

der umstrittenen Unterlagen als Streitwert anzunehmen. Vielmehr ist auf die mit den Unterlagen zu belegenden wertvermehrenden Investitionen in mehrere Liegenschaften bzw. die mit den Investitionen verbundene Reduktion der Grundstückgewinnsteuer abzustellen. Beide Parteien sind im Rahmen des Scheidungsverfahrens von wertvermehrenden Investitionen von rund Fr. 275'000.00 ausgegangen. Der Steuersatz beträgt minimal 15 % (Art. 133 Abs. 1 und 2 StG). Der von der Vorinstanz angenommene Streitwert von mindestens Fr. 41'250.00 ist damit zu bestätigen. Beide Parteien haben diesen Wert im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt. Die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.00 ist damit ohne weiteres erreicht und die Berufung zulässig.

OGP, 11.08.2015

3657

Prozesskosten. Abgrenzung der Verteilung der Prozesskosten nach dem Erfolgsprinzip (Art. 106 ZPO) resp. nach Ermessen (Art. 107 ZPO).

Kostenbeschwerde. In einer Kostenbeschwerde muss konkret begehrt werden, wie die Kosten festzusetzen sind (Art. 321 Abs. 1 ZPO).

Aus den Erwägungen:

1.6 Art. 321 Abs. 1 ZPO schreibt vor, dass eine Beschwerde begründet einzureichen ist. Nach Lehre und Rechtsprechung gehören zu einer Begründung auch Anträge bzw. Rechtsbegehren (*Gasser/Rickli*, Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/St.Gallen 2014, N 4 zu Art. 321; *Myriam Gehri*, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. A., Zürich 2015, N 4 zu Art. 311; *Philippe Reich*, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, N 8 zu Art. 321; *Karl Spühler*, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013, N 12 zu Art. 311; *Benedikt Seiler*, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz. 872 ff.). Es sind konkrete Anträge zu stellen, aus denen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird (*Freiburghaus/Afheldt*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 14 zu Art. 321; *Oliver Kunz*, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Basel 2013, N 31 zu Art. 321). Es sind – soweit möglich – bezifferte Anträge zu stellen (BGE 137 III 617 E. 4; Urteil BGer 4D_61/2011, E. 2, in: SZPP 2/2012, S. 92 f.; *Oliver Kunz*, a.a.O., N 33 zu Art. 321 ZPO; *Myriam Gehri*, a.a.O., N 5 zu Art. 321 ZPO). In einer Kostenbeschwerde muss konkret begehrt werden, wie die Kosten festzusetzen sind (*David Jenny*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozess-

ordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N 3 zu Art. 110). Ungenügend ist es deshalb, bloss eine „angemessene“ Parteientschädigung zu verlangen (*Oliver Kunz*, a.a.O., N 33 zu Art. 321 ZPO, mit Hinweisen). Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über den Anwaltstarif (bGS 145.53) hat sich dem Vorrang von Art. 321 Abs. 1 ZPO zu beugen (Art. 49 Abs. 1 BV). Mithin kann auf den Antrag der Beschwerdeführer, es sei ihnen für das Verfahren vor der ersten Instanz eine Parteientschädigung nach kantonalem Tarif zuzusprechen, nicht eingetreten werden. Der Klarheit halber ist anzufügen, dass es dagegen ausreichend ist, für die Parteientschädigung im laufenden Verfahren vor zweiter Instanz einen unbezifferten Antrag zu stellen (*David Jenny*, a.a.O., N 6 zu Art. 105 ZPO; *Adrian Urwyler*, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2011, N 6 zu Art. 105). Nachdem die Beschwerde – wie nachfolgend gezeigt wird – grundsätzlich abzuweisen ist, hat der Nichteintretensentscheid keine Folgen für die Rechtsstellung der Beschwerdeführer.

2.1 Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe die Kosten fälschlicherweise nach Art. 106 ZPO verteilt. Korrekt wäre die Anwendung von Art. 107 ZPO gewesen. Zum einen könne auf lit. a von Art. 107 ZPO abgestellt werden, weil die Klage grundsätzlich gutgeheissen worden sei. Zum anderen könne auch lit. f der genannten Bestimmung herangezogen werden, weil das Verhalten der obsiegenden Partei zusätzlichen ungerechtfertigten Verfahrensaufwand verursacht und zudem die Beklagte bis zuletzt die Verantwortung für die Mängel abgelehnt habe.

[...]

2.2 Im schweizerischen Zivilprozess werden die Kosten grundsätzlich nach dem Erfolgsprinzip der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei Klageabweisung unterliegt die klagende Partei, bei Gutheissung der Klage die beklagte Partei (*Dheden C. Zotsang*, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2015, S. 195). Dem Erfolgsprinzip liegt die Vermutung zugrunde, dass der im Verfahren Unterliegende die Verfahrenskosten bzw. den Rechtsverfolgungsaufwand der Gegenpartei verursacht hat (*Dheden C. Zotsang*, a.a.O., S. 196). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem konkreten Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO), d.h. die Prozesskosten sind im Verhältnis des jeweiligen Unterliegens zu tragen (*Dheden C. Zotsang*, a.a.O., S. 196). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist das Obsiegen nach dem Verhältnis zwischen den im Rechtsbegehren gestellten Anträgen und dem schliesslich im Urteilsdispositiv zugesprochenen Ergebnis festzulegen, d.h. nach dem Durchdringen der Parteien mit ihren Rechtsbegehren (*Dheden C. Zotsang*, a.a.O., S. 196). In der Praxis wird in der Regel ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von einigen Prozenten nicht berücksichtigt (Urteil BGer 4A_207/2015, E. 3.1). Hinsichtlich der Entschädigung wird bei teilweisem Obsiegen und Unterliegen nach der Praxis der ausserrhodischen Gerichte so

vorgegangen, dass die gegenseitigen Entschädigungspflichten einander in Bruchteilen gegenübergestellt und verrechnet werden; der überwiegend obsiegenden Partei wird dann eine Entschädigung im Umfang des Saldos aus der Bruchteilsverrechnung zugesprochen (vgl. *Dheden C. Zotsang*, a.a.O., S. 197).

Die Anwendung des Erfolgsprinzips kann zu unbilligen Resultaten führen. Art. 107 ZPO gibt dem Gericht deshalb die Möglichkeit, die Prozesskosten nach Ermessen zu verteilen. In den lit. a bis e von Art. 107 Abs. 1 ZPO werden beispielhaft Fälle einer potenziellen Kostenverlegung nach Ermessen aufgezählt. In Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO folgt eine Generalklausel. Zu beachten ist, dass Art. 107 Abs. 1 ZPO eine Kann-Vorschrift darstellt; insbesondere von der Generalklausel sollte nur mit äusserster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden (*Martin H. Sterchi*, in: *Zivilprozessordnung*, Berner Kommentar, Bern 2012, N 2 zu Art. 107).

Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO regelt den Fall der sog. Überklagung, d.h. wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war. Dabei gilt es, das Ausmass der Überklagung massgeblich zu berücksichtigen (*Dheden C. Zotsang*, a.a.O., S. 200). Nach der Generalklausel in Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO können die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden, wenn andere als in den lit. a bis e genannte besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen. Anwendungsfälle sind etwa ein offenkundiges ungleiches wirtschaftliches Kräfteverhältnis zwischen den Parteien, das Verhältnis zwischen Obsiegen und Vergleichsangebot oder der Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime (*Dheden C. Zotsang*, a.a.O., S. 210 ff.).

Ebenfalls vom Erfolgsprinzip wird mit der auf dem Verursacherprinzip basierenden Regelung in Art. 108 ZPO abgewichen: Danach hat unnötige Prozesskosten zu bezahlen, wer sie verursacht hat. Der Verursacher hat den unnötigen Aufwand unabhängig vom Prozessausgang zu tragen, d.h. auch dann, wenn er obsiegt (*Dheden C. Zotsang*, a.a.O., S. 218).

2.3 Die Beschwerdeführer machen u.a. geltend, die lange Verfahrensdauer sei grösstenteils von der Beschwerdegegnerin zu verantworten, weil sie meist mehrere Fristerstreckungsgesuche eingereicht und bei der Suche des Gutachters häufig Einwände eingelegt habe.

Es ist das Recht jeder Partei, um Erstreckung einer Frist nachzusuchen (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Die Verfahrensleitung hat solche Gesuche zu prüfen. Die Beschwerdeführer legen nicht dar, dass die von der Beschwerdegegnerin gestellten Gesuche wiederholt nicht bewilligt oder rechtsmissbräuchlich (vgl. Art. 52 ZPO) gestellt worden wären. Mithin ist kein prozessuales Verschulden erkennbar, das bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen wäre. Gleiches gilt hinsichtlich des von der Beschwerdegegnerin wahrgenommenen Rechts,

sich zu einem vom Gericht vorgeschlagenen Experten zu äussern (Art. 183 Abs. 1 2. Satz und Art. 183 Abs. 2 ZPO).

2.4 Die Vorinstanz ist unangefochten von einem Streitwert von Fr. 47'879.80 ausgegangen. Dabei entfielen Fr. 10'000.00 auf die Beseitigung der Mängel (Wassereintritt, Schimmel, Grösse des Gartens), Fr. 1'431.40 auf die Mietzinsherabsetzung wegen der Pfeifgeräusche, Fr. 34'110.00 auf die Mietzinsherabsetzung wegen der Mängel „Wassereintritt, Schimmel sowie Grösse des Gartens“ und Fr. 2'338.40 auf die Schadenersatzforderung (beschädigtes Kellergestell).

Zunächst ist festzustellen, dass die Schadenersatzforderung und die Forderungen unter den Themen „Grösse des Gartens“ und „Pfeifgeräusche“ keinen Zusammenhang mit dem Gutachten haben. Die Vorinstanz hat diese Forderungen abgewiesen; die Beschwerdeführer sind in diesen Punkten klar unterlegen. Ein Grund für ein Abweichen von der Kostenaufgabe gemäss dem Erfolgsprinzip besteht nicht und wurde auch von den Beschwerdeführern nicht geltend gemacht. Gleiches gilt bezüglich der Forderungen, die die Beschwerdeführer für die Zeit vor der am 16. bzw. 17. Januar 2012 erfolgten Mängelrüge gestellt haben. Hier hat die Vorinstanz die Forderungen nicht gestützt auf die Ergebnisse des Beweisverfahrens, sondern in Anwendung der einschlägigen Mietrechtsbestimmung (Art. 259d OR) abgewiesen.

Es bleibt das Hauptargument der Beschwerdeführer zu prüfen, die Grundsatfrage sei zu ihren Gunsten entschieden worden. Der Gutachter habe festgestellt, dass die Verantwortung für die gerügten Wassereintritte und die Schimmelbildung auf einen Bau- und Planungsfehler zurückzuführen und somit vollumfänglich der Beschwerdegegnerin anzulasten sei.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer war im vorliegenden Verfahren vom Gutachter nicht nur ein, sondern es waren zwei grundsätzliche Aspekte zu prüfen: Einerseits hatte er die Verantwortlichkeit für den Wassereintritt und die Schimmelbildung zu bestimmen. Und andererseits hatte er, was die Beschwerdeführer übersehen, auch zu ermitteln, ob der Keller nach den von der Beschwerdegegnerin getroffenen Massnahmen mängelfrei war. Dies geht zwar nicht aus der Beweisverfügung, hingegen aus der Fragestellung an den Gutachter hervor: Gemäss Frage 4 hatte der Gutachter zu klären, ob die bisher ergriffenen Massnahmen zur Vermeidung weiterer Schimmelbildung und/oder Wassereintritte ausreichend seien. Diese Frage war Folge des von der Beschwerdegegnerin im erstinstanzlichen Verfahren in der Klageantwort und an Schranken ausdrücklich eingenommenen Standpunktes, die baulichen Massnahmen und damit die Mängelbehebung seien spätestens am 10. Mai 2012 abgeschlossen gewesen; weitere bauliche Massnahmen seien nicht erforderlich und der jetzige Zustand garantiere einen mängelfreien Keller. Unerheblich dabei ist, dass die Beschwerdegegnerin einen von ihr zu verantwortenden Mangel bestritten hat; sie hat immerhin einen Missstand am eigenen Haus erkannt und zur Verhinderung von Schädigungen an der Bau-

substanz aus eigenem Interesse Massnahmen zu dessen definitiver Beseitigung getroffen.

Der Gutachter hat die Fragen klar beantwortet: Die Mängel hat er bauseits und damit im Verantwortungsbereich der Beschwerdegegnerin erkannt. Andererseits hat er festgestellt, dass die bisher ergriffenen Massnahmen zur Vermeidung weiterer Schimmelbildung und/oder Wassereintritte ausreichend seien.

Die Klageschrift der heutigen Beschwerdeführer datiert vom 22. Juni 2012. In jenem Zeitpunkt hatte die Beschwerdegegnerin die vom Gutachter als ausreichend erkannten Massnahmen bereits ausführen lassen (Erhöhung der Schwellen am 22. März 2012; Bohren der Lüftungslöcher am 30. April 2012; Entfernung des Schimmelpilzes am 10. Mai 2012). Anlässlich der Hauptverhandlung vor der ersten Instanz am 2. November 2012 erklärte der heutige Beschwerdeführer 1, seit dem 30. April 2012 sei es nicht mehr zu einem Wassereintritt gekommen und es sei kein neuer Schimmel entstanden. Trotzdem haben die Beschwerdeführer in ihren Rechtsbegehren in der Klageschrift und auch noch an Schranken einerseits die Behebung der Mängel und andererseits eine Mietzinsreduktion auch für die Zeit nach dem 10. Mai 2012 verlangt. Diese beiden Positionen beanspruchten zum einen den grössten Teil des auf Fr. 10'000.00 festgesetzten Streitbetrags unter dem Titel „Mängelbeseitigung“ und zum anderen den überwiegenden Teil der für die Mängel „Wassereintritt/Schimmel/Garten“ verlangten Mietzinsherabsetzung (Streitwert Fr. 34'110.00). In diesen Punkten hat die Vorinstanz die Klage abgewiesen. Es bleibt somit nur ein kleiner Teil der Klage, der grundsätzlich gutgeheissen wurde, nämlich derjenige unter dem Titel „Mietzinsherabsetzung Wassereintritt/Schimmel“ für den Zeitraum 16./17. Januar bis 10. Mai 2012. Die Beschwerdeführer haben für diese beiden Mängel und den eben genannten Zeitraum eine Mietzinsreduktion von etwas weniger als Fr. 1'200.00 gefordert (knapp 4 Monate à Fr. 303.00). Zugesprochen wurden ihnen Fr. 877.00. Mit anderen Worten: Ein grosser Teil der Klage basierte auf der Auffassung der Beschwerdeführer, das Mietobjekt habe auch nach dem 10. Mai 2012 Mängel aufgewiesen. Dieser Standpunkt wurde im Rahmen des Beweisverfahrens geprüft und als falsch erkannt.

Es ergibt sich somit, dass die Klage entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nur zu einem kleinen Teil grundsätzlich gutgeheissen wurde, im Übrigen aber von der Vorinstanz aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen abgewiesen werden musste. Diese Umstände rechtfertigen die Anwendung von Art. 107 ZPO nicht. Mithin ist das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen.

OGP, 28.12.2015