

# GL\_GERICHTE OG.2017.00005 vom 19. Januar 2018

GL Gerichte, 2018-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl\\_gerichte OG.2017.00005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gl_gerichte OG.2017.00005)

FR: GL\_GERICHTE OG.2017.00005 du 19 janvier 2018

IT: GL\_GERICHTE OG.2017.00005 del 19 gennaio 2018

## Regeste

Forderung

## Erwägungen

### E. 1

A. \_\_\_\_\_

Beklagte und Berufungskläger

#### E. 1.1

Die Beklagten dringen mit ihrer Berufung insoweit durch, als die von ihnen gegenüber der Klägerin geschuldete Ersatzforderung von Fr. 7'500.■ auf Fr. 6'590.■ reduziert wird (oben E. III.3.8.2). Ausserdem werden sie von einer Kostenpflicht [Fr. 200.■] in Bezug auf das vorausgegangene Verfahren ZG.2015.00139 entbunden und steht ihnen aus jenem Verfahren weiterhin eine Parteientschädigung von Fr. 500.■ zu (oben E. III.5) Nachdem allerdings die Beklagten in ihrer Berufung die vollumfängliche Abweisung der Ersatzforderung der Klägerin angetragen haben, obsiegen sie letztlich, geht man von einem Streitwert von insgesamt Fr. 8'200.■ aus (noch strittige Forderung von Fr. 7'500.■, Gerichtskostenanteil von Fr. 200.■ und Parteientschädigung von Fr. 500.■), nur im Umfang von 20 %. Nach Massgabe von Art. 106 Abs. 2 ZPO sind daher die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren zu vier Fünftel den Beklagten und zu einem Fünftel der Klägerin aufzuerlegen; der Klägerin ist zudem für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen.

#### E. 1.2

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 lit. a der kantonalen Verordnung zu den Kosten im Zivil- und Strafprozess (GS III A/5) auf Fr. 1'500.■ festzusetzen. Die Beklagten haben für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss in entsprechender Höhe geleistet (act. 39 f.). Damit ist die Gerichtsgebühr vom geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO); die Klägerin hat ihren Kostenanteil von Fr. 300.■ (1/5) den Beklagten zu erstatten (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die von den Beklagten gegenüber der Klägerin geschuldete (reduzierte) Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist im Lichte von Art. 20 Abs. 1 EG ZPO (GS III C/1) auf Fr. 900.■ zu bemessen. 2.

#### E. 1.3

zu folgen (dazu act. 3/10: konkret abgeführte Menge loses Material: 372 m<sup>3</sup> [Summe der Lieferscheine „Entsorgung“]; effektiv verrechnetes Volumen fest: 286 m<sup>3</sup> [372 m<sup>3</sup> / 286 m<sup>3</sup> = 1.3]). Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz vorliegend zu Recht auf einen Auflockerungsfaktor von 1.3 abgestellt.

#### E. 1.25

(act. 21/1). Indes ist die Vorinstanz bei ihrer Volumenberechnung von einem Auflockerungsfaktor von 1.3 ausgegangen; sie hat sich dabei an die allgemeinen Bedingungen der Stadt Zürich für Tiefbauarbeiten angelehnt (siehe act. 33 S. 11 f. E. 8.6.). Die Beklagten halten in ihrer Berufung dafür, der Auflockerungsfaktor variere je nach Beschaffenheit des Materials; es sei daher willkürlich, ohne genaue Kenntnis des konkret ausgehobenen Materials von einem Faktor von 1.3 auszugehen (act. 36 S. 5 Ziff. 10). In diesem Punkt kann den Beklagten nicht gefolgt werden. Ein tieferer Faktor als 1.3 gilt für Oberboden/Humus (1.2) sowie Kiesmaterial (1.25) (siehe dazu act. 37/3 und 37/4). Auf dem Foto bei act. 15/3 ist allerdings zweifelsfrei erkennbar, dass es sich bei dem auf der klägerischen Liegenschaft gelagerten Material weder um Kies noch um Kulturerde (Humus) handelt, sondern um „gewöhnliches“ Erdreich (in der Fachterminologie „Unterboden und Untergrundmaterial“). Bei Unterboden und Untergrundmaterial kennen die Zürcher und Walliser Richtlinien einen Auflockerungsfaktor von

## **E. 2**

Am 26. Februar 2015 stellte C. \_\_\_\_\_ beim Kantonsgericht Antrag auf Erlass eines gerichtlichen Befehls dahingehend, dass A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ zu verpflichten seien, innert einer Frist von 20 Tagen den Erdhaufen auf der Liegenschaft Nr. [...] zu entfernen. Sollten A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ dem gerichtlichen Befehl keine Folge leisten, sei sie [C. \_\_\_\_\_] zur Ersatzvornahme auf Kosten der Beklagten zu ermächtigen. Eventualiter ■ für den Fall, dass das Kantonsgericht auf den Befehlsantrag nicht eintreten würde – ersuchte C. \_\_\_\_\_ das Kantonsgericht darum, die strittige Aushubdeponie im Sinne einer vorsorglichen Beweisaufnahme auszumessen (siehe zum Ganzen im Verfahren ZG.2015.00139, act. 1). Am 18. März 2015 begab sich der Kantonsgerichtspräsident vor Ort und vermass den Erdhaufen (Verfahren ZG.2015.00139, act. 12 und 13). Diesen auch fotografisch dokumentierten Vorgang vermerkte der Kantonsgerichtspräsident anschliessend in seiner Verfügung vom 26. März 2015 (Verfahren ZG.2015.00139, act. 14 Dispositiv-Ziff. 1). Auf das Befehlsbegehren von C. \_\_\_\_\_ trat er hingegen nicht ein (Dispositiv-Ziff. 2), auferlegte die Verfahrenskosten von Fr. 400.■ der Antragstellerin und verpflichtete diese zudem zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 500.■ an die Beklagten (Dispositiv-Ziff. 3-5).

### **E. 2.1**

Trifft die Berufungsinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

### **E. 2.2**

Die Klägerin hatte vor Vorinstanz eine Forderung in Höhe von Fr. 14'871.35 eingeklagt (act. 1 Antrag Ziff. 1). Hiervon zugesprochen erhält sie Fr. 6'590.■. Sie obsiegt damit lediglich im Umfang von 45 % bzw. sie unterliegt im Umfang von 55 %. In Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO sind daher die vorinstanzlichen Gerichtskosten in hier unbestritten gebliebener Höhe von Fr. 2'500.■ der Klägerin zu 11/20 und den Beklagten zu 9/20 aufzuerlegen. Die Klägerin hat für das vorinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'500.■ geleistet (act. 7). Die gesamte Gerichtsgebühr für das vorinstanzliche Verfahren von Fr. 2'500.■ ist vom geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO); die Beklagten haben den auf sie entfallenden Kostenanteil von Fr. 1'125.■ (9/20) der Klägerin zu erstatten (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

### **E. 2.3**

Für das vorinstanzliche Verfahren ist den Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 250.■ zuzusprechen. \_\_\_\_\_ Das Gericht erkennt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ werden Dispositiv-Ziff. 1 sowie Ziff. 4 bis Ziff. 7 des Urteils des Kantonsgerichts vom 2. Dezember 2016 im Verfahren ZG.2015.00826 aufgehoben, und es wird wie folgt neu erkannt:

### **E. 3**

Im Mai 2015 liess C.\_\_\_\_\_ den Erdhaufen auf ihrem Grundstück Nr. [...] abtransportieren, was ihr Kosten von Fr. 14'871.35 verursachte (siehe act. 3/10).

#### **E. 3.1**

Erfüllt der Schuldner eine Verbindlichkeit nicht oder nicht vollständig, so hat er dem Gläubiger für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 Abs. 1 OR).

#### **E. 3.2.1**

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Jede Partei hat demnach die tatbeständlichen Voraussetzungen desjenigen Rechtssatzes zu beweisen, der zu ihren Gunsten wirkt. Im Einzelnen wird dabei gemeinhin wie folgt unterschieden: Rechtserzeugende (rechtsbegründende) Tatsachen hat zu beweisen, wer ein Recht oder ein Rechtsverhältnis geltend macht. Derjenige, der fordert, soll das Zustandekommen des Rechtsanspruchs auch beweisen. Als rechtsbegründende Tatsache gilt namentlich das gültige Zustandekommen des Vertrags mit dem behaupteten Inhalt. Rechtsaufhebende (rechtsvernichtende) Tatsachen hat zu beweisen, wer sie vorbringt. Auf die rechtsbegründende Tatsache wird mit „Ja, aber“ entgegnet. Die Gegenpartei bestreitet die rechtserzeugenden Tatsachen an sich nicht, bringt aber Tatsachen vor, die dieses bestehende Recht nachträglich zum Erlöschen gebracht haben, namentlich etwa den Untergang der Forderung durch Erfüllung. Der Gläubiger muss mithin seine Angriffsmittel, der Schuldner seine Verteidigungsmittel beweisen (siehe zum Ganzen: Göksu, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, N 13-15 zu Art. 8 ZGB mit Hinweisen). Der Beweis einer Vertragsverletzung obliegt grundsätzlich dem Gläubiger. Besteht die vertragliche Verpflichtung in einem Tun, so muss der Gläubiger allerdings nur den Bestand der Forderung dartun, jedoch nicht die Nichterfüllung (BK- Weber, N 317 zu Art. 97 OR).

#### **E. 3.2.2**

Daraus ergibt sich für die vorliegende Auseinandersetzung Folgendes: Der Klägerin obliegt der Nachweis dafür, dass die Beklagten vertraglich verpflichtet sind, das von ihnen auf ihrer Liegenschaft deponierte Aushubmaterial wieder vollständig abzutransportieren. Demgegenüber haben die Beklagten, wollen sie die ihnen gegenüber aus Vertragsverletzung erhobene Schadenersatzklage abwenden, den Beweis zu erbringen, dass sie ihre vertragliche Obliegenheit restlos erfüllt haben, d.h. das ganze Aushubmaterial wieder vom Grundstück der Klägerin entfernt haben.

#### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz hat in Würdigung der vorhandenen Beweise erkannt, dass zwischen den Parteien ein Vertrag dahingehend zustande gekommen war, dass die Beklagten berechtigt waren, beim Bau ihres Einfamilienhauses das Aushubmaterial auf der benachbarten Parzelle der Klägerin einstweilen zu deponieren und hernach wieder wegzuschaffen (siehe dazu sowie zur Verbindlichkeit dieser rechtlichen Würdigung bereits oben E. III.2.2). Es ist

unbestritten, dass die Beklagten im Frühjahr 2013 beim Bau ihres Einfamilienhauses den Aushub effektiv auch auf der benachbarten Parzelle aufgeschichtet haben (act. 36 S. 4 Ziff. 6; act. 15/3). Damit ist erstellt, dass der Klägerin ein vertraglicher Anspruch darauf zusteht, dass die Beklagten das Aushubmaterial wieder vollständig wegschaffen.

#### **E. 3.3.2**

Die Beklagten haben zu beweisen, dass sie das gesamte von ihnen deponierte Aushubmaterial wieder abtransportiert haben. Insoweit ihnen dieser Beweis misslingt, ist eine Vertragsverletzung erstellt und schulden sie der Klägerin entsprechend Schadenersatz.

#### **E. 3.4.1**

Gemäss Aushubplan hatte das ausgehobene Erdreich in fester Form ein Volumen von 1073,25 m<sup>3</sup>, in aufgelockerter Form ein Volumen von 1'341.60 m<sup>3</sup>. Die Umrechnung von festem zu losem Material beruht dabei auf einem Auflockerungsfaktor von

#### **E. 3.4.2**

Betrag demnach das Aushubvolumen in fester Form 1073,25 m<sup>3</sup>, so entspricht dies lose einem Volumen von 1'395.23 m<sup>3</sup> (so zutreffend auch die Vorinstanz; act. 33 S. 12 oben). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Beklagten diese Menge Aushubmaterial auf der Parzelle der Klägerin deponiert haben. Zwar hat die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren sowie erneut im Berufungsverfahren vorgebracht, dass der Aushubplan nicht das genaue Ausmass des Aushubvolumens wiedergebe und es sich dabei letztlich um eine reine Eigenberechnung und damit unbewiesene Parteibehauptung handle (act. 25 S.2 und act. 43 S. 6 Ziff. 14 f.). Indes erscheint die vorliegend vom Architekturbüro bauherrenseitig vorgenommene Berechnung (act. 21/1) schlüssig und fundiert, weshalb das Gericht von deren Richtigkeit überzeugt ist, zumal nicht geltend gemacht wird, dass die der Berechnung zugrunde liegenden Planmasse falsch seien. Die Beklagten haben somit nachzuweisen, dass sie am Ende die entsprechende Menge von 1'395.23 m<sup>3</sup> wieder vom Grundstück der Klägerin weggeführt haben.

#### **E. 3.5.1**

An der mündlichen Verhandlung vor Vorinstanz haben die Beklagten erklärt, im Frühjahr 2013 hätten sie mit dem Bau ihres Einfamilienhauses begonnen; dabei habe man den Aushub für die Unterkellerung unmittelbar entlang der künftigen Hausfassade auf der benachbarten Parzelle der Klägerin aufgeschichtet (act. 13 Ziff. 2 und Ziff. 4). Anfang Juni 2013 sei dieses Aushubmaterial wieder beseitigt worden; auf der Liegenschaft der Klägerin habe sich danach einzig noch ein Erdhaufen befunden, wie er bereits vor dem Bauprojekt der Beklagten bestanden habe (act. 13 Ziff. 6). In der Folge hätten sie [die Beklagten] im September 2013 auf eigene Rechnung die vom Aushub befreite Fläche auf dem Grundstück der Klägerin fachmännisch wieder begrünen lassen (act. 13 Ziff. 7). Nachdem sie [die Beklagten] somit den auf der benachbarten Parzelle deponierten Aushub bereits Anfang Juni 2013 abgeführt hätten, habe die Klägerin erst anderthalb Jahre später im Dezember 2014 erstmals geltend gemacht, dass nur ein Teil der Deponie entfernt worden sei (act. 13 Ziff. 1).

#### **E. 3.5.2**

Die Beklagten haben vor Vorinstanz beweiskräftig dokumentiert, dass vom 30. April 2013 bis 15. Mai 2013 insgesamt 1'024 m<sup>3</sup> loses Aushubmaterial mit Lastwagen wegtransportiert wurde (act. 21/2/1-21/2/12; siehe dazu auch act. 33 S. 12 E. 8.7.). Vom

deponierten Aushubmaterial wurden sodann nach Angaben der Beklagten weitere 206.4 m<sup>3</sup> (in loser Form) für die Hinterfüllung (Auffüllung der Baugrube bis zum vorgesehenen Terrainniveau) benötigt (siehe dazu act. 21/1). Die Vorinstanz hat diese Menge an Füllmaterial für plausibel erachtet (act. 33 S. 13 E. 8.8.). Im Berufungsverfahren sind gegen dieses Beweisergebnis keine konkreten Einwendungen erfolgt, womit es bei dessen Verbindlichkeit bleibt. Damit steht im Ergebnis fest, dass die Beklagten im Mai/Juni 2013 insgesamt 1'230.4 m<sup>3</sup> (1'024 m<sup>3</sup> + 206.4 m<sup>3</sup>) loses Aushubmaterial wegtransportiert bzw. für die Hinterfüllung auf ihrem Grundstück verwendet haben.

### **E. 3.5.3**

Wie weiter oben dargelegt (oben E. III.3.4.2), hatte das von den Beklagten im Frühjahr 2013 auf der benachbarten Parzelle der Klägerin deponierte Aushubmaterial lose ein Volumen von 1'395.23 m<sup>3</sup>. Hiervon haben die Beklagten bis Juni 2013 die davor erwähnte Menge von 1'230.40 m<sup>3</sup> (lose) wieder abgeführt. Somit liessen sie eine lose Menge Aushub von 164.83 m<sup>3</sup> auf der Liegenschaft der Klägerin zurück.

### **E. 3.6.1**

Im Nachgang zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung haben die Beklagten in ihrer Eingabe vom 14. März 2016 (act. 20) geltend gemacht, dass sie in einer „zweiten Phase“ weiteres Aushubmaterial von 120 m<sup>3</sup> wegtransportiert hätten, was sie konkret mit entsprechenden Abfuhrliefererschein vom September/Oktober 2014 (act. 21/3/1-21/3/9) belegen wollen. Diesen Standpunkt halten die Beklagten auch in ihrer Berufung aufrecht (act. 36 Ziff. 12 ff.).

### **E. 3.6.2**

Die Vorinstanz hat hierzu erwogen, bei dem erst im Herbst 2014 abgeführten Material handle es sich nicht um Aushub, welcher ehemals auf der Liegenschaft der Klägerin deponiert gewesen sei. Im Herbst 2014 habe nämlich vom vormaligen Deponiestandort aus kein Material mehr über die inzwischen überbaute Liegenschaft der Beklagten abgeführt werden können, jedenfalls nicht mit den damals im Einsatz gestandenen Gerätschaften. Auch seien beim gerichtlichen Augenschein vor Ort [am 18. März 2015; siehe im Verfahren ZG.2015.00139, act. 14 S. 3 E. 3.] keine Fahrspuren sichtbar gewesen, die auf einen allenfalls möglichen Abtransport des Materials über die Speerstrasse hingewiesen hätten. Aus Sicht der Vorinstanz stammte das erst im Herbst 2014 abtransportierte Erdreich von den in diesem Zeitraum ausgeführten Umgebungsarbeiten, zumal die Beklagten anfänglich selber geltend gemacht hätten, sie hätten bereits im Frühsommer 2013 den auf der Nachbarliegenschaft abgelagerten Aushub wieder vollständig entfernt (act. 33 S. 12 f. E. 8.7.). Darin ist der Vorinstanz vollumfänglich zu folgen. So haben die Beklagten zunächst nicht nur vorgebracht, bereits im Frühjahr 2013 ihren gesamten Aushub wieder vom Nachbargrundstück entfernt zu haben. Vielmehr haben sie bereits im September 2013 die vom Aushub befreite Fläche auf dem Nachbargrundstück wieder planieren und ansäen lassen (act. 15/8). Allein dazu aber hätte für sie damals kaum Veranlassung bestanden, wäre aus ihrer Sicht noch nicht das ganze aus ihrer Baugrube stammende Aushubmaterial weggeführt gewesen. Insofern erscheint die Argumentation der Beklagten, bei dem erst im September 2014 abgeführten Erdreich handle es sich ebenfalls um Material, welches zuvor auf der benachbarten Liegenschaft deponiert gewesen sei, als konstruiert.

### **E. 3.7**

Aus alldem ergibt sich, dass die Beklagten eine Abfuhrmenge von 1'230.4 m<sup>3</sup> (lose) nachweisen können (siehe oben E. III.3.5.2). Bei einem Aushubvolumen von insgesamt 1'395.23 m<sup>3</sup> (lose) bedeutet dies eine Fehlmenge von 164.83 m<sup>3</sup> (lose). Insoweit daher die Beklagten nicht alles Material, welches sie auf der Parzelle der Klägerin deponierten, wieder abgeführt haben, sind sie ihrer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung nicht vollständig nachgekommen.

#### **E. 3.8.1**

Die Klägerin hat im Mai 2015 den gesamten Erdhaufen, welcher sich damals noch auf ihrem Grundstück befand, auf ihre Kosten abführen lassen. Konkret wurden 372 m<sup>3</sup> loses Material abtransportiert (siehe dazu die Lieferscheine bei act. 3/10), wobei das beauftragte Bauunternehmen die abgeführte Menge für die Rechnungsstellung in ein festes Volumen von 286 m<sup>3</sup> umgerechnet hat (siehe die Rechnung bei act. 3/10; Auflockerungsfaktor von 1.3, siehe dazu bereits oben E. III.3.4.1). Die Kosten für Auflad, Abtransport und Deponie dieser Menge Erdreich von 286 m<sup>3</sup> (fest) bzw. 372 m<sup>3</sup> (lose) beliefen sich auf Fr. 14'871.35 (act. 3/10).

#### **E. 3.8.2**

Wie zuvor erörtert, befand sich auf dem Erdhaufen, den die Klägerin im Mai 2015 abtransportieren liess, eine Menge von 164.83 m<sup>3</sup> losem Erdmaterial, welches vertragsgemäss noch die Beklagten hätten abführen müssen (siehe zuvor E. 3.7). Für die Entsorgung dieser von den Beklagten zurückgelassenen Menge sind der Klägerin Kosten in Höhe von (gerundet) Fr. 6'590.■ erwachsen (Fr. 14'871.35 / 372 x 164.83). Zuzugleich nicht vollständiger Vertragserfüllung haben die Beklagten der Klägerin diesen Kostenaufwand als Schadenersatz im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR zu ersetzen.

#### **E. 3.8.3**

Die Beklagten schulden der Klägerin hinsichtlich der zu leistenden Zahlung antragsgemäss einen Schadenszins von 5 % ab 19. Juni 2015. Es kann in diesem Punkt, der in der Berufung nicht substantiiert in Widerspruch gezogen wurde, vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 33 S. 15 f. E. 12.). 4.

#### **E. 4**

Am 28. Oktober 2015 gelangte C. \_\_\_\_\_ an das Kantonsgericht mit dem Begehren, es seien A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ zu verpflichten, ihr Fr. 14'871.35 zuzüglich Zinse zu bezahlen (act. 2). Sie begründete die eingeklagte Forderung damit, die Beklagten hätten ohne Zustimmung das Aushubmaterial auf ihrem Grundstück deponiert und danach nicht wieder vollständig abgeführt, weshalb sie ihr nun die Aufwendungen für den Abtransport des (restlichen) Erdhaufens zu ersetzen hätten (act. 12 S. 2 ff.).

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hat die Beklagten im angefochtenen Entscheid zu einer höheren Ersatzzahlung von Fr. 7'500.■ verpflichtet (act. 33 S. 17 Dispositiv-Ziff. 1). Die Vorinstanz erwog dabei, die Beklagten hätten rund 182 m<sup>3</sup> loses Erdmaterial auf der Parzelle der Klägerin zurückgelassen. Es handelt sich dabei um ein Schätzungsergebnis, indem die Vorinstanz den Erdhaufen, wie sie ihn anlässlich ihres Augenscheins am 26. März 2015 vor Ort angetroffen hat (hierzu im Verfahren ZG.2015.00139, act. 14), mit der fotografisch dokumentierten Grösse des Erdhaufens verglichen hat, wie er bereits vorhanden war, bevor

die Beklagten mit dem Bau ihres Einfamilienhauses begannen (act. 33 S. 13 ff. E. 10.-10.4.).

#### **E. 4.2**

Für eine solchermassen schätzungsweise Bemessung des Schadens, wie von der Vorinstanz gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR vorgenommen, bestand vorliegend indes keine Notwendigkeit. Wie in den vorstehenden Erwägungen erörtert, lässt sich anhand der verfügbaren Akten schlüssig ermitteln, in welchem Umfang die Beklagten Erdmaterial auf der Parzelle der Klägerin zurückgelassen und damit ihrer vertraglichen Wegräumspflicht nicht vollständig nachgekommen sind. Kommt noch Folgendes hinzu: Allein der Umstand, dass der Erdhaufen auf der Parzelle der Klägerin nach der Bautätigkeit der Beklagten mächtiger war als zuvor, bedeutet nicht, dass sämtliches Aushubmaterial, welches neu dazugekommen ist, auch tatsächlich von den Beklagten stammt. Denn immerhin ist die Vorinstanz in sachverhaltlicher Hinsicht selber davon ausgegangen, dass neben den Beklagten ebenso auch der Nachbar Z.\_\_\_\_\_, als er auf der gleich angrenzenden Parzelle Nr. [...] ein Bauvorhaben realisierte, sein Aushubmaterial auf dem vorbestandenen Erdhügel deponierte (act. 33 S. 10 unten und S. 14 oben). Vor diesem Hintergrund ist es nicht angängig, den ganzen Zuwachs des Haufens ausschliesslich nur den Beklagten anzulasten. Dies aber hat die Vorinstanz im Ergebnis getan: Sie ist von einer Verdoppelung des Haufens ausgegangen, hat das entsprechende Mehrausmass auf 182 m<sup>3</sup> lose geschätzt und hat hierauf die Kosten für die Wegschaffung dieser Menge Aushubmaterial den Beklagten überbunden (act. 33 S. 15 E. 10.3. und 10.4.). 5.

#### **E. 5.1**

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Kosten des früheren Verfahrens ZG.2015.00139 in Höhe von Fr. 400.■ zur Hälfte den Beklagten auferlegt und hat zudem die in jenem Verfahren den Beklagten zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 500.■ wieder aufgehoben (act. 33 S. 17 Dispositiv-Ziff. 5 und Ziff. 7 sowie S. 16 f. E. IV.3.). Die Beklagten machen in ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz habe auf die Kostenregelung des vorausgegangenen Verfahrens ZG.2015.00139 nicht mehr zurückkommen dürfen (act. 36 S. 10 f. Ziff. 27-30).

#### **E. 5.2**

Hierin ist die Berufung begründet.

##### **E. 5.2.1**

Hauptgegenstand des früheren einzelrichterlichen Summarverfahrens ZG.2015.00139 war ein Begehren der Klägerin um Rechtsschutz in klaren Fällen im Sinne von Art. 257 ZPO, indem die Klägerin damals beantragt hat, es seien die Beklagten zu verpflichten, innert einer Frist von 20 Tagen die Aushubdeponie auf der Liegenschaft der Klägerin zu entfernen, andernfalls sie [die Klägerin] zur Ersatzvornahme auf Kosten der Beklagten zu ermächtigen sei (Verfahren ZG.2015.00139, act. 1 S. 2 Antrag Ziff. 1 und Ziff. 2). Auf dieses Begehren trat jedoch der Kantonsgerichtspräsident nicht ein, da der Sachverhalt nicht liquid war; namentlich bestand Unklarheit darüber, welcher Anteil des Schutthügels effektiv von den Beklagten stammte (Verfahren ZG.2015.00139, act. 14 S. 4 Dispositiv-Ziff. 2 sowie S. 3 E. 2. und E. 4.). Beim Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen im Sinne von Art. 257 ZPO (sog. Befehlsverfahren) handelt es sich um ein vollkommen eigenständiges Verfahren, mit dem Vorteil, dass bei klarer Rechts- und Sachlage die gesuchstellende Partei rasch und mit vergleichsweise geringem Aufwand zu

einem gerichtlichen Entscheid gelangt. Für die Regelung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung, vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO) gelten in diesem Verfahren die allgemeinen Verteilungsgrundsätze gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO, was bedeutet, dass bei einem Nichteintretensentscheid die Kosten dem Gesuchsteller (hier der Klägerin) auferlegt werden. Auch wenn bei einem Nichteintretensentscheid dem Gesuchsteller das ordentliche oder vereinfachte Verfahren noch offen steht, so werden in diesem nachfolgenden Prozess die Prozesskosten des vorangegangenen Befehlsverfahren nicht neu verlegt, selbst wenn der Gesuchsteller nunmehr obsiegt. Es liegt alleine in der Verantwortung des Gesuchstellers, wenn er zunächst ein Befehlsverfahren eingeleitet hat, ohne dass hierfür die erfolgversprechenden Voraussetzungen [eindeutige und klare Sach- und Rechtslage] gegeben waren; demgemäss bleiben die betreffenden Verfahrenskosten an ihm definitiv hängen (siehe zum Ganzen Sutter-Somm/ Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Komm., 3. A., Art. 257 N 34). Daraus folgt, dass die Vorinstanz im hier angefochtenen Entscheid zu Unrecht auf die Kostenregelung im vorangegangenen Befehlsverfahren zurückgekommen ist. Es hat daher bei der damals angeordneten Regelung zu bleiben, der zufolge die Klägerin die Gerichtsgebühr von Fr. 400.■ allein zu tragen und den Beklagten zudem eine Parteientschädigung von Fr. 500.■ zu bezahlen hat (Verfahren ZG.2015.00139, act. 14 S. 4 Dispositiv-Ziff. 3-5). Demgemäss sind Dispositiv-Ziff. 5 und Ziff. 7 des hier angefochtenen Entscheids (act. 33 S. 17) aufzuheben.

#### **E. 5.2.2**

Am eben Ausgeführten ändert auch nichts, dass die Vorinstanz im vorausgegangenen Verfahren ZG.2015.00139 entsprechend dem damals gestellten Eventualantrag der Klägerin (Verfahren ZG.2015.00139, act. 1 S. 2 Antrag Ziff. 3) vor Ort eine vorsorgliche Beweisaufnahme vorgenommen hat. Zwar ist bei einer vorsorglichen Beweisaufnahme eine Neuverlegung der Prozesskosten im späteren Hauptprozess denkbar (BGE 140 III 30 E. 3.2 S. 31). Hier ist ein solcher Schritt jedoch nicht angezeigt. Das damals ermittelte Beweisergebnis (Ausmass des Schutthügels) war für die Beurteilung der hier strittigen Frage, ob die Beklagten ihr Aushubmaterial wieder vollständig abgeführt haben, ohne Bedeutung. Der hier massgebende Streitpunkt war, wie viel Erdreich die Beklagten aus ihrer Baugrube ausgehoben und hernach wieder abgeführt haben, wobei sich diese Frage anhand der verfügbaren Belege klären liess, ohne dass etwas darauf ankam, wie gross der Schutthügel auf der Parzelle der Klägerin effektiv noch war. IV. 1.

#### **E. 6**

Dagegen erhoben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ am 1. Februar 2017 beim Obergericht innert Frist Berufung mit dem Antrag, es sei der Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten vom 2. Dezember 2016 aufzuheben und die Forderungsklage von C.\_\_\_\_\_ vollumfänglich und unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen (act. 36). C.\_\_\_\_\_ schliesst in ihrer Berufungsantwort vom 21. März 2017 (act. 43) auf kostenfällige Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

#### **E. 7**

Das Obergericht hat den Parteien am 22. März 2017 angezeigt, es werde keinen zweiten Schriftenwechsel und auch keine mündliche Verhandlung durchführen (act. 44). In der Folge haben A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ am 29. März 2017 eine kurze Stellungnahme eingereicht (act. 45), welche der Gegenpartei umgehend zur Kenntnisnahme zugestellt

worden ist (act. 46). An seiner Sitzung vom 19. Januar 2018 fällte das Obergericht seinen Entscheid (act. 48). II. 1. Im vorinstanzlichen Verfahren hatte der Kantonsgerichtspräsident über eine Forderungsklage von C.\_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 14'871.35 zu befinden (act. 33 S. 2 Antrag Ziff. 1). Damit ist die Streitangelegenheit berufungsfähig (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Im Berufungsprozess selber beträgt der Streitwert jedoch nur noch Fr. 7'500.■, indem A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ die von der Vorinstanz in dieser Höhe erkannte Forderung bestreiten und C.\_\_\_\_\_ ihrerseits nicht mehr an der Forderung im ursprünglich geltend gemachten Umfang festhält. Neben der eigentlichen Streitforderung ist auch noch die Kostenregelung in Bezug auf das vorausgegangene Verfahren ZG.2015.00139 strittig, nachdem die Vorinstanz die Kosten aus jenem Verfahren im hier angefochtenen Entscheid neu verlegt hat (oben E. I.5.2). 2. In den nachstehenden Erwägungen werden die Parteien gleich wie im vorinstanzlichen Verfahren bezeichnet: C.\_\_\_\_\_ als Klägerin, A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ als Beklagte. III. 1. Mit Berufung kann geltend gemacht werden, die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid die Rechtsbestimmungen nicht richtig angewendet und/oder den Sachverhalt nicht richtig festgestellt (Art. 310 ZPO). Die Beklagten stellen sich in ihrer Berufung auf den Standpunkt, sie hätten ihren gesamten Aushub, den sie beim Bau ihres Einfamilienhauses vorübergehend auf der benachbarten Liegenschaft zwischengelagert hätten, wieder vollständig abtransportieren lassen. Die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz und die daraus resultierende (teilweise) Gutheissung der Schadenersatzklage der Klägerin beruhe auf willkürlichen Annahmen und willkürlicher Beweiswürdigung (act. 36 S. 10 Ziff. 26). 2.

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