



**Kantonsgericht von Graubünden
Tribunale cantonale dei Grigioni
Dretgira chantunala dal Grischun**

Ref.:
ZF 01 80

Chur, 29. April 2002

Schriftlich mitgeteilt am:

Urteil

Zivilkammer

Präsident Schmid, Kantonsrichter Jegen, Riesen-Bienz, Tomaschett-Murer und Burtscher, Aktuar Conrad.

In der zivilrechtlichen Berufung

des X., Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Heinz Raschein, Obere Plessurstrasse 25, 7001 Chur,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Imboden vom 3. Oktober 2001, mitgeteilt am 26. November 2001, in Sachen des Klägers und Berufungsklägers und B., Kläger, gegen Y., Beklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Martin Schmid, Hartbertstrasse 11, 7002 Chur,

betreffend Nachbarrecht (Art. 684 ZGB, Schattenwurf durch Bäume),

hat sich ergeben:

A. X. und B. sind Eigentümer der auf Gemeindegebiet Flims gelegenen Grundstücke Parzellen Nrn. 3927 und 3928, welche in der mit Einfamilien- und Ferienhäusern überbauten Bauzone A liegen. Y. ist Eigentümer des südlich an diese Parzellen angrenzenden Grundstücks Parzelle Nr. 3761, welches ebenfalls mit einem Einfamilienhaus bebaut ist. Im Grenzbereich zu den Parzellen 3927 und 3928 stehen auf dem Grundstück von Y. insgesamt 18 Bäume, mehr oder weniger in zwei Reihen. Es handelt sich um 15 Fichten und 3 Laubbäume (Blutbuche, Bergahorn), die im Jahre 1971 als Sichtschutz gepflanzt wurden und heute noch diesem Zweck dienen. Die 15 Bäume, um welche es im Streitfall geht, weisen einen Abstand zur Grenze mit Parz. 3927/3928 von 2,9 bis 6,4 m sowie Höhen zwischen 11,4 und 17,5 m auf. Die drei Grundstücke liegen, von Norden nach Süden ansteigend, in einer leichten Hanglage. Die Gebäude auf den Parzellen 3927 (X.) und 3761 (Y.) liegen 22,5 m auseinander mit einem Niveauunterschied von 2,8 m; jene auf den Parzellen 3928 (B.) und 3761 (Y.) liegen 24,8 m auseinander mit einem Niveauunterschied von 1,9 m. Jeder der 15 fraglichen Bäume hat einen Abstand zur Umfassungswand der beiden Gebäude auf Parz. 3927/3928, welcher seine Höhe übersteigt.

B. X. und B. fühlten sich durch diese Bäume infolge des damit verbundenen Schattenwurfs beziehungsweise wegen des Entzugs von Sonne in der Nutzung ihrer eigenen Grundstücke zunehmend beeinträchtigt. Sie verlangten seit 1997 von Y. die Beseitigung beziehungsweise Kappung der Bäume. Da eine gütliche Einigung nicht erzielt werden konnte, meldeten X. und B. die Streitsache am 4. Dezember 2000 beim Vermittleramt des Kreises Trins an. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 24. Januar 2001 bezogen die Kläger am 12. Februar 2001 den Leitschein. Mit Prozesseingabe vom 5. März 2001 machten sie ihre Klage beim Bezirksgericht Imboden anhängig, mit den folgenden Rechtsbegehren:

- "1. *Der Beklagte sei zu verpflichten, die Bäume Nr. 4 bis 18 gemäss beigeheftetem Situationsplan zu beseitigen. Mindestens sei er zu verpflichten, diese Bäume auf eine maximale Höhe von sechs Metern zu stutzen.*
2. *Die zulässige Maximalhöhe der Bäume sei gerichtlich als Grunddienstbarkeit festzusetzen; das Grundbuchamt für die Gemeinde Flims sei anzuweisen, diese Dienstbarkeit wie folgt einzutragen:*

Parz. 3761

Last: Baumhöhen-Beschränkung auf 6 m zu Gunsten Parz. 3927 und 3928 auf 8 m ab gemeinsamer Grenze

Parz. 3927 und 3928

Recht: Baumhöhen-Beschränkung auf 6 m zu Lasten Parz. 3761 auf 8 m ab gemeinsamer Grenze

3. *Die Androhung [recte: Anordnung] sei unter dem ausdrücklichen Hinweis zu erlassen, dass gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse bestraft wird, wer einer an ihn ergangenen gerichtlichen Anordnung nicht Folge leistet.*
4. *Überdies sei den Klägern das Recht einzuräumen, im Sinne einer Ersatzvornahme die Bäume auf Kosten des Beklagten zu entfernen bzw. zu stützen, sofern letzterer einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung nicht innert einer vom Gericht festzusetzenden Frist nachkommt.*
5. *Unter voller vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6 % MWSt."*

Mit Prozessantwort vom 23. März 2001 liess der Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage beantragen, soweit darauf einzutreten sei.

D. Mit Beweisverfügung vom 20. April 2001 wurde eine Expertise zwecks Aufnahme eines Schattenwurfprofils und zur Frage der Erheblichkeit und Lästigkeit der Schattenimmissionen angeordnet. Das durch die Firma Atragene, Chur, erstellte Gutachten wurde am 24. August 2001 erstattet und den Parteien zur Kenntnis gebracht. Auf Begehren des Klägers wurde es ergänzt beziehungsweise erläutert. Nach Durchführung eines Augenscheins, an welchem der Experte anwesend war und die Parteien ihm Zusatzfragen stellen konnten, modifizierten die Kläger im Rahmen der Parteivorträge an der Hauptverhandlung ihre Rechtsbegehren dahingehend, dass nur noch die Beseitigung der Bäume verlangt werde. Das Begehren, die Bäume auf eine maximale Höhe von 6 m zu stützen, liessen sie fallen. Das beklagte Rechtsbegehren blieb unverändert.

Mit Urteil vom 3. Oktober 2001 wies das Bezirksgericht Imboden die Klage ab und verpflichtete die Kläger unter solidarischer Haftung die Verfahrenskosten (Vermittlung Fr. 116.–, Gerichtsgebühr Fr. 3'600.–, Schreibgebühr Fr. 623.30, Barauslagen/Expertise Fr. 8'276.70) zu tragen und den Beklagten für den Prozess mit Fr. 4'590.80 zu entschädigen.

E. Gegen das am 26. November 2001 mitgeteilte Urteil liess X. durch seinen Rechtsanwalt innert Frist am 13. Dezember 2001 Berufung einlegen, mit den folgenden Rechtsbegehren:

- "1. *Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben.*
2. *Die Klage gemäss Leitschein und Prozesseingabe vom 5. März 2001 sei wie folgt ganz oder teilweise gutzuheissen:*
 - 2.1. *Der Beklagte sei zu verpflichten, die Bäume Nr. 4 bis 18 gemäss beigeheftetem Situationsplan zu beseitigen. Mindestens sei er zu verpflichten, diese Bäume auf eine maximale Höhe von sechs Metern zu stützen.*

- 2.2 *Die zulässige Maximalhöhe der Bäume sei gerichtlich als Grunddienstbarkeit festzusetzen; das Grundbuchamt für die Gemeinde Flims sei anzuweisen, diese Dienstbarkeit wie folgt einzutragen:*

Parz. 3761

Last: *Baumhöhen-Beschränkung auf 6 m zu Gunsten Parz. 3927 und 3928 auf 8 m ab gemeinsamer Grenze*

Parz. 3927 und 3928

Recht: *Baumhöhen-Beschränkung auf 6 m zu Lasten Parz. 3761 auf 8 m ab gemeinsamer Grenze*

- 2.3 *Die Androhung [recte: Anordnung] sei unter dem ausdrücklichen Hinweis zu erlassen, dass gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse bestraft wird, wer einer an ihn ergangenen gerichtlichen Anordnung nicht Folge leistet.*
- 2.4 *Überdies sei den Klägern das Recht einzuräumen, im Sinne einer Ersatzvornahme die Bäume auf Kosten des Beklagten zu entfernen bzw. zu stützen, sofern letzterer einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung nicht innert einer vom Gericht festzusetzenden Frist nachkommt.*
3. *Unter voller vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6 % MWSt."*

Zum Beweisverfahren beantragte der Berufungskläger die Einholung einer neutralen Oberexpertise. Dies im wesentlichen mit der Begründung, die Vorinstanz habe seinen Vorschlag zur Experten nomination ohne Begründung übergangen und der Sachverständige habe zum Teil auf suggestive Fragen des Beklagten geantwortet. An der Hauptverhandlung im erstinstanzlichen Verfahren habe sich zudem herausgestellt, dass er mit dem Gegenanwalt per Du verkehrte, mit diesem also seit längerem bekannt sei.

Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Nach Anordnung des schriftlichen Verfahrens gemäss Art. 224 Abs. 2 ZPO erstattete der Berufungskläger die schriftliche Berufungsbegründung am 11. März 2002. Der eigentlichen Berufungsbegründung sind die folgenden, zum Teil modifizierten Rechtsbegehren vorangestellt:

- "1. *Das angefochtene Urteil sei vollumfänglich aufzuheben.*
2. *Die Klage gemäss Leitschein und Prozesseingabe vom 5. März 2001 sei dahingehend gutzuheissen, dass der Beklagte verpflichtet wird, die Bäume Nr. 4 bis 18 gemäss beigeheftetem Situationsplan zu beseitigen. Mindestens sei er zu verpflichten, diese Bäume auf eine maximale Höhe von 6 Metern zu stützen und auf dieser Höhe beizubehalten.*

Diese Anordnung sei mit dem ausdrücklichen Hinweis zu erlassen, dass gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse bestraft wird, wer einer an ihn ergangenen gerichtlichen Anordnung nicht Folge leistet.

3. *Unter voller vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6 % MWSt zulasten des Beklagten und Berufungsbeklagten für beide Instanzen."*

Mit Berufungsantwort vom 4. April 2002 liess Y. die Abweisung der Berufung unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers beantragen.

Auf die schriftlichen Berufungsbegründungen, die Erwägungen im angefochtenen Urteil sowie auf das Beweisergebnis ist, soweit sachdienlich, im folgenden einzugehen.

Die Zivilkammer zieht in Erwägung :

1. Klägerischerseits lautet das angefochtene Urteil auf X. und B.. B. hat keine Berufung erhoben, so dass das Urteil in bezug auf ihn in Rechtskraft erwachsen ist. Die tatsächlichen Verhältnisse und deren rechtliche Qualifikation zwischen den Grundstücken 3761 und 3928 spielen für den Anspruch des Berufungsklägers (Grundstück 3927) im übrigen schon deshalb keine Rolle, weil es sich unter den Klägern bloss um eine formelle Streitgenossenschaft im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZPO gehandelt hat.

2.a. Nach Art. 51 Abs. 1 lit. a OG ist bei Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur im kantonalen Entscheid festzustellen, ob der erforderliche Streitwert von Fr. 8'000.– (Art. 46 OG) erreicht ist, sofern dies ohne erhebliche Weiterung möglich ist. Gemäss angefochtenem Urteil ist das Bezirksgericht auf Grund übereinstimmender Ausführungen der Parteien davon ausgegangen, dass der Streitwert den Betrag von 8'000 Franken übersteigt. Übereinstimmende Ausführungen der Parteien hierzu sind nicht aktenkundig. Ausserdem vermöchten solche allein die sachliche Zuständigkeit eines Gerichts nicht zu begründen. Bei Streitgegenständen von unbestimmtem Wert bestimmt das angerufene Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen oder aufgrund einer Schätzung (Art. 22 Abs. 3 ZPO). Genaugenommen handelt es sich vorliegend nicht um den Wert der Bäume als Sache, denn diese sind Bestandteil des Grundstücks auf dem sie stehen, so dass die Wertdifferenzmethode (Grundstück mit und ohne Bäume) zur Anwendung käme, was im Bereich der Zierpflanzen allerdings praktisch zur Unbestimmbarkeit des Wertes führt, weshalb hilfsweise auf den Wert der Pflanzen selbst abzustellen ist (vgl. Lukas Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, Diss. Zürich 2002, S. 244 f.). Deren Wert besteht grundsätzlich in

den Anschaffungskosten für neue und gleichwertige, das heisst eingepflanzte Ersatzbäume von gleicher Art, Höhe und Habitus, wobei klar sein dürfte, dass eine Einpflanzung von bis zu 17 m hohen Fichten unmöglich ist. Schadenersatzrechtlich bestünde deshalb Anspruch auf den Wert der Bäume, welche den ursprünglichen möglichst entsprechen, im Handel noch erhältlich und von ihrem Alter her nicht ungeeignet sind, an den vorgesehenen Ort verpflanzt zu werden. Es muss namentlich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, dass verpflanzte Bäume am neuen Standort anwachsen und eine am vorgesehenen Standort übliche Lebenserwartung haben. Im Übrigen ist für diese Fälle in der Regel anzunehmen, dass sich der Vorteil der längeren Lebenserwartung des jüngeren Ersatzbaumes und der allfällige Nachteil wegen noch nicht erreichter Reife ungefähr die Waage halten, so dass weder ein zusätzlicher Minderwert noch ein Mehrwert abzugelten sind (BGE 127 III 73 E. 5c.aa/cc, 5f). In dem vom Berufungskläger mehrfach angerufenen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich aus dem Jahre 1999 (act. 02.II.7) ist das Gericht für 11 Fichten (30-40 Jahre, Höhe zwischen 11 und 26 m) und 2 mächtige Lärchen (24 m) von einem Gesamtstreitwert von Fr. 35'000.– ausgegangen (act. 02.II.7, S. 31 f.). Vorliegend handelt es sich um einen zahlenmässig vergleichbaren Baumbestand von 13 Fichten und 2 Laubbäumen. Auch wenn es sich bei den Fichten um etwas jüngere Bäume handelt, dürften sie die Wertgrenze gemäss Art. 19 Ziff. 1 ZPO übersteigen. Hinzu kommen die Kosten für die Fällung und die Folgekosten, wohingegen der (geringe) Holzwert –entgegen der Ansicht des Beklagten– nicht als streiwerterhöhend zu qualifizieren wäre, sondern als sein Vorteil vom Streitwert in Abzug käme (Roos, a.a.O., S. 249, 257). Allerdings dürften im konkreten Fall die Beseitigungskosten den geringen Holzwert der Bäume (Fichten mit Untermass) klar übersteigen. Mit der Feststellung des Fr. 8'000.– übersteigenden Streitwerts ist auch die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes als Berufungsinstanz begründet (Art. 218 ZPO in Verbindung mit Art. 19 ZPO). Auf die im übrigen frist- und formgerecht eingereichte Berufung ist daher grundsätzlich einzutreten.

b. Die Begehren auf Beseitigung der Bäume und die alternative Verpflichtung des Beklagten, sie zumindest auf einer Höhe von maximal 6 m zu stützen, stehen im Verhältnis von Haupt- und Eventualbegehren. Der Rückzug eines Hauptbegehrens zugunsten eines von Anfang an gestellten Eventualbegehrens stellt keine unerlaubte Klageänderung dar (Frank/Streuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A. Zürich 1997, N 2 zu § 61); das Gleiche muss bei einem nachträglichen Verzicht auf das Eventualbegehren gelten. Nachdem der Kläger das Eventualbegehren im erstinstanzlichen Verfahren explizit fallen gelas-

sen hat (act. 02.I.6, S. 4), stellt sich die Frage, ob dessen Wiedereinbringung im Berufungsverfahren statthaft ist. Je fortgeschrittener ein Verfahren ist, desto dringender sind Gegenpartei und Gericht aus Gründen ihrer Verteidigung beziehungsweise der Prozessökonomie darauf angewiesen, dass der Kläger seine Rechtsposition nicht mehr ändert. Eine Klageänderung nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens ist daher nur unter erschwerten Bedingungen zulässig, namentlich ist eine solche durch Erweiterung des Rechtsbegehrens im Berufungsverfahren unzulässig (Frank/Streuli/Messmer, a.a.O., N 16 f. zu § 61). Keine Klageänderung ist jedoch die blossе Beschränkung des Rechtsbegehrens, wie zum Beispiel die quantitative oder zeitliche Reduktion eines Leistungsanspruchs oder das gänzliche Fallenlassen einzelner Rechtsbegehren. Sie kommt einem teilweisen Klagerückzug gleich -wie dies vorliegend in bezug auf die Leitschein-Ziffern 2 (Eintrag einer Grunddienstbarkeit) und 4 (Ermächtigung des Klägers zur Ersatzvornahme) erfolgte- und ist jederzeit zulässig (Frank/Streuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 61, N 7 zu § 107). Dies muss auch dann gelten, wenn ein solchermassen reduziertes Rechtsbegehren wie hier nur alternativ zum beibehaltenen Hauptbegehren gestellt wird. Es ist davon auszugehen, dass mit der "Beseitigung der Bäume", das Fällen des ganzen Stammes unter Belassung des Wurzelstocks -das heisst keine Rodung- angestrebt wird. Im Verhältnis dazu ist die Entfernung des Stammes ab einer Höhe von 6 m über dem Boden als blossе Einschränkung zu qualifizieren. Das Eventualbegehren ist folglich als weniger weit gehender Eingriff gleicher Art wie das Hauptbegehren zu verstehen. Damit wird lediglich die Rechtsfolge gemäss Hauptbegehren rein quantitativ *eingeschränkt*, was jederzeit zulässig ist und somit auch erst im Berufungsverfahren (Frank/Streuli/Messmer, a.a.O., N 17 f. zu § 61), sei es erstmalig oder als Erneuerung eines zuvor fallen gelassenen Rechtsbegehrens.

c.aa. Ein Streit, dessen Beurteilung in die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts fällt, muss gemäss Art. 63 ZPO durch ein Sühnverfahren vor dem Kreispräsidenten als Vermittler eingeleitet werden. Mit den schriftlich dem Vermittler zu übergebenden oder zu Protokoll zu formulierenden Rechtsbegehren werden Gegenstand und Umfang des Streits definitiv fixiert. Es ist dem Kläger namentlich verwehrt, nach diesem Zeitpunkt eine Klageänderung vorzunehmen, indem er die bisher verlangte Rechtsfolge *erweitert* (PKG 1995 Nr. 3 E. 2a). Der Beklagte muss grundsätzlich von Anfang an und genau wissen, was der Kläger von ihm will (PKG 1964 Nr. 11 E. 1). Damit auf die einzelnen Rechtsbegehren eingetreten werden kann, müssen sie also bereits vor dem Vermittler vorgebracht worden sein (PKG 1964 Nr. 11 E. 1, 1990 Nr. 5 E. 2). Vor dem Vermittler (act. 02.I.1) und der Vorinstanz (act. 02.I.2) sowie mit der Berufungserklärung (act. 01.1) hat der Kläger jeweils ver-

langt, die Bäume seien zu beseitigen, mindestens aber sei der Beklagte zu verpflichten, sie auf eine maximale Höhe von 6 Metern zu stutzen. Darüberhinaus hat er beantragt, es sei eine Baumhöhen-Beschränkung auf 6 m als Grunddienstbarkeit zu Lasten Parz. 3761 und zu Gunsten Parz. 3927 im Grundbuch einzutragen. Neben der vollständigen Beseitigung der Bäume begehrt der Kläger erstmals mit *Berufungsbegründung*, anstatt der erwähnten Grunddienstbarkeit, der Beklagte habe die Bäume auf eine maximale Höhe von 6 Metern zu stutzen *und auf dieser Höhe beizubehalten*. Das ist schon aus prozessualen Gründen unzulässig, denn die fristgebundene *Berufungserklärung* gemäss Art. 219 Abs. 1 ZPO hat die formulierten Anträge auf Abänderung des angefochtenen Urteils zu enthalten. Diese Bestimmung ist eine Gültigkeitsvorschrift. Was darin nicht formuliert ist, wird nicht Gegenstand der Berufung. Erst anlässlich der Hauptverhandlung -oder mit der schriftlichen Berufungsbegründung- vorgebrachte Präzisierungen und Begründungen vermögen ungenügende Berufungsanträge nicht zu retten (PKG 1995 Nr. 15).

bb. Das Rechtsbegehren, die Bäume "auf dieser Höhe beizubehalten" hat darüberhinaus das Obligatorium der Vermittlung nicht durchlaufen (Art. 63 Abs. 1 ZPO), weshalb es auch aus diesem Grund nicht Gegenstand der Berufung sein kann. Man könnte dagegen argumentieren, im Falle des alternativen Rechtsbegehrens der Kappung auf einer Höhe von 6 m müsse darin vernünftigerweise ohne weiteres, so zu sagen stillschweigend die Verpflichtung des Beklagten, die Bäume inskünftig auf der Kapphöhe zu halten, als mit eingeschlossen gelten. Dem ist nicht so. Die dauernde Verpflichtung, eine Bestockung auf einer gewissen Höhe zu halten ist qualitativ, das heisst von der zeitlichen und vermögensmässigen Belastung des Verpflichteten her betrachtet, etwas anderes als das erstmalige Stutzen des Stammes. Der Kläger entscheidet, ob er das Risiko eingehen will, dass ein uneinsichtiger Beklagter die Höhe von 6 m nicht fortan aus eigenem Antrieb einhält. Tut der Beklagte es nicht, kann der Kläger unter Umständen erneut klagen. Denn insoweit sich der tatsächliche Zustand nach der Kappung durch weiteres Wachstum verändert, bleibt Raum für eine neue tatsächliche Einwirkung, die rechtlich möglicherweise als übermässig einzustufen ist. Ein bloss auf Kappung lautendes Urteil schafft in dieser Hinsicht keine materielle Rechtskraft beziehungsweise ist keine *res iudicata* (vgl. ZR 100 (2001) Nr. 19 E. 9k). Es ist auch nicht so, dass im Begehren, die Bäume auf einer Höhe von 6 m zu kappen, das Begehren, diese Höhe inskünftig dauernd beizubehalten, als weniger weit gehender Antrag mitenthalten wäre. Es handelt sich dabei nicht um ein minder einschneidendes Eventualbegehren für den Fall, dass das Hauptbegehren nicht gutgeheissen werden kann, sondern um eine Ausdehnung des Eventualbegehrens (vgl. PKG 1990 Nr. 5 E. 1), indem der Beklagte neu

zu etwas verpflichtet werden will, mit dem er bislang nicht, weder an der Sühnverhandlung noch im erstinstanzlichen Verfahren, konfrontiert worden ist. Zumindest in zeitlicher Hinsicht findet mit dem neuen Begehren eine erhebliche Ausweitung des klägerischen Anspruchs statt. Im Verhältnis zu dem -inzwischen fallen gelassenen weil unzulässigen- Rechtsbegehren auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit handelt es sich dabei schon wegen der unterschiedlichen Natur der Grunddienstbarkeit um etwas anderes. Zusammenfassend ist auf die Berufung nicht einzutreten, insoweit der Berufungskläger darin erstmals verlangt, der Beklagte sei zu verpflichten, die Bäume auf der Höhe von 6 m beizubehalten.

3.a. Der Kläger wehrt sich gegen den Schatten, welchen die auf dem Nachbargrundstück stehenden Bäume auf sein Grundstück werfen. Fallentscheidend ist, ob die im Grundsatz nicht bestrittene tatsächliche Einwirkung übermässig im Sinne des Gesetzes ist. Um diese Rechtsfrage entscheiden zu können, ist der tatsächliche Umfang des Schattenwurfs (Zeitpunkt, Dauer, örtliche Ausdehnung) im Sinne einer Tatsachenfeststellung zu messen. Das geeignete Beweismittel dafür ist das Sachverständigengutachten, welches die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. April 2001 angeordnet hat. Die darin enthaltene Frist für Anträge zur Expertennomination und -instruktion (Frage Themen) hat der Kläger unbenützt verstreichen lassen (act. 02.I.5, 02.IV.4). Mit Verfügung vom 17. Mai 2001 wurde, anstatt des vom Kläger mit Prozesseingabe vorgeschlagenen, in Basel ansässigen Experten, auf fristgemässen Vorschlag des Beklagten die Firma Atragene, Fachgemeinschaft für standortkundliche Beratung, in Chur, als Sachverständige bestellt (act. 02.IV.1). Diese Verfügung blieb vom Kläger unangefochten. Statt dessen gelangte dessen Rechtsvertreter mit einem Schreiben direkt an die Sachverständige, um sie über ihren Auftrag zu belehren; namentlich wollte er auf diesem Weg seine versäumte Experteninstruktion nachholen und der Expertin darüber hinaus verbieten, gewisse Expertenfragen des Beklagten zu beantworten (act. 02.IV.4). Das am 24. August 2001 erstattete Gutachten wurde auf Begehren des Klägers, es sei ein detailliertes Schattenwurfprofil in Form eines Planes zu erstellen, dahin ergänzt, dass eine vergrösserte hemisphärische 360°-Fotografie mit mehr Details und einer Legende nachgeliefert wurde. Abgesehen davon erhob der Kläger weder vor noch nach der Erstattung des Gutachtens Einwendungen wegen der fachlichen Eignung oder wegen Ausstandsgründen gegen die Gutachterin oder sachliche Bedenken gegen das Gutachten. Mit Berufungserklärung beantragt der Berufungskläger nunmehr eine neutrale Oberexpertise, mit den Hinweisen, seinen Vorschlag zur Expertennomination habe die Vorinstanz ohne Begründung übergangen, und der Sachverständige habe auf "teilweise hemmungslos suggestiv formulierte Fragen des Beklagten" geantwortet. Zu-

dem habe sich an der Hauptverhandlung im erstinstanzlichen Verfahren herausgestellt, dass er mit dem Gegenanwalt per Du verkehrte, mit diesem also seit längerem bekannt sei.

Zureichende Gründe für die Unbeachtlichkeit eines Gutachtens beziehungsweise die Einholung eines neuen oder Obergutachtens sind nur gegeben, wenn ein Gutachten ungenügend ist, sei es, dass dem Gutachter die erforderlichen Kenntnisse oder die nötige Unbefangenheit abgeht oder das erstattete Gutachten aus anderen sachlichen Gründen nicht zu überzeugen vermag (Art. 195 ZPO; Frank/Streuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 181). Mit der Rüge betreffend die Experten nomination ist der Berufungskläger schon deshalb nicht zu hören, weil er sich im prozessual massgeblichen Zeitpunkt nicht darum gekümmert hat; auf sein entsprechendes Mitwirkungsrecht hat er stillschweigend verzichtet. In bezug auf die Frage der Unparteilichkeit gelten dieselben Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen (PKG 1998 Nr. 15 E. 1; Art. 190 Abs. 1 ZPO). Das Vorgebrachte reicht als Ausstandsgrund einerseits kaum aus, spricht doch Art. 18 lit. b GVG vom Fall, dass eine Partei mit dem Betreffenden besonders befreundet ist. Hinweise für besondere Freundschaft macht weder der Kläger geltend noch ergeben sie sich aus den Akten. Hinzu kommt, dass auch der sinngemässe Einwand des befangenen Experten verspätet ist, wäre doch ein Ausstandsbegehren gegen einen Experten in analoger Anwendung von Art. 20 GVG innert 10 Tagen seit Bekanntwerden des Ausstandsgrundes, demnach spätestens bis am 15. Oktober 2001 zu stellen gewesen. Wer damit bis ins Rechtsmittelverfahren zuwartet verstösst gegen Treu und Glauben und verwirkt seinen Anspruch (PKG 1998 Nr. 5 E. 2; vgl. auch Frank/Streuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 173). Dass das erstattete Gutachten inhaltlich derart ungenügend oder lückenhaft sei, dass nur ein neues Klarheit schaffen könne, macht der Berufungskläger sodann nicht substantiiert geltend, wobei zu beachten ist, dass er seine prozessualen Mitwirkungsrechte auch bei der Experteninstruktion nicht rechtzeitig wahrgenommen hat. Beweismittel sind ganz allgemein nur abzunehmen, sofern und soweit sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sind. Dies setzt voraus, dass im einzelnen dargetan wird, inwiefern die Tatsachen, über welche Beweis abzunehmen ist, für den Prozessausgang wichtig sind. Es ist detailliert vorzubringen, welche Beweise weshalb vom Kantonsgericht abzunehmen sind. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Einholung eines Obergutachtens wurde im Berufungsverfahren nicht damit begründet, dass konkrete Methoden, Messungen und/oder Schlüsse des Gutachters zweifelhaft seien. Dass sachlich kein Fundament für die Notwendigkeit einer Oberexpertise gegeben ist, legen schliesslich die vom Berufungsbeklagten in der Berufungserklärung ausformulierten Expertenfragen

nahe. Bei der Experteninstruktion hat der Richter den durch die entsprechenden Tatsachenbehauptungen der Parteien in den Rechtsschriften (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3, 98 ZPO) abgesteckten Rahmen einzuhalten (PKG 1989 Nr. 4 E. 2b). Tatsachen, welche die Parteien nicht oder nicht rechtzeitig zum Prozessstoff gemacht haben, sind nicht zu verifizieren, auch nicht mittels Expertise. Dieses Prinzip wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Gericht jederzeit und von sich aus ein Sachverständigengutachten anordnen kann. Letzteres bezieht sich nur auf rechtzeitig Behauptetes. Die Frage, welchen Lichtentzug die Baumreihe zu welchen Jahreszeiten innerhalb des Hauses des Klägers bewirke (act. 13, S. 12), erscheint unzulässig, weil der Kläger in der Prozesseingabe keinen Lichtentzug *innerhalb des Hauses* behauptet hat (act. 02.I.2, S. 2-5). Die Prozesseingabe erwähnt zwar, es gingen von der Baumreihe Immissionen in Form von Entzug von Licht und Sonne aus, wobei anzunehmen ist, dass damit einerseits diffuses Licht (bei trübem Wetter) und andererseits direkte Sonneneinstrahlung gemeint sind. Substanzierte Behauptungen, wo, wann und mit welchen lästigen Auswirkungen der Einfall von diffusem Licht verhindert wird, fehlen. Der Kläger hat in seiner Rechtsschrift ferner nicht ansatzweise behauptet, dass sich der Schattenwurf *des Hauses* des Beklagten auf die Parzelle 3927 auswirke oder sich nicht auswirke. Der Kläger hat schliesslich auch nicht die Behauptung, falls die Beeinträchtigung derzeit noch nicht übermässig sei, dann werde sie es in einigen Jahren sein, im Sinne einer eventuellen Präventivklage zum Prozessgegenstand gemacht. Die Frage, wie es sich mit der Entwicklung des Schattenwurfs in den nächsten 3-12 Jahren verhält, ist daher nicht dem Experten vorzulegen. Selbst wenn man von rechtzeitigen Behauptungen betreffend Beschattung der Hausfassade und Entzug von (diffusem) Licht innerhalb des Hauses ausginge, kann man diese Auswirkungen auf Grund der Resultate an den 4 Messstandorten (act. 02.IV.3, Beilage 3) abschätzen. Auf die Einholung einer Oberexpertise kann daher verzichtet werden.

b. Der Berufungskläger hat in der Berufungsbegründung gestützt auf Art. 226 ZPO die Durchführung eines Augenscheins durch die Berufungsinstanz beantragt. Angesichts von Art. 219 Abs. 1 ZPO erscheint dies verspätet. Gemäss Art. 226 Abs. 2 ZPO kann indessen das Kantonsgericht im Berufungsverfahren von sich aus einen Augenschein durchführen. Diese Bestimmung über das Berufungsverfahren steht unter dem Marginale "Neue Beweismittel" und regelt zunächst, unter welchen Voraussetzungen im erstinstanzlichen Verfahren fristgemäss angemeldete jedoch nicht abgenommene Beweismittel auf Antrag im Berufungsverfahren abzunehmen sind. Im Sinne einer teilweisen Ausnahme bestimmt Abs. 2, dass die Berufungsinstanz von sich aus, das heisst ohne Antrag einer Partei, einen Augenschein

durchführen kann. Stets aber bezieht sich die Bestimmung auf neue, das heisst bislang nicht abgenommene Beweismittel. Es gibt namentlich keine Bestimmung, nach welcher auch die Berufungsinstanz einen Augenschein stets dann vornehmen muss, wenn die Vorinstanz einen solchen durchgeführt hat. Der Berufungskläger bringt im übrigen nicht vor, zu welchen konkreten Sachverhalten sich die Berufungsinstanz nicht aus den Akten sondern nur mittels eines Augenscheins an Ort und Stelle ein richtiges Bild soll machen können (Art. 196 Abs. 2 ZPO). Der Antrag auf Durchführung eines Augenscheins ist daher abzuweisen.

4.a. Der Kläger beschwerte sich konkret nur über Schattenwurf, worunter der Entzug von Sonne, mithin von direkter Sonneneinstrahlung, zu verstehen ist. Dies führe zu einer Vermoosung seines Wohnrasens und der Aufenthalt auf dem Gartensitzplatz sei während eines erheblichen Teils des Jahres auch bei schönstem Sonnenschein nicht möglich. Er behauptet jedoch nicht Entzug von Luft oder Behinderung seiner Aussicht. Letztere Einwirkungen sind demnach nicht zu prüfen. Dass diffuses Licht innerhalb seines Hauses entzogen werde, ist eine neue, erstmals in der Berufungsbegründung aufgestellte Tatsachenbehauptung. Dies ist folglich weder in tatsächlicher Hinsicht zu klären noch ist rechtlich ihre Übermässigkeit zu prüfen.

b. Mit Berufungsbegründung macht der Kläger neu geltend, dass von den Fichtenbaumreihen auf einem obenliegenden Grundstück für ihn als Unterlieger eine erhebliche Gefährdung ausgehe, weil Fichten als Flachwurzler weniger statische Stabilität aufwiesen als Bäume mit einem tiefgehenden Wurzelwerk. Diese Gefährdung falle hier um so mehr ins Gewicht, als es sich um unnatürlich dicht zusammengepflanzte Baumreihen handle. Die Bäume seien zur Zeit in der besten Wachstumsphase und würden jedes Jahr um 50 cm grösser. Damit nehme auch die Standsicherheit der Fichten zukünftig von Jahr zu Jahr ab. Zur Duldung eines derartig konkrete Risiken könne ihn auch ein Ortsgebrauch nicht verpflichten. Diese tatsächlichen Behauptungen wurden in den Rechtsschriften nirgends aufgestellt, so dass sie weder zu verifizieren sind, noch ihre rechtliche Tragweite zu prüfen ist. Die Frage einer Gefährdung des klägerischen Grundstücks wegen mangelnder Standsicherheit der Fichten könnte im übrigen schon deshalb nicht Gegenstand einer Klage gestützt auf Art. 684 ZGB sein, weil es sich dabei nicht um eine Immission im Rechtssinne handelt, sondern um allenfalls drohende physische Einwirkungen, welche direkt in die Substanz des Grundstücks eingreifen, vergleichbar dem Abrutschen von Erdreich (BGE 111 II 24 E. 2b, 107 II 134 E. 3b). Art. 684 ZGB erfasst nur unkörperliche Erscheinungen und leichte körperliche Stoffe. Dagegen wäre eine

umgefallene Fichte als körperlicher Stoff erheblichen Umfangs nicht als Immission sondern als direkter Eingriff zu qualifizieren, bei dem sich die Frage der Übermässigkeit von vorneherein nicht stellt (Roos, a.a.O., S. 21 f.). Die neue tatsächliche Behauptung der mangelnden Standfestigkeit ist schliesslich auch sachlich nicht haltbar. Denn der Experte hat anlässlich des Augenscheins festgehalten, dass die Standsicherheit der Bäume nicht gefährdet sei (act. 02.I.6, angefochtenes Urteil, S. 4).

5. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf Art. 684 ZGB. Diese Norm konkretisiert den Eigentumsfreiheitsanspruch von Art. 641 Abs. 1 ZGB indem er dem Grundeigentümer Realobligationen gegenüber seinen Nachbarn auferlegt und so eine Abgrenzung des Eigentumsinhalts vornimmt. Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich beim Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten (Abs. 1). Im Sinne einer beispielhaften Aufzählung sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Russ, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung verboten (Abs. 2). Eine übermässige Überschreitung des Eigentums löst die Grundeigentümerhaftung des Art. 679 ZGB aus. Der durch solche Überschreitung Geschädigte kann gegenüber dem Grundeigentümer auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen. Unter Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB fallen nach der Judikatur und einem Teil der Lehre auch so genannte "negative Immissionen" wie der Entzug von Sonnenlicht und Schattenwurf (BGE 126 II 452 E. 2; vgl. auch PKG 1992 Nr. 5). Dabei ist wenig erspriesslich, dass die Verhinderung des direkten Eindringens von Sonnenlicht eine negative Immission sein soll und noch weniger nachvollziehbar ist, dass sich daraus Subsumptionsprobleme ergeben sollen. Schatten kann -wie Staub aus einer Kiesgrube, Gestank aus einer Schweinemästerei, Erschütterungen aus einem Steinbruch oder Lärm aus einer Diskothek- auf dem Grundstück des Beklagten mit den menschlichen Sinnen (sehen, fühlen) als Dunkelheit und (relative) Kälte wahrgenommen und daher als lästig empfunden werden. Immission ist alles, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine adäquat kausale Folge menschlichen Verhaltens auf einem Grundstück ist und sich auf ein anderes Grundstück auswirkt. Aus der Sicht des betroffenen Grundstücks stellt die unerwünschte Verhinderung von direkter Sonneneinstrahlung die physikalisch negative/passive und der ebenso unerwünschte Schattenwurf die physikalisch positive/aktive Seite des gleichen Phänomens dar. Ob man nun das eine oder das andere in den Vordergrund stellt, es ist festzustellen, dass die passive

Seite dieser Erscheinung nur die physikalische Kehrseite der aktiven ist. Bezogen auf den Normzweck von Art. 684 ZGB, nämlich, dass in den Schranken der Rechtsordnung der Eigentümer sein Eigentum zur Befriedigung legitimer menschlicher Bedürfnisse soll ungestört geniessen können, handelt es sich in seinen Wirkungen um ein und dasselbe. Es ist rechtlich nicht von Belang, ob der Kläger formuliert, der Beklagte solle weniger Schatten auf sein Grundstück werfen oder mehr direktes Sonnenlicht durchlassen; im einen wie im andern Fall besteht das Hindernis für das von ihm behauptete Eigentumsinhaltsrecht in den Bäumen des Nachbarn. Im übrigen ist klar, dass hier die adäquat kausale Ursache für die unerwünschte Beeinträchtigung in der Art der Benutzung und Bewirtschaftung des Nachbargrundstücks, welche auch in einem Unterlassen bestehen kann, liegt. Schon das blosses Wachsenlassen von gesetzten oder wild gewachsenen Bäumen ist adäquat kausales menschliches Verhalten, das dem Grundeigentümer zuzurechnen ist (Roos, a.a.O., S. 17 f.).

6. Der Berufungskläger baut seine Berufung hinsichtlich der tatsächlichen und der rechtlichen Aspekte weitgehend im Sinne eines Vergleichs mit dem in ZR 100 (2001) Nr. 19 und BGE 126 III 452 ff. publizierten Fall auf, welchen er als "Leitfall" für die anstehende Entscheidung bezeichnet. In jenem Fall verlief zwischen den betroffenen Grundstücken in einer mit Einfamilienhäusern bebauten Wohnzone auf dem Lande ein 3 m breiter Fussweg. Unmittelbar an der Nordgrenze des emittierenden Grundstücks befand sich ein Baumbestand von 11 Fichten (mit Höhen zwischen 11,1 und 26,3 m) und 2 Lärchen (Höhe 24,4 und 23,8 m), welchen das Obergericht als eigentliche dicht gesäumte Allee und Privatwald qualifizierte. Alle Bäume unterschritten sowohl den Grenzabstand für einzelne Waldbäume und grosse Zierbäume als auch jenen für unter der Schere zu haltende Gartenbäume, kleinere Zierbäume, Zwergobstbäume und Sträucher deutlich. Abgesehen von Mai-Juli warfen die Bäume übers ganze Jahr erheblichen Schatten in den Kernbereich des Nachbargrundstücks. Im Winter wurde über das Haus des betroffenen Grundstückseigentümers und weit darüber hinaus ein eigentlicher Schattenteppich gelegt. Das Obergericht des Kantons Zürich ordnete die Beseitigung jener 5 Bäume an, welche den meisten Schatten verursachten. Der Berufungskläger übersieht nun, dass sich die beiden Fälle sowohl in bezug auf die kantonalen Abstandsvorschriften als auch hinsichtlich der ihnen zu Grunde liegenden Tatsachen erheblich unterscheiden. §§ 169-174^{bis} EG zum ZGB ZH, welche sich mit dem Pflanzen von Bäumen beschäftigt, bestimmt, dass einzelne Waldbäume und grosse Zierbäume, wie Pappeln, Kastanienbäume, Platanen und Nussbäume nicht näher als 8 m, Feldobstbäume und kleinere, nicht unter der Schere zu haltende Zierbäume nicht näher als

4 m von der nachbarlichen Grenze gepflanzt werden dürfen. Wie nach bündnerischem Recht verjährt bei Verletzung der Abstandsvorschriften der kantonale Beseitigungsanspruch nach 5 Jahren seit der Pflanzung. Hingegen kennt das zürcherische Recht selbst keine Art. 97 EGZGB vergleichbare Norm, welche es auch nach Ablauf der Verjährungsfrist erlaubt, gegen unliebsame Immissionen von abstandskonformen oder abstandsverletzenden Bäumen vorzugehen. In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass im zürcher Fall sämtliche Bäume die Abstände gemäss § 169 und 170 EG zum ZGB ZH deutlich verletzen, wohingegen die im anstehenden Fall für den Schattenwurf in erster Linie massgeblichen Bäume die Abstände gemäss Art. 96 und 97 EGZGB einhalten.

Nach Art. 688 ZGB sind die Kantone befugt, für Anpflanzungen je nach der Art des Grundstücks und der Pflanzen bestimmte Abstände vom nachbarlichen Grundstück vorzuschreiben oder den Grundeigentümer zu verpflichten, das Übergreifen von Ästen oder Wurzeln fruchttragender Bäume zu gestatten und für diese Fälle das Anries zu regeln oder aufzuheben. Es handelt sich um einen echten zuteilenden Vorbehalt zu Gunsten kantonalen Rechts im Sinne von Art. 5 Abs. 1 ZGB, der die Befugnis mit einschliesst, die Rechtsfolgen für den Fall ihrer Verletzung autonom zu regeln (Heinz Rey, Basler Kommentar, N 26/31/35 zu Art. 688 ZGB). Die Kantone sind ausschliesslich befugt, Abstandsvorschriften für Pflanzen festzulegen; dies aus der Überlegung, dass das Mass an Einschränkung in diesem Bereich in hohem Grad von der Kultur des Bodens und den überlieferten lokalen Gewohnheiten, Anschauungen und Bedürfnissen abhängig ist, so dass sich sachlich eine Rechtsvereinheitlichung durch bundesweite Abstandsvorschriften nicht rechtfertigte (BGE 126 III 452 E. 3). Der Kanton Graubünden hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht und eine mehr oder weniger abschliessende Regelung der beim Pflanzen von Bäumen und Sträuchern einzuhaltenden Abstände getroffen. Art. 96 und 97 EGZGB regeln den Grenzabstand bei und die Rechtsbehelfe gegen Pflanzungen bei Entzug von Licht und Sonne. So ist, ausser gegenüber Waldgrundstücken, beim Pflanzen von hochstämmigen Bäumen, die nicht zu den Obstbäumen gehören, sowie Nussbäumen ein Abstand 6 m von der Grenze einzuhalten (Art. 96 Abs. 1 Ziff. 1 EGZGB). Das Recht auf Einsprache gegen Verletzung der Abstandsvorschriften verjährt nach fünf Jahren, von der Pflanzung an gerechnet (Art. 96 Abs. 3 EGZGB). Entziehen hochstämmige Bäume, die nicht zu den Obstbäumen mit Einschluss der Nussbäume gehören -also zum Beispiel Fichte und Ahorn- einem Gebäude in dem Masse Licht oder Sonne, dass sein Gebrauchswert bedeutend vermindert wird, hat der Gebäudeeigentümer weiter das Recht, jederzeit ihre Entfernung zu verlangen, und dies auch dann, wenn der gesetzliche Grenzabstand gemäss Artikel 96 dieses

Gesetzes gewahrt ist, sofern das Interesse des Eigentümers der Bäume an deren Erhaltung von ungleich geringerer Bedeutung ist als der entstandene Schaden (Art. 97 Abs. 1 EGZGB). Kein solches Recht besteht, wenn die Bäume einen Abstand von der Umfassungswand des Gebäudes haben, welcher ihrer Höhe gleichkommt, oder wenn ihre Erhaltung im öffentlichen Interesse liegt (Art. 97 Abs. 2 EGZGB). Sämtliche umstrittenen Bäume wurden im Jahre 1971 gepflanzt, so dass die in Art. 96 Abs. 3 EGZGB vorgesehene Einsprachefrist von 5 Jahren bereits im Jahre 1976 abgelaufen ist. Beide Baumreihen weisen sodann einen Abstand zur Umfassungswand des Einfamilienhauses auf dem klägerischen Grundstück auf, welcher ihre eigene Höhe übersteigt (Art. 97 Abs. 2 EGZGB). Ein kantonalrechtlicher Beseitigungsanspruch wegen übermässigen Schattenwurfs besteht somit unter keinem Aspekt.

Die gestützt auf Art. 688 ZGB erlassenen kantonalen Pflanzungsvorschriften sollen keine exklusive Rechtsetzungskompetenz der Kantone darstellen. Art. 679/684 ZGB umschreiben das daneben bundesrechtlich geltende Minimum dessen, was die Nachbarn einander schulden. Im Verhältnis zum vorbehaltenen kantonalen Recht gewährt Art. 684 ZGB allerdings bloss einen bundesrechtlichen Minimalschutz. Falls eine Pflanze die kantonalen Abstandsvorschriften einhält -nicht aber wenn der kantonalrechtliche Beseitigungsanspruch bloss verjährt ist- haben ihre Immissionen vermutlich als ortsüblich im Sinne von Art. 684 Abs. 2 ZGB zu gelten. An die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs nach Art. 679/684 ZGB ist in einem solchen Fall ein strenger Massstab anzulegen (Roos, a.a.O., S. 38). Nur in den seltensten Fällen dürften von solchen Pflanzen übermässige Immissionen im Sinne der Minimalgarantie von Art. 684 ZGB ausgehen (BGE 126 III 452 E. 3bb). Nach Bundesgericht (ebenda) rechtfertigt sich, dem bundesrechtlichen Immissionsschutz die Bedeutung einer Mindestgarantie (dann) zuzuerkennen, wenn der kantonalrechtliche Immissionsschutz *trotz Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften* versagt, weil der Beseitigungsanspruch beispielsweise verjährt ist. Eine solche Konstellation liegt hier nicht beziehungsweise nur zum Teil vor, und insoweit sie teilweise vorliegt, ist sie nicht kausal für den beanstandeten Schattenwurf. Die fraglichen 15 Bäume liegen mehr oder weniger in zwei Reihen parallel zur Grundstücksgrenze, wobei die der Grenze näher liegende Reihe von 8 Bäumen (Bäume Nr. 4,6,8,10,12,14,16,17, mit Höhen von 11.4-16.1 m) den Abstand von 6m (Art. 96 Abs. 1 Ziff. 1 EGZGB) verletzt und die hintere Reihe von 7 Bäumen (Bäume 5,7,9,11,13,15,18, mit Höhen von 14.1-17.5 m) ihn einhält. Entgegen dem Berufungskläger hält auch der Ahorn (Baum Nr. 18) den Abstand zu seinem Grundstück ein, da dieser nach dem Ausscheiden des Klägers B. neu nicht mehr rechtwinklig

zur Grenze des Grundstücks 3928 (B.) sondern von der Stammitte schräg auf den weiter entfernten Grenzpunkt des Grundstücks 3927 (X.) zu messen ist (act. 02.III.2). Unter Vorbehalt der Messgenauigkeit auf einem Grundbuchplan im Massstab 1:250 ergibt sich für den Ahorn ein Grenzabstand von 6 m. Die Frage, ob es beim Grenzabstand eine Toleranz im Zentimeterbereich gibt, kann offen bleiben. In der hinteren Reihe sind 5 von 7 Bäumen über 16 m hoch; in der vorderen sind 6 von 8 Bäumen unter 13 m hoch. Im Durchschnitt liegen die Wipfel der hinteren Reihe 3 m höher; parallel zur Grundstücksgrenze gemessen weisen deren Bäume unter sich Abstände von 2-4 m auf. Der Schatten wird durch die vom Grundstück des Klägers aus weiter entfernte, also im Süden gegen die Sonne stehende hintere und höhere Baumreihe erzeugt, oder mit anderen Worten, würde man die dem klägerischen Grundstück näher stehende, den Grenzabstand verletzende Baumreihe entfernen, würde dies dem Kläger kaum helfen. Zum anderen hat der Experte festgestellt, dass eine Rückversetzung der Bäume nur eine geringe Auswirkung auf den Schattenwurf haben würde. Der Schatten würde weiterhin durch die weiter entfernte, jedoch höhere und den Grenzabstand einhaltende Baumreihe erzeugt. Bei dieser Sachlage erübrigt sich, dass sich das Gericht mit der den Grenzabstand nicht einhaltenden Baumreihe befasst, denn ihre Beseitigung würde dem Berufungskläger nicht helfen. Wollte er dennoch auf ihrer Beseitigung beharren, würde es sich um eine nutzlose Rechtsausübung handeln, welcher der Rechtsschutz in Anwendung von Art. 2 ZGB zu versagen wäre. Die der Grenze näher stehende Baumreihe kann ausser Betracht bleiben. Wird nun aber der beanstandete Schatten durch Bäume erzeugt, die den Grenzabstand einhalten und die darüber hinaus auch jenen der Bestimmung von Art. 97 Abs. 2 EGZGB, welche den Ortsgebrauch beziehungsweise das an Licht- und Sonnenentzug tolerierbare Mass weiter konkretisiert, so kann zum einen nicht (wie in BGE 126 III 452 E. 3.c.bb a.E.) gesagt werden, der kantonalrechtliche Immissionsschutz habe *trotz Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften* versagt, weil der Beseitigungsanspruch beispielsweise verjährt ist. Zum anderen ist dieses entscheidende Argument des Bundesgerichts in BGE 126 III 452 für ein Nebeneinander von kantonalem und Bundesrecht wenig überzeugend. In Wirklichkeit stützt es sich nur auf eine Schwäche im System des zürcherischen Rechts, welches dem Pflanzenwachstum nicht Rechnung trägt (so die Kritik von Denis Piotet in AJP 2001, S. 597 f. Ziff. d/g). Solches kann dem bündnerischen Recht angesichts von Art. 97 EGZGB nicht nachgesagt werden. Der kantonale Gesetzgeber hat im Bereich des Nachbarrechts mit den Bestimmungen von Art. 96 f. EGZGB, welche auf eine abschliessende Regelung ausgelegt sind, grundsätzlich die Interessenabwägung bereits vorgenommen, insbesondere hat im Art. 97 EGZGB auch der Umstand Berücksichtigung gefunden, dass unter Umständen die Grenzabstandsbestimmungen

gemäss Art. 96 EGZGB zum Schutze des Nachbarn allein nicht genügen, da Bäume wachsen und ihre Einwirkungen daher ständig zunehmen können (PKG 1992 Nr. 5 E. 3b; SJZ 86 (1990) Nr. 39 S. 197 f.). Mit den Bestimmungen von Art. 96 f. EGZGB, welche im Bereich der Pflanzen den gleichen Regelungsgegenstand und das gleiche Regelungsziel wie Art. 684 ZGB haben, wird dem Umstand Rechnung getragen, dass das kantonale Recht nicht durch relativ kurze Verjährungsfristen den Immissionschutz gegen Pflanzen schwächen soll, indem das Wachstum der Pflanzen nach der Verjährungsfrist unberücksichtigt bleibt. Es ist augenscheinlich der Zweck von Art. 97 EGZGB, dies in beschränktem Mass, das heisst im Sinne eines ausgewogenen nachbarlichen Interessenausgleichs zu berücksichtigen (PKG 1992 Nr. 5 E. 3b a.E.). Wenn durch die Pflanzenimmission der Gebrauchswert des Eigentums bedeutend vermindert und die erforderliche Pflanzenhöhe erreicht wird, erhält der immissionsbelastete Nachbar einen Beseitigungsanspruch. Es kann folglich keine Rede davon sein, dass durch Zeitablauf seine Rechtsposition geschwächt wird. Das Gegenteil ist der Fall. Je mächtiger ein Baum -halte er nun den Grenzabstand ein oder nicht- mit der Zeit wird, desto eher treten die kantonalen Voraussetzungen für seine Beseitigung ein, und dieser Beseitigungsanspruch ist unverjährbar. Von einem aus der Sicht des Pflanzenimmissionsschutzes lückenhaften kantonalen Recht (BGE 126 III 452 E. 3.c.bb) kann hier nicht gesprochen werden. Damit verliert das entsprechende Argument, es sei wegen des kantonalrechtlich unberücksichtigten Pflanzenwachstums sachlich notwendig ein wahlweises und konkurrenzierendes Nebeneinander von kantonaler und bundesrechtlicher Norm zu haben, entscheidend an Überzeugung.

Ortsgebrauch, sei es nun als echter im Sinne von Art. 684/Art. 5 Abs. 2 ZGB oder als Ausdruck positiven kantonalen Rechts (Art. 688 ZGB) ist als Kriterium nicht tauglich, um direkt das Übermass von Immissionen festzustellen, sondern nur in dem Sinne, dass das, was am fraglichen Ort unter vergleichbaren Bedingungen allgemein üblich ist und von allen geduldet wird, auch vom Einzelnen zu dulden ist. Schon der Wortlaut von Art. 684 Abs. 2 ZGB weist darauf hin, dass Ortsgebrauch vielmehr einen Rechtfertigungsgrund darstellt, der es erlaubt (auch starke) Immissionen, welche andernorts unter veränderten äusseren Verhältnissen eine eindeutige Überschreitung des Eigentums darstellen könnten, als zu duldende zu qualifizieren. Wenn nach dem Willen des Gesetzgebers im Bereich der Pflanzenimmissionen durch positives kantonales Recht zumindest für dessen Gebiet eine Art kantonsweiter "Ortsgebrauch" zu definieren war, ist klar, dass Pflanzungen, welche die kantonalen Regeln einhalten, nie Gegenstand einer Klage gestützt auf Art. 684 ZGB sein können (Piotet, a.a.O., S. 596 f. Ziff. c), es sei denn, es handle sich um eine

Schikane (Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Zürcher Kommentar, N 12 zu Art. 684 ZGB). Systematisch, nach dem Normzweck sowie auch im Licht der im Nachbarrecht eine vergleichsweise grosse Bedeutung beizumessenden Rechtssicherheit liegt es näher, das Verhältnis der kantonalrechtlichen Bestimmungen zu der bundesrechtlichen Vorschrift als solches von *lex specialis* zu *lex generalis* zu sehen (Roos, a.a.O., S. 35-37). Nichts anderes meint denn auch das Bezirksgericht Imboden, wenn es bei der Prüfung der Übermässigkeit nach Art. 684 ZGB erwog, mit einer Klageguteheissung würden letztlich die kantonalen Vorschriften ihres Sinns entleert. Bei dieser Betrachtungsweise bleibt kein Raum für die Anwendung von Art. 684 ZGB und es ist die Berufung bereits aus diesem Grund abzuweisen.

7. Will man dennoch und in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon ausgehen, dass auf dem Gebiet der Pflanzenimmissionen der bundesrechtliche Minimalschutz *in jedem Fall* neben beziehungsweise dem kantonalen Recht übergeordnet besteht und mit ihm konkurriert, namentlich auch dann, wenn eine unverjährbare kantonale Abstandsvorschrift, welche dem Wachstum der Bäume Rechnung trägt, eingehalten ist, so ist im Folgenden zu prüfen, ob die Einwirkung das Übermass (*tout excès, ogni eccesso*) im Sinne von Art. 684 ZGB erreicht. Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen und beruht im wesentlichen auf einer Abwägung der widerstreitenden Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs sowie der Lage und der Beschaffenheit der Grundstücke. Dem kantonalen Richter, der diese Wertung vorzunehmen hat, steht ein weites Ermessen zu (BGE 114 II 230 E. 5a). Es ist eine Entscheidung nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB zu treffen (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 64 zu Art. 684 ZGB; Roos, a.a.O., S. 26). An das Übermass gemäss Art. 684 ZGB ist von vorneherein ein strenger Massstab anzulegen (Roos, a.a.O., S. 35/48). Sind die kantonalen Pflanzabstände eingehalten, sind ihre Immissionen vermutungshalber als ortsüblich zu dulden, und es dürften von ihnen nur in den seltensten Fällen übermässige Immissionen ausgehen (Roos a.a.O., S. 38; BGE 126 III 452 E. 3.c.bb). Die für den Schattenwurf in erster Linie verantwortliche hintere Baumreihe hält sowohl den Pflanzabstand gemäss Art. 96 Abs. 1 Ziff. 1 EGZGB als auch die erweiterte Abstandsvorschrift von Art. 97 Abs. 2 EGZGB ein. Entsprechen die strittigen Fichten den kantonalen Bestimmungen, so darf die im vorliegenden Fall gleichwohl vorhandene Schattenimmission nicht leicht hin als übermässig bewertet werden. Bei der anzustrebenden Harmonisierung zwischen dem bundesrechtlichen Immissionsschutz und den kantonalrechtlichen Abstandsvorschriften bei Pflanzungen ruft das allgemeine Gebot der widerspruchsfreien Rechtsordnung zumindest nach einer möglichst weitgehenden Rücksicht-

nahme auf die kantonalen Abstandsvorschriften (Roos, a.a.O., S. 37). Art. 684 ZGB ist daher als eine Art Notausgang zu sehen, um eigentlichen Extremfällen (Roos, a.a.O., S. 43) beizukommen und unbillige Härten des kantonalen Rechts zu korrigieren.

Der Berufungskläger sieht seinen Standpunkt einmal dadurch bestätigt, dass der Experte ausdrücklich festgestellt habe, "Licht und Sonne gehören zusammen mit Ruhe sicherlich zu den Werten, welche viele Leute als wichtig empfinden für die Lebensqualität am Wohnort. Ein erheblicher Entzug direkten Sonnenlichts von Herbst bis Frühling kann u. E. zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Lebensqualität führen." Dabei wird übersehen, dass der Experte damit nur den generell abstrakten und -unbestrittenen- Grundsatz wiederholt, dass erheblicher, also ein nicht zu vernachlässigender Entzug von direktem Sonnenlicht zu einer Einbusse der Lebensqualität führen kann. Dass in concreto ein Entzug in einem Ausmass vorliegt, der übermässig im Sinne des Gesetzes ist, wird damit noch nicht gesagt. Richtigerweise greift der Experte der Rechtsfrage nach dem Übermass, deren Prüfung dem Richter vorbehalten ist, nicht vor.

9. In Bezug auf die Frage des Entzugs von *diffusem Licht* hat die Expertise ergeben, dass auf Parzelle 3927 saisonunabhängig ein Verlust von 14 % von den fraglichen Bäumen herrührt (total 22 %, wovon 64 % von den strittigen Bäumen verursacht, Expertise act. 02.IV.3, S. 6 und Beilage 5). Diese Tatsachenfeststellung wird vom Kläger in der Berufung nicht in Abrede gestellt. Von einem untolerierbaren Vorenthalten des Gutes Licht (indirektes oder diffuses Licht) kann schon aufgrund dieses Messresultats nicht gesprochen werden. Dieser Grad von Beeinträchtigung mag spürbar und in beschränktem Ausmass auch lästig sein, übermässig im Sinne einer schlichtweg nicht mehr tolerierbaren Behinderung ist sie deswegen noch nicht. Insoweit mit Berufung daran festgehalten wird, ist sie auch aus materiellen Gründen abzuweisen.

Selbst wenn der -wegen fehlender klägerischer Behauptung ungemessen gebliebene- Lichtentzug innerhalb des Hauses höher sein sollte -welche Vorstellung allerdings Mühe bereitet, angesichts der Tatsache, dass das Haus etwas weiter entfernt von den Bäumen liegt, als die 4 Messstandorte (act. 02.IV.3, Beilage 3)- erreicht er auch dort nicht ein Übermass. Soweit er auf ungünstige architektonische Verhältnisse zurückzuführen wäre, dürfte er im übrigen nicht dem Beklagten zugerechnet werden.

10. Auch in Bezug auf die Frage des Entzugs von *direktem Sonnenlicht* ist generell festzustellen, dass die Sachdarstellungen des Sachverständigen überzeugen. Die Messmethoden, Resultate und Auswertungen sind für einen Laien verständlich dargelegt und die daraus gezogenen Schlüsse nachvollziehbar. Der Berufungskläger bringt denn auch nichts Substantielles dagegen vor. Der Gutachter hat festgestellt, dass das der Parzelle 3927 durch die fraglichen Bäume entzogene direkte Sonnenlicht in den Monaten Mai bis August vernachlässigbar gering ist (act. 02.IV.3, S. 4/5). Richtig interpretiert, ist während diesen vier Monaten eine Einbusse praktisch nicht existent. Gering im rechtlichen Sinne, beziehungsweise von vorneherein kein Übermass im Sinne von Art. 684 ZGB darstellend, ist der Entzug offensichtlich auch im Monat April, wo eine prozentuale Einbusse von lediglich 3 % gemessen wurde (act. 02.IV.3, Expertise S. 5 fig. 1, Beilagen 5/6). Im Frühling (Februar/März) beträgt der von den Bäumen herrührende Entzug 94 % beziehungsweise 69 % und im Herbst (September/Oktober) 42 % beziehungsweise 91 % (act. 02.IV.3, Expertise S. 5, Beilagen 5/6). Im Winter (November bis Januar) erleidet das Grundstück des Berufungsklägers einen totalen Sonnenlichtentzug, wobei dieser zu 100 % durch die Bäume auf Parzelle 3761 verursacht wird. Die Feststellung dieses Zustandes im Winter ist indes mit zwei Vorbehalten behaftet, nämlich, dass der Laubbaum Nr. 18 zur Zeit der Aufnahme Laub trug und sich daraus eine bis maximal 5 % fehlerhafte Messung [zu Lasten des Beklagten] ergeben könnte (act. 02.IV.3, Expertise S. 4). Sodann ist gemäss Gutachter der Einfluss der fraglichen Bäume auf die direkte Sonneneinstrahlung um die Wintersonnenwende, wegen den tief verlaufenden Sonnenbahnen "schwierig abzulesen"; ohne die Baumreihe würde wahrscheinlich am 15. Dezember zwischen 10 und 14 Uhr direktes Sonnenlicht einfallen (act. 02.IV.3, Expertise S. 11). Über das ganze Jahr gemittelt erleidet die Parzelle 3927 einen gesamthaften direkten und von den fraglichen Bäumen verursachten Sonnenlichtentzug von 41,7 % (act. 02.IV.3, Expertise S. 4).

Die Ansicht des Berufungsklägers, es genüge die Lästigkeit der Immission, ist unzutreffend. Richtig ist zwar, dass nicht nur schadensverursachende sondern auch bloss lästige Einwirkungen unter den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 684 ZGB fallen. Grundsätzlich müssen aber lästige und selbst schädliche Einwirkungen geduldet werden (Meier-Hayoz, a.a.O., N 1 zu Art. 684). Ein Verbot setzt Übermässigkeit voraus. Einen Hinweis, welchen Stellenwert "Übermässigkeit" hat beziehungsweise welche Anforderungen an diesen unbestimmten Rechtsbegriff im Sinne des Bundesrechts zu stellen sind, gibt Art. 97 EGZGB. Entziehen hochstämmige Bäume, die den gesetzlichen Grenzabstand einhalten, einem Gebäude in dem

Masse Licht oder Sonne, dass sein Gebrauchswert bedeutend vermindert wird, kann der Gebäudeeigentümer jederzeit ihre Entfernung verlangen (Abs. 1), es sei denn die Bäume haben mindestens einen ihrer Höhe gleichkommenden Abstand von der Umfassungswand des Gebäudes, oder ihre Erhaltung liege im öffentlichen Interesse (Abs. 2). Aus der Tatsache, dass die Bäume einen ihrer Höhe gleichkommenden oder grösseren Abstand aufweisen, folgt also die Rechtsvermutung des kantonalen Rechts, dass ihr Schattenwurf und Lichtentzug den Gebrauchswert nicht bedeutend vermindern. Vorausgesetzt Art. 97 EGZGB ist nicht bundesrechtswidrig, ergibt sich daraus, dass Übermässigkeit nach Art. 684 ZGB eindeutig mehr sein muss als bloss eine "bedeutende Verminderung des Gebrauchswerts" im Sinne von Art. 97 EGZGB.

Eine Einbusse der theoretisch möglichen Sonneneinstrahlung von 69 % im März und 42 % im September sowie ein 100%-iger Entzug von November-Januar erscheinen auf Anhieb sehr viel. Bei der Interpretation der Messresultate muss man sich indessen stets vor Augen halten, dass sich diese nur auf die Messstandorte und den Gartenbereich südlich davon beziehen. Wenn von einem "Totalentzug" in den Monaten November-Januar die Rede ist, heisst dies nicht, dass das ganze Haus und die Räume östlich, westlich und nördlich davon im Schatten liegen. Gemessen wurde dort, wo der Kläger Beeinträchtigungen behauptet hat, nämlich auf dem "Wohnrasen" auf der Südseite, insbesondere vor dem gedeckten Sitzplatz (act. 02.IV.3, Beilagen 3/6, Messstandorte 4hi-7hi). Auf dem Gartensitzplatz war nicht zu messen, weil sich der Kläger dort im wesentlichen durch das heruntergezogene Hauptdach selbst beschattet. Die 4 Messstandorte liegen alle auf einer Fläche südlich des überdeckten Sitzplatzes und der Prozentsatz der monatlichen Sonneneinbussen (act. 02.IV.3, S. 5, Beilage 5) ist jeweils ein Durchschnitt dieser 4 Messungen. Wenn sich dergestalt im März eine gemessene Einbusse von 69 % und im September eine solche von 42 % ergibt, so geht dabei die Tatsache unter, dass am Messstandort 7hi im März bloss eine Einbusse von 33 % besteht und im September gar keine; am genannten Standort sind auch die Einbussen in den Monaten Februar und Oktober spürbar geringer als der Durchschnitt (act. 02.IV.3, Beilage 6). Dies erlaubt zumindest die Schlussfolgerung, dass es durchaus Orte in seinem Garten gibt, wo der Kläger die Sonne auch im Frühling und Herbst geniessen kann (vgl. die von Roos, a.a.O., S. 48 zitierte Entscheidung des Bezirksgerichts Affoltern). Dass über das ganze Haus und weit darüber hinaus ein eigentlicher Schattenteppich gelegt werde (so in ZR 100 Nr. 19 E. III.g.aa), kann nicht gesagt werden Abgesehen von den gesetzlich speziell erwähnten Umgebungsvariablen Lage, Beschaffenheit und Ortsgebrauch, welche die rechtliche Bedeutung der

gemessenen Immission relativieren, gibt es auch sonst keinen absoluten Immissionsgrenzwert in dem Sinne, dass eine Licht- oder Sonneneinbusse ab einem bestimmten Prozentsatz, ungeachtet aller übrigen Umstände, stets als übermässig zu gelten hätte.

11. In Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil sind vorliegend für den Ausgang des Streits jedoch die Elemente Lage und Beschaffenheit der Grundstücke und insbesondere der Ortsgebrauch ausschlaggebend.

Eine Einwirkung im Sinne des Art. 684 ZGB ist nur widerrechtlich, wenn sie *übermässig* ist. Der Nachbar muss also grundsätzlich jede Einwirkung dulden, wenn sie nicht ein gewisses Mass übersteigt. Das Gesetz verpflichtet in Art. 684 Abs. 2 ZGB ausdrücklich zur Beachtung der Lage und Beschaffenheit der beteiligten Grundstücke und des Ortsgebrauchs. Schon diese Momente können von Fall zu Fall ein ganz unterschiedliches Gepräge haben. Daneben können aber auch noch andere individuelle Umstände ins Gewicht fallen. Letztlich ausschlaggebend ist für die richterliche Entscheidung eben stets die konkrete Interessenlage im Einzelfall (vgl. Meier-Hayoz, a.a.O., N 86 ff. zu Art. 684). Dies hat die Vorinstanz richtig erkannt, und die massgeblichen Gesichtspunkte, namentlich die stark charakteristische Erscheinung hoher Fichten in der gleichen Wohnumgebung, gebührend und letztlich als ausschlaggebend berücksichtigt. In einer ländlichen Gegend abseits des Dorfkerns, wo Einfamilien- und Ferienhäuser vorherrschen, sind Anpflanzungen ganz allgemein üblich, so dass schon Lage und Beschaffenheit der Grundstücke eher Zurückhaltung bei der Qualifikation von übermässigen Pflanzenimmissionen gebieten (Roos, a.a.O., S. 48). Entgegen dem Berufungskläger ist sodann nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der Übermässigkeit nicht schwergewichtig auf die sich widerstreitenden Interessen der Parteien abgestellt hat (vgl. PKG 1995 Nr. 5 E. 3c a.E.). Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz eine Falschanwendung von Art. 684 ZGB vor, indem sie dem Ortsgebrauch entscheidendes Gewicht beigemessen und das rechtliche Kriterium der nachbarlichen Interessenabwägung jenem des Ortsgebrauchs pauschal untergeordnet habe. Die nachbarrechtliche Interessenabwägung sei das erstrangige und schwergewichtige Kriterium. Im gesetzlichen Kriterienkatalog figureiere der Ortsgebrauch an letzter Stelle, also müsse ihm gemäss seiner systematischen Stellung innerhalb der Norm die geringste Bedeutung zukommen. Dem ist in zweifacher Hinsicht zu widersprechen. Zuerst kommt die systematische Abgrenzung zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, wobei beim letzteren der Ortsgebrauch eine zentrale Rolle spielt, da es als ganzes Ausdruck des Ortsgebrauchs ist und zur Rechtsvermutung führt, dass

den Abstand einhaltende Bäume keine übermässigen Schattenimmissionen erzeugen. Erst jetzt kommt das Bundesrecht mit Art. 684 ZGB zum Zug im Sinne eines Notausgangs, wenn das kantonale Recht ungeeignet ist, legitimen Interessen des Immissionsschutzes zum Durchbruch zu verhelfen. Dass dem Ortsgebrauch die geringste Bedeutung unter allen Gesichtspunkten zukomme, kann folglich schon aus diesem Grund nicht zutreffen. Die Rechtsauffassung des Berufungsklägers, der Wortlaut von Art. 684 ZGB normiere eine Rangfolge unter den Kriterien, welche für die Bestimmung der Übermässigkeit massgeblich sind, ist aber auch als reines Auslegungsergebnis von Art. 684 ZGB abzulehnen. Nach Haab/Simonius/Scherrer/Zobl (a.a.O., N 17 f. zu Art. 684 ZGB) sind vorgängig Lage, Beschaffenheit und Ortsgebrauch massgebend und erst anschliessend ist im Sinne eines Korrektivs zu prüfen, ob nach sozialen Gesichtspunkten besondere Individualinteressen erheischen, eine nicht ortsübliche Immission zu gestatten beziehungsweise eine ortsübliche Immission zu verbieten. Die gesetzlichen Kriterien bei Art. 684 ZGB sind gleichwertig zu berücksichtigen (Meier-Hayoz, a.a.O., N 107 zu Art. 684 ZGB), wobei sogleich anzufügen ist, dass dies nur für seinen eigenen Anwendungsbereich gilt. Art. 684 ZGB verweist auf den Ortsgebrauch gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB, wonach das bisherige kantonale Recht -vor Einführung des ZGB- als dessen Ausdruck gilt, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist. Keinen Ortsgebrauch in diesem rechtstechnischen Sinne, das heisst bloss zur Auslegung von Bundesrecht, sondern zumindest gleichrangiges positives Recht gestützt auf einen echten Vorbehalt (Art. 688 ZGB) stellt das kantonale Recht betreffend Pflanzabständen dar. Dabei handelt es sich nicht um Ortsgebrauch gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB sondern um Recht im Sinne von Abs. 1 dieser Bestimmung. Dieses Recht ist vorbehalten; es geht dem Bundesrecht grundsätzlich vor und es ist im Denkvorgang dort zu beginnen. Will man Art. 96 f. EGZGB wegen seiner Beschränkung auf das Kantonsgebiet als eine besondere Art von "Ortsgebrauch" betrachten (so offenbar Piotet, a.a.O., S. 597 Ziff. c), so ergibt sich -ganz entgegen dem Berufungskläger- dass die am Ort der fraglichen Immission herrschenden Verhältnisse und Normen ein Übergewicht bei der Frage ihrer Duldung erhalten. Denn bevor er daran geht, Art. 684 ZGB inhaltlich auszulegen, hat der Richter zu erwägen, ob nicht die kantonalen Abstandsvorschriften als Immissionsschutz genügen. Dies sieht auch das Bundesgericht nicht anders, wenn es den Grund für die Notwendigkeit einer bundesrechtlichen Mindestgarantie darin sieht, dass der kantonalrechtliche Immissionsschutz bei Nichteinhaltung der Abstandsvorschriften versagen kann (BGE 126 III 452 E. 3.c.bb). In die gleiche Richtung geht die höchstrichterliche Einschätzung, im Bereich der negativen Immissionen von *Bauten* bestehe kaum mehr Raum für die Anwendung von Art. 684 ZGB, da durch die in der Regel umfassende Normierung in den Kantonen dem berechtig-

ten Immissionsschutz im Baubewilligungsverfahren genügend Rechnung getragen werde (BGE 126 III 452 E. 3.c.cc).

Der Kläger sieht sein Interesse in der Nutzung seines Einfamilienhauses in der ländlichen Wohnzone insbesondere darin, den Garten im Rahmen des Üblichen und des Möglichen bei bestmöglicher Lebensqualität zu geniessen. Das Übliche und das Mögliche sind in diesem Zusammenhang in gewissem Sinne gegensätzlich. Der Rahmen des Üblichen wird durch die charakteristische Umgebung und die Tatsache, wie andere mit den sich daraus ergebenden Immissionen umgehen, gesteckt. Insoweit hingegen der Kläger für sich die bestmögliche Lebensqualität in Anspruch nimmt, handelt es sich um sein subjektives Interesse, welches hier nicht das Mass aller Dinge sein kann. Im vorliegenden Fall ist zunächst einmal zu beachten, dass die beiden Grundstücke in einer ländlichen Gegend, abseits des Dorfkerns liegen, wo auch mittelhohe und hohe Fichten nichts Auffallendes darstellen. Vielmehr sind solche, namentlich auch Grenzen entlang, sehr häufig einzeln, in Gruppen und insbesondere auch in *Reihen* vorzufinden. Nur wenige Grundstücke werden nicht von eigenen oder benachbarten Baumgruppen tangiert. Von der erhöhten Kantonsstrasse aus sind die meisten Häuser nur teilweise oder gar nicht sichtbar. Ohne die Durchsetzung des Wohngebiets mit Bäumen würde es viel störender in der Landschaft wahrgenommen. Unter diesen Umständen kann man im Verhältnis der beiden betroffenen Grundstücke kaum von einem unnatürlichen Fremdkörper oder einem künstlich erzeugten Schutzwall sprechen. Hohe Baumgruppen entlang von Parzellengrenzen sind vielmehr eine auffällige Erscheinung, welche das Gebiet schlechthin prägen und ihm einen waldähnlichen Charakter verleihen (act. 02.IV.3, S. 1 f., Beilagen 1/2). Ihre Gegenwart wird allgemein nicht als unerträglicher Nachteil für den Menschen und das Wohnen empfunden. Das Gegenteil ist der Fall. Auf Grund der Verbreitung und der Art der Bestockung ist davon auszugehen, dass die unbestreitbaren Nachteile der Einbusse von Licht und Sonne dort allgemein in hohem Masse zu Gunsten der Vorteile von Ruhe und Geborgenheit in Kauf genommen werden. Im betreffenden Quartier, wo vorwiegend Einfamilien- und Ferienhäuser anzutreffen sind, werden dem Schall- und Sichtschutz gegen entsprechende Einwirkungen aus nah und fern offenbar ein hoher Stellenwert beigemessen. Dieser geht naturgemäss zu Lasten eines ungehinderten Genusses von Sonne und Licht wie er in einem offenen Gelände möglich ist. Dieser Werthierarchie eines weiteren Kreises der Bevölkerung muss sich der Kläger beugen. Seine persönliche Lage ist nicht dermassen unzumutbar, dass sich ein Durchbruch rechtfertigen würde. Dass eine rechtsmissbräuchliche Neidpflanzung vorliege, wird nicht geltend gemacht.

Der Kläger will aus den Ortsbezeichnungen etwas dagegen ableiten, dass Schattenwurf durch hohe Fichten als ortsüblich zu dulden sei. Unbestritten ist, dass die Grundstücke der Parteien im Raum/Dorfteil Flims-Waldhaus liegen. Der Berufungskläger macht geltend, es sei jedoch irreführend und verfänglich, wenn die Gegenpartei dem Gutachter den Bereich, in welchem die beiden Grundstücke liegen, als "Unterwaldhaus" schmackhaft gemacht und der Gutachter diesen Begriff unkritisch übernommen habe, weil damit zu Unrecht insinuiert werde, die umstrittenen Grundstücke lägen im Wald oder einer waldähnlichen Umgebung. Die Örtlichkeit heisse gegenteils Las Caglias (zu deutsch: die Büsche), was eindeutig gegen einen Waldcharakter spreche. Abgesehen davon, dass es sich hierbei um eine neue, erstmals im Berufungsverfahren erhobene tatsächliche Behauptung handelt, ist Las Caglias nicht als Flurname für ein Gelände aktenkundig, und schon gar nicht als Bezeichnung für weitere Teile des Gebiets zwischen dem Fluss und der Kuppe. Aus dem Grundbuchplan geht lediglich hervor, dass die weiter oben durchführende Quartierstrasse "Via las Caglias" heisst. Orografisch rechts des Flusses "Flem" ist das Dorf Flims östlich, südlich (Richtung Murschetg/Laax) und auch westlich von geschlossenem Wald umgeben. Der darin eingebettete Dorfteil heisst denn auch Flims-Waldhaus. Die Grundstücke der Parteien und die nähere Umgebung (Via Surpunt, Via Rundella) gehören zu diesem Dorfteil. Die nähere Flurbezeichnung auf der Grundbuchplankopie ist mit "Gion d'Eva" angegeben (act. 02.III.3). Dieselben Quartier- und Flurbezeichnungen benützte auch der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren (act. 02.II.Ib, S. 3). Unbesehen davon handelt es sich nur um örtlich stark begrenzte Flurbezeichnungen, aus denen sich kaum etwas Allgemeingültiges für den Landschaftscharakter der ganzen Flanke dieser Geländekammer ableiten lässt. Unmassgeblich zur Bestimmung der Ortsüblichkeit sind auch die zum Teil bis ins Jahr 1930 zurückgehenden fotografischen Aufnahmen, Kalenderblätter und Postkarten (act. 02.II.13a-d), welche in der Tat ein wesentlich offeneres und mehr von Büschen durchsetztes Gelände zeigen. Ortsüblichkeit kann sich nur nach dem Zustand zur Zeit der Klagebeurteilung richten. Verwandelt sich eine mehrheitlich von Büschen geprägte ruhige Wohnlage im Zuge einer allgemeinen Entwicklung über Jahre hinweg in eine ebenso ruhige Wohnzone mit hohen Bäumen, so können die von ihnen ausgehenden Immissionen, welche ursprünglich als übermässig gegolten hätten, mittlerweile als zulässig erscheinen (Meier-Hayoz, a.a.O., N 142 f.).

12. Der kantonalrechtliche Beseitigungsanspruch nach Art. 97 Abs. 1 EGZGB gegen den Grenzabstand von Art. 96 EGZGB währende Bäume, welche den Gebrauchswert des Grundeigentums bedeutend vermindern, entfällt unter anderem auch dann, wenn deren Erhaltung *im öffentlichen Interesse* liegt (Art. 97 Abs. 2 2.

Satz EGZGB). Diese Bestimmung ist aktueller denn je, und es stellt sich die Frage, ob gleichgerichtete Überlegungen nicht auch bei der Auslegung von Art. 684 ZGB zulässig sind. Bei der Abwägung zwischen den konkreten nachbarlichen Interessenlagen ist nicht auf die subjektiven Individualinteressen sondern im Sinne eines objektivierten Massstabes auf die Bewertung eines vernünftigen und durchschnittlich empfindsamen Menschen abzustellen (vgl. BGE 121 II 327 E. 4b). Ein verstärktes Umweltbewusstsein als Ausdruck des Zeitgeists beeinflusst das Empfinden des Durchschnittsmenschen in bestimmter Richtung und erhält auf diesem Weg auch bei der Abwägung von Individualinteressen seine Bedeutung. Pflanzen sind allgegenwärtig und in einem mehr und mehr zugebauten Land ist ihre zunehmende ökologische und ästhetische Bedeutung für die Allgemeinheit (Menschen, Tiere, andere Pflanzen) unbestritten. Sie vermitteln Ruhe und Geborgenheit, wirken als Sauerstofflieferanten, Luftbefeuchter, Entgaser, Windbremsen und Schallisolierer. Unbeachtet davon, ob sich nun die Bezeichnung "Unterwaldhaus" als Flurname eingebürgert hat oder nicht, ist festzustellen, dass in diesem Bereich des Nordhangs von Flims-Waldhaus Fichten (auch hohe, und in Gruppen) ganz allgemein üblich und darüberhinaus geradezu landschaftsprägend sind. Der geschlossene Wald ist nicht weit entfernt. Er geht über in eine gelockerte Bestockung in der Wohnzone. Fichtenbestände entsprechen also sowohl topografisch als auch in bezug auf die Nutzung als Wohnbereich dem Charakter dieser Gegend (act. 02.IV.3, S. 1f., Beilagen 1 und 2). Flims ist weiter ein Kur- und Ferienort gehobener Klasse, in welchem den Grundstücken der Parteien nahegelegene Hotels unter anderem eine ruhige Lage nahe dem Flimser Wald versprechen (vgl. zB <http://www.cresta.ch>). Auch der Kläger, welcher nach eigener Darstellung das ruhige Wohnen in einer ländlichen Gegend schätzt und seinen Garten als Teil der Lebensqualität betrachtet, ist Nutznießer genau dieser Qualitäten von Ruhe und Geborgenheit. Insoweit in dieser Qualität auch ein (übergeordnetes) Interesse an der Erhaltung von Bäumen zum Ausdruck kommt, ist dieses charakteristisch für den strittigen Sachverhalt und darf daher als weiterer Aspekt im Sinne einer Zurückhaltung bei der richterlichen Beseitigung von Bäumen berücksichtigt werden (Roos, a.a.O., S. 48 f.; vgl. auch ZBJV 77 S. 328).

13. Zusammenfassend lässt sich nach dem Gesagten festhalten, dass die Klage auf Entfernung der beanstandeten Bäume unbegründet und die Berufung daher abzuweisen ist.

Ist die Berufung abzuweisen, gehen die Kosten des Berufungsverfahrens in Anwendung von Art. 223 ZPO in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO zur Gänze zu Lasten des vollumfänglich unterlegenen Berufungsklägers. Gemäss Art. 223 ZPO

in Verbindung mit Art. 122 Abs. 2 ZPO hat er ausserdem dem obsiegenden Berufungsbeklagten alle seine im Berufungsverfahren verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Da der Entschädigungsanspruch nicht durch Einlage einer Honorarnote weiter beziffert wurde, legt ihn die Zivilkammer nach pflichtgemäsem Ermessen durch Schätzung unter Berücksichtigung des für eine sachgerechte Rechtsvertretung notwendigen Aufwandes fest. In Anbetracht der Durchführung der Berufung im schriftlichen Verfahren mit einfachem Schriftenwechsel und des vom Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten dabei getätigten Aufwandes ist eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– angemessen.

Demnach erkennt die Zivilkammer :

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 6'435.—, bestehend aus der Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.— und der Schreibgebühr von Fr. 435.—, gehen zu Lasten von X..
3. X. ist verpflichtet, Y. für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von 2'500 Franken zu bezahlen.
4. Mitteilung an:

Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden

Der Präsident:

Der Aktuar: