

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht.

**Art. 86 Satz 1, Art. 87 und Art. 90 FlurG; Art. 93a Abs. 1 und Art. 94c EG ZGB; Art. 263, Art. 296 Abs. 1, Art. 297 Ziff. 1 und Art. 302 Abs. 1 ZPO. Grenzabstand von Zierwachholdern; Durchsetzung der Ansprüche des Nachbarn im Befehlsverfahren (OGE 40/2009/11 vom 30. Oktober 2009)**

*Wurde in einem früheren Befehlsverfahren der Anspruch auf Zurückschneiden von Pflanzen nicht materiell geprüft (sondern auf das Gesuch mangels klaren Rechts hinsichtlich der Aktivlegitimation nicht eingetreten), so liegt keine abgeurteilte Sache vor, die einem weiteren, auf einem neuen Sachverhalt beruhenden Befehlsverfahren über dieselben Pflanzenentgegenstände (E. 2d).*

*Zierwacholder der Art *Juniperus chinensis* sind "unter der Schere gehaltene kleinere Gartenbäume und niederes Gesträuch" im Sinn des Flurgesetzes bzw. "kleine Zier- und Nutzbäume, Sträucher sowie Hecken" im Sinn der heutigen Regelung; ihnen gegenüber verjähren die nachbarlichen Ansprüche aus der Unterschreitung des gesetzlichen Mindestabstands nicht (E. 5d und e).*

Die Eheleute A. sind Eigentümer des Grundstücks GB Nr. X., die Eheleute B. Eigentümer des Nachbargrundstücks GB Nr. Y. Als Eigentümer dieser Grundstücke gehören sie sodann zu den Miteigentümern der ihren Liegenschaften entlangführenden Wegparzelle GB Nr. Z. Die Eheleute A. stellten beim Kantonsgericht das Gesuch um Erlass eines richterlichen Befehls gegen die Eheleute B.; sie verlangten, es seien unter anderem drei Zierwacholder auf der Südseite des Wohnhauses der Eheleute B. auf die gesetzliche Maximalhöhe zurückzuschneiden. Eine entsprechende Verfügung der Einzelrichterin des Kantonsgerichts hob das Obergericht auf Rekurs der Eheleute B. hinsichtlich der Zierwacholder auf; es trat insoweit auf das Gesuch der Eheleute A. nicht ein. Diese ersuchten hierauf erneut um Erlass eines richterlichen Befehls mit dem Antrag, die drei Zierwacholder von der Grenze zwischen den beiden Wohngrundstücken der Parteien auf die maximal zulässige Höhe zurückzuschneiden. Die Einzelrichterin des Kantonsgerichts entsprach dem Gesuch und verpflichtete die Eheleute B., die Zierwacholder auf eine Höhe von 2,40 m bzw. 4,40 m und 6,20 m zurückzuschneiden. Einen hiegegen gerichteten Rekurs der Eheleute B. wies das Obergericht ab.

*Aus den Erwägungen:*

2.– Die Rekurrenten erheben in erster Linie die Einrede der abgeurteilten Sache.

a) An die mit einem Erledigungsentscheid getroffenen Feststellungen ist der Richter bei einem späteren Rechtsstreit zwischen den gleichen Parteien oder ihren Rechtsnachfolgern insoweit gebunden, als die Feststellungen im Endentscheid selber (Dispositiv) enthalten sind (Art. 263 ZPO). Aufgrund dieser Bindungswirkung ist eine identische Klage inskünftig ausgeschlossen.<sup>1</sup>

Die Berücksichtigung eines in diesem Sinn materiell rechtskräftigen und damit präjudiziellen Urteils ist – entgegen dem Gesetzeswortlaut (Art. 264 ZPO) – aufgrund des ungeschriebenen, übergeordneten Bundesrechts als negative Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu berücksichtigen.<sup>2</sup> Auf die neue Klage ist gegebenenfalls nicht einzutreten.<sup>3</sup>

b) Die Einzelrichterin hat die Einrede der Rekurrenten verworfen, weil das Obergericht ihren ersten Entscheid bezüglich der drei Zierwacholder aufgehoben und insoweit keinen materiellen Entscheid gefällt habe, sondern auf das Gesuch nicht eingetreten sei. Von einer abgeurteilten Sache könne daher nicht die Rede sein.

Die Rekurrenten machen jedoch geltend, das strittige Gesuch sei mit demjenigen im ersten Verfahren identisch; es gehe um denselben Sachverhalt und dieselben Anträge. Das Obergericht sei damals auf das Gesuch nicht eingetreten, weil hinsichtlich der Aktivlegitimation der Rekursgegner kein klares Recht vorgelegen habe. Die Aktivlegitimation sei eine Sachlegitimation, worüber durch Sachurteil entschieden werde. Beim Nichteintretensentscheid habe es sich also um einen materiellen Entscheid gehandelt, womit sämtliche aktuellen Beseitigungsansprüche der Rekursgegner aus Nachbarrecht im Rahmen eines summarischen Verfahrens rechtskräftig erledigt worden seien. Die materielle Rechtskraft eines Urteils über denselben Streitgegenstand sei als negative Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu berücksichtigen.

c) Die Rekursgegner machen ihren Anspruch wie schon im ersten Verfahren im summarischen Befehlsverfahren geltend. Dieses dient – soweit hier massgeblich – zur schnellen Handhabung klaren Rechts bei nicht streitigen oder sofort feststellbaren tatsächlichen Verhältnissen (Art. 297 Ziff. 1 ZPO).

<sup>1</sup> *Vogel/Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 8 N. 67, S. 227.

<sup>2</sup> OGE vom 13. August 1993 i.S. O., E. 2a, Amtsbericht 1993, S. 69 ff., mit Hinweisen; *Annette Dolge*, Der Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren, Diss. Zürich 2001, S. 166, mit weiteren Hinweisen.

<sup>3</sup> *Dolge*, S. 150.

Das abgekürzte Erkenntnisverfahren zur schnellen Handhabung klaren Rechts dient dazu, bei liquiden Verhältnissen schnell zu einem Sachentscheid zu gelangen, ohne den langwierigen Weg über das ordentliche Verfahren einschlagen zu müssen.<sup>4</sup> Voraussetzung zur Erteilung eines Befehls in diesem Verfahren sind – wie erwähnt – klares Recht einerseits und unstreitiger oder im beschränkten summarischen Beweisverfahren feststellbarer Sachverhalt andererseits. Fehlt es an einen oder andern oder werden Einwendungen erhoben, die nicht als unerheblich oder unzutreffend entkräftet werden können, so ergibt sich Illiquidität, und es kann im summarischen Verfahren auf das Begehren nicht eingetreten werden. Der Kläger hat in diesem Fall den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten (Art. 296 Abs. 1 ZPO).<sup>5</sup>

Hinsichtlich der Rechtskraft steht ein Entscheid im Befehlsverfahren angesichts dessen, dass die Berechtigung in diesem Verfahren nicht nur glaubhaft zu machen ist, demjenigen im ordentlichen Verfahren gleich (Art. 302 Abs. 1 ZPO). Er kann daher nicht in einem ordentlichen Verfahren rückgängig gemacht werden<sup>6</sup> und ist insbesondere auch für ein allfälliges zweites, identisches Befehlsverfahren verbindlich.<sup>7</sup>

d) Nach der von den Rekurrenten zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwachsen grundsätzlich nur Sachurteile in materielle Rechtskraft, Prozessurteile höchstens hinsichtlich der beurteilten Zulässigkeitsfrage. Ein Sachurteil liegt vor, wenn das Gericht sich über die Begründetheit oder Unbegründetheit der Klage ausspricht, wenn der geltend gemachte Anspruch bestandesmässig beurteilt wird. Im Gegensatz zum Prozessurteil beschlägt es nicht die formelle Zulässigkeit, sondern die materielle Begründetheit der Klage. Es stellt fest, ob nach Massgabe des vorgetragenen oder im Beweisverfahren ermittelten Sachverhalts der behauptete Anspruch besteht und gegebenenfalls in welchem Umfang. Ob ein Sachurteil vorliegt, hängt demnach allein davon ab, ob das Gericht die Sachverhaltsvorbringen der Parteien materiellrechtlich würdigte, nicht aber von der Art und Weise der Ermittlung der tatbestandlichen Urteilsgrundlagen.<sup>8</sup>

Ein Nichteintretensentscheid, mit welchem der geltend gemachte Anspruch nicht inhaltlich beurteilt wird, führt demnach nicht zum materiellen Rechtsverlust. Der Kläger kann daher nach einem solchen Entscheid seinen

<sup>4</sup> *Vogel/Spühler*, 12 N. 175, S. 345; *Walder-Richli/Grob-Andermacher*, Zivilprozessrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 37 N. 21, S. 455.

<sup>5</sup> *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 222 N. 11, S. 738, § 226 N. 2 f., S. 751.

<sup>6</sup> *Frank/Sträuli/Messmer*, § 212 N. 2b, S. 657.

<sup>7</sup> Vgl. dagegen Art. 302 Abs. 2 ZPO und generell *Dolge*, S. 356, mit Hinweisen.

<sup>8</sup> BGE 115 II 189 E. 3a und b; vgl. auch *Dolge*, S. 354 f., mit weiteren Hinweisen.

Anspruch erneut vor Gericht bringen, sofern nicht inzwischen eine Klagefrist abgelaufen ist.<sup>9</sup>

Das Obergericht ist im früheren Entscheid auf das Gesuch der Rekursgegner nicht eingetreten, soweit es die drei Zierwacholder betrifft. Hintergrund war der Umstand, dass es letztlich nicht um deren Abstand zur Grenze zwischen den beiden Wohngrundstücken der Parteien ging, sondern um den Abstand zur Grenze zwischen dem Wohngrundstück der Rekurrenten und der angrenzenden Wegparzelle. Das Obergericht verneinte klares Recht hinsichtlich der Aktivlegitimation der gesuchstellenden Rekursgegner, weil nicht nur diese, sondern unter anderem auch die ins Recht gefassten Rekurrenten Miteigentümer des belasteten Grundstücks sind.<sup>10</sup> Einem Nichteintretensentscheid wegen Illiquidität kommt aber keine materielle Rechtskraft zu.<sup>11</sup> Entgegen der Auffassung der Rekurrenten hat das Obergericht die Sachlegitimation der Rekursgegner als materiellrechtliche Anspruchsgrundlage jedenfalls nicht bestandsmässig beurteilt. Vielmehr ist offengeblieben, ob die Aktivlegitimation bei näherer rechtlicher Prüfung effektiv gegeben sei oder nicht. Im Übrigen ging es dabei nur um die Legitimation der Rekursgegner im Zusammenhang mit der Wegparzelle. Nicht angesprochen und damit insbesondere auch nicht in Frage gestellt wurde ihre im vorliegenden Verfahren massgebliche Legitimation als Eigentümer ihres Wohngrundstücks.

Das Obergericht hat zwar in der fraglichen Erwägung auch erklärt, die Rekursgegner hätten "nicht, jedenfalls nicht substantiiert" behauptet, dass die drei Zierwacholder auch aufgrund ihres Abstands zur Grenze zwischen den beiden Wohngrundstücken der Parteien zu hoch seien, weshalb dies nicht zu prüfen sei. Aus dieser Formulierung kann jedoch nicht abgeleitet werden, das Obergericht habe den Anspruch der Rekursgegner insoweit materiell beurteilt und mangels genügender Substantiierung verneint. Vielmehr hat es lediglich den zu beurteilenden Sachverhalt bzw. Lebensvorgang entsprechend eingegrenzt.<sup>12</sup> Dies, nachdem schon die Einzelrichterin weder den Abstand der Zierwacholder zur gemeinsamen Grenze zwischen den Wohngrundstücken festgestellt noch in ihrem Endentscheid eine darauf bezogene Anordnung getroffen hatte. Auch wenn die Rekursgegner dennoch diesen Abstand gemeint haben sollten, stand demnach im ersten Verfahren als tatbeständliche Anspruchsgrundlage letztlich nur der Abstand der Wacholder zur Wegparzelle zur Diskussion. Daher kann nicht gesagt werden, hinsichtlich des Abstands

<sup>9</sup> *Dolge*, S. 356, mit Hinweisen.

<sup>10</sup> OGE 40/2008/19 vom 7. November 2008, E. 6b.

<sup>11</sup> *Frank/Sträuli/Messmer*, § 212 N. 2b, S. 657, § 226 N. 4a, S. 751 f.

<sup>12</sup> Vgl. zur vorherrschenden Theorie des Lebensvorgangs zur Prüfung, ob der neue Streitgegenstand identisch sei, *Vogel/Spühler*, 8 N. 16 ff., S. 215.

zur Grenze zwischen den Wohngrundstücken liege eine abgeurteilte Sache vor. Eine entsprechende Feststellung hat sich denn auch nicht etwa im Dispositiv des früheren Obergerichtsentscheids niedergeschlagen. Somit gibt es auch insoweit keinen materiell rechtskräftigen Entscheid im Sinn von Art. 263 ZPO.

Der seinerzeitige Nichteintretensentscheid war demnach ein sogenanntes Prozessurteil. Er kann nicht als Sachurteil umgedeutet werden und steht daher dem neuen Gesuch grundsätzlich nicht entgegen.

e) Die Einzelrichterin hat somit die Einrede der abgeurteilten Sache zu Recht verworfen.

3.– ...

4.– ...

5.– Materiell ist die Klassifizierung der drei Zierwacholder strittig.

a) Die Rekursgegner berufen sich auf die Abstandsvorschriften des kantonalen Privatrechts. Sie machen geltend, die drei Wacholder gehörten zu den kleinen Zierbäumen bzw. nach früherem Recht zur Kategorie der unter der Schere gehaltenen kleineren Gartenbäume und des niederen Gesträuchs, jedenfalls aber nicht zu den grossen Zierbäumen. Der Anspruch auf Wiederherstellung des gesetzlichen Zustands sei daher nicht verjährt. Die Einzelrichterin ist dieser Auffassung in der angefochtenen Verfügung gefolgt.

Die Rekurrenten machen dagegen geltend, es handle sich nicht, jedenfalls nicht klarerweise um kleine Zierbäume bzw. um kleinere Gartenbäume und niederes Gesträuch, sondern vom Habitus her um grosse Zierbäume. Die Pflanzen seien weder dazu bestimmt noch geeignet, unter der Schere gehalten zu werden. Der Wiederherstellungsanspruch der Rekursgegner sei somit verjährt.

b) Damit die Sache im Befehlsverfahren beurteilt werden kann, müssen – wie erwähnt<sup>13</sup> – liquide Verhältnisse gegeben sein, insbesondere auch klares Recht.

Klares Recht im Sinn von Art. 297 Ziff. 1 ZPO liegt vor, wenn eine im Rahmen bewährter Auslegung sich bewegende Interpretation den Sinn eines Rechtssatzes oder Rechtsbegriffs deutlich ergibt. Auch wenn die genaue Bedeutung einer Gesetzesbestimmung dem Wortlaut nicht entnommen werden

<sup>13</sup> Oben, E. 2c.

kann, kann sie doch klar sein im Hinblick auf den Sinn, der ihr nach bewährter Lehre und Überlieferung beigelegt wird.<sup>14</sup>

c) Die fraglichen Pflanzen wurden in zeitlichem Kontext mit dem Bau der Liegenschaft um 1989 gesetzt. Damals waren die Grenzabstände für Anpflanzungen im kantonalen Flurgesetz geregelt.<sup>15</sup>

Gemäss Art. 86 Satz 1 FlurG durften Waldbäume oder grosse Zierbäume, z.B. Pappeln, ferner Nussbäume, gegen den Willen des Nachbarn nicht näher als 7,5 m von der Grenze des nachbarlichen Grundstücks, andere sogenannte zahme Obstbäume nicht näher als 3,6 m von derselben gepflanzt werden. Die Klage wegen Beeinträchtigung des Nachbarrechts im Sinn von Art. 86 FlurG verjährte nach fünf Jahren seit der Pflanzung des näher stehenden Baums (Art. 87 FlurG). Unter der Schere gehaltene kleinere Gartenbäume und niederes Gesträuch wurden gemäss Art. 90 FlurG von der Beschränkung des Art. 86 FlurG nicht betroffen (Abs. 1). Sie durften aber nicht näher an der Grenze gehalten werden, als die Hälfte ihrer Höhe betrug, und jedenfalls nicht weniger als 60 cm von derselben entfernt (Abs. 2).

Seit 1. Januar 1996 sind die Grenzabstände im Einführungsgesetz zum ZGB geregelt.<sup>16</sup> Gemäss Art. 93a Abs. 1 EG ZGB beträgt der Mindestabstand von der Grenze für neue Anpflanzungen bei Waldbäumen 7,5 m (Ziff. 1), bei grossen Zierbäumen 7,5 m (Ziff. 2), bei Nussbäumen 7,5 m (Ziff. 3), bei hochstämmigen Obstbäumen 3,5 m (Ziff. 4), bei kleinen Zier- und Nutzbäumen, Sträuchern sowie Hecken die Hälfte ihrer Höhe, mindestens aber 0,6 m (Ziff. 5). Nach Art. 94c EG ZGB verjähren Ansprüche aus der Unterschreitung von gesetzlichen Mindestabständen fünf Jahre nach Anpflanzung eines Baums gemäss Art. 93a Abs. 1 Ziff. 1–4 EG ZGB (Abs. 1). Der Anspruch auf das Zurückschneiden von kleinen Zier- und Nutzbäumen, Sträuchern sowie Hecken gemäss Art. 93a Abs. 1 Ziff. 5 EG ZGB verjährt nicht (Abs. 2).

Die Gesetzesänderung vom 7. November 1994 enthielt keine übergangsrechtlichen Bestimmungen. Daraus, dass gemäss Art. 93a Abs. 1 EG ZGB der darin geregelte Grenzabstand für "neue Anpflanzungen" gilt, ist jedoch abzuleiten, dass die beim Inkrafttreten der neuen Regelung bereits vorhandenen

<sup>14</sup> *Max Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 158, Anm. 15.

<sup>15</sup> Flurgesetz vom 10. März 1880 (FlurG). Vgl. für die Zeit nach Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) die Regelungsbefugnis von Art. 688 ZGB.

<sup>16</sup> Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27. Juni 1911 (EG ZGB, SHR 210.100), revidiert mit dem Gesetz über die Neuordnung des Flurwesens vom 7. November 1994 (ABl 1995, S. 1213 ff.).

Pflanzen dem alten Recht unterstehen.<sup>17</sup> Das gilt grundsätzlich auch für die rechtliche Beurteilung allfälliger erst später veränderter Verhältnisse. Auch wenn beispielsweise – als Folge des Wachstums – eine Pflanze erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts die zulässige Höhe im Verhältnis zum Grenzabstand überschreitet, ändert dies nichts am Umstand, dass es sich nicht um eine neue Anpflanzung handelt.

Die Frage des anwendbaren Rechts ist allerdings insoweit nicht entscheidend, als die neue Regelung an die frühere anknüpft. Der Regierungsrat hat seinerzeit darauf hingewiesen, dass die Grenzabstände für grössere Bäume des neuen Rechts "im wesentlichen" der bisherigen Regelung entsprechen.<sup>18</sup> Der zulässige Grenzabstand der Pflanzen, bezüglich derer der Anspruch auf Zurückschneiden nicht verjährt (was altrechtlich durch Umkehrschluss aus Art. 87 FlurG hervorgeht), ist im alten und im neuen Recht jedenfalls gleich geregelt (Art. 90 Abs. 2 FlurG; Art. 93a Abs. 1 Ziff. 5 EG ZGB). Ob und gegebenenfalls inwieweit sich die altrechtlichen Normen – soweit hier massgeblich – auch sonst inhaltlich mit den heute geltenden Bestimmungen effektiv decken, ist nötigenfalls näher zu prüfen.<sup>19</sup>

d) Die drei Zierwacholder haben nach unwidersprochener Angabe der Rekursgegner vor Kantonsgericht einen Abstand von 1,2 m, 2,2 m und 3,1 m von der gemeinsamen Grenze zwischen den Wohngrundstücken der Parteien. Wären sie als grosse Zierbäume zu betrachten, hielten sie somit den gesetzlichen Grenzabstand von 7,5 m nicht ein; Ansprüche der Nachbarn aus Unterschreitung des Grenzabstands wären jedoch verjährt. Wären die Wacholder dagegen als kleine Zierbäume bzw. als unter der Schere gehaltene kleinere Gartenbäume oder niederes Gesträuch zu betrachten, so bestünde nach wie vor ein nicht verjährender Anspruch der Nachbarn darauf, dass sie auf die gesetzliche Höchsthöhe zurückgeschnitten würden. Es ist daher entscheidend, unter welche Kategorie die Wacholder fallen.

Das Gesetz äussert sich zu dieser Abgrenzung nicht näher; insbesondere nennt es keine Maximalhöhe für die Zuordnung zu den kleineren Zier- bzw. Gartenbäumen. Nach der Rechtsprechung des Obergerichts kommt in diesem Zusammenhang generell der Höhe bzw. dem Grössenwachstum der Pflanzen entscheidende Bedeutung zu.<sup>20</sup> Daraus, dass die grossen Zierbäume mit Wald-

<sup>17</sup> *Lukas Roos*, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002, S. 233 f., mit Hinweisen.

<sup>18</sup> Vorlage vom 22. März 1994 betreffend die Neuordnung des Flurwesens, S. 14 (Amtsdruckschrift 3989).

<sup>19</sup> Vgl. unten, E. 5e.

<sup>20</sup> OGE vom 25. Juli 1986, E. 3 (Leitsatz veröffentlicht im Amtsbericht 1986, S. 89). Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde abgewiesen (BGE P 1244/1986 vom

bäumen gleichgestellt und als Beispiel dafür die Pappeln genannt werden, ergibt sich, dass darunter nur wirklich hoch wachsende, in ihrer Erscheinung mit Waldbäumen und Pappeln vergleichbare Bäume fallen.<sup>21</sup> Zierbäume mit einer Höhe von höchstens 10–15 m gelten dagegen nach Lehre und Rechtsprechung in der Regel noch als "klein", d.h. kleiner als die erwähnten hoch wachsenden Bäume, liegt dies doch deutlich unter der Höhe, welche Wald- oder grosse Zierbäume erreichen können.<sup>22</sup> Dementsprechend hat das Obergericht in seiner bisherigen Praxis beispielsweise eine Thuja mit einer möglichen Höhe bis 15 m sowie Scheinzypressen mit einer aktuellen Höhe von 7–8 m und einem möglichen Höhenwachstum von 14–15 m nicht zu den grossen Zierbäumen gerechnet, sondern als kleinere Gartenbäume qualifiziert.<sup>23</sup>

Im ersten Verfahren schätzte die Einzelrichterin die Höhe der drei Wacholder auf jeweils ca. 8–10 m. Die Rekurrenten schätzten dagegen die Höhe auf nur 6–8 m. Im vorliegenden Verfahren machen die Rekurrenten geltend, die drei mittlerweile 20 Jahre alten Pflanzen seien zwischen 10 und 11 m hoch; bei einem durchschnittlichen Lebensalter von 60–80 Jahren dürften sie ohne Einschränkung des natürlichen Wachstums eine Höhe von rund 15 m erreichen. Auch mit dieser Höhe fallen sie aber nach der erwähnten Praxis grundsätzlich noch unter die kleinen, nicht unter die grossen Zierbäume.

Nach Auffassung der Rekurrenten hat das Obergericht für diese Praxis<sup>24</sup> nicht repräsentativ viele Fundstellen angegeben. Sie machen geltend, kleinere Zierbäume würden in der Regel nicht höher als 8 m; grosse Zierbäume würden dagegen, je nach Standort, 8–15 m hoch. Soweit sie dabei selber auf Fundstellen hinweisen<sup>25</sup>, ist allerdings zu beachten, dass dort speziell das Zürcher Recht angesprochen wird. Dieses unterscheidet sich jedoch vom Schaffhauser Recht. So müssen kleinere Zierbäume im Kanton Zürich bis auf die Entfernung von 4 m – also nicht generell – so unter der Schere gehalten werden, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte ihrer Entfernung beträgt (§ 169

28. November 1986). Vgl. zur hauptsächlichen Bedeutung der Grösse (als entscheidendem Faktor für die Intensität von Immissionen auf das Grundstück) auch *Roos*, S. 145.

<sup>21</sup> Vgl. als weitere Beispiele grosser Zierbäume die in § 170 Abs. 1 Satz 1 des zürcherischen Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911 (EG ZGB/ZH, LS 230) ausdrücklich erwähnten Kastanienbäume und Platanen.

<sup>22</sup> Vgl. im Einzelnen *Roos*, S. 158 ff., mit diversen Hinweisen und Beispielen.

<sup>23</sup> OGE vom 25. Juli 1986, E. 6a und d; vgl. dazu auch BGE P 1244/1986 vom 28. November 1986, E. 2b (vgl. Anm. 20).

<sup>24</sup> Vgl. schon OGE 40/2008/19 vom 7. November 2008, E. 6c.

<sup>25</sup> Nämlich auf *Alfred Lindenmann*, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, 4. A., Baden 1988, S. 42 f., und die von *JardinSuisse* herausgegebene Broschüre "Bäume und Sträucher im Nachbarrecht", 2. A., Zürich 2007, S. 36.

Abs. 2 EG ZGB/ZH). Für kleinere, nicht unter der Schere zu haltende Zierbäume gilt sodann zum vornherein ein Grenzabstand von 4 m (§ 170 Abs. 1 Satz 1 EG ZGB/ZH). Damit mag in der Tat für den Kanton Zürich eine Grenze von 8 m zwischen kleinen und grossen Zierbäumen indiziert werden, nämlich das Doppelte der Entfernung von 4 m, bis zu welcher die kleineren Zierbäume unter der Schere zu halten sind bzw. ab welcher sie andernfalls überhaupt angepflanzt werden dürfen. Bei den allgemeinen Definitionen erklärt jedoch die von den Rekurrenten beigezogene Broschüre abweichend davon, kleine Zierbäume würden typischerweise zwischen 5 und 10 m hoch.<sup>26</sup> Während diese Broschüre aber keine Fundstellen angibt, würdigt das vom Obergericht berücksichtigte Werk die einschlägige Praxis umfassend und kantonsübergreifend. Es besteht daher kein Anlass, die daraus abgeleitete Faustregel, dass Zierbäume mit einer Höhe bis 10–15 m grundsätzlich noch als "klein" zu gelten haben, für den Kanton Schaffhausen in Frage zu stellen.

Als Beispiel für einen kleinen Zierbaum wird dabei ausdrücklich auch der Wacholder der Art *Juniperus virginiana* genannt.<sup>27</sup> In der von den Rekurrenten beigezogenen Broschüre wird sodann keine einzige Wacholderart bei den grossen Zierbäumen aufgeführt. Die Wacholderart *Juniperus chinensis* (mit einer angegebenen Höhe von 8–10 m) wird zu den kleinen Zierbäumen gerechnet. Die spezielle Sorte<sup>28</sup> *Juniperus chinensis* "Monarch", um welche es sich hier offenbar handelt, wird gar unter den Sträuchern eingereiht.<sup>29</sup> Im vorliegenden Fall kann allerdings nicht unbesehen von den Literaturangaben ausgegangen werden, wonach diese Sorte eine Höhe von 3–5 m erreiche.<sup>30</sup> Auch mit ihrer Höhe von höchstens 10–11 m<sup>31</sup> und ihrem Habitus als Bäume sind aber die strittigen Pflanzen nach dem Gesagten wenn auch nicht als "niederes Gesträuch", so doch grundsätzlich noch als kleinere Garten- bzw. Zierbäume zu betrachten, insbesondere auch nach der Klassifizierung der grundlegenden Wacholderart als solcher in der von den Rekurrenten beigezogenen Broschüre. Zwar soll es sich nach flurpolizeilicher Beurteilung vom 23. März 2007 um einen grossen Zierbaum handeln. Das wird aber ausdrücklich und ausschliesslich von der aktuellen Höhe abgeleitet (damals ca. 6–7 m). Der Klassifizierung liegen somit keine spezifischen botanischen

<sup>26</sup> Broschüre "Bäume und Sträucher im Nachbarrecht" (Anm. 25), S. 32; vgl. auch die Pflanzenliste, S. 41 ff.

<sup>27</sup> *Roos*, S. 159.

<sup>28</sup> Vgl. zur Benennung von Sorten als Kulturvarietät einer Pflanzenart *Roos*, S. 147.

<sup>29</sup> Broschüre "Bäume und Sträucher im Nachbarrecht" (Anm. 25), S. 57.

<sup>30</sup> Vgl. Beurteilung ... vom 23. März 2007; Broschüre "Bäume und Sträucher im Nachbarrecht" (Anm. 25), S. 57.

<sup>31</sup> Ohne konkrete Messung im erstinstanzlichen Verfahren ist zugunsten der Rekurrenten von ihrer Angabe auszugehen. ...

Überlegungen zugrunde. In einer Beurteilung vom 23. November 2006 war im Übrigen noch keine Rede von grossen Zierbäumen. Daher besteht kein Grund, die strittigen Pflanzen rechtlich nicht als kleine Zierbäume zu betrachten.

e) Zu prüfen bleibt, ob zur Klassifizierung als "unter der Schere gehaltene kleinere Gartenbäume" gemäss Art. 90 FlurG weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssten.

Das Flurgesetz kannte neben den unter der Schere gehaltenen kleineren Gartenbäumen nicht auch eine Kategorie der nicht unter der Schere gehaltenen kleineren Gartenbäume.<sup>32</sup> Angesichts der insoweit unvollständigen Regelung rechtfertigte es sich, kleinere Garten- bzw. Zierbäume im Zweifel generell unter die im Gesetz allein vorgesehene Kategorie der unter der Schere gehaltenen kleineren Gartenbäume zu subsumieren.<sup>33</sup> Zur Abgrenzung gegenüber den grossen Zierbäumen hatte daher die Schnitteignung im Verhältnis zum Grössenwachstum keine eigenständige, überragende Bedeutung. Das neue Recht kennt überhaupt nur noch kleine Zierbäume; es unterscheidet nicht danach, ob sie unter der Schere zu halten seien oder nicht (Art. 93a Abs. 1 Ziff. 5 EG ZGB). Der Gesetzgeber ist demnach davon ausgegangen, dass letztlich allein die Höhe massgebend sei und alle kleinen Zierbäume nötigenfalls auf die zulässige Höhe zurückzuschneiden seien (vgl. Art. 94c Abs. 2 EG ZGB), auch wenn sie an sich nicht geeignet sind, unter der Schere gehalten zu werden. Bei der Vorbereitung der Gesetzesrevision hatte im Übrigen der Regierungsrat erklärt, ein ausdrücklicher Verweis, dass kleinere Zierbäume etc. unter der Schere zu halten seien, könne im neuen Recht entfallen, bestimme sich doch der zulässige Mindestabstand "wie bisher" nach der tatsächlichen Höhe, die als einzige Grösse im Streitfall problemlos festgestellt werden könne.<sup>34</sup> Nach der erwähnten Rechtsprechung des Obergerichts<sup>35</sup> war in der Tat unter der Geltung des früheren Rechts die Schnitteignung der Pflanzen deren Höhe jedenfalls untergeordnet.

Die im Ergebnis auch von den Rekurrenten aufgegriffene Auffassung der Einzelrichterin, wonach massgeblich darauf abzustellen sei, ob sich ein Gewächs dazu eigne, bei einer bestimmten Grösse unter der Schere gehalten zu

<sup>32</sup> Vgl. dagegen beispielsweise das Zürcher Recht, das neben den unter der Schere zu haltenden kleineren Zierbäumen (§ 169 EG ZGB/ZH) auch die Kategorie der kleineren, nicht unter der Schere zu haltenden Zierbäume kennt, die in der gleichen Bestimmung geregelt werden wie die grossen Zierbäume (§ 170 Abs. 1 EG ZGB/ZH).

<sup>33</sup> Im BGE P 1244/1986 vom 28. November 1986, E. 2b (vgl. Anm. 20), wurde dies als "zumindest vertretbar" betrachtet.

<sup>34</sup> Vorlage vom 22. März 1994 (Anm. 18), S. 14.

<sup>35</sup> Vgl. oben, E. 5d mit Anm. 20.

werden, ist demnach zumindest zu relativieren. Auch nach Auffassung der Einzelrichterin ist im Übrigen für die Schnitteignung nicht die aktuelle Erscheinung einer Pflanze massgebend, sondern die Frage, ob es grundsätzlich möglich sei, sie auf einer Höhe von nur wenigen Metern unter Belassung ihrer Charakteristika zu kultivieren; der Umstand, dass dies im Einzelfall nicht gemacht worden sei und die fraglichen Bäume durch einen Rückschnitt ihre Zierde verlören, ändere daran nichts. Dem ist – soweit diese Frage überhaupt massgebend ist – mit Blick auf die untergeordnete Bedeutung der Schnitteignung beizupflichten. Schneidet demnach der Eigentümer eine Pflanze nicht rechtzeitig zurück, um so die gesetzliche Maximalhöhe einhalten zu können, so trägt er das Risiko, dass sie bei einem späteren Rückschnitt Schaden erleidet.<sup>36</sup>

Dem Hinweis der Einzelrichterin, dass die Kultivierung der betroffenen Bäume auf einem tieferen Niveau zu einem früheren Zeitpunkt ohne weiteres möglich gewesen wäre, widersprechen die Rekurrenten im Übrigen nicht, jedenfalls nicht konkret. Sie machen lediglich geltend, ein Schnitt sei aufgrund der äusseren Faktoren nicht notwendig und wäre in einer früheren Vegetationsphase nicht geeignet gewesen, um den spezifischen Habitus zu erhalten; später wäre er auch wegen der dicken Stammbildung und dem äusseren Erscheinungsbild nicht mehr möglich gewesen. Die Rekurrenten behaupten demnach nicht, ein Schnitt wäre auch früher geradezu unmöglich gewesen. In der von ihnen beigezogenen Broschüre wird denn auch die Wacholderart *Juniperus chinensis* als unter der Schere zu halten qualifiziert. Bei der Definition dieser Kategorie wird sodann darauf hingewiesen, dass darunter nicht der regelmässige Schnitt zu verstehen sei, welcher für den Baum selber und dessen Gedeihen und Wachsen angezeigt sei, sondern ein Schnitt, der aufgrund äusserer Faktoren notwendig sei. Bei diesen Faktoren könne es sich um gesetzliche Bestimmungen handeln, welche zwar nicht die Beseitigung des Baums, wohl aber einen Schnitt verlangen. Eine Pflicht zum "unter Schnitt halten" bestehe immer dann, wenn für die fragliche Kategorie im Gesetz eine Maximalhöhe vorgeschrieben sei. Im Gegensatz zum jährlichen Unterhaltschnitt könne ein "unter Schnitt halten" auch dazu führen, dass die betreffende Pflanze Schaden erleide.<sup>37</sup> Als massgebend wird demnach auch hier nicht die Schnitteignung als solche betrachtet. Vielmehr wird von einer Pflicht zum Zurückschneiden ausgegangen, die sich – auch unter dem Risiko einer Schädigung der Pflanze – den gesetzlichen Vorgaben über die Pflanzenhöhe unterzuordnen hat.

<sup>36</sup> *Roos*, S. 211.

<sup>37</sup> Broschüre "Bäume und Sträucher im Nachbarrecht" (Anm. 25), S. 33, 57.

Auch wenn daher die strittigen Zierwacholder im Grundsatz nicht dazu bestimmt oder geeignet sein sollten, unter der Schere gehalten zu werden, ändert dies nichts an ihrer Klassifizierung als kleinere Garten- bzw. Zierbäume, welche die gesetzliche Maximalhöhe in Relation zum Grenzabstand einzuhalten haben und gegebenenfalls auf das zulässige Mass zurückzuschneiden sind. Der Rückschnitt kann insbesondere auch dann verlangt werden, wenn die Pflanzen dadurch Schaden erleiden oder absterben sollten.<sup>38</sup> Dieses Fazit der Auslegung der fraglichen Bestimmungen – das aus dem Vorrang des Grössenwachstums und der untergeordneten Bedeutung der Schmitteignung sowie der mangelnden Vergleichbarkeit der Zierwacholder in ihrer konkreten Erscheinung mit Waldbäumen und Pappeln folgt – ist hinreichend klar im Sinn von Art. 297 Ziff. 1 ZPO.

f) Der Anspruch der Rekursgegner auf Rückschnitt der strittigen Pflanzen ist unverjährbar (Umkehrschluss aus Art. 87 FlurG; vgl. heute Art. 94c Abs. 2 EG ZGB).

Vor Kantonsgericht haben die Rekurrenten noch geltend gemacht, das Gesuch der Rekursgegner verstosse angesichts deren bald jahrzehntelanger Duldung gegen Treu und Glauben. Daran halten sie im Rekursverfahren nicht mehr fest. Das Obergericht hatte denn auch schon im ersten Verfahren darauf hingewiesen, dass der geltend gemachte Zeitablauf für sich allein gesehen keinen Rechtsmissbrauch zu begründen vermöge, da andernfalls die Unverjährbarkeit des Anspruchs ausgehöhlt würde.<sup>39</sup> Das gilt nach wie vor.

g) Die Einzelrichterin hat demnach den angefochtenen Befehl zu Recht erlassen. Der Rekurs erweist sich damit als unbegründet; er ist abzuweisen.

<sup>38</sup> *Roos*, S. 211, mit Hinweis.

<sup>39</sup> OGE 40/2008/19 vom 7. November 2008, E. 6d.