

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV190002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin MLaw V. Stübi

Urteil vom 9. Juli 2019

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

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

gegen

C._____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 14. Januar 2019 (EZ180039-L)**

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) ist Miteigentümer der zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft D._____-

Strasse 1 und 2 in ... Zürich (Kat.-Nr. 3; fortan D.____-Strasse 1), mit Sonderrecht an der Maisonette-Wohnung A1 inklusive des dazugehörigen Aussensitzplatzes und des Balkons im 1. OG. Die Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) sind Gesamteigentümer des Nachbargrundstücks D.____-Strasse 4 in ... Zürich (Kat.-Nr. 5; fortan D.____-Strasse 4) und wie der Gesuchsteller Miteigentümer der Liegenschaft D.____-Strasse 1 mit Sonderrecht an der Tiefgarage und an einem Besucherabstellplatz im Freien. Zwischen den Parteien entbrannte ein Streit über eine Hainbuchenhecke entlang der Grenze zwischen den beiden Grundstücken. Auf entsprechende Klage des Gesuchstellers hin verpflichtete das Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, die Gesuchsgegner mit Urteil vom 18. Dezember 2017, die auf ihrem Grundstück D.____-Strasse 4 entlang der Grenze zum Grundstück D.____-Strasse 1 stehende Hainbuchen-(*carpinus betulus*)hecke zu entfernen (Urk. 3/1 S. 16 Dispositiv-Ziffer 1). Mit rechtskräftigem Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2018 wurde die dagegen erhobene Beschwerde der Gesuchsgegner abgewiesen (Urk. 3/2; Urk. 7).

2. Nachdem die Gesuchsgegner der Verpflichtung auf Entfernung der Hecke nicht nachgekommen waren, machte der Gesuchsteller mit Gesuch vom 9. November 2018 bei der Vorinstanz ein entsprechendes Vollstreckungsverfahren anhängig (Urk. 1). Die Gesuchsgegner nahmen mit Eingabe vom 6. Dezember 2018 zum Vollstreckungsbegehren des Gesuchstellers Stellung (Urk. 11). Mit Urteil vom 14. Januar 2019 entschied der Richter im vorinstanzlichen Verfahren das Folgende (Urk. 14 S. 6 f. = Urk. 18 S. 6 f.):

1. Das Stadtammannamt Zürich ... wird angewiesen, den Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2017, Proz.-Nr. FV170139-L, Dispositiv-Ziffer 1 auf Vorlage des vorliegenden mit einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehenen Entscheides auf Verlangen des Gesuchstellers zu vollstrecken.
Die Kosten für die Vollstreckung sind vom Gesuchsteller vorzuschüssen. Sie sind ihm aber von den Gesuchsgegnern zu ersetzen, unter solidarischer Haftbarkeit.
2. Die Entscheidgebühr von Fr. 900.– wird den Gesuchsgegnern auferlegt. Sie wird vom Gesuchsteller bezogen, ist ihm aber von den Gesuchsgegnern zu ersetzen, unter solidarischer Haftbarkeit.
3. Die Gesuchsgegner werden verpflichtet, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung von Fr. 1'050.– zu bezahlen, unter solidarischer Haftbarkeit.
4. [Schriftliche Mitteilung]

5. [Rechtsmittelbelehrung]

3. Mit Eingabe vom 23. Januar 2019 erhoben die Gesuchsgegner rechtzeitig (vgl. Urk. 15b) Beschwerde gegen das vorgenannte Urteil mit folgenden Anträgen (Urk. 17 S. 2):

" 1. In Gutheissung der Beschwerde sei das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 14. Januar 2019 aufzuheben und das Vollstreckungsgesuch des Beschwerdegegners sei abzuweisen, soweit auf das Gesuch überhaupt einzutreten ist;

2. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 8% MWST) zulasten des Beschwerdegegners."

Mit Verfügung vom 24. Januar 2019 wurde dem Gesuchsteller und Beschwerdegegner Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung schriftlich Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde den Gesuchsgegnern Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 900.– zu leisten (Urk. 20 S. 2). Der Gesuchsteller nahm mit Eingabe vom 5. Februar 2019 zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung und erstattete zugleich unaufgefordert (vgl. Urk. 20 Dispositiv-Ziffer 5, S. 3) seine Beschwerdeantwort, mit welcher er auf Abweisung der Beschwerde schloss (Urk. 21). Nachdem der von den Gesuchsgegnern einverlangte Kostenvorschuss innert erstreckter Frist eingegangen war (vgl. Urk. 22 f.), wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 4. März 2019 die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 24 Dispositiv-Ziffer 1, S. 8). Mit ebendieser Verfügung wurde den Gesuchsgegnern die Beschwerdeantwort des Gesuchstellers zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 24 Dispositiv-Ziffer 2, S. 8). Weitere Eingaben der Parteien folgten nicht.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-16). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1.1 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden

(Art. 320 ZPO). Das Beschwerdeverfahren dient wie das Berufungsverfahren der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. 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 in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Vorbringen der Gesuchsgegner einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.).

1.2 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

2. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil im Wesentlichen, dass sich das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2017 in formeller Hinsicht als vollstreckbar erweise, zumal die dagegen erhobene Beschwerde mit rechtskräftigem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2018 abgewiesen worden sei. Inhaltlich handle es sich um einen hinreichend umschriebenen Leistungsentscheid, welcher der Vollstreckung zugänglich sei. Der Vollstreckung könnten demnach nur noch materielle Einwände im Sinne von Art. 341 Abs. 3 ZPO entgegengehalten werden. Als solche kämen nur sog. echte Noven in Betracht, mithin Tatsachen, die der Vollstreckung entgegenstünden und die seit Eröffnung des Entscheids eingetreten seien. Diesbezüglich hätten die Gesuchsgegner geltend gemacht, das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom

18. Dezember 2017 könne nicht vollstreckt werden, da die Stockausschläge der darin beurteilten Hecke einen Abstand von 22-36 cm zur Grenze aufgewiesen hätten, wohingegen die Stockausschläge der Hecke gemäss Amtlicher Vermessung der Stadt Zürich heute auf der Grenze zwischen den beiden Grundstücken D._____-Strasse 4 und D._____-Strasse 1 – konkret zwischen 8-16 cm auf dem Grundstück D._____-Strasse 1 – lägen, womit die aktuelle Hecke eine Grenzhecke darstelle. Dies bedeute zum Einen, dass die heutige Hecke nicht vom zu vollstreckenden Urteil erfasst sei, und zum Anderen, dass es an der Passivlegitimation der Gesuchsgegner fehle, da im Falle einer Grenzhecke alle Stockwerkeigentümer der Gemeinschaft D._____-Strasse 1 Miteigentümer seien und entsprechend eingeklagt werden müssten. Diesen Einwänden der Gesuchsgegner hielt die Vorinstanz entgegen, die Hecke habe im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils alleine auf dem Grundstück D._____-Strasse 4 gelegen, mit einem Abstand von 22-36 cm zur Grenze. Die vom Gesuchsteller aufgestellte Behauptung, wonach die streitgegenständliche Hecke von den Gesuchsgegnern weder entfernt noch versetzt worden sei, sei seitens der Gesuchsgegner nicht substantiiert bestritten worden. Entsprechend sei davon auszugehen, dass es sich nach wie vor um die gleiche Hecke wie im nunmehr zu vollstreckenden Urteil handle. Dennoch seien die Gesuchsgegner der Ansicht, dass die Hecke heute eine Grenzhecke sei und entsprechend auf beiden Grundstücken liege. Allerdings hätten sie offengelassen, wie die Hecke an den genannten Ort gelangt sein soll oder ob sie allenfalls im Urteilszeitpunkt falsch verortet worden sei. Da von einer aktiven Versetzung der Hecke nicht auszugehen sei, wäre einzig denkbar, dass die Hecke mittlerweile neue Stockausschläge gebildet habe, welche die Grenzlinie bzw. das Nachbargrundstück betreffen. Selbst wenn dem so wäre – wovon jedoch mangels substantiierter Behauptungen der Gesuchsgegner nicht auszugehen sei – würde dies nichts ändern. Der Entscheid bliebe trotz veränderter tatsächlicher Verhältnisse vollstreckbar. Sofern die Hecke hingegen bereits im Urteilszeitpunkt tatsächlich auf der Grenzlinie gestanden hätte, hätten die Gesuchsgegner dies mit den gegen das Urteil zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln geltend machen müssen. Eine materielle Überprüfung des zu vollstreckenden Entscheides stehe dem Vollstreckungsgericht nicht zu. Da die materiellen Einwände der Gesuchs-

gegner somit nicht verfangen, sei der Entscheid antragsgemäss zu vollstrecken (Urk. 18 E. 2.3-2.5, S. 3 f.).

3.1 Im Rahmen ihrer Beschwerde halten die Gesuchsgegner mit Verweis auf die eingereichte Bestätigung der Stadt Zürich vom 3. Juli 2018 (Urk. 13/1) erneut fest, dass die heutige Grenzhecke der Grundstücke D.____-Strasse 4 und 1 mit ihren sieben am 2. Juli 2018 gemessenen Stämmen bzw. Stockausschlägen "zwischen 8 cm und bis 16 cm" auf dem Grundstück D.____-Strasse 1 stehe. Diese Angaben der Amtlichen Vermessung der Stadt Zürich seien weder widersprüchlich noch lückenhaft. Auch in den früheren Verfahren sei zu Recht auf die Angaben der Amtlichen Vermessung der Stadt Zürich abgestellt worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb der Vollstreckungsrichter die Bestätigung vom 3. Juli 2018 in Zweifel ziehen wolle bzw. insgesamt als falsch taxiere. Auch nenne der Vollstreckungsrichter keine Gründe, weshalb die Angaben der Amtlichen Vermessung vom 3. Juli 2018 unzutreffend sein sollten. Die vorinstanzliche Würdigung, wonach die streitgegenständliche Hecke nicht auf der gemeinsamen Grenze stehe, sei daher aktenwidrig, nicht haltbar und mithin willkürlich. Aktenwidrig sei zudem, dass die Gesuchsgegner behauptet hätten, die Hecke sei im Urteilszeitpunkt falsch verortet worden. Eine solche Behauptung sei in der Gesuchsantwort nicht aufgestellt worden. Stattdessen hätten die Gesuchsgegner in der Gesuchsantwort geltend gemacht, dass der rechtmässige Zustand dadurch wiederhergestellt worden sei, dass die heutige Hecke nunmehr auf der gemeinsamen Grenze der beiden Grundstücke stehe. Ferner hätten die Gesuchsgegner ausdrücklich bestritten, dass der Standort gemäss Behauptung des Gesuchstellers nicht verändert worden wäre. Entsprechend sei auch die "Behauptung der Vorinstanz", wonach die Gesuchsgegner nicht ausreichend bestritten hätten, dass die Hecke in einen rechtmässigen Zustand versetzt worden sei, aktenwidrig und willkürlich. Die Gesuchsgegner hätten zudem – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – offenlassen dürfen, ob die heutige Hecke von ihnen selber oder gemäss Beschluss vom 30. Mai 2018 von der Stockwerkeigentümergeinschaft D.____-Strasse 1 bzw. von einzelnen Stockwerkeigentümern dieser Gemeinschaft auf die gemeinsame Grenze gesetzt und mithin in einen rechtmässigen Zustand gebracht worden sei. Da die Hecke neu auf der gemeinsamen Grenze

und daher gestützt auf Art. 670 ZGB neu im Miteigentum beider Parteien stehe, liege kein Sachverhalt vor, der durch den Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2017 rechtskräftig beurteilt worden sei. Entsprechend sei der bezirksgerichtliche Entscheid nicht vollstreckbar. Daran ändere auch die "Spekulation" des Vollstreckungsrichters, wonach die Hecke von sich aus neue Stockausschläge gebildet haben könnte, nichts. Dass die Hecke bereits im Urteilszeitpunkt auf der Grenze gestanden hätte, hätten die Gesuchsgegner in ihrer Gesuchsantwort nicht behauptet und sei auch in keiner Weise nachgewiesen. Daher habe der Vollstreckungsrichter in seinem Entscheid nicht davon ausgehen dürfen, dass die Hecke wie im Urteilszeitpunkt immer noch unverändert vollumfänglich auf dem Grundstück D. _____-Strasse 4 stehe und einen Abstand von 22-36 cm zur Grenze des Grundstücks D. _____-Strasse 1 aufweise. Alles in allem sei das Vollstreckungsbegehren des Gesuchstellers somit mangels eines rechtskräftig beurteilten Sachverhalts abzuweisen (Urk. 17 S. 5-8).

3.2 Demgegenüber hält der Gesuchsteller mit der Vorinstanz dafür, dass es sich im Vollstreckungsverfahren nach wie vor um die gleiche Hecke handle. Bereits im Erkenntnis- und im Beschwerdeverfahren hätten die Gesuchsgegner stets behauptet, dass die Hecke auf der Grenze der beiden Grundstücke stehe und sich deshalb im Miteigentum befinde. Dies habe das Bezirksgericht Zürich im Urteil vom 18. Dezember 2017 abgehandelt und verneint. Auch das Obergericht habe sich mit diesem Punkt im Urteil vom 27. September 2018 eingehend befasst und festgehalten, massgeblich sei lediglich, wo eine Pflanze aus dem Boden trete und nicht, wohin sie wachse. Insofern sei nicht relevant gewesen, dass die Hecke die Grenze bereits im Erkenntnisverfahren überragt habe. Rechtlich gesehen habe die Hecke nämlich einzig auf dem Grundstück der Gesuchsgegner gestanden. Da sich die Hecke somit im Eigentum der Gesuchsgegner und nicht in demjenigen der Stockwerkeigentümergeinschaft befunden habe, hätte Letztere auch keine Befugnis zur Entfernung oder Versetzung der Hecke gehabt. Eine solche Befugnis sei im Übrigen auch nicht geltend gemacht worden. Die Behauptungen der Gesuchsgegner seien unsubstantiiert und unbelegt. So hätten die Gesuchsgegner weder geltend gemacht, die Hecke in der Zwischenzeit entfernt und neu gesetzt zu haben, noch hätten sie behauptet, dass dies durch die Stockwerkei-

gentümergeinschaft vorgenommen worden sei. Entsprechend sei davon auszugehen, dass von "diesen Parteien" gar nichts unternommen worden sei (Urk. 21 S. 5 f.).

3.3.1 Im bezirksgerichtlichen Erkenntnisverfahren wurde hinsichtlich des Standorts der streitgegenständlichen Hecke auf den Absteckungsplan vom 11. September 2015 und die Erläuterungen des Vermessungsamts der Stadt Zürich vom 2. August 2017 abgestellt. Daraus ergab sich, dass die fünf gemessenen Hecken-Stämme auf dem Grundstück D._____-Strasse 4 stünden und der Abstand zur Grenze – gemessen ab dem Zentrum der Stämme – 22 bis 36 cm betrage. Aus dem Umstand, dass die Hecke gemäss Absteckungsplan von Nord nach Süd über ihre ganze Länge von 14 Metern vermessen worden sei und sich die gemessenen Stämme in einem Abstand von drei bis vier Metern zueinander und in einem Abstand von 22 bis 36 cm zum Grenzverlauf befänden, schlussfolgerte das Bezirksgericht Zürich im Urteil vom 18. Dezember 2017 alsdann, dass die Hecke in einer fast geraden Linie parallel zur Grenze verlaufe und mithin nicht nur das Zentrum der Stämme, sondern die ganzen Stämme vollständig auf dem Grundstück D._____-Strasse 4 stünden und von der Grenzlinie nicht durchschnitten würden. Ausgehend von diesem Sachverhalt wurde Miteigentum der Nachbarn im Sinne von Art. 670 ZGB verneint, bzw. festgestellt, dass alleine die Gesuchsgegner Eigentümer der streitgegenständlichen Hecke seien (Urk. 3/1 E. II/5.2, S. 8). Diese Sachverhaltsfeststellungen wie auch die Würdigung, dass die streitgegenständliche Hecke nicht im Miteigentum der jeweiligen Eigentümer der Grundstücke D._____-Strasse 4 und 1, sondern ausschliesslich im Eigentum der Gesuchsgegner stehe, wurden im darauffolgenden Beschwerdeverfahren mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. September 2018 rechtskräftig bestätigt (vgl. Urk. 3/2 E. III/2, S. 6 ff.).

3.3.2 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, können der Vollstreckung materielle Einwände, d.h. echte Noven bzw. Tatsachen, die "seit der Eröffnung des Entscheids" eingetreten sind, entgegenstehen (Art. 341 Abs. 3 ZPO). Für die Frage, ob eine Tatsache als echtes Novum i.S.v. Art. 341 Abs. 3 ZPO gelten kann, ist nach einhelliger Lehre auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die im Ent-

scheidverfahren unterliegende Partei letztmals Tatsachen vorbringen konnte (Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 341 N 22; BSK ZPO-Droese, Art. 341 N 28 f.; BK ZPO-Kellerhals, Art. 341 N 27; Egli, OFK-ZPO, ZPO 341 N 9). Im Gegensatz zur Vollstreckbarkeit gemäss Art. 336 ZPO, welche von Amtes wegen zu prüfen ist, sind materielle Einwände im Sinne von Art. 341 Abs. 1 ZPO dem Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime entzogen. Bezüglich der entsprechenden Einwendung trägt somit die im Erkenntnisverfahren unterlegene Partei die Behauptungs- und Beweislast (Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 341 N 5; BSK ZPO-Droese, Art. 341 N 38). Das Vorhandensein der entsprechenden Tatsachen ist nicht nur glaubhaft zu machen, sondern zu beweisen (BK ZPO-Kellerhals, Art. 341 N 26). Für die Tilgung und Stundung ist nur der Urkundenbeweis zugelassen; für alle übrigen Einwendungen gilt keine über Art. 254 ZPO hinausgehende Beweismittelbeschränkung (BSK ZPO-Droese, Art. 341 N 40 f.).

Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihr Begehren stützen, darzulegen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Vorbringen müssen zunächst der Behauptungslast genügen. Das ist dann der Fall, wenn der Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennt, welche unter die ihr Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret, umfassend und klar formuliert sein, dass die Gegenpartei dazu mit substantiiertem Bestreiten oder Gegenbeweis Stellung nehmen und das Gericht Bestrittenes rechtlich einordnen und darüber effizient Beweis führen kann (BGE 127 III 368 E. 2b; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 150 N 65 ff.).

3.3.3 In seinem Vollstreckungsbegehren vom 9. November 2018 machte der Gesuchsteller geltend, die streitgegenständliche Hecke sei "seit der Urteilsfällung" weder entfernt noch versetzt worden. Sie stehe nach wie vor am exakt gleichen Ort wie während des gerichtlichen Hauptprozesses, und zwar auf dem

Grundstück der Gesuchsgegner und nicht auf der Grenze, wie dies bereits anlässlich des Hauptprozesses geltend gemacht und von den Gerichten rechtskräftig verneint worden sei. Wenn die Gegenseite veränderte Verhältnisse seit der Urteilsfällung geltend machen wolle, sei dies unzutreffend. Die Verhältnisse vor Ort hätten sich nicht geändert, weshalb die Hecke zu entfernen sei (Urk. 1 Rz 10).

Hierauf führten die Gesuchsgegner in ihrer Stellungnahme vom 6. Dezember 2018 aus, es treffe nicht zu, dass der Standort der Hecke nicht verändert worden sei. Die heutige Hecke stehe mit ihren sieben von der Stadt Zürich, Geomatik + Vermessung, Amtliche Vermessung, am 2. Juli 2018 gemessenen Stämmen bzw. Stockausschlägen "zwischen 8 cm und bis 16 cm" auf dem Grundstück D.____-Strasse 1. Dies stelle eine neue Tatsache dar, die der Vollstreckung entgegenstehe. Zudem sei dem Gesuchsteller mitgeteilt worden, dass die heutige Hecke auf der gemeinsamen Grenze stehe und der rechtmässige Zustand bereits wiederhergestellt worden sei. Zur heutigen Hecke, welche die gemeinsame Grenze der betroffenen Grundstücke überstelle, liege kein rechtskräftiges Urteil vor. Entsprechend fehle es an den Voraussetzungen für die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen (Urk. 11 S. 3 ff.).

3.3.4 Mit dem im Vollstreckungsverfahren erstmals eingereichten Schreiben der Stadt Zürich, Geomatik + Vermessung, Amtliche Vermessung, vom 3. Juli 2018 (Urk. 13/1) und dem dazugehörigen Absteckungsplan vom 2. Juli 2018 (Urk. 13/2) verfügen die Gesuchsgegner – entgegen der Ansicht des Gesuchstellers (vgl. Urk. 21 S. 6) – über ein Beweismittel, welches als echtes Novum im Vollstreckungsverfahren zuzulassen ist. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Gesuchsgegner dieses nach dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2017 entstandene Beweismittel aufgrund des Novenverbots gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO im mit Urteil vom 27. September 2018 abgeschlossenen Beschwerdeverfahren vor Obergericht nicht mehr einbringen konnten.

Im besagten Schreiben wird festgehalten, dass die Hecke am 2. Juli 2018 an sieben Punkten gemessen worden sei und sämtliche der gemessenen Punkte bezüglich der gemeinsamen Grenzlinie von den Grundstücken D.____-Strasse 4 und 1, im rechtwinkligen Abstand dazu, zwischen 8 cm bis 16 cm auf dem Grund-

stück D. _____-Strasse 1 lägen (vgl. Urk. 13/1). Die von den Gesuchsgegnern in Auftrag gegebene Messung führte damit zu einem anderen Ergebnis wie die im Erkenntnisverfahren von demselben Vermessungsamt vorgenommene Messung, gestützt auf welche der Sachverhalt im Erkenntnisverfahren verbindlich und rechtskräftig festgestellt worden war. Zu den Umständen, weshalb die Hecke nunmehr auf der Grenze stehen soll, machten die Gesuchsgegner allerdings keinerlei Angaben. Wie gesehen, führten sie einzig aus, es treffe nicht zu, dass der Standort der Hecke nicht verändert worden wäre; der rechtmässige Zustand sei bereits wiederhergestellt worden. Angesichts der schlüssigen Vorbringen des Gesuchstellers, wonach die Hecke weder versetzt noch ersetzt worden sei und sich die Verhältnisse vor Ort seit der Urteilsfällung nicht verändert hätten, wären die Gesuchsgegner jedoch gehalten gewesen, ihre Gegenbehauptungen in Bezug auf den angeblichen Standortwechsel näher zu substantiieren. Konkret hätten sie klar und nachvollziehbar darlegen müssen, weshalb die Hecke nunmehr auf der Grenze stehe bzw. durch welche Handlungen der rechtmässige Zustand wiederhergestellt worden sei. Da sie dies unterlassen hatten, durfte und musste die Vorinstanz davon ausgehen, dass die Hecke nicht aktiv versetzt worden war und es sich somit nach wie vor um die gleiche Hecke wie im nunmehr zu vollstreckenden Urteil handelt.

Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegner hat die Vorinstanz die Angaben der Amtlichen Vermessung vom 3. Juli 2018 nicht als falsch taxiert. Vielmehr erwog sie, dass – nachdem nicht von einer aktiven Versetzung der Hecke auszugehen sei – einzig denkbar wäre, dass die Hecke mittlerweile neue Stockausschläge gebildet habe, welche die Grenzlinie bzw. das Nachbargrundstück betreffen. Auch diesbezüglich hielt die Vorinstanz jedoch zu Recht fest, dass von einer solchen Sachverhaltsvariante mangels entsprechender (substantiiertes) Behauptungen der Gesuchsgegner nicht auszugehen sei (vgl. Urk. 18 E. 2.5.3, S. 4).

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass sich die Vorinstanz – entgegen der Vorbringen der Gesuchsgegner in ihrer Beschwerdeschrift (vgl. Urk. 17 S. 7) – in keiner Weise dafür aussprach, dass nicht die früher beurteilte Hecke, sondern nur eine neue Hecke auf die gemeinsame Grenze gesetzt oder sonstwie in einen

rechtmässigen Zustand hätte versetzt werden dürfen. Genauso wenig lässt sich dem vorinstanzlichen Urteil die Auffassung des Vorderrichters entnehmen, wonach die früher beurteilte Hecke nicht hätte versetzt werden dürfen (vgl. Urk. 18 E. 2.5, S. 3 f.). Auf die entsprechenden Vorbringen der Gesuchsgegner ist daher nicht weiter einzugehen.

Unbegründet sind auch die Rügen der Gesuchsgegner, die Vorinstanz habe aktenwidrig angenommen, die Gesuchsgegner hätten behauptet, die Hecke sei im Urteilszeitpunkt falsch verortet worden. Die Vorinstanz stellte lediglich fest, die Gesuchsgegner hätten offengelassen, wie die Hecke an den genannten Ort gelangt sein soll, oder ob die Hecke allenfalls im Urteilszeitpunkt falsch verortet worden sei (vgl. Urk. 18 E. 2.5.3, S. 4). Zwar ist den Gesuchsgegnern insofern zuzustimmen, als dass sie mit ihren Vorbringen, die heutige Hecke stehe auf der gemeinsamen Grenze und der rechtmässige Zustand sei bereits wiederhergestellt, indirekt zum Ausdruck gebracht hatten, dass sie nicht von einem falschen Verorten im Urteilszeitpunkt ausgingen. Allerdings können sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal die Vorinstanz in diesem Zusammenhang bloss darauf hinwies, die Gesuchsgegner hätten ein allfälliges falsches Verorten im Urteilszeitpunkt mit den gegen das Urteil stehenden Rechtsmitteln geltend machen müssen (vgl. Urk. 18 E. 2.5.3., S. 4).

Nach dem Gesagten durften die Gesuchsgegner – entgegen ihrer Annahme – nicht offenlassen, wie die Hecke an den genannten Ort gelangt sein soll. Das vorgetragene Tatsachenfundament war in Bezug auf die behauptete Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bzw. den angeblichen Standortwechsel der Hecke unvollständig, weshalb die Vorinstanz das Vorliegen von materiellen Einwänden im Sinne von Art. 341 Abs. 3 ZPO trotz dem neu eingereichten Schreiben der Stadt Zürich vom 3. Juli 2018 zu Recht verneinte. Die im Beschwerdeverfahren erhobenen Rügen der aktenwidrigen bzw. willkürlichen Feststellung und Würdigung der Vorinstanz sind daher nicht stichhaltig.

4.1 Die Gesuchsgegner machen in ihrer Beschwerde im Weiteren geltend, auf das Vollstreckungsgesuch hätte mangels Passivlegitimation der Gesuchsgegner nicht eingetreten werden dürfen oder es hätte abgewiesen werden

müssen. Gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2017 sei der Umstand, dass die beurteilte Hecke vollumfänglich auf dem Grundstück D.____-Strasse 4 stehe und den vorgeschriebenen Grenzabstand unterschreite, von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Bei Hecken, welche die gemeinsame Grenze überstellen, wäre Miteigentum gemäss Art. 670 ZGB vermutet worden. Die Beseitigungsklage hätte sich in diesem Fall auch gegen die anderen Miteigentümer des Grundstücks D.____-Strasse 1 richten müssen. Die Gesuchsgegner wären alleine, d.h. ohne Einbezug der anderen Miteigentümer, nicht passivlegitimiert gewesen. Nicht anders könne es sich verhalten, wenn im Vollstreckungsverfahren die Hecke, die beseitigt werden solle, neu auf der gemeinsamen Grenze stehe. Auch das Vollstreckungsgesuch hätte somit gegen alle Miteigentümer gerichtet werden müssen. Dies habe umso mehr zu gelten, da die Miteigentümer des Grundstücks D.____-Strasse 1 mit Beschluss vom 30. Mai 2017 einer gemeinsamen Grenzbepflanzung und mithin auch einer gemeinsamen Grenzhecke zugestimmt hätten und dieser Beschluss weiterhin in Kraft sei. Der Vollstreckungsrichter habe die entsprechende Rüge der Gesuchsgegner im angefochtenen Urteil zwar erwähnt, im Folgenden jedoch ohne jegliche Begründung übergangen, was einer materiellen Rechtsverweigerung gleichkomme (Urk. 17 S. 4 f. und S. 9).

4.2 Wie bereits erwähnt, wurde im Erkenntnisverfahren rechtskräftig entschieden, dass die streitgegenständliche Hecke nicht im Miteigentum der jeweiligen Eigentümer der Grundstücke D.____-Strasse 4 und 1, sondern ausschliesslich im Eigentum der Gesuchsgegner steht, weshalb hinsichtlich der Beseitigungsklage auch lediglich die Gesuchsgegner passivlegitimiert waren (vgl. Urk. 3/2 E. III/2.8). Nachdem im Vollstreckungsverfahren mangels Substantiierung nicht von einem Standortwechsel der Hecke ausgegangen werden kann (vgl. oben E. II/3.3.4) und sich die Hecke somit nach wie vor lediglich im Eigentum der Gesuchsgegner befindet, sind auch hinsichtlich der Vollstreckung des Beseitigungsurteils ausschliesslich die Gesuchsgegner passivlegitimiert. Daran vermögen auch die Ausführungen der Gesuchsgegner in Bezug auf den Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung vom 30. Mai 2018 (Urk. 17 S. 9 f.) nichts zu ändern.

5.1 Zuletzt machen die Gesuchsgegner geltend, die Vorinstanz habe ihre in der Stellungnahme zum Vollstreckungsgesuch gemachten Ausführungen zur erforderlichen Bewilligung der Gartendenkmalpflege in Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV unberücksichtigt gelassen. Diesbezüglich sei dargelegt worden, dass gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Dezember 2017 eine Versetzung oder Neupflanzung der Hecke auf den gesetzlichen Grenzabstand von der Gartenpflege bewilligt werden müsse. Das Obergericht habe dies in seiner Entscheidung vom 27. September 2018 nicht in Frage gestellt; es sei lediglich davon ausgegangen, dass ein anderer Standort der Hecke nicht gänzlich unmöglich sei. Da die Gesuchsgegner zunächst verpflichtet werden müssten, die erforderliche öffentlich-rechtliche Bewilligung für eine Versetzung auf den gesetzlichen Grenzabstand einzuholen, fehle es an den Voraussetzungen für die verlangten Vollstreckungsmassnahmen. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, vor einer Rückversetzung der Hecke auf einen gesetzlichen Grenzabstand die entsprechende Bewilligung der örtlichen Baubehörde einzuholen, sei zwingender Natur und könne vom Gesuchsteller durch seine Anträge nicht umgangen werden. Ebenso wenig könne sich der Vollstreckungsrichter von den zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften "befreien". Eine ersatzlose Beseitigung hätte er unter keinen Umständen anordnen dürfen (Urk. 17 S. 10 f.).

5.2 Auch diese Einwände der Gesuchsgegner verfangen nicht, zumal vorliegend keine *ersatzlose* Beseitigung der Hecke zur Diskussion steht. Vielmehr lautet das Erkenntnisurteil bloss auf *Beseitigung* der fraglichen Hecke (vgl. Urk. 3/1 Dispositiv-Ziffer 1, S. 16), weshalb auch nicht die Rede davon sein kann, der Vollstreckungsrichter hätte eine ersatzlose Beseitigung der Hecke angeordnet. Im Übrigen geben die Gesuchsgegner sowohl die Erwägungen des Bezirksgerichts Zürich im Urteil vom 18. Dezember 2017 wie auch diejenigen des Obergerichts im Urteil vom 27. September 2018 unvollständig und unzutreffend wieder. Das Bezirksgericht Zürich erwog in diesem Zusammenhang nämlich, dass dem privatrechtlichen Beseitigungsanspruch des Gesuchstellers mangels materieller Unterschützstellung der streitgegenständlichen Hecke keine öffentlich-rechtlichen Vorgaben entgegenstünden. Die Gartendenkmalpflege halte den Spielraum für eine Versetzung angesichts des Umstandes, dass die Hecke konzeptionell schüt-

zenswert sei, zwar für gering, schliesse einen Standortwechsel aber nicht gänzlich aus. Aus diesem Grund sei eine Versetzung oder Neupflanzung der Hecke im gesetzlichen Grenzabstand mit der Gartendenkmalpflege abzusprechen (Urk. 3/1 E. III/7, S. 14). In Bestätigung und Ergänzung dieser Erwägungen hielt das Obergericht im Urteil vom 27. September 2018 alsdann fest, die Entfernung der aktuellen Heckenpflanzen als solche verstosse nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften, zumal die streitgegenständliche Hecke nur konzeptionell geschützt sei und damit die bestehenden Heckenpflanzen selbst nicht unter Denkmalschutz stünden. Anders sähe es jedoch bei einer *ersatzlosen* Entfernung sowohl betreffend den aktuellen Standort als auch bezüglich der näheren Umgebung aus, weil damit gegen den konzeptionellen Schutz verstossen würde. Solches sei mit dem bezirksgerichtlichen Urteil jedoch nicht verlangt worden. Stattdessen sei das Bezirksgericht davon ausgegangen, die Beklagten würden eine Versetzung oder Neuanpflanzung im zivilrechtlich zulässigen Grenzabstand vornehmen, weil sie aus öffentlich-rechtlicher Sicht dazu verpflichtet seien, am östlichen Gartenende eine Hecke stehen zu haben. Aufgrund der Dispositionsmaxime habe das Bezirksgericht dies allerdings nicht selbst anordnen dürfen. Stattdessen sei zu Recht festgehalten worden, dass eine Versetzung oder Neupflanzung mit der Gartendenkmalpflege abzusprechen sei. Überdies bringe die Gartendenkmalpflege auch nicht vor, dass ein anderer Standort der Hecke gänzlich unmöglich sei oder ein solcher auf keinen Fall bewilligt werden könne. Damit sei gerade nicht erwiesen, dass eine Bewilligung auf keinen Fall erteilt würde. Insgesamt erscheine eine Versetzung durchaus als machbar. Einer Entfernung der streitgegenständlichen Hecke stünden somit keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegen (Urk. 3/2 E. III/4.3, S. 18).

Wie der Gesuchsteller zu Recht vorbringt (vgl. Urk. 21 S. 3 f.), wurden die Einwände betreffend Denkmalschutz damit bereits im Erkenntnisverfahren eingehend behandelt und rechtskräftig beurteilt. Dass sich die Vorinstanz im Vollstreckungsverfahren nicht mehr mit den wiederholten und unbehelflichen Vorbringen auseinandersetzte, ist daher nicht zu beanstanden.

6. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist daher abzuweisen.

III.

1. In Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 900.– festzusetzen. Zufolge ihres Unterliegens ist sie den Gesuchsgegnern – unter solidarischer Haftbarkeit – aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Ausgangsgemäss sind die Gesuchsgegner zudem – unter solidarischer Haftbarkeit – zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 900.– festzusetzen (inkl. 7.7 % MwSt.; vgl. Urk. 21 S. 2).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 900.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Gesuchsgegnern – unter solidarischer Haftbarkeit – auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Gesuchsgegner werden – unter solidarischer Haftbarkeit – verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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. 6'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 9. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw V. Stübi

versandt am:
am