

Pflanzen und Einfriedungen an der Grenze zu benachbarten Grundstücken und zur Strasse

vorgelegt von

Maja Breitinger

Baumgartenstrasse 10

8910 Affoltern am Albis

Handy: +41 78 665 49 18

E-Mail: maja.breitinger@gmail.com

Betreuer der Arbeit: Dr. Roger Müller, RA

Affoltern am Albis, 31. Mai 2021

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Literaturverzeichnis	VI
1 Einleitung.....	1
2 Privates Nachbarrecht Pflanzen.....	1
2.1 Allgemeines	1
2.2 Einzuhaltende Abstände für Pflanzen	1
2.2.1 Befugnisse des Kantons ZGB 688.....	1
2.2.2 Pflanze im Grundeigentum	2
2.2.3 Pflanzen im rechtlichen Sinn	2
2.2.4 Pflanzen genau an der Grenze.....	2
2.2.5 Abstände gemäss EG ZGB	2
2.3 Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn.....	3
2.3.1 Allgemeines.....	3
2.3.2 Übermässigkeit der Einwirkung	4
2.3.2.1 Qualifikation der Einwirkung	4
2.3.2.2 Beurteilung nach gerichtlichem Ermessen.....	4
2.3.2.3 Feststellungskriterien	4
2.3.2.4 Praxisänderungen und Sonderfälle	5
2.3.2.5 Verhältnismässigkeit	6
2.3.3 Relevante Einwirkungsarten: materielle und negative Immissionen.....	6
2.3.4 Einwirkungen und betroffenes Grundstück	6
2.3.5 Nachbar-Eigenschaft des Betroffenen	7
2.3.6 Das Gemeinwesen als Nachbar	7
2.3.7 Rechtsbehelfe gegen übermässige Einwirkungen	8
2.3.8 Verjährung.....	9
2.3.9 Klagen bei verjährten Ansprüchen in Spezialfällen	9
2.4 Zulässigkeit des Kapprechts	10
2.4.1 Allgemeines.....	10
2.4.2 Grenzübergreifende Äste	10
2.4.3 Übermässige Schädigung	10
2.4.4 Negative Voraussetzung des Kapprechts.....	11
2.4.5 Beschwerde beim Pflanzenbesitzer und Fristansetzung.....	11
2.4.6 Rechtliche Durchsetzung.....	12
3 Privatrechtliche Bestimmungen bei Einfriedungen	13
3.1 Rechtliche Grundlagen für Einfriedungen.....	13
3.2 Definition der Einfriedung.....	14
3.3 Wann ist eine Einfriedung unerlässlich?.....	14

3.4	Einschränkungen bei der Errichtung von Einfriedungen.....	14
3.5	Kostenaufteilung der Grundstückeigentümer bei Einfriedungen.....	15
3.6	Die Frage nach der Baubewilligung für Einfriedungen.....	15
4	Öffentliches Recht.....	15
4.1	Die neue Verkehrserschliessungsverordnung.....	15
4.2	Grenzanstände von Einfriedungen zur Strasse.....	16
4.3	Grenzabstände von Pflanzen zur Strasse.....	16
4.4	Eigenart der neuen Bestimmungen in der VErV.....	17
4.5	Unterschiedliche kantonale Legitimation des öffentlichen Rechts – Praxisbeispiele.....	18
5	Schluss.....	19

Abkürzungsverzeichnis

AJP	Aktuelle Juristische Praxis (siehe Literaturverzeichnis)
Art.	Artikel
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Zürich vom 02. April 1911, LS 230
Bd.	Band
BR	«Baurecht» Zeitschrift (siehe Literaturverzeichnis)
BSK	Basler Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
BV	Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (Stand: 18. Mai 2014)
BVV	Zürcher Bauverfahrensverordnung vom 03. Dezember 1997, LS 700.6
bzw.	beziehungsweise
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (siehe Literaturverzeichnis)
Fn.	Fussnote
gem.	gemäss
HAVE	Haftung und Versicherung – Sonderausgaben (siehe Literaturverzeichnis)
njus.ch	njus.ch-Reihe (siehe Literaturverzeichnis)
OFK	Orell Füssli Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch (siehe Literaturverzeichnis)
OR	Schweizer Obligationenrecht vom 30. März 1911 (Stand am 01. April 2017), SR 220
PBG	Zürcher Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975, LS 700.1
PBG aktuell	Zürcher Zeitschrift für öffentliches Planungs- und Baurecht (siehe Literaturverzeichnis)
PK RPG	Praxiskommentar RPG (siehe Literaturverzeichnis)
StrAV	Strassenabstandsverordnung des Kantons Zürich vom 19. April 1978, LS 700.4 (aufgehoben)
Teilbd.	Teilband
u.a.	Unter anderem
VErV	Zürcher Kantonale Verkehrserschliessungsverordnung vom 17. April 2019, LS 700.4
VSiv	Verkehrssicherheitsverordnung vom 01. Juli 2010, LS 722.15 (aufgehoben)

WE	Wohneinheit/en
z.B.	Zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (siehe Literaturverzeichnis)
ZGB	Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 01. Juli 2020), SR 210
Zugangsnormalien	Normalien über die Anforderungen an Zugänge vom 9. Dezember 1987, LS 700.5 (aufgehoben).

Literaturverzeichnis

- BERGER-STEINER ISABELLE/SCHMID DOMINIK, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, Art. 679, 3. Aufl., Zürich 2016, <<https://swisslex.ch>>.
- FASEL URS, Sachenrecht – Entwicklungen 2019, njus.ch (2020), S. 5-26, <<https://swisslex.ch>>.
- FRITZSCHE CHRISTOPH/BÖSCH PETER/WIPF THOMAS/KUNZ DANIEL, Zürcher Planungs- und Baurecht, Bd. II, Bau und Umweltrecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019.
- GÖKSU TARKAN, in: Breitschmid Peter/Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 679, 684, 687 und 697 ZGB, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, <<https://swisslex.ch>>.
- HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO, Gebiete des Rechts und Disziplinen der Rechtswissenschaft (§ 12), in: Rechtswissenschaft, die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Bern 2017, <<https://swisslex.ch>>.
- JEANNERAT ELOI, in: Aemisegger Heinz/Moor Pierre/Ruch Alexander/Tschannen Pierre (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Art. 19, Zürich/Basel/Genf 2016, <<https://swisslex.ch>>.
- LANG NATHALIE, Haftung des Gemeinwesens für Strassen und Bäume, HAVE (2012), S. 463-467, <<https://swisslex.ch>>.
- LUGINBÜHL ALESSANDRO, Die neue Verkehrserschliessungsverordnung, PBG aktuell (2020), S. 31-41, <<https://swisslex.ch>>.
- REY HEINZ/STREBEL LORENZ, in: Basler Kommentar zum Schweizer Zivilgesetzbuch, Art. 679, 684 und 687, Basel 2019, <<https://legalis.ch>>.
- ROOS LUKAS, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2002.
- SCHALLER JEAN-MARC, Zur verspäteten Ausübung ziviler (privatrechtlicher) Nachbarrechte, AJP (2009), S. 1018-1026.
- SCHMID JÖRG, BGr (TF) 5A_415/2008 (12.3.2009), BR (2009), S. 158. (Urteilsbesprechung)
- SCHMID JÖRG, Fragen aus dem Nachbarrecht, ZBJV (2020), S. 271-296. (Nachbarrecht)
- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA MARIA, Die negativen Immissionen im Schweizerischen Privatrecht, ASR – Abhandlungen zum Schweizerischen Recht (1997), S. 58-89, <<https://swisslex.ch>>.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, Eigentum und Besitz, Erster Teilbd., 2. Aufl., Basel 2014.
- WASSERFALLEN ANDREAS, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, gesetzliche Bestimmungen von Bund und Kantonen, 4. Aufl., Bern/Aarau/Sarnen 2014.
- Zu Einfriedungen, «Offene Einfriedungen», <<https://www.bauwion.de/begriffe/offene-einfriedung>>. (besucht am 30. Mai 2021)
- Zu Einfriedungen, «Geschlossene Einfriedungen», <<https://www.bauwion.de/begriffe/geschlossene-einfriedung>>. (besucht am 30. Mai 2021)

1 Einleitung

- 1 Grundstückseigentümer zu sein bedeutet gewisse Verantwortung gegenüber dem Nachbarn, aber auch gegenüber der öffentlichen Hand zu tragen. Im Sinne von Bepflanzungen und Einfriedungen gilt es gewisse Abstände einzuhalten. Die Nichtbefolgung der Vorschriften führt natürlicherweise zu unerwünschten Konsequenzen. Die gilt es zu vermeiden. Diese Arbeit soll u.a. eine Art Leitfaden sein, und ebenso die neuesten Erkenntnisse im Zusammenhang einerseits mit Grenzabständen und andererseits mit der Bundesgerichtspraxis in zivilrechtlichen Nachbarstreitigkeiten vermitteln.
- 2 Aus Gründen des eher bescheidenen Rahmens dieser Arbeit kann nicht auf alle Punkte mit gleichem Schwerpunkt eingegangen werden. Die Verjährung der Bestimmungen wird nur überflogen. Ich werde das Kapprecht behandeln, das dazugehörige Anriesrecht nur am Rande erwähnen. Ebenso wichtig ist, dass, wo kantonale Ansprüche eine Rolle spielen bzw. wo von kantonalem Recht die Rede ist, nur der Kanton Zürich in Betracht gezogen wird.
- 3 Nach einem kurzen Exkurs in Fälle, wo öffentliches Recht im Zusammenhang mit Bäumen und mit *Werken von öffentlichem Interesse* gilt, werden wir uns in der vorliegenden Arbeit hauptsächlich mit dem privaten Nachbarrecht sowie im Zusammenhang mit Grenzabständen zu den Strassen und Wegen mit öffentlichem Recht befassen.

2 Privates Nachbarrecht Pflanzen

2.1 Allgemeines

- 4 Privatrechtlich regelt das ZGB nachbarschaftliche Rechtsbeziehungen privater Nachbarn. Art. 648 und 687 ZGB befassen sich mit übermässigen Einwirkungen und Kapprecht. Wie wir im nachfolgenden Kapitel sehen werden, erteilt der Bund auch kantonale Befugnisse.

2.2 Einzuhaltende Abstände für Pflanzen

2.2.1 Befugnisse des Kantons ZGB 688

- 5 Art. 688 ZGB erteilt den Kantonen die Befugnis, über die Abstände von Pflanzen und Einfriedungen zu Nachbargrundstücken zu bestimmen. Überdies darf der Kanton gemäss Art. 688 ZGB die Bestimmungen des Art. 687 ZGB *Kapprecht* ändern¹ oder auch deren Verjährbarkeit bestimmen.² Roos fügt dem noch hinzu, dass das Kapprecht bzw. Anriesrecht – im Gegensatz zu den Grenzabständen von Pflanzen – auf Bundesebene geregelt wird.³ In der Praxis werden daher auf bundesrechtlicher Ebene die Fragen zur Verjährbarkeit und Abständen grundsätzlich gemäss den Bestimmungen der jeweiligen Kantone geregelt.⁴ Diese Bestimmung gilt gemäss Zürcher Planungs- und Baugesetz (PBG) nicht

¹ REY/STREBEL, BSK, Art. 687/688 N 1.

² SCHALLER, S. 1021.

³ ROOS, S. 68. (Hier meint Roos nicht die Abstände, sondern die Regelung an sich.)

⁴ Vgl. hierzu Urteil BGer 5A_968/2019 E. 4.2.

für die Städte Winterthur und Zürich, welche die Pflanzenabstände auf Gemeindeebene regeln.⁵

- 6 Das Bundesgericht fasst es sehr passend zusammen: «Die Bestimmungen, welche die Kantone auf der Grundlage von Art. 688 ZGB erlassen, bezwecken den Schutz von Nachbarn gegen Beeinträchtigungen durch den von Pflanzen auf dem Nachbargrundstück erzeugten Immissionen wie dem Entzug von Licht und Aussicht oder erhöhter Feuchtigkeit.»⁶

2.2.2 Pflanze im Grundeigentum

- 7 Die Pflanze gehört zum Grundeigentum dazu. Sie ist also ebenso im Besitze des Grundeigentümers wie der Boden, den er innehat. Er hat dafür zu sorgen, dass sie den nötigen Abstand vom Nachbargrundstück hat.⁷ Welche Abstände gelten, sehen wir im nachfolgenden Kapitel 2.1.5.

2.2.3 Pflanzen im rechtlichen Sinn

- 8 Die kantonalen Abstandsvorschriften beziehen sich grundsätzlich nur auf Holzgewächse. Nichtholzige einjährige Pflanzen wie beispielsweise Blumen oder Bohnen fallen grundsätzlich nicht drunter.⁸

2.2.4 Pflanzen genau an der Grenze

- 9 Wenn Hecken oder Bäume genau an der Grundstücksgrenze stehen, so gehören sie beiden angrenzenden Parteien – es sei denn, es ist kantonsrechtlich etwas anderes vorgeschrieben bzw. ortsüblich oder gar unter den Parteien vereinbart.⁹ Im Kanton Zürich kommen hinsichtlich Grenzpflanzen keine Bestimmungen vor.

2.2.5 Abstände gemäss EG ZGB

- 10 Alle für diese Arbeit für den privatrechtlichen Teil relevanten Abstände finden sich im Zürcher Einführungsgesetz zum ZGB.¹⁰ Die Abstände sind wie folgt geregelt:
- 11 Gartenbäume, kleinere Zierbäume, Zwergobstbäume und Sträucher dürfen nicht näher als 60 cm an die nachbarliche Grenze gepflanzt werden, es sei denn, es gibt eine Vereinbarung zwischen den Nachbarn.¹¹
- 12 Einzelne Waldbäume und grosse Zierbäume, wie Pappeln, Kastanienbäume und Platanen, ferner Nussbäume dürfen nicht näher als 8 m von der Grenze entfernt stehen.¹²

⁵ § 265 Abs. 3 PBG.

⁶ Urteil BGer 5A_968/2019 E. 3.1.3 vom 20. Mai 2020; Vgl. auch Urteil BGer 5A_29/2015 E. 3.3.1 vom 05. Juni 2015.

⁷ ROOS, S. 9 f.; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1524; Im Sinne von Art. 667 Abs. 2 ZGB.

⁸ WASSERFALLEN, S. 7 Fn. 5.

⁹ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1524; ausführlicher zum Thema: ROOS, S.125 f.

¹⁰ Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kantons Zürich vom 02. April 1911, 230.

¹¹ § 169 Abs. 1 EG ZGB.

¹² § 170 EG ZGB.

- 13 Für Feldobstbäume und kleinere, nicht unter der Schere zu haltende Zierbäume gilt, dass die Grundstückseigentümer den Mindestabstand vom 4 m einhalten müssen.¹³ Gemessen wird bei den Bäumen immer von der Stammesmitte bis zur Grenze. Bei den Sträuchern wird vom grenznächsten Trieb aus gemessen. Bei der Messung der Höhe ist der natürlich gewachsene Boden von Bedeutung. Gab es vor kürzerer Zeit eine Erdaufschüttung am Ort der Bepflanzung, so wird die Höhe der Aufschüttung zur Pflanzenhöhe dazugerechnet.¹⁴
- 14 Die Liste der Bestimmungen ist an dieser Stelle nicht abschliessend. Sie genügt jedoch, um das Gewünschte aufzuzeigen. Das Gesetz unterscheidet den Wuchs: Grosse Bäume (Waldbäume und andere wie Pappeln, Kastanienbäume und Platanen), Zierbäume (die nicht unter der Schere zu halten sind) und Gartenbäume (wo auch Sträucher Zwergobstbäume und kleinere Zierbäume darunterfallen) und vergibt im Anschluss für jeden Wuchs eine entsprechende Entfernung an.¹⁵
- 15 Da die Sammelbegriffe nicht eindeutig sind, ist eine Einordnung besonders schwierig. Erschwert wurde sie früher auch dadurch, dass die Pflanzen in demselben Gesetz häufig nach unterschiedlichen Kriterien zusammengefasst wurden.¹⁶ Die Kriterien des Zürcher EG ZGB sind zwar nicht widersprechend, aber keineswegs eindeutig. So nennt beispielsweise ein Gesetzesartikel «kleinere Zierbäume» und «grosse Zierbäume»; um hierbei eine treffende Einordnung machen zu können, muss man sich teilweise auf andere Quellen stützen.¹⁷

2.3 Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn

2.3.1 Allgemeines

- 16 Der Grundeigentümer hat seinem Nachbarn gegenüber gewisse Rechte, aber er muss auch einige Pflichten einhalten: er muss u.a. etwas unterlassen, z.B. eine Pflanze im geringen Abstand zur Nachbarsgrenze zu pflanzen. Des Weiteren muss er seinem Nachbarn die Ausübung des benachbarten Grundeigentums gestatten, z.B. einen Schattenwurf der rechtskonformen Pflanze hinnehmen (etwas dulden) oder aber er muss dafür sorgen, dass eine gemeinsame Einfriedung zwischen den nachbarlichen Grundstücken errichtet wird (er hat eine Pflicht).¹⁸ Aus all diesen Pflichten ergeben sich diverse Forderungen, auf die wir in den folgenden Kapiteln näher eingehen.
- 17 Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf dem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten.

¹³ § 170 EG ZGB.

¹⁴ WASSERFALLEN, S. 7 Fn. 1. (Wasserfallen geht im Detail auf die Messverfahren ein.)

¹⁵ Vgl. ROOS, S. 145.

¹⁶ Roos, S. 145 f.

¹⁷ Z.B. findet sich im Anhang 11 der bundesrätlichen Pflanzenschutzverordnung vom 27. Oktober 2010 eine Liste mit Waldbäumen zu deren genauen Bestimmung. Diese Pflanzenschutzverordnung ist zwar ausser Kraft, sie eignet sich jedoch immer noch als Quelle für Waldbäume.

¹⁸ ROOS, S. 15 (Auf die Einfriedungen gehen wir erst in Kapitel 3 genauer ein.)

- 18 Verboten sind gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigungen, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht.

2.3.2 Übermässigkeit der Einwirkung

2.3.2.1 Qualifikation der Einwirkung

- 19 Es muss einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der übermässigen Einwirkung und der Grundstücknutzung, welche diese Einwirkung verursacht hat, geben. Dabei muss die Einwirkung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erfolgt sein. Die Einwirkung in diesem Sinne ist eine Folge des adäquat zusammenhängenden menschlichen Verhaltens.¹⁹

2.3.2.2 Beurteilung nach gerichtlichem Ermessen

- 20 Im Gesetzestext wird die Übermässigkeit gefordert.²⁰ Ohne Übermässigkeit kann man sich nicht auf Art. 684 ZGB berufen. Allerdings hat das Gericht einen gewissen Spielraum. Es muss im konkreten Fall eine passende, alle Umstände würdigende Lösung finden und auch geordnete Massnahmen treffen. Deshalb gibt es für die Feststellung der Übermässigkeit gewisse Richtlinien.²¹

2.3.2.3 Feststellungskriterien

- 21 Die Übermässigkeit wird vor Gericht aufgrund
- der Intensität der Einwirkung (massgebend),
 - der konkreten Interessenlage (Die gegenseitigen Interessen müssen objektiv gegeneinander abgewogen werden.),
 - und den objektiven Kriterien, die ein Durchschnittsmensch in der gleichen Situation empfinden würde, beurteilt.²²

¹⁹ REY/STREBEL, BSK, Art. 684 N 4 f.

²⁰ Vgl. auch BGE 129 II 72 E 2.3 Abs.3.

²¹ REY/STREBEL, BSK, Art. 684 N 8 f.

²² GÖKSU, CHK, Art. 684 ZGB S. 235 N9 (Hier können auch subjektive Momente wie akademische Berufsausübung oder Verwendung zu Erholungszwecken berücksichtigt werden, so Göksu.); Vgl. auch REY/STREBEL, BSK, Art. 684 ZGB N 8.

- 22 Als Feststellungskriterien gelten auch:
- die Lage (das Gebiet oder die Umgebung, auf welchem sich das Grundstück befindet, z.B. Land, Stadt, Industrieort oder Kurort. Ebenso kann man sich die Frage nach der Zone des Grundstücks stellen.)
 - die Beschaffenheit des Grundstücks (nach aussen tretender Charakter des Grundstücks, deren Verwendungsart oder Zweckbestimmung)
 - und deren Ortsüblichkeit (hier wird untersucht, ob eine bestimmte Immission in der betreffenden Gegend als normal empfunden wird.)
- 23 Schädliche Immissionen sind (unter Vorbehalt von Rechtfertigungsgründen) stets übermässig.²³ Es muss kein Schaden im eigentlichen Sinn vorliegen; es genügt, dass die Immission störend wirkt.²⁴
- 24 Es ist dabei zu beachten, dass Art. 684 ZGB als nachbarrechtliche Norm in erster Linie der Herstellung eines nachbarlichen Interessenausgleichs dienen soll.²⁵

2.3.2.4 Praxisänderungen und Sonderfälle

- 25 Eine Praxisänderung gibt es seit dem Bundesgerichtsurteil vom 18. Mai 2000. Neu ist hinzugekommen, dass auch übermässiger Entzug von Sonnenlicht durch den Art. 684 ZGB erfasst wird, wie sich das im gleichen Gesetzesartikel seit 2012 ebenfalls abzeichnet, wo von «Entzug von Besonnung oder Tageslicht» die Rede ist.²⁶
- 26 Mit dem Entscheid vom 12. März 2009 geht das Bundesgericht etwas weiter und fügt den übermässigen Einwirkungen aus Art. 684 ZGB noch eine weitere hinzu: das Verstellen einer spektakulären Aussicht. Im besagten Fall wurde die Aussicht auf den Zugersee durch eine «gleich einer undurchdringlicher Mauer meterhoch auftürmender Hecke fast vollständig verbarriadiert», was dazu führte, dass das Grundstück «seiner Einmaligkeit beraubt werde», so das Bundesgericht. Ebenso galt es im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass es ortsüblich war, eine atemberaubende Sicht zu haben, dass die Wohnquartiere dadurch geprägt waren.²⁷
- 27 WASSERFALLEN schreibt im 2014, dass die Bestätigung der Übermässigkeit durch das Bundesgericht in diesem Fall keine Praxisänderung bildet. Eher kann die Bestätigung als Ausnahme angesehen werden. Es ist nur unter speziellen Bedingungen davon auszugehen, dass das Bundesgericht sich *für* die Übermässigkeit aussprechen würde, nämlich wenn die Aussicht eines Betriebes, dessen Nutzungsart von der Aussicht abhängt, in schwerwiegender Weise verstellt sein würde, z.B. die eines Hotels.²⁸ Was sich aber in der Praxis geändert hat, ist die Tatsache, dass ab 2009 Bundesgerichtsfälle mit einer Verstellung der Aussicht als übermässige Einwirkung geltend gemacht werden können.
- 28 So kam am 07. September 2020 eine Beschwerde hinsichtlich einer Arve, die u.a. die Aussicht auf das Weisshorn (VS) verstellte, vors Bundesgericht. Das

²³ REY/STREBEL, BSK, Art. 684 ZGB N 11.

²⁴ BGE 119 II 411 E 4c; GÖKSU, CHK, S. 235 N10.

²⁵ Vgl. BGE 119 II 411 E. 4c.

²⁶ BGE 126 III 452; SCHMID, Urteilsbesprechung, S. 158.

²⁷ Zum Ganzen: Urteil BGer 5A_415/2008 vom 12. März 2009.

²⁸ WASSERFALLEN, S. 8 Fn.12.

Bundesgericht stellte fest, dass grundsätzlich die ortsüblich vorherrschende Benutzungsweise der Grundstücke und die mit dem Grundstück verbundenen Immissionen von den Nachbarn zu dulden sind. Im besagten Fall tat das nichts zur Sache, da die kumulativen Immissionen (Lichtentzug, Harz der Tanne auf dem Boden, Wurzelbildung auf dem betroffenen Grundstück) als übermässig bewertet wurden.²⁹

- 29 Bei den kumulativen Immissionen von Pflanzen handelt es sich um Sonderfälle gemäss Rey/Strebel: Sobald vom gleichen Baum mehrere Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ausgehen, werden diese kumulativ betrachtet, oder in anderen Worten – wenn dies die Umstände erfordern – als eine übermässige Wirkung gerechnet. Allerdings gilt das nicht dann, wenn die Einwirkungen von mehreren Grundstücken ausgehen. In diesem Fall muss jede einzelne Einwirkung, also jedes Grundstück für sich, als übermässig bewertet werden.³⁰

2.3.2.5 Verhältnismässigkeit

- 30 Stets muss die Verhältnismässigkeit beachtet und private Interessen gegeneinander abgewogen werden. Dies ist der Fall, wenn eine Übermässigkeit zwar vorhanden ist, es aber unverhältnismässig wäre, gegen diese vorzugehen, weil z.B. der Schaden, welcher dem Grundstückeigentümer durch dieses Vorgehen entstehen würde, viel zu hoch wäre im Vergleich zu den Interessen des anderen Grundstückeigentümers.³¹ Für das Gericht ist die Verhältnismässigkeit ein zentrales Entscheidungsinstrument.³²

2.3.3 Relevante Einwirkungsarten: materielle und negative Immissionen

- 31 Als materielle Immissionen von Pflanzen gelten zum Beispiel der Anfall von Laub, Nadeln, Blüten und Tannenzapfen auf dem Nachbargrundstück.³³
- 32 Als negative Immissionen sind hingegen der Entzug von Licht (bzw. Schattenwurf) zu kennzeichnen.³⁴ Auch das Verstellen einer Aussicht kann in eine negative Einwirkung aus Art. 684 ZGB fallen.³⁵

2.3.4 Einwirkungen und betroffenes Grundstück

- 33 Das Grundstück, von welchem eine Einwirkung im Sinne von Art. 684 ZGB ausgeht, muss sich vom anderen *betroffenen* Grundstück unterscheiden. So gesehen, können sich Mieter des gleichen Wohnhauses nicht auf Art. 684 ZGB berufen. Dasselbe gilt für Hauseigentümer auf der gleichen Parzelle.³⁶
- 34 Miteigentumsteile an Grundstücken gehören gemäss Art. 655 Abs. 4 ZGB zu Grundstücken im rechtlichen Sinn, so dass Art. 684 ZGB auch auf das Verhältnis

²⁹ Urteil BGer 5D_91/2020 E. 3.2 ff. vom 07. September 2020.

³⁰ Zum Ganzen: REY/STREBEL, BSK, Art. 684 ZGB N 15.

³¹ Art. 5 Abs. 2 BV.

³² Vgl. Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts VB.2016.00543 E. 4.3 vom 02. März 2017.

³³ WASSERFALLEN, S. 8 Fn.11; Vgl. auch REY/STREBEL, BSK, Art. 684 ZGB N 23.

³⁴ Art. 684 Abs. 2 ZGB; WASSERFALLEN, S. 8 Fn.11; Vgl. auch REY/STREBEL, BSK, Art. 684 N 23, 31.

³⁵ REY/STREBEL, BSK, Art. 684 N 31 ff.

³⁶ Zum Ganzen: REY/STREBEL, BSK, Art. 684 ZGB N 17.

zwischen den Stockwerkeigentümern Anwendung findet. Das gilt gemäss Rey/Strebel sowohl für das horizontale wie auch das vertikale Stockwerkeigentum.³⁷ Das Analoge gilt für das Verhältnis zwischen Grundeigentümer und Baurechtnehmer gemäss Art. 675 Abs. 1 und Art. 779 Abs. 1 ZGB.³⁸

2.3.5 Nachbar-Eigenschaft des Betroffenen

- 35 Der Begriff «Nachbar» ist im Jahr 2019 vom Bundesgericht sozusagen neu definiert worden. Im besagten Fall führte ein Fluhgutweg zwischen den Nachbargrundstücken. Bei der Gerichtsverhandlung waren Art. 684 ZGB *übermässige Einwirkungen* und Art. 679 ZGB *Verantwortlichkeiten des Grundeigentümers bei Überschreitung des Eigentumsrechts* die zentralen Gesetzesartikel. Der Kläger richtete seine Beschwerde gegen das Urteil der Vorinstanz, wo beschlossen wurde, die übermässig einwirkenden Bäume seien zu fällen. Er brachte als Einwand, dass es sich bei den Grundstücken nicht um benachbarte Grundstücke im rechtlichen Sinne handle, da ein Weg von 1.6 m Breite die beiden Grundstücke trennte. Dies konnte jedoch vom Bundesgericht so nicht akzeptiert werden.³⁹ Es könne also, «insbesondere bei hochstämmigen Bäumen, auch ein nicht unmittelbar angrenzender Grundeigentümer vom Schutzzweck der kantonalen Abstandsvorschriften für Anpflanzungen erfasst und deshalb legitimiert sein, als «Nachbar» gestützt auf Art. 679 ZGB eine Beseitigungsklage zu erheben».⁴⁰

2.3.6 Das Gemeinwesen als Nachbar

- 36 Die nachfolgend genannten Fälle sind Beispiele für Geltendmachung des öffentlichen Rechts. Sie dienen hauptsächlich der Orientierung im rechtlichen Raum.
- 37 In der Praxis kann der Kanton bei Bäumen einen besonderen Schutz vor Fällen oder Zurückschneiden vorsehen. Diese, wie SCHMID sie nennt, «expansive Kraft» des kantonalen öffentlichen Rechts ist durch Art. 6 ZGB gerechtfertigt: gemäss Abs.1 werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht eingeschränkt. Allerdings gilt das nur soweit, als das Bundesgesetz nicht vereitelt wird, keine abschliessende bundesrechtliche Regelung im betreffenden Lebensbereich besteht und ein überwiegendes öffentliches Interesse an den kantonalen Normen vorhanden ist. In der Praxis ist dies eine weitreichende Zulässigkeit des Baumschutzes.⁴¹ Es erscheint wichtig zu sehen, dass diese kantonalen öffentlichen Normen Vorrang vor Art. 684 ZGB haben, sollten sie zum Schutz eines Baumes angewandt worden sein. Der Nachbar kann sich in diesem Fall nicht dagegen wehren, auch wenn die durch den Baum verursachten Immissionen kumulativ sehr hoch sind.⁴² Diese

³⁷ REY/STREBEL, BSK, Art. 684 ZGB N 17.

³⁸ Zum Ganzen: SCHMID, Nachbarrecht, S. 273.

³⁹ Urteil BGer 5A_968/2019 vom 20. Mai 2020.

⁴⁰ Urteil BGer 5A_968/2019 E. 3.2.

⁴¹ Es gibt spezielle Qualifikationen, die ein Gehölz zu einem Schutzobjekt machen können. Vgl. hierzu Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB2016.00406 vom 17. November 2016; vgl. auch Urteil Verwaltungsgericht des Kantons Zürich VB.2012.00333 vom 26. September 2012.

⁴² SCHMID, Nachbarrecht, S. 279 f.

Unterschutzstellung muss gemäss Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz dem Nachbarn kundgetan werden.⁴³

- 38 Wenn allerdings eine übermässige Immission durch ein Werk, das im öffentlichen Interesse liegt, ausgeht, so ist das öffentliche Interesse bedeutender als die privatrechtlichen Ansprüche und es stehen dem privaten Eigentümer die Behelfe des Art. 679 ZGB nicht zur Verfügung, sondern es muss für einen Entschädigungsanspruch der Weg der Enteignung gewählt werden.⁴⁴

2.3.7 Rechtsbehelfe gegen übermässige Einwirkungen

- 39 Art. 684 ZGB *Übermässige Einwirkung* ist sehr eng mit Art. 679 Abs. 1 ZGB verbunden, der Folgendes besagt: Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.
- 40 Der soeben genannte Gesetzesartikel stellt ein Sanktionssystem für Verletzung nachbarrechtlicher Vorschriften dar, wobei kein Verschulden des Eigentümers vorliegen muss.⁴⁵ Gemäss Art. 679 Abs. 1 ZGB kann der Geschädigte auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden (Unterlassungsklage) klagen oder eine Schadenersatzklage ergreifen. In der Praxis ist gemäss Schmid-Tschirren auch eine Feststellungsklage oder eine Präventivklage bei drohenden Immissionen möglich.⁴⁶
- 41 Mit der Beseitigungsklage sollte eine noch bestehende unerlaubte Einwirkung eliminiert werden. «Die Klage hat einzig die Beseitigung des die Störung verursachenden Zustandes auf dem Ausgangsgrundstück zum Ziel.»⁴⁷ Damit kann keine Immissionen-verursachende Mieterschaft aus der Nachbarliegenschaft ausgewiesen werden.⁴⁸
- 42 Eine Unterlassungsklage ist eine Präventivklage.⁴⁹ Sie soll vor zukünftigen übermässigen Immissionen schützen, vor allem dann, wenn erwartet wird, dass sie wiederholt auftreten könnten.⁵⁰
- 43 Eine Schadenersatzklage ist subsidiärer Natur, insofern sie erst dann zum Zuge kommt, wenn die Beseitigungs- und Unterlassungsklagen nicht das erwünschte Ergebnis gebracht haben. Die Klage kann aber auch kumulativ zu den anderen beiden Klagen erhoben werden.⁵¹ Allerdings ergibt sich aus dem Wortlaut, dass ein Schaden vorliegen muss.
- 44 Der Schaden muss seinen Ursprung in der Eigentumsüberschreitung haben (Kausalzusammenhang), um eine Haftung aus Art. 679 Abs. 1 ZGB rechtlich

⁴³ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1525.

⁴⁴ FASEL, S. 8.

⁴⁵ GÖKSÜ, CHK, S. 210.

⁴⁶ SCHMID-TSCHIRREN, S. 62.

⁴⁷ BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, S.1328.

⁴⁸ BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, S.1328.

⁴⁹ REY/STREBEL, BSK, Art. 679 Abs. 1 ZGB N 18 ff.

⁵⁰ BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, S.1329.

⁵¹ BERGER-STEINER/SCHMID, OFK, S.1330.

durchsetzen zu können. Ein direktes Verschulden des Grundeigentümers ist also nicht notwendig, da die Eigentumsüberschreitung als Verschulden gilt.⁵²

2.3.8 Verjährung

- 45 Art. 127 OR sieht Verjährung bewusst nur bei Forderungen vor. Alle Ansprüche aus Eigentum sollten demnach unverjährbar sein: «sie erneuern sich stets, solange die Störung andauert», so Schaller.⁵³
- 46 Allerdings erteilt der Gesetzgeber mit Art. 688 ZGB den Kantonen die Befugnis, über die Verjährung der Klage auf Beseitigung der störenden Pflanze zu bestimmen. Im Zürcher Einführungsgesetz zum ZGB gibt es eine derartige Bestimmung: Der Nachbar kann gemäss § 173 EG ZGB auf Beseitigung klagen, sollte ein Baum oder Strauch zu nahe an der Grenze stehen. Die Klage verjährt fünf Jahre nach der Pflanzung des Baumes. Zur Klage berechtigt ist nur der Eigentümer des Nachbargrundstücks.⁵⁴
- 47 Klagen auf schuldrechtliche Ansprüche wie Schadenersatzansprüche richten sich nach Art. 60 OR, der eine Verjährbarkeit nach 10 Jahren vom Tage der schädigenden Handlung an bestimmt.⁵⁵

2.3.9 Klagen bei verjährten Ansprüchen in Spezialfällen

- 48 Beim Vorliegen von übermässigen, d.h. äusserst störenden Einwirkungen, z.B. wenn die Lebensqualität durch den Schattenwurf wesentlich beeinträchtigt wird, kann eine Klage auf Beseitigung gestützt auf Art. 679 Abs. 1/684 ZGB gutgeheissen werden, obwohl kantonale Ansprüche aus § 169 ff. und 173 EG ZGB bereits verjährt sind. Im vorliegenden Bundesgerichtsfall handelte es sich um Bäume, die wider den kantonalen Vorschriften zu nah an der Grenze gepflanzt worden waren. Es soll mit dieser Entscheidung sichergestellt werden, dass der Schutz des Nachbarn weiterbesteht, gerade weil Bäume nicht so schnell wachsen können, so das Bundesgericht.⁵⁶
- 49 Nichtsdestotrotz spricht sich im selben Gerichtsurteil das Bundesgericht gegen eine Vereinheitlichung des Rechts und für die kantonale Gesetzgebung gemäss Art. 688 ZGB aus. «Das Mass an Einschränkung der Kantone hängt im hohen Grad mit der Beschaffenheit des Bodens und mit den überlieferten Gewohnheiten zusammen»,⁵⁷ so das Bundesgericht. In gewissen Fällen im Zusammenhang mit Pflanzungen gibt aber das Bundesrecht dem eidgenössischen Nachbarrecht den Vortritt: nämlich, wenn es unverhältnismässig erscheint, anders zu entscheiden.⁵⁸ Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz u.a. sprechen hier von der bundesrechtlichen Minimalgarantie bei Immissionen von Pflanzen im Fall verjährter Beseitigungsansprüche.⁵⁹ In anderen Worten hat der Geschädigte trotz

⁵² Zum Ganzen: SCHMID-TSCHIRREN, S. 62 f.

⁵³ SCHALLER, S. 1020.

⁵⁴ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1529.

⁵⁵ SCHALLER, S. 1021.

⁵⁶ Zum Ganzen: BGE 126 III 452 E. 3 lit. bb; vgl. auch SCHALLER, S. 1020.

⁵⁷ BGE 126 III 452 E. 3 lit. c.

⁵⁸ BGE 126 III 452 E. 3 lit. c.; vgl. hierzu WASSERFALLEN, S. 8 Rz. 11; Siehe auch Rz. 30.

⁵⁹ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1529.

Verjährung der Klage auf Beseitigung die Möglichkeit, sich vor übermässigen Einwirkungen rechtlich zu schützen.

- 50 Im Bundesgerichtsfall vom 18. Mai 2000 wird festgehalten, «dass das nachbarliche Pflanzenrecht grundsätzlich vom kantonalen Recht beherrscht wird, dass es sich aber nicht um eine exklusive Rechtssetzungskompetenz handelt. Vielmehr umschreiben die Art. 679 Abs. 1/684 ZGB das landesweit geltende Minimum dessen, was Nachbarn einander schulden.»⁶⁰

2.4 Zulässigkeit des Kapprechts

2.4.1 Allgemeines

- 51 Gemäss Art. 687 Abs 1 ZGB kann der Nachbar überragende Äste oder eindringende Wurzeln, wenn sie sein Eigentum schädigen und auf seine Beschwerde hin nicht binnen angemessener Frist beseitigt werden, kappen und für sich behalten.

2.4.2 Grenzübergreifende Äste

- 52 Nur diejenigen Äste, die in das Nachbargrundstück ragen, dürfen gekappt werden, so Art. 687 Abs. 1 ZGB.

2.4.3 Übermässige Schädigung

- 53 Des weiteren wird im Gesetzestext eine Schädigung vorausgesetzt (wenn [die Äste] sein Eigentum schädigen).⁶¹ «**Schädigung** ist jede erhebliche, d.h. übermässige Beeinträchtigung des nachbarlichen Grundeigentums», so Rey/Strebel.⁶² Wenn ein Schaden nicht nachgewiesen werden kann, hat der Kläger keine Aussicht auf Obsiegen in einem Fall.
- 54 Als Beispiel für ein Gerichtsurteil, bei welchem der Nachweis der Schädigung nicht gelang, soll der Obergerichtsentscheid des Kantons Zürich vom 18. Mai 2016 dienen.⁶³ Hier ging es um einen Nachbarstreit, bei welchem die Klagende Partei im 2. Berufungsverfahren mit dem Antrag klagte, es sei der Beklagten Partei zu verbieten, die überhängenden Äste der Trauerweide zu kappen. Das Urteil ist auch insofern interessant als es aufzeigt, bis zu welchem Grad die Parteien sich buchstäblich «in die Haare geraten» können, so dass eine erhebliche Menge an Prozessen (zwei Bezirksgerichtsprozesse, ein Friedensrichter, und zwei Berufungsverfahren), Gutachten, Augenscheine etc. geführt wurde, mit dem Ziel einen Entscheid zu fällen.⁶⁴
- 55 Die besagte Trauerweide stand in der Stadt Zürich.⁶⁵ Das durch die Äste angeblich geschädigte Gebäude wurde an verschiedene Parteien vermietet.⁶⁶ Darunter war auch eine Wohnung, die über längere Zeit nicht vermietet werden

⁶⁰ BGE 126 III 452 E. 3d.

⁶¹ Art. 687 Abs. 1 ZGB.

⁶² REY/STREBEL, BSK, Art. 687 ZGB N 8.

⁶³ Urteil Zürcher Obergericht NP14010-O/U vom 18. Mai 2016.

⁶⁴ Zum Ganzen: Urteil Zürcher Obergericht NP14010-O/U vom 18. Mai 2016.

⁶⁵ NP14010-O/U E. 1.1.

⁶⁶ NP14010-O/U E. 5.5.1.

konnte.⁶⁷ Das Obergericht zog in Erwägung, dass die besagte Trauerweide in einem Grenzabstand von 2 m an das nachbarliche Grundstück gepflanzt war. Als grosser Zierbaum müsste die Weide einen Abstand von 8 m haben. Das Gericht gab aber zu bedenken, dass Klagen zur Beseitigung von Bäumen gemäss § 173 EG ZGB nach 5 Jahren seit der Pflanzung verjähren.⁶⁸ Bei der Frage ob der Beklagten ein Kapprecht zustehe, müsse allerdings ausgewertet werden, ob der Beklagten tatsächlich ein Schaden entstanden war.⁶⁹ Es ist nun nicht so trivial zu beurteilen, woran es lag, dass die Klage auf Unterlassung des Kapprechts gutgeheissen wurde. Einerseits liegt es auf der Hand, dass die einzige Zeugin nicht zu Gunsten der Beklagten aussagte,⁷⁰ andererseits ist zu vermuten, dass der Nachweis eines Schadens grundsätzlich nicht ganz unproblematisch zu sein scheint. Sobald andere Faktoren die Ursache für den Schaden sein könnten,⁷¹ wird die Kausalität, also der Zusammenhang zwischen Schaden und der schädigenden Ursache, bezweifelt und somit ist auch der Nachweis eines Schadens aus Art. 679 Abs. 1 ZGB nicht gegeben.

2.4.4 Negative Voraussetzung des Kapprechts

- 56 Gemäss Art. 687 Abs. 3 ZGB findet der Artikel keine Anwendung auf aneinander angrenzende Waldstücke.

2.4.5 Beschwerde beim Pflanzenbesitzer und Fristansetzung

- 57 Vor der Ausübung des Kapprechts ist gemäss Gesetzesartikel der verschuldeten Grundstückeigentümerin eine angemessene Frist anzusetzen, die Äste selber zu kappen. Wenn ein Grundeigentümer die Äste des Nachbarn kappt, und wenn nur eine der drei Voraussetzungen (Schädigung, Beschwerde, Frist) nicht gegeben ist, so handelt er in verbotener Eigenmacht, weshalb sich der Eigentümer mit Besitzschutzklage gemäss Art. 928 ZGB wehren kann.⁷²
- 58 Die Frist ist aus Beweisgründen am besten mit einem eingeschriebenen Brief anzusetzen, mit der Androhung, dass nach Ablauf der Frist das Kapprecht ausgeübt wird.⁷³ Eine gemäss Art. 2 *Treu und Glaube* und 4 *Gerichtliches Ermessen* ZGB angemessene Frist sollte nicht nur genügend Zeit für Beseitigungsarbeiten einräumen, sondern ebenso nicht in die Vegetationsperiode der Bäume oder Hecken fallen.⁷⁴ Das Zurückschneiden grösserer Bäume zum Beispiel erfordert die fachkundige Arbeit eines Gärtners.

⁶⁷ NP14010-O/U E. 3.2.

⁶⁸ NP14010-O/U E. 5.1.

⁶⁹ NP14010-O/U E. 5.2.

⁷⁰ NP14010-O/U E. 5.5.2.

⁷¹ Vgl. z.B. NP14010-O/U E. 5.7 ff.: Die Beklagte gab u.a. an, der Tropfbefall, Schattenwurf und Wurzelkonkurrenz der Hängeweide sorge für schlechtes Gedeihen der Johannisbeeren. Das Gutachten des Gärtners verwies daraufhin, dass von einer Beeinträchtigung des Grundstücks durch die Hängeweide «keine Rede sein könne». Ursache für das schlechte Gedeihen der Johannisbeeren könnte ungenügende Pflege sein.

⁷² Zum Ganzen: ROOS, S. 70 ; Zur « verbotener Eigenmacht» siehe auch BGE 66 II 228 E. 2 S. 234: «Se il vicino procede al taglio, benchè queste condizioni non siano adempiute, la ragion fattasi non è permessa e può considerarsi come un atto d'illecita violenza ai sensi dell'art. 928 CC, contro la cui minaccia può essere promossa l'azione di cessazione prevista da questo articolo ».

⁷³ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1524.

⁷⁴ REY/STREBEL, BSK, Art. 687 ZGB N9.

Hier sollten mindestens einige Wochen Frist eingeräumt werden – mit Vorbehalt, denn das Zurückschneiden der Äste bei Bäumen sollte grundsätzlich in der wachstumsfreien Phase zwischen dem 01. November und 01. März vorgenommen werden.⁷⁵

- 59 Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen durch eine zu kurze Nachfrist ausgelöst werden. Roos geht davon aus, dass bei einer zu kurzen Nachfrist nicht automatisch eine angemessene Frist zu laufen beginnt. Er bezieht die zu kurze Nachfrist auf das Nachbarrecht und macht den Einwand, dass der Eigentümer der Pflanze sich zur *zu kurzen* Frist äussern muss, allenfalls der Nachbar nach dem Treu und Glaube Prinzip davon ausgehen muss, dass die Frist angemessen ist.⁷⁶ Die Aussagen von Roos sind hier einleuchtend, weshalb die Angemessenheit der Fristen nicht weiter ausgeführt wird.

2.4.6 Rechtliche Durchsetzung

- 60 Art. 687 ZGB stellt ein Selbsthilferecht dar. Es soll möglichst verhindert werden, dass nachbarliche Streitigkeiten, die oft tiefere Streitsummen zugrunde haben, vors Gericht gelangen und es sollen in diesem Zusammenhang auch die nachbarlichen Beziehungen entlastet werden.⁷⁷ Zudem soll Abs. 2 des Artikels einen Anreiz schaffen, fruchttragende Bäume und deren Äste zu schonen. Die gestörten Eigentümer sollen auf das Kapprecht verzichten.⁷⁸
- 61 Bei diesem Selbsthilferecht handelt es sich um eine besondere Ausgestaltung des allgemeinen (Eigentums-) Art. 641 Abs. 2 ZGB, der zu einer klassischen *actio negatoria*⁷⁹ (Eigentumsklage) führt: «Er [der Eigentümer] hat das Recht, sie [die Sache] von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen, und jede ungerechtfertigte Wirkung abzuwehren». In Art. 687 ZGB, anders als in Art. 641 Abs. 2 ZGB, wird allerdings vorausgesetzt, dass eine Schädigung vorliegt.⁸⁰ Schädigen die überragenden Äste oder in das Erdreich eindringende Wurzeln den Nachbarn in erheblicher Masse, so darf er das Kapprecht anwenden.⁸¹ Die Kriterien zur Beurteilung von Übermässigkeit und dadurch zur Beurteilung, ob eine Schädigung vorliegt, sind dieselben wie wir das bereits bei Art. 684 ZGB *Immissionsschutz* gesehen haben.⁸²
- 62 Das kann anhand von einem Praxisbeispiel erläutert werden:
- 63 Im nachfolgenden Fall erhob X. beim Bundesgericht Berufung wegen Verletzung des Art. 679 i.V.m Art. 684 ZGB und 641 Abs. 2 ZGB der Vorinstanz. Die Klägerin X war Eigentümerin der Stassenparzelle, welche die Parzellen Nr. 2 und Nr. 3 von Y. erschloss (auf beiden Seiten dieser Strasse). Es ging um 6 Bäume (Serbische Fichte und Hängebuche, Japanische Zierkirsche, Japanischer Fächerahorn und Hängebuche), deren Äste teilweise in den Luftraum der Strassenparzelle hineinragten.⁸³

⁷⁵ ROOS, S. 85.

⁷⁶ ROOS, S. 86.

⁷⁷ ROOS, S. 68.

⁷⁸ ROOS, S. 69.

⁷⁹ SUTTER-SOMM, S. 374 N 794, 796; REY/STREBEL, BSK, Art. 687/688 ZGB N12.

⁸⁰ ROOS, S. 69.

⁸¹ BGE 131 III 506 E. 5.2 ; siehe Rz. 53 ff16.

⁸² BGE 131 III 505 E. 5.2; vgl. Rz. 44 f.

⁸³ Zum Ganzen: BGE 131 III 505 Sachverhalt.

- 64 Der Grund für die nachbarliche Auseinandersetzung war hauptsächlich die Folge von Laubfall, der gemäss der Klägerin, das Befahren der Strasse im Herbst wegen erhöhter Unfallgefahr erschwerte. Das Bundesgericht gab zu bedenken, dass das Quartier, in welchem die Parteien wohnen, ein Villenquartier ohne Durchgangsverkehr ist. Ebenso stünden auf den meisten benachbarten Parzellen der Klägerin Bäume, in einigen Fällen so dicht aneinander, dass sie Waldcharakter vermitteln. Laubfall sei angesichts der örtlichen Begebenheiten nichts Ungewöhnliches. Es kann vorausgesetzt werden, dass bei Laubfall in Verbindung mit Schnee und Regen besondere Vorsicht geboten ist. Daher solle man die Geschwindigkeit den Strassenverhältnissen anpassen. Das Bundesgericht ging indessen davon aus, dass die Vorinstanz bezüglich Übermässigkeit richtig entschied, als sie diese verneint hat.⁸⁴
- 65 Das Interessante an dieser Entscheidung ist, dass Art. 687 ZGB (das eigentliche Kapprecht) durch die Klägerin nicht für ihren Beseitigungsanspruch hinzugezogen wird. Sie stützt sich auf Art. 641 ZGB, der, so geht sie davon aus, eine Schädigung nicht erforderlich macht.⁸⁵ Das Bundesgericht sieht das anders: Aus Art. 641 Abs. 2 ZGB ergibt sich nicht unmittelbar das, was im Nachbarrecht unter ungerechtfertigter Einwirkung zu verstehen ist. Vielmehr ist Art. 641 Abs. 2 ZGB eine Grundnorm, deren erweiterte Ausführung für den Spezialfall «Pflanzen» in den Art. 687 ZGB und Art. 684 ZGB zu finden ist. Das ergebe sich ganz automatisch dadurch, dass Pflanzen erst dann von Gesetzes wegen zu entfernen sind, wenn sie ein fremdes Grundstück schädigen («gesetzgeberischer Wertungsentscheid zu Gunsten der Pflanze»)⁸⁶

3 Privatrechtliche Bestimmungen bei Einfriedungen

3.1 Rechtliche Grundlagen für Einfriedungen

- 66 Im Zivilgesetzbuch, nämlich im Art. 697 Abs. 1, ist die Kostenverteilung bei der Erstellung von Einfriedungen geregelt. Allerdings ist diese subsidiären Charakters: sie findet nur Anwendung, wenn in der kantonalen Gesetzgebung nichts geregelt wurde. Abs. 2 erteilt nämlich den Kantonen die Befugnis über Einfriedungen zu bestimmen.⁸⁷
- 67 Gestützt auf Art. 697 Abs. 2 ZGB dürfen die Kantone die Art der Einfriedung, die Abstände von der Grundstücksgrenze, die Maximalhöhe etc. bestimmen.⁸⁸ Im § 177 des Zürcher EG ZGB wird bestimmt, dass Grünhecken nicht gegen den Willen des nachbarlichen Grundeigentümers näher als 60 cm von der Grenze gesetzt werden dürfen. Hier ist auch die dispositive Natur des Artikels anzumerken.
- 68 Für tote Hecken (Mauern, Holzwände) gilt gemäss § 178 EG ZGB bis zu 150 cm Höhe kein Mindestabstand, d.h. diese Einfriedungen dürfen an die Grenze gelegt werden. Der Eigentümer darf daran auch Spaliere ziehen. Sollten die toten Hecken die Höhe von 150 cm übersteigen, so kann der benachteiligte Nachbar

⁸⁴ Zum Ganzen: BGE 131 III 505 E. 4.

⁸⁵ BGE 131 III 505 E. 5.

⁸⁶ Zum Ganzen: BGE 131 III 505 E. 5.5.

⁸⁷ REY/STREBEL, BSK, Art. 697 ZGB N 11; Der Art. 697 Abs. 1 ist wie die meisten Artikel des Nachbarrechts dispositiver Natur; Zu Kosten der Einfriedungen siehe Kapitel 3.5.

⁸⁸ REY/STREBEL, BSK, Art. 697 ZGB N 14.

den Wunsch äussern, dass sie je um die Hälfte der Höhe über 150 cm verlegt werden.⁸⁹ Wenn eine Mauer also 2 m hoch wäre, so könnte der Nachbar verlangen, dass sie um 25 cm in das Grundstück desjenigen Nachbarn, der die tote Hecke aufgestellt hat, verschoben wird.

- 69 Schliesslich regelt § 179 EG ZGB das Recht, Reparaturen an den toten Hecken bzw. Zuschneiden der lebenden Hecken vorzunehmen. Der Nachbar darf, sofern er den anderen in Kenntnis gesetzt hat, die Reparaturen vornehmen, er haftet aber für einen allfälligen daraus entstandenen Schaden.

3.2 Definition der Einfriedung

- 70 «Die Einfriedung ist ein von Menschenhand geschaffenes, demnach künstlich hergestelltes Objekt (z.B. Zaun, Bretter, Eisenbahnschwellenwand, Mauer, Graben oder eine lebende Hecke, sofern die einzelnen Pflanzen gesetzt oder gesetzt worden sind.»⁹⁰
- 71 Das Gesetz unterscheidet zwischen offenen und geschlossenen Einfriedungen. Der Unterschied liegt in der Licht- und Luftdurchlässigkeit. Tote Hecken (wo auch Mauern hinzugehören) sind geschlossene Einfriedungen und haben keine Durchlässigkeit, währenddem offene Einfriedungen Teildurchsicht erlauben.⁹¹
- 72 Ein Grundstück wird durch die Einfriedung gegenüber einem anderen abgeschlossen. So kann die Einfriedung verschiedene Zwecke haben: sie kann zum Fernhalten von Mensch und Tier dienen.⁹² Sie kann aber auch zur Kennzeichnung der Grundstücksgrenze bestimmend sein.⁹³

3.3 Wann ist eine Einfriedung unerlässlich?

- 73 Das Recht der Einfriedung fliesst aus dem Grundeigentum heraus.⁹⁴ Eine Einfriedungspflicht besteht nur als Realobligation, indem sie einen Grundeigentümer dazu verpflichtet eine Einfriedung zu erstellen. Eine Realobligation entsteht aber nur aus bestimmten Gründen: so gilt sie für Grundstücke, bei welchen durch das Fehlen einer Einfriedung ein Schaden gegenüber Dritten entstehen könnte. Dadurch würde sich die Grundstückseigentümerin haftbar machen, sollte sie nicht für Einfriedung gesorgt haben. Als Beispiel für Grundstücke mit Einfriedungspflicht nennen Rey/Strebel Steinbrüche oder Weidegrundstücke.⁹⁵

3.4 Einschränkungen bei der Errichtung von Einfriedungen

- 74 Dem Recht der Einfriedung können u.a. durch öffentliches Recht Schranken gesetzt werden, zum Beispiel, wenn Einfriedungen zur Strasse gerichtet gelegt werden. Ebenso unterstehen Einfriedungen der Schranke des

⁸⁹ § 178 EG ZGB.

⁹⁰ Art. 697 ZGB; REY/STREBEL, BSK, Art. 697 ZGB N 1; SUTTER-SOMM, S.309.

⁹¹ Zu Einfriedungen: <<https://www.bauwion.de>> >> «Lexikon» >> «Offene Einfriedung» bzw. «Geschlossene Einfriedung» (besucht am 30. Mai 2021).

⁹² REY/STREBEL, BSK, Art. 697 ZGB N 1; GÖKSÜ, CHK, Art. 697 ZGB N 1; SUTTER-SOMM, S.309.

⁹³ GÖKSÜ, CHK, Art. 697 ZGB N 1.

⁹⁴ GÖKSÜ, CHK, Art. 697 ZGB N 3.

⁹⁵ REY/STREBEL, BSK, Art. 697 ZGB N13.

Rechtsmissbrauchs – es darf keine meterhohe Absperrung gebaut werden, nur um den Nachbar zu trotzen.⁹⁶ Schliesslich gilt eine Einfriedung als unzulässig, wenn dem Nachbar mit der Einfriedung der Weg zum Wasser (Art. 689 und 690 ZGB) versperrt oder er an der Ausübung des Zutritts- oder Wegrechts (Art. 694, 695 ZGB) gehindert wird.⁹⁷ Falls auf dem Grundstück eine Dienstbarkeit besteht, zum Beispiel dieses mit einem Servitut belastet ist, kann die Einfriedung ganz oder teilweise untersagt sein.⁹⁸

3.5 Kostenaufteilung der Grundstückeigentümer bei Einfriedungen

- 75 Wie bereits in Rz. 66 erwähnt kommt, wenn das kantonale Gesetz nicht anders bestimmt,⁹⁹ gemäss Art. 697 Abs. 1 ZGB diejenige Grundstückeigentümerin für die Einfriedung auf, auf dessen Grundstück sie errichtet wird.
- 76 Gemäss Art. 670 ZGB wird Miteigentum der beiden Nachbarn vermutet, wenn Vorrichtungen zur Abgrenzung zweier Grundstücke, wie Mauern, Hecken, Zäune, auf der Grenze stehen. Dann teilen sich die Nachbarn die Kosten gemäss Art. 649 Abs. 1 ZGB.

3.6 Die Frage nach der Baubewilligung für Einfriedungen

- 77 Gemäss dem Zürcher Planungs- und Baugesetz § 309 Abs. 1 lit. h benötigt man für Mauern und Einfriedungen eine Baubewilligung. Allerdings ist dieser Grundsatz durch Abs. 2 relativiert worden. Dort heisst es, dass Massnahmen geringfügiger Bedeutung durch Verordnung von der Bewilligungspflicht zu befreien sind.
- 78 In der Zürcher Bauverfahrensverordnung vom 03. Dezember 1997 (BVV) in § 1 lit. e wird festgelegt, dass in den Bauzonen Mauern und geschlossene Einfriedungen bis 0.8 m Höhe sowie offene Einfriedungen keiner Baubewilligung bedürfen.

4 Öffentliches Recht

4.1 Die neue Verkehrserschliessungsverordnung

- 79 Die Verkehrserschliessungsverordnung (VErV; LS 700.4) regelt die Abstandsvorschriften von Mauern, Einfriedungen und Pflanzen im Bereich von Strassen der Fein- und Groberschliessung.¹⁰⁰ Unter Groberschliessung ist die Versorgung einer Bauzone mit den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen (hier Strassen, aber auch Wasser, Energieversorgung etc.) zu verstehen, währenddem die Feinerschliessung die einzelnen Parzellen mit den Hauptsträngen der Erschliessungsanlagen verbindet.¹⁰¹

⁹⁶ GÖKSÜ, CHK, Art. 697 ZGB N 3.

⁹⁷ REY/STREBEL, BSK, Art. 697 ZGB N 7.

⁹⁸ REY/STREBEL, BSK, Art. 697 ZGB N 5.

⁹⁹ In der Zürcher Gesetzgebung findet sich keine Bestimmung zur Kostenaufteilung zwischen den Nachbarn. Daher gilt das Schweizerische Zivilgesetzbuch.

¹⁰⁰ § 1 lit. c VErV.

¹⁰¹ JEANNERAT, PK RPG, N 21.

- 80 Die Verkehrserschliessungsverordnung führt die bis zum 01. Juni 2020 geltenden Normen zusammen: Strassenabstandsverordnung (StrAV; LS 700.4), die Verkehrssicherungsverordnung (VSiV; LS 722.15) und Zugangsnormen (LS 700.5). Die Normen der bisherigen Verordnungen/Normalien wurden gleichzeitig mit dem Inkrafttreten der VErV ausser Kraft gesetzt.¹⁰²

4.2 Grenzanstände von Einfriedungen zur Strasse

- 81 Offene Einfriedungen in unbegrenzter Höhe, Mauern und geschlossene Einfriedungen bis höchstens 0.8 m dürfen ohne Abstand zur Strasse gesetzt werden.¹⁰³ Geschlossene Einfriedungen oder Mauern dürfen bei geraden Strassenabschnitten und an der Aussenseite von Kurven höher ausfallen als 0.8 m.¹⁰⁴
- 82 Es dürfen Abstände von 0.5m von geschlossenen Einfriedungen und Mauern an allen Strassenabschnitten angeordnet werden, wo ein normgerechter Schutz für Fussgängerinnen und Fussgänger fehlt.¹⁰⁵ Dieses Eingreifen ist neu.¹⁰⁶ Gemäss Anhang 1 der VErV definiert sich die Strasse dadurch, dass durch sie mehr als 50 WE erschlossen werden.

4.3 Grenzabstände von Pflanzen zur Strasse

- 83 Gemäss § 27 der VErV gelten bei Pflanzen folgende Grenzabstände:
- Für Bäume gemessen ab Stammesmitte gilt der Mindestabstand von 4 m.
 - Für Sträucher und Hecken gilt ein Abstand, so dass sie nicht in den Lichtraum hineinragen, aber mindestens 0.5 m.
- 84 Die 4 m Grenzabstände für Bäume und mindestens 0.5 m für Hecken beziehen sich auf Abstände zur Strasse.¹⁰⁷
- 85 Es besteht gemäss § 27 Abs. 2 lit. a VErV auch die Möglichkeit auf einen geringeren Grenzabstand von Bäumen, nämlich 2 m, sofern der Grenzabstand zu Fusswegen geregelt werden soll. Das gilt auch für die Regelung von freigeführten Trottoirs, Velowegen und Strassen, die vorwiegend dem Quartierverkehr oder dem Verkehr der Anwohnerinnen und Anwohner dienen. Fusswege, freigeführte Trottoirs und Velowege gehören gemäss Anhang 1 VErV zu den Zufahrtswegen, für welche die Definition gilt, dass sie bis zu 50 Wohneinheiten erschliessen. Quartierstrassen hingegen dürfen bis zu 150 WE erschliessen und sind gemäss Anhang 1 VErV Zufahrtsstrassen.¹⁰⁸
- 86 Gemäss § 27 Abs. 2 lit. b ist eine Verringerung des Grenzabstandes auch im Interesse des Ortsbildes möglich.

¹⁰² LUGINBÜHL, S. 31.

¹⁰³ § 26 lit. a, b VErV.

¹⁰⁴ § 26 lit. c VErV.

¹⁰⁵ § 26 lit. c Satz 2 VErV.

¹⁰⁶ LUGINBÜHL, S. 38.

¹⁰⁷ Wie wir das bereits unter Rz. 82 dargelegt haben, erschliesst eine Strasse mehr als 50 WE.

¹⁰⁸ Gem. § 10 VErV darf die Gemeinde in dicht besiedelten Gebieten andere Höchstwerte bestimmen (bis zu 300 WE gem. Anhang 1 VErV).

- 87 Neu gemäss Verkehrserschliessungsverordnung kann der Werkträger bei Pflanzen die Verringerung des Grenzabstandes von einem Unterhaltsvertrag abhängig machen.¹⁰⁹ In Rechtsprechung und Lehre ist unumstritten, dass Strassen einen Werkcharakter haben; ebenso Plätze, Brücken, Passagen, Fusswege und Tunnels.¹¹⁰ Beim Werkträger handelt es sich folglich um den privaten oder öffentlichen Eigentümer der Strassenparzelle. Ein Unterhaltsvertrag sieht vor, dass der Grundstückseigentümer, auf welchem der in nur 2 m Grenzabstand gepflanzte Baum steht, diesen ohne Aufforderung seitens Werkträger zurückschneidet. Da es zu diesem Paragraphen noch keine Rechtsprechung gibt, kann man sich nur grob ausmalen, wie das in der Praxis geregelt wird bzw. nicht zu regeln ist.
- 88 Bei Sträuchern und Hecken gilt ein Grenzabstand von der Strasse, so dass sie nicht in den Lichtraum hineinragen, aber mindestens 0.5 m gemäss § 27 Abs. 1 lit. b VerV, wie wir das schon in Rz. 83 gesehen haben. Auch gemäss § 20 VErV ist der Lichtraum immer je nach Befahrungsintensität der Strasse mehr oder weniger hoch freizuhalten.¹¹¹
- 89 An der Innenseite von Kurven kann gemäss § 28 VErV für dichte Bepflanzungen über 0.8 m Höhe sowie für geschlossene Einfriedungen und Mauern verlangt werden, dass ein angemessener Abstand eingehalten wird. Aus dem Gesetzestext lässt sich nicht darauf schliessen, was ein *angemessener Abstand* ist. Wir gehen daher davon aus, dass dies im Einzelfall nach Massgabe der zuständigen Behörde – oder sollte der Fall vors Gericht gelangen, nach Massgabe des zuständigen Gerichts – geregelt wird.
- 90 Verkehrsgefährdende Pflanzen/Einfriedungen sind ohne Entschädigung zu entfernen. Dies war auch in der nun ausser Kraft gesetzten Strassenabstandsverordnung¹¹² vorgesehen. Wie wir später in Rz. 95 sehen werden, können in einigen Kantonen der Grundstückseigentümerin, auf welcher Grundstück die fragwürdigen Bäume stehen, die Kosten für die Entfernung auferlegt werden, wenn sie die Entfernung nicht selbst vornimmt.
- 91 Inventarisierte Schutzobjekte sowie Ausstattungen und Ausrüstungen für den bestimmungsgemässen Gebrauch der Strasse sind von den Abstandsvorschriften befreit.¹¹³ Es kann allerdings ein Abstand festgelegt werden, wenn die Verkehrssicherheit gefährdet ist.¹¹⁴

4.4 Eigenart der neuen Bestimmungen in der VErV

- 92 Es ist auffällig, dass alle neu hinzugefügten Normen dem Kanton mehr Bestimmung ermöglichen. Als hier zu nennen wären das öffentlich-rechtliche Eingreifen dort, wo der Schutz der FussgängerInnen nicht gewährleistet ist oder die Abhängigmachung eines Unterhaltsvertrages von der Verringerung des

¹⁰⁹ § 27 Abs. 3 VErV; LUGINBÜHL, S. 38.

¹¹⁰ LANG, S. 463; Vgl. Art 58 OR zur Haftung eines Werkeigentümers.

¹¹¹ Siehe hierzu auch LUGINBÜHL, S. 38.

¹¹² Ehemals LS 700.5.

¹¹³ § 29 VErV;

¹¹⁴ LUGINBÜHL, S. 38 f.

Grenzabstandes. Dadurch soll u.a. auch der Verkehrssicherheit gedient werden.¹¹⁵

- 93 Normen, die das öffentliche Interesse vertreten, sind zwingend. Dies ist jedenfalls die Verfügungstheorie, die auf den römischen Jurist Papinian zurückgeht.¹¹⁶ Honsell und Mayer ergänzen die archetypische Theorie mit einer wichtigen Aussage: ob ein Recht dispositiv ist oder nicht, hängt unter anderem davon ab, wie wichtig die Durchsetzung dieser Norm ist.¹¹⁷ Da es sich vorliegend um Sicherheitsaspekte handelt, und das öffentliche Interesse an dieser Stelle wichtiger ist als das individuelle, sind die Normen der Verkehrserschliessungsverordnung nicht änderbar.¹¹⁸

4.5 Unterschiedliche kantonale Legitimation des öffentlichen Rechts – Praxisbeispiele

- 94 In einer Zürcher Gemeinde war der Gemeindepräsident 2011 zum Erlass eines polizeilichen Befehls zwecks Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit befugt. Es ging dabei um die Freihaltung von Sichtbereichen und Wahrung des Lichtraumprofils.¹¹⁹ Dabei ist auffällig, dass es sich um eine polizeiliche Massnahme handelt und dass der Befehl den Empfängern direkt zugestellt wurde.¹²⁰
- 95 Vergleicht man dieses Urteil mit einem Urteil aus dem Jahr 2017 des Graubündnerischen Verwaltungsgerichts, so fallen einem die Unterschiede direkt ins Auge: Mittels zweimaliger Publikation im Amtsblatt der Stadt Chur wurden die Einwohner einer Gemeinde aufgefordert, ihre Hecken zurückzuschneiden. Ohne Kontaktaufnahme mit den Eigentümern der störenden Hecken wurde der Auftrag zum Zurückschneiden an die Stadt Chur weitergeleitet, welche mit dem Zurückschneiden Dritte beauftragte. Die Stadt Chur vergass den betroffenen Grundstückeigentümern eine Frist zur Beseitigung der Heckenäste einzuräumen.¹²¹
- 96 Beide Verwaltungsgerichte legitimieren ihre Taten aufgrund dessen, dass die Verkehrssicherheit gefährdet ist, aber eine Legitimierung durch einen polizeilichen Befehl erscheint in der bestimmten Situation angemessener. Hinzu kommt auch, dass die Graubündner Gemeinde ihre öffentlichen Aufgaben nicht wahrgenommen hatte, z.B. wurde die Verfügung nicht an alle Parteien zugestellt.

¹¹⁵ Verkehrssicherheit ist auch im Bundesgesetz vorgesehen, siehe Art. 6a SVG; Vgl. auch Urteil Verwaltungsgericht VB.2011.00772 E. 4.2.2 vom 16.01.2013.

¹¹⁶ HONSELL/MAYER, S. 275.

¹¹⁷ Sinngemäss HONSELL/MAYER, S. 275 f.: «Die Entscheidung darüber, ob die von einem Rechtssatz vorgesehene Ordnung durch eine andere vertragliche Regelung abgelöst werden kann, hat mit der Gliederung des Rechts in seine Hauptgebiete [Privat- bzw. öffentliches Recht] wenig zu tun. Sie hängt vielmehr davon ab, welche Maximen ein Gesetzgeber für unabdingbar hält, und auch davon, wie gross ihm die Gefahr der Ausnützung von Übermacht erscheint.»

¹¹⁸ Die einzige Nennung eines Vertrages, nämlich eines Unterhaltsvertrages, haben wir bereits im § 27 Abs. 3 VErV gesehen: dort wird die Grundstückeigentümerin sozusagen gezwungen, einen Unterhaltsvertrag einzugehen, sofern sie den Grenzabstand ihres Baumes zur Strasse um 2 m verringern möchte. Aber auch hier darf der Grenzabstand nicht unter 2 m ausfallen. Somit wird die Norm selbst durch diesen Unterhaltsvertrag nicht verändert.

¹¹⁹ Zum Ganzen: Urteil Verwaltungsgericht Kanton Zürich VB.2011.00144 E. 1 vom 12.05.2011.

¹²⁰ VB.2011.00144 E. 1 und Sachverhalt I.

¹²¹ Zum Ganzen: Urteil Verwaltungsgericht Kanton Graubünden R 17 67 vom 30.10.2017.

Die Verfügung war demnach bereits bei der Eröffnung nicht fehlerfrei, was zur Teilnichtigkeit derselben führte.¹²²

5 Schluss

- 97 Im privaten Nachbarrecht wurde dargestellt, dass Bundesrecht die Kantone befugt, über die Abstände von Einfriedungen und Pflanzen und ebenso über die Verjährbarkeit der Beseitigungsklage, zu bestimmen. Übermässige Immissionen und Kapprecht bzw. Anriesrecht werden zwar durch das Bundesgesetz geregelt, aber deren rechtliche Durchsetzung richtet sich hauptsächlich nach kantonalem Recht.
- 98 Die kantonalen Abstände für Pflanzen sind auf 60 cm für Hecken und Sträucher, Gartenbäume und kleinere Zierbäume festgelegt. Für Feldobstbäume gilt ein Mindestabstand von 4 m und für Waldbäume ein Abstand von mindestens 8 m. Diese Bestimmungen können allerdings mit dem Einverständnis des Nachbarn den jeweiligen Bedürfnissen angepasst werden.
- 99 Der Grundstückeigentümer kann sich gemäss Bundesgesetz wehren, wenn übermässige Immissionen vom Nachbargrundstück ausgehen. Immissionen können materieller oder negativer Art sein. Als materielle Immissionen sind übermässiges Wurzelwerk oder Laubfall, und als negative Immissionen der Entzug von Sonnenlicht zu nennen. Das Gericht hat gewissen Ermessensspielraum, muss sich aber bei der Beurteilung auch an gewisse Richtlinien halten. Als wichtigste Kriterien seien hier die Interessenlage und die Ortsüblichkeit genannt. Grundsätzlich kann eine Einwirkung, die ortsüblich in Erscheinung tritt nicht als übermässig gelten. In Ausnahmefällen, wenn objektive Kriterien gegeben und die Ortsüblichkeit der Einwirkung verneint werden muss, kann der sich wehrende Nachbar sogar Recht bekommen, auch wenn die Klage auf Beseitigung nach dem kantonalen Gesetz bereits verjährt ist.
- 100 Beim Kapprecht handelt es sich um ein Selbsthilferecht. Es soll möglichst verhindert werden, dass Fälle mit kleinen Streitsummen vors Gericht gelangen. Die Kriterien nach deren Massgabe Kapprecht ausgeführt werden darf, sind denjenigen des Immissionsschutzes vergleichbar. Beim Kapprecht muss allerdings eine Schädigung des Grundstücks nachgewiesen werden, während es bei Immissionsschutz ausreicht, die Übermässigkeit der Immission nachzuweisen. Es darf dabei nicht vergessen werden, dem Nachbar eine Frist zur Beseitigung der schädigenden Äste einzuräumen, allenfalls nicht mehr auf das Kapprecht gestützt werden kann.
- 101 Bei den Einfriedungen zwischen privaten Parteien ist festzuhalten, dass diese nur bei Realobligationen, wo ein Schaden gegenüber Dritten verhindert werden soll, unbedingt zu errichten sind, anderenfalls haftet bei Schaden der Grundstückeigentümer. Mauern, also sogenannte tote Hecken bis zu einer Höhe von 150 cm, dürfen an die Grundstücksgrenze gesetzt werden, währenddem pflanzliche Einfriedungen einen Mindestabstand von 60 cm vom Nachbargrundstück aufzuweisen haben, es sei denn die Parteien haben etwas anderes vereinbart. Wenn die toten Hecken die Höhe von 150 cm übersteigen, dann kann der Nachbar verlangen, dass sie um die Hälfte der Höhe über 150 cm zurückversetzt werden. Die Kosten der Einfriedungen sind grundsätzlich zu

¹²² Urteil Verwaltungsgericht Kanton Graubünden R 17 67 E. 2 lit. e vom 30.10.2017.

teilen, wenn die Einfriedung an der Grenze steht. Wird die lebende Hecke von einer Partei auf eigenem Grundstück errichtet, so muss die Partei selbst dafür aufkommen. Schliesslich ist zu sagen, dass offene Einfriedungen und geschlossene Einfriedungen bis 0.8 m Höhe keiner Baubewilligung bedürfen.

- 102 Wenn die Nachbarn öffentlich-rechtlicher Natur sind, dann kann die Private Partei keine Ansprüche aus Art. 684 *Immissionsschutz* geltend machen. Ebenso kann Immissionsschutz nicht auf Bäume, welche durch öffentliches Recht unter Schutz gestellt wurden, angewandt werden.
- 103 Öffentlich-rechtliche Abstandsvorschriften sind im Gegensatz zu den privatrechtlichen nicht dispositiv, da das öffentliche Interesse, hier als Hauptinteresse die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer, stärker ist als das private. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Lichtraum freibleiben muss. Es gelten Mindestabstände von 4 m für Bäume und 50 cm für Hecken und Sträucher. Der Abstand für Bäume kann auf bis zu 2 m verringert werden, wenn es sich um Zufahrtsstrassen handelt, die bis zu 150 WE erschliessen. Die Verringerung des Abstandes kann der Gesetzgeber von einem Unterhaltsvertrag abhängig machen. Für geschlossene Einfriedungen gilt allgemein, dass sie in bis zu 80 cm Höhe ohne Abstand zur Strasse gesetzt werden können und speziell, dass ein Mindestabstand von 50 cm angeordnet werden kann, wenn normgerechter Schutz für Fussgänger und Fussgängerinnen fehlt. Wie wir das gesehen haben, kann der Gesetzgeber schärfere Richtlinien bestimmen, wenn die Verkehrssicherheit gefährdet ist. Die öffentliche Bestimmungsmacht tritt mit der neuen Verkehrserschliessungs-verordnung stärker in Erscheinung.
- 104 Im öffentlichen Recht haben wir gesehen, dass es unterschiedliche Vorgehensweisen der Behörden auf kantonaler Ebene gibt. Inwieweit das schweizweit abgeglichen wird, ist schwer zu sagen, aber eine Vereinheitlichung wäre im Sinne der Gemeinden, insofern die kantonalen Verfahren auf Schweizer Ebene legitimiert wären.