

## Zur verspäteten Ausübung ziviler (privatrechtlicher) Nachbarrechte



JEAN-MARC SCHALLER  
Dr. iur., Rechtsanwalt,  
Zürich

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zivile Nachbarrechte
- III. Verspätete Ausübung ziviler Nachbarrechte
  1. Zeitliche Grenzen subjektiver Rechte im Allgemeinen
  2. Zeitliche Grenzen ziviler Nachbarrechte im Besonderen
    - a. Grundlagen
    - b. Rechtsquellen
    - c. Verjährung und Verwirkung ziviler Nachbarrechte
      - ca. Analyse nachbarrechtlicher Anspruchsnormen
        - i. Ansprüche aus Art. 679 und 641 Abs. 2 ZGB
        - ii. Anspruch auf Beseitigung oder Zurückschneiden von Pflanzen
        - iii. Kapprechte aus Art. 687/688 ZGB
        - iv. Anspruch aus Art. 674 Abs. 3 ZGB
        - v. Anspruch aus Art. 928 ZGB (Besitzstörung)
      - cb. Verwirkung ziviler Nachbarrechte wegen treuwidriger Verspätung
        - i. Voraussetzungen
        - ii. Rechtsfolgen
    - d. Prozessuales
  3. Fazit

### I. Einleitung

«Es kann der Frömmste nicht im Frieden bleiben, wenn es dem bösen Nachbar nicht gefällt»<sup>1</sup>. – Nachbarschaft ist

in der Tat ein Herd für mannigfaltige Konflikte. Anlass zu Streitigkeiten sind vielfach (aber nicht nur)<sup>2</sup> die *Pflanzen* eines Grundeigentümers<sup>3</sup>, welche sich für den Nachbarn<sup>4</sup> in einer bestimmten Form als *störend* auswirken<sup>5</sup>. Das «corpus delicti» stellte in einem illustrativen Fall aus der zürcherischen Rechtspraxis ein *Schneeballstrauch* dar, welcher als augenfälligstes Merkmal eine Vielzahl weisser Blüten aufweist<sup>6</sup>. Die Blüten dieses zwar in regelkonformer Distanz zur nachbarlichen Grenze gepflanzten, jedoch *nicht* ausreichend «unter der Schere gehaltenen»<sup>7</sup> Strauchs wurden periodisch durch Windstösse auf das Grundstück des Nachbarn getragen, was diesen zu aufwändigen Reinigungsarbeiten zwang. Der Nachbar beschwerte sich wegen dieses Blütenfalls indessen während mehrerer Jahre *nicht*. Nach einigen bilateralen Gesprächen, welche erfolglos blieben, eskalierte der Streit. Der vom Blütenfall betroffene Nachbar leitete am Audienzrichteramt des Bezirksgerichts Zürich ein Befehlsverfahren<sup>8</sup> ein, in dessen Rahmen er schliesslich obsiegte: Nach Augenschein und Verhandlung vor Ort wurde der Grundeigentümer mit richterlicher Verfügung verpflichtet, seinen Schneeballstrauch künftig in Nachachtung der

<sup>2</sup> Nachbarliche Störungen können verschiedenster Art sein: Immissionen (Lärm, Rauch, Gerüche etc.); unzulässiger Überbau (vgl. zum verwirkten Beseitigungsanspruch bei unberechtigtem Überbau hinten, III.2.ca.[iv]); unzulässige Grenzabstände und/oder Höhe von Pflanzen.

<sup>3</sup> Nachstehend wird als «Grundeigentümer» vorwiegend diejenige Person bezeichnet, welche ihre aus dem Grundeigentum fließenden Rechte *überschreitet*.

<sup>4</sup> Mit «Nachbar» ist in der Folge diejenige Person gemeint, welche sich gegen eine übermässige Einwirkung durch den (benachbarten) Grundeigentümer unter Berufung auf (eigene) *Nachbarrechte* zur Wehr setzt.

<sup>5</sup> Nicht von ungefähr kommt daher, dass spezifisch zu den nachbarrechtlichen Problemen, verursacht durch vorschriftswidrige Pflanzen, eine Zürcher Dissertation vorliegt: LUKAS ROOS, *Pflanzen im Nachbarrecht*, Diss. Zürich 2002.

<sup>6</sup> Diese Art von Schneeballstrauch, auch «Gemeiner Schneeball» oder «viburnum opulus» genannt, lässt sich umschreiben als «ein Strauch mit ahornähnlichen Blättern, weissen bis rötlichen Doldenrispen, deren Randblüten grösser als die Innenblüten und unfruchtbar sind, und roten Steinfrüchten», vgl. Meyers Lexikon der Naturwissenschaften, Mannheim 2008, Schlagwort «Schneeball, Viburnum».

<sup>7</sup> Was soviel heisst wie «zurückschneiden», vgl. MONIKA SOMMER, *Nachbarrecht*, 2. A., Zürich 2007, 118.

<sup>8</sup> Zu dieser insbesondere zur Durchsetzung ziviler Nachbarrechte häufig genutzten Verfahrensart vgl. hinten III.2.d.

Der Autor dankt Herrn Rechtsanwalt Matthias Minder, Zürich, herzlich für die kritische Lektüre des Manuskripts.

<sup>1</sup> FRIEDRICH SCHILLER, *Wilhelm Tell – Schauspiel*, Reclam-Ausgabe, Stuttgart 2004, 102, 4. Aufzug, 3. Szene.

gesetzlichen (kantonalen) Vorschriften<sup>9</sup> «unter der Schere» zu halten<sup>10</sup>.

Diese Geschichte, welche sich vom Blütenfall zum ernsthaften Rechtsstreit entwickelte, stellt längst keinen Einzelfall dar, sondern illustriert eine in der Rechtspraxis feststellbare Zunahme der Lösung nachbarlicher Konflikte durch *Gerichte* und *Behörden*. Als Gründe lassen sich die fortschreitende bauliche Verdichtung unter gleichzeitiger Anonymisierung und Individualisierung der Lebensformen<sup>11</sup> sowie eine abnehmende Toleranz gegenüber differierenden Lebensformen anführen. Indes zeigt sich vielfach, dass Nachbarn gewisse (rechtswidrige) Störungen über längere Zeit *dulden*, sei es, dass sie sie nicht auf Anhieb bemerken, so etwa bei einer nur geringfügigen Verletzung von Abstandsvorschriften, oder (anfangs) nicht wagen zu opponieren. Diese Umstände können dazu führen, dass der nachbarrechtliche Anspruch entweder bereits *verjährt* ist, oder, dass der benachbarte Grundeigentümer beginnt, auf den bisherigen Besitzstand zu *vertrauen*. Entschliesst sich der Nachbar, wie im vorstehend erläuterten «Schneeballstrauch-Fall», erst nach langem Zuwarten, seinem Nachbarrecht mittels Klageerhebung doch noch Geltung zu verschaffen, sieht er sich daher oftmals mit dem Argument des benachbarten Grundeigentümers konfrontiert, sein Anspruch sei wegen treuwidriger Verspätung *verwirkt*<sup>12</sup>. Wie eine materiell-rechtliche Verteidigung mit den Argumenten der Verjährung oder Verwirkung zu beurteilen ist, wird im Verlaufe der vorliegenden Untersuchung beantwortet.

## II. Zivile Nachbarrechte

Sedes materiae der Bestimmungen zu den zivilen (privatrechtlichen) Nachbarrechten sind die *Art. 679 und 684 ff. ZGB*<sup>13</sup>. Der systematischen Stellung im Gesetz entsprechend setzen zivile Nachbarrechte in der Regel (aber nicht notwendigerweise)<sup>14</sup> eine als *sachenrechtlich* zu qualifizierende

Rechtsposition voraus, nämlich diejenige eines Grundeigentümers (Nachbarn). Letzterem stehen zum Schutze seines Eigentums vor *Störungen* massgeblich die folgenden privatrechtlichen Ansprüche zu: Rechte gegen einen unzulässigen Überbau (Art. 674 Abs. 3 ZGB), Schutz vor drohender oder Beseitigung einer bestehenden Störung durch Immissionen oder Graben und Bauen, sowie Schadenersatz (Art. 684/685 ZGB, i.V.m. Art. 679 ZGB), das Kapprecht (Art. 687 ZGB), schliesslich Beseitigungs- und Zurückschneiderechte mit Bezug auf *Pflanzen*, gestützt auf *kantonales* Recht (vgl. Art. 688 ZGB).

Der vorliegende Aufsatz beschränkt sich auf die Erörterung zeitlicher Grenzen der vorstehend aufgeführten *zivilen* Nachbarrechte, soweit sie sich gegen unzulässige *Einwirkungen* auf das Grundeigentum richten, weil sich in diesem Bereich das Rechtsproblem einer verspäteten Ausübung von Rechten in besonderem Masse stellt. Nicht behandelt werden deshalb zum einen diejenigen Nachbarrechte, welche dem *öffentlichen Recht* zugehören<sup>15</sup>, zum anderen die (zivilen) Nachbarrechte, die *nicht* eine konkrete Störung des Grundeigentums zum Gegenstand haben<sup>16</sup>.

## III. Verspätete Ausübung ziviler Nachbarrechte

### 1. Zeitliche Grenzen subjektiver Rechte im Allgemeinen

Die schweizerische Rechtsordnung setzt subjektiven Rechten nicht nur inhaltliche, sondern auch *zeitliche* Grenzen. Hierfür bedient sie sich verschiedener Instrumente: Verjährung, Verwirkung, Befristung<sup>17</sup>. Zur Qualifikation im Einzelfall ist

Grundstück (Miete, Pacht) ergeben, vgl. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. A., Zürich 2009, § 101 N 34; PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I, Basel 1995, § 13 N 6.

<sup>15</sup> Zur Unterscheidung *privates* vs. *öffentliches* Nachbarrecht vgl. PETER LIVER, Das Eigentum, SPR V/1, Sachenrecht, Basel 1977, 1 ff., 196 f.; vgl. ferner den unechten Vorbehalt in § 180 EG ZGB (ZH).

<sup>16</sup> Zu dieser Gruppe gehören etwa die Weg- (Art. 694 ff. ZGB) und Quellenrechte (Art. 704 ff. ZGB).

<sup>17</sup> Dem Begriff der «*Befristung*» ist juristisch kein klarer Bedeutungsgehalt zugewiesen: Einerseits kann damit eine *gesetzliche* (zeitliche) Limitierung eines Rechts (Anspruchs) gemeint sein (Verwirkung); andererseits lässt sich hiermit eine aus *Parteiabrede* erwachsene zeitliche Grenze bezeichnen, vgl. hierzu KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. II, Bern 1975, §§ 427 ff., 1147 ff.; so auch PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. A., Zürich 2008, N 3388 («Fatalbefristung als vertragliche Verwirkungsform»).

<sup>9</sup> Einschlägig war diesbezüglich § 169 Abs. 2 EG ZGB (ZH): «Dieselben [u.a. Sträucher] müssen ... bis auf eine Entfernung von 4 m von derselben [von der nachbarlichen Grenze] so unter der Schere gehalten werden, dass ihre Höhe nie mehr als das Doppelte ihrer Entfernung beträgt.»

<sup>10</sup> Es handelt sich hierbei um eine unveröffentlichte Verfügung der Audienzrichterin am Bezirksgericht Zürich aus dem Jahr 2005, bei welcher der Verfasser dieses Beitrags persönlich mitgewirkt hat.

<sup>11</sup> Vgl. GÜNTER H. ROTH, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432 BGB, 5. A., München 2007, N 194 zu § 242 BGB.

<sup>12</sup> Zur Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung einlässlich hinten III.2.cb.

<sup>13</sup> Vgl. die zugehörige Marginalie «III. Nachbarrecht».

<sup>14</sup> Die Aktivlegitimation zur Geltendmachung ziviler Nachbarrechte kann sich in gewissen Sachkonstellationen auch aus einem *obligatorischen* Rechtsverhältnis zum betroffenen

wesentlich, ob die Rechtsordnung den *Bestand* eines Rechts oder nur (aber immerhin) dessen Ausübung bzw. *Durchsetzbarkeit* zeitlich beschränkt. Die Verjährung führt nicht zum Erlöschen eines Rechts, sondern *hemmt* lediglich dessen Durchsetzung<sup>18</sup>. Dagegen lässt die Verwirkung (zumindest) einen schuldrechtlichen Anspruch grundsätzlich *untergehen*<sup>19</sup>. Letzteres führt dazu, dass es an einer Rechtsposition, worauf sich der (ehemals) Berechtigte stützen könnte, fehlt. Aus diesem Grund hat der Richter die Verwirkung *von Amtes wegen* zu berücksichtigen<sup>20</sup>, während er die (eingetretene) Verjährung nur auf *Einrede* hin prüft<sup>21</sup>. Ausserdem kann der Lauf von Verwirkungsfristen, anders als bei der Verjährung: Art. 135 ff. OR, nicht unterbrochen werden<sup>22</sup>.

## 2. Zeitliche Grenzen ziviler Nachbarrechte im Besonderen

### a. Grundlagen

Ansprüche aus Eigentum, wozu auch und gerade die zivilen Nachbarrechte zählen, sind in Nachachtung von Art. 127 OR, welcher die Verjährung bewusst nur für «Forderungen» vorsieht<sup>23</sup>, grundsätzlich *unverjährbar*<sup>24</sup>. Sie erneuern sich stets, solange die ungerechtfertigte Einwirkung (Störung) andauert<sup>25</sup>. Auf den ersten Blick scheint deshalb vom vorstehend aufgeführten Rechtsinstrumentarium zur zeitlichen Begrenzung von Nachbarrechten die *Verwirkung* im Vordergrund zu stehen. Allerdings kann der Gesetzgeber nachbarrechtliche Ansprüche anderweitig (untechnisch) *befristen*<sup>26</sup> und somit im Bedarfsfall auch der *Verjährung* unterstellen. Als insoweit wesentlich erweisen sich Art. 686 ZGB und Art. 688 ZGB, welche zugunsten der Kantone einen (echten) Vorbehalt für Abstandsvorschriften mit Bezug auf Grabungen und Bauten, allgemeine (zivile) Bauvorschriften sowie Pflanzungen vorsehen<sup>27</sup>. Diese Normen erteilen den Kantonen die Kompetenz, gegenüber dem Bundesrecht ergänzende (verschärfende) Vorschriften zu erlassen. Insoweit können durch *kantonales* (zivils) Nachbarrecht gewährte Ansprüche auch einer *Verjährung* (oder alternativ einer Verwirkung bzw. Befristung) unterworfen werden<sup>28</sup>. Indes werden durch entsprechende kantonale Vorschriften die nachbarrechtlichen Bestimmungen des ZGB nicht vollständig verdrängt: Erweist sich ein nachbarrechtlicher Anspruch gemäss kantonalem Privatrecht als verjährt, kann sich der Nachbar etwa im Falle von negativen Immissionen wie Lichtenzug oder Schattenwurf, z.B. durch Pflanzungen verursacht, gleichwohl auf Art. 684/679 ZGB berufen<sup>29</sup>.

<sup>18</sup> Statt vieler STEPHEN V. BERTI, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, 2. Lieferung, Art. 127–142 OR, 3. A., Zürich 2002, N 44 zu Art. 127 OR; LAURENT KILLIAS, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, Vorbemerkungen zu OR 127–142, N 1; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 2008, N 890 f.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2006, N 85.01 f.

<sup>19</sup> So die herrschende (schweizerische) Lehre: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 17), N 3386 f.; HUGUENIN (FN 18), N 892; SCHWENZER (FN 18), N 83.04; KILLIAS (FN 18), Vorbemerkungen zu OR 127–142, N 6; so auch bereits PETER NABHOLZ, Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs, Diss. Zürich 1961, 175 f. Zur Rechtswirkung einer eingetretenen Verwirkung mit Bezug auf *dingliche Ansprüche* vgl. die einlässlichen Erörterungen hinten III.2.cb.(ii).

<sup>20</sup> Vgl. ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. A., Zürich 1974, 162; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 38 N 53; HUGUENIN (FN 18), N 892; SCHWENZER (FN 18), N 83.04.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 142 OR; aus der Literatur VON TUHR/ESCHER (FN 20), 231; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 17), N 3360 ff.; HUGUENIN (FN 18), N 934. Mit Bezug auf die Verjährung kantonaler Ansprüche auf Beseitigung von Pflanzen (hierzu einlässlich hinten III.2.ca.[iii]) vgl. alsdann (zutreffend) auch DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, «Pflanzenstreitigkeiten» – Eine Übersicht über die Möglichkeiten des Grundeigentümers und deren Verhältnis zur *actio negatoria*, in: Pascal Pichonnaz/Nedim Peter Vogt/Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 753 ff., 781 a.E.

<sup>22</sup> SCHWENZER (FN 18), N 83.04; HUGUENIN (FN 18), N 892. – Die bei der Verwirkung fehlende Möglichkeit zur Unterbrechung des Fristenlaufs rückt alsdann auch ALOYS WALDIS, Das Nachbarrecht, 4. A., Zürich 1953, 134, in den Vordergrund.

<sup>23</sup> Demgegenüber hat sich Art. 146 altOR noch (allgemein) auf «Ansprüche» bezogen; vgl. hierzu auch HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, in: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1–183 OR, 2. A., Zürich 1929, Vorbem. zu Art. 1–67 OR, N 32; VON TUHR/ESCHER (FN 20), 211 Fn. 2; SPIRO (FN 17), § 486, 1362 f., Fn. 11.

<sup>24</sup> Vgl. BGE 53 II 224; BERTI (FN 18), N 25 zu Art. 127 OR.

<sup>25</sup> BGE 53 II 224; Ausnahme allenfalls die *Immemorialverjährung*, vgl. SPIRO (FN 17), § 486, 1362.

<sup>26</sup> SJZ 1928/1929, 188 (rechte Spalte).

<sup>27</sup> ROBERT HAAB, in: Zürcher Kommentar, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Zürich 1977, N 13 zu Art. 686 ZGB, N 16 zu Art. 688 ZGB.

<sup>28</sup> BGE 122 I 84; SOMMER (FN 7), 93; ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Berner Kommentar, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum; 3. Teilband, Grundeigentum II, 3. A., Bern 1975, N 50 zu Art. 685/686 ZGB, N 76 zu Art. 687/688 ZGB; HAAB (FN 27), N 20 zu Art. 680 ZGB; alsdann ferner SJZ 1959, 195 (rechte Spalte, oben).

<sup>29</sup> Vgl. BGE 126 III 452 ff., mit Verw. auf abweichende Lehrmeinungen. – Gemäss einem jüngst ergangenen Entscheid des Bundesgerichts vom 12. März 2009 (5A\_415/2008) kann ein Nachbar auch um Rechtsschutz aus Art. 684 ZGB ersuchen (i.c. Zurückschneiden), wenn eine Anpflanzung (i.c. eine Thuja-He-

Jedenfalls der *Verjährung* unterliegen hingegen schuldrechtliche Ansprüche, welche auf Leistung aus dem Vermögen des benachbarten Grundeigentümers zielen (Schadenersatz, Tragung der Kosten für Beseitigung der Störung). Die Verjährung dieser Ansprüche stützt sich auf Art. 60 OR<sup>30</sup>.

## b. Rechtsquellen

Zeitliche Grenzen ziviler Nachbarrechte entspringen verschiedensten Rechtsquellen. Einmal befristet das *Bundesrecht* bestimmte nachbarrechtliche Ansprüche, so in Art. 674 Abs. 3 ZGB den Anspruch auf Wiederherstellung bei einem unberechtigten Überbau: Ist für den Nachbarn die Widerrechtlichkeit erkennbar, erhebt er indes *nicht rechtzeitig* Einspruch, so kann unter bestimmten (weiteren) Voraussetzungen dem Überbauenden gegen Entschädigung das dingliche Recht auf den Überbau oder das Eigentum am Boden zugewiesen werden<sup>31</sup>. Als zeitlich ebenfalls *begrenzt* erweist sich der Anspruch aus Besitzstörung (vgl. Art. 928 und 929 Abs. 2 ZGB)<sup>32</sup>.

Als dann haben die *Kantone* im Rahmen der ihnen mit Art. 686/688 ZGB zugewiesenen Kompetenzen zahlreiche Einzelvorschriften erlassen, welche insbesondere die Ansprüche auf Beseitigung zu nahe an die Grundstücksgrenze gepflanzter *Bäume* und *Sträucher*<sup>33</sup> zeitlich *begrenzen* (Auswahl):

- *Zürich*: EG ZGB § 173 lit. a (5 Jahre).
- *Bern*: EG ZGB Art. 791 Abs. 3 (5 Jahre).
- *Graubünden*: EG ZGB Art. 96 Abs. 3 (5 Jahre).
- *Luzern*: EG ZGB § 86 Abs. 4 (10 Jahre).
- *Genf*: EG ZGB Art. 65 Abs. 2 (30 Jahre).

Schliesslich sind diverse *Entscheide kantonalen Gerichte* zu beachten, die sich gestützt auf die jeweiligen Bestimmungen der kantonalen Zivilgesetzgebung mit der Rechtsfrage einer Verjährung oder Verwirkung (Befristung) ziviler Nachbarrechte befassen<sup>34</sup>. Eine allfällige Verletzung kantonalen Rechts durch die Vorinstanz, wozu die erwähnten kantonalen Abstandsvorschriften zählen, darf das Bundesgericht nicht mit voller Kognition, sondern nur auf *Willkür* hin überprüfen<sup>35</sup>.

cke) zwar den kantonalen Abstandsvorschriften entspricht, jedoch die «phantastische [Aus-]Sicht» des Nachbarn durch eine «meterhoch auftürmende Hecke fast vollständig verbarrikiert wird» (E. 3.2.).

<sup>30</sup> Vgl. SPIRO (FN 17), § 478, 1330; SOMMER (FN 7), 64 f.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu auch hinten III.2.ca.(iv).

<sup>32</sup> Hinten III.2.ca.(v).

<sup>33</sup> Ob die gesetzlichen Fristen auch für *Hecken* gelten, ist im Einzelfall durch Auslegung der einschlägigen kantonalen Bestimmungen zu ermitteln, hierzu weiterführend ROOS (FN 5), 219 f.

<sup>34</sup> Vgl. etwa LGVE 1996 I Nr. 3, 6 ff.; PKG 1996 Nr. 16, 76 ff.; AGVE 1990 Nr. 1, 15 ff.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 95 BGG, siehe hierzu: HANSJÖRG SEILER, in: Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007,

## c. Verjährung und Verwirkung ziviler Nachbarrechte

### ca. Analyse nachbarrechtlicher Anspruchsnormen

Nachstehend soll mittels einer Analyse der einschlägigen nachbarrechtlichen Anspruchsnormen geprüft werden, ob der Bundes- oder der kantonale Gesetzgeber bestimmte Ansprüche aus Nachbarrecht zeitlich begrenzt hat, und bejahendenfalls, ob es sich dabei um eine Verjährungs- oder eine Verwirkungsfrist handelt.

#### i. Ansprüche aus Art. 679 und 641 Abs. 2 ZGB

Die aus Art. 679 ZGB fließenden, nachbarrechtlichen Ansprüche auf Unterlassung oder Beseitigung einer *Störung* unterliegen mangels einer anderslautenden gesetzlichen Bestimmung *nicht* der Verjährung. Sie sind, im Gegensatz zu Schadenersatz- bzw. Kostendeckungsansprüchen<sup>36</sup>, *unverjährbar*<sup>37</sup>. Hingegen wird ausnahmsweise anerkannt, dass die Ausübung dieser Ansprüche nach jahrelangem widerspruchslosem Dulden der störenden (widerrechtlichen) Einwirkung als *rechtsmissbräuchlich* erscheinen kann<sup>38</sup>. In einem solchen Fall hat der Nachbar sein Recht verspätet ausgeübt<sup>39</sup>. Gleiches gilt für die ebenfalls *unverjährbare*<sup>40</sup> Eigentumsfreiheitsklage<sup>41</sup> nach Art. 641 Abs. 2 (a.E.) ZGB, sofern der Nachbar beim benachbarten Grundeigentümer (Störer) ein schützenswertes Vertrauen in die Duldung der Störung erweckt hat<sup>42</sup>. In beiden Fällen erweist sich der nachbarrechtliche Anspruch als *verwirkt*.

N 21 f. zu Art. 95 BGG; vgl. ferner (zur früheren Rechtslage unter dem OG) den Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Juni 2005 (5C.269/2004, E.2.).

<sup>36</sup> Vgl. vorne III.2.a. a.E.

<sup>37</sup> Vgl. BGE 81 II 446 f., 53 II 224; ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Berner Kommentar, Sachenrecht, 1. Abteilung, das Eigentum; 2. Teilband, Grundeigentum I, 3. A., Bern 1964, N 146 zu Art. 679 ZGB; LIVER (FN 15), 235; WALDIS (FN 22), 33; HEINZ REY, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. A., Basel 2007, N 30 zu Art. 679 ZGB; TARKAN GÖKSU, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 16 zu Art. 679 ZGB; SOMMER (FN 7), 64.

<sup>38</sup> MEIER-HAYOZ (FN 37), N 146 zu Art. 679 ZGB; WALDIS (FN 22), 33; so auch GÖKSU (FN 37), N 16 zu Art. 679 ZGB.

<sup>39</sup> Dazu einlässlich hinten III.2.cb.

<sup>40</sup> Vgl. BGE 111 II 26; 83 II 198; WALDIS (FN 22), 19.

<sup>41</sup> Zum Verhältnis der Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria) zu anderen nachbarrechtlichen Ansprüchen vgl. weiterführend ZOBL/THURNHERR (FN 21), 774 ff.

<sup>42</sup> Entscheid BGer. vom 12. April 2001 (5C.270/2000, E. 2.f.); WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. A., Basel 2007, N 67 zu Art. 641 ZGB; EVA MARIA BELSER, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel

## ii. Anspruch auf Beseitigung oder Zurückschneiden von Pflanzen

Mit Bezug auf *Pflanzen* sind die Ansprüche auf *Beseitigung* von denjenigen auf *Zurückschneiden* zu unterscheiden. Während Erstere einer zeitlichen Begrenzung unterliegen, sofern der kantonale Gesetzgeber dies vorsieht, wird von entsprechenden Zeitbestimmungen der Anspruch auf das *Zurückschneiden* («unter der Schere halten») nicht tangiert. Aus praktischer Sicht erweist sich in diesem Punkt die *Zurückhaltung* des (kantonalen) Gesetzgebers als angebracht, denn der Beginn des Fristenlaufs bei Überschreiten der zulässigen Pflanzenhöhe lässt sich im Nachhinein kaum verlässlich (und exakt) bestimmen<sup>43</sup>. Mangels einschlägiger Spezialvorschriften in den kantonalen Einführungsgesetzen zum ZGB erweist sich mithin der Anspruch auf *Zurückschneiden* entsprechend sachenrechtlicher Grundsätze<sup>44</sup> als *unverjährbar*<sup>45</sup>.

Hingegen unterliegt der *Beseitigungsanspruch* allfälligen verjährungsrechtlichen Bestimmungen des jeweiligen Kantons. Die *ratio legis* einer entsprechenden Verjährungsfrist mit Bezug auf den Beseitigungsanspruch lässt sich im Erhalt älterer Pflanzen sehen, weshalb bei einer Neuanpflanzung die Verjährung stets von Neuem zu laufen beginnt<sup>46</sup>.

Sofern der Beseitigungsanspruch verjährt ist, bleibt zwar das Recht des Nachbarn auf Beseitigung bestehen, jedoch kommt dem Anspruchsgegner (benachbarter Grundeigentümer) das Recht zu, die *Leistung* (Beseitigung) zu *verweigern*. Dieses Recht berücksichtigt der Richter entsprechend vorstehend erläuteter Grundsätze<sup>47</sup> indessen nicht von Amtes wegen, sondern nur bei *Geltendmachung* durch den benachbarten Grundeigentümer<sup>48</sup>. Als unpräzise erweist sich daher die Formulierung, der Nachbar, welcher nicht innert Frist die Beseitigung einer Pflanze verlange, gehe «seines Einspracherechtes verlustig»<sup>49</sup>: Erstens tangiert die Verjährung nicht das Recht selbst, sondern hemmt lediglich dessen Durchsetzung, zweitens ist Letzteres (Hemmung der Anspruchsdurchset-

zung) nur dann der Fall, wenn sich der benachbarte Grundeigentümer auf die Verjährung *beruft*. Andernfalls kann der Nachbar sein Recht auf Beseitigung der Pflanze ungehindert durchsetzen.

Der *Beginn* des Fristenlaufs bestimmt sich nach kantonalem Recht<sup>50</sup>. Sieht der kantonale Gesetzgeber keinen Fristbeginn vor, so läuft die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der Entstehung des nachbarrechtlichen Beseitigungsanspruchs, mithin ab Verletzung der kantonalen Abstandsvorschriften<sup>51</sup>. Die *Unterbrechung* der Verjährungsfrist richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts (Art. 135 OR), welche gemäss Art. 7 ZGB auch auf Bestimmungen des zivilen Nachbarrechts anzuwenden sind. Somit lässt sich der Lauf der Verjährungsfrist unterbrechen, indem der benachbarte Grundeigentümer den Beseitigungsanspruch des Nachbarn anerkennt (Art. 135 Ziff. 1 OR) oder der Nachbar diesen gerichtlich geltend macht (Art. 135 Ziff. 2 OR).

Im Einzelfall kann indessen zweifelhaft sein, ob es sich bei einer vom Gesetzgeber vorgesehenen zeitlichen Grenze um eine Verjährungs- oder um eine Verwirkungsfrist handelt. So spricht etwa der *zürcherische § 173 EG ZGB* ausdrücklich von *Verjährung*<sup>52</sup>, während SIMONIUS/SUTTER von einer Verwirkungsfrist ausgehen, ohne jedoch ihre vom Wortlaut der vorstehenden Bestimmung abweichende Meinung näher zu begründen<sup>53</sup>.

Konkret ist die Differenzierung zwischen Verjährung und Verwirkung anhand der Überlegung vorzunehmen, ob es sinnvoll ist, dass das Recht (nachbarrechtlicher Anspruch) vollständig erlöschen<sup>54</sup> (Verwirkung) oder nur dessen Durchsetzung gehemmt sein soll (Verjährung), Letzteres mit der Konsequenz, dass sich der benachbarte Grundeigentümer auf die Verjährung soll berufen müssen. Wo *öffentliche* Interessen im Vordergrund stehen, erscheint es allgemein als angebracht, von einer («stärkeren») Verwirkung auszugehen, wogegen sich eine (blosse) Verjährung als die angemessene (weil «schwächere») Rechtswirkung erweist, sobald lediglich *private* Interessen zu schützen sind. Mit Bezug auf Pflanzungen hat insbesondere der Grundeigentümer ein (*privates*) Interesse am Erhalt seiner vor längerer Zeit gepflanzten (älteren) Bäume und Sträucher<sup>55</sup>, weshalb (auslegungsbedürftige) kantonale Zeitbestimmungen hinsichtlich der

Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, N 44 (a.E.) zu ZGB 641; vgl. ferner bereits WALDIS (FN 22), 20.

<sup>43</sup> SOMMER (FN 7), 119.

<sup>44</sup> Vorne III.2.a.

<sup>45</sup> Explizit etwa EG ZGB (Bern) Art. 791 Abs. 3: «Die Einhaltung der Maximalhöhen kann jederzeit verlangt werden.»

<sup>46</sup> Roos (FN 5), 221.

<sup>47</sup> Vgl. vorne III.1.

<sup>48</sup> So wohl auch das Bundesgericht, vgl. BGE 126 III 457: «Im vorliegenden Fall scheidet die Beseitigung der umstrittenen Bäume allerdings wie erwähnt daran, dass der Anspruch des Klägers nach kantonalem Recht verjährt ist und die entsprechende Verjährungseinrede im kantonalen Verfahren erhoben wurde» (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>49</sup> WALDIS (FN 22), 133; ALFRED LINDENMANN, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, 4. A., Baden 1988, 58.

<sup>50</sup> Roos (FN 5), 220.

<sup>51</sup> So zutreffend Roos (FN 5), 221.

<sup>52</sup> Ebenfalls für *Verjährung* und mit einlässlicher Begründung Roos (FN 5), 217; REY (FN 37), N 36 zu Art. 687/688 ZGB; ZOBL/THURNHERR (FN 21), 773 a.E.; alsdann LIVER (FN 15), 250, welcher allerdings in der Begründung auf den «immanenten Grundsatz von Treu und Glauben» und damit zumindest indirekt auf Art. 2 ZGB abzustellen scheint; (wohl) ebenfalls von *Verjährungsfristen* ausgehend SOMMER (FN 7), 120 (vgl. aber auch 123).

<sup>53</sup> SIMONIUS/SUTTER (FN 14), § 13 N 65 (bei FN 114).

<sup>54</sup> Zur Rechtsfolge bei eingetretener Verwirkung vgl. einlässlich hinten III.2.cb.(ii).

<sup>55</sup> Vgl. die Interessenabwägung bei Roos (FN 5), 216 f.

Beseitigung unrechtmässiger Pflanzen als Verjährungsfristen zu qualifizieren sind. Ausserdem ist die Flexibilität in der Handhabung von Verjährungsfristen<sup>56</sup> angesichts der stets einzelfallbezogenen, nachbarschaftlichen Gegebenheiten der Rigidität von Verwirkungsfristen vorzuziehen.

In denjenigen Kantonen, welche für Beseitigungsansprüche hinsichtlich unrechtmässiger Pflanzen *keine* Verjährungsfristen (und auch keine expliziten Verwirkungsfristen) vorsehen, wie etwa im Kanton *Aargau*, kann ein Beseitigungsanspruch gleichwohl verwirken. Das ist dann der Fall, wenn eine gewisse Zeit verstrichen ist, während der der Nachbar die vorschriftswidrige Pflanze widerspruchslös geduldet und so seitens des benachbarten Grundeigentümers ein schützenswertes Vertrauen begründet hat<sup>57</sup>. Angesichts dieser Erwägungen erhellt, dass das Obergericht des Kantons *Aargau* den Anspruch gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot) als *verwirkt* betrachtet hat<sup>58</sup>.

### iii. *Kapprechte aus Art. 687/688 ZGB*

Für das in Art. 687 ZGB normierte *Kapprecht* hat der Bundesgesetzgeber *keine* Verjährungsfrist vorgesehen<sup>59</sup>. Mit Bezug auf die Verwirkung wird in der Doktrin dafür gehalten, dass eine Unterlassung der Ausübung des Kapprechts *keine* Verwirkungsfolgen zeitigt, da sich der Anspruch aus Art. 687 Abs. 1 ZGB «täglich» erneuert<sup>60</sup>. Die Kantone sind allerdings gestützt auf Art. 688 ZGB befugt, das Kapprecht mit Bezug auf «fruchttragende Bäume» insofern zu *befristen*, als der Nachbar, welcher während einer bestimmten Zeitspanne das Übergreifen von Ästen oder Wurzeln geduldet hat, das Kapprecht verliert<sup>61</sup>.

### iv. *Anspruch aus Art. 674 Abs. 3 ZGB*

Als *unverjährbar* erweist sich auch das Recht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bei einem unzulässigen Überbau. Hingegen hat der Gesetzgeber dieses Recht *befristet* (Art. 674 Abs. 3 ZGB): Sofern der (berechtigte) Nachbar «nicht rechtzeitig Einspruch» erhebt, erweist sich der Wiederherstellungsanspruch bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen als *verwirkt*<sup>62</sup>. Der hieraus fol-

gende Untergang des Anspruchs erweist sich aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als sinnvoll, wird damit doch dem Prinzip der Erhaltung einmal geschaffener (erbauter) Werte nachgelebt<sup>63</sup>. Den besagten Wiederherstellungsanspruch der Verjährung zu unterwerfen, hätte demgegenüber zur Folge gehabt, dessen Durchsetzbarkeit (und damit eine allfällige Beseitigung des unberechtigten Überbaus) von einer insoweit *unsicheren* (fehlenden) Geltendmachung der erforderlichen Verjährungseinrede abhängig zu machen.

### v. *Anspruch aus Art. 928 ZGB (Besitzstörung)*

Statt einen nachbarrechtlichen Anspruch aus den erörterten Art. 679 oder 641 Abs. 2 ZGB abzuleiten, kann sich der Nachbar in seiner Rechtsposition als Besitzer des Grundstückes auch auf *Besitzstörung* nach Art. 928 ZGB berufen<sup>64</sup>. Für diesen Rechtsbehelf sieht das Gesetz in Art. 929 Abs. 2 ZGB vor, dass er nach Ablauf eines Jahres «*verjähre*». Trotz dieses an sich klaren Wortlautes ist die Qualifikation dieser zeitlichen Grenze umstritten<sup>65</sup>. Für deren Rechtsnatur im Sinne einer *Verwirkung* wird massgeblich ins Feld geführt, dass bei der Verjährung der Fristenlauf unterbrochen werden könne, was der Funktion der Besitzschutzklagen – rasche Wiederherstellung des vorbestehenden Zustandes – nicht gerecht werde<sup>66</sup>. Allerdings lässt sich hiergegen vorbringen, dass bereits das Erfordernis des «sofortigen» Protests (vgl. Art. 929 Abs. 1 ZGB) beschleunigend wirkt, ausserdem mögliche, auf nachbarrechtliche Ansprüche passende Unterbrechungsgründe entweder zur Streitbeilegung (so die Anerkennung des Anspruchs, Art. 135 Ziff. 1 OR) oder immerhin zur beförderlichen Anspruchsverfolgung (so etwa die Anhängigmachung der Klage, Art. 135 Ziff. 2 OR) beitragen. Nach der vorliegend vertretenen Auffassung, insbesondere nach Massgabe der auch im Rahmen von Besitzstörungen im Vordergrund stehenden *privaten* Interessen der Beteiligten (vorliegend Nachbar und benachbarter Grundeigentümer), handelt es sich bei der in Art. 929 Abs. 2 ZGB normierten zeitlichen Anspruchsbegrenzung um eine *Verjährungsfrist*.

### cb. *Verwirkung ziviler Nachbarrechte wegen treuwidriger Verspätung*

Die Erörterung einiger wesentlicher Bestimmungen zu den zivilen Nachbarrechten hat gezeigt, dass diese grundsätzlich

<sup>56</sup> Verjährungsunterbrechung, -hemmung oder -verzicht möglich; keine Beachtung von Amtes wegen, sondern Geltendmachung erforderlich (hierzu bereits vorne III.1.).

<sup>57</sup> AGVE 1990 Nr. 1, 19 ff.

<sup>58</sup> Zur Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung eingehend hinten III.2.cb.

<sup>59</sup> Vgl. auch REY (FN 37), N 23 zu Art. 687/688 ZGB; ZOBL/THURNHERR (FN 21), 772.

<sup>60</sup> HAAB (FN 27), N 10 zu Art. 687 ZGB; so auch MEIER-HAYOZ (FN 28), N 13 zu Art. 687/688 ZGB.

<sup>61</sup> HAAB (FN 27), N 17 zu Art. 688 ZGB.

<sup>62</sup> Vgl. BGE 95 II 12; alsdann GÖKSU (FN 37), N 8 (letzter Satz) zu ZGB 674 m.w.H.; so auch bereits HANS LEEMANN, in: Berner Kommentar, Sachenrecht, 1. Abteilung, Art. 641–729 ZGB, 2. A., Bern 1920, N 42 zu Art. 674 ZGB, sowie CARL WIELAND, in: Zürcher Kommentar, Sachenrecht, Zürich 1909,

N 8 zu Art. 674 ZGB. – Zu den Anforderungen an eine rechtsgenügende Einsprache vgl. BGE 53 II 224 f.

<sup>63</sup> Vgl. HAAB (FN 27), N 6 zu Art. 674 ZGB.

<sup>64</sup> Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 2. A., Zürich 2003, N 963.

<sup>65</sup> *Für Verjährung*: VON TUHR/ESCHER (FN 20), 213; WIELAND (FN 62), zu Art. 929 ZGB; *für Verwirkung*: EMIL W. STARK, Berner Kommentar, Sachenrecht, Bd. IV, 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch; 1. Teilband, Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 3. A., Bern 2001, N 9 f. zu Art. 929 ZGB; so auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 64), N 248; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMOJUNGO (FN 14), § 91 N 11; ZOBL/THURNHERR (FN 21), 765.

<sup>66</sup> STARK (FN 65), N 9 zu Art. 929 ZGB.

nicht der Verjährung unterliegen, es sei denn, der Gesetzgeber habe solches ausdrücklich vorgesehen. Allerdings setzt die Rechtsordnung teilweise anderweitig zeitliche Grenzen, indem sie diese Rechte entweder *befristet* oder ihre Ausübung in gewissen Konstellationen als *rechtsmissbräuchlich* betrachtet<sup>67</sup>: Nachbarrechte können mithin (auch) *verwirken*. Nachstehend sind nun die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Verwirkung ziviler Nachbarrechte wegen treuwidriger Verspätung (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zu erörtern.

### i. Voraussetzungen

Als grundlegend erweist sich vorab die Erkenntnis, dass eine Verwirkung wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht als Normal-, sondern als selten vorkommender *Spezialfall* zu betrachten und rechtlich entsprechend zu behandeln ist. Mithin darf der Ausnahmetatbestand der Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung nur unter *qualifizierten* Voraussetzungen bejaht werden.

Ein wesentlicher Faktor der Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung ist die *Zeit*: Je mehr Zeit der berechtigte Nachbar verstreichen lässt bzw. je länger er mit der Geltendmachung seines Anspruchs zuwartet, desto wahrscheinlicher ist der Eintritt der Verwirkung<sup>68</sup>. Das *Zeitelement* stellt indes – und diesbezüglich unterscheiden sich Verjährung und Verwirkung in wesentlicher Hinsicht – *nicht* das einzige Tatbestandselement dar. Kumulativ muss ein vertrauensbildendes *Umstandselement* vorliegen<sup>69</sup>. Letzteres ist insbesondere bedeutsam bei der Frage einer allfälligen Verwirkung innerhalb einer laufenden Verjährungsfrist, weil blosses Zuwarten mit der zeitlich bereits limitierten Rechtsausübung grundsätzlich nicht zu beanstanden ist<sup>70</sup>. Aber auch ausserhalb von Verjährungsfristen ist die Duldung eines rechtswidrigen Zustands während einiger Zeit noch nicht per se rechtsmissbräuchlich<sup>71</sup>. Ist hingegen die unrechtmässige Einwirkung auf das Grundstück des Nachbarn *offensichtlich wahrnehmbar* und hat Letzterer *schutzwürdiges Vertrauen*<sup>72</sup> dahingehend erweckt, den benachbarten Grundeigentümer (Störer)

aus Nachbarrecht *nicht* mehr in Anspruch zu nehmen, so erweist sich dessen Anspruch als *verwirkt*.

Ein weiterer (innerer) Rechtfertigungsgrund, weshalb nachbarrechtliche Ansprüche verwirken können (sollen), liegt im Aufbau eines bedeutenden *Besitzstandes*. Sowohl Bauten als auch Pflanzen sind zumeist Objekte, in welche der Eigentümer ein beträchtliches Mass an Zeit und Geld investiert hat. Deshalb liegt es im (öffentlichen) Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit, bestimmte vertrauenserweckende Umstände (Umstandselement) nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne (Zeitelement) insoweit zu berücksichtigen, als sich die Grundeigentümer auf den *Erhalt* ihrer Bauten und Pflanzen sollen verlassen können, zumal eine Entfernung oder Versetzung der Baute oder Pflanze in aller Regel deren (erhebliche) Schädigung zur Folge hätte. Immerhin ist mit Bezug auf Bauten einzuräumen, dass sie im Gegensatz zu Pflanzen grundsätzlich eine *höhere faktische Publizität* aufweisen, weshalb vom berechtigten Nachbarn bei einer rechtswidrigen Baute ein rascheres Einschreiten gefordert werden kann<sup>73</sup>. Im Gegensatz dazu ist bei Pflanzen eine Rechtsverletzung oftmals nicht sofort und insbesondere nicht deutlich erkennbar, sondern tritt vielfach erst im Laufe ihres Wachstums zu Tage<sup>74</sup>. Deshalb soll, gerade mit Bezug auf Pflanzen, die Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung innerhalb einer (noch) laufenden Verjährungsfrist in aller Regel ausgeschlossen bleiben.

### ii. Rechtsfolgen

In teilweisem Kontrast zur Rechtslage bei schuldrechtlichen Ansprüchen, welche vollständig untergehen<sup>75</sup>, zerstört die Verwirkung *nicht* das dingliche (Stamm-)Recht, das Eigentum, als solches, sondern nur (aber immerhin) die hieraus fliessenden, nachbarrechtlichen Ansprüche<sup>76</sup>. Sofern also der Nachbar mit der Geltendmachung eines nachbarrechtlichen Anspruchs nach Massgabe von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) übermässig lange zugewartet hat, ist (lediglich) dieser Anspruch qua Verwirkung erloschen.

Wenn allerdings der (bisherige) *Nachbar* sein Grundstück veräussert, spricht das sachenrechtliche Publizitätsprinzip<sup>77</sup> (inbegriffen den Verkehrsschutz mit Bezug auf Immobilien<sup>78</sup>) dafür, dass der (neue) Nachbar mit dem ding-

<sup>67</sup> Vgl. bereits ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Berner Kommentar, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum; 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. A., Bern 1981, N 117 zu Art. 641 ZGB, betreffend den Abwehranspruch aus Art. 641 Abs. 2 ZGB.

<sup>68</sup> Vgl. REINHARD SINGER, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, Diss. München 1992, 225, m.w.H.

<sup>69</sup> Vgl. MAX BAUMANN, in: Zürcher Kommentar, Einleitung, 1. Teilband, Art. 1–7 ZGB, 3. A., Zürich 1998, N 396 zu Art. 2 ZGB; aus dem deutschen Recht und mit Bezug auf § 1004 BGB etwa KARL-HEINZ GURSKY, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung, Berlin 2005, N 207 zu § 1004 BGB.

<sup>70</sup> Vgl. HANS MERZ, in: Berner Kommentar, Einleitungsband, N 539 zu Art. 2 ZGB.

<sup>71</sup> Vgl. BGE 104 II 92.

<sup>72</sup> Zu diesem Kriterium (i.c. allerdings verneint) AGVE 1982 Nr. 4, 31 f.

<sup>73</sup> Vgl. für den unberechtigten Überbau (Art. 674 Abs. 3 ZGB) v.a. BGE 95 II 7 ff.

<sup>74</sup> Vgl. auch ROOS (FN 5), 218.

<sup>75</sup> Vorne III.1.

<sup>76</sup> So zutreffend (allerdings für das deutsche Recht) DIRK LOOSCHELDERS/DIRK OLZEN, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung, Berlin 2005, N 304 zu § 242 BGB.

<sup>77</sup> Zum Publizitätsprinzip vgl. etwa HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. I, 3. A., Bern 2007, N 272 ff.

<sup>78</sup> Das Immobiliarsachenrecht kommt dem Publizitätsprinzip durch das Instrument des *Grundbuchs* nach (vgl. statt aller

lichen Stammrecht (Eigentum) einen *nicht* verwirkten Anspruch auf Beseitigung der Störung erwirbt: Einerseits hat der neue Nachbar als Rechtsnachfolger (noch) keinen Vertrauenstatbestand gesetzt, welcher eine Verwirkung zur Folge hätte. Andererseits würde der neue Nachbar das Grundstück nur mit einer aus dem Grundbuch *nicht* ersichtlichen «faktischen» Dienstbarkeit erwerben<sup>79</sup>. Insoweit muss hier der entgegenstehende Rechtsgrundsatz, dass niemand mehr Rechte auf einen Dritten übertragen kann, als er selber hat<sup>80</sup>, gegenüber der gesetzlich verankerten Publizitätswirkung des Grundbuchs (Art. 971 ff. ZGB) in den Hintergrund treten. Ansonsten wäre jeder Erwerber eines Grundstücks gezwungen, vorgängig umfassende (und akribische) tatsächliche Abklärungen hinsichtlich Ausmass und Dauer widerrechtlicher Abstände, Immissionen etc. vorzunehmen, um sich bei Geltendmachung eines nachbarrechtlichen Anspruchs nach dem Erwerb der Liegenschaft nicht plötzlich mit der Einwendung der Verwirkung konfrontiert zu sehen. Eine erhebliche Rechtsunsicherheit wäre die Folge. Abgesehen davon hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich *gegen* den Grundsatz entschieden, wonach Dienstbarkeiten, welche «als solche für jedermann erkennbar sind, weil sie nach aussen in Erscheinung treten, der Eintragung nicht bedürfen»<sup>81</sup>. Der Erwerber eines Grundstücks soll sich daher vielmehr auf den Grundbucheintrag verlassen können<sup>82</sup>.

Wechselt indes der *benachbarte Grundeigentümer* (Störer), so lebt ein bereits verwirkter Anspruch des Nachbarn *nicht* wieder auf. Mit anderen Worten steht dem Erwerber des benachbarten Grundstücks das Argument der Verwirkung gleichermassen offen. Überdauert der vertrauenserweckende

Zustand einer Duldung die Handänderung, darf ausserdem der neue (benachbarte) Grundeigentümer die vormalige Zeitspanne hinzurechnen<sup>83</sup>. Diese Differenzierung zur vorstehend erörterten Rechtslage (Wechsel des von der Störung betroffenen Nachbarn) drängt sich insbesondere auf, weil das vertrauensbildende Verhalten gegenüber dem vormaligen, benachbarten Grundeigentümer *stets* und *nach wie vor* dem *an Ort und Stelle verbleibenden Nachbarn zuzurechnen* ist, er mithin von der Störung *Kenntnis* hatte (bzw. haben musste) und sich daher auch *nicht* auf die (fehlende) Publizität des Grundbuchs berufen darf. Insoweit sind somit die Interessen des benachbarten Grundeigentümers an der Wahrung seines neu erworbenen Besitzstandes vorzugswürdig.

#### d. Prozessuales

Für die Durchsetzung nachbarrechtlicher Ansprüche erscheint die Einleitung eines *Befehlsverfahrens* als besonders geeignet. Denn die Beweismittelbeschränkung, welche (ebenso) für diese Spielart des summarischen Verfahrens gilt<sup>84</sup>, bringt eine wesentliche (zeitliche) Verkürzung des Gerichtsverfahrens mit sich<sup>85</sup>. Allerdings führt ein entsprechendes Begehren des Nachbarn auf Erteilung eines Befehls nur dann zum Erfolg, wenn einerseits *unstreitige* oder *sofort beweisbare Tatsachen*, andererseits *klares Recht* vorliegen<sup>86</sup>. Wendet der beklagte benachbarte Grundeigentümer ein, der Anspruch des Klägers (des Nachbarn) sei wegen treuwidriger Verspätung (Art. 2 Abs. 2 ZGB) *verwirkt*, so besteht ein erhebliches prozessuales Risiko, dass der Richter die Sach- und/oder Rechtslage als unklar (illiquid) qualifiziert. Denn derartige Verwirkungstatbestände liegen selten eindeutig auf der Hand<sup>87</sup>. Wegen der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen und des fehlenden Umstandselements scheint sich demgegenüber die Einrede der *Verjährung* grundsätzlich als weniger problematisch zu erweisen, doch kann ein Streit über die Frage, ab wann die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hat

DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich 2004, N 11; REY [FN 77], N 280 ff.).

<sup>79</sup> So im Ergebnis (für das deutsche Recht) auch GURSKY (FN 69), N 207 zu § 1004 BGB, m.w.H.

<sup>80</sup> «Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet» (hierzu etwa MAX KASER/ROLF KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 19. A., München 2008, § 24 N 3). – Dieses (Gegen-)Argument hat das *Bayerische Oberste Landesgericht* (BayObLG, NJW-RR 1991, 1041) unter Berufung auf JÜRGEN SCHMIDT, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. A., Berlin 1983, N 507 zu § 242 BGB, zur Begründung seiner im Beschluss vom 19. Juli 1990 erörterten Auffassung, dass eine eingetretene Verwirkung «für und gegen den Sondernachfolger» wirke, ins Feld geführt.

<sup>81</sup> LIVER (FN 15), 188. – Lediglich Art. 676 Abs. 3 ZGB sieht eine entsprechende Ausnahme vor: Sofern eine Leitung «äusserlich wahrnehmbar» ist, entsteht die Dienstbarkeit mit der Erstellung der Leitung.

<sup>82</sup> Demgegenüber hält das BayObLG, a.a.O. (FN 80) dafür, dass der Sondernachfolger (Erwerber) an die durch Verwirkung entstandene Rechtslage gebunden sei, auch wenn sich die Verwirkung aus dem «Wohnungsgrundbuch» nicht ersehen lasse. Dies erscheine nicht unbillig, weil der Erwerber regelmässig nur den gegenwärtigen tatsächlichen Zustand der Wohnanlage sehe und nicht an der Wiederherstellung eines anderen, längst überholten Zustands interessiert sei.

<sup>83</sup> Vgl. hierzu auch (für das deutsche Recht) das Oberlandesgericht Köln (NJW-RR 1995, Beschluss vom 27. Januar 1995), 851 (rechte Spalte, unten).

<sup>84</sup> Vgl. CH ZPO (definitive Fassung) Art. 248 lit. b, Art. 254 und 257; ZH ZPO § 209 Abs. 2.

<sup>85</sup> Vgl. RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu ZH ZPO § 209.

<sup>86</sup> CH ZPO (definitive Fassung) Art. 257 Abs. 1; ZH ZPO § 222 Ziff. 2.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu auch VIKTOR LIEBER, Handhabung und Verletzung «klaren Rechts», in: Isaak Meier/Hans Michael Riemer/Peter Weimar (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 213 ff., 223, wonach die Frage des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) grundsätzlich nicht im Befehlsverfahren geklärt werden könne. Instruktiv auch der bei Roos (FN 5), 66 (mit Bezug auf Pflanzen) erwähnte, nicht publizierte Entscheid des zürcherischen Obergerichts.

und ob ausreichende Unterbrechungshandlungen vorgenommen wurden, das Begehren gleichwohl zu Fall bringen. Die für den klagenden Nachbar in beiden Fällen unerwünschte Konsequenz ist die *Illiquidität*: Der Richter tritt in solchen Fällen auf das Begehren um Erteilung eines Befehls nicht ein<sup>88</sup> und verweist den klagenden Nachbarn in das (zeit- und kostenintensivere) *ordentliche* Verfahren.

### 3. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass eine Unterscheidung zwischen Verjährung und Verwirkung (durch Befristung oder treuwidrige Verspätung) wegen divergierender Rechtsfolgen von hoher rechtlicher Relevanz ist: Ein nachbarrechtlicher Anspruch bleibt trotz *Verjährung* bestehen, während die *Verwirkung* anspruchserlöschend wirkt. Letzteres hat der Richter von Amtes wegen zu beachten, hingegen darf er die Verjährung nur auf Einrede hin berücksichtigen. Gerade das Verwirkungsargument erweist sich im Rahmen eines Befehlsverfahrens als effektive Verteidigung des Grundeigentümers gegen einen Anspruch seines Nachbarn. In jedem Fall empfiehlt sich deshalb für den (berechtigten) Nachbarn, frühzeitig deeskalierende Massnahmen (sachliche Kontaktnahme und Thematisierung des Problems) zu ergreifen. Falls die Situation hingegen bereits zerrüttet erscheint, ist dem Nachbarn bzw. seinem Rechtsanwalt gegen das Argument der Verwirkung wegen treuwidriger Verspätung aus Beweisgründen die Zustellung eines eingeschriebenen *Briefs* an den benachbarten Grundeigentümer (Störer) zu empfehlen, mit welchem jener die Beseitigung etwa einer störenden Baute oder Pflanze bzw. das «unter der Schere» halten Letzterer verlangt. Damit lässt sich einstweilen verhindern, dass der benachbarte Grundeigentümer (weiter) auf eine Duldung des rechtswidrigen Zustands vertraut. Läuft hingegen eine Verjährungsfrist, so kann sie seitens des Nachbarn nur durch *gerichtliche* Geltendmachung des nachbarrechtlichen Anspruchs unterbrochen werden<sup>89</sup>.

Le droit de voisinage civil offre plusieurs moyens de droit pour résoudre les conflits. Leur exercice est cependant soumis à des limites de temps. Ainsi, certaines prétentions issues du droit de voisinage peuvent se prescrire, d'autres sont soumises à des délais ou se périment lorsqu'elles sont invoquées tardivement de manière contraire à la bonne foi. La distinction entre prescription et péremption est essentielle: les droits prescrits subsistent, mais ne peuvent être invoqués que de manière restreinte. En revanche, la péremption entraîne l'extinction du droit découlant des rapports de voisinage, sans que cela n'affecte le droit réel (principal), la propriété. Il convient de porter une attention particulière à la péremption d'un droit découlant des rapports de voisinage suite à un exercice tardif contraire à la bonne foi. Ce type de péremption repose sur une immission illicite, manifestement perceptible sur le fonds du voisin pendant une certaine durée et sur la naissance d'une confiance digne de protection chez le propriétaire de l'immeuble voisin (auteur de l'atteinte) à ne plus être recherché. L'argument de péremption qui en découle se prête tout particulièrement pour faire échouer une demande de sommation du voisin parce que celle-ci ne repose pas sur des faits qui sont incontestés ou qui peuvent être prouvés immédiatement.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

<sup>88</sup> Vgl. CH ZPO (definitive Fassung) Art. 257 Abs. 3; ZH ZPO § 226.

<sup>89</sup> Vgl. Art. 135 Ziff. 2 OR, i.V.m. Art. 7 ZGB.