

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV130002-O/U

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss und Urteil vom 18. Juli 2013

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

Beklagte und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Kläger und Beschwerdegegner

1 vertreten durch D. _____

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts
Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 15. März 2013 (EZ120063-L)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am 24. Mai 2004 die Errichtung einer Grunddienstbarkeit über die erlaubte Maximalhöhe bestimmter Pflanzen in ihren jeweiligen Gärten vereinbart, wobei die Vereinbarung in der Erledigungsverfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juni 2004 festgehalten wurde (Urk. 2/10). Vor Vorinstanz haben die Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) die Vollstreckung dieser gerichtlichen Parteivereinbarung für zwanzig im Rechtsbegehren namentlich aufgeführte Pflanzen verlangt. Die Vorinstanz hat dem Begehren teilweise entsprochen und für zehn Pflanzen die Vollstreckung angeordnet. Im Übrigen hat sie das klägerische Vollstreckungsbegehren abgewiesen, soweit sie darauf eingetreten ist (Urk. 24 S. 10 f.).

2. Hiergegen haben die Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagte) innert Frist Beschwerde erhoben. Dem beklagtischen Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 19. April 2013 teilweise stattgegeben (vgl. Urk. 26). Die Beschwerdeantwort der Kläger datiert vom 31. Mai 2013 und wurde der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 32).

3. Die Dispositivziffer 2 blieb unangefochten, weshalb sie in Rechtskraft erwachsen ist. Dies ist vorzumerken.

II.

1. Vorbemerkungen

1.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was nicht gerügt wird, hat Bestand.

1.2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 3 f. zu Art. 326). Die beklagti-schen Ausführungen in Rz 7 der Beschwerdeschrift sind vor diesem Hintergrund unbeachtlich.

1.3. Auf die Parteivorbringen wird nur insoweit eingegangen, als dies für die Ent-scheidfindung notwendig ist.

2. Prozesshintergrund / Parteistandpunkte

2.1. Die Kläger sind Eigentümer der Liegenschaft E. _____-Strasse 1... in Zürich, welche an das Grundstück der Beklagten an der E. _____-Strasse 2... grenzt. Die Parteien sind seit Jahren in Auseinandersetzungen betreffend die Bepflanzung ih- rer Grundstücke verwickelt. Am 24. Mai 2004 haben die Parteien vor Vorinstanz anlässlich einer Referentenaudienz eine Parteivereinbarung geschlossen, welche unter anderem die Eintragung des Rechts auf Fortbestand von speziell bezeich- neten, bestehenden Pflanzen in einer gewissen Maximalhöhe als Grunddienst- barkeit im Grundbuch zulasten des Grundstücks der Kläger vorsieht. Für Neupflanzungen bezeichnet die entsprechende Ziffer der Parteivereinbarung die gesetzlichen Abstands- und Höhenvorschriften gemäss EG ZGB für anwendbar, ausser es handelt sich um Pflanzen, die anstelle von (zufolge Krankheit, Blitz- schlag usw.) untergegangenen Pflanzen erfolgen. Diese Parteivereinbarung wur- de Bestandteil der Erledigungsverfügung vom 4. Juni 2004.

2.2. Die Kläger verlangen im vorliegenden Verfahren die Vollstreckung der oben genannten Parteivereinbarung. Konkret fordern sie, dass zwanzig bezeichnete Pflanzen auf dem Grundstück der Beklagten auf eine gewisse Maximalhöhe zurückgeschnitten werden. Sechs der vom Vollstreckungsbegehren betroffenen Pflanzen entsprechen den namentlich in der Parteivereinbarung in Ziffer I. SP..04 mit (vom Gesetz abweichender Regelung über) Grenzabstand und Maximalhöhe aufgeführten Pflanzen. Die übrigen vierzehn Pflanzen wurden nach Abschluss der Parteivereinbarung neu gesetzt und unterstehen daher betreffend den Abstands- und Höhenvorschriften den gesetzlichen Bestimmungen des EG ZGB. Die Kläger machen nicht geltend, dass einzelne oder alle Pflanzen anstelle untergegangener Pflanzen gesetzt worden sind (Urk. 1 Ziff. 7; Urk. 4 Ziff. 7).

2.3. Die Vorinstanz hat im Rahmen eines Augenscheins bei sämtlichen vom Rechtsbegehren betroffenen Pflanzen die aktuelle Höhe und bei den vierzehn Neupflanzungen zusätzlich den Grenzabstand ermittelt und gestützt auf diese Werte die Vollstreckung der Parteivereinbarung für zehn Pflanzen angeordnet (Urk. 24 S. 10 f.). Von der Vollstreckung betroffen sind neben dem Syringa, welcher bereits in der Parteivereinbarung in Ziffer I. SP..04 mit Grenzabstand und erlaubter Maximalhöhe aufgeführt war, ein Buxus, sechs Säuleneiben, ein Perückenbaum sowie ein Riesenbaum, bei welchen es sich um Neupflanzungen handelt, welche nach Abschluss der Parteivereinbarung gepflanzt wurden.

2.4. Die Beklagten wehren sich in ihrer Beschwerde gegen diese Vollstreckungsanordnung. Sie machen mit Bezug auf den Syringa geltend, für diesen sei eine Vollstreckung zwar grundsätzlich möglich, aber die Parteivereinbarung sehe eine erlaubte Maximalhöhe von 300cm vor. Wenn die Vorinstanz in ihrem Vollstreckungsurteil neu von einer erlaubten Maximalhöhe von 202 cm ausgehe, setze sie sich damit in Widerspruch zum Inhalt des zu vollstreckenden Vergleichs als Urteilssurrogat. Die Messung anlässlich des Augenscheins habe eine Ist-Höhe des Syringas von 332 cm ergeben, weshalb dem Vollstreckungsgesuch insofern zu entsprechen sei, als eine Anordnung verlangt werde, soweit der Syringa die Maximalhöhe von 300 cm übersteige (Urk. 23 S. 8).

Mit Bezug auf die neun Neupflanzungen widersetzen sich die Beklagten der Vollstreckung an sich. Sie führen dazu aus, vollstreckt werden könnten lediglich im gerichtlichen Vergleich ausdrücklich enthaltene Leistungsanordnungen. Es müsse sich bereits aus dem Urteilssurrogat eindeutig ergeben, was konkret zu vollstrecken sei, da das Vollstreckungsgericht lediglich eine vom Erkenntnisgericht festgestellte oder im Vergleich festgehaltene Leistungsanordnung durchsetzen dürfe. Dies sei mit Bezug auf die vorliegend betroffenen Neupflanzungen nicht der Fall. Zum einen seien die Neupflanzungen gar nicht Teil der Parteivereinbarung gewesen. Mit dem Vergleich sei die Eintragung eines Näherpflanzrechts als Grunddienstbarkeit für bestehende (namentlich genaue bezeichnete) Pflanzen sowie deren Ersatzpflanzen angestrebt worden. Neupflanzungen würden hingegen nicht unter diese Grunddienstbarkeit und entsprechend unter diesen Vergleich fallen, da bloss ein Verweis auf das ohnehin geltende Recht gemäss EG ZGB gemacht worden sei. Die Neupflanzungen seien somit nicht Teil des zu vollstreckenden Urteilssurrogats und könnten demnach auch nicht Gegenstand einer Leistungsanordnung im Vollstreckungsverfahren sein. Mangels einer spezifischen Regelung für allfällige Neupflanzungen gemäss EG ZGB bestehe keine gerichtlich als rechtmässig anerkannte Rechtslage als Vollstreckungsgrundlage (Urk. 23 S. 8 f.). Selbst wenn die Neupflanzungen als Teil der Parteivereinbarung betrachtet würden, sei der zu vollstreckende Vergleich diesbezüglich nicht genügend bestimmt. Der Grundsatz der eindeutigen Bestimmtheit des zu vollstreckenden Titels verlange, dass einerseits die einzelnen Pflanzen im Urteilssurrogat konkret aufzuführen seien und andererseits für jede einzelne Pflanze der Grenzabstand und/oder die zulässige Maximalhöhe festgeschrieben sein müsse (Urk. 23 S. 10). Die Vorinstanz habe ihre Kompetenz überschritten, indem sie diese Angaben nachträglich im Rahmen des Augenscheins ermittelt habe und so eine gerichtlich als rechtmässig anerkannte Rechtslage geschaffen habe. Dies sei die Aufgabe des erkennenden Gerichts (Urk. 23 S. 10).

3. Vollstreckung

3.1. Mit Bezug auf den Verfahrensgegenstand bildenden Syringa sind sich die Parteien im Beschwerdeverfahren einig, dass dieser gemäss Parteivereinbarung

eine Maximalhöhe von 300 cm und nicht wie von der Vorinstanz festgestellt eine solche von 202 cm aufweisen darf (vgl. Urk. 23 S. 8 und Urk. 29 S. 6). Diese Ansicht ist zutreffend und der Entscheid in diesem Punkt entsprechend zu korrigieren.

3.2 Hinsichtlich der neun von der Vollstreckungsanordnung betroffenen Neupflanzungen erweist sich die Beschwerde der Beklagten als begründet. Die Vollstreckung eines Entscheides bedeutet zwangsweise Durchsetzung einer gerichtlich als rechtmässig anerkannten Rechtslage (BSK ZPO-Droese, Art. 335 N 8). Eine Vollstreckung setzt mithin eine vom Erkenntnisgericht festgestellte oder in einer Parteivereinbarung festgehaltene, eindeutig bestimmte Leistungsanordnung voraus. Zwar ist es zutreffend, dass die Parteien die Neupflanzungen in der Parteivereinbarung vom 24. Mai 2004 thematisiert und für diese die dispositive gesetzliche Regelung vorgesehen haben. Eine gerichtlich als rechtmässig anerkannte Rechtslage besteht damit aber noch nicht. Die Umsetzung der gesetzlichen Regelung ist nämlich nur möglich, wenn der Grenzverlauf bekannt ist. Da die zulässige Maximalhöhe nach EG ZGB vom jeweiligen Grenzabstand abhängt, bildet die Kenntnis des Grenzverlaufs unabdingbare Voraussetzung für die Umsetzung. Der Grenzverlauf wurde vorliegend aber weder gerichtlich festgestellt, noch sind sich die Parteien diesbezüglich einig. Vielmehr gehen die Parteien offenkundig auch in diesem Verfahren von unterschiedlichen Grenzverläufen aus, weshalb die Vorderrichterin anlässlich des durchgeführten Augenscheins die Grenzabstände von zwei verschiedenen Ausgangspunkten gemessen hat (vgl. Prot. I S. 19 und 21). Es ist indes nicht Aufgabe eines Vollstreckungsgerichts, ungenügende oder fehlende Angaben des zu vollstreckenden Erkenntnisses zu ergänzen. Vielmehr müsste der Grenzverlauf in einem neuen Erkenntnisverfahren festgestellt werden, damit anhand von Messungen eine Vollstreckung möglich wäre. Insofern hat die Vorderrichterin ihre Kompetenz als Vollstreckungsrichterin überschritten, wenn sie den der Vollstreckung zugrunde liegenden Entscheid in massgeblichen Punkten ergänzt und damit erst eine rechtmässig anerkannte Rechtslage schafft, welche vollstreckt werden könnte. Die in der Erledigungsverfügung vom 4. Juni 2004 festgehaltene Parteivereinbarung kann mit Bezug auf die Neupflanzungen in der vorliegenden Form nicht Grundlage eines Vollstreckungsverfahrens sein. Die Be-

schwerde der Beklagten ist vor diesem Hintergrund mit Bezug auf die Vollstreckungsanordnung für die Neupflanzungen (Buxus, sechs Säuleneiben, ein Perückenbaum sowie ein Riesenbaum) gutzuheissen und das klägerische Vollstreckungsbegehren mit Bezug auf sämtliche Neupflanzungen abzuweisen.

4. Prozessualer Antrag der Beklagten vom 27. Februar 2013

4.1. Die Beklagten haben einen Tag vor der Durchführung des Augenscheins den prozessualen Antrag gestellt, dass zunächst festzustellen sei, welche Pflanzen überhaupt Gegenstand der Erledigungsverfügung vom 4. Juni 2004 gewesen seien, und ein Augenschein lediglich betreffend der in der Erledigungsverfügung vom 4. Juni 2004 ausdrücklich behandelten Pflanzen durchzuführen sei. Der Augenschein wurde in der Folge in Nichtbeachtung dieses prozessualen Antrages bezüglich aller Verfahrensgegenstand bildenden Pflanzen (mit Ausnahme eines Magnolienbaums, auf dessen Ausmessung die Parteien übereinstimmend verzichtet hatten, Urk. 24 S. 9) durchgeführt und der prozessuale Antrag im Rahmen des Endentscheides in Dispositiv-Ziffer 3 abgewiesen.

4.2. Die Beklagten monieren, dass ihr prozessualer Antrag nicht vorgängig zum Augenschein behandelt worden sei sowie dass der Antrag im Endentscheid als klägerischer Antrag bezeichnet werde. Ihr Antrag wäre von der Vorinstanz gutzuheissen gewesen (Urk. 23 S. 11).

4.3. In der Tat handelt es sich bei dem in Dispositiv-Ziffer 3 behandelten Begehren um einen prozessualen Antrag der Beklagten und nicht der Kläger (vgl. Urk. 19). Der Verschied ist entsprechend zu korrigieren.

Im Übrigen ist auf das Begehren der Beklagten mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten, da sie in der Hauptsache obsiegen. Da die Vorinstanz den (bezüglich der einzelnen Pflanzen genau spezifizierten) Augenschein mit Verfügung vom 19. Dezember 2012 angeordnet hatte (Urk. 14a), hätten die Beklagten diesen prozessleitenden Entscheid anfechten können und hatten jedenfalls keinen Anspruch auf Wiedererwägung durch die Vorinstanz, bevor der Augenschein durchgeführt wurde.

III.

1. Abschliessend ist über die Kosten des erst- sowie zweitinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden.
2. Nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Urteils unterliegen die Kläger mit ihrem Vollstreckungsbegehren grossmehrheitlich. Von zwanzig im Rechtsbegehren genannten Pflanzen ist nur betreffend dem Syringa die Vollstreckung anzuordnen. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, den Klägern die unangefochten auf Fr. 2'300.– festgesetzten Gerichtskosten vollumfänglich aufzuerlegen. Ausgangsgemäss sind die Kläger zu verpflichten, den Beklagten eine in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV auf Fr. 2'500.– festzusetzende Parteientschädigung zu bezahlen. Die Beklagten haben vor Vorinstanz keinen Antrag um Zusprechung des Mehrwertsteuerzusatzes gestellt, was im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden kann (Urk. 23 S. 3). Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Parteientschädigung daher kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).
3. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten sind in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 2'300.– festzusetzen und ausgangsgemäss den Klägern aufzuerlegen. Gestützt auf die §§ 4 Abs. 1 und 2, 9 sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV erscheint es angemessen, die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren auf Fr. 1'700.– festzusetzen. Entsprechend haben die Kläger die Beklagten mit Fr. 1'700.– zu entschädigen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Parteientschädigung kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils und der Verfügung des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 15. März 2013 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids wird wie folgt berichtigt:

"3. Der beklagte Antrag vom 27. Dezember 2013 wird abgewiesen."
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffer 1, 5 und 6 des Urteils und der Verfügung des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 15. März 2013 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" 1. Die beklagten Parteien werden in Vollstreckung der Erledigungsverfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juni 2004 (Prozess Nr. FO030375/U) angewiesen, die folgenden Pflanzen (Nummerierung gemäss act. 2/1a S. 2) wie folgt unter der Schere zu halten:

<u>Nr.</u>	<u>Name</u>	<u>Maximalhöhe</u>
- 7	Syringa	300 cm.

Dies unter der Androhung von Zwangsvollstreckung im Widerhandlungsfall. Bei der Vollstreckung sind die günstigen Schnittjahreszeiten für Pflanzen und Sträucher zu berücksichtigen, nämlich Februar/März oder September/Oktobre eines jeden Jahres, dies, um dem Pflanzen- und Baumbestand nicht zu schaden.

2. [...]

3. [...]
 4. [...]
 5. Die Entscheidgebühr von Fr. 2'300.00 wird den Klägern unter solidarischer Haftung auferlegt.
 6. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen."
2. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'300.– festgesetzt.
 4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Klägern auferlegt und vom geleisteten Kostenvorschuss der Beklagten bezogen. Die Kläger werden solidarisch verpflichtet, den Beklagten Fr. 2'300.– zu ersetzen.
 5. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, den Beklagten für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'700.– zu bezahlen.
 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, Audienz, 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. 20'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am: js