

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV130008-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende und Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 4. März 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Vollstreckung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 2. Oktober 2013 (EZ130001-E)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen sich vor der Vorinstanz in einem Verfahren betreffend die Vollstreckung eines Urteils aus dem Jahr 2004, das mit Urteil vom 3. Mai 2013 von der Vorinstanz erläutert wurde, gegenüber. Der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (nachfolgend Gesuchsteller) verlangte dabei, dass der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend Gesuchsgegner) Pflanzen auf seinem Grundstück zurückschneidet bzw. versetzt, damit er von einem Wegrecht entlang des Grundstücks des Gesuchsgegners Gebrauch machen könne.

2. Die Vorinstanz fällte am 2. Oktober 2013 ihren Entscheid. Dieser lautete wie folgt (Urk. 27 S. 9 f.):

" 1. Der Gesuchsgegner wird in Vollstreckung des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen, vom 3. Mai 2013 (Geschäfts-Nr. BE120001-E; Erläuterung des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 27. Juli 2004, Geschäfts-Nr. FO030049-E) angewiesen, unverzüglich

- die beiden Zierbäume in der Nähe zur Grenze mit dem Grundstück des Klägers 3 (Gesuchsteller) unter der Schere zu halten;
- die Hecke und die Ecktannen in der Nähe der Grundstücksgrenze mit der Klägerin 2 (bzw. deren Rechtsnachfolger/in) zu beseitigen, bzw. so zurückzusetzen, dass ein Abstand von 2 Metern von der gemeinsamen Grenze in horizontaler Ausrichtung sowie 4 Metern in vertikaler Ausrichtung nicht tangiert wird;
- die Weide zur Seite des Grundstücks der Klägerin 2 (bzw. deren Rechtsnachfolger/in) so zurückzuschneiden, dass ein Abstand von 2 Metern von der gemeinsamen Grenze in horizontaler Ausrichtung sowie von 4 Metern in vertikaler Ausrichtung nicht tangiert wird;

unter der Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse bis Fr. 10'000.-) im Widerhandlungsfall sowie

unter der Androhung von Ersatzvornahme im Widerhandlungsfall.

2. Das Gemeindeammannamt Rüti ZH wird angewiesen, auf Verlangen des Gesuchstellers die Verpflichtung zur Ersatzvornahme gemäss Ziffer 1 dieses Urteils ab 15. Oktober 2013, 8.00 Uhr, zu vollstrecken.

Der Gesuchsteller hat die Kosten der Vollstreckung vorzuschliessen, doch sind ihm die entstehenden Kosten vom Gesuchsgegner zu ersetzen.

3. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt, aber aus dem vom Gesuchsteller geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller diesen Betrag zu ersetzen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 500.– (inkl. MWSt) zu bezahlen.

(Schriftliche Mitteilung, Hinweis auf Rechtskraft des Entscheides, Rechtsmittel Beschwerde, kein Fristenstillstand)."

3. Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 2. Oktober 2013 erhob der Gesuchsgegner frist- und formgerecht am 14. Oktober 2013 eine Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 26 S. 2):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 2. Oktober 2013 betreffend Vollstreckung, nämlich Ziffer 1 - 5 des Urteilsdispositives, sei aufzuheben.
2. Der Beschwerde sei gestützt auf Art. 325 Abs. 2 ZPO unverzüglich die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

4. Nachdem der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verliehen (Urk. 35 S. 5) und der Kostenvorschuss vom Gesuchsgegner einbezahlt (Urk. 36) worden war, erstattete der Gesuchsteller am 14. November 2013 die Beschwerdeantwort. Er beantragte, die Beschwerde sei kostenfällig (inkl. MwSt.) abzuweisen (Urk. 38 S. 2).

II.

Mit der Beschwerde können gemäss Art. 320 ZPO unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Dabei kann jede Rechtsverletzung angeführt werden, die Sachverhalts-erstellung kann aber nur als "offensichtlich unrichtig" im Sinne von willkürlich gerügt werden. Die Beschwerde muss gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO schriftlich und begründet erhoben werden. Rein appellatorische Kritik ist dabei nicht behelflich. Vielmehr muss vom Beschwerdeführer erwartet werden, dass er in seiner Begründung klar und nachvollziehbar darlegt, inwiefern der angefochtene Entscheid

nicht korrekt ist. Er muss sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen, dieser seine eigenen Überlegungen gegenüberstellen und erklären, inwiefern anders zu entscheiden ist. Die Beschwerdeinstanz ist dabei nicht verpflichtet, von sich aus den ganzen angefochtenen Entscheid auf Korrektheit zu überprüfen. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO herrscht schliesslich ein umfassendes Novenverbot, sowohl für echte als auch unechte Noven. Neue rechtliche und normative Vorbringen sind aber zulässig (statt vieler: Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO; Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326 ZPO, je m.w.H.).

III.

Der Beschwerdeführer reichte zusammen mit seiner Beschwerdeschrift Beilagen ein (Urk. 27 f.). Insbesondere legte er weitere Fotos, die mit einem elektronischen Zeitstempel versehen sind, ins Recht (Urk. 30/8).

Diese Unterlagen wurden gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO verspätet eingereicht. Sie können daher dem vorliegenden Entscheid nicht zugrunde gelegt werden (vgl. E. II. am Ende hiervor).

IV.

1. Die Vorinstanz argumentierte, dass der Gesuchsgegner die Tilgung seiner Verpflichtung geltend mache. Diese müsse gemäss Art. 341 Abs. 3 ZPO durch Urkunden nachgewiesen werden. Sie würdigte dementsprechend die vom Gesuchsgegner eingereichten Urkunden, insbesondere die Fotos. Dabei hielt sie fest, dass nicht ersichtlich sei, wann die Aufnahmen gemacht worden seien. Sie schloss daher, diese seien nicht als Beleg dafür geeignet, dass im jetzigen Zeitpunkt der vom zu vollstreckenden Urteil geforderte Zustand vorherrsche (Urk. 27 S. 4 Ziff. 3.3.). Auf den als Beweis offerierten Augenschein ging die Vorinstanz nicht weiter ein.

2.1. Der Gesuchsgegner führt dagegen an, er habe dem betreffenden Urteil vom 3. Mai 2013 stets nachgelebt. So habe er seine Pflanzen fortlaufend zurückgeschnitten. Sie hätten daher nie die zulässigen Dimensionen überschritten (Urk. 26 S. 4 Rz 11 f.). Dies habe er fotografisch festgehalten und die Fotos zusammen mit seiner Stellungnahme der Vorinstanz eingereicht (Urk. 26 S. 5 Rz 16). Da er in seiner Stellungnahme mehrmals betont habe, dass die Pflanzen stets unter Schere gehalten würden, könne auf das Aufnahmedatum der Fotos geschlossen werden. Anhand dieser Fotos hätte ohne Weiteres festgestellt werden können, dass die Abstands- und Höhenvorschriften immer eingehalten worden seien (Urk. 26 S. 6 Rz 21).

2.2. Weiter gäbe es gemäss Lehre und Rechtsprechung Fälle, in welchen der Urkundenbeweis naturgemäss nicht möglich sei. Diesfalls müssten entgegen dem Gesetzeswortlaut auch andere Beweismittel als Urkunden zugelassen werden. Die Vorinstanz hätte daher die Beweisofferte des Augenscheins – der überdies auch vom Gesuchsteller offeriert worden sei – annehmen und einen solchen durchführen müssen (Urk. 26 S. 6 Rz 22).

2.3. Insgesamt sei es unverständlich, weshalb die Vorinstanz die Fotos und die Beweisofferte des Augenscheins unbeachtet gelassen habe. Sie habe dadurch eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Dies stelle eine Vereitelung der freien Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO dar. Indem die Vorinstanz der antizipierten Beweiswürdigung den Vorrang gegenüber der freien Beweiswürdigung gegeben habe, habe sie Art. 157 ZPO verletzt. Auch sei die Vorinstanz in Willkür verfallen, da sie die Beweisofferten der Expertise und des Augenscheins nicht beachtet habe. Schliesslich sei dieses Vorgehen eine klare Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Dieses Vorgehen sei nicht zulässig, das angefochtene Urteil sei daher aufzuheben (Urk. 26 S. 6 f. Rz 24 ff.).

3. Der Gesuchsteller verwies in seiner Beschwerdeantwort grundsätzlich auf die aus seiner Sicht zutreffende Begründung der Vorinstanz, die er in der Folge um weitere, unterstützende Argumente ergänzte (Urk. 38 S. 2 ff.).

4.1. Gemäss Art. 341 Abs. 3 ZPO können einem Vollstreckungsbegehren nur Tatsachen, die sich nach der Urteilseröffnung ereignet haben (sog. echte Noven) entgegengehalten werden. Der Artikel enthält eine Aufzählung solcher Noven. Diese ist beispielhaft und nicht abschliessend, wie am Wort "insbesondere" zu erkennen ist. Weiter wird festgehalten, dass die vorliegend geltend gemachte Tilgung der Schuld – gleich wie im Fall von Art. 81 Abs. 3 SchKG im Rechtsöffnungsverfahren – durch Urkunden nachgewiesen werden muss.

4.2.1. Der Gesuchsgegner stützt seine Ansicht, im Falle von Beweisschwierigkeiten seien auch weitere Beweismittel zuzulassen, auf eine Literaturstelle (Urk. 26 S. 6 Rz 22 mit Verweis auf Rohner/Jenny in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, Art. 341 N 20).

4.2.2. An der zitierten Stelle wird ausgeführt, wenn der Schuldner die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung (nicht die Tilgung der Schuld) geltend machen wolle, dürfte es aufgrund der Natur der Sache unter Umständen nicht möglich sein, den Urkundennachweis zu erbringen. In diesen Fällen sei deshalb die Zulassung anderer Beweismittel in Betracht zu ziehen. Die vom Gesuchsgegner zitierte Literaturstelle wiederum stützt sich auf eine Kommentierung zur aargauischen ZPO (Bühler/Edelmann/Killer, ZPO/AG, § 435 N 2).

Zwar haben sich die grundlegenden zivilprozessualen Fragen mit Einführung der für die gesamte Schweiz geltenden ZPO nicht geändert, es gilt aber im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob die Kommentierung eines alten, kantonalen Gesetzes unbesehen auf die neue ZPO übertragen werden kann. Vorliegend ist dies nicht der Fall, da die Aargauer ZPO für sämtliche vollstreckungshindernden Tatsachen (auch für die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung) eine Beweismittelbeschränkung auf Urkunden vorsah (§ 435 Abs. 1 lit. b. ZPO/AG), während die schweizerische ZPO klar festhält, dass nur die Tilgung und Stundung urkundlich zu belegen sind. Nach geltendem Recht kann das Vollstreckungshindernis der nachträglichen Unmöglichkeit also mit sämtlichen im Summarverfahren gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO zulässigen Beweismitteln nachgewiesen werden. Die Kommentierung basiert mithin auf einer materiell anderen Rechtslage. Sie behandelt die Problematik, dass unter Geltung der Aargauer ZPO auch das Vollstreckungs-

hindernis der nachträglichen Unmöglichkeit urkundlich nachzuweisen war, was der Natur der Sache entsprechend tatsächlich nicht immer möglich gewesen sein dürfte. Diese Problematik stellt sich vorliegend nicht. Dementsprechend kann der betreffenden Argumentation kein Gewicht mehr beigemessen werden (vgl. auch BSK-Droese, Art. 341 ZPO N 41; BK ZPO-Sterchi, Bern 2012, Bd. II, Art. 341 N 4; § 435 Abs. 1 lit. b ZPO/AG [SAR 221.100], Stand 1. März 2010, abzurufen unter www.lexfind.ch; Art. 341 Abs. 3 ZPO).

Sodann ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass in der Kommentierung stets nur eine Lockerung der Beweismittelbeschränkung in Bezug auf den Nachweis der nachträglichen Unmöglichkeit diskutiert wurde, nicht aber im Hinblick auf den vorliegend streitigen Nachweis der Tilgung. Die entsprechenden Kommentirstellen sind daher für den vorliegenden Sachverhalt auch in Bezug auf die behandelte Materie nicht einschlägig.

4.2.3. Im Ergebnis besteht kein Grund, vom klaren und deutlichen Gesetzestext abzuweichen. Im Vollstreckungsverfahren ist mithin die Tilgung der zu vollstreckenden Schuld stets und nur durch Urkunden nachzuweisen.

4.3. Dass sich die Vorinstanz nur auf die eingereichten Urkunden als Beweismittel konzentrierte und weder Ausführungen zum Augenschein machte noch einen solchen durchführte, erweist sich vor dem Hintergrund dieser Ausführungen als korrekt. Den Rügen der Verletzung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO, der unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung und der Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV fehlt somit die Grundlage, weshalb diesbezüglich auf Weiterungen zu verzichten ist.

5.1. Während mit der Beschwerde jede Rechtsverletzung gerügt werden kann, kann die Sachverhaltserstellung nur als "offensichtlich unrichtig" kritisiert werden. "Offensichtlich unrichtig" ist in diesem Zusammenhang weitgehend gleichbedeutend mit "willkürlich". Von einer willkürlichen Sachverhaltserstellung ist auszugehen, wenn diese qualifiziert falsch, d.h. schlechthin unhaltbar ist (BK ZPO-Sterchi, a.a.O., Art. 320 N 4 mit Hinweis auf BGE 133 II 384 E. 4.2.2; Bli-

ckenstorfer in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar ZPO, Art. 320 N 11 f. und FN 25).

5.2.1. Soweit der Gesuchsgegner rügen will, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie die eingereichten Urkunden (Fotos) nicht durch einen Augenschein ergänzt habe (Urk. 26 S. 6 f. Rz 21 ff. insbesondere Rz 25), geht seine Rüge zum Vornherein ins Leere, da der Augenschein kein zulässiges Beweismittel ist (vgl. E. IV. 4.1. ff. hiervor).

5.2.2. Insofern der Gesuchsgegner sinngemäss geltend machen will, die Beweiswürdigung als solche sei willkürlich, da das Aufnahmedatum der betreffenden Fotos aufgrund seiner Vorbringen im vorinstanzlichen Verfahren bekannt sei (Urk. 26 S. 6 Rz 21), ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den entsprechenden Vorbringen um reine Parteibehauptungen handelt, die definitionsgemäss keinen Beweis erbringen. Da die bei der Vorinstanz eingereichten Fotos keine Datumsangaben tragen und die in vorliegendem Verfahren eingereichten, datierten Fotos (Urk. 30/8) als verspätete und damit unbeachtliche Noven qualifiziert werden müssen (vgl. E. III. hiervor), erweist sich der Schluss der Vorinstanz, das Aufnahmedatum der Fotos sei unbekannt, als zutreffend und damit als willkürfrei.

5.3. Es muss daher das Fazit gezogen werden, dass auch die Willkürzüge nicht greift.

6. Insgesamt erweisen sich die Rügen des Gesuchsgegners als unbegründet, die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

V.

1. Der Gesuchsgegner kritisierte in seiner Beschwerdeschrift die vorinstanzliche Kostenregelung (Urk. 26 S. 7 f. Rz 28 ff.). Er führte aus, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien in Anwendung von Art. 108 ZPO dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Da jedoch die Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen ist, besteht kein Anlass, die vorinstanzliche Rege-

lung der Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuändern, zumal weder die Höhe der Gerichtsgebühr noch der Parteientschädigung als unzutreffend gerügt wurde.

2.1. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist 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 festzulegen. Der Streitwert kann vorliegend nur geschätzt werden, da neben dem wirtschaftlichen Wert der Nutzung des Wegrechts zweifelsohne auch emotionale Interessen dem Handeln der Parteien zu Grunde liegen. Auszugehen ist daher von der Streitwertschätzung, welche die Vorinstanz ihrem Urteil vom 3. Mai 2013 zu Grunde gelegt hatte. In jenem Urteil waren aber auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen eines weiteren Urteils zu prüfen, die nun vorliegend nicht mehr im Streit stehen. Diese Kosten sind dementsprechend vorliegend nicht zu berücksichtigen (Urk. 5/19 S. 11 E. 5.1.). Es ist daher bei der Bemessung der Gerichtskosten von einem Streitwert von gerundet Fr. 6'500.– auszugehen und die Entscheidgebühr auf Fr. 900.– festzulegen. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO ist die Gebühr dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

2.2. In Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2, 9 sowie 13 Abs. 1 und 2 Anw-GebV ist es angemessen, die Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren auf Fr. 750.– zuzüglich der MwSt. zu 8 % in der Höhe von Fr. 60.–, also insgesamt Fr. 810.– festzusetzen. Entsprechend ist der Gesuchsgegner zu verpflichten, den Gesuchsteller mit Fr. 810.– zu entschädigen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 2. Oktober 2013 (EZ130001-E) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 810.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'500.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. März 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am: js