

BL_GERICHTE 400 17 101 vom 8. August 2017

BL Gerichte, 2017-08-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_17_101

FR: BL_GERICHTE 400 17 101 du 8 août 2017

IT: BL_GERICHTE 400 17 101 del 8 agosto 2017

Regeste

Nachbarrecht

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt.

E. 2

Die Vorinstanz wies den Berufungskläger mit dem angefochtenen Entscheid gerichtlich an, von der Installation von Kompostbehältern oder von anderen Geruchsmissionen verursachenden Einrichtungen an der Parzellengrenze zwischen seinem Grundstück und dem Gartensitzplatz des Restaurants der Gegenpartei abzusehen. Es handelt sich dabei um eine nachbarrechtliche Streitigkeit betreffend Immissionsschutz und somit um eine Eigentumsfreiheitsklage. Solche gelten als zivilrechtliche Angelegenheiten vermögensrechtlicher Natur (vgl. Bger 5A_655/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.1; Bger 5A_648/2010 vom 17. Januar 2011 E. 1.1; KGE BL 400 13 127 vom 3. September 2013, E. 1). Lautet das Rechtsbegehren wie vorliegend nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind. Das Gesetz räumt den Parteien mit dieser Bestimmung eine beschränkte Autonomie ein. Es ist ihnen zunächst unbenommen, sich auf einen bestimmten Streitwert zu einigen. Misslingt dies oder ist der abgesprochene Wert offensichtlich unzutreffend, hat das Gericht den Streitwert selber nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen, weil sonst die Parteien durch eine entsprechende Absprache zwingende gesetzliche Bestimmungen umgehen könnten. Der Kläger ist verpflichtet, in seiner Klage den Streitwert anzugeben. Dies gilt sowohl im ordentlichen Verfahren (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO) als auch im vereinfachten Verfahren (Art. 244 Abs. 1 lit. d ZPO). Unterlässt er dies, hat ihn das Gericht in Anwendung von Art. 56 ZPO aufzufordern, die Angaben zum Streitwert nachzuholen mit der Androhung, dass das Gericht andernfalls den Streitwert festsetzt oder schätzt. Massgebend ist dabei der objektive Wert. Ist dieser nicht für beide Parteien gleich hoch, ist der höhere Wert massgebend. Bei nachbarrechtlichen Klagen auf Beseitigung einer Schädigung oder Abwehr einer Gefahr ist auf die drohende Vermögenseinbusse abzustellen (Martin H. Sterchi , in: Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, Art. 91 N 13, 15 und 18a; Matthias Stein-Wigger , in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 91 N 5, 15 und 25 f.). In den vorinstanzlichen Akten befinden sich keinerlei Ausführungen zum Streitwert. Weder hat die

Berufungsbeklagte einen solchen in ihrer Klage angegeben, noch wurde sie vom Gericht zu einer Streitwertangabe aufgefordert, noch legte die Vorinstanz den Streitwert selber fest. Ob die Streitwertgrenze von CHF 10'000.00 für eine Berufung erreicht ist, ist durch das Kantonsgericht als Eintretensvoraussetzung zu prüfen. Die Berufungsbeklagte führte in ihrer vorinstanzlichen Klage vom 1. Februar 2016 aus, der Kompost habe unangenehme Gerüche entwickelt, sodass sich die Gäste über die Geruchsbelästigung beschwert hätten und nicht mehr gekommen seien. Es seien auch Fliegen angezogen worden und es sei nicht auszuschliessen, dass sich bald Ratten und Mäuse zeigen würden. So etwas spreche sich in einem Dorf wie Y.____ schnell herum, was sich auf ihren Restaurantbetrieb schädigend auswirke. Da es vorliegend um eine wiederkehrende Leistung bzw. ein anzuordnendes Verhalten unbeschränkter Dauer geht, bestimmt der zwanzigfache Betrag der einjährigen Leistung den Streitwert (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Bereits mit einer jährlichen Gewinneinbusse von CHF 500.00 ist der für eine Berufung erforderliche Streitwert von CHF 10'000.00 erreicht. Von einer jährlichen Gewinneinbusse von CHF 500.00 kann ohne Weiteres ausgegangen werden, wenn in den Sommermonaten Gäste auf dem Gartensitzplatz wegen Geruchsimmissionen ausbleiben. Der erforderliche Streitwert von CHF 10'000.00 für eine Berufung ist somit erreicht.

E. 3

Mit der Berufung kann gemäss Art. 309 ZPO unrichtige Rechtsanwendung oder/und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde dem Berufungskläger bzw. dessen Rechtsvertreterin am 20. Februar 2017 zugestellt. Die Rechtsmittelfrist ist durch die Berufung vom 20. März 2017 somit eingehalten. Der Berufungskläger rügt die unrichtige Feststellung des Sachverhalts und die unrichtige Anwendung von Bundesrecht, womit er zulässige Berufungsgründe geltend macht. Da die formellen Voraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. d EG ZPO ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Dreierkammern der Zivilkreisgerichte sachlich zuständig.

E. 4

Die Berufungsbeklagte reichte am 7. August 2017 eine Eingabe an das Kantonsgericht ein, welcher sie Unterlagen und eine Stellungnahme zur vorinstanzlichen Klageantwort vom 24. Februar 2016 beilegte. Der Berufungsbeklagten wurde mit Verfügung vom 6. April 2017 die Berufung vom 20. März 2017 zugestellt mit einer Frist von 30 Tagen seit Zustellung zur Stellungnahme. Die Berufungsbeklagte wurde in besagter Verfügung darauf hingewiesen, dass diese Frist nicht erstreckbar ist und eine Partei säumig ist, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt. Weiter wurde sie darauf hingewiesen, dass das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt wird, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, unter Hinweis auf Art. 147 ZPO. Die Verfügung vom 6. April 2017 wurde der Berufungsbeklagten mit Gerichtsurkunde zugestellt. Die Sendungsinformationen der Post zeigen, dass diese Verfügung am 7. April 2017 zugestellt wurde. Die Frist von 30 Tagen stand während dem siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) still und endete im vorliegenden Fall folglich am 22. Mai 2017. Bis zu diesem Datum hätte die Berufungsbeklagte ihre Stellungnahme zur Berufung einreichen müssen. Die Frist für die Berufungsantwort beträgt gemäss Art. 312 Abs. 2 ZPO

30 Tage. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Frist, welche entsprechend Art. 144 Abs. 1 ZPO nicht erstreckt werden kann. Der unbenutzte Ablauf der Frist führt grundsätzlich zum Verlust des prozessualen Anspruchs der Berufungsbeklagten, sich zur Berufungsschrift des Berufungsklägers zu äussern. Eine Nachfrist in analoger Anwendung von Art. 223 ZPO ist bezüglich Berufungsantworten nicht anwendbar und war daher nicht anzusetzen (Reetz/Theiler , in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 312 N 5). Die Ansetzung einer Nachfrist für die Berufungsantwort würde überdies zu einer Ungleichbehandlung der Parteien führen, da der Berufungskläger die Berufungsfrist ebenfalls ohne Möglichkeiten einer Nachfrist oder Fristerstreckung einhalten muss. Die Berufungsklägerin führt weder aus, dass sie an ihrem Säumnis kein oder nur leichtes Verschulden trifft, noch wann ein allfälliger Säumnisgrund weggefallen sein soll. Folglich liegt für die Berufungsantwort auch kein Gesuch um Wiederherstellung der Frist vor. Die Eingabe der Berufungsbeklagten vom 7. August 2017 ist somit verspätet und daher aus dem Recht zu weisen. Die Eingabe kann auch nicht als unaufgeforderte Replik betrachtet werden, ansonsten die gesetzliche Frist zur Einreichung der Berufungsantwort ausgehebelt würde. Im Übrigen bleibt zu ergänzen, dass die Ausführungen und Unterlagen, welche bereits bei der Vorinstanz vorgebracht bzw. eingereicht wurden, im Berufungsverfahren berücksichtigt werden. Die teilweise neu vorgebrachten Ausführungen und Beweismittel der Berufungsbeklagten wären in Anwendung von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO auch bei Zulassung ihrer Eingabe vom 7. August 2017 ohnehin nicht zu berücksichtigen, da es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, diese bereits bei der Vorinstanz vorzubringen und sie das nunmehr im Berufungsverfahren nicht mehr nachholen kann.

E. 5

Die Vorinstanz bejahte das Rechtsschutzinteresse der Berufungsbeklagten, welches vom Berufungskläger bestritten wurde. Sie erwog, bei Unterlassungsklagen sei ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen, wenn die befürchtete Handlung unmittelbar drohe oder wenn das Verhalten der beklagten Partei eine künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lasse. Indiz für eine solche drohende Rechtsverletzung sei eine bereits erfolgte Rechtsverletzung in der Vergangenheit. Eine Wiederholungsgefahr sei anzunehmen, wenn die klagende Partei bereits eine vorsorgliche Verfügung erwirkt habe und diese mit der zu beurteilenden Unterlassungsklage prosequiert werden soll. Der Berufungskläger habe den Kompostbehälter erst entfernt, als er mit superprovisorischer Verfügung vom 10. Juni 2015 dazu verpflichtet worden sei. Die Berufungsbeklagte habe den Berufungskläger mit Schreiben vom 26. März 2015 aufgefordert, den Kompost innerhalb eines Monats zu entfernen. Sie habe sodann erst am 9. Juni 2015 das Gericht angerufen, womit dem Berufungskläger genug Zeit gewährt worden sei, um den rechtmässigen Zustand von sich aus wieder herzustellen. Die Ausführung des Berufungsklägers in der schriftlichen Klageantwort vom 24. Februar 2016, wonach kein weiterer Kompostbehälter mehr an der Parzellengrenze zum Hinterhof der Berufungsbeklagten geplant sei, habe nicht den Wert einer eigentlichen und förmlichen Abstandserklärung und vermöge daher das Rechtsschutzinteresse nicht in Frage zu stellen.

E. 6

Der Berufungskläger bestritt das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses bereits bei der Vorinstanz. Er bringt in der Berufung erneut vor, die Gegenpartei habe keine drohende Gefahr dargelegt und eine solche auch nicht nachgewiesen, sondern lediglich ausgeführt,

der Berufungskläger habe sich bis anhin nicht freiwillig bereit erklärt, inskünftig auf das Aufstellen eines Kompostbehälters oder anderer Einrichtungen an der Parzellengrenze zu verzichten. Eine drohende Gefahr sei damit nicht behauptet und die Vorinstanz verletzte den Verhandlungsgrundsatz, wenn sie ohne entsprechende Behauptung dennoch von einer Wiederholungsgefahr ausgehe. Sodann habe der Berufungskläger nach Erhalt der superprovisorischen Verfügung vom 10. Juni 2015 den Kompost sofort entfernen lassen. Weiter habe er anlässlich des Augenscheins vom 29. Oktober 2015 bestätigt, dass er künftig auch keinen Kompost mehr aufstellen werde. Die Berufungsbeklagte habe seit dem Augenschein vom 29. Oktober 2015 auch nicht nachgefragt, ob er bereit wäre, freiwillig darauf zu verzichten. Der Berufungskläger sei auch bereit gewesen, den gerichtlich vorgeschlagenen Vergleich anzunehmen, in welchem er sich bereit erklärt hätte, in Zukunft keinen Kompostbehälter oder andere Geruchsimmissionen verursachende Einrichtungen mehr an der Parzellengrenze aufzustellen. Der Vergleich sei von der Berufungsbeklagten widerrufen worden. Mit Schreiben vom 3. Mai 2016 an die Vorinstanz habe die Berufungsbeklagte selber eingeräumt, dass der Berufungskläger seine Bereitschaft erklärt habe, von den Seitens der Berufungsbeklagten beanstandeten Vorkehrungen Abstand zu nehmen. All dies habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt und damit den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe er alles unternommen, um Abstand zu nehmen. Eine förmliche Klageanerkennung könne von ihm gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden. Die Vorinstanz verkenne überdies, dass sich die Situation seit Durchführung des Massnahmeverfahrens verändert habe. Im Zeitpunkt, als die Berufungsbeklagte den Berufungskläger zur Entfernung des Kompostbehälters aufgefordert habe, habe sich die Gartenwirtschaft auf der Südseite der Liegenschaft befunden und nicht auf der Nordseite, wo der Kompostbehälter aufgestellt gewesen sei. Die Bewilligung für die Gartenwirtschaft auf der Nordseite sei erst am 16. Juli 2015 beantragt und mit Verfügung vom 30. September 2015 erteilt worden. Im Zeitpunkt, als der Kompost auf der Nordseite gestanden habe, sei die Gartenwirtschaft dort noch nicht betrieben worden und Gäste hätten nicht belästigt werden können, so dass die Berufungsbeklagte auch kein Interesse daran gehabt habe, dass dort kein Kompostbehälter stehe. Der Berufungskläger habe am Augenschein vom 29. Oktober 2015 ausdrücklich gesagt, dass er nun nach Vorliegen der behördlichen Bewilligung keinen Kompostbehälter mehr aufstelle. Es würden nicht die geringsten Anhaltspunkte bestehen, dass er zukünftig einen Kompost oder andere Geruchsimmissionen bildende Einrichtungen aufstellen werde und eine unmittelbar drohende oder künftige Rechtsverletzung sei nicht ernsthaft zu befürchten.

E. 7

Als eine Prozessvoraussetzung nennt Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO, dass die klagende oder gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat. Mit einer Unterlassungsklage kann auch auf das Unterlassen einer erst drohenden Rechtsverletzung geklagt werden. Voraussetzung ist jedoch nach geltender Rechtsprechung, dass die Begehung oder Wiederholung einer widerrechtlichen Handlung unmittelbar droht, d.h. dass das Verhalten des Beklagten die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt. Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann die Tatsache sein, dass analoge Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben und eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hat oder zwecklos wäre. Eine Wiederholungsgefahr darf in der Regel schon dann angenommen werden, wenn der Beklagte die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch dann zu vermuten, dass er dieses Verhalten im Vertrauen auf dessen

Rechtmässigkeit weiterführen wird (BGE 124 III 72, E. 2a). Das Gericht hat gestützt auf den Einzelfall eine Prognose für eine künftige Rechtsverletzung vorzunehmen. Im Bereich der erst drohenden Rechtsverletzung ist indessen die Abgrenzung zwischen Rechtsschutzinteresse und materiellem Unterlassungsanspruch nicht einfach. Die unmittelbar drohende Wiederholungs- bzw. bei erstmaliger Bedrohung die Begehungsgefahr bilden eine Voraussetzung für die Entstehung des Unterlassungsanspruchs und sind daher nicht eine Frage des Rechtsschutzinteresses. Vom Kläger kann nicht im strengen Sinne der Nachweis verlangt werden, dass es tatsächlich zu einer Wiederholungs- oder Begehungsgefahr kommt, da es sich letztlich notwendigerweise nur um eine Vermutung handelt. An die Bejahung des Rechtsschutzinteresses dürfen daher bei Unterlassungsklagen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Fehlt es an einer ernsthaften Drohung, ist vielmehr das Rechtsschutzinteresse zu bejahen und auf die Klage einzutreten, diese dann jedoch mangels Unterlassungsanspruch abzuweisen (Bopp/Besenich , in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 84 N 9; Dorschner , in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 84 N 19). Aus rechtsstaatlichen Überlegungen sollte im Zweifelsfall ein Vorliegen des schutzwürdigen Interesses bejaht werden. Ein solches liegt insbesondere dann vor, wenn ein persönliches Interesse der Klagpartei vorliegt (Gehri , in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 59 N 7).

E. 8

Bei Erlass der superprovisorischen Verfügung vom 10. Juni 2015 war der Kompostbehälter noch an der Parzellengrenze aufgestellt. Nachdem der Berufungskläger diesen aufgrund der superprovisorischen Verfügung umgehend entfernte, ging es im Prosektionsverfahren nur noch um eine drohende Verletzung. Es war daher zu prüfen, ob eine Rechtsverletzung unmittelbar drohte. Das vorsorgliche Massnahmeverfahren zeigt, dass es bereits Anlass zu gerichtlichen Anordnungen gab. Ob das Aufstellen des Kompostbehälters rechtswidrig war oder nicht und wie es sich diesbezüglich mit der Bewilligung für den Gartensitzplatz verhält, ist allerdings nicht im Rahmen der Prüfung des Rechtsschutzinteresses zu klären, sondern bei der Prüfung des Unterlassungsanspruchs. Im Rahmen der Prüfung des Rechtsschutzinteresses gilt es zu würdigen, dass der Berufungskläger die Unrechtmässigkeit seines Verhaltens stets bestritten hat und daher eine Wiederholung nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Da kein Vergleich zustande kam, kann nicht darauf abgestellt werden, wozu der Berufungskläger vergleichsweise bereit gewesen wäre. Daran vermag mangels Bindungswirkung von Vergleichsverhandlungen auch nichts zu ändern, dass die Berufungsbeklagte das Scheitern des Vergleichs zu vertreten hat und der Standpunkt des Berufungsklägers grundsätzlich nachvollziehbar ist. Der Berufungskläger macht sodann unter Verweis auf den Bundesgerichtsentscheid 5A_309/2013 vom 4. November 2013 E. 5.3 geltend, die Klagpartei habe keinen Anspruch auf eine förmliche Klageanerkennung im Sinne von Art. 241 ZPO. Die Vorinstanz hat dies auch nicht vorausgesetzt, sondern erwogen, es liege keine förmliche Abstandserklärung vor, die das Rechtsschutzinteresse der Berufungsbeklagten in Frage stellen würde. Der Berufungskläger führte zwar im vorinstanzlichen wiederholt aus, er verzichte inskünftig auf das Aufstellen von Kompostbehältern. Allerdings nahm er nicht förmlich Abstand und erklärte nie, er sei bei seiner Bereitschaft zu behaften. Mit Schreiben vom 3. Mai 2016 an die Vorinstanz beantragte die Berufungsbeklagte ihrerseits, es sei von der Ansetzung einer Hauptverhandlung abzusehen, der Berufungskläger sei analog des Vergleichsvorschlags bei

seiner Bereitschaft zu behaften und es sei den Parteien bezüglich Kostenregelung Frist zur Stellung von begründeten Kostenanträgen anzusetzen. Der Berufungskläger schloss sich diesem Antrag im Laufe des weiteren vorinstanzlichen Verfahrens nie an. Ausserhalb der Vergleichsverhandlungen nahm der Berufungskläger nie förmlich Abstand und liess es bei der Behauptung bleiben, er werde keinen Kompostbehälter mehr aufstellen. Die Vorinstanz ging daher zu Recht vom Fehlen einer förmlichen Abstandserklärung aus. Das Kantonsgericht erachtet entsprechend diesen Erwägungen das Rechtsschutzinteresse der Berufungsbeklagten ebenfalls als gegeben, zumal, um die Klärung der Rechtslage nicht zu verhindern, keine allzu hohen Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse gestellt werden sollen und dieses daher im Zweifelsfall zu bejahen ist. Die Vorinstanz trat folglich entgegen der Auffassung des Berufungsklägers zu Recht auf die Klage ein.

E. 9

Die Vorinstanz bejahte eine übermässige Einwirkung auf das Grundstück der Berufungsbeklagten. Sie erwog, dass von Kompostbehältern zum einen regelmässig nicht unerhebliche Geruchsbelästigungen ausgehen würden und sich diese für die Berufungsbeklagte zum anderen aufgrund der von ihr betriebenen Gartenwirtschaft zweifellos besonders negativ auswirken würden. Dass die Gartenwirtschaft erst am 30. September 2016 bewilligt worden sei, ändere daran nichts, da ohne weiteres davon ausgegangen werden könne, dass die Gartenwirtschaft bereits bei erstmaliger Anrufung des Gerichts in Entstehung gewesen sei und damit bereits damals ein hinreichendes Interesse der Berufungsbeklagten an einer gerichtlich angeordneten Entfernung bestanden habe. Die Berufungsbeklagte habe deshalb nicht nur das Recht gehabt, die Entfernung des Kompostbehälters zu verlangen, sondern auch weitere Kompostbehälter für die Zukunft untersagen zu lassen. Das Verbot habe selbstredend auch für allfällige andere Geruchsimmissionen verursachende Einrichtungen, wie beispielsweise Arbeitseinrichtungen mit geruchsintensiven Lacken, zu gelten.

E. 10

Der Berufungskläger rügt auch hier eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung. So gehe die Vorinstanz von tatsächlichen Geruchsbelästigungen aus und stütze sich dabei auf eine generelle Annahme. Diese müsste aber dazu führen, dass überhaupt keine Kompostbehälter mehr aufgestellt werden könnten, was nicht zutrefte. Die Annahme, jeder Kompost entwickle üble Gerüche, sei willkürlich. Die Berufungsbeklagte habe auch nicht ansatzweise einen Beweis für irgendwelche Geruchsbelästigungen erbracht. Die Behauptung in der Klage vom 1. Februar 2016, wonach Gäste sich am Geruch gestört hätten und weggeblieben seien, sei unbewiesen geblieben. Dies sei ohnehin ausgeschlossen, da die Gartenwirtschaft ja erst am 16. Juli 2015 für die Nordseite beantragt worden sei. Tatsächlich habe der Berufungskläger den Kompost direkt unter dem Fenster seiner Wohnung aufgestellt und deshalb keinerlei Interesse an störenden Gerüchen gehabt. Auch die weiteren Ausführungen der Vorinstanz, wonach bereits bei Einleitung des Massnahmeverfahrens die Gartenwirtschaft in Entstehung begriffen gewesen sei, seien schlicht unhaltbar und falsch und verletzen überdies den Verhandlungsgrundsatz, da diese von der Berufungsbeklagten weder in der Klage noch in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vorgebracht worden seien. Bezüglich anderer Geruchsimmissionen verursachender Einrichtungen sei eine drohende Gefahr überdies nicht ansatzweise substantiiert worden. So werde in der Klage mit keinem Wort ausgeführt, was für Einrichtungen dies sein sollen und weshalb durch diese eine Gefahr drohe. Die

Berufungsbeklagte sei ihrer Beweispflicht nicht nachgekommen und die Vorinstanz habe durch ihr Urteil den Verhandlungsgrundsatz abermals verletzt. Im Übrigen sei das Verbot hinsichtlich der geruchsbildenden Einrichtungen nicht ausreichend umschrieben und daher der Vollstreckung gar nicht zugänglich.

E. 11

Die rechtlichen Grundlagen (Art. 679 und 684 ZGB) zum nachbarrechtlichen Immissionsschutz sind soweit unbestritten und von der Vorinstanz korrekt dargelegt worden. Die Berufungsbeklagte führte in der Klage vom 1. Februar 2016 in Ziffer A.3 dazu Folgendes aus: "Als der Sommer dann endlich richtig Einzug hielt, passierte genau das, was der Beklagte offenbar beabsichtigt hatte: Der Kompost entwickelte derart unangenehme Gerüche, dass sich die Gäste bei der Beklagten (recte: Klägerin) über die Geruchsbelästigung beschwerten und gar nicht mehr kamen; hinzu kommt, dass der Kompost auch Fliegen anzog und es konnte auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich bald Ratten und Mäuse zeigen werden. So etwas spricht sich in einem Dorf wie Y._____ schnell herum, was sich auf den Betrieb der Klägerin absolut geschäftsschädigend auswirken würde". Zum Beweis wurden zwei Übersichtsfotos, ein Augenschein und die Parteibefragung/Beweisaussage beantragt. Diese Darstellung wurde vom Berufungskläger bestritten. Die Übersichtsfotos geben keinerlei Hinweise zu Geruchsbelästigungen oder zum Zustand des Komposts. Der vorinstanzliche Entscheid äussert sich nicht zu den tatsächlichen Geruchsbelästigungen durch den Kompost. Die Vorinstanz hat mangels konkreter Beweise für Geruchsbelästigungen ihren Entscheid mit der allgemeinen Aussage begründet, dass von Kompostbehältern regelmässig nicht unerhebliche Geruchsbelästigungen ausgingen, ist also von einer Notorietät ausgegangen. Auf welche Grundlagen sie sich für diese Notorietät stützt, ist indes nicht ersichtlich, obwohl zu diesbezüglichen Ausführungen aufgrund der Bestreitung Anlass bestanden hätte. Tatsächlich gibt es keine Basis, auf die sich eine solche generelle Aussage stützen könnte. Im Gegenteil ist es gemäss allgemein zugänglichem Wissen so, dass ein gut gepflegter Kompost keine Geruchsbelästigungen entwickelt. Grundeigentümer sind deshalb im Rahmen ihres Eigentumsrechts grundsätzlich berechtigt, Kompostbehälter auch an der Parzellengrenze zu Nachbarn aufzustellen und zu nutzen. Dies wäre nur zu verneinen, wenn Kompostbehälter notorischerweise immer zu Geruchsbelästigungen führen würden, wovon die Vorinstanz zu Unrecht ausging. Die Begründung der Vorinstanz, wonach von Kompostbehälter regelmässig nicht unerhebliche Geruchsbelästigungen ausgehen würden, erweist sich als willkürlich.

E. 12

Eine übermässige Ausübung des Eigentumsrechts liegt nur vor, wenn ein Kompost im konkreten Fall unzumutbare Geruchsbelästigungen auslöst. Dies hat die Berufungsbeklagte allerdings nicht bewiesen. Ein Gutachten war insofern obsolet, als sich dieses nach der Entfernung des Kompostbehälters nicht mehr zur konkreten Situation hätte äussern können. Der Gemeindepräsident, welcher als Zeuge von der Berufungsbeklagten angerufen und von der Vorinstanz als solcher auch vorgeladen wurde, berief sich mit Schreiben vom 24. Oktober 2016 an die Vorinstanz auf sein Zeugnisverweigerungsrecht. Die Vorinstanz forderte daraufhin die Parteien mit Verfügung vom 25. Oktober 2016 auf, sich dazu zu äussern, ob auf die Zeugeneinvernahme verzichtet oder ob am Zeugenantrag festgehalten werde, unter Hinweis darauf, dass bei Stillschweigen der Parteien der Zeuge von der Zeugnispflicht befreit werde. Der Berufungskläger teilte mit Schreiben vom 10. November

2016 mit, auf die Zeugeneinvernahme könne verzichtet werden. Die Berufungsbeklagte dagegen liess sich betreffend Entlassung des Zeugen nicht vernehmen. Deren Anwalt teilt mit Schreiben vom 3. November 2016 lediglich mit, dass er die Berufungsbeklagte nicht mehr vertrete. Folglich entliess die Vorinstanz den Zeugen aus der Zeugnispflicht und erklärte die entsprechende Zeugenvorladung als hinfällig. Die Berufungsbeklagte hat bei der Vorinstanz keine anderen Zeugenanträge gestellt und insbesondere auch keine Befragung von Gästen beantragt, welche sich beschwert haben sollen. Die Berufungsbeklagte bemängelt auch nicht, dass die Vorinstanz beantragte Beweise nicht abgenommen habe, so dass das vorinstanzliche Beweisverfahren auch nicht auf Fehler zu prüfen ist. Die Berufungsbeklagte hat die Beweislosigkeit betreffend den von ihr behaupteten übermässigen Geruchsbelästigungen selber zu verantworten. Nach dem Gesagten ist die Vorinstanz mangels Beweisen zu Unrecht von einer übermässigen Geruchsbelästigung durch das Aufstellen eines Kompostbehälters an der Parzellengrenze ausgegangen, so dass sich die Berufung in diesem Punkt als begründet erweist.

E. 13

Auch die vorinstanzlichen Ausführungen zum Zeitpunkt der Entstehung der Gartenwirtschaft sind aktenwidrig und verletzen die Verhandlungsmaxime, da klägerischerseits nicht geltend gemacht wurde, die Gartenwirtschaft sei bereits im Juni 2015, als das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen eingereicht wurde, in Entstehung begriffen gewesen.

E. 14

Die Vorinstanz hat sodann das Verbot anderer Geruchsbelästigungen verursachender Einrichtungen bejaht, ohne diese näher zu konkretisieren. In den Erwägungen werden beispielhaft Arbeitseinrichtungen mit geruchsintensiven Lacken aufgeführt, ohne dass von der Berufungsbeklagten etwas in diese Richtung vorgebracht oder behauptet wurde, sodass die Begründung der Vorinstanz die Verhandlungsmaxime verletzt. Tatsächlich wurden die "anderen Einrichtungen", welche zu wahrnehmbaren Geruchsimmissionen führen würden, von der Berufungsbeklagten nie näher bezeichnet. Die Vorinstanz verkennt überdies die Tragweite des sachenrechtlichen Immissionsschutzes, wenn sie dem Berufungsbeklagten an der Parzellengrenze zwischen seinem Grundstück und dem Gartensitzplatz des Restaurants letztlich jegliche Geruchsimmissionen verursachenden Einrichtungen verbietet, ohne dass diese gar übermässig zu sein brauchen. Damit wendet die Vorinstanz die nachbarrechtliche Immissionsschutzbestimmung von Art. 684 ZGB falsch an und verletzt letztlich das Eigentumsrecht des Berufungsklägers. Im Übrigen weist der Berufungskläger zu Recht darauf hin, dass die geruchsbildenden Einrichtungen nicht ausreichend umschrieben und daher der Vollstreckung gar nicht zugänglich sind. Die Berufung erweist sich somit auch hinsichtlich der zu unterlassenden Installation von anderen Geruchsimmissionen verursachenden Einrichtungen an der Parzellengrenze als begründet. Das angefochtene Urteil ist demzufolge vollumfänglich aufzuheben und die Klage ist abzuweisen.

E. 15

Ist die Klage abzuweisen, sind auch die vorinstanzlichen Gerichtskosten für das Massnahmeverfahren von CHF 600.00 sowie die Gerichtsgebühr für das Prosektionsverfahren von CHF 3'000.00 vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Weiter hat diese dem Berufungskläger für die vorinstanzlichen Verfahren eine Parteientschädigung zu entrichten. Die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers reichte

bei der Vorinstanz die Kostennote vom 15. Dezember 2016 für den Betrag von insgesamt CHF 7'112.00 für beide Verfahren ein, basierend auf einem Zeitaufwand von total 25.22 Stunden. Da die Berufungsbeklagte die Kosten ihres Anwalts nicht bezifferte, stellte die Vorinstanz für die zu bezahlende Parteientschädigung telquel auf die Honorarnote der Rechtsvertreterin des Berufungsklägers ab. Weder diese Honorarnote noch die Höhe der ihr vorinstanzlich zugesprochenen Parteientschädigung wurde von der Berufungsbeklagten moniert. Die Berufungsbeklagte nahm auch zum Subeventualantrag des Berufungsklägers, mit welchem er die vorinstanzliche Kostenverteilung und die Höhe der Parteientschädigung monierte, keine Stellung. Folglich ist mangels anderweitiger Ausführungen oder Bestreitungen der Berufungsbeklagten auf die Honorarnote der Rechtsvertreterin des Berufungsklägers vom 15. Dezember 2016 abzustellen. Die Abrechnung nach dem Stundenaufwand ist für das vorsorgliche Massnahmeverfahren in § 2 Abs. 1 der kantonalen Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO, SGS 178.112) so vorgesehen. Für das Prosektionsverfahren, welches eine vermögensrechtliche Streitigkeit darstellt (siehe obenstehende Erwägung Ziffer 1), bestimmt sich das Honorar allerdings nach dem Streitwert. Der Honorarnote ist zu entnehmen, dass der Zeitaufwand für das Verfahren um vorsorgliche Massnahmen bzw. der Stundenaufwand bis und mit 11. Dezember 2015 insgesamt 8.6 Stunden à CHF 250.00, ausmachend CHF 2'150.00, betrug und sich die Auslagen bis zu diesem Zeitpunkt auf CHF 79.80 beliefen, so dass das Honorar für das vorsorgliche Massnahmeverfahren inkl. MWST (8% auf CHF 2'229.80 = CHF 178.40) CHF 2'408.20 beträgt. Der Stundenaufwand von 8.6 Stunden ist angemessen, zumal dieser nebst der Ausfertigung einer Stellungnahme zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen auch eine Verhandlung mit Augenschein beinhaltet. Vom geltend gemachten Gesamtbetrag von CHF 7'112.90 fallen nach Abzug von CHF 2'408.20 somit CHF 4'703.80 (inkl. Auslagen und MWST) auf das Prosektionsverfahren. Der Zeitaufwand macht dabei 16.62 Stunden à CHF 250.00 aus, was CHF 4'155.00 entspricht. Im Prosektionsverfahren wurden die Instruktionsverhandlung vom 25. August 2016 und die Hauptverhandlung vom 15. Dezember 2016 mit Augenschein abgehalten. Wird von einem Streitwert von minimal CHF 10'000.00 ausgegangen, ist entsprechend § 7 Abs. 2 TO ein Grundhonorar von mindestens rund CHF 2'400.00 einzusetzen, in welchem die Hauptverhandlung und die Klageschrift enthalten ist. Werden in Anwendung von § 8 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 und 3 TO für die Instruktionsverhandlung und für den Augenschein ein Zuschlag von je 30% erhoben, resultiert bereits ein Honorar von CHF 3'840.00, ohne dass weitere Eingaben, für welche ebenfalls je ein Zuschlag bis zu 30% möglich wäre (§ 8 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 TO), bereits berücksichtigt sind. Weitere Eingaben waren hinsichtlich des gerichtlich vorgeschlagenen Vergleichs sowie im Zusammenhang mit dem vom Zeugen geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrecht erforderlich. Das nach Zeitaufwand für das Prosektionsverfahren geltend gemachte Honorar von CHF 4'155.00 wird daher auch bei einer streitwertbezogenen Honorarberechnung mit dem Streitwert von mindestens CHF 10'000.00 erreicht und erweist sich somit nicht als unangemessen. Folglich ist die Parteientschädigung entsprechend der unbestritten gebliebenen Honorarnote der Rechtsvertreterin des Berufungsklägers vom 15. Dezember 2016 auf insgesamt CHF 7'112.00 (inkl. Auslagen und MWST) für beide erstinstanzlichen Verfahren festzusetzen und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, diesen Betrag der Gegenpartei für die vorinstanzlichen Verfahren zu bezahlen.

Die Entscheidgebür für das vorliegende Berufungsverfahren wird in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. f der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif, GebT, SGS 170.31) auf CHF 1'750.00 festgesetzt und entsprechend dem Ausgang des Verfahrens der Berufungsbeklagten auferlegt. Die Berufungsbeklagte hat dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren ebenfalls eine Parteientschädigung zu entrichten. Nachdem die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers für das Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung in Anwendung von § 18 Abs. 1 TO vom Gericht von Amtes wegen festzusetzen. Gemäss § 10 TO berechnet sich das Grundhonorar vor zweiter Instanz nach den für die erste Instanz geltenden Grundsätzen und beträgt mit schriftlicher Berufungsbegründung bis zu 100% des jeweils geltenden Grundhonorars. Wird das Grundhonorar wiederum auf mindestens rund CHF 2'400.00 festgelegt (siehe vorstehende Erwägung) und geschätzte Auslagen hinzugerechnet, resultiert eine pauschale Parteientschädigung inkl. Auslagen für das zweitinstanzliche Verfahren von CHF 2'500.00 zuzüglich MWST bzw. von CHF 2'700.00 (inkl. Auslagen und MWST von CHF 200.00).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.