

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

**Art. 2 Abs. 2 und Art. 688 ZGB; Art. 86 Satz 1, Art. 87 und Art. 90 FlurG; Art. 93a Abs. 1 und Art. 94c EG ZGB; Art. 216, Art. 253, Art. 295 Abs. 1, Art. 296 Abs. 1, Art. 297 Ziff. 1 und Art. 298 lit. b Ziff. 1 ZPO. Grenzabstand von Pflanzen; Verjährung der nachbarlichen Ansprüche; Durchsetzung der Ansprüche im Befehlsverfahren (OGE 40/2008/19 vom 7. November 2008)**

*Der Augenschein kann auch im beschränkten Beweisverfahren des summarischen Befehlsverfahrens durchgeführt werden; dazu bedarf es keines Parteiantrags (E. 4).*

*Pflanzen, die im Geltungszeitraum des inzwischen aufgehobenen Flurgesetzes angepflanzt wurden, unterstehen bezüglich Grenzabstand dem alten Recht. Das ist aber insoweit nicht entscheidend, als die neue Regelung an die frühere anknüpft (E. 6a).*

*Es besteht kein klares Recht, dass ein einzelner Miteigentümer eines Grundstücks die Beseitigung oder das Zurückschneiden von Pflanzen im Unterabstand verlangen kann, wenn der Eigentümer des bepflanzen Nachbargrundstücks ebenfalls Miteigentümer des von der Grenzverletzung betroffenen Grundstücks ist (E. 6b).*

*Japanischer Goldahorn, Flieder und Zierkirsche 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. 6c). Der Umstand als solcher, dass der Nachbar seine Ansprüche erst nach langer Zeit geltend macht, begründet keinen Rechtsmissbrauch (E. 6d).*

*Das Gericht kann im Befehlsverfahren die gesetzlich vorgesehenen Sanktionen (z.B. Ersatzvornahme) von Amts wegen, auch ohne Parteiantrag androhen (E. 6e).*

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 sämtliche an der Grundstücksgrenze

ihrer Liegenschaften befindlichen kleinen Zierbäume bzw. Hecke (drei Zierwacholder) und Sträucher (Zierkirsche, Flieder, japanischer Goldahorn) auf die gesetzliche Maximalhöhe zurückzuschneiden. Nach Durchführung eines Augenscheins entsprach die Einzelrichterin des Kantonsgerichts dem Gesuch; sie verpflichtete die Eheleute B., die fraglichen Pflanzen innert 20 Tagen zurückzuschneiden sowie jährlich bis zum 31. Oktober die entsprechenden Rückschnitte vorzunehmen; falls sie diesen Pflichten nicht nachkämen, seien die Eheleute A. berechtigt, die Rückschnitte auf Kosten der Eheleute B. durch eine Fachperson ausführen zu lassen. Einen Rekurs der Eheleute B. gegen diese Verfügung hiess das Obergericht teilweise gut.

*Aus den Erwägungen:*

2.– Die Rekursgegner machen ihren Anspruch 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 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 [ZPO, SHR 273.100]).

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 (*Vogel/Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 12 N. 175, S. 345; *Hans-Ulrich Walder-Richli*, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 37 N. 21, S. 418 f.). Voraussetzung zur Erteilung eines Befehls in diesem Verfahren sind – wie erwähnt – klares Recht einerseits und unstreitiger oder im beschränkten summarischen Beweisverfahren feststellbarer Sachverhalt andererseits (vgl. unten, E. 4). 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; *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 222 N. 11, S. 738, § 226 N. 2 f., S. 751).

Klares Recht 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 kann, kann sie doch klar sein im Hinblick auf den Sinn, der ihr nach bewährter Lehre und Überlieferung beigelegt

wird (*Max Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 158, Anm. 15).

3.– ...

4.– Die Rekurrenten rügen, dass die Einzelrichterin einen Augenschein durchgeführt hat, ohne dass eine Partei dies beantragt hätte.

Im summarischen Verfahren werden Beweise grundsätzlich nur erhoben, wenn das Verfahren dadurch nicht weitläufig und kostspielig wird (Art. 295 Abs. 1 erster Teil ZPO). Sind die der Klage zugrundeliegenden Verhältnisse unklar und können sie durch das in Art. 295 Abs. 1 ZPO vorgesehene beschränkte Beweisverfahren nicht abgeklärt werden, so weist der Richter das Gesuch von der Hand. Der Kläger hat den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten (Art. 296 Abs. 1 ZPO).

Der Augenschein gehört zu den Beweismitteln, die in der Regel ohne grossen Aufwand erhoben werden können; er ist im beschränkten Beweisverfahren nach Art. 295 Abs. 1 ZPO grundsätzlich zulässig (vgl. etwa § 209 Abs. 1 der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 [LS 271] und dazu *Frank/Sträuli/Messmer*, § 209 N. 1, S. 650). Das Gericht kann den Augenschein von sich aus, also auch ohne Parteiantrag vornehmen (Art. 266 i.V.m. Art. 216 ZPO). Dass ein allfälliger Beweisantrag, soweit dieser erforderlich ist, mit dem Begehren oder der Antwort einzureichen wäre (Art. 295 Abs. 3 ZPO), ist in diesem Zusammenhang ebenso unerheblich wie die Vorschriften über die Bezeichnung der Beweismittel im ordentlichen Verfahren. Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Einzelrichterin – wie bei nachbarrechtlichen Streitigkeiten üblich – von Amts wegen einen Augenschein angeordnet und durchgeführt hat.

5.–

6.– Die Rekursgegner haben sich in ihrem Gesuch in erster Linie auf die Abstandsvorschriften des kantonalen Privatrechts berufen; sie haben geltend gemacht, es handle sich um kleine Zierbäume bzw. Hecken, bei denen der Anspruch auf Zurückschneiden nicht verjähre. Die Einzelrichterin ist dieser Auffassung in der angefochtenen Verfügung grundsätzlich gefolgt. Die Rekurrenten machen im Wesentlichen geltend, allfällige Ansprüche der Rekursgegner seien verjährt; es verstosse im Übrigen gegen Treu und Glauben, mit den pflanzenbezogenen nachbarschaftlichen Reklamationen so lange zuzuwarten.

a) Die fraglichen Pflanzen wurden nach unbestrittener – und damit anerkannter (Art. 176 ZPO) – Angabe der Rekurrenten in zeitlichem Kontext mit dem Bau der Liegenschaft um 1989 gesetzt. Damals waren die Grenzabstände für Anpflanzungen im kantonalen Flurgesetz vom 10. März 1880 (FlurG) ge-

regelt (vgl. für die Zeit nach Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210] die Regelungsbefugnis von Art. 688 ZGB).

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 verjährt 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 werden die Grenzabstände im Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch geregelt (Gesetz über die Neuordnung des Flurwesens vom 7. November 1994 [ABl 1995, S. 1213 ff.]). 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 Pflanzen dem alten Recht unterstehen (*Lukas Roos*, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002, S. 233 f., mit Hinweisen). 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

denn auch seinerzeit darauf hingewiesen, dass die Grenzabstände für grössere Bäume des neuen Rechts "im wesentlichen" der bisherigen Regelung entsprechen (Vorlage vom 22. März 1994 betreffend die Neuordnung des Flurwesens, S. 14 [Amtsdruckschrift 3989]). Der zulässige Grenzabstand der Pflanzen, bezüglich derer der Anspruch auf Zurückschneiden nicht verjährt (was altrechtlich durch Umkehrschluss aus Art. 87 FlurG hervorgeht), ist sodann im alten und im neuen Recht gleich geregelt (Art. 90 Abs. 2 FlurG; Art. 93a Abs. 1 Ziff. 5 EG ZGB). Die Einzelrichterin ist daher zum Schluss gelangt, die altrechtlichen Normen deckten sich inhaltlich mit den heute geltenden Bestimmungen. Ob dies – soweit hier massgeblich – tatsächlich zutrifft, ist nötigenfalls im Zusammenhang mit den einzelnen zur Diskussion stehenden Pflanzen zu prüfen.

*b)* Die drei Zierwacholder befinden sich nicht an der Grenze zum Wohngrundstück GB Nr. X. der Rekursgegner, sondern an der Grenze zur Wegparzelle GB Nr. Z. Dementsprechend hat die Einzelrichterin diesbezüglich den Abstand zum Weg als massgeblich betrachtet. Dass diese drei Pflanzen darüber hinaus auch aufgrund ihres Abstands zur Grenze zwischen den beiden Wohngrundstücken der Parteien zu hoch seien, behaupten die Rekursgegner nicht, jedenfalls nicht substantiiert; es ist daher nicht zu prüfen.

Die durch das Quartier verlaufende Wegparzelle steht ... im Miteigentum der jeweiligen Eigentümer von 16 anliegenden Grundstücken, darunter den Wohngrundstücken der Parteien. Die Rekurrenten machen geltend, dabei handle es sich um ein unzulässiges neues Vorbringen der Rekursgegner; dem angefochtenen Entscheid lasse sich zu den fraglichen Eigentumsverhältnissen und damit zur Aktivlegitimation der Rekursgegner nichts entnehmen. Angesichts der Öffentlichkeit des Grundbuchs (Art. 970 ZGB) haben jedoch die konkreten Eigentumsverhältnisse an einem bestimmten Grundstück als allgemein bekannt zu gelten. Im Übrigen wurde das Miteigentum der Parteien an der Wegparzelle schon am erstinstanzlichen Augenschein angesprochen. Zwar wurde dies im ausgefertigten Protokoll nicht festgehalten; es ergibt sich aber aus den hierfür erstellten handschriftlichen Notizen. Damit kann nicht gesagt werden, der Umstand, dass (auch) die Rekursgegner Miteigentümer der Wegparzelle sind, sei als prozessual verspätetes Vorbringen nicht mehr zu berücksichtigen (Art. 361 Abs. 1 i.V.m. Art. 349 Abs. 2 und Art. 177 Abs. 1 ZPO).

Die Einzelrichterin hat sich zur Aktivlegitimation der Rekursgegner bezüglich der drei Zierwacholder in der angefochtenen Verfügung nicht konkret geäussert. In ihrer Vernehmlassung macht sie geltend, mangels kantonaler Legiferierung seien die allgemeinen Grundsätze des ZGB zur Legitimation bei Eigentumsüberschreitungen anwendbar; daher komme die Aktivlegitimation auch einem einzelnen Miteigentümer zu. Tatsächlich wird in der Lehre

erklärt, wenn das kantonale Recht – wie hier – die Sachlegitimation bezüglich der Verletzung von Abstandsvorschriften nicht regle, bestimme sie sich nach Art. 679 ZGB (*Roos*, S. 212). Entsprechende Ansprüche wegen Eigentumsüberschreitung kann aber grundsätzlich auch der einzelne Miteigentümer des betroffenen Grundstücks geltend machen; eine gemeinsame Prozessführung mit den andern Miteigentümern ist nicht nötig (*Roos*, S. 51 mit Fn. 162, mit Hinweisen; *Arthur Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Grundeigentum I, 3. A., Bern 1964, Art. 679 N. 47, S. 360, mit Hinweisen). Allerdings kann die bundesrechtliche Legitimationsregelung für den in Frage stehenden kantonalrechtlichen Anspruch nur sinngemäss angewandt werden. Der Begriff des betroffenen Nachbarn, dem im Einzelfall ein nachbarrechtlicher Anspruch zusteht, ist im Übrigen je nach der konkret verletzten Vorschrift allenfalls enger zu ziehen (vgl. *Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. A., Bern 2007, S. 291, N. 1103 ff.).

Die Rekurrenten sind nicht nur Eigentümer des Grundstücks mit den strittigen Pflanzen, sondern – wie die gesuchstellenden Rekursgegner – auch Miteigentümer der benachbarten Wegparzelle, an deren Grenze die Zierwacholder stehen. Es geht hier somit nicht um die Frage, ob einzelne Miteigentümer allein – ohne die andern Miteigentümer – gegen Dritte klagen können, sondern ob einzelne Miteigentümer mit ihrer Klage gegen die spezifischen Interessen anderer Miteigentümer des von der allfälligen Abstandsverletzung betroffenen Grundstücks vorgehen dürfen. Solange jemand alleiniger Eigentümer zweier benachbarter Grundstücke ist, kann ihm jedenfalls im Grundsatz nicht verwehrt werden, Bäume und Sträucher an der gemeinsamen Grundstücksgrenze im Unterabstand anzupflanzen und bestehen zu lassen. Auf das Verhältnis mehrerer Miteigentümer des bepflanzten Grundstücks untereinander sind die Abstandsvorschriften sodann zum vornherein nicht anwendbar (*Roos*, S. 145). Ob dagegen ein einzelner Miteigentümer gegen den Willen eines andern Miteigentümers nur gestützt auf die Abstandsvorschriften und im Übrigen voraussetzungslos die Beseitigung oder das Zurückschneiden von Pflanzen im Unterabstand verlangen kann (...), ist zumindest nicht offensichtlich. Aus dem Gesetzeswortlaut lässt sich das jedenfalls nicht ableiten. Auch kann nicht gesagt werden, es entspreche bewährter Lehre und Überlieferung, dass sich in einer Konstellation wie hier ein einzelner Miteigentümer allein gegen die Verletzung der Abstandsvorschriften wehren könne. Der fragliche Grenzabstand bezieht sich auf das benachbarte Grundstück als Ganzes. Ein einzelner Miteigentümer ist aber grundsätzlich nur insoweit befugt, die Sache als Ganzes zu vertreten, als es mit den Rechten der andern verträglich ist (Art. 648 Abs. 1 ZGB).

In dieser Situation besteht – soweit es die drei Zierwacholder an der Grenze zur Wegparzelle GB Nr. Z. betrifft – bezüglich der Aktivlegitimation

der Rekursgegner kein klares Recht, soweit sie sich auf die kantonalen Abstandsvorschriften stützt. Auf das Gesuch der Rekursgegner kann daher insoweit im Befehlsverfahren nicht eingetreten werden.

c) Zu prüfen bleibt der abstandsrechtliche Status der drei Pflanzen an der Grenze zwischen den Wohngrundstücken der Parteien (japanischer Goldahorn, Flieder und Zierkirsche).

Die Einzelrichterin stellte am Augenschein fest, die Zierkirsche und der Flieder seien 35 cm von der Grundstücksgrenze entfernt, der japanische Goldahorn 75 cm; sie schätzte die Höhe des japanischen Goldahorns auf rund 4 m, diejenige des Flieders auf rund 4–5 m und diejenige der Zierkirsche auf rund 8–10 m. Die Rekurrenten schätzten die Höhe der Zierkirsche auf nur 6–8 m, erklärten sich aber im Übrigen – wie auch die Rekursgegner – mit den Mess- und Schätzresultaten einverstanden. Sie bestätigen dies auch im Rekursverfahren.

Laut Einzelrichterin handelt es sich bei den Pflanzen jedenfalls weder um Wald- oder Nussbäume noch um hochstämmige Obstbäume. Der Flieder sei als Strauch zu klassifizieren, weise er doch in keiner Weise den Habitus eines Baums auf. Die Zierkirsche und der japanische Zierahorn seien kleine Zierbäume im Sinn des Gesetzes. Massgebend zur Abgrenzung der kleinen von den grossen Zierbäumen sei die Frage, ob sich ein Gewächs dazu eigne, bei einer bestimmten Grösse unter der Schere gehalten zu werden; entscheidend sei somit nicht die potentielle Grösse bzw. Höhe, die eine Pflanze erreichen könne, sondern ihre grundsätzliche Eignung, auf einem bestimmten Wachstumsniveau ihren Habitus zu entfalten. Es wäre aber ohne weiteres möglich, die Zierkirsche und den japanischen Zierahorn auf einer Höhe von nur wenigen Metern unter Belassung ihrer Charakteristika zu kultivieren; den allfälligen Verlust der Charakteristika hätten die Rekurrenten durch den jahrelangen Verzicht auf Rückschnitt selber zu vertreten.

Die Rekurrenten machen dagegen geltend, für die Unterscheidung sei nicht die Frage massgebend, ob ein Gewächs sich eigne, unter der Schere gehalten zu werden; entscheidende Bedeutung habe vielmehr das Grössenwachstum. Angesichts dessen seien die in Frage stehenden Pflanzen als grosse Zierbäume zu qualifizieren. Allfällige Beseitigungs- oder Kappansprüche seien damit verjährt. Zumindest sei der Fall auch diesbezüglich nicht liquid; die Auffassung der Einzelrichterin sei nicht der einzig mögliche Schluss.

Mit Blick auf die allfällige Verjähmung ist die Frage entscheidend, ob es sich bei den drei Pflanzen um "unter der Schere gehaltene kleinere Gartenbäume und niederes Gesträuch" im Sinn von Art 90 Abs. 1 FlurG und nicht etwa um "grosse Zierbäume" bzw. allenfalls um (grosse) "zahme Obstbäume" im Sinn von Art. 86 FlurG handle (vgl. heute die Abgrenzung zwischen "klei-

nen Zier- und Nutzbäumen, Sträuchern sowie Hecken" im Sinn von Art. 93a Abs. 1 Ziff. 5 EG ZGB einerseits sowie "grossen Zierbäumen" und "hochstämmigen Obstbäumen" im Sinn von Art. 93a Abs. 1 Ziff. 2 und Ziff. 4 EG ZGB andererseits). Für diese Unterscheidung kommt nach der Rechtsprechung des Obergerichts der Höhe bzw. dem Grössenwachstum der fraglichen Pflanzen entscheidende Bedeutung zu (OGE vom 25. Juli 1986, E. 3, Leitsatz veröffentlicht im Amtsbericht 1986, S. 89; staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid abgewiesen mit BGE P 1244/1986 vom 28. November 1986). Daraus, dass die grossen Zierbäume mit Waldbäumen gleichgestellt und als Beispiel dafür die Pappeln genannt werden, ergibt sich, dass darunter nur wirklich hochwachsende, in ihrer Erscheinung mit Waldbäumen und Pappeln vergleichbare Bäume fallen (vgl. als weitere Beispiele grosser Zierbäume die in § 170 Abs. 1 Satz 1 des zürcherischen Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911 [LS 230] ausdrücklich erwähnten Kastanienbäume und Platanen). Zierbäume mit einer Höhe von höchstens 10–15 m gelten dagegen nach Lehre und Rechtsprechung in der Regel noch als "klein"; als Beispiel hierfür wird unter anderem die Zierkirsche genannt (*Roos*, S. 159 ff., mit Hinweisen). Dementsprechend hat das Obergericht im Entscheid vom 25. Juli 1986 unter anderem eine Thuja mit einer möglichen Höhe von höchstens 15 m, Scheinzypressen mit einer aktuellen Höhe von 7–8 m und einen Flieder mit einer möglichen Höhe von 5–6 m nicht unter die "grossen Zierbäume" gerechnet, sondern als "kleinere Gartenbäume" bzw. "niederes Gesträuch" qualifiziert. Wenn die Rekurrenten noch darauf hinweisen, dass unter anderem auch grossgezogene, mehrere Meter hohe Weidenbäume der fünfjährigen Klagefrist unterliegen (OGE vom 25. Juli 1986, E. 4c, Leitsatz veröffentlicht im Amtsbericht 1986, S. 89), so ist dem entgegenzuhalten, dass diese Bäume im Flurgesetz als eigenständige Kategorie erfasst waren (Art. 85<sup>bis</sup> Abs. 2 FlurG); ein Analogieschluss auf den Flieder lässt sich daraus nicht ziehen. Im Übrigen haben die Rekurrenten die Feststellung der Einzelrichterin, dass der Flieder nicht den Habitus eines Baums (mit Wurzeln, Stamm und Krone) aufweise, nicht, jedenfalls nicht substantiiert in Frage gestellt (vgl. zur Klassifizierung des Flieders als Strauch auch *Roos*, S. 171, mit Hinweisen).

Es ist daher insbesondere auch mit Blick auf das Grössenwachstum nicht zu beanstanden, dass die Einzelrichterin den japanischen Goldahorn, den Flieder und die Zierkirsche nicht als grosse Zierbäume, sondern als kleine Zierbäume bzw. als Strauch qualifiziert hat (in diesem Sinn auch die flurpolizeiliche Beurteilung des Bereichsleiters Wald und Landschaft der Stadt Schaffhausen ...). Inwieweit neben dem Grössenwachstum die Eignung der Pflanzen, unter der Schere gehalten zu werden, eine eigenständige Bedeutung habe, kann letztlich offenbleiben; die Rekursgegner haben den entsprechenden tatsächlichen Ausführungen zu den strittigen Pflanzen jedenfalls nicht

widersprochen (vgl. im Übrigen Vorlage des Regierungsrats vom 22. März 1994 betreffend die Neuordnung des Flurwesens [Amtsdruckschrift 3989], S. 14, wonach ein ausdrücklicher Verweis, dass kleinere Zierbäume etc. unter der Schere zu halten seien, im neuen Recht entfallen könne, bestimme sich doch der zulässige Mindestabstand "wie bisher" nach der tatsächlichen Höhe, die als einzige Grösse im Streitfall problemlos festgestellt werden könne). Nach altem Recht sind die drei Pflanzen an der Grenze zwischen den Wohngrundstücken der Parteien daher ohne weiteres als "unter der Schere gehaltene kleinere Gartenbäume und niederes Gesträuch" zu betrachten. Die Verhältnisse sind insoweit hinreichend klar im Sinn von Art. 297 Ziff. 1 ZPO.

Der Anspruch der Rekursgegner auf Wiederherstellung des gesetzlichen Zustands ist daher bezüglich dieser drei Pflanzen nicht verjährt (Umkehrschluss aus Art. 87 FlurG; vgl. auch Art. 90 Abs. 1 FlurG und heute ausdrücklich Art. 94c Abs. 2 EG ZGB). Es kann insbesondere auch offenbleiben, ob sich die Verjährung nur auf den allfälligen Beseitigungsanspruch bezöge, das blosses Zurückschneiden der Pflanzen aber auch nach Ablauf der Verjährungsfrist noch verlangt werden könnte (vgl. *Roos*, S. 211, 224 f.).

d) Die Rekurrenten machen geltend, das Gesuch der Rekursgegner verstosse gegen Treu und Glauben, nachdem sie die Pflanzungen mehr als 15 Jahre lang diskussionslos hingenommen hätten. Nach so langer Zeit überwiege das Interesse der Pflanzeneigentümer am Bestand der Pflanzen.

Der Nachbar, der die Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften verlangt, muss grundsätzlich kein besonderes Interesse nachweisen und sich in der Regel auch keine Interessenabwägung gefallen lassen. Mit der Festsetzung der Abstandsvorschriften hat der kantonale Gesetzgeber die Abwägung der nachbarlichen Interessen bereits vorweggenommen, weshalb für eine Heranziehung des Rechtsmissbrauchsverbots nur wenig Raum bleibt. Insbesondere vermag beim unverjährenen Anspruch auf Zurückschneiden der Zeitablauf für sich allein gesehen keinen Rechtsmissbrauch zu begründen, da andernfalls die Unverjährbarkeit des Anspruchs ausgehöhlt würde. Das – gesetzlich vorgegebene – Interesse des Nachbarn an der Einhaltung der Maximalhöhe überwiegt daher auch nach langer Zeit das Interesse des Pflanzeneigentümers an der Erhaltung des unveränderten Zustands. Das Zurückschneiden kann im Übrigen auch dann verlangt werden, wenn die Pflanze dadurch Schaden erleidet oder abstirbt. Für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs müssen daher weitere Umstände hinzutreten (*Roos*, S. 55 f., 63, 211, 224 f., mit Hinweisen). Nur der *offenbare* Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Die Rekurrenten berufen sich ausschliesslich und abstrakt auf den Zeitablauf unter Hinweis auf die erforderlichen Kosten und auf das Risiko, dass

die Pflanzen absterben könnten. Weitere, konkrete Umstände tun sie nicht dar. In dieser Situation kann den Rekursgegnern kein treuwidriges Handeln vorgeworfen werden. Im Übrigen ist aus den Akten ersichtlich, dass der Streit um die Pflanzen zumindest schon seit mehreren Jahren besteht (vgl. den nicht, jedenfalls nicht substantiiert bestrittenen – und damit anerkannten [Art. 176 ZPO] – Hinweis im Gesuch der Rekursgegner ..., dass schon "vor etlichen Jahren" Gespräche aufgenommen worden seien).

Fehlt es demnach an Anhaltspunkten dafür, dass der Anspruch der Rekursgegner offensichtlich rechtsmissbräuchlich sein könnte, so gebietet es dem Anspruch der Rekursgegner auch insoweit nicht an klarem Recht.

e) Die Rekurrenten beanstanden, dass die Einzelrichterin mit ihren vollstreckungsrechtlichen Anordnungen (Fristansetzung für den Rückschnitt; Ersatzanordnung) von sich aus Massnahmen getroffen habe, die nicht verlangt worden seien; sie habe damit die Dispositionsmaxime verletzt.

Der Richter darf einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen, als sie selber verlangt, noch weniger als der Gegner anerkannt hat (Art. 253 ZPO). Das betrifft den Antrag zum materiellen Anspruch als solchen (vgl. dazu oben, E. 3). Im Befehlsverfahren können bei Gutheissung des Gesuchs Gebote und Verbote gegenüber bestimmten Personen erlassen werden unter Androhung von Ordnungsbusse, Zwangsvollstreckung, Rechtsnachteilen, Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 298 lit. b Ziff. 1 ZPO). Diese gesetzlich vorgesehenen Sanktionen kann das Gericht von Amts wegen androhen; ein entsprechender Antrag des Gesuchstellers ist nicht erforderlich (vgl. *Barbara Merz*, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Bern 2007, § 165 N. 1, S. 401). Im Übrigen müssten die fraglichen Pflanzen grundsätzlich jederzeit auf der gesetzlichen Höhe gehalten werden; dementsprechend könnte der Rückschnitt in jeder Jahreszeit und gegebenenfalls auch mehrmals im Jahr verlangt werden (*Roos*, S. 211). Daher kommt es den Rekurrenten letztlich entgegen, wenn sie verpflichtet werden, die Pflanzen nach einem ersten Rückschnitt nur jeweils einmal jährlich zurückzuschneiden.

Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Einzelrichterin ohne ausdrücklichen entsprechenden Antrag vollstreckungsrechtliche Anordnungen getroffen hat (Fristansetzung; Berechtigung zur Eratzvornahme). Diese sind bezüglich der drei Pflanzen an der Grenze zwischen den Wohngrundstücken der Parteien zu bestätigen.

f) Zusammenfassend erweist sich der Rekurs als unbegründet, soweit er den japanischen Goldahorn, den Flieder und die Zierkirsche betrifft. Bezüglich der drei Zierwacholder kann dagegen dem Antrag der Rekursgegner ge-

stützt auf die kantonalrechtlichen Abstandsvorschriften im summarischen Verfahren nicht entsprochen werden.