

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV220010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. Ch. von Moos Würgler und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Urteil vom 4. Juli 2022

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 9. Mai 2022 (EZ220001-A)**

Erwägungen:

1. a) Am 31. Januar 2022 reichten die Gesuchsteller beim Bezirksgericht Affoltern (Vorinstanz) ein Vollstreckungsgesuch ein (Urk. 1). Die Stellung-

nahme des Gesuchsgegners datiert vom 11. April 2022 (Urk. 13). Mit Urteil vom 9. Mai 2022 entschied die Vorinstanz (Urk. 15 = Urk. 20):

1. Der Gesuchsgegner wird in Vollstreckung von Dispositiv-Ziffer 1.1.6. der Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren vom 20. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr.: FV160010-A) angewiesen, innert 30 Tagen ab Erhalt dieses Urteils von der Esche Nr. 1 den ganzen Stamm Nr. 2 durch Fällung vollumfänglich zu beseitigen, sodass dieser ab Boden in vertikaler Höhe nicht mehr sichtbar ist.

Kommt der Gesuchsgegner dieser Anweisung nicht innert Frist nach, sind die Gesuchsteller zur Ersatzvornahme auf Kosten des Gesuchsgegners berechtigt.

b) Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner am 2. Juni 2022 fristgerecht (vgl. Urk. 16: Zustellung am 23. Mai 2022) Beschwerde und stellte die folgenden Beschwerdeanträge (Urk. 19 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgericht[s] Affoltern vom 9. Mai 2022 (Geschäfts-Nr. EZ220001-A) sei aufzuheben und das Vollstreckungsgesuch der Beschwerdegegnerschaft abzulehnen;
2. eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur erneuten Entscheidung zurückzuweisen,
3. subeventuell sei der Beschwerdeführer in Abänderung von Disp.-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils anzuweisen, den Eschenstamm Nr. 2 der Esche Nr. 1 zwischen dem 1. November und dem 1. März auf die minimale (das Kernholz des verbleibenden Baums nicht freilegende) Höhe zurückzuschneiden;
unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerschaft unter solidarischer Haftung und zuzüglich MwSt. auf der Parteientschädigung."

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-18). Der Gesuchsgegner hat den ihm auferlegten Gerichtskostenvorschuss von Fr. 500.-- (Urk. 23) fristgerecht geleistet (Urk. 24). Mit Verfügung vom 21. Juni 2022 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 26), nachdem die Gesuchsteller auf Stellungnahme dazu verzichtet hatten (Urk. 25). Da sich im Übrigen die Beschwerde als unbegründet erweist (vgl. nachfolgende Erwägungen), kann auf weitere Prozesshandlungen verzichtet werden (vgl. Art. 322 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden

(Art. 320 ZPO). Dabei bedeutet Geltendmachung, dass in der Beschwerde dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Das Beschwerdeverfahren ist nicht einfach eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern es dient der Überprüfung des angefochtenen Entscheids im Lichte von konkret dagegen vorgebrachten Beanstandungen. Was nicht rechtsgenügend beanstandet wird, braucht von der Beschwerdeinstanz nicht überprüft zu werden und hat insofern grundsätzlich Bestand. Sodann sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); was im erstinstanzlichen Verfahren nicht (rechtzeitig) vorgetragen wurde, kann im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht bzw. nachgeholt werden.

b) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Gesuchsteller würden sich auf die Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 20. Dezember 2018 stützen, mit welcher von einem gerichtlichen Vergleich Vormerk genommen worden sei; deren Dispositiv-Ziffer 1.1.6 [recte: 1.2.6] laute (Urk. 4/1 S. 3):

"Der Beklagte verpflichtet sich, von der Esche Nr. 1 (gemäss act. 4/2) den Stamm Nr. 2 (derjenige, der auf das Grundstück der Kläger ragt) bis spätestens Ende März 2019 zu fällen."

Dieser Entscheid sei formell vollstreckbar. Auch inhaltlich sei der Leistungsentscheid hinreichend umschrieben und damit der Vollstreckung zugänglich. Der Gesuchsgegner wende ein, der Vergleich enthalte keine Angabe, auf welcher Höhe der Stamm abgeschnitten werden müsse, und sei damit letztlich illiquid; die vollständige Entfernung dieses Stamms würde die gesamte, fünf Stämme aufweisende Esche derart schädigen, dass sie instabil würde und schliesslich der Fortbestand der ganzen Baumgruppe gefährdet wäre. Im Vollstreckungsverfahren könne jedoch nur eingewendet werden, dass nach dem Entscheid Tatsachen eingetreten seien, welche der Vollstreckung entgegenstehen würden; um solche handle es sich hierbei nicht. Der Wortlaut der fraglichen Vergleichsbestimmung sei unmissverständlich und inhaltlich klar: Der Stamm Nr. 2 sei zu fällen, d.h. der Stamm Nr. 2 sei durch Fällung vollumfänglich zu beseitigen. Und nachdem der Vergleich keine Angabe enthalte, auf welcher Höhe der Stamm abgeschnitten

werden müsse, sei der ganze Stamm vollumfänglich zu beseitigen; für die Festlegung irgendeiner Höhe verbleibe kein Raum (Urk. 20 S. 2 ff.).

c) Der Gesuchsgegner macht in seiner Beschwerde vorab im Wesentlichen geltend, die Fällung verletze den für die Grundstücke der Parteien geltenden Gestaltungsplan Stümmel; dieser statuiere für die Baumgruppe auf seinem Grundstück explizit eine Erhaltungspflicht. Durch die angeordnete unfachmännische Fällung des gesamten Stamms werde die gemeinsame Basis der fünfstämmigen Esche verletzt und diese dadurch nachhaltig geschädigt, was letztlich zur Gefährdung der gesamten Baumgruppe führe. Vor diesem Hintergrund sei der dem Gestaltungsplan zuwiderlaufenden Vergleichsklausel die Vollstreckung zu verweigern (Urk. 19 S. 5 ff.).

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gesuchsgegner mit diesen Vorbringen letztlich geltend macht, der zu vollstreckende Entscheid sei inhaltlich unrichtig bzw. widerrechtlich. Jedoch darf das Vollstreckungsgericht den zu vollstreckenden Entscheid inhaltlich grundsätzlich nicht mehr überprüfen; eingewendet werden könnten einzig noch Tatsachen, welche seit Eröffnung des zu vollstreckenden Entscheids eingetreten sind (Art. 341 Abs. 3 ZPO; sog. echte Noven). Dass dies für den angeführten Gestaltungsplan zutreffen würde, macht der Gesuchsgegner nicht geltend (vgl. auch Urk. 14/4: Eintragung einer entsprechenden Personaldienstbarkeit im Jahre 1979). Als nach der vorliegend zu vollstreckenden Verfügung vom 20. Dezember 2018 eingetretene "Tatsache" macht der Gesuchsgegner eine Stellungnahme des gerichtlichen Gutachters vom 10. September 2020 geltend (Urk. 19 S. 12). Dieser "Kommentar zur Eschenteilfällung" ist zwar nach dem zu vollstreckenden Entscheid erstellt worden, er stellt jedoch für sich keine Tatsache (sondern eine Parteibehauptung) dar und fusst auch nicht auf (echten) neuen Tatsachen, sondern auf solchen, die bereits vor dem zu vollstreckenden Entscheid bestanden (vgl. Urk. 14/5); dieser Bericht steht damit der Vollstreckung nicht entgegen. Von einer Nichtigkeit der zu vollstreckenden Verfügung vom 20. Dezember 2018 bzw. des dieser zugrundeliegenden Vergleichs kann keine Rede sein. Wenn der Vergleich dem Gestaltungsplan widersprechen würde, wäre dies in einem Rechtsmittelverfahren zu korrigieren gewesen, würde jedoch keine

Nichtigkeit bewirken. Bloss ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsgegner zwar vorbringt, durch die Fällung des gesamten Stamms werde die gemeinsame Basis der fünfstämmigen Esche verletzt und diese dadurch nachhaltig geschädigt; er macht jedoch nicht geltend, dass diese Schädigung durch entsprechende Schutzmassnahmen (z.B. Versiegelung der Schnittstelle) nicht vermeidbar sei.

d) Der Gesuchsgegner macht in seiner Beschwerde sodann geltend, zudem sei im Vergleich eine Fällung vereinbart gewesen und nicht eine vollständige Beseitigung. Bei einer Fällung verbleibe aber notorisch ein mehr oder weniger hoher Baumstumpf. Mit der Anordnung einer vollständigen Entfernung sei die Vorinstanz damit über den Vergleich hinausgegangen (Urk. 19 S. 7).

Dem ist entgegenzuhalten, dass vollstreckt werden soll, "den Stamm Nr. 2 [...] zu fällen" (Urk. 4/1 S. 3; oben Erw. 2.b) und nicht bloss einen Teil dieses Stammes. Der Wortlaut dieses Vergleichs ist damit hinlänglich klar (so auch schon die Vorinstanz in Urk. 20 Erw. 2.7). Ob dieser Vergleich sinnvoll ist – oder ob es allenfalls vorzuziehen gewesen wäre, die Belassung eines Reststumpfs zu vereinbaren –, darf vom Vollstreckungsgericht ebensowenig überprüft werden wie dessen Vereinbarkeit mit dem Gestaltungsplan Stümmel. Auch verbietet sich dem Vollstreckungsgericht eine über den klaren Wortlaut hinausgehende Auslegung des Vergleichs (vgl. BGE 143 III 564 E. 4.4.2).

e) Der Gesuchsgegner macht in seiner Beschwerde zusammengefasst weiter geltend, das blosses Abstellen auf den Wortlaut sei widerrechtlich. Die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, indem sie auf verschiedene Vorbringen in seiner Stellungnahme vom 11. April 2022 nicht eingegangen sei. So etwa darauf, dass die Parteien aufgrund des Gestaltungsplans Stümmel gehalten gewesen seien, alles zu unterlassen, was den Bestand der Baumgruppe gefährden könnte; die Parteien hätten daher mit dem Vergleich die Ziele verfolgt, den Überhang zu beseitigen und die Sicherheit zu gewährleisten (Urk. 19 S. 7-9).

Dem ist entgegenzuhalten, dass auf Vorbringen der Parteien nur insoweit einzugehen ist, als diese entscheiderelevant sind. Nachdem die Vorinstanz zu

Recht auf den eindeutigen Wortlaut der zu vollstreckenden Verfügung vom 20. Dezember 2018 bzw. des dieser zugrundeliegenden Vergleichs abgestellt hatte (vorstehend Erw. 2.d), waren die Vorbringen, weshalb nicht auf den Wortlaut abzustellen sei, nicht entscheidrelevant. Die Begründungspflicht ist nicht verletzt.

f) Der Gesuchsgegner macht in seiner Beschwerde sodann als Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung im Wesentlichen geltend, ein Rückschnitt von Pflanzen dürfe nicht in deren Wachstumsphase verlangt werden, sondern nur zwischen dem 1. November und dem 1. März. Dennoch habe die Vorinstanz die Fällung innert 30 Tagen angeordnet und nicht, wie von ihm eventualiter verlangt, ausserhalb der Wachstumsphase (Urk. 19 S. 10 f.).

Dem ist entgegenzuhalten, dass die vorliegende Vollstreckung nicht einen Rückschnitt betrifft, sondern eine Fällung: Stamm Nr. 2 ist zu fällen, die restlichen Stämme werden sodann weder zurückgeschnitten noch gefällt. Insofern ist nicht einzusehen und macht der Gesuchsgegner auch nicht konkret geltend, dass und wieso für die Fällung des Stamms Nr. 2 auf die Wachstumsphase Rücksicht genommen werden müsste. Im Übrigen kann der Einwendung des aus Art. 2 Abs. 2 ZGB abgeleiteten Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung ohnehin nur in seltenen Fällen Erfolg beschieden sein, da es nicht Aufgabe des Vollstreckungsgerichts ist, die vom Sachgericht (oder – wie hier – in einem Urteilssurrogat) festgestellten Leistungspflichten unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs zu hinterfragen (BSK ZPO-Droese, Art. 341 N 37). Genau darauf zielt die Einwendung des Gesuchsgegners aber letztlich ab.

g) Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist demgemäss abzuweisen.

3. Mit dem heutigen Endentscheid im Beschwerdeverfahren fällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung (Urk. 26; oben Erw. 1.c) dahin. Infolge der Erteilung der aufschiebenden Wirkung läuft aber die Frist für die Fällung des streitgegenständlichen Stammes (Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils) neu ab Zustellung des vorliegenden Urteils.

4. a) Für das Beschwerdeverfahren ist von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen (anders Urk. 20 Erw. 4.1). Der Streitwert ist mangels Angaben der Parteien auf Fr. 3'000.-- zu schätzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO; Kosten der Vollstreckung für Fällung und Schutzmassnahmen für die übrigen vier Stämme). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 500.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), unter Verrechnung mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

c) Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens, den Gesuchstellern mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Frist von 30 Tagen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 9. Mai 2022 beginnt mit der Zustellung des vorliegenden Urteils zu laufen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von Urk. 19, 21 und 22/2-6, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen 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 geschätzt Fr. 3'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Juli 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
ip