

EGZGB 169, 170, Einordnung einer Pflanze. Unterschieden wird danach, wie eine streitige Pflanze nach ihrer Art und Gattung zu beurteilen ist, grundsätzlich unabhängig davon, zu welchem Zweck sie gepflanzt wurde und wie sie geschnitten wird.

(Sachverhalt)

Auf dem Grundstück der Beklagten wächst seit vier Jahren im Abstand von rund 3.8 Metern von der Grenze zur Klägerin eine Weide. Sie war beim Augenschein durch den Einzelrichter gut 5 m hoch und war in eine schirmförmige Form geschnitten. Die Klägerin verlangt Beseitigung des Baumes.

aus den Erwägungen:

2.1 Der Einzelrichter holte das Gutachten eines Baum-Fachmannes ein. Danach handelt es sich beim streitigen Baum um eine Trauerweide mit dem botanischen Namen "Salix Sepulcralis Chrysocoma", früher als "Salix Alba Tristis" bekannt, welcher eine Höhe von 20 m erreichen kann. Der Einzelrichter geht davon aus, dass hoch wachsende Bäume unter die Bestimmung von § 170 Abs. 1 EG/ZGB fallen und nicht näher als 8 m an die Grenze gesetzt werden dürfen. Nach Literatur und Praxis gelte aber eine Ausnahme für Pflanzen, welche nach den anerkannten Regeln der Baumpflege unter der Schere gehalten werden können und auch gehalten werden. Er nimmt in tatsächlicher Hinsicht an, die streitige Pflanze sei ein hochstämmiger/hochwachsender (Wald-)Baum oder ein grosser Zierbaum, der mit nur 3.84 m Abstand an sich zu nahe an der Grenze stehe. Gestützt auf die Erläuterungen des Experten erwägt er aber weiter, dass der Baum fachmännisch unter der Schere gehalten werden könne, ohne Schaden zu nehmen oder "zerstümmelt" zu werden. Es müsse daher angenommen werden, dass es sich "um einen kleinen unter der Schere zu haltenden im Sinne der erwähnten Ausnahme (vgl. Roos a.a.O. S. 154) Zierbaum im Sinne von § 169 EG ZPO handelt". Gestützt darauf weist der Einzelrichter die Beseitigungsklage ab.

2.2 In der Berufung wendet sich die Klägerin gegen die Auffassung des Einzelrichters. Die streitige Weide bleibe ein grosser Baum im Sinne des Geset-

zes, und auch wenn man sie unter der Schere halte, werde sie dadurch nicht zum Garten- oder kleinen Zierbaum im Sinne von § 169 Abs. 1 EG/ZGB. Demgegenüber erachten die Beklagten die Auffassung der Klägerin als ungerechtfertigt formal und als "Sippenhaftung der Bäume". Sie hätten die Weide von Anfang an in die heutige "Schirm"-Form und auf die Höhe von gut 5 m schneiden lassen, und werden das auch künftig tun - wogegen ein Gartenbaum oder ein Strauch nach § 169 Abs. 2 EG/ZGB ja rund 7,9 m (nämlich das Doppelte des Grenzabstandes) hoch werden dürfte. Dass eine Weide geschnitten werden kann, belegen sie mit Fotografien von Kopfweiden aus dem Botanischen Garten an der Zollikerstrasse in Zürich. Beide Parteien argumentieren je für ihren Standpunkt mit einem unveröffentlichten Entscheid des Obergerichtes vom 4. Januar 1974.

2.3 Die Trauerweide ist ein grosser Baum, das ist allgemein bekannt. Die Beklagten behaupten und belegen in der Berufungsduplik neu, dass Coop Bau und Hobby eine weidenartige Pflanze anbietet, welche nach dem eingelegten Prospekt nicht höher als 50 cm werden soll. Ob es Zwerg-Weiden gibt, ist allerdings nicht entscheidend, sondern es kommt auf den Wuchs des streitigen Baumes an. Die im Garten der Beklagten gepflanzte Form kann nach den Feststellungen des Experten eine Höhe von bis zu 20 m erreichen und ist daher von der Art her kein "kleiner Zierbaum" im Sinne von § 169 Abs. 1 EG/ZGB.

Die Praxis hat als kleine Zierbäume nicht nur solche Pflanzen angesehen, deren natürlicher Wuchs die vorgeschriebene Maximalhöhe nicht überschreitet, sondern auch solche, welche "nach den anerkannten Regeln der Baumpflege auf der vorgeschriebenen Höhe unter der Schere gehalten werden können und gehalten werden". Dabei soll ein wesentliches Kriterium sein, ob der Baum trotz des Schnittes seine ästhetische Wirkung und seine art- und sortenspezifische Gestalt behalte. Unter diesem Aspekt wurde etwa eine Rottanne einmal als nicht schneidbar betrachtet, da sie einen "Storchennest-Wuchs" entwickle, auf 6 m zurückgestutzte junge Tannen wurden aber auch schon als Zierbäume angesehen, und nach anderen Entscheiden sollen Tannen je nach Standort und Nutzung Wald- oder Zierbäume sein (im Einzelnen und mit detailliertem Nachweis der Entscheide Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002/Nachdruck 2004, S. 162 ff.).

Der von Roos zitierte (S. 166 Fn. 666) und von beiden Parteien des vorliegenden Verfahrens aufgenommene Entscheid des Obergerichtes vom 4. Januar 1974 betraf eine Scheinzypresse. Roos zitiert allerdings ungenau. Das Obergericht fragte, ob es bei Wald- oder anderen grossen Bäumen darauf ankomme, "welche Gestalt ihnen der menschliche Wille zuweise", und es *verneinte* das: die Frage, ob ein Baum unter der Schere gehalten werden könne, stelle sich nur, wenn es sich von der Art her um einen Zierbaum im Sinne von § 169 EG/ZGB handle. Das könne der Fall sein, wenn ein Baum - obwohl an sich einer Waldbaumgattung angehörend - zum Vornherein nicht zu diesem Zweck gepflanzt wurde, wie etwa bei kleinen Tännchen, die als Christbäume Verwendung finden sollten und daher offensichtlich schon nach Erreichung einer kleinen Höhe wieder entfernt werden. Im damals beurteilten Fall wurde der Beseitigungsanspruch gleichwohl abgewiesen: Eine Scheinzypresse könne zwar bis zu 30 m hoch werden, das streitige Exemplar werde aber diese Höhe nach den gutachterlichen Feststellungen nicht annähernd erreichen - jenem Beklagten wurde daher befohlen, die Pflanze künftig ständig auf der maximalen Höhe zu halten.

Mehrere der zitierten Entscheide und auch die Beklagten im vorliegenden Fall argumentieren mit ästhetischen Kriterien. Das ist freilich problematisch. Mit den Beklagten ist davon auszugehen, dass es nicht darauf ankommen könnte, wenn der Klägerin die "Schirm"-Form der streitigen Weide missfiele. Diese Form des Baumes mag nicht jedermanns Sache sein, doch schützt das EG/ZGB nicht das ästhetische Empfinden des Nachbarn, und es handelt sich nach der bei den Akten liegenden Fotografie jedenfalls nicht um einen so ausgefallenen Baum, dass sich aus den allgemeinen Behelfen des Nachbarrechtes aus ästhetischen Gründen ein Beseitigungs-Anspruch denken liesse. Wenn in den zitierten Entscheiden darauf abgestellt wird, ob ein Baum durch den Schnitt seine äussere Wirkung oder seine artspezifische Gestalt verlöre, ist das der konkreten Anwendung wenig nützlich, da der Gehölzschnitt durchaus der Mode unterworfen ist und ein systematischer Schnitt fast jede beliebige Form erzielen lässt (Roos S. 165 f.; ein Beispiel dafür stellen auch die so genannten Kopfweiden dar, auf welche sich die Beklagten in der Berufung mit Fotografien aus dem Zürcher Botanischen

Garten berufen. Welche Form einer bestimmten Baum-Art noch "schön" sei, kann und soll nicht der Richter bestimmen.

Die zitierten Entscheide stellen zum Teil allgemein darauf ab, ob Pflanzen unter der Schere gehalten werden können und gehalten werden. Zum Ersten wurde soeben festgestellt, dass daraus kaum ein griffiges Kriterium zu gewinnen ist. Unklar ist zudem, wie das zweite Element festgestellt werden soll. Bäume und Sträucher müssen bekanntlich ständig neu geschnitten werden, wenn sie eine bestimmte Höhe nicht überschreiten sollen. Die in der Berufungsduplik beiläufig aufgestellte Behauptung, die streitige Weide *könne* nicht mehr höher werden, ist neu, prozessual unzulässig und widerspricht auch der Erfahrung (gerade die von den Beklagten neu diskutierten Kopfweiden waren ja gerade darum für die Gewinnung von Weidenruten geschätzt, weil sie gleichsam unermüdlich nach jedem Schnitt wieder austreiben). Lässt man Pflanzen nach einer Zeit des Schnittes frei wachsen, werden Bäume weniger als Sträucher in ihre artspezifische Form zurückfinden, aber beide können sehr wohl noch erheblich hoch werden. Anders als die Beklagten ausführen lassen, kann ein Rückschnitt nur für die Pflanzen verlangt werden, für welche dies das kantonale Recht vorsieht. Ein von seiner Art her grosser Baum, und das ist die streitige Weide, muss eben nicht zurückgeschnitten werden. Ob sich der Eigentümer Rechtsmissbrauch vorwerfen lassen muss, der einen Baum zunächst regelmässig stutzte, ihn später wachsen liess und sich dann auf die mittlerweile eingetretene Verjähmung beruft, ist durchaus unsicher. Mit Sicherheit scheitern wird die Beseitigungsklage gegenüber einem Dritterwerbender des Grundstückes. Aus diesem Grund ist das Kriterium wenig praktikabel, dass eine Pflanze momentan unter der Schere gehalten wird.

Als massgebend zur Unterscheidung bleibt daher nur, wie eine streitige Pflanze nach ihrer Art und Gattung zu beurteilen ist, grundsätzlich unabhängig davon, zu welchem Zweck sie gepflanzt wurde und wie sie geschnitten wird - wie das Obergericht schon in dem von den Parteien diskutierten Entscheid vom 4. Januar 1974 entschieden hat.

Damit sind freilich gewisse Ausnahmen und Spezialfälle nicht ausgeschlossen: Namentlich in höheren Lagen, wo nicht mehr alle Pflanzen gut gedeihen,

werden bisweilen Tannen als lebende (Grenz-)Hecken gepflanzt. Das will das EG/ZGB gewiss nicht verhindern. Man wird in solchen Fällen aber voraussetzen müssen, dass die Pflanzung als Hecke objektiv nicht zweifelhaft ist: Bei mehreren nicht als Hecke, sondern "nur" in einer Reihe gepflanzten Tannen kann der Beseitigungsanspruch verjähren (§ 173 EG/ZGB) - dann hilft dem Nachbarn das Argument nicht mehr, er habe die Pflanzen subjektiv als Hecke empfunden, und der direkt aus dem Nachbarrecht abgeleitete Beseitigungsanspruch greift nur in besonders krassen Fällen (BGE 126 III 452). Ähnlich verhält es sich mit einzelnen "kleinen" Tannen. Handelt es sich um eine eigentliche Baumschule, gilt die Spezialvorschrift von § 173 Abs. 2 EG/ZGB, welche namentlich die Problematik der Verjährung aufhebt. Dem einzelnen kleinen Tannenbaum sieht man aber nicht an, wofür er dereinst Verwendung finden soll. Auch wenn der Eigentümer dem Nachbarn versichert, er ziehe ihn als Christbaum, bindet er damit einen späteren Dritterwerber seines Grundstückes nicht, und daher kann er diese subjektive Bestimmung des Bäumchens dem Beseitigungsanspruch nicht entgegenhalten. Insofern ist der Entscheid von 1974 zu präzisieren.

Die Beklagten werfen der Klägerin Rechtsmissbrauch vor: Da sie Büsche bis zu einer Höhe von fast 8 m tolerieren müsste, habe sie kein schützenswertes Interesse an der Beseitigung des streitigen Baumes, welcher auf einer Höhe von wenig mehr als 5 m gehalten werde. Diese Überlegung hat etwas für sich. Zweifelhaft ist immerhin, ob die heutige Höhe wirklich das verbindliche und im Notfall klageweise durchsetzbare Maximum darstellt. Die Beklagten müssten sich nach den Äusserungen im vorliegenden Prozess kaum auf den heute erreichten gut 5 Metern behaften lassen, sondern sie könnten wohl ohne sich rechtsmissbräuchlich zu verhalten den Baum bis auf das Doppelte des Grenzabstandes in die Höhe wachsen lassen. Das ist freilich nicht entscheidend. Auch hier ist der kritische Punkt die Möglichkeit, dass die Beklagten ihr Grundstück veräussern können. Ein Erwerber wird nicht an ihre heutige Beteuerung gebunden sein, sie wollten den Baum auch künftig unter der Schere halten. Dieses Risiko muss die Klägerin nicht auf sich nehmen und es entzieht dem Vorwurf des Rechtsmissbrauches die Grundlage.

Damit ist die Klage gutzuheissen und sind die Beklagten zu verpflichten, die streitige Weide zu entfernen.“

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 1. April 2005
NE040030