



**ZA 21 1**

*BGer 5A\_771/2021 vom 4. August 2022/Abweisung*

**Urteil vom 24. Juni 2021  
Zivilabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Oberrichterin Franziska Ledergerber Kilchmann,  
Oberrichter Franz Odermatt,  
Oberrichter Albert Odermatt,  
Oberrichter Erwin Odermatt,  
Gerichtsschreiber Silvan Zwyszig.

**Verfahrensbeteiligte**

**A.**\_\_\_\_,  
**Z.**\_\_\_\_,

vertreten durch MLaw Sarah Jud, Rechtsanwältin,  
Kummer Engelberger Rechtsanwälte & Notare,  
Achereggstrasse 11, Postfach 327, 6362 X.\_\_\_\_,

**Berufungskläger/Beklagter,**

gegen

**B.**\_\_\_\_,  
**Y.**\_\_\_\_,

vertreten durch Dr. iur. André Britschgi, Rechtsanwalt,  
Durrer Britschgi Advokatur Notariat,  
Dorfplatz 6, Postfach 335, 6371 Stans,

**Berufungsbeklagter/Kläger.**

**Gegenstand**

**Missbrauch der Eigentumsrechte (Art. 679 i.V.m Art. 684  
ZGB)**

Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden,  
Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 12. Oktober 2020  
(ZK 19 40).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

#### **a.**

Mit Urteil ZE 19 119 vom 23. August 2019 hat das Kantonsgericht Nidwalden im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Eigentumsrechten (Art. 679 i.V.m Art. 684 ZGB) vorsorgliche Massnahmen gegenüber A.\_\_\_\_ («Berufungskläger») angeordnet und B.\_\_\_\_ («Berufungsbeklagter»), dem diesbezüglichen Gesuchsteller, Frist zur Einreichung der Klage angesetzt.

#### **b.**

Mit Klage vom 30. September 2019 prosequierte der Berufungsbeklagte das Verfahren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen betreffend Missbrauch der Eigentumsrechte (Art. 679 i.V.m. Art. 684 ZGB).

#### **c.**

Am 3. Dezember 2019 liess der Berufungskläger seine Klageantwort einreichen und folgende Anträge stellen:

- «1. Auf die Klage sei nicht einzutreten.
2. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.»

#### **d.**

Das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, erkannte mit Urteil ZK 19 40 vom 12. Oktober 2020 («Urteil ZK 19 40») Folgendes:

- «1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen.
  - 1.1 Dem Beklagten wird als Eigentümer des Grundstücks Nr. \_\_, GB X.\_\_, gerichtlich verboten, auf seinem Grundstück (Grundstück Nr. \_\_, GB X.\_\_) vor dem Wohnhaus des Klägers (Grundstück Nr. \_\_, GB X.\_\_), im Bereich der Gebäudefront auf der ganzen Fassadenlänge, Sonnenschirme aufzustellen.
  - 1.2 Der Beklagte wird als Eigentümer des Grundstücks Nr. \_\_, GB X.\_\_, gerichtlich verpflichtet, Musik und Lärm jeglicher Art zu unterlassen, welche/welcher von seinem Grundstück (Grundstück Nr. \_\_, GB X.\_\_) ausgeht und die Immissionsgrenzwerte (Belastungsgrenzwerte) am Tage von 60 dB (A) und in der Nacht von 50 dB (A) gegenüber dem Grundstück des Klägers (Grundstück Nr. \_\_, GB X.\_\_) überschreiten.

2. Der Beklagte wird unter Androhung der Strafe nach Art. 292 StGB verpflichtet, die Unterlassungen gemäss Ziffer 1 zu befolgen.

Art. 292 StGB lautet: *"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft."*

3. Sofern der Beklagte auf seinem Grundstück (Grundstück Nr. \_\_, GB X.\_\_) vor dem Wohnhaus des Klägers (Grundstück Nr. \_\_, GB X.\_\_) im Bereich der Gebäudefront auf der ganzen Fassadenlänge, Sonnenschirme aufstellt und demnach das Verbot gemäss Ziff. 1.1 missachtet, ist der Kläger berechtigt, diese Gegenstände zu beseitigen bzw. unter polizeilicher Hilfe beseitigen zu lassen.

4. Die Gerichtskosten betragen Fr. 6'000.00 (inkl. Auslagen). Darin enthalten sind die Mehrkosten für die verlangte Ausfertigung des begründeten Urteils in der Höhe von Fr. 2'000.00, welche vom Beklagten zu tragen sind (Art. 4 Abs. 3 PKoG).

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.00 gehen ausgangsgemäss im Umfang von Fr. 800.00 zu Lasten des Klägers und im Umfang von Fr. 5'200.00 zu Lasten des Beklagten, werden dem klägerischen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.00 entnommen und sind bezahlt.

Der Beklagte hat dem Kläger seinen Gerichtskostenanteil von Fr. 5'200.00 intern und direkt zu bezahlen.

5. Die Honorarnote von Rechtsanwalt Dr. iur. André Britschgi von Fr. 5'765.45 (Honorar Fr. 5'084.75, Auslagen Fr. 268.50 und 7.7% MwSt. Fr. 412.20) wird gerichtlich genehmigt.

Die Honorarnote von Rechtsanwältin MLaw Sarah Jud wird im Umfang von Fr. 6'291.10 (Honorar Fr. 5'500.00, Auslagen Fr. 341.30 und 7.7% MwSt. Fr. 449.80) gerichtlich genehmigt.

Der Beklagte hat den Kläger im Umfang von 4/5, d.h. in der Höhe von Fr. 4'612.40, zu entschädigen. Der Kläger hat den Beklagten im Umfang von 1/5, d.h. in der Höhe von Fr. 1'258.20, zu entschädigen.

Der Beklagte hat dem Kläger somit ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 3'354.20 zu bezahlen.

6. (Zustellung ...)»

Für den übrigen Prozessverlauf bis zum 23. Oktober 2020 wird auf die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen (vgl. Urteil ZK 19 40 lit. A-I S. 2 f.).

## **B.**

Mit Eingabe vom 20. Januar 2021 erhob der Berufungskläger hiergegen Berufung und stellte die folgenden Anträge (amtl. Bel. 1):

- «1. Die Berufung sei gutzuheissen; Das Urteil vom 12. Oktober 2020 des Kantonsgerichts Nidwalden im Verfahren ZE 19 119 sei aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren zu Lasten des Berufungsbeklagten.»

Der Berufungskläger leistete innert angesetzter Frist einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.– (amtl. Bel. 2 f.).

## **C.**

Mit Berufungsantwort vom 3. März 2021 beantragte der Berufungsbeklagte die vollumfängliche Abweisung der Berufung, soweit auf diese überhaupt einzutreten sei (amtl. Bel. 5).

## **D.**

Am 4. März 2021 zeigte die Verfahrensleitung den Parteien an, dass kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird und das Replikrecht innert 10 Tagen zu wahren wäre (amtl. Bel. 6).

## **E.**

Mit Eingabe vom 24. März 2021 legte der Berufungskläger eine zusätzliche Urkunde auf (amtl. Bel. 7). Der Berufungsbeklagte nahm hierzu am 29. März 2021 Stellung (amtl. Bel. 9). Am 17. Juni 2021 reichte der Berufungskläger eine weitere Urkunde ein (amtl. Bel. 10). Mit Eingaben vom 23. resp. 25. Juni 2021 legten die Parteien ihre Kostennoten auf (amtl. Bel. 11 und 12).

## **F.**

Die vorinstanzlichen Akten (und die Akten des Massnahmeverfahrens) wurden praxisgemäss beigezogen. Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich ihrer Sitzung vom 24. Juni 2021 abschliessend beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

#### **1.1**

##### **1.1.1**

Angefochten ist das Urteil ZK 19 40 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 12. Oktober 2020 betreffend Missbrauch der Eigentumsrechte (Art. 679 i.V.m Art. 684 ZGB). Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Kollegialgericht, ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 3 GerG).

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Wie bereits die Eingabe an die erste Instanz muss auch die Berufungseingabe Rechtsbegehren enthalten. Formgültige Rechtsbegehren stellen eine Prozessvoraussetzung dar, weshalb bei unklaren, unvollständigen oder unbestimmten Rechtsbegehren nicht auf die Klage einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO *e contrario*; RAMON MABILLARD, Grundsätze zur Formulierung der Rechtsbegehren, in: Kren Kostkiewicz/Markus/Rodriguez [Hrsg.], Das Rechtsbegehren im Zivilverfahren: Theoretische Fragen, praktische Antworten, CIVPRO Band Nr. 11, 2017, S. 5). Das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO).

Zwar nennt Art. 311 ZPO einzig die Begründung, die aber gerade auch der Erläuterung der Begehren dient und diese damit voraussetzt. Aus einer Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfiicht und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 137 III 617 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen). Ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll und in welchem Umfang, steht in der Disposition der Parteien, unabhängig davon, ob sie über das streitige Recht verfügen können oder nicht. Die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens setzt damit selbst unter der Officialmaxime voraus, dass eine Partei ein form- und fristgerechtes Rechtsschutzersuchen an die Rechtsmittelinstanz richtet (BGE 137 III 617 E. 4.5.3). Gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid bestätigen (dortige lit. a), neu entscheiden (dortige lit. b) oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (dortige lit. c Ziff. 1) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu

vervollständigen ist (dortige lit. c Ziff. 2). Die Rückweisung hat jedoch die Ausnahme zu bleiben (BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619 mit Hinweis). Liegt kein Fall von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO vor, darf das Berufungsgericht vom Erfordernis materieller Anträge in der Sache ausgehen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_94/2013 vom 6. März 2013 E. 3.2.4); m.a.W. hat der Berufungskläger mit Blick auf die reformatorische Natur der Berufung grundsätzlich einen Antrag in der Sache, d.h. ein (reformatorisches) Begehren zu stellen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_929/2015 vom 17. Juni 2016 E. 3.1; 4A\_383/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2.1). Die alleinige Forderung, der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben, bringt mitunter nicht zum Ausdruck, welche Rechtsfolge der Berufungskläger in der Sache anstrebt. Aus den Anträgen muss eine Willensbekundung konstruiert werden können, aus der sich ergibt, auf welche konkrete Gestaltung der Rechtslage der Berufungskläger abzielt. In diesem Zusammenhang hat sich aus der Begründung der Anträge namentlich zu ergeben, weshalb das angerufene Berufungsgericht im Falle einer Gutheissung der Berufung nicht selbst entscheiden könnte und sich eine Rückweisung an die Vorinstanz zwingend aufdrängt (Urteil des Bundesgerichts 5A\_929/2015 vom 17. Juni 2016 E. 5.1).

### **1.1.2**

Rechtsbegehren sind bedingungsfeindlich; dem Kläger ist es zwar gestattet, seine Rechtsbegehren in eine Reihenfolge zu bringen (Haupt- und Eventualbegehren), wenn die behaupteten Rechtsfolgen ungewiss sind; er muss sie jedoch unbedingt stellen und begründen. Die Alternation von Rechtsbegehren («entweder oder») ist grundsätzlich unzulässig (DANIEL WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 17 zu Art. 221 ZPO; THOMAS ENGLER, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. A., 2015, N 4 zu Art. 221 ZPO; MABILLARD, a.a.O., S. 19 f.).

Namentlich können auch Antwortbegehren, die, je nachdem, ob die Zulässigkeit der Klage oder deren materielle Begründetheit bestritten wird, auf Nichteintreten oder Abweisung der Klage lauten, einen Einfluss auf das Prozessthema haben. Eine selbstständige Bedeutung kommt ihnen grundsätzlich nicht zu, solange sich der Beklagte auf die Abwehr des klägerischen Rechtsbegehrens beschränkt, da sie diesfalls lediglich der Verdeutlichung und raschen Orientierung über die Stellungnahme des Beklagten dienen. Fehlen solche Rechtsbegehren, so schadet dies der beklagten Partei grundsätzlich nicht (MABILLARD, a.a.O., S. 3 f.). Äussert sich der Beklagte jedoch mit eigenen Begehren und verlangt er (*principaliter*) ein Nichteintreten auf die Klage und (*eventualiter*) eine Klageabweisung, ist dies zwar zulässig; er hat sich jedoch gewahr zu sein, dass er mit diesem zweigliedrigen Ersuchen

unterschiedlichen, nämlich einerseits dilatorischen, andererseits peremptorischen Rechtsschutz beansprucht (WILLISEGGER, a.a.O., N 11 zu Art. 222 ZPO). Nach der hier vertretenen Auffassung sind nicht bloss auf peremptorischen Rechtsschutz gerichtete Rechtsbegehren in eine Reihenfolge zu bringen, sondern auch gleichzeitige Ersuchen um einen Prozess- (Nichteintreten) bzw. einen Sachentscheid (Abweisung).

### **1.1.3**

Die Rechtsfolge des Nichteintretens steht unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Überspitzter Formalismus ist gegeben, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 135 I 6 E. 2.1). Wie alle Prozesshandlungen sind auch Rechtsbegehren nach Treu und Glauben auszulegen (BGE 105 II 149 E. 2a). Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2). Das Bundesgericht scheint anzudeuten, dass im Rahmen dieser Beurteilung – bzw. konkret bei der Festlegung des Beurteilungsmassstabs – dem Umstand, ob eine Partei anwaltlich vertreten ist oder nicht, gewisse Bedeutung beizumessen ist (Urteile des Bundesgerichts 5A\_466/2016 vom 12. April 2017 E. 4.2; 5A\_304/2015 vom 23. November 2015 E. 10.4 mit weiteren Hinweisen). Vorstehendes hat mitunter nicht zur Folge, dass die Berufungsinstanz einer Partei gestützt auf Art. 132 ZPO Gelegenheit zur Verbesserung ihrer Eingabe geben muss. Die zitierte Norm ist nicht dazu bestimmt, die inhaltliche Ergänzung oder Nachbesserung eines ungenügenden Rechtsbegehrens und/oder einer ungenügenden Begründung zu ermöglichen (BGE 137 III 617 E. 6.4; so in Urteil des Bundesgerichts 5A\_929/2015 vom 17. Juni 2016 E. 3.2).

### **1.2**

Der Berufungskläger beantragt, die Berufung sei gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Einen reformatorischen Antrag stellt der Berufungskläger nicht. Dies genügt den Anforderungen von Art. 311 ZPO nicht, was grundsätzlich ein Nichteintreten auf das Rechtsmittel zur Folge hat. Zu prüfen bleibt, ob die Eingaben des Berufungsklägers und das erstinstanzliche Urteil eine Auslegung des formell mangelhaften Rechtsbegehrens erlaubt und

festgestellt werden kann, was der Berufungskläger in der Sache verlangt. Der Berufungskläger war bzw. ist sowohl im erstinstanzlichen als auch im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten, weshalb ein strenger Massstab anzulegen ist.

Erstinstanzlich stellte der Berufungskläger als damaliger Beklagter in der Klageantwort drei Antwortbegehren (vgl. vorstehende lit. A./c.). Namentlich ersuchte er das Gericht einerseits darum, dass auf die Sache nicht einzutreten sei (Klageantwortbegehren 1). Andererseits verlangte er die Klageabweisung (Klageantwortbegehren 2). Beide Anträge wurden unbedingt, gleichrangig gestellt, obwohl sich diese gegenseitig ausschliessen. Der Berufungskläger ersuchte somit sowohl um dilatorischen als auch um peremptorischen Rechtsschutz, ohne diese beiden Begehren in eine Reihenfolge zu setzen. Dies schlägt sich auch in der Berufungsbegründung nieder, in welcher sowohl die vorinstanzliche Würdigung in der Sache selbst (Berufung Ziffn. 4 ff. S. 3 ff.) als auch dessen Erwägungen betreffend das Rechtsschutzinteresse (Sachurteilsvoraussetzung; Berufung Ziff. 25 S. 16) gerügt werden. Somit erlauben weder die Berufungsbegründung noch das angefochtene Urteil eine abschliessende Interpretation des berufungsklägerischen Rechtsschutzziels; es ist nicht klar, ob dieser nun hauptsächlich die Klageabweisung (Sachurteil) oder ein Nichteintreten auf die Klage verlangt. Mit anderen Worten kann nicht ergründet werden, auf welche konkrete Gestaltung der Rechtslage der Berufungskläger abzielt. Im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime ist es dem Sachgericht verwehrt, von den Parteienanträgen abzuweichen und etwa – wie dies hier notwendig wäre – unzulässige Alternativanträge zu bereinigen, indem es sich bloss des nach seiner Auffassung passenden Antrags bediente. Entsprechendes hat auch zu gelten, wenn unzulässige Alternativanträge zur Auslegung der Berufungsanträge herangezogen werden. Auf die Berufung ist somit nicht einzutreten.

## **2.**

Wären die prozessualen Eingaben des Berufungsklägers dahingehend zu deuten, dass er mit seiner Berufung reformatorisch ein Nichteintreten auf die Klage, eventualiter die Klageabweisung verlangt, entsprechend die Prozessvoraussetzung rechtsgenügender Berufungsanträge erfüllt und dies einem Eintreten nicht entgegenstände, wäre auf die Berufung – wie sich nachfolgend zeigen wird – trotzdem nicht einzutreten (nachfolgende E. 3) bzw. diese ohnehin abzuweisen (nachfolgende E. 4; zur Zulässigkeit von Eventualbegründungen bei unzulässigen Rechtsmittelanträgen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_383/2013 vom 2. Dezember 2013).

### **3.**

#### **3.1**

##### **3.1.1**

Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Das Berufungsgericht hat bei der Verfahrensleitung und -gestaltung einen grossen Spielraum. Es steht grundsätzlich in seinem Ermessen, ob es eine Parteiverhandlung ansetzen (Art. 316 Abs. 1 ZPO) und Beweise abnehmen will (Art. 316 Abs. 3 ZPO). In aller Regel wird das Berufungsverfahren als reiner Aktenprozess geführt ohne Durchführung einer Parteiverhandlung und Abnahme von Beweisen. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 und E. 2.2.2 S. 412 ff. m.w.H.).

Nach Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt ein Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor der ersten Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht auf die Berufung nicht ein (Urteil des Bundesgerichts 4A\_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2 m.w.H.; auch: KARL SPÜHLER, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 11 zu Vor Art. 308-334 ZPO).

##### **3.1.2**

Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Damit neue Tatsachen oder Beweismittel im Berufungsverfahren berücksichtigt werden, müssen die Voraussetzungen des unverzüglichen Vorbringens und der Unmöglichkeit des Vorbringens vor erster Instanz trotz zumutbarer Sorgfalt, kumulativ erfüllt sein. Ist eine der beiden Voraussetzungen nicht erfüllt, verwirkt das Novenrecht (PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO-Kommentar, 3. A, 2016, N 42 zu

Art. 317 ZPO). Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber im Berufungsverfahren ein Novenrecht statuiert, welches nur unter restriktiven Voraussetzungen ausnahmsweise Noven zulässt (BGE 142 III 413 S. 415 E. 2.2.2). Grund für dieses Novenrecht ist die Idee der ZPO, wonach alle Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich bereits vor erster Instanz vorzubringen sind und das vorinstanzliche Verfahren im Berufungsverfahren nicht einfach fortgeführt werden soll (Urteile des Bundesgerichts 5A\_107/2013 vom 7. Juni 2013 E. 3.1; 4A\_382/2015 vom 4. Januar 2016 E. 11.3.1). Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts dient das Berufungsverfahren nämlich nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Schliesslich regelt Art. 317 Abs. 1 ZPO die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend und dies ohne danach zu differenzieren, ob auf ein Verfahren die Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime anwendbar ist (BGE 142 III 413 S. 415 E. 2.2.2). Die Voraussetzungen der Berücksichtigung jeden neuen Vorbringens und jedes neuen Beweismittels hat diejenige Partei zu beweisen, welche sich auf das betreffende Novum beruft. Eine Partei, welche im Berufungsverfahren eine neue Urkunde vorlegt, hat grundsätzlich darzulegen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Eine diesbezügliche Begründung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Zulässigkeit der Urkunde offenkundig und unzweifelhaft ist (SPÜHLER, a.a.O., N 10 zu Art. 317 ZPO).

Private Bestätigungsschreiben sind als Beweismittel i.d.R. nicht tauglich und daher im Rahmen zulässiger antizipierter Beweismittelwürdigung auszuschliessen (ANNETTE DOLGE, in: BSK-ZPO, a.a.O., N 12 zu Art. 177 ZPO). Dies hat im Fall, in welchem die Auflage des Bestätigungsschreibens erst im Berufungsverfahren geschieht und die Befragung des Urkundenerzeugers hätte beantragt werden können, umso mehr zu gelten.

## **3.2**

### **3.2.1**

Hier oblag es dem Berufungskläger, im Rahmen seiner Berufungsschrift konkret darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid im Einzelnen mangelbehaftet ist. Insoweit er sich hierbei auf Noven abstützt, seien es tatsächliche oder Beweisvorbringen, hat er *zusätzlich* darzutun, inwiefern ihm solches nicht bereits vor erster Instanz möglich gewesen ist. Vorab zu prüfen ist, ob der Berufungskläger mit der Berufung vom 20. Januar 2021 überhaupt ein diesen Anforderungen entsprechendes Rechtsmittelfundament zu schaffen vermochte, andernfalls auf die Berufung nicht einzutreten ist.

### 3.2.2

Zunächst ist auf die Beweisgrundlage einzugehen. Der Berufungskläger hat in seiner Berufung vom 20. Januar 2021 insgesamt 17 Urkundenbeweise (BK-Bel. 1-17) aufgelegt und durch zwei weitere, spätere Urkundenbeweise ergänzt (BK-Bel. 18 und 19). Davon lagen die Belege BK-Bel. 1 (vi-BB 1), 4 (vi-ZEVP C. \_\_ Bel. 1), 7 (vi-BB 20), 8 (vi-BB 17), 9 (vi-BB 21), 10 (vi-BB 19), 12 (vi-BB 10], 14 (vi-BB 22) bereits im vorinstanzlichen Verfahren auf, womit es sich um untaugliche bzw. unzulässige Beweisofferten handelt, auf welche nicht einzutreten ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO; Art. 150 ZPO e contrario).

Im Weiteren legt der Berufungskläger Beweismittel auf, welche von der Vorinstanz explizit aus dem Recht gewiesen wurden, weil sie verspätet, d.h. nach Aktenschluss eingereicht wurden. Es handelt sich dabei um die anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. Oktober 2020 aufgelegten Beweismittel BK-Bel. 6, 13, 15 und 16 (vi-BB 26). Der Berufungskläger unterlässt es darzutun, weshalb er nun berechtigt sein soll, diese im Berufungsverfahren einzureichen bzw. der damalige Entscheid der Vorinstanz rechtsfehlerhaft war. Diese sind daher auch im obergerichtlichen Verfahren aus dem Recht zu weisen.

Im Berufungsverfahren erstmals aufgelegt werden die BK-Bel. 5, 11 und 17 (Sammelbeleg Fotos Rattan Möbel, Fotos D. \_\_ Bar Jahr 1990, Handelsregisterauszug B. \_\_ Gartenbau). Der Berufungskläger macht keine Ausführungen dazu, wieso es ihm nicht möglich gewesen wäre, diese Beweismittel schon vor erster Instanz aufzulegen, obschon sie damals bereits existiert hätten. Diese sind ebenso aus dem Recht zu weisen.

Anderes gilt für die nachträglich aufgelegten BK-Bel. 18 und 19, welche nämlich erst im Zeitpunkt des Berufungsverfahrens entstanden sind. Diese sind allerdings aus anderen Gründen unzulässig: Mit Eingabe vom 24. März 2021 legte der Berufungskläger ein Schreiben zweier Mieter («Richtigstellung»; BK-Bel. 18) vom 23. März 2021 zugunsten seines eigenen Standpunkts ins Recht. Dieses private Bestätigungsschreiben ist in antizipierter Beweiswürdigung auszuschliessen, da es dem Berufungskläger ohne weiteres möglich gewesen wäre, eine formelle Zeugenaussage zu beantragen. Unterlässt es eine Partei, die Befragung potentieller Zeugen zu beantragen, lässt sich dieses Versäumnis nicht mittels der Erstellung und Auflage eines privaten Bestätigungsschreibens korrigieren. Auszuschliessen ist auch der Sammelbeleg BK-Bel. 19 (Temperaturmessung für den Juni 2021), der sich zu einer hier irrelevanten Beweisthematik äussert.

Der Berufungskläger beantragt weiter, dass er als Partei zu befragen sei. Eine Parteibefragung mit dem Berufungskläger wurde bereits vor erster Instanz durchgeführt. Inwiefern Veranlassung für die Durchführung einer neuerlichen Parteibefragung besteht, wird nicht aufgezeigt, weshalb auch davon abzusehen ist. Auch wiederholt der Berufungskläger seinen Beweisantrag um Durchführung eines Augenscheins, den die Vorinstanz mit einlässlicher Begründung abgewiesen hatte. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dass der Augenschein für die gegenständliche Beweisthematik ein grundsätzlich taugliches Beweismittel wäre, die damit zu beweisenden Umstände jedoch bereits anderweitig hinreichend dokumentiert bzw. aus früheren Verfahren gerichtsnotorisch bekannt sind, womit auf dieses verzichtet werden könne (vgl. Urteil ZK 19 40 E. 2.3.6 S. 17). Ebenso würdigte sie die übrigen Beweismittel und deren Aussagekraft ausführlich (dortige E. 2.3 S. 12 ff.; E. 3.3 S. 22 f.; E. 4.3 S. 24 ff.). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Der Berufungskläger geht darauf denn auch nicht weiter ein und macht einzig geltend, dass die vom Berufungsbeklagten aufgelegten Fotos ein falsches Bild der Aussichtsbeeinträchtigung vermitteln würden (Berufung Ziff. 13 S. 9). Diese Behauptung findet jedoch keine Stütze in der streitigen Fotodokumentation (vi-BK-Bel. 16-18), welche – unter Mitberücksichtigung der Gerichtsnotorietät aufgrund früherer Verfahren und der übrigen Beweismittel – sehr wohl eine tatsächliche Würdigung erlaubt. Die Vorinstanz führte zurecht keinen Augenschein durch, womit diesem Antrag auch im Berufungsverfahren nicht zu folgen ist.

### **3.2.3**

Im Weiteren ist der berufungsklägerische Rechtsmittelvortrag zu würdigen. Zwar findet stellenweise eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid statt. Dabei unterlässt es der Berufungskläger jedoch, sich mit der bestehenden Beweis-/Aktenlage auseinanderzusetzen bzw. seinen Berufungsstandpunkt mit den vor erster Instanz abgenommenen Beweisen in Vereinbarung zu bringen. Im Gegenteil beschränkt er sich darauf, den einlässlich begründeten Schlussfolgerungen der Vorinstanz eigene Schilderungen gegenüberzustellen und diesen Tatsachenvortrag mit neuen, unzulässigen Beweismitteln (s.o.) zu untermauern. Im Berufungsverfahren geht es allerdings nicht darum, dass der Berufungskläger frei seinen Standpunkt darlegen und das hiesige Berufungsgericht gestützt darauf ein Sachurteil trifft. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die *Überprüfung* des bereits gefällten Sachurteils des Kantonsgerichts, weshalb es an den Parteien ist – hier namentlich dem Berufungskläger –, auf der Grundlage des erstinstanzlich gesammelten Prozessmaterials die Fehlerhaftigkeit des erstinstanzlichen Urteils aufzuzeigen. Eine Ergänzung des Beweismaterials findet dabei nur ausnahmsweise, etwa wo Beweisvorschriften

(Art. 150 ff. ZPO) verletzt wurden oder wo zulässige Noven (Art. 317 Abs. 1 ZPO) in den Prozess einzubringen sind, statt. Da es der Berufungskläger ist, welcher in der Berufungsschrift auf ebensolche Ergänzungen des Beweismaterials abstützt, wäre es auch an ihm gewesen, die erforderliche Begründung zu liefern. An einer solchen fehlt es aber gänzlich. Der Rechtsmittelsubstantiierungsobliegenheit kommt der Berufungskläger mit seiner Berufungsschrift nicht nach. Diesbezüglich fällt weiter ins Gewicht, dass der Berufungskläger nicht nur hinsichtlich der Beweismittel Ergänzung vornimmt. Auch seinen Tatsachenvortrag erweitert er stellenweise um neue Tatsachenbehauptungen (bspw. Behauptung des zerrütteten Verhältnisses zwischen der Zeugin C.\_\_\_\_ und dem Berufungskläger [Berufung Ziff. 5 S. 3 f.] oder Behauptung, dass Musik nicht vom Grundstück des Berufungsklägers, sondern von der öffentlichen Badewiese stamme [Berufung Ziff. 22 S. 14 f.]), ohne dass dargelegt würde, inwiefern dies im Hinblick auf die Novenschranke von Art. 317 Abs. 1 ZPO überhaupt zulässig ist. Am Gesagtem nichts zu ändern vermag, dass die Berufungsschrift hinsichtlich des Aufbaus dem angefochtenen Urteil folgt. Die Wahl eines solchen Aufbaus kann zwar der Rechtsschriftstruktur bzw. deren Nachvollziehbarkeit zuträglich sein, befreit den Rechtsmittelführer aber nicht davon, sich in den entsprechenden Abschnitten denn auch konkret, d.h. unter Bezugnahme auf die bereits bestehende Beweis- bzw. Aktenlage, mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen.

### **3.3**

Auf die Berufung wäre demnach auch infolge einer unzureichenden Begründung – welche eine Sachurteilsvoraussetzung bildet – nicht einzutreten.

## **4.**

### **4.1**

Die Rechtsmittelinstanz eröffnet ihren Entscheid mit einer schriftlichen Begründung (Art. 318 Abs. 2 ZPO). Wird der angefochtene Entscheid lediglich bestätigt, kann die Begründung sehr knapp ausfallen. Mit Blick auf Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG ist wesentlich, dass der Entscheid die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthält. Aus dem Entscheid muss klar hervorgehen, von welchem festgestellten Sachverhalt die Rechtsmittelinstanz ausgeht und welche rechtlichen Überlegungen sie anstellt. Es ist gar zulässig, ohne neue Motive auf die schriftliche Begründung des erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen, sofern vor der zweiten Instanz keine beachtlichen Gründe vorgebracht werden, zu denen die erste Instanz noch nicht Stellung bezogen hat. Ein Verweis führt dazu, dass das Bundesgericht die

Gesetzesanwendung im Lichte der erstinstanzlichen Erwägungen überprüft (Urteile des Bundesgerichts 4A\_477/2018, 4A\_481/2018 vom 16. Juli 2019 E. 3.2.1; 5A\_369/2016 vom 27. Januar 2017 E. 3.1; 4A\_333/2015 vom 27. Januar 2016 E. 7.3.2; 4A\_538/2013 vom 19. März 2014 E. 3.1; 4A\_434/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 2.1 jeweils m.w.H.). Entsprechendes gilt selbstredend auch für die Eventualbegründung eines Berufungsentscheids.

## **4.2**

Selbst wenn auf die Sache einzutreten und diese materiell zu behandeln wäre, wäre die Berufung abzuweisen. Der vorinstanzliche Entscheid überzeugt, weshalb vollumfänglich, in bestätigender Weise (Art. 319 Abs. 1 lit. a ZPO) auf diesen verwiesen wird. Die Rechtsmittelinstanz schliesst sich den diesbezüglichen Ausführungen, namentlich bezüglich die beweisrechtlichen Vorfragen (Urteil ZK 19 40 E. 2 und 3 S. 6 ff.), die tatsächliche und rechtliche Würdigung (dortige Ziff. II S. 8 ff.) sowie die Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (dortige Ziff. III S. 31 ff.), vorbehaltlos an. Daran nichts zu ändern vermögen die – soweit diese überhaupt zulässig sind – berufsungsweise vorgebrachten Einwände; aus diesen ergibt sich nichts Wesentliches, das die einlässliche materielle Auseinandersetzung der Vorinstanz mit der Streitsache in Frage stellen würde.

## **5.**

### **5.1**

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **5.2**

Die Gerichtskosten vor Obergericht als Berufungsinstanz richten sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht massgebenden Tarif; sie werden um einen Drittel reduziert, betragen jedoch mindestens Fr. 500.– (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG [NG 261.2]). In Verfahren mit einem Streitwert von Fr. 100'000.– betragen die ordentlichen Entscheidgebühren vor dem Kantonsgericht zwischen Fr. 2'500.– bis Fr. 6'000.– (Art. 7 Abs. 1 PKoG); vor Obergericht dementsprechend zwischen Fr. 1'666.65 bis Fr. 4'000.–. Wird ein Streitfall ohne materiellen Entscheid erledigt, beträgt die Gebühr höchstens drei Viertel der ordentlichen Gebühr (Art. 4 Abs. 2 PKoG).

Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 PKoG innerhalb des Gebührenrahmens auf Fr. 4'000.– festgesetzt. Zwar trat das Gericht auf die Sache in Ermangelung rechtsgenügender Berufungsanträge nicht ein. Indessen setzte es sich im Rahmen der Eventualbegründung materiell mit der Streitsache auseinander, weshalb sich eine Herabsetzung der Gebühr nach Art. 4 Abs. 2 PKoG gegenständlich nicht rechtfertigt. Die Gerichtskosten werden ausgangsgemäss dem Berufungskläger auferlegt, dessen Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen und sind damit bezahlt.

### **5.3**

Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen gemäss Art. 42 ff. PKoG zu. Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 96 ZPO). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG). In Prozessen mit einem Streitwert von Fr. 100'000.– beträgt das Honorar für das Verfahren vor erster Instanz zwischen Fr. 4'000.– bis Fr. 13'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG). Somit liegt der Kostenrahmen für das Honorar des vorliegenden Berufungsverfahrens zwischen Fr. 800.– bis Fr. 7'800.–. Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätzen sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG). Das Honorar beträgt je Stunde zwischen Fr. 220.– und Fr. 250.– (Art. 34 Abs. 2 PKoG).

Der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten machte mit Kostennote vom 23. Juni 2021 eine Parteientschädigung von Fr. 2'750.40 (Honorar Fr. 2'499.75 [9.09 Std. à Fr. 275.–], Auslagen Fr. 54.–, 7.7% MwSt. Fr. 196.65) geltend. Diese liegt innerhalb des gesetzlichen Kostenrahmens und ist angemessen. Diese wird in Nachachtung des höchstzulässigen Stundenansatzes im Umfang von Fr. 2'505.65 (Honorar Fr. 2'\_\_\_\_.50 [9.09 Std. à Fr. 250.–], Auslagen Fr. 54.–, 7.7% MwSt. Fr. 179.15) genehmigt. Der Berufungskläger hat dem Berufungsbeklagten ausgangsgemäss eine Parteientschädigung von Fr. 2'505.65 zu bezahlen.

### **Demnach erkennt das Obergericht:**

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 4'000.– festgesetzt, werden ausgangsgemäss dem Berufungskläger auferlegt, dessen Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen und sind damit bezahlt.
3. Der Berufungskläger hat dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'505.65 zu bezahlen.
4. Zustellung dieses Urteils an:
  - Rechtsanwältin Sarah Jud (zweifach, GU)
  - Rechtsanwalt André Britschgi (zweifach, GU), *mit Doppel der Eingabe vom 17. Juni 2021*
  - Kantonsgericht Nidwalden (Empfangsbescheinigung)
  - Gerichtskasse (Dispositiv)

Stans, 24. Juni 2021

### **OBERGERICHT NIDWALDEN**

#### **Zivilabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Silvan Zwyszig

Versand: \_\_\_\_\_

#### **Rechtmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.

Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 100'000.–.