

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NP180011-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 21. August 2018

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch B. _____

gegen

C. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Nachbarrecht**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 25. Januar 2018; Proz. FV170056

Rechtsbegehren (act. 2):

- "1.a) Der Beklagten sei zu befehlen, die grenznahe, auf ihrem Grundstück Kat. Nr. 1, D. _____-Strasse ..., E. _____, gepflanzte Thuja-Hecke auf die maximale Höhe von 1,6 Meter ab gewachsenem Terrain (Stammaustritt aus dem Boden) innert Frist bis zum 28. Februar 2018 zurückzuschneiden und dauernd bis zur maximalen Höhe von 1,6 Metern unter der Schere zu halten.
- b) Eventuell: Es sei der Vergleich vom 30. April 2015 in Ziffer 2 dahingehend zu ergänzen, dass die Rückschnittsverpflichtung die Beklagte auszuführen habe: "Die Rückschnittsverpflichtung ist Sache und Pflicht der Beklagten".
2. Nach unbenütztem Ablauf der Rückschnittsfrist sei der Kläger zur Ersatzvornahme für berechtigt zu erklären, indem er nach eigener Wahl die rückschnittsbetroffene Thuja-Hecke entweder selber auf 1,6 Meter zurückschneiden, eventuell auf Kosten der Beklagten einen Gärtner mit dem Rückschnitt beauftragen darf.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) der Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Bülach vom 25. Januar 2018:

1. Die Beklagte wird in Auslegung und Konkretisierung des am 30. April 2015 vor dem Friedensrichteramt E. _____ geschlossenen Vergleichs der Parteien verpflichtet, auf eigene Kosten die Thujahecke auf ihrem Grundstück an der D. _____-Strasse ... in E. _____, Kat. Nr. 1, auf einer Höhe von 2,4 Metern ab Stamm-austritt aus dem Boden unter der Schere zu halten, wobei der Rückschnitt einmal im Jahr zwischen dem 1. April und spätestens am letzten Tage des Monats Juli eines jeden Jahres zu erfolgen hat.
- Kommt die Beklagte ihrer Rückschnittspflicht bis am letzten Tag des Monats Juli nicht nach, so ist der Kläger berechtigt, den Rückschnitt einmal im Jahr zwischen dem 1. August und spätestens am letzten Tag des Monats September desselben Jahres auf Kosten der Beklagten selbst vorzunehmen bzw. durch eine Fachperson vornehmen zu lassen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'200.– festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu einem Viertel (Fr. 800.–) und der Beklagten zu drei Vierteln (Fr. 2'400.–) auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Vorschuss verrechnet.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger die Gerichtskosten im Umfang von Fr. 2'400.– zu ersetzen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'150.– (inkl. Mehrwertsteuer) sowie die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu Fr. 375.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 32):

1. Das Urteil der Vorinstanz "**Urteil G-Nr. FV170056-C vom 25.Jan.2018**" verstösst in mehrfach Hinsicht gegen das Recht und ist vollumfänglich aufzuheben.
 - 1.1) Rechtskräftig erledigte und abgeschriebene Nachbarschaftsklage,
 - 1.2) Ausschluss der Beklagten aus der "Hauptverhandlung" mit überspitzten Auflagen und Verschleppung im Verschiebungsgesuch (rechtliches Gehör)
 - 1.3) Verpflichtung über das Urteil, gegen das geltende Tier- und Naturschutzgesetz handeln zu müssen.
2. An der Klageantwort vom 13.Okt.2017 wird festgehalten. Die Akten sind von der Vorinstanz bei zu ziehen.
3. Die Nachbarschaftsklage, eingereicht vom Kläger (1) am 13.Dez.2016, in rechtskräftig erledigt- und abgeschriebener Nachbarschaftsklage "**Urteil RU170047 vom 16.Sep.2015**" ist abzuweisen. (Art. 241. Abs. 1-3 ZPO)

Der "**gerichtlichen Vergleich vom 30. April 2015**" ist als Ganzes rechtskräftig. Im Streitbetrag, per Saldo aller Ansprüche. In der "Abänderungs-/Ergänzungsklage vom Vergleich" sei der Kläger (2), - der dem Gericht "Rechtsnachfolge" erklärte (Art. 83 ZPO) - auf den Rechtsweg, die erweiterte Revision zu verweisen. (Art. 328 Abs. 1c ZPO)
4. **Eventual:** Hebt das Berufungsgericht das "**Urteil RU170047 vom 16.Sep.2015**" und damit den "**gerichtlichen Vergleich vom 30.April 2015**" auf (Pkt. 1.1) und bestätigt das "**Urteil G-Nr. FV170056-C vom 25.Jan.2018**", ist dieses trotzdem aufzuheben, weil in der Umsetzung vom Urteil der Vorinstanz, sich die Parteien strafbar machen. (Pkt. 1.3)

Die "Hauptverhandlung" (Pkt. 1.2) sei am Berufungsgericht durchzuführen, oder die Sache sei zurück zu weisen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten vom Kläger (2) in Solidarhaftung mit Kläger (1). (Art. 83 ZPO)

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 48):

"Die Berufung sei abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) ist Eigentümer des Grundstückes Kat.-Nr. 2 an der F.____-Strasse ... in E.____. Bis zum Verkauf dieses Grundstückes während des vorliegenden Verfahrens war der Vater des Klägers, G.____, Eigentümer dieses Grundstückes. Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist Eigentümerin des Nachbargrundstückes Kat.-Nr. 1 an der D.____-Strasse ... in E.____.

1.2. Auf dem Grundstück der Beklagten befindet sich entlang der Grenze zum Grundstück des Klägers eine Thujahecke. Bezüglich dieser Hecke herrscht zwischen den Parteien Streit. Am 26. März 2015 stellte der damalige Kläger (damaliger Eigentümer des Grundstückes und Vater des heutigen Klägers) beim zuständigen Friedensrichteramt E.____ das folgende Rechtsbegehren (vgl. act. 4/13a S. 1):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, die grenznahe, auf ihrem Grundstück Kat.-Nr. 1, D.____-Strasse ..., E.____, gepflanzte Thujahecke auf die maximale Höhe von 1,6 Meter ab gewachsenem Terrain (Stammaustritt aus dem Boden) zurück zu schneiden und dauernd bis zur maximalen Höhe von 1,6 Meter unter der Schere zu halten; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) der Beklagten."

1.3. Die nicht im Kanton Zürich wohnhafte Beklagte bevollmächtigte B.____, einen Bewohner ihrer Liegenschaft, mit ihrer Vertretung (act. 4/13a).

1.4. In der Folge schlossen die Parteien des damaligen Verfahrens eine auf den Tag der Schlichtungsverhandlung vom 30. April 2015 datierte Vereinbarung mit folgendem Inhalt (act. 4/12):

- "1. Die Höhe der Thujahecke wird durch Herr B. _____ mit einem Profil markiert auf ein Niveau von 2,4 Meter.
2. Der Kläger erklärt sich bereit, dass die Thujahecke auf eine Höhe von 2,4 Meter heruntergeschnitten wird und dauernd unter der Schere gehalten wird. Der Rückschnitt erfolgt in der Vegetationspause vom 01.11.2015 bis Ende Februar 2016.
3. B. _____ nimmt mit der Beklagten Kontakt auf zwecks Übernahme der Hälfte der Anwaltskosten des Klägers im Höchstbetrag von Fr. 1'500.--.
4. Die Verfahrenskosten werden von den Parteien je zur Hälfte übernommen.
5. Mit Erfüllung dieser Vereinbarung sind die Parteien per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt."

1.5. In der Abschreibungsverfügung vom 8. Juli 2015 hielt der Friedensrichter fest, die Parteien hätten sich anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 30. April 2015 auf eine Bedenkfrist bis 12. Juni 2015 geeinigt und sodann nach weiteren Vermittlungsbemühungen die folgende Vereinbarung geschlossen (act. 4/13a):

- "1. Der Kläger ist einverstanden, dass die Thujahecke gemäss Markierung auf eine Höhe von 2,4 Meter zurück geschnitten wird, und verzichtet auf den geforderten Rückschnitt gemäss den gesetzlichen Bestimmungen.
2. Die beklagte Partei verpflichtet sich, die Thujahecke auf eine Höhe von 2,4 Meter gemessen ab gewachsenem Terrain zurück zu schneiden und diese dauernd unter der Schere von 2,4 Meter zu halten. Der erstmalige Rückschnitt erfolgt in der Vegetationspause vom 01.11.2015 bis Ende Februar 2016.
3. Die beklagte Partei entschädigt die klagende Partei mit Fr. 500.-- für Anwaltskosten.
4. Die Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 525.-- werden von den Parteien je zur Hälfte übernommen.
5. Mit Erfüllung dieser Vereinbarung sind die Parteien per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt."

Dieser Vergleich datierte offenbar vom 3. Juli 2015, war jedoch lediglich mit der Unterschriften des Friedensrichters und des Klägers versehen; die Unterschrift der Beklagten oder des Vertreters der Beklagten fehlte (vgl. act. 4/14 S. 4).

1.6. Gegen die Abschreibungsverfügung gelangte die Beklagte mit Berufung ans Obergericht des Kantons Zürich und machte geltend, die Ziffern 1 und 2 der Parteivereinbarung vom 30. April 2015 seien in der Abschreibungsverfügung nicht korrekt wiedergegeben worden. Der Kläger des damaligen Verfahrens (der Vater

des heutigen Klägers) verzichtete auf eine Berufungsantwort. Mit Urteil vom 16. September 2015 hiess das Obergericht (II. Zivilkammer) die Berufung der Beklagten gut, hob die Abschreibungsverfügung des Friedensrichteramtes E._____ vom 8. Juli 2015 auf und schrieb das Verfahren unter Vormerkung des Vergleichs der Parteien vom 30. April 2015 als erledigt ab (act. 4/14).

1.7. Am 28. Juni 2016 ersuchte der damalige Kläger (der Vater des heutigen Klägers) das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach um Vollstreckbarerklärung des Vergleichs vom 30. April 2015 sowie entsprechend um Verpflichtung der Beklagten, die Thujahecke unter Strafandrohung im Unterlassungsfall auf 2.4 Meter zurückzuschneiden. Mit Urteil vom 18. August 2016 wies das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach die Klage ab, soweit es darauf eintrat. Zur Begründung führte das Einzelgericht aus, aufgrund des Wortlauts des Vergleichs ergebe sich keine klare Abmachung, *WER* die Hecke schneiden müsse (act. 4/15). Eine vom Kläger gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) mit Urteil vom 24. November 2016 unter Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz ab (act. 4/16).

1.8. Am 13. Dezember 2016 gelangte der Vater des Klägers mit einem erneuten Schlichtungsbegehren an das Friedensrichteramt E._____. Da keine Einigung erzielt werden konnte, stellte der Friedensrichter dem Vater des Klägers am 15. Juni 2017 die Klagebewilligung aus (act. 1). Nach der Ausstellung der Klagebewilligung verkaufte der Vater des Klägers das Grundstück F._____-Strasse ... in E._____ dem Kläger (act. 2 Rz. 3 mit Hinweis auf act. 4/2a und 4/2b). Mit begründeter Klage im Sinn von Art. 245 Abs. 2 ZPO stellte der Kläger beim Bezirksgericht Bülach am 24. August 2017 das obgenannte Rechtsbegehren (act. 2 S. 2 f.). Am 13. Oktober 2017 erstattete die Beklagte – vertreten durch B._____ – die Stellungnahme im Sinn von Art. 245 Abs. 2 ZPO. Am 30. November 2017 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 23. Januar 2018 vorgeladen (act. 15). In der Folge stellte der Vertreter der Beklagten ein Verschiebungsgesuch, welches das Einzelgericht abwies (act. 16 - 24). Anlässlich der Verhandlung vom 23. Januar 2018 erschien nur der Kläger und erstattete die Replik. Die Beklagte – bzw. deren Vertreter – blieben der Verhandlung vom 23. Januar 2018 fern (VI-Prot.

S. 6). Am 25. Januar 2018 fällte das Einzelgericht das obgenannte Urteil (act. 29 = act. 34).

1.9. Am 20. März 2018 erhob die Beklagte Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Bülach vom 25. Januar 2018 und stellte die obgenannten Anträge (act. 32). Mit Verfügung vom 27. März 2018 wurde der Beklagten eine Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'200.00 auferlegt (act. 35). Mit Eingabe vom 14. April 2018 erhob die Beklagte gegen diese Verfügung sinngemäss Beschwerde (act. 37), auf welche das Bundesgericht mit Urteil vom 25. April 2018 nicht eintrat (act. 42). Nachdem der Kostenvorschuss eingegangen war, erstattete der Kläger am 4. Juni 2018 die Berufungsantwort (act. 48). Die Berufungsantwort wurde der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 49 und 50).

1.10. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Die Berufung wurde rechtzeitig innerhalb von 30 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides erhoben. Ferner wurde die Berufung begründet und mit einem Antrag versehen eingereicht. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

2.2. Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe die (Nach-)Frist für die Bezahlung des Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren verpasst (act. 48 Rz. 3). Dieser Einwand trifft nicht zu. Das Obergericht setzte der Beklagten mit Verfügung vom 2. Mai 2018 eine "einmalige Nachfrist von 5 Tagen" zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 3'200.00 an (act. 43). Der Vertreter der Beklagten nahm diese Verfügung am 11. Mai 2018 entgegen (act. 44). Damit endete die Frist am 16. Mai 2018. Eine Zahlungsfrist ist eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet wird (Art. 143 Abs. 3 ZPO). Im vorliegenden Fall veranlasste die Beklagte am 15. Mai 2015 bei der Postfinance die Bezahlung von Fr. 3'200.00, und mit Valutadatum

vom 17. Mai 2018 ging der Vorschuss beim Gericht ein (act. 45). Damit wurde der Kostenvorschuss entgegen der Darstellung des Klägers rechtzeitig geleistet.

3. Formelle Beanstandungen der Beklagten gegen das angefochtene Urteil

3.1. Die Vorinstanz ging aufgrund der Angaben des Klägers von einem Streitwert für die Klage von Fr. 20'000.00 aus (act. 34 S. 16). Die Beklagte scheint sich an der Festsetzung des Streitwertes zu stossen (act. 32 Rz. 7 ff.). Die vorliegende nachbarrechtliche Streitigkeit ist vermögensrechtlicher Natur. Die Klage lautet aber nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme (so die falsche Annahme der Beklagten in act. 32 Rz. 12), sondern auf Rückschnitt der Thujahecke auf 1.6 Meter, eventuell auf 2.4 Meter. In solchen Fällen setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Der Kläger bezifferte den Streitwert in seiner Klage auf Fr. 20'000.00 (act. 2 S. 4 Rz. 4). Die Beklagte opponierte in ihrer Stellungnahme vom 13. Oktober 2017 nicht gegen diese Darstellung (act. 14). Die Vorinstanz durfte daher ohne Verletzung von Art. 91 Abs. 2 ZPO von einem geschätzten Streitwert von Fr. 20'000.00 ausgehen. Mit ihren neuen und unverständlichen Vorbringen zum Streitwert ist die Beklagte nicht zu hören (Art. 317 ZPO).

3.2. Im erstinstanzlichen Verfahren wurden die Parteien am 30. November 2017 auf den 23. Januar 2018 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Der Vertreter der Beklagten stellte ein Verschiebungsgesuch, welches die Vorinstanz abwies. Im vorliegenden Verfahren rügt die Beklagte, das Verschiebungsgesuch sei zu Unrecht abgewiesen worden (act. 32 Rz. 24 f.).

a. Das Gericht kann einen Erscheinungstermin aus "zureichenden Gründen" verschieben, wenn eine Partei vor dem Termin darum ersucht (Art. 135 ZPO). Im vorliegenden Fall begründete der Vertreter der Beklagten sein Verschiebungsgesuch mit einem Ausland-/Ferienaufenthalt am vorgesehenen Termin. Ein Auslandsaufenthalt gilt nur dann als "zureichender Grund", wenn durch Unterlagen belegt ist, dass die betreffende Partei an der Teilnahme an einer Verhandlung verhindert ist (BSK ZPO-Brändli/Bühler, 3. Auflage, Zürich 2017, Art. 135 N. 23). Im

Fall von Ferien kann eine Verschiebung nur in Frage kommen, wenn die Ferien schon vor der Vorladung gebucht waren, was ebenfalls zu belegen ist (BSK ZPO-Brändli/Bühler, a.a.O., Art. 135 Nr. 26).

b. Nach der Durchführung des ersten Schriftenwechsels mit der begründeten Klage vom 23. August 2017 (act. 2) und der Stellungnahme vom 13. Oktober 2017 (act. 14) wurden die Parteien am 30. November 2017 zur Hauptverhandlung auf den 23. Januar 2018 vorgeladen (act. 15 Blatt 2/3). Der Vertreter der Beklagten nahm die Vorladung am 4. Dezember 2017 entgegen (act. 15 Blatt 5). Mit Schreiben vom 11. Dezember 2017 (Datum Poststempel) ersuchte der Vertreter der Beklagten um Verschiebung, weil er in der Kalenderwoche 4/18 (vom 22. bis 26. Januar 2018) im Ausland sei; der Beleg des Auslandsaufenthaltes werde nachgereicht (act. 16). Mit Schreiben vom 12. Dezember 2017 forderte die Vorinstanz den Vertreter der Beklagten auf, die für die Beurteilung des Verschiebungsgesuchs notwendigen Unterlagen nachzureichen (act. 17). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2017 (Datum Poststempel) wiederholte der Vertreter der Beklagten, dass er in der KW 4/18 im Ausland sei und ergänzte, er und seine Frau seien zu deren 60. Geburtstag von der Familie als Überraschung eingeladen; es gehe ins Ausland, wohin wisse er nicht; sobald Belege vom Auslandsaufenthalt vorhanden seien, würden diese nachgereicht (act. 18 und 19). Da der Vertreter der Beklagten innert Frist auch mit seinem Schreiben vom 19. Dezember 2017 keine Belege eingereicht hatte, wurde das Verschiebungsgesuch abgewiesen (act. 20). Mit Eingabe vom 19. Januar 2018 (Datum des Poststempels) ersuchte der Vertreter der Beklagten erneut um Verschiebung der Hauptverhandlung und reichte einen Boarding Pass für den Flug ... von Zürich nach Dubai vom 19. Januar 2018, Boarding Time hh:mm ein (act. 22). Mit Verfügung vom 22. Januar 2018 wies die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch erneut ab, im Wesentlichen mit der Begründung, mit dem Boarding Pass für den Hinflug am 19. Januar 2018 sei eine Auslandsabwesenheit am Verhandlungsdatum (23. Januar 2018 um 14:00 Uhr) nicht belegt, weil Angaben zum Datum des Rückflugs fehlten; ferner seien die (nicht aussagekräftigen) Belege verspätet eingereicht worden (act. 23 und act 25).

c. Es ist einzuräumen, dass es im vorliegenden Fall vertretbar gewesen wäre, dem Verschiebungsgesuch des Vertreters der Beklagten zu entsprechen. Umgekehrt lässt sich aber auch begründen, dass kein "zureichender Grund" für eine Verschiebung vorlag. Erstens ist nicht belegt und bis heute nicht bekannt, ob der Auslandsaufenthalt bzw. die Ferien bereits gebucht waren, als der Vertreter der Beklagten am 4. Dezember 2017 die Vorladung vom 30. November 2017 entgegen genommen hatte. Zweitens reichte der Vertreter der Beklagten trotz dem Hinweis auf der Vorladung vom 30. November 2017 (act. 15 S. 2, Ziffer 4) und trotz dem Schreiben des Gerichts vom 12. Dezember 2017 vorerst keine Belege zur angeblich geplanten Reise in der KW4/18 – vom 22. Januar bis 26. Januar 2018 – ein; es ist zwar denkbar, dass der Vertreter der Beklagten und dessen Frau zu deren 60. Geburtstag von der Familie in der fraglichen Zeit als Überraschung ins Ausland eingeladen wurden; dann hätte aber ohne weiteres die Möglichkeit bestanden, dass die einladende Familie dem Gericht einen Beleg über die bereits gebuchten Ferien – unter Wahrung der Überraschung für den Vertreter der Beklagten und dessen Ehefrau – eingereicht hätte. Drittens behauptete der Vertreter der Beklagten in seinem Verschiebungsgesuch vom 11. Dezember 2017, dass er in der KW 4/17 – vom 22. Januar bis 26. Januar 2018 im Ausland sei (act. 16), und auch im Verschiebungsgesuch vom 19. Dezember 2018 sprach er von einer Abwesenheit in der KW 4/18 (act. 18); effektiv reichte er dann aber einen "Boarding Pass" für einen Flug von Zürich nach Dubai am 19. Januar 2018 in der KW 3/18 ein (act. 22), woraus zu schliessen ist, dass die Ferien beim Empfang der Vorladung entweder noch nicht gebucht oder die Angaben betreffend Ferien vom 22. bis 26. Januar 2018 falsch waren. Und viertens führte die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 22. Januar 2018 betreffend erneute Abweisung des Verschiebungsgesuchs zutreffend aus, dass mit dem "Boarding Pass" für den Hinflug am 19. Januar 2018 die Dauer des Aufenthaltes in Dubai immer noch nicht belegt sei, weshalb die Vorinstanz auch am 22. Januar 2018 immer noch davon ausgehen durfte, dass ein Ferienaufenthalt am Verhandlungsdatum – am 23. Januar 2018 – nach wie vor nicht belegt sei.

d. Insgesamt ist es daher vertretbar anzunehmen, dass keine "zureichenden Gründe" für eine Verschiebung der Verhandlung vom 23. Januar 2018 vorla-

gen. Die Verweigerung der Verschiebung ist nicht zu beanstanden. Der Vertreter der Beklagten ist somit unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erschienen. Wenn eine Partei zur Hauptverhandlung unentschuldigt nicht erscheint und daher säumig ist, berücksichtigt das Gericht die bereits eingereichten Unterlagen und kann seinem Entscheid die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen (Art. 219 i.V.m. Art. 234 Abs. 1 ZPO). Auf diese Säumnisfolgen wurde der Vertreter der Beklagten zutreffend hingewiesen (Art. 147 Abs. 3 ZPO, act. 15 Blatt 2 Rückseite).

4. Materielle Beanstandungen der Beklagten gegen das angefochtene Urteil

4.1. Die Wesentlichen macht die Beklagte geltend, dass die Parteien in einem vor Friedensrichteramt E._____ abgeschlossenen Vergleich vom 30. April 2015 ihre Differenzen beigelegt hätten. Dieser Vergleich habe die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides. Das Bezirksgericht Bülach hätte im vorliegenden Verfahren nicht auf diesen Vergleich zurückkommen dürfen, sondern hätte auf die Klage nicht eintreten müssen (act. 32 Rz. 4 f. und Rz. 14 ff.).

4.2. Vorab ist der Wortlaut der Ziffern 1 und 2 des Vergleichs vom 30. April 2015 nochmals in Erinnerung zu rufen (vgl. act. 4/12):

- "1. Die Höhe der Thujahecke wird durch Herr B._____ mit einem Profil markiert auf ein Niveau von 2,4 Meter.
2. Der Kläger erklärt sich bereit, dass die Thujahecke auf eine Höhe von 2,4 Meter heruntergeschnitten wird und dauernd unter der Schere gehalten wird. Der Rückschnitt erfolgt in der Vegetationspause vom 01.11.2015 bis Ende Februar 2016."

a. Aus diesen beiden Ziffern ergibt sich einzig eine Verpflichtung von Herrn B._____ (des Vertreters der Beklagten), die vereinbarte Heckenhöhe von 2.4 Metern mit einem Profil zu markieren. Eine klare Abmachung bzw. Verpflichtung, wer die Hecke auf die markierte Höhe zurückschneiden muss, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht. Dies haben verschiedene Gerichte in unterschiedlichen Verfahren übereinstimmend festgehalten (act. 4/14 [Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 16. September 2015, E. 4b, S. 6 f], act. 4/15 [Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 18. August 2016, E. 6.2, S. 4], act. 4/16 [Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom

26. November 2016, E. 3.4, S. 8 f.] und act. 34 [angefochtenes Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 25. Januar 2018, E. 4.8 und E. 4.9, S. 10 f.]). Auch die Beklagte geht offenbar davon aus, dass im Vergleich keiner Partei eine Pflicht auferlegt wurde, die Hecke zu schneiden (act. 32 Rz. 17).

b. Die Beklagte scheint aber der Meinung zu sein, dass sich aus dem Vergleich ergebe, dass der Kläger *berechtigt* sei, die Hecke der Beklagten – wahrscheinlich auf eigene Kosten – auf 2.4 Meter zurückzuschneiden (act. 32 Rz. 6 f., Rz. 14). Eine solche Vereinbarung wäre nicht kategorisch ausgeschlossen, lässt sich aber mit dem Wortlaut des Vergleichs nicht vereinbaren und wäre überdies sowohl ungewöhnlich als auch unpraktikabel. Dem Wortlaut von Ziffer 2 lässt sich keine solche Berechtigung des Klägers entnehmen, denn die Formulierung "*der Kläger erkläre sich bereit, dass die Thujahecke auf eine Höhe von 2.4 Meter herunter geschnitten wird*", ist im Kontext so zu verstehen, dass der Kläger nicht auf einem Zurückschneiden der Hecke auf 1.6 Meter beharrte, sondern mit einem Zurückschneiden auf 2.4 Meter einverstanden war; hingegen wird mit der Passivformulierung "*zurückgeschnitten wird*" nicht gesagt, dass *der Kläger* die Hecke zurückschneide. Eine Berechtigung des Klägers, die Hecke der Beklagten auf deren Grundstück zurückzuschneiden, wäre im Übrigen auch ungewöhnlich; wenn die Hecke die vereinbarte Maximalhöhe von 2.4 Meter übersteigt, besteht gegenüber dem Eigentümer der betreffenden Hecke ein gesetzlicher Abwehranspruch (Art. 679 ZGB und § 169 EGZGB/ZH); darauf wird zurück zu kommen sein (nachfolgend, E. 4.4). Und schliesslich wäre eine Berechtigung des Klägers zum Zurückschneiden der Hecke auf dem Grundstück der Beklagten auch unpraktikabel, weil Konflikte angesichts des gespannten Verhältnisses der Parteien geradezu vorprogrammiert wären.

c. Insgesamt ist festzuhalten, dass aufgrund des Vergleichs keine Partei zum Zurückschneiden der Hecke auf 2.4 Meter verpflichtet wurde (lit. a) und dass der Vergleich auch keine Berechtigung des Klägers vorsah, auf dem Grundstück der Beklagten die Hecke der Beklagten auf 2.4 Meter zurückzuschneiden (lit. b). Abgesehen davon ist der Vergleich auch in Bezug auf die Frage, wann die Hecke zurückzuschneiden ist, nichtssagend; zwar wurde festgelegt, dass die Hecke

"dauernd unter der Schere" zu halten sei, doch scheint sich dies nur auf den "Erstschnitt" zu beziehen, weil nur ein einmaliger Rückschnitt in der Vegetationspause vom 1.11.2015 bis Ende Februar 2016 vorgesehen war. Der Vergleich ist im Ergebnis schlicht nichtssagend und damit unbrauchbar.

4.3. Obwohl aus den dargelegten Gründen von einem unbrauchbaren Vergleich auszugehen ist, macht die Beklagte geltend, die Streitsache sei durch diesen Vergleich rechtskräftig erledigt worden und die Vorinstanz hätte auf die klägerischen Anträge nicht eintreten dürfen (act. 32 Rz. 14 ff., Rz. 19 ff.). Damit wird sinngemäss die Einrede der abgeurteilten Sache erhoben (Art 59 Abs. 2 lit. e ZPO).

a. Ein Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZGB). Da ein Vergleich den Prozess unmittelbar beendet und grundsätzlich kein Rechtsmittel dagegen gegeben ist, wird ein Vergleich sofort *formell rechtskräftig*; dies ist hier nicht weiter von Interesse. Von Interesse ist nur die Frage der *materiellen* Rechtskraft. Die materielle Rechtskraft eines Entscheides bedeutet, dass die gleiche Streitsache zwischen den gleichen Parteien abschliessend entschieden ist und nicht nochmals beurteilt werden darf. Die materielle Rechtskraftwirkung besteht mit anderen Worten zwischen den gleichen Parteien (Identität der Parteien, nachfolgend lit. a) und der gleichen Streitsache (Identität des Streitgegenstandes, nachfolgend lit. b).

b. Zur Identität der Parteien ist Folgendes zu sagen: Der Vergleich vom 30. April 2015 wurde zwischen dem Vater des heutigen Klägers und der Beklagten abgeschlossen. Das vorliegende Verfahren wurde am 13. Dezember 2016 durch Einreichung des Sühnbegehrens beim Friedensrichteramt E._____ ebenfalls durch den Vater des Klägers eingeleitet und damit rechtshängig gemacht (Art. 62 Abs. 1). Damit stehen sich im Zweitprozess die gleichen Parteien wie im Erstprozess gegenüber. Daran ändert der Umstand nichts, dass der Vater des Klägers im Zeitraum zwischen der Einleitung des Sühnverfahrens beim Friedensrichter E._____ (13. Dezember 2016) und der Einreichung der Klage beim Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach (23. August 2017) das Grundstück F._____ -Strasse ... in E._____ seinem Sohn – dem heutigen Kläger – verkaufte, weil dieser in den

hängigen Prozess eingetreten ist (Art. 83 Abs. 1 ZPO). Die Identität der Parteien steht damit ausser Frage. Die Äusserungen der Beklagten zur Frage, wie zu verfahren gewesen wäre, wenn der Kläger nicht in den hängigen Prozess eingetreten wäre (act. 32 Rz. 10 ff., Rz. 29 f.), sind irrelevant, weil ein Parteiwechsel stattgefunden hat.

c. Interessanter ist die Frage der Identität des Streitgegenstandes. Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Identität der Streitgegenstände nach den prozessualen Ansprüchen in den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt (BGE 142 III 210 E.2.1 S. 210 mit Hinweisen). Die Rechtskraftwirkung tritt allerdings nur insoweit ein, wenn im Erstprozess über den geltend gemachten Anspruch (durch Urteil oder Vergleich) entschieden wurde. Inwieweit dies der Fall ist, ergibt sich durch Auslegung (BGE 121 III 474 E. 4a S. 478 mit Hinweisen). Obwohl im Erst- und Zweitprozess grundsätzlich die gleichen Rechtsbegehren gestellt werden, wurde im Erstprozess – wie ausführlich erläutert (E. 4.2) – nicht darüber entschieden, ob die Beklagte verpflichtet oder der Kläger berechtigt ist, die Hecke auf 2.4 Meter zurückzuschneiden; ferner wurde auch der Zeitpunkt des Rückschnitts nicht geregelt. Wenn aber über entscheidende Fragen im Erstprozess nicht entschieden wurde, kann diesbezüglich nicht von einer Rechtskraftwirkung ausgegangen werden. In Bezug auf die Frage, *WER* die Hecke auf 2.4 Meter zurückzuschneiden hat, aber auch *WANN* die Hecke zurückzuschneiden ist, liegt keine abgeurteilte Sache vor.

4.4. Im Vollstreckungsverfahren stellte sich heraus, dass das *Vollstreckungsgericht* die Mangelhaftigkeit des Vollstreckungstitels nicht beheben und den Vergleich nicht vollstrecken kann (Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 18. August 2016 [act. 4/15] und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 26. November 2016 [act. 4/16]). Vielmehr ist das *Sachgericht* zuständig: Handelt es sich beim Vollstreckungstitel um einen Entscheid, kommt eine Erläuterung oder Berichtigung in Frage (Art. 334 ZPO). Wenn es sich beim Vollstreckungstitel hingegen um einen Vergleich handelt, liegt kein "Entscheid" vor, der erläutert oder berichtigt werden könnte (BGE 143 III 520 E. 6.2 S. 523 f. mit Hinweisen). In einem solchen Fall hat das Sachgericht den Vergleich nach

den Regeln der Vertragsauslegung gemäss Art. 18 OR auszulegen (BGE 143 III 564 E. 4.4.1 S. 570 mit zahlreichen Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist die Vorinstanz zutreffend auf diese Weise vorgegangen. Da die entsprechenden Erwägungen nicht angefochten wurden – die Beklagte macht nur geltend, dass der Vergleich vom 30. April 2015 einem rechtskräftigen Urteil entspreche und dass die Vorinstanz nicht befugt sei, einen auslegenden Entscheid zu fällen –, kann zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 34 E. 4.11 und 4.12). So hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass der Vergleich aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen sei, dass die Beklagte verpflichtet sei, die Thujahecke dauerhaft auf der Höhe von 2,4 Metern unter der Schere zu halten; dies ergebe sich daraus, dass der Eigentümer, der seine Eigentumsrechte überschreite, verpflichtet sei, die Schädigung zu beseitigen (Art. 679 Abs. 1 ZGB), diese Pflicht gelte auch in Bezug auf die kantonalen Platzvorschriften (Art. 688 ZGB in Verbindung mit § 169 Abs. 1 EGZGB/ZH).

4.5. Der Vergleich vom 30. April 2015 ist nicht nur auslegungsbedürftig, weil sich daraus nicht ergibt, *WER* die Hecke auf 2.4 Meter zurückschneiden muss, sondern weil auch unklar ist, *WANN* die Hecke zurückzuschneiden ist. Auch diesbezüglich kann zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 34 E. 4.13). Vergeblich beruft sich die Beklagte in diesem Zusammenhang auf § 39 Abs. 5 Nr. 2 des deutschen Bundesnaturschutzgesetzes, wonach ein Heckenschnitt in der Zeit vom 1. März bis 30. September verboten sein soll (act. 34 Rz. 26 f.). Die Beklagte scheint zu übersehen, dass deutsches Recht in der Schweiz nicht anwendbar ist; auf entsprechende Schweizer Bestimmungen beruft sich die Beklagte nicht, und solche sind auch nicht ersichtlich; abgesehen davon wären auch nach der genannten – in der Schweiz nicht massgebenden – deutschen Bestimmung "schonende Form- und Pflegeschnitte zur Beseitigung des Zuwachses der Pflanzen" zulässig. Im Übrigen ist der Hinweis der Beklagten, die Hecke werde "den tiefen Einschnitt in der Saftzeit in den Stamm wahrscheinlich nicht überstehen", eine unzulässige neue Behauptung (Art. 317 ZPO); abgesehen davon ist nicht zu sehen, weshalb es bei ei-

nem "schonenden Form- und Pflegeschnitt" zu einem "tiefen Einschnitt in den Stamm" kommen soll.

4.6. Gegen die Anordnung der Ersatzvornahme (act. 34 E. 5) opponiert die Beklagte nicht, weshalb der angefochtene Entscheid auch insofern zu bestätigen ist.

4.7. Zusammenfassend ist die Berufung unbegründet, soweit überhaupt darauf einzutreten ist, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Da die Berufung abzuweisen ist, soweit auf sie einzutreten ist, wird die Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO).

5.2. Bei einem geschätzten Streitwert von Fr. 20'000.00 ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'200.00 festzusetzen (§§ 4 und 12 GebV OG).

5.3. Die Prozessentschädigung ist unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 20'000.00 auf Fr. 2'000.00 festzusetzen (§§ 4 und 13 Abs. 2 AnwGebV). Eine Vergütung für die Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 25. Januar 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'200.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 20'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. T. Engler

versandt am: