

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP170003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss vom 12. Dezember 2017

in Sachen

A. _____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Stadtgemeinde Zürich,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch B. _____

betreffend **Forderung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 16. Dezember 2016
(FV160050-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, das Gewächs auf dem Grundstück 1 (Verbindung C._____-Gasse/D._____-Gasse) soweit zurückzustutzen, dass selbiges nicht mehr über das Grundstück 2 der Klägerin ragt.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu lasten der Beklagten."

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom
16. Dezember 2016:**

(Urk. 24 = Urk. 29)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 250.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Überschuss wird der Klägerin zurückerstattet.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Beschwerde).

Beschwerdeanträge:

der Klägerin und Beschwerdeführerin (Urk. 28 S. 2):

- "1. Es sei, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides, die Beklagte zu verpflichten, das Gewächs auf dem Grundstück 1 (Verbindung C._____-Gasse/D._____-Gasse) soweit zurückzustutzen, dass selbiges nicht mehr über das Grundstück 2 der Klägerin ragt.

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen (zuzüglich MWSt) zulasten der Beklagten."

der Beklagten und Beschwerdegegnerin (Urk. 42 S. 2):

- "1. Die Beschwerde sei vollständig abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung - Einzelgericht, Geschäfts-Nr. FV160050-L/U, vom 16. Dezember 2016, vollumfänglich zu bestätigen.
2. Dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Beschwerdeführerin."

Erwägungen:

I.

1. Laut Urteil der Vorinstanz ist die Klägerin Eigentümerin des Grundstückes mit der Kataster-Nr. 2 im Zürcher ... [Quartier]. Auf dem Grundstück befinden sich unter anderem unterirdische Parkplätze, welche von deren Mietern über einen Personenwagenlift zu erreichen sind. Die Ausfahrt der Garage bzw. des Lifts führt in Richtung der grün markierten Fläche direkt auf das Grundstück der Beklagten mit der Kataster-Nr. 1:

... [Auszug aus dem Katasterplan]

Zwischen C._____ - und D._____ -Gasse steht schräg gegenüber der Garagenausfahrt auf dem Grundstück der Beklagten ein Baum (Esche), der auf das klägerische Grundstück ragt. Nach Ansicht der Klägerin führt das vom Baum herabfallende Laub immer wieder zur Blockade des Garagenlifts, der über eine im Boden eingelassene Liftschanke verfügt (Urk. 2 S. 3).

2. Am 31. März 2016 reichte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) bei der Vorinstanz unter Beilage der Klagebewilligung vom 15. Januar 2016 die vorliegende Klage mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren ein (Urk. 1 und 2). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf

die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 24 E. I). Mit Urteil vom 16. Dezember 2016 (Urk. 24 = Urk. 29) wies die Vorinstanz die Klage ab.

3. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 25. Januar 2017 innert Frist Beschwerde (Urk. 28). Nachdem die Klägerin den von ihr mit Verfügung vom 30. Januar 2017 einverlangten Kostenvorschuss innert Frist geleistet hatte (Urk. 30 und 31), wurden die Parteien auf den 2. März 2017 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen (vgl. Urk. 34). Anlässlich dieser Verhandlung kamen die Parteien überein, die zur Vermeidung der Blockierung des Personenwagenliftes der Klägerin erforderlichen technischen Abklärungen durch Dritte vornehmen zu lassen und anschliessend aussergerichtliche Vergleichsgespräche führen zu wollen (vgl. Prot. II. S. 5). Aufgrund des von den Parteien übereinstimmend zu Protokoll gegebenen Sistierungsgesuchs (vgl. Prot. II. S. 5) wurde mit Verfügung vom 3. März 2017 das Verfahren bis zum 30. April 2017 sistiert (Urk. 36). Nachdem die Klägerin mit Eingabe vom 5. Mai 2017 (Urk. 37) darum ersucht hatte, die Sistierung bis Ende Juni 2017 zu verlängern, und sich die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) mit der Verlängerung der Sistierung ausdrücklich einverstanden erklärt hatte (vgl. Urk. 38), wurde mit Verfügung vom 10. Mai 2017 (Urk. 39) die Sistierung des Verfahrens bis zum 30. Juni 2017 verlängert. Bis zu diesem Datum ging keine Vereinbarung der Parteien bei der Kammer ein, weshalb der Beklagten mit Verfügung vom 5. Juli 2017 (Urk. 40) Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt wurde. Die Beschwerdeantwort der Beklagten datiert vom 1. September 2017 (Urk. 42) und wurde der Klägerin mit Verfügung vom 6. September 2017 (Urk. 45) zur Kenntnisnahme zugestellt. Die Klägerin erstattete daraufhin eine Stellungnahme datierend vom 12. September 2017 (Urk. 46), welche wiederum der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde. Weitere Eingaben erfolgten nicht.

II.

1. Nachbarschaftsstreitigkeiten der vorliegenden Art sind als zivilrechtliche Angelegenheiten vermögensrechtlicher Natur einzustufen (BGer 5A_804/2010 vom

28. März 2011, E. 1; BGer 5A_23/2008 vom 3. Oktober 2008, E. 1; OGer ZH NP140010 vom 18.05.2016, E. 3.2). Gegen Entscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung ab einem Streitwert von Fr. 10'000.– zulässiges Rechtsmittel (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Parteien gingen anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2016 übereinstimmend von einem Streitwert für den Rückschnitt des streitgegenständlichen Baumes von Fr. 1'000.– aus (Urk. 20 S. 2 und Prot. I. S. 8; vgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.– wird somit vorliegend nicht erreicht. Das von der Klägerin eingereichte Rechtsmittel ist folglich - entsprechend der zutreffenden Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid (Urk. 24, Dispositiv-Ziffer 6) - als Beschwerde entgegenzunehmen.

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen – in der Beschwerde selbst – darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet.

2.2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 3 f.). Entsprechend sind die von der Beklagten im Beschwerdeverfahren erstmals eingereichten Unterlagen (Urk. 44/1-3) sowie ihre daraus abgeleiteten Vorbringen (vgl. Urk. 42 S. 8 ff.) nicht zu berücksichtigen. Ebenso sind die in der Beschwerde vorgebrachten Behauptungen der Klägerin, dass auch im Herbst 2016 mindestens dreizehn Mal zusätzlich vor der Tiefgarage habe gewischt und der von Laub blockierte Autolift am 28. Oktober 2016 von der Firma E. _____ wieder habe flott gemacht werden müssen, aufgrund des Novenverbotes unbeacht-

lich (Urk. 28 S. 6). Es erübrigen sich demnach weitere Ausführungen zur von der Klägerin - für den Bestreitungsfall - offerierten Edition der entsprechenden Arbeitsrapporte und Rechnungen (vgl. Urk. 28 S. 6).

3. Die Klägerin bringt in der Beschwerdebegründung vor, sie habe das Protokoll erst dieser Tage erhalten und festgestellt, dass dieses offensichtlich nicht vollständig sei. Die Vorsitzende habe gefragt, warum auf der Rechnung der F._____ AG von der "Reinigung Seite G._____ -Gasse ... im Vorplatzbereich" die Rede sei und nicht von der D._____ -Gasse (solches habe die Beklagte [recte: die Klägerin] nicht vorgetragen, weshalb dies nur in Anwendung der richterlichen Fragepflicht habe erfolgen können). H._____ als Verwalter der klägerischen Liegenschaft habe sofort erläutert, dass es sich um eine missverständliche Formulierung handle, weil die Zusatzeinsätze sich ganz klar auf die hintere Gebäudeseite bezögen, was nicht protokolliert worden sei (Urk. 28 S. 3). Dies hat indes in den Beschwerdeanträgen, welche den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens abgrenzen (vgl. *OGer ZHRZ140003 vom 25. Juni 2014, E. 2b*), keinen Niederschlag gefunden. Daher ist darauf im Folgenden nicht weiter einzugehen. Ohnehin liegt die Zuständigkeit für die Protokollberichtigung beim Gericht, über dessen Verhandlung Protokoll geführt wurde. Nur dieses Gericht kann aufgrund eigener Wahrnehmung beurteilen, ob das Protokoll korrekt geführt worden ist. Auf ein vor oberer Instanz gestelltes Gesuch um Berichtigung des vorinstanzlichen Protokolls wäre somit mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 41; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 25; ZR 2009 Nr. 50, S. 218). Vorliegend wird im Übrigen weder von der Klägerin behauptet, noch geht aus den Akten hervor, dass eine Protokollberichtigung bei der Vorinstanz angestrengt worden ist. Das Protokoll gilt demnach als richtig, es ist davon auszugehen, dass Vorbringen, die nicht im Protokoll aufgezeichnet sind, nicht erfolgt sind (vgl. *OGer ZH LE120011 vom 30.07.2013, E. IV.4.12.3; OGer ZH LC160019 vom 10.06.2016, E. 4.2.1*).

III.

1. Die Vorinstanz erwog, nach Art. 641 Abs. 2 ZGB habe der Eigentümer einer Sache das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Was unter ungerechtfertigter Einwirkung auf das Eigentum zu verstehen sei, bestimme sich bei benachbarten Grundstücken vor allem nach den Regeln des Nachbarrechts, namentlich nach Art. 679 und Art. 684 ZGB. Entgegen der Klägerin setze daher die Eigentumsfreiheitsklage, wie das Kapprecht nach Art. 687 ZGB, eine Eigentumschädigung voraus. Seien sowohl die Voraussetzungen der Eigentumsfreiheitsklage als auch diejenigen der nachbarrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 679 bzw. Art. 684 ZGB erfüllt, gehe Art. 679 ZGB als *lex specialis* der Anwendung von Art. 641 Abs. 2 ZGB vor. Nach Art. 684 Abs. 1 ZGB sei jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Eine Einwirkung im Sinne dieser Bestimmung liege vor, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Folge einer mit der Grundstücksnutzung zusammenhängenden Verhaltensweise sei, das heisse, wenn zwischen dieser Verhaltensweise und der Immission auf dem betroffenen Grundstück ein adäquater Kausalzusammenhang bestehe. Bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger, das heisst übermässiger, Immission sei die Intensität der Einwirkungen massgebend. Diese beurteile sich nach objektiven Kriterien. Bei dem nach Recht und Billigkeit zu treffenden Entscheid seien nicht bloss Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie der Ortsgebrauch zu berücksichtigen; es sei die individuell-konkrete Interessenlage umfassend zu würdigen. Verboten seien nicht nur schadensverursachende, sondern auch bloss lästige (übermässige) Einwirkungen. Die Beklagte bestreite den durch den angeblichen Laubfall verursachten Zusatzaufwand der Klägerin, respektive, dass ein Monteur "öfters" bzw. der Hauswart "immer wieder" habe einbestellt werden müssen, um die Blockade des Personenwagenliftes der Klägerin zu beseitigen bzw. um den Vorplatz zu säubern. Zudem stelle sie in Abrede, dass der von der Klägerin behauptete Zusatzaufwand in einem Kausalzusammenhang mit dem Laubfall des streitgegenständlichen Baumes stehe. Schliesslich bestreite sie auch die von der Klägerin geltend gemachte Vermoosung ihrer frisch renovierten Gebäudeteile

aufgrund des von ihr behaupteten Schattenwurfes des streitgegenständlichen Baumes. Die Klägerin trage die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung (Art. 8 ZGB). Sie müsse aufzeigen und belegen, dass vom streitgegenständlichen Baum eine Einwirkung auf ihr Grundeigentum ausgehe. Die von der Klägerin behaupteten, angeblich durch den Laubfall des streitgegenständlichen Baumes verursachten Betriebsstörungen ihres Personenwagenliftes könnten grundsätzlich eine (übermässige) Einwirkung auf ihr Grundstück darstellen. Die Klägerin müsse jedoch substantiiert darlegen und nachweisen, wann und wie häufig solche Betriebsstörungen aufgetreten seien. Soweit die Klägerin pauschal ausführe, dass der Monteur "öfters" und der Hauswart "immer wieder" habe ausrücken müssen, seien ihre Vorbringen nicht genügend substantiiert. Nach Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) habe der Vertreter der Klägerin, H._____, präzisiert, der Liftmonteur der Firma E._____ habe im vergangenen Herbst drei bis vier Mal einbestellt werden müssen. Die Einsätze der Firma F._____ AG seien auf der in den Akten liegenden Rechnung (Urk. 3/3) ersichtlich. Die Daten auf der Rechnung entsprächen denjenigen Daten, an denen die Firma F._____ AG wegen einer Liftstörung, die aufgrund eines Laubblattes verursacht worden sei, habe einbestellt werden müssen. Weiter habe der Rechtsvertreter der Klägerin bestätigt, dass die Firma F._____ AG im November 2015 21 Mal in diesem Zusammenhang tätig geworden sei. Die Klägerin habe als Beleg eine Rechnung der F._____ AG ins Recht gelegt. Die in Rechnung gestellten Kosten würden einen "Zusatzauftrag Laub; Reinigung Seite G._____ -Gasse ... im Vorplatzbereich" (Urk. 3/3, Hervorhebung durch die Vorinstanz) beinhalten. Weder der streitgegenständliche Baum noch der Personenwagenlift der Klägerin befänden sich jedoch auf der Seite G._____ -Gasse ... der klägerischen Liegenschaft. Die Rechnung alleine vermöge deshalb nicht nachzuweisen, dass aufgrund des Laubes des streitgegenständlichen Baumes zusätzliche Reinigungen hätten vorgenommen werden müssen. Weitere Beweismittel für die behaupteten Einsätze der F._____ AG und der Firma E._____ hätten weder der Rechtsvertreter der Klägerin noch H._____ offeriert. Damit fehle es bereits an der Voraussetzung einer Einwirkung auf das Grundeigentum der Klägerin. Ob die von der Klägerin behaupteten Störungen ihres Personenwagenlifts überhaupt vom Laub des

Baumes der Beklagten verursacht worden seien und ob die Einwirkung unter Berücksichtigung der weiteren Kriterien wie Lage und Beschaffenheit der Grundstücke sowie Ortsgebrauch als übermässig zu qualifizieren wäre, könne deshalb offen bleiben. Weitere Umstände, welche eine übermässige Einwirkung begründen könnten, mache die Klägerin nicht substantiiert geltend; insbesondere seien die Ausführungen zum behaupteten Schattenwurf und dem Zusatzaufwand der damit verbundenen Vermoosung des Daches zu wenig substantiiert. Die Voraussetzungen von Art. 641 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 684 Abs. 1 i.V.m. Art. 679 ZGB seien somit nicht erfüllt (Urk. 24 E. III.3.2. ff.).

2.1. Die Klägerin bringt beschwerdeweise vor, sie offeriere neben den Zeugen F._____ und H._____ immer noch einen Augenschein an der C._____-Gasse/D._____-Gasse. Gerade dieses Beweismittel sei von der Vorinstanz mit Stillschweigen übergangen worden, weshalb es auch zu falschen Entscheidungsgründen gekommen sei. Sie moniert weiter, die Vorinstanz habe die Klage aus rein formellen Gründen abgewiesen. Der Beweis hätte schon aufgrund der Rechnung der Firma F._____ geführt werden können, da darauf alle ihre Zusatzeinsätze im Herbst 2015 aufgeführt seien. Dass auf der Rechnung die Postadresse der Liegenschaft erscheine, sei eine nachvollziehbare administrative Bezeichnung. Dass mit "Vorplatzbereich" nicht die Seite G._____-Gasse gemeint sein könne, habe erstens schon der Verwalter H._____ anlässlich der Hauptverhandlung erläutert (was im Protokoll nicht erwähnt worden sei) und sei zweitens schon deshalb klar, weil es auf der Seite G._____-Gasse weder Bäume noch eine Garageneinfahrt habe, welche solche Zusatzaufträge hätten rechtfertigen können. Zusätzlich zur Erläuterung des Verwalters sei auch das Zeugnis der rechnungsstellenden Firma offeriert worden. Auch wäre sofort klar geworden, dass sich die Rechnung für diese Zusatzarbeiten nicht auf die Seite G._____-Gasse beziehen könne, wenn die Vorinstanz den (vergeblich) angebotenen Augenschein durchgeführt hätte. Es gebe keinen Grund, weshalb auf der Seite G._____-Gasse ausgerechnet in dieser Zeitperiode solche Zusatzarbeiten erforderlich gewesen sein sollten, seien doch die Herbstmonate, dort wo es keine Garageneinfahrt gebe, nicht problematischer und würden nicht mehr Aufwand erfordern, als alle übrigen Monate des Jahres. Die Vorinstanz stelle an die Beweisofferten höchste Anforderungen, über-

gehe aber das schon mit der Klageschrift offerierte Beweismittel des Augenscheins, welches Unklarheiten bezüglich der Örtlichkeit der Rechnungstellung hätte ausräumen können. Dazu komme, dass die Beklagte ihre Klageantwort erst anlässlich der Hauptverhandlung vorgebracht habe und deshalb noch nicht klar gewesen sei, was alles bestritten werden würde. Im Grundsatz habe sie alle Beweismittel anlässlich der Hauptverhandlung vorgebracht, nur seien die Namen der subalternen Personen, welche für die Firmen E._____, I._____ und F._____ vor Ort gewesen seien, damals nicht bekannt gewesen. Diese Namen seien aber am 20. September 2016 unaufgefordert nachgeliefert worden. Abgesehen davon sei der Verwalter namentlich bekannt gewesen und als Zeuge angeboten, aber nicht in dieser Eigenschaft befragt worden. Er habe Kenntnis von jedem Einsatz und wisse auch um die Ursachen der Störungen Bescheid. Die Klage habe sich auch auf Art. 641 Abs. 2 ZGB gestützt. Gemäss der Lehre sei jede Einwirkung auf eine fremde Sache unzulässig. Dass eine überhängende Baumkrone zusätzlichen Schattenwurf und durch den Laubabwurf zusätzliche Feuchtigkeit auf dem Flachdach der Grenzbaute bedeute, sei gerichtsnotorisch und es sei deshalb unerfindlich, wie dieser Nachteil anlässlich der Hauptverhandlung noch weiter hätte exemplifiziert werden können und müssen, zumal Art. 679 ZGB ausdrücklich auch die Präventivklage zulasse. Ein Schaden müsse also mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten können und dies wäre anlässlich des beantragten Augenscheins angesichts der Umstände (frisch renovierte Fassaden und die komplett erneuerte Bedachung) sofort klar geworden. Insgesamt basiere das Urteil der Vorinstanz nicht nur auf einem unvollständigen Protokoll, sondern auch auf einer überspitzt formalistischen Anwendung der Beweisregeln und der unbegründeten Nichtabnahme mehrerer Beweise [Zeugen F._____ und H._____ sowie Augenschein] (Urk. 28 S. 4 ff.).

2.2. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, bei Sichtung der Akten werde deutlich, dass die Klägerin weder während der Hauptverhandlung noch in ihren weiteren Eingaben zu einer konkreten Fragestellung einen Augenschein offeriert habe. Sie habe dies nur in ihrer Klageschrift vom 31. März 2016 getan, indem sie unter den allgemeinen formellen Hinweisen ausgeführt habe, sie offeriere einen Augenschein an der C._____-Gasse/D._____-Gasse, ohne dass sie diese Bewei-

sofferte nachfolgend immer wiederhole. Dies könne nach den zivilprozessualen Grundsätzen zur Substantiierungspflicht nicht angehen, weshalb der Verzicht der Vorinstanz auf Durchführung eines Augenscheins nicht zu beanstanden sei. Die Klägerin habe sodann lediglich im Rahmen der Hauptverhandlung vor Vorinstanz zwei juristische Personen und H._____ als Zeugen offeriert und verspätet eine Liste von natürlichen Personen nachgereicht. Da als Zeugen nur natürliche Personen gemäss Art. 169 ZPO in Frage kämen und die natürlichen Personen bereits an der Hauptverhandlung hätten genannt werden können, habe die Vorinstanz die Beweisofferte in Bezug auf die F._____ AG richtig gewürdigt, indem sie diesbezüglich auf eine entsprechende Würdigung verzichtet habe. In Bezug auf H._____ hingegen habe sich eine Befragung als Zeuge im Rahmen eines Beweisverfahrens erübrigt, nachdem dieser anlässlich der Hauptverhandlung für die Klägerin vor Vorinstanz erschienen sei und sich zu den tatsächlichen Gegebenheiten ausführlich habe äussern können. Die Rechnung der Firma F._____ AG sei hinsichtlich der in Rechnung gestellten Kosten für einen Zusatzauftrag Laub; Reinigung Seite G._____ -Gasse ... im Vorplatzbereich, bezüglich dieser Bezeichnung "Reinigung Seite G._____ -Gasse ..." verwirrend. Die Behauptung, die Firma F._____ AG hätte aufgrund der Esche an der Kreuzung D._____ -Gasse/C._____ -Gasse ausrücken müssen, sei mit vorliegender Rechnung nicht ausreichend begründet und nachvollziehbar, wie die Vorinstanz festgehalten habe. Urk. 3/3 sei mit dem grundsätzlichen Titel "Unterhaltsreinigung" bezeichnet und führe als Zusatzauftrag "Laub; Reinigung Seite G._____ -Gasse ... im Vorplatzbereich" auf. Von Garage oder Einfahrt sei auf der Rechnung nichts zu finden. Auf der Seite G._____ -Gasse ... existiere ein Vorplatzbereich zwischen den Liegenschaften G._____ -Gasse ... und G._____ -Gasse ..., wie ein Katasterausschnitt der Situation belege. Im Herbst sei auf allen Strassen generell mehr Laub vorhanden, wobei nicht automatisch davon ausgegangen werden könne, dass diese Rechnung nicht für den Vorplatz der G._____ -Gasse gelte. Dazu komme, dass es sich bei Laub um einen leichten Gegenstand handle, welcher mit einem Windstoss in die verschiedenen Gassen getragen werden könne. Ohne dass in der G._____ -Gasse ein Baum stehe, könne in der Herbstzeit ein erhöhter Reinigungsbedarf dieser Gasse bestehen, was als notorisch erachtet werden dürfe. Es

wäre ein Leichtes gewesen, Namen von natürlichen Personen der von der Klägerin als Zeugin angerufenen juristischen Personen im Vorfeld der Hauptverhandlung zu beschaffen, zumal ihre diesbezügliche Verfehlung nicht auf das Ausbleiben der Klageantwort zurückzuführen sei, sondern auf die generell mangelhafte Substantiierung der klägerischen Vorbringen. Mit dem Zurückstutzen der Esche würden die geltend gemachten Betriebsstörungen nicht aufgehoben. Die weiteren Laubbäume, welche sich ein wenig weiter oben in der D.____-Gasse befänden, würden wie die Esche im Herbst zu Laub führen, welches gemäss dem klägerischen Argumentarium im Stande wäre, den Autolift zu blockieren. Die Zurückstutzung der Esche könne die geltend gemachte Schädigung somit nicht beheben. Beim streitgegenständlichen Baum handle es sich sodann um einen zartgliedrigen Wuchs und dieser weise entsprechend lediglich eine sehr leichte Krone auf. Dies führe einerseits zu einem spärlichen Laubfall und andererseits zu einem lichtdurchlässigen Baum, womit nicht mit viel mehr Schatten zu rechnen sei. Das besagte Flachdach in der Altstadt befinde sich an einem dicht besiedelten Ort, weshalb generell mehr Schatten als anderswo vorhanden sei (Urk. 42 S. 4 ff.).

3.1. Vorab kann auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu den Voraussetzungen der Eigentumsfreiheitsklage sowie der Rechtsbehelfe aus Art. 679 bzw. Art. 684 ZGB verwiesen werden (Urk. 24 E. III.3.2). Hervorzuheben bleibt, dass die Vorinstanz auch korrekterweise annahm, die Klägerin trage aufgrund von Art. 8 ZGB die Beweislast für das Vorliegen einer übermässigen Einwirkung des streitgegenständlichen Baumes auf ihr Grundeigentum.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass gestützt auf die Rechnung der F.____ AG (Urk. 3/3) die von der Klägerin aufgrund von Laubbefall behaupteten 21 zusätzlichen Einsätze der F.____ AG im November 2015 und damit eine Einwirkung auf das Grundstück der Beklagten nicht erstellt seien. Damit liess sie die Rechnung vom 2. Dezember 2012 (Urk. 3/3) als Urkundenbeweis im Sinne von Art. 168 lit. b und Art. 177 ZPO zu. Sowohl auf den Erlass einer Beweisverfügung wie auf die Durchführung eines förmlichen Beweisverfahrens verzichtete die Vorinstanz.

Ein Beweisverfahren hat grundsätzlich stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht Beweismittel angeboten hat. Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dazu hat das Gericht vorgängig eine Beweisverfügung zu erlassen, worin es die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und den einzelnen Tatsachenbehauptungen zuzuordnen hat. Es hat insbesondere zu bestimmen, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- und der Gegenbeweis obliegt (Art. 154 ZPO). Dort, wo das Gericht prozessrechtskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen spätestens mit dem Endentscheid zu liefern (*OGer ZH NP160009 vom 30.08.2016, E. II.3.3.; OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5*). Grundsätzlich sind alle prozesskonform beantragten Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (BGer 4A_145/2015 vom 6. Juli 2015, E. 5.4.2). Mit dem angefochtenen Urteil hat die Vorinstanz einen umstrittenen Sachverhaltsumstand, nämlich die von der Klägerin geltend gemachten zusätzlichen Einsätze der F._____ AG im November 2015 aufgrund des Laubes des streitgegenständlichen Baumes, gewürdigt, ohne zuvor eine Beweisverfügung erlassen zu haben. Das ist im ordentlichen und im vereinfachten Verfahren grundsätzlich unzulässig (*OGer ZH NP160009 vom 30.08.2016, E. II.3.3.; OGer ZH LB160009 vom 17.06.2016, E. 3.5*).

Die Klägerin ist der Auffassung, die Vorinstanz habe die Rechnung der F._____ AG vom 2. Dezember 2015 (Urk. 3/3) falsch gewürdigt. Dass die Rechnung nicht die "Seite G._____ -Gasse" betreffe, so die Klägerin, habe entgegen dem Protokoll schon ihr Verwalter anlässlich der Verhandlung dargelegt und sei schon deshalb klar, weil es auf der "Seite G._____ -Gasse" weder Bäume noch eine Garageneinfahrt habe, welche solche Zusatzaufträge hätten rechtfertigen können (Urk. 28 S. 4). Wie es sich damit verhält, kann offen gelassen werden. Unzutreffend ist jedenfalls die vorinstanzliche Auffassung, es seien von der Klägerin keine weiteren Beweismittel für die behaupteten Einsätze der F._____ AG auf dem Garagenvorplatz offeriert worden, was von der Klägerin ebenfalls beanstandet wird

(Urk. 28 S. 5). Die Klägerin führte im Rahmen ihrer Replik an der Hauptverhandlung vom 25. August 2016 Folgendes aus: "Abgesehen davon wird zudem als Beweisofferte die Zeugenbefragung des hier anwesenden Verwalters, H._____, angeboten, welcher auch immer wieder mit dem Problem der Liftblockierung befasst war" (Prot. I. S. 9). Dieses Beweismittel wurde prozessrechtskonform beantragt. Die anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. August 2016 erfolgte Befragung des (anwesenden) Verwalters H.____ (vgl. Prot. I. S. 11 f.) kann nicht mit einer förmlichen Zeugeneinvernahme i.S.v. Art. 169 ff. ZPO nach Ermahnung zur Wahrheit sowie unter Hinweis auf den Inhalt von Art. 307 StGB gleichgestellt werden. Das in der Beschwerdeantwort vorgebrachte Argument der Beklagten, dass sich eine Zeugenbefragung von H.____ erübrigt habe, da dieser sich anlässlich der Hauptverhandlung zu den tatsächlichen Gegebenheiten ausführlich habe äussern können (Urk. 42 S. 5, S. 7), verfängt somit nicht. Dies gilt umso mehr, als H.____ auf Nachfrage der Einzelrichterin bestätigte, die Rechnung der F.____ AG (Urk. 3/3) stehe mit den durch Laubblätter verursachten Liftstörungen im Zusammenhang (Prot. I. S. 11), die Beklagte aber vor Vorinstanz jeglichen Zusatzaufwand bestritt (Prot. I. S. 8, S. 17) und in der Beschwerdeantwort die Beweistauglichkeit der besagten Rechnung nach wie vor bestreitet (Urk. 42 S. 6 f.).

3.2. Soweit die Klägerin im Beschwerdeverfahren beanstandet, die Vorinstanz habe das schon mit der Klageschrift offerierte Beweismittel des Augenscheins übergeben, ist zu bemerken, dass der Beweisführungsanspruch der beweispflichtigen Partei bloss dann einen Anspruch darauf verschafft, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge form- und fristgerecht gestellt worden sind (BGE 133 III 295 E. 7.1). Ein Beweismittel ist nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmungen von Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO (Recht auf Abnahme von Beweismitteln bei "Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen"; BGer 4A_487/2015 vom 6. Januar 2016, E. 5.2; BGer

4A_56/2013 vom 4. Juni 2013, E. 4.4; BK ZPO-Brönnimann, Art. 152 N 23; BK ZPO-Killias, Art. 221 N 29; ZK ZPO-Leuenberger, Art. 221 N 51). Die Vorinstanz war damit nicht gehalten, den Augenschein als Beweismittel abzunehmen, nachdem die Klägerin lediglich im formellen Teil ihrer schriftlichen Klagebegründung vom 31. März 2016 pauschal einen Augenschein als Beweismittel offerierte (Urk. 2 S. 2), es aber in der mündlichen Hauptverhandlung - trotz eines ausdrücklichen Hinweises der Vorderrichterin, dass die Beweismittel den einzelnen Behauptungen zuzuordnen seien (vgl. Prot. I. S. 6) - unterliess, jeweils bei den einzelnen Tatsachenbehauptungen einen entsprechenden Beweisantrag zu stellen (vgl. auch KUKO ZPO-Naegeli, Art. 244 N 7).

Der Vollständigkeit halber kann festgehalten werden, dass der Vorinstanz im Zusammenhang mit diesem nicht formgerecht vorgebrachten Beweismittel der Klägerin keine Verletzung der richterlichen Fragepflicht vorgeworfen werden kann. Zwar gilt im vereinfachten Verfahren die verstärkte Fragepflicht im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO, allerdings darf bei anwaltlicher Vertretung darauf vertraut werden, dass der mandatierte Rechtsvertreter den Prozessstoff sowohl behauptungs- wie auch beweismässig vollständig vorträgt (vgl. BGer 4A_57/2014 vom 8. Mai 2014, E. 1.3.2 mit weiteren Hinweisen; OGer ZH NP160019 vom 07.12.2016, E. II.5; OGer ZH NP150028 vom 05.04.2016, E. II.3.2.3; ZK ZPO-Hauck, Art. 247 N 17). Die richterliche Fragepflicht verlangt insbesondere nicht, dass der Richter im Falle misslungener Beweisführung die beweisbelastete Partei zur Beweisergänzung auffordert (ZR 108 Nr. 25 E. 4.1). Immerhin kann das Gericht einen Augenschein zum besseren Verständnis des Sachverhaltes auch von Amtes wegen durchführen (Art. 181 Abs. 1 ZPO).

3.3. Die Klägerin rügt weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht von der Zeugeninvernahme der subalternen Personen, welche für die Firmen E._____ AG, I._____ AG und F._____ AG persönlich vor Ort gewesen seien, abgesehen.

Auf die vorliegende dingliche Klage kommt aufgrund des unter Fr. 30'000.– liegenden Streitwertes das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Im vereinfachten Verfahren können mangels eines zweiten Schriftenwechsels neue Tatsachen und Beweismittel stets noch zu Beginn der Hauptverhand-

lung unbeschränkt vorgebracht werden (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 229 Abs. 2 ZPO). Danach können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO ins Verfahren eingebracht werden (KUKO ZPO-Fraefel, Art. 247 N 13; BK ZPO-Killias, Art. 247 N 43 ff.). Im Rahmen ihres ersten Parteivortrages und damit zu einem Zeitpunkt, in dem noch unbeschränkt neue Beweismittel vorgebracht werden konnten, erklärte die Klägerin was folgt (Urk. 22 S. 1 und Prot. I. S. 9; vgl. auch die Wiederholung auf Prot. I. S. 10):

"Es ist bestritten, dass weitere, um ein Vielfaches weiter von der Lifttüre entfernte Gewächse erheblich zur Blockierung derselben beitragen. Wenn dem so wäre, wäre das Problem der Liftblockierung bereits früher aufgetreten. Ich kann als Beweisofferte anbieten, die beauftragten Hauswatsdienste als Zeugen zu befragen. Dies ist zum einen die I._____ AG sowie die F._____ AG. Wir wissen nicht genau, welche natürlichen Personen dieser Firmen jeweils vor Ort waren, jedoch könnten diese beiden Firmen Auskunft geben, wer zu welchem Zeitpunkt Dienst hatte oder aufgeboden wurde."

Aus diesen Ausführungen der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung geht eindeutig hervor, dass die Klägerin nicht die jeweiligen juristischen Personen, sondern die bei diesen beschäftigten natürlichen Personen, welche jeweils bei einer Blockierung des klägerischen Liftes vor Ort waren, als Zeugen benennen wollte. Zwar nannte sie diese Personen nicht namentlich, umschrieb aber ausreichend bestimmt, wer genau gemeint war. So wies sie zudem explizit darauf hin, die Namen dieser natürlichen Personen zwar (derzeit) nicht zu kennen, betonte aber, diese könnten bei den entsprechenden Firmen in Erfahrung gebracht werden. Die Beklagte lieferte im Anschluss an die Hauptverhandlung mit Eingabe vom 20. September 2016 (Urk. 23) die Namen der für die F._____ AG tätigen Personen unaufgefordert nach. Insofern handelte es sich bei der Benennung dieser natürlichen Personen im Rahmen der Eingabe vom 20. September 2016 nicht um neue, sondern vielmehr um die Präzisierung der bereits rechtzeitig anlässlich der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge, welchen demnach stattzugeben war. Dass die Klägerin auch die Namen der für sie im Einsatz gestandenen Mitarbeiter der I._____ AG bekannt gegeben hätte, geht weder aus den Akten hervor,

noch wird dies von der Klägerin im Rahmen der Beschwerde vorgebracht, weshalb sich diesbezüglich keine Beweisabnahme aufdrängte.

In Bezug auf die E._____ Aufzüge AG machte die Klägerin im Rahmen der Hauptverhandlung folgende Ausführungen (Prot. I. S. 17 f.):

"Ich möchte - falls dies prozessual noch möglich ist - die Firma E._____ hinsichtlich dieser Fakten und auch betreffend die Monteurarbeiten der Firma E._____ im Zusammenhang mit den Störungen als Zeugen benennen. Diese müsste am besten wissen, was die Ursache der Liftblockade war, wenn von der Beklagten bestritten wird, dass das Laub ursächlich für die Störung gewesen sei. E._____ Aufzüge hat eine Niederlassung in Zürich"

Die Zeugeneigenschaft kommt nur natürlichen Personen zu (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 169 N 2; BK-Rüetschi, Art. 169 N 1), weshalb eine Zeugenbefragung der E._____ Aufzüge AG ohnehin ausgeschlossen ist. Weder machte die Klägerin einen Vorbehalt hinsichtlich noch zu benennenden für die E._____ Aufzüge AG tätigen natürlichen Personen, noch ist die klägerische Bezeichnung im Entferntesten hinreichend präzise, als dass sie klare Rückschlüsse auf gewisse (noch namentlich zu nennende) natürliche Personen zulassen würde. In diesem Sinne handelt es sich bei den erst nach der Hauptverhandlung vom 25. August 2016 in der Eingabe vom 20. September 2016 (Urk. 23) als Zeugen angebotenen zwei Monteuren der Firma E._____ Aufzüge AG um neue und - wie von der Vorinstanz zutreffend festgehalten (vgl. Urk. 24 E. II.3) - mit Blick auf die Novenschanke (vgl. Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 229 Abs. 1 ZPO) verspätete Beweisoffer-ten.

3.4. Indem die Vorinstanz allein gestützt auf die Rechnung der F._____ AG vom 2. Dezember 2012 (Urk. 3/3) jegliche Einwirkung auf das Grundeigentum der Beklagten verneinte (die Frage der Ursache und der Übermässigkeit liess sie offen), verletzte sie den Beweisführungsanspruch der Klägerin (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Dies stellt eine unrichtige Rechtsanwendung dar (Art. 320 lit. a ZPO). Die Beschwerde ist begründet. In ihrer Beschwerde beanstandet die Klägerin zwar die Nichtbeachtung der mit Eingabe vom 20. September 2017 "nachgelieferten Na-

men" (Urk. 28 S. 5). Konkret rügt sie aber lediglich die Nichtbefragung der Zeugen F._____ und H._____ (Urk. 28 S. 3 und S. 7). In der zu erlassenden Beweisverfügung wird die Vorinstanz nebst H._____ daher lediglich F1._____ als Zeuge aufzuführen haben. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruchreif ist. Dementsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und das Verfahren zur Fortsetzung des Verfahrens sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

3.5. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass zwar als notorisch erachtet werden kann, dass eine überhängende Baumkrone grundsätzlich zu zusätzlichem Schattenwurf und infolge Laubabwurfs zu zusätzlicher Feuchtigkeit auf darunterliegenden Gebäudeteilen führen kann, wie dies die Klägerin im Rahmen der Beschwerde vorbringt. Die Klägerin machte vor Vorinstanz jedoch keinerlei Ausführungen dazu, welche von ihren Gebäudeteilen in welchem Ausmass durch den streitgegenständlichen Baum von einem Schattenwurf beziehungsweise - hierdurch verursacht - einer Vermoosung betroffen oder bedroht sind. Ein solcher Schattenwurf beziehungsweise eine dadurch verursachte Vermoosung der klägerischen Gebäudeteile wurde von der Beklagten vor Vorinstanz im Übrigen bestritten (vgl. Prot. I. S. 13 f.). Die Klägerin verwies vor Vorinstanz einzig auf eine von der Beklagten eingereichte Photographie (Urk. 21/5). Was die Klägerin aus dieser Satellitenansicht der klägerischen Liegenschaft in Bezug auf einen durch den streitgegenständlichen Baum verursachten Schattenwurf beziehungsweise eine Vermoosung ihrer Gebäudeteile ableiten will, erhellt nicht, weshalb sie hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Weitere Beweismittel für eine solche Einwirkung des streitgegenständlichen Baumes auf das Grundstück der Klägerin wurden von der Klägerin nicht genannt. Insbesondere unterliess sie es, ein Gutachten zum Schattenwurf beziehungsweise einen Augenschein mit Bezug auf die Örtlichkeiten (vgl. hierzu vorstehend E. III.3.2) zu beantragen. Dass die Vorinstanz die klägerischen Vorbringen zum behaupteten Schattenwurf und zum Zusatzaufwand aufgrund der damit verbundenen Vermoosung von Gebäudeteilen als unsubstantiiert erachtete, ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden.

IV.

1. Zuzolge Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher für das Beschwerdeverfahren zwar Kosten festzusetzen, doch ist der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Entscheid der Vorinstanz nach Massgabe des endgültigen Verfahrensausgangs vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7).
2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 250.– festzusetzen. Es ist weiter vorzumerken, dass die Klägerin für das Rechtsmittelverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 250.– geleistet hat (Urk. 31).

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 16. Dezember 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 250.– festgesetzt.
3. Die Festsetzung der Parteientschädigungen und die Verteilung der Prozesskosten für das Beschwerdeverfahren werden der Vorinstanz überlassen.
Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 250.– geleistet hat.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 12. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
bz