Ob die Nichtkenntnis des Rechtsmangels für das Vorliegen des guten Glaubens erforderlich ist, ist umstritten. So wird in der Literatur auch die Ansicht vertreten, ein Unrechtsbewusstsein sei nicht erforderlich, die Bewusstseinslage des Gutgläubigen nicht von Bedeutung. Es genüge die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Tatbestandes, der zu der jeweiligen Rechtsfolge führe (vgl. BSK ZGB I-HEINRICH HONSELL, 6. Aufl. 2018, Art. 3 N. 15). Die Vorinstanz erwog, der Beklagte habe bei der Platzierung des Pflanzentrogens gewusst, dass sich dieser zumindest teilweise auf dem Grundstück der Klägerin befinde. Der Beklagte bestreitet dieses Wissen nicht.

3.5.2. Der Beklagte brachte aber bereits vor Vorinstanz vor, die Klägerin verlange die Beseitigung des Pflanzentroges nur deshalb, weil er seinerseits (berechtigte) Ansprüche gestellt habe und sie sich verstritten hätten (vgl. act. 33 E. II.3). Er erachtet das Verhalten der Klägerin als rechtsmissbräuchlich. Der Vorinstanz, welche es ihm nicht zugestand, sich auf die Rechtsmissbräuchlichkeit zu berufen, wirft er vor, die Unterstellung seiner Bösgläubigkeit sei willkürlich. Die Vorinstanz gehe von einem falschen Begriff des Rechtsmissbrauchsverbotes aus. Die Rechtsmissbräuchlichkeit liege im Verhalten der Klägerin, welche sich mit dieser Klage nur revanchieren wolle. Die Klage sei daher bereits gestützt auf Art. 2 ZGB und Art. 9 BV abzuweisen (vgl. bereits oben, E. III.2.2).

3.5.3. Der Beklagte nannte vor Vorinstanz eine Einwilligung der Klägerin, welche im Jahr 2010 erfolgt sei. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen, welche im Beschwerdeverfahren vor dem Willkürverbot stand hielten (vgl. oben, E. III.3.2-3.4), fehlt es an einer solchen Einwilligung. Der Beklagte brachte ferner an keiner Stelle vor, dass er sich hinsichtlich der Einwilligung in einem Irrtum befunden hätte, und deswegen trotz der Kenntnis vom Eingriff in das Eigentum der Klägerin gutgläubig gewesen wäre. Ginge man von einem Irrtum des Beklagten, d.h. einer unzutreffenden Annahme der Rechtmässigkeit seines Verhaltens aus, so könnte er nicht bösgläubig sein, solange es auf das Unrechtsbewusstsein ankommt. Nebst dem fehlenden Beweis zur Einwilligung führte der Beklagte vor Vorinstanz aber auch aus, dass die genaue Positionierung schliesslich vom ausführenden Spengler bestimmt worden sei, und er diesem nicht dreingeredet habe. Weshalb dieser den Trog so gestellt habe und das Gelände so, wisse er nicht. Vielleicht habe er, der Spengler, falsch gemessen, sei dann mit dem fertigen Gelände gekommen und habe dann den Trog um sechs Zentimeter verschieben müssen (vgl. act. 18 S. 11). Die Sachdarstellung des Beklagten lässt also darauf schliessen, dass die ursprüngliche Planung der Platzierung des Troges durch den Spengler noch einmal zum Nachteil der Klägerin verändert wurde, und der Beklagte davon Kenntnis hatte. Dass dies auch der Klägerin mitgeteilt worden wäre, ist hingegen nicht dargetan. Nachdem der Beklagte nicht darlegen konnte, dass eine Einwilligung vorgelegen hatte, und er auch nicht behauptete und begründete, dass und weshalb er gutgläubig von einer solchen Einwilligung ausgehen durfte, vermag er

nicht darzutun, dass er den Eingriff in das Eigentum der Klägerin in einem entschuldbaren Irrtum und damit gutgläubig vorgenommen hätte: Der Beklagte wusste, dass der Pflanzentrog über die Grenze seines Grundstückes hinaus auf dem Grundstück der Klägerin platziert wurde und er hat auch nie bestritten, nicht zu wissen, dass ein solcher Eingriff in das Eigentum des Nachbarn ohne Einwilligung rechtswidrig ist. Nachdem der Beklagte den Eingriff und dessen grundsätzliche Rechtswidrigkeit kannte, und keine Anhaltspunkte für eine rechtfertigende Einwilligung oder den Glauben darin dargelegt werden konnten, ist davon auszugehen, dass der Beklagte diesen Eingriff mindestens in Kauf genommen hat. Selbst wenn die heutigen Motive der Klägerin zur Beseitigung des Pflanzentroges tatsächlich einen Racheakt darstellten und rechtsmissbräuchlich wären, was nicht geprüft wurde und auch nicht geprüft werden musste, könnte sich der Beklagte unter den von ihm dargelegten tatsächlichen Umständen, von denen heute auszugehen ist, nicht drauf berufen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der Beklagte habe unter diesen Umständen nicht gutgläubig in fremdes Eigentum eingegriffen, hält demnach vor Art. 2 ZGB respektive Art. 9 BV stand. Es bleibt somit dabei, dass die Positionierung des Pflanzentroges durch den Beklagten zumindest teilweise auf dem Grundstück der Klägerin einen Eingriff in deren Eigentum darstellt, welchen die Klägerin zur Eigentumsfreiheitsklage berechtigt.

3.6. Schliesslich scheint der Beklagte der Vorinstanz noch eine gewisse Voreingenommenheit zu unterstellen, ohne dies aber substantiiert zu begründen und zu rügen. Dass der Kläger in der mündlichen Erstattung seiner Klageantwort darauf hingewiesen wurde, er habe sich auf den wesentlichen Sachverhalt zu beschränken, und dass der Beklagte seine Sicht der Dinge mündlich vorzutragen hatte, lässt nicht auf eine Voreingenommenheit der Gerichtsbesetzung schliessen. Das Vorgehen der Vorinstanz entspricht vielmehr dem gerichtsblichen Verfahrensablauf in dieser Art von Fällen. Was die Behauptung betrifft, es solle sogar die Bemerkung gefallen sein, Rechtsanwälte würden immer dann Rechtsmissbrauch geltend machen, wenn ihnen keine sachlichen Argumente mehr einfielen (vgl. act. 27 S. 10), so wäre diese Aussage, sollte sie denn so gemacht worden sein, zwar unangebracht und unprofessionell. Eine Voreingenommenheit liesse sich aber daraus noch nicht ableiten. Im Übrigen fehlen jegliche Hinweise auf die-

se Aussage und führt der Rechtsvertreter des Beklagten hierzu auch keine Beweismittel auf.

3.7. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Beklagte mit seiner Beschwerde unterliegt. Entsprechend hat er den Pflanzentrog, nachdem ihm die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 16. Oktober 2018 gewährt worden ist, gemäss Dispositiv-Ziff. 1 des Entscheides der Vorinstanz vom 30. August 2018 innert 30 Tagen seit der Rechtskraft des bestätigenden Entscheides des Obergerichts, unter den Säumnisandrohungen gemäss Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheides, auf eigene Kosten vom Grundstück der Klägerin zu entfernen.

4.

Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt es sich, die superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu bestätigen. Der Antrag wird – wie schon vermerkt – gegenstandslos und ist entsprechend abzuschreiben.

#### **IV.**

##### **Kosten**

Da der Beklagte unterliegt, hat er die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG und ausgehend von einem Streitwert von Fr. 1'500.– auf Fr. 350.– festzusetzen. Da der Beklagte unterliegt, hat er der Klägerin eine Prozessentschädigung zu leisten. Nachdem sich die Klägerin einzig zur Frage der aufschiebenden Wirkung zu äussern hatte, ist ihr in Anbetracht des geringen Aufwandes in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 2 AnwGebV eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 180.– inkl. MWST (Fr. 167.– Parteientschädigung, Fr. 13.– MWST) zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Antrag um aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 350.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 180.– (Mehrwertsteuer darin bereits inbegriffen) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage von Doppeln der Beschwerdeschrift und der Beschwerdeergänzung (act. 27 und 29), sowie an das Bezirksgericht Meilen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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 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. 1'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am: