



<b>Fall-Nr.:</b>	BO.2015.34
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	06.07.2018
<b>Entscheiddatum:</b>	06.07.2018

### Entscheid Kantonsgericht, 06.07.2018

**Art. 2 Abs. 2 ZGB (SR 210); Art. 98 Abs. 4 aEG-ZGB (sGS 911.1): Die Klägerin hat sich nicht dafür zu rechtfertigen, dass sie die Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften verlangt; die Anrufung dieser ist nur ganz ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich, so beispielsweise, wenn sie ohne irgendein sachliches Interesse erfolgt, was – unter Mitwirkung der Klägerin – von der Gegenpartei zu beweisen ist. Art. 641 Abs. 1, Art. 679 Abs. 1 und Art. 702 ZGB: Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften sind im Grundsatz selbstständig nebeneinander anwendbar; lediglich im Konfliktfall können öffentlich-rechtliche Bestimmungen dem Zivilrecht vorgehen. Art. 342 ZPO (SR 272): Hängt die Durchsetzbarkeit eines nachbarrechtlichen Beseitigungsanspruchs von der Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung ab, kann dies einen begründeten Ausnahmefall darstellen, der den Erlass eines bedingten Entscheids oder unter Umständen die Sistierung des Zivilverfahrens rechtfertigt (Kantonsgericht, I. Zivilkammer, 6. Juli 2018, BO.2015.34).**

Sachverhalt (Zusammenfassung):

A. (nachfolgend: Klägerin) ist Eigentümerin des unbebauten Grundstücks Nr. 1a im Grundbuch G., das im Osten an die bebaute Parzelle Nr. 1b von B. (nachfolgend: Beklagte) grenzt. Beide Grundstücke stossen im Süden an eine Gemeindestrasse dritter Klasse. Die bebaute Parzelle Nr. 2a im Grundbuch C., die sich vormals im Eigentum der Klägerin befand, grenzt im Norden ebenfalls an diese Gemeindestrasse. In der südwestlichen Ecke der Parzelle Nr. 1b steht eine Gruppe von fünf Tannen, die wegen ihres Grenzabstands zum Grundstück Nr. 1a spätestens seit 22. Mai 2013 zu Differenzen zwischen den Parteien führte, da die Klägerin von der Beklagten die Entfernung bzw. Versetzung der Tannen verlangte. Mit Klage vom 23. Januar 2015 beantragte die Klägerin, die Beklagte sei unter Androhung einer Busse gemäss Art. 292



StGB im Ungehorsamsfalle und der Ersatzvornahme durch einen Dritten zu verpflichten, die im Grenzabstand gemäss Art. 98 Abs. 4 aEG-ZGB befindlichen hochstämmigen Bäume (fünf Tannen) zu entfernen. Die Beklagte setzte sich dagegen zur Wehr und berief sich dabei einerseits auf Rechtsmissbrauch und andererseits auf öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften, welche einer Beseitigung der strittigen Tannen entgegenstehen würden; die Grenzabstandsverletzung bestritt sie demgegenüber nicht. Mit Entscheid vom 24. April 2015 hiess der Einzelrichter des zuständigen Kreisgerichts die Klage teilweise gut. Anstelle des beanspruchten direkten Vollzugs fällte er einen bedingten Entscheid, indem er die Beseitigungspflicht der Beklagten an die Vollstreckbarkeit und Rechtskraft einer vom Gemeinderat G zu erlassenden Bewilligung zum Fällen der Bäume bzw. eines von diesem zu erlassenden Entscheids, dass es dafür keiner solchen bedarf, knüpfte. Gegen diesen Entscheid des Einzelrichters erhob die Beklagte mit Eingabe vom 24. Oktober 2015 Berufung beim Kantonsgericht. Im Hinblick auf ein mittlerweile anhängig gemachtes öffentlich-rechtliches Verfahren, dessen von den Parteien vorgebrachte Entscheide (Gemeinderat, Rekursinstanz) zulässige echte Noven darstellten, wurde das Berufungsverfahren zwischenzeitlich sistiert und alsdann – nachdem Ersteres rund zwei Jahre später noch keinen rechtskräftigen Abschluss gefunden hatte, was der Berufungsinstanz in Form eines Rückweisungsentscheids des Verwaltungsgerichts und eines eingeholten Amtsberichts im Rekursverfahren wiederum zulässigerweise zur Kenntnis gebracht wurde – wieder an die Hand genommen.

Erwägungen (Auszug):

III.

[...]

2. Die Beklagte wendet zunächst ein, dass sich die Klägerin bis vor kurzem nie an den Tannen gestört habe. Der Beseitigungsanspruch werde ohne rechtliches Interesse und damit schikanös erhoben. Überdies verhalte sich die Klägerin widersprüchlich und überspitzt formalistisch. Insgesamt erweise sich der Beseitigungsanspruch deshalb als rechtsmissbräuchlich und nicht schützenswert. Die Klägerin bestreitet den Vorwurf des



Rechtsmissbrauchs. Das Grundstück Nr. 1a sei erst vor kurzem der Bauzone zugeteilt worden und sie beabsichtige nun, die Parzelle zu veräussern.

a) Das Verbot des Rechtsmissbrauchs erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung mit Einschluss des öffentlichen Rechts sowie des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts. Es gilt von Amtes wegen und soll die Durchsetzung bloss formaler Rechte verhindern, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen stehen (BGE 131 V 97 E. 4.3.1; BGE 128 III 201 E. 1.c). Ein Rechtsmissbrauch kann dabei, wie von der Beklagten vorgebracht, unter anderem bei interessenloser, schikanöser oder verzögerter Rechtsausübung sowie bei widersprüchlichem Verhalten vorliegen (vgl. BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 37 ff.; Hausheer/Aebi-Müller, Berner Kommentar, N 198 ff. zu Art. 2 ZGB). Der Rechtsschutz wird indes nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch verweigert (Art. 2 Abs. 2 ZGB; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 27).

aa) Bei der Geltendmachung von kantonalen Abstandsvorschriften gilt bei behaupteter interessenloser, schikanöser Rechtsausübung der Grundsatz, dass der Nachbar, der die Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften verlangt, kein besonderes Interesse nachzuweisen hat und sich in der Regel auch keine Interessenabwägung gefallen lassen muss, da bereits der kantonale Gesetzgeber mit der Festsetzung der Abstandsvorschriften die Abwägung der nachbarlichen Interessen vorgenommen hat (Entscheid des Kantonsgerichts vom 24. September 1999 i.S. RZ. 1999.38; Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, S. 56; Lindenmann, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, S. 55). Der Beseitigungsanspruch ist insbesondere nicht vom Nachweis übermässiger Einwirkungen abhängig, sondern beruht grundsätzlich allein darauf, dass der vorgeschriebene Mindestabstand unterschritten wird (BGE 126 III 452 E. 3.c/bb). Die Geltendmachung der kantonalen Abstandsvorschriften ist deshalb nur ganz ausnahmsweise rechtsmissbräuchlich, wenn sie den vom Nachbar vorgebrachten Interessen nicht oder in rein schädigender Absicht dient (Roos, a.a.O., S. 57). Unterliegt der Beseitigungsanspruch, wie im Kanton St.Gallen, keiner Verjährung (Kley-Struller, Kantonales Privatrecht, S. 200), so bildet das Fehlen einer Beeinträchtigung in der gegenwärtigen Grundstücksnutzung aber immerhin ein Indiz für eine interessenlose, schikanöse Rechtsausübung (Roos, a.a.O., S. 57).



bb) Bei der verzögerten Rechtsausübung, die eine Unterfallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens darstellt, gilt der Grundsatz, dass das blosses Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Rechtsmissbrauch begründet, da kein Gebot zügiger Rechtsausübung besteht (BGE 125 I 14 E. 3.g; BGE 110 II 273 E. 2; BGE 105 II 39 E. b; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 49; BK-Hausheer/Aebi-Müller, N 280 ff. zu Art. 2 ZGB). Selbst für den Fall, dass das kantonale Recht, wie im Kanton St.Gallen, keine Verjährung des Beseitigungsanspruchs vorsieht, begründet ein langes Tolerieren einer Pflanze für sich allein noch keinen Rechtsmissbrauch. Langes Zuwarten mit der Geltendmachung kann deshalb höchstens ein Indiz für ein fehlendes schützenswertes Interesse des Nachbarn sein (Roos, a.a.O., S. 62 f.; Entscheid des Kantonsgerichts vom 24. September 1999 i.S. RZ.1999.38). Damit Rechtsmissbrauch bejaht werden kann, müssen aber besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (BGE 129 III 493 E. 5.1; BGE 127 III 357 E. 4.c/bb; BK-Hausheer/Aebi-Müller, N 283 zu Art. 2 ZGB; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 49, jeweils mit weiteren Hinweisen; Roos, a.a.O., S. 63).

[...]

b/aa) Nach dem Gesagten hat die Klägerin kein besonderes Interesse an der Fällung der den Grenzabstand verletzenden fünf Tannen nachzuweisen. Sie hat sich – entgegen dem, was die Beklagte hier anzunehmen scheint – grundsätzlich nicht dafür zu rechtfertigen, dass sie die Einhaltung der kantonalen Abstandsvorschriften verlangt. Ebenso wenig muss sie sich eine Interessenabwägung gefallen lassen oder dartun, inwiefern der Schutzzweck von Art. 98 aEG-ZGB durch die fünf Tannen tangiert wird. Hätte der kantonale Gesetzgeber eine Regelung treffen wollen, die den gegenläufigen Interessen und der konkreten Schutzbedürftigkeit in jedem Einzelfall Rechnung trägt, hätte er mit unbestimmten Gesetzesbegriffen operiert, auf das "Ermessen" verwiesen oder die Bestimmung als "Kann-Vorschrift" ausgestaltet und dadurch dem Rechtsanwender Tatbestands- (vgl. etwa Art. 684 Abs. 1, Art. 736 Abs. 1 ZGB) und/oder Rechtsfolgeermessen eingeräumt (vgl. etwa Art. 736 Abs. 2 ZGB, Art. 112<sup>bis</sup> und Art. 112<sup>ter</sup> EG-ZGB). Stattdessen hat er sich mit Art. 98 aEG-ZGB (s. auch Art. 98<sup>bis</sup>-98<sup>sexies</sup> EG-ZGB) für eine allgemeine Regelung der bei Pflanzen



einzuhaltenden Grenzabstände entschieden, von der aufgrund des dispositiven Charakters der Rechtsnorm nur – aber immerhin – in beidseitigem Einverständnis abgewichen werden kann. Somit ist dieser Bestimmung im Streitfall und mit Blick auf die Interessenlage nur dann ausnahmsweise die Anwendung zu versagen, wenn sie ohne irgendein sachliches Interesse angerufen wird oder zu einem krassen Missverhältnis der Interessen führt (BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 39 und 41; BK-Hausheer/Aebi-Müller, N 207 ff. und N 213 ff. zu Art. 2 ZGB). Für beides ist die Beklagte beweispflichtig, wobei die Gegenpartei – insbes. weil eine unbestimmte negative Tatsache in Frage steht – nach Treu und Glauben bei der Beweisführung mitzuwirken hat, indem sie Gründe für das Bestehen eines Interesses anführt (zur Beweislast: BGE 138 III 425 E. 5.2 und 5.4 f.; BGE 135 III 162 E. 3.3.1; zur Mitwirkungspflicht: BGE 138 II 465 E. 6.3; BGE 137 II 313 E. 3.5.2).

Abgesehen davon, dass sich die beweisbelastete Beklagte somit nicht mit der blossen Bestreitung der von der Klägerin behaupteten und zum Beweis verstellten Interessen begnügen durfte, fällt vorliegend eine interessenlose Rechtsausübung – ein krasses Missverhältnis machte die Beklagte nicht geltend – ausser Betracht, da der Verbleib des Grundstücks Nr. 1a in der Bauzone erst seit dem Jahre 2014 endgültig feststeht und die Klägerin nunmehr offenbar den Verkauf beabsichtigt. Dass im Grenzabstand befindliche hochstämmige Bäume die Gestaltungsmöglichkeiten einer künftigen Überbauung des angrenzenden Grundstücks einschränken und damit auch den Verkehrswert vermindern können, ist als gerichtsnotorisch anzusehen. Ein Rechtsschutzinteresse besteht damit, wie die Vorinstanz bereits festgestellt hat, auch ohne Prüfung der konkreten Verkaufsabsicht der Klägerin. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass das betreffende Grundstück zurzeit offenbar landwirtschaftlich genutzt wird und die Tannen diese Nutzung nicht stören. Zwar kann das Fehlen einer Beeinträchtigung in der gegenwärtigen Grundstücksnutzung ein Indiz für einen Rechtsmissbrauch sein, vorliegend befindet sich das Grundstück Nr. 1a aber definitiv nicht mehr in der Landwirtschaftszone und soll dementsprechend in Zukunft auch nicht mehr landwirtschaftlich genutzt, sondern überbaut werden. Irrelevant ist sodann, dass die Klägerin nicht mehr Eigentümerin des Grundstücks Nr. 2a ist, da die vorliegende Klage auf einer Verletzung des Grenzabstands zum Grundstück Nr. 1a beruht.



bb) Auch das lange Tolerieren der Tannen durch die Klägerin begründet für sich alleine noch keinen Rechtsmissbrauch. Zwar ist der Beseitigungsanspruch vorliegend unverjährbar. Zusätzliche besondere Umstände, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit der Klägerin in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen, sind jedoch, wie bereits die Vorinstanz festgestellt hat, nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den erst im Jahr 2014 richterlich bestätigten Verbleib des klägerischen Grundstücks in der Bauzone, aufgrund dessen sich die Auswirkungen der Grenzabstandsverletzung der streitigen Tannen und damit auch das Interesse der Klägerin an deren Fällung verfestigt haben. Das Alter der zu fällenden Bäume ist in diesem Zusammenhang, insbesondere wegen der veränderten Interessenlage, irrelevant.

[...]

c) Zusammenfassend mag zwar zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht feststehen, ob und inwieweit die fünf Tannen der Verkaufs- und Überbauungsabsicht der Klägerin tatsächlich zuwiderlaufen würden, was wohl auch die Vorinstanz meinte, indem sie das Verhalten der Klägerin aufgrund der noch fehlenden konkreten Überbauungsabsicht als "fraglich" bezeichnete. Die hohen Anforderungen an einen Rechtsmissbrauch werden durch die Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs aber klarerweise nicht erfüllt, da sich die im Grenzabstand befindlichen Tannen jedenfalls abstrakt dazu eignen, die Verwirklichung der von der Klägerin angeführten Interessen zu erschweren, indem sie namentlich die Verkäuflichkeit beeinträchtigen.

3. Die Beklagte wendet zudem ein, die zu fällende Tannengruppe sei ohnehin als charakteristisches Element der Landschaft geschützt. Die ausdrücklich gestützt auf Art. 98 Abs. 4 aEG-ZGB erhobene Klage sei abzuweisen, da ihr ein öffentlich-rechtliches Fällverbot entgegenstehe. Die Klägerin stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass die fünf fraglichen Tannen weder im Plan noch im Anhang zur Schutzverordnung als geschützter Baumbestand ausgeschieden und folglich von der Bestimmung gar nicht angesprochen seien. Eine Bewilligung zur Fällung sei deshalb nicht notwendig. Hierzu legte die Klägerin eine – noch nicht rechtskräftige – Feststellungsverfügung des Gemeinderates G. vom 31. August 2015 ins Recht, wonach



## St.Galler Gerichte

keine Bewilligungspflicht bestehe. Jedenfalls sei das Fällen der fünf Bäume aber bewilligungsfähig.

a/aa) Dem kantonalen Privatrecht und damit Art. 98 aEG-ZGB vorbehalten bleiben besondere Vorschriften des öffentlichen Rechts (Art. 702 ZGB; Art. 117 EG-ZGB). Vorschriften wie die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über den Waldabstand (Art. 91 PBG, sGS 731.1), den Gewässerabstand (Art. 90 PBG) oder die Grenzabstände zu öffentlichen Strassen und Plätzen (Art. 104-108 StrG, sGS 732.1) können die privatrechtlichen Regeln von Art. 98 aEG-ZGB verdrängen. Gleiches gilt auch für ein öffentlich-rechtliches Fällverbot (Roos, a.a.O, S. 228; Kley-Struller, S. 206). Keinesfalls verdrängen öffentlich-rechtliche Vorschriften das Privatrecht aber vollständig, wie die Beklagte anzudeuten scheint. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften sind vielmehr jedenfalls im Grundsatz selbstständig nebeneinander anwendbar (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, N 951, mit Verweis auf BGE 126 III 223 E. 3.c); lediglich im Konfliktfall gehen öffentlich-rechtliche Bestimmungen und somit auch die Vorschriften des kantonalen öffentlichen Rechts über die Unterschutzstellung von Bäumen dem kantonalen Zivilrecht vor (BGE 132 III 6 E. 3.1 f. = Pra 2006 Nr. 144; BGer 1C\_69/2017 E. 3.2; Roos, a.a.O., S. 228). So führt beispielsweise eine Bewilligungspflicht für das Fällen von Bäumen entgegen der Auffassung der Beklagten (noch) nicht dazu, dass die privatrechtlichen Grenzabstandsvorschriften verdrängt werden. Die Auferlegung einer Bewilligungspflicht bewirkt zunächst einmal bloss eine "formelle Unterschutzstellung" – Bäume dürfen nicht gefällt werden, ohne dass zuvor die erforderliche Erlaubnis eingeholt wurde. Sie soll es der zuständigen Behörde ermöglichen, das beabsichtigte Fällvorhaben vorgängig auf seine Übereinstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Schutzbestimmungen zu überprüfen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 2650, 2654 und 2661; Heer, St.Gallisches Bau- und Planungsrecht, N 855 und 1048; vgl. auch Art. 146 PBG).

bb) Zu einem Normkonflikt mit Vorrang des öffentlichen Rechts kommt es hingegen dann, wenn ein Eigentümer nach (kantonalem) Privatrecht zur Beseitigung eines Baumes verpflichtet ist, dessen Erhaltung zugleich durch eine materielle Vorschrift des (kantonalen oder kommunalen) öffentlichen Rechts oder durch einen in konkretisierender Anwendung einer solchen ergangenen behördlichen Akt



vorgeschrieben wird ("materielle Unterschützstellung"), wodurch der nachbarrechtliche Abwehranspruch – zumindest solange, wie die Unterschützstellung bestehen bleibt – aufgehoben wird (vgl. Roos, a.a.O., S. 228). Denn Eigentumsrechte, die das Privatrecht verleiht, können nur soweit ausgeübt werden, als es die Rechtsordnung, insbesondere das öffentliche Recht mit seinen Eigentumseinschränkungen, zulässt (Art. 641 Abs. 1; BGer 1C\_69/2017 E. 3.2; Roos, a.a.O., S. 228; Kley-Struller, a.a.O, S. 205, mit Hinweis auf GVP 1983 Nr. 33, S. 74). Öffentlich-rechtliche Regelungen zum Schutz von Pflanzen schränken daher auch die Eigentumsbefugnisse von Nachbarn ein und überlagern deren zivilrechtliche Abwehransprüche.

cc) Liegt eine nachbarrechtliche Eigentumsüberschreitung vor, die an sich nach Art. 679 Abs. 1 ZGB abwehrfähig ist, verbietet aber das öffentliche Recht das dafür notwendige Fällen der Bäume, darf es dem Pflanzeneigentümer dann nicht möglich sein, sich hinter diesem Verbot zu verschanzen, wenn öffentlich-rechtlich Ausnahmen zugelassen sind, die mit Erfolgsaussicht beantragt werden können (vgl. Roos, a.a.O., S. 231 f.). Dies gilt umso mehr, wenn das Fällen von Bäumen gar nicht generell verboten, sondern unter Umständen bloss eine behördliche Prüfung der Auswirkungen auf einen weitläufigeren Schutzgegenstand voraussetzt. Denn zur Beseitigung i.S.v. Art. 679 ZGB kann neben der tatsächlichen Abholzung der Bäume auch und als notwendige Vorbereitungshandlung vorweg die Erlangung der erforderlichen Befugnis bzw. die Beseitigung des rechtlichen Verbots durch Stellung eines entsprechenden Antrags gehören. Ist es dem Pflanzeneigentümer möglich, eine Genehmigung zu erlangen, hängt das Schicksal der Beseitigung der Grenzabstandsverletzung (auch) von seinem Willen ab. Demzufolge gilt es zunächst zu prüfen, ob eine Unterschützstellung besteht und gegebenenfalls ob eine Befreiung durch Erlangung einer (Ausnahme-)Bewilligung möglich ist. Einer solchen Prüfung durch den Zivilrichter steht – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht entgegen, dass es insoweit um die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen geht und die Fällbewilligung selbst nur von der zuständigen Behörde erteilt werden kann. Ein rechtskräftiger Entscheid der hierfür zuständigen Verwaltungsinstanzen liegt (noch) nicht vor. Dann aber ist das Zivilgericht im Rahmen eines Zivilprozesses befugt, die entsprechende Vorfrage selbstständig zu prüfen (BGE 138 III 49 E. 4.4.3; BGE 90 II 158 E. 3; BGer 5A\_676/2017 E. 5). Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass eine Unterschützstellung ohne Befreiungsmöglichkeit besteht, scheidet eine Verurteilung zur Beseitigung aus, weil die Beklagte nicht zu



Massnahmen gezwungen werden kann, die ihr durch natur- und heimatschutzrechtliche Bestimmungen verboten sind.

b/aa) Vorliegend befinden sich die betroffenen Grundstücke Nr. 1a und Nr. 1b im Landschaftsschutzgebiet der Gemeinde G., weshalb die Schutzverordnung Ortsbilder, Kultur- und Naturobjekte, Kulturlandschaften, Natur- und Landschaftsschutzgebiete der Gemeinde G. vom 21. April 1993 (nachfolgend: Schutzverordnung) anwendbar ist. Diese Schutzverordnung geht als öffentlich-rechtliche Vorschrift der privatrechtlichen Bestimmung von Art. 98 aEG-ZGB im Konfliktfall vor. Gemäss Art. 1 gilt die Schutzverordnung unter anderem für die im Plan bezeichneten sowie das im Anhang der Verordnung aufgeführte Verzeichnis der Schutzgebiete und Schutzobjekte. Gemäss Art. 9 der Schutzverordnung, welcher sich im Einzelnen mit den Landschaftsschutzgebieten befasst, ist das charakteristische Bild der Landschaft zu erhalten (Abs. 1) und dürfen Eingriffe in die Landschaft sowie land- und forstwirtschaftliche Massnahmen wie Strassenbau, Entwässerungen, Aufforstungen, Rodungen usw. nur bewilligt werden, wenn sie sich gut ins Landschaftsbild einfügen und dem Schutzzweck nicht widersprechen (Abs. 2). Zuständig für eine allfällige Bewilligung ist der Gemeinderat G. (Art. 15 Schutzverordnung).

bb) Nach zutreffender Ansicht der Vorinstanz sind die streitigen Tannen zwar nicht im Anhang der Schutzverordnung als einzelne Schutzobjekte aufgeführt, werden als Teil des charakteristischen und erhaltenswürdigen Landschaftsbildes aber dennoch von der Schutzverordnung erfasst. Darüber hinaus hat sich die Vorinstanz einer Prüfung des Schutzzumfangs und der Erfolgsaussichten einer Befreiung davon mit Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur der Schutzverordnung entzogen, obschon sie als Zivilgericht in Ermangelung eines Entscheids der zuständigen Behörde befugt – und im Rahmen des vorgetragenen Tatsachenfundaments (Art. 55 Abs. 1 ZPO) – auch dazu verpflichtet gewesen wäre, die entsprechende Vorfrage selbstständig zu prüfen. Ob die Schutzverordnung neben den exemplarisch genannten, durchaus erheblichen Eingriffen in die Landschaft – insbes. der Rodung (Zweckentfremdung von Waldboden [vgl. Art. 4 WaG, SR 921.0]), wovon hier entgegen der anderslautenden Behauptungen der Beklagten offenkundig keine Rede sein kann – auch das Fällen der isolierten Tannengruppe auf Grundstück Nr. 1b für bewilligungspflichtig erklärt, erscheint fraglich, kann indessen offenbleiben, da der angefochtene Entscheid ohnehin nicht zu



Ungunsten der Beklagten als Berufungsklägerin abgeändert werden kann. Fest steht aber, dass durch die Schutzverordnung eine öffentlich-rechtliche Unterschutzstellung in Form eines Erhaltungsgebots der (umliegenden) Landschaft in ihrem Gesamtcharakter besteht. Ein generelles Verbot, Bäume im entsprechenden Landschaftsschutzgebiet zu fällen, besteht jedoch offensichtlich nicht, was sich bereits aus dem Wortlaut der Schutzverordnung ergibt. Auch die Beklagte selber erwähnt, die Fällung der Tannen sei bewilligungspflichtig und unter der Voraussetzung, dass damit keine Beeinträchtigung oder Beseitigung des Schutzgegenstandes ("Erhaltung des charakteristischen Bilds der Landschaft") verbunden sei, auch bewilligungsfähig (Art. 15 Abs. 3 Schutzverordnung). Doch vermag ihre teilweise auf unzulässigen Noven basierende Argumentation, wonach die auf Grundstück Nr. 1b befindliche Tannengruppe "als Waldfläche" derart prägend wirke, dass durch deren Beseitigung das charakteristische Bild des Landschaftsschutzgebiets Z. beeinträchtigt werde, nicht zu überzeugen. Zur Begründung kann im Wesentlichen auf die von der Klägerin mit Berufungsantwort dagegen vorgebrachten Einwendungen verwiesen werden. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Schutzverordnung einer Fällung der fraglichen Tannen nicht entgegenstehen dürfte. Das gilt umso mehr, als der Gemeinderat G. in der von der Klägerin mit Berufungsantwort ins Recht gelegten und noch nicht rechtskräftigen Feststellungsverfügung festgehalten hat, dass für das Fällen der fünf Tannen auf der westlichen Seite des Grundstücks Nr. 1b überhaupt keine Bewilligung benötigt werde, da die Tannen unter keinem Schutz stünden und deshalb auch nicht in der Schutzverordnung eingetragen seien. Bestätigt wird dieser Eindruck auch durch den im öffentlich-rechtlichen Rekursverfahren eingeholten und von der Klägerin noch am Tag des Erhalts mit Noveneingabe vom 27. April 2018 eingereichten Amtsbericht des Amtes für Natur, Jagd und Fischerei vom 3. April 2018, in welchem der Fichtengruppe als monotone Garten- bzw. Parzellenrandbepflanzung jegliche Schutzbedürftigkeit abgesprochen wird.

4. Weiter wendet die Beklagte ein, die Bewilligung sei keine Bedingung, über deren Eintritt der Zivilrichter zu urteilen berufen sei. Der Vollstreckungsantrag auf Fällung könne deshalb auch unter angeblicher Bedingung nicht geschützt werden, da dies im Zivilrecht nicht vorgesehen sei. Die Klägerin entgegnet, der Erlass eines bedingten Entscheids sei gerade eine mögliche Lösung, wenn vom Grundeigentümer der Einwand vorgebracht werde, eine öffentlich-rechtliche Bestimmung würde einer Beseitigung



entgegenstehen. Eventualiter verlangte sie eine Sistierung des Verfahrens, bis rechtskräftig über die Frage der Bewilligungspflicht entschieden sei, welchem Anliegen zwischenzeitlich entsprochen wurde.

a/aa) Besteht, wie vorliegend, selbst für den Fall einer gewissen Unterschutzstellung die Möglichkeit, dass dem Pflanzeneigentümer durch Erlangung einer Bewilligung die Befugnis zum Fällen der Tannen erteilt wird, so stellt sich die Frage, wie der Zivilrichter über einen nachbarrechtlichen Beseitigungsanspruch zu entscheiden hat, wenn das zur Erlangung einer allenfalls vorgeschriebenen Genehmigung notwendige Verwaltungsverfahren noch nicht angestrengt oder rechtskräftig abgeschlossen wurde. In der Lehre werden hierzu verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen. Dazu gehört – neben der Abweisung der Klage, der vorfrageweisen Prüfung der Befreiung durch den Zivilrichter (s. hierzu E. 3.a-b vorne) sowie der Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid der zuständigen Behörde – auch der Erlass eines bedingten Entscheids, welcher den Pflanzeneigentümer unter Vorbehalt einer (vom Kläger zu erwirkenden) Bewilligung zur Beseitigung verpflichtet (Roos, a.a.O., S. 231 f.).

bb) Der Erlass eines bedingten Entscheids, dessen gänzliche Wirksamkeit oder Vollstreckbarkeit vom Eintritt einer Bedingung abhängig ist, ist unter der Schweizerischen Zivilprozessordnung ausdrücklich zulässig (vgl. Art. 342 ZPO). Mit Bedingung ist dabei in erster Linie die aufschiebende (suspensive) Bedingung i.S.v. Art. 151 Abs. 1 OR gemeint (BSK ZPO-Zinsli, Art. 342 N 6). Durch Erlass eines bedingten Entscheids kann dem Grundsatz der Prozessökonomie Rechnung getragen werden, indem der obsiegenden Partei das Vollstreckungsverfahren bereits für die Frage des Bedingungseintritts zur Verfügung gestellt wird und es ihr dadurch erspart bleibt, diesbezüglich einen zweiten ordentlichen Prozess einzuleiten (Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 342 N 4; Kellerhals, Berner Kommentar, N 2 zu Art. 342 ZPO). Da über den Eintritt einer Bedingung neuer Streit entstehen kann, sind bedingte Entscheide im Interesse der Rechtssicherheit allerdings nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Ebenso sollte ein Entscheid nur dann bedingt erlassen werden, wenn der Eintritt der Bedingung im summarischen Verfahren festgestellt werden kann (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 236 N 21 f.; Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 23 N 14). Aus dem materiellen Recht ergibt sich schliesslich, unter welchen Voraussetzungen eine



Verurteilung zu einer bedingten Leistung erfolgen kann (BK-Kellerhals, N 6 zu Art. 342 ZPO; Jenny, DIKE-Komm-ZPO, Art. 342 N 3; BSK ZPO-Zinsli, Art. 342 N 7 mit Verweis auf Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, § 397 ZPO/BE N 5.a). Gemeint ist dabei aber keineswegs, dass es sich um eine Bedingung des materiellen Zivilrechts handeln muss, wie die Beklagte behauptet. Vielmehr soll damit klargestellt werden, dass sich aus dem materiellen öffentlichen oder Zivilrecht und nicht aus dem Prozessrecht ergibt, ob die Bedingung eingetreten ist oder welche Anforderungen an das gehörige Anbieten, Erfüllen oder Sicherstellen der Gegenleistung durch die obsiegende Klägerin zu stellen sind (vgl. BK-Kellerhals, N 6 zu Art. 342 ZPO).

b/aa) Die Kritik der Beklagten, wonach die Vorinstanz den Vorrang des öffentlichen Rechts missachtet habe, läuft ins Leere. Vielmehr trug die Vorinstanz diesem Vorrang und dem Umstand, dass nur die zuständigen Behörden, nicht aber die Zivilgerichte, eine allfällige (formelle) Unterschutzstellung der Tannen aufheben können, gerade dadurch Rechnung, dass sie die Verurteilung zur Beseitigung unter die Bedingung der rechtskräftigen Erteilung einer Bewilligung (bzw. Feststellung, dass es keiner solchen Bewilligung bedarf) stellte. Es ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern mit dem bedingten Entscheid der Vorinstanz der Fall, dass keine Bewilligung erteilt wird, "nicht bestrichen" werden soll, wie die Beklagte geltend macht. Wenn eine Bewilligung für das Fällen der Tannen benötigt und diese Bewilligung von der zuständigen Behörde verweigert wird, mitunter also ein Fällverbot besteht, kann der bedingte Entscheid nicht vollstreckt werden. Ein allfälliges Fällverbot findet somit ohne weiteres Niederschlag in Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Entscheids.

bb) Wenn die Beklagte im Weiteren einwendet, das öffentliche Recht sei keine Bedingung des Privatrechts, übersieht sie, dass insoweit es zur Fällung der strittigen Tannen tatsächlich einer behördlichen Bewilligung bedarf, das Bestehen bzw. die Durchsetzbarkeit des nachbarrechtlichen Beseitigungsanspruchs sehr wohl vom Eintritt einer ungewissen Tatsache, nämlich der Erteilung der entsprechenden Bewilligung abhängt. Basierend darauf ergibt sich sodann das Vorliegen eines begründeten Ausnahmefalls, der den Erlass eines bedingten Entscheids oder unter Umständen die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Entscheid der zuständigen Behörde über die Bewilligung(spflicht) rechtfertigt. Einerseits kann nämlich das Zivilgericht den Entscheid der zuständigen Behörde über die Beseitigung eines (allenfalls bestehenden)



Erlaubnisvorbehalts durch Erteilung der Bewilligung nicht vorwegnehmen und andererseits soll im Sinne der Prozessökonomie verhindert werden, dass sich die Beklagte hinter einem beseitigbaren bzw. gar nicht erst bestehenden öffentlich-rechtlichen Verbot verschanzen kann (vgl. dazu Roos, a.a.O., S. 231 f.). Während im vorinstanzlichen Verfahren mangels Einleitung eines Verwaltungsverfahrens noch kein Anlass für eine Sistierung bestand, hat auch die während mehr als zwei Jahren aufrechterhaltene Sistierung des Berufungsverfahrens aufgrund des Ausbleibens eines rechtskräftigen Endentscheids der angerufenen Verwaltungsinstanzen nicht zur erwarteten Vereinfachung des Verfahrens geführt, womit sich die Verurteilung zur Beseitigung unter dem Vorbehalt der Erteilung einer Bewilligung (bzw. Feststellung, dass es keiner solchen Bewilligung bedarf) auch ex post als zweckmässig erwies. Der Zivilrichter ist sodann zwar nicht zum Entscheid über die Erteilung, wohl aber zur Feststellung des Vorliegens einer Bewilligung bzw. Feststellungsverfügung als Vollstreckungsvoraussetzung berufen (Art. 342 ZPO). Eine derartige Feststellung hätte schliesslich auch dann zu erfolgen, wenn eine Bewilligung der zuständigen Behörde (bzw. eine Bestätigung, dass es keiner Bewilligung bedarf) bereits bei Erhebung der Klage vorgelegen hätte. Sie kann dabei vorliegend ohne weiteres im summarischen Verfahren erfolgen, welches für die Vollstreckung einer bedingten Leistung vorgesehen ist (Art. 339 Abs. 2 ZPO), lässt sich der Nachweis einer rechtskräftigen Bewilligung der zuständigen Behörde bzw. einer rechtskräftigen Feststellungsverfügung doch allemal durch Urkunden erbringen (vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen gilt für die Feststellung des Bedingungseintritts nach herrschender Lehre ohnehin keine Beweismittelbeschränkung (statt Vieler: Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 13.23, mit Hinweis auf Art. 254 Abs. 2 lit. b ZPO).

cc) Zusammenfassend zeigt sich somit, dass der Erlass eines bedingten Entscheids zulässig war und der besonderen Fallgestaltung, insbesondere dem Vorrang des öffentlichen Rechts, gerecht wird. Darüber, ob die Klage aufgrund der sich bei einer vorfrageweisen Prüfung ergebenden Zweifel an der Bewilligungspflicht auch hätte vorbehaltlos gutgeheissen werden können, braucht in Ermangelung einer Berufung bzw. Anschlussberufung seitens der Klägerin nicht entschieden zu werden (vgl. hierzu immerhin die Möglichkeiten gemäss Art. 337 Abs. 2 und Art. 341 Abs. 3 ZPO; BK-Kellerhals, N 26 ff. zu Art. 341 ZPO). Die Berufung ist damit abzuweisen.

[...]