



Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Die von den Berufungsklägern gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde an das Bundesgericht hat dieses mit Entscheid vom 9. Oktober 2025 abgewiesen (5A_693/2024).

Urteil vom 27. August 2024

Mitwirkende	Obergerichtsvizepräsident M. Hüsler Oberrichter B. Oberholzer, Hp. Blaser, R. Breu Oberrichterin J. Lanker Obergerichtsschreiberin M. Epprecht
Verfahren Nr.	O1Z 23 1
Sitzungsort	Trogen
Berufungsklägerin 1 Klägerin	A.
Berufungskläger 2 Kläger	B. beide vertreten durch: RA AB.
Berufungsbeklagter Beklagter	C. vertreten durch: RA CC.
Gegenstand	Einräumung und Eintragung eines Notwegrechts Berufung gegen das Urteil des Kantonsgerichts ZA1 22 2 vom 21. April 2022

Rechtsbegehren

a) der Kläger und Berufungskläger:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstückes Nr. xxx, Grundbuch D., und zulasten der jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Nrn. xyx und xxyy, je Grundbuch D., ob der E. über die bestehende Zufahrt der Liegenschaft Nr. xxyy, dann über den F. und anschliessend mit zwei Fahrspuren über die Grundstücke Nr. xxyy und Nr. xyx, gemäss Situationsplan 1:500 vom 28. November 2020 ein 2.2 m breites ungehindertes und unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht einzuräumen bzw. die entsprechende Grundbuchanmeldung vorzunehmen.
2. Es sei die von den Klägern dem Beklagten für die Einräumung dieses Fuss- und Fahrwegrechtes geschuldete Entschädigungssumme gerichtlich festzusetzen.
3. Das Grundbuchamt sei gerichtlich anzuweisen, nach erfolgter Zahlung dieser gerichtlich festgesetzten Entschädigung, das ungehinderte und unbeschränkte Fuss- und Fahrwegrecht als Grunddienstbarkeit zugunsten des Grundstücks Nr. xxx, Grundbuch D., und zulasten der Grundstücke Nrn. xyx und xxyy, je Grundbuch D., im Grundbuch einzutragen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mwst.) zu Lasten des Beklagten.

im Berufungsverfahren:

1. Das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom 21. April 2022 (Verfahren ZA1 22 2) sei aufzuheben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstückes Nr. xxx, Grundbuch D. und zulasten der jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Nrn. xyx und xxyy, beide Grundbuch D., ab der E. über die bestehende Zufahrt der Liegenschaft Nr. xxyy, dann über den F. und anschliessend mit zwei Fahrspuren über die Grundstücke Nr. xxyy und Nr. xyx, gemäss Situationsplan 1:500 vom 28. November 2020 ein 2.2 m breites ungehindertes und unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht einzuräumen bzw. die entsprechende Grundbuchanmeldung vorzunehmen.
3. Eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, den Klägern zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Nr. xxx, Grundbuch D. und zulasten der jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Nrn. xyx und xxyy, beide Grundbuch D., ab der E. über die bestehende Zufahrt der Liegenschaft Nr. xxyy, dann über den F. ein ungehindertes und unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht mit zwei Fahrspuren einzuräumen und nach dem F. über die Grundstücke Nrn. xyx und xxyy eine Fahrspur breites unbeschränktes Fussrecht sowie ein beschränktes Fahrwegrecht (Nutzung mit geeigneten Fahrzeugen, nur bei trockener Witterung bzw. trockenem Boden und wenn es die Kulturen im Sommer zulassen [kein hochstehendes Gras] oder im Winter, wenn der Boden schneefrei, gefroren oder trocken ist) einzuräumen bzw. die entsprechende Grundbuch-anmeldung vorzunehmen

4. Es sei die von den Klägern dem Beklagten für die Einräumung des ungehinderten und unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrechtes bzw. des unbeschränkten Fuss- und beschränkten Fahrwegrechts geschuldete Entschädigungssumme festzusetzen.
5. Das Grundbuchamt sei gerichtlich anzuweisen, das ungehinderte und unbeschränkte Fuss- und Fahrwegrecht bzw. das unbeschränkte Fusswegrecht sowie das beschränkte Fahrwegrecht als Grunddienstbarkeit zugunsten des Grundstücks Nr. xxx, Grundbuch D., und zulasten der Grundstücke Nrn. xyx und xxyy, beide Grundbuch D., im Grundbuch einzutragen.
6. Subeventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Beurteilung des Anspruchs auf Einräumung eines Notweges an die Vorinstanz zurückzuweisen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) für beide Instanzen zu Lasten des Berufungsbeklagten.

b) des Beklagten und Berufungsbeklagten:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Die Klage sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der solidarisch haftenden Kläger 1 und 2.

im Berufungsverfahren:

1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Der Entscheid des Kantonsgerichts ZA1 22 2 vom 21. April 2022 sei zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der solidarisch haftenden Berufungskläger 1 und 2.

Sachverhalt

A. Übersicht

Die Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) sind Miteigentümer des Grundstücks Nr. xxx, Grundbuch D.. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Berufungsbeklagter) ist Grundeigentümer der Grundstücke Nr. xyx und Nr. xxyy, Grundbuch D.. Das Grundstück Nr. xxx der Berufungskläger liegt in der Landwirtschaftszone und wird durch das Grundstück Nr. xyx umschlossen; insofern handelt es sich beim Grundstück Nr. xxx um eine gefangene Parzelle.

[Grafik]

(Auszug Geoportal 02.05.2024)

Das Grundstück Nr. xxx verfügt derzeit über kein Fahrwegrecht zur öffentlichen Strasse. Es besteht jedoch zugunsten des Grundstücks Nr. xxx und zulasten der Grundstücke Nr. xyx und Nr. xxyy ein öffentliches Fusswegrecht (**roter Weg**; act. B 14/3/1). Zudem besteht ein Fussweg in westlicher Richtung über die Grundstücke Nr. xyx und Nr. xxyy zum Grundstück Nr. xzx (**grüner Weg**; act. B 14/3/1 und 14/3/3). In südlicher Richtung besteht ein öffentliches Fusswegrecht zu Lasten des Grundstücks Nr. xyx (act. B 14/3/1) sowie ein Fahrrecht zugunsten des Grundstücks Nr. xxx und zulasten des Grundstücks Nr. xyx, wobei sich gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 11. August 1952 das Fahrrecht im öffentlichen Fussweg erstreckt, beginnend beim Bächlein an der Grenze der Grundstücke Nr. xbx/xyx, östlich des Polygons Nr. xyz und verläuft längs des Waldrandes in nord/nordwestlicher Richtung bis an die Grenze des Grundstücks Nr. xxx (**blauer Weg**; act. B 14/3/1, act. 14/9/2 und 14/9/3).

[Grafik]

(Urteil Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden, ZA1 22 2, vom 21. April 2022, Erwägung 2.4.3)

B. Prozessgeschichte vor Kantonsgericht

Am 7. Dezember 2020 gelangten die Berufungskläger an das Vermittleramt Kreis 3. Da keine Einigung erfolgte, wurde am 10. Februar 2021 die Klagebewilligung erteilt (act. B 14/1). Am 5. Mai 2021 reichten die Berufungskläger Klage beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden ein (act. B 14/1). Das Verfahren wurde zunächst dem Einzelrichter in Zivilsachen zur Beurteilung zugewiesen (act. B 14/5: Verfahren Nr. ZE1 21 5). Die Klageantwort des Berufungsbeklagten datiert vom 23. Juni 2021 (act. B 14/8). Nach Durchführung eines Augenscheins am 31. August 2021 wurde gleichentags die Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter durchgeführt (act. B 14/12 und 13). Nach Einholung eines Gutachtens zur Frage des Streitwerts wurde mit Verfügung des Einzelrichters vom 25. März 2022 festgestellt, dass das Verfahren als ordentliches Verfahren unter der Verfahrens Nr. ZA1 22 2 weitergeführt und auf eine Wiederholung der Verhandlung (samt Augenschein) vom 31. August 2021 vor Schranken des Kantonsgerichts verzichtet wird (act. B 14/56). Am 21. April 2022 erging das Urteil des Kantonsgerichts und wurde am Folgetag den Parteien schriftlich im Dispositiv zugestellt (act. B 14/64). Mit

Eingabe vom 27. April 2022 verlangten die Berufungskläger eine schriftliche Urteilsbegründung (act. B 14/67); diese wurde am 21. November 2022 an die Parteien verschickt (act. B 14/71).

C. Urteil der Vorinstanz

Das Kantonsgericht, 1. Abteilung, wies im Urteil vom 21. April 2022 die Klage der Berufungskläger auf Einräumung und Eintragung eines Notwegrechts ab (act. B 3).

Auf die Begründung wird verwiesen. Soweit erforderlich, wird darauf in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

D. Schriftenwechsel im Berufungsverfahren

- a) Die Berufungskläger liessen gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung am 22. November 2022 erfolgte (act. B 14/72), mit Eingabe ihres Rechtsvertreters, AB., vom 4. Januar 2023 Berufung erklären (act. B 1).
- b) Mit Verfügung vom 23. Januar 2023 wurden die Berufungskläger verpflichtet, einen Vorschuss von je CHF 1'250.00 zu leisten (act. B 5). Dieser ging innert Frist am 27. Januar 2023 in Höhe von CHF 2'500.00 bei der Gerichtskasse ein (act. B 6).
- c) Die Berufungsantwort des Berufungsbeklagten datiert vom 17. März 2023 (act. B 8).
- d) Mit Verfügung vom 23. März 2023 wurde den Parteien mitgeteilt, dass kein zweiter Schriftenwechsel und keine mündliche Verhandlung angeordnet werden (act. B 10).
- e) Mit Eingabe vom 12. Mai 2023 nahm der Rechtsvertreter der Berufungskläger das rechtliche Gehör wahr (act. B 13).

Auf die Ausführungen in den oben erwähnten Schriftstücken wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Formelles

1.1 Zuständigkeit

Die Vorinstanz hat die örtliche und sachliche Zuständigkeit mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann, bejaht (act. B 3, Erwägung 1.1). Davon ist auch im Berufungsverfahren auszugehen. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 lit. b des Justizgesetzes vom 13. September 2010 (JG, bGS 145.31).

1.2 Streitwert

Angefochten ist ein erstinstanzlicher Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO, SR 272]). Der Streitwert betreffend einen Notwegrechtsprozess bestimmt sich nach denselben Grundsätzen, wie der Streitwert beim Streit um das Bestehen einer Dienstbarkeit. Es sind alternativ die Vorteile des herrschenden oder die Nachteile des dienenden Grundstücks massgebend (Urteil des Bundesgerichts 5A_670/2019 vom 10. Februar 2020 E. 1.2). Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert unter Hinweis auf die von ihr eingeholte summarische Expertise und unter Berücksichtigung des klägerischen Rechtsbegehrens beziehungsweise der geltend gemachten Strassenplanungs- und Strassenbaukosten mit CHF 35'000.00 (act. B 3, Erwägung 1.2). In der Berufung bekräftigten die Berufungskläger diese Streitwertangabe (act. B 1, S. 3). Diese blieb grundsätzlich auch von Seiten des Berufungsbeklagten unwidersprochen unter Vorbehalt, wonach bei Bestehen eines Fahrwegrechts ohne bauliche Massnahmen von einem wesentlich höheren Streitwert gemäss Gutachten auszugehen sei (act. B 8, S. 4). Damit beträgt der Streitwert offensichtlich mehr als CHF 10'000.00, womit der für die Berufung erforderliche Streitwert erreicht ist (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Die übrigen formellen Voraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 145 Abs. 1 lit. c und Art. 311 Abs. 2 ZPO; vgl. act. B 1) und der auferlegte Kostenvorschuss wurde geleistet (Art. 98 ZPO; act. B 6). Auf die Berufung ist einzutreten.

1.3 Berufungsgründe

Das Berufungsverfahren ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt mithin über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen. Sie hat sich abgesehen von offensichtlichen Mängeln grundsätzlich auf die Beurteilung der in der

schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4).

1.4 Noven

Neue Tatsachen und Beweismittel können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO und längstens bis zum Beginn der Phase der Urteilsberatung berücksichtigt werden (BGE 142 III 413 E. 2.2). Die Zulässigkeit des Vorbringens von neuen Tatsachen und/oder Beweismitteln (Noven) hat die Berufungsinstanz grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen, wobei der Entscheid über die Zulassung eines Novums in der Regel mit dem Endentscheid der Berufungsinstanz erfolgt (Art. 57 ZPO; REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, N. 26f. zu Art. 317 ZPO).

Der von den Berufungsklägern erhobenen Rüge der unzulässigen Noven ist entgegenzuhalten, dass die mit der Berufungsantwort vom Berufungsbeklagten eingereichten Unterlagen mehrheitlich Akten betrifft, die gerichtsnotorisch sind (act. B 9/19, 20 und 22). Einzig das eingereichte E-Mail vom 22. Juni 2022 (act. B 9/21) wurde als wirkliches Novum vorgebracht, jedoch wurde es im Rahmen der Berufungsantwort und damit "ohne Verzug" vorgetragen (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

1.5 Eventualbegehren

Mit ihrer Berufung vom 4. Januar 2023 verlangen die Berufungskläger die Aufhebung des angefochtenen Urteils der Vorinstanz (Rechtsbegehren Ziff. 1) sowie – identisch zum vorinstanzlichen Rechtsbegehren 1 – die Einräumung eines 2.2 m breiten ungehinderten und unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrechts (Rechtsbegehren Ziff. 2). Neu verlangen die Berufungskläger als Eventualantrag die Einräumung eines ungehinderten und unbeschränkten Fuss- und Fahrwegrechts mit zwei Fahrspuren ab der E. über die bestehende Zufahrt der Liegenschaft Nr. xxyy, dann über den F. und nach dem F. über die Grundstücke Nr. xyx und Nr. xxyy eine Fahrspur breites unbeschränktes Fussrecht sowie ein beschränktes Fahrwegrecht (Rechtsbegehren Ziff. 3). Ferner verlangen sie die Guttheissung ihrer gegenüber der Klage

modifizierten Rechtsbegehren Ziff. 4 und 5 und subeventualiter die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (Rechtsbegehren Ziff. 6).

Eine Klageänderung bedeutet eine inhaltliche Änderung der Klage, wie etwa die Erweiterung des Rechtsbegehrens oder die Zugrundelegung eines anderen Lebensvorganges. Insbesondere Änderungen oder Erweiterungen des Rechtsbegehrens bzw. die Stellung zusätzlicher Rechtsbegehren führen zu einer Klageänderung (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 71 zu Art. 317 ZPO; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1374; LAURENT KILIAS, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N. 7 zu Art. 227 ZPO). Im Berufungsverfahren ist nach Art. 317 Abs. 2 ZPO eine Klageänderung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO (gleiche Verfahrensart; sachlicher Zusammenhang oder Zustimmung der Gegenpartei) gegeben sind und sie zudem auf (ihrerseits zulässigen) neuen Tatsachen und/oder Beweismitteln beruht (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 81, 82 und 86 zu Art. 317 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N. 11 zu Art. 317 ZPO). Mit dem zweiten Kriterium wird zum Ausdruck gebracht, dass sich die Klageänderung aufgrund neuer Tatsachen und/oder Beweismitteln ergeben haben und mit diesen begründet werden muss, was einen entsprechenden Kausalzusammenhang voraussetzt (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 86 zu Art. 317 ZPO). Die Berufungsinstanz hat von Amtes wegen über die Zulassung der Klageänderung zu entscheiden (REETZ/HILBER, a.a.O., N. 77 zu Art. 317 ZPO; BENEDIKT SEILER, a.a.O., Rz. 1417).

Keine Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO stellt demgegenüber die bloss Beschränkung des bisherigen (erstinstanzlichen) Rechtsbegehrens dar (Urteile des Bundesgerichts 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.2.1; 5A_184/2013 vom 26. April 2013 E. 3.2). Derjenige Teil, auf welchen die Klage beschränkt wird, ist nämlich bereits im ursprünglichen Begehren mitenthalten, weshalb mit dem Teilrückzug nichts in den Prozess eingeführt wird, was nicht schon rechtshängig wäre (BENEDIKT SEILER, a.a.O., Rz. 1375; vgl. auch MARTIN H. STERCHI, a.a.O., N. 13 zu Art. 317 ZPO; REETZ/HILBER, a.a.O., N. 71 zu Art. 317 ZPO).

Die Berufungskläger habe ihre Anträge im Berufungsverfahren gegenüber ihrem ursprünglichen Klagebegehren geändert (vgl. Rechtsbegehren). In Bezug auf den Eventualantrag – bis über den F. ein ungehindertes und unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht und nach dem F. eine Fahrspur breites unbeschränktes Fussrecht sowie ein beschränktes Fahrwegrecht – handelt es sich um eine quantitative Einschränkung des bisherigen Rechtsbegehrens, welche auch im Berufungsverfahren zulässig ist. Beim Subeventualbegehren handelt es sich hingegen um einen gänzlich neuen Antrag – Rückweisung der Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz – und insofern um eine Klageänderung, wobei deren Zulässigkeit aufgrund der Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids offenbleiben kann (vgl. Erwägung 2.8).

2. Materielles

Die Berufungskläger bezwecken mit dem vorliegenden Zivilverfahren die Einräumung eines Fuss- und Fahrwegrechts zugunsten ihrer Liegenschaft Nr. xxx durch den Eigentümer der Nachbarparzellen Nr. xyx und Nr. xxyy.

2.1

In der Berufung werfen die Berufungskläger der Vorinstanz zunächst eine falsche Sachverhaltsfeststellung vor.

Die Berufungskläger bringen in diesem Zusammenhang vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich falsch festgestellt, wenn sie davon ausgehe, dass auf der gesamten Länge von der G. bis zu ihrem Grundstück Nr. xxx eine Zufahrt neu zu erstellen wäre (act. B 1, S. 20). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Berufungskläger in der Berufung die von ihr favorisierte Zufahrt über die Grundstücke Nr. xyx und Nr. xxyy in verschiedene Abschnitte (I-III) unterteilen und bezogen auf die einzelnen Abschnitte monieren, die Vorinstanz habe nicht erklärt, weshalb betreffend der einzelnen Abschnitte das beantragte Fuss- und teilweise Fahrwegrecht nicht eingeräumt werde (act. B 1, S. 20ff.). Diese abschnittsbezogenen Rügen wurden in der Berufung erhoben, weshalb die Rüge der falschen Sachverhaltsfeststellung an die Adresse der Vorinstanz schon allein deshalb fraglich erscheint. Im Übrigen hat die Vorinstanz keineswegs verkannt, dass ab der G. zum Grundstück Nr. xxyy bereits eine (teilweise) befestigte Zufahrt besteht (act. B 3, Erwägung 2.4.3). Ebenso wenig hat die Vorinstanz übersehen, dass das Grundstück Nr. xxx über ein Fahrwegrecht sowie einen öffentlichen Fussweg in südlicher Richtung verfügt, wobei das Fahrwegrecht nicht auf eine öffentliche Strasse führt (act. B 3, Erwägung 2.4.3, blauer Weg; vgl. act. B 13, S. 3). Die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz betreffend Erschliessung der Liegenschaft der Berufungskläger ist korrekt (act. B 3, Erwägung 2.4.3; vgl. act. B 1, S. 12 und act. B 8, S. 3). Mit der Beanstandung, die Vorinstanz habe die aktuellen Gegebenheiten bei der Beurteilung der Rechtsbegehren der Berufungskläger nicht beachtet, rügen die Berufungskläger eine Nichtberücksichtigung ihrer Argumente und keine falsche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz (act. B 13, S. 18).

Weiter machen die Berufungskläger geltend, die Feststellung der Vorinstanz zum Kulturschaden auf dem Grundstück Nr. xyx sei falsch. Die Humusschicht fehle auf den Fotos, weil sie mit Hilfe des Baggers entfernt worden sei (act. B 1, S. 24). Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, es könne dem belasteten Grundstück Nr. xyx nicht zugemutet werden, dass der Zugang zur Liegenschaft Nr. xxx mit Motorfahrzeugen über die unbefestigte Wiese führe, da diese so leicht Schaden nehme (act. B 3, S. 17 unten). Ob sich die Vorinstanz bei ihrer Feststellung auf die im Recht liegenden Fotos betreffend die Bauarbeiten auf dem Grundstück Nr. xxx bezieht (vgl. act. B 14/15/10), muss mangels entsprechendem Aktenhinweis offen bleiben. Daher bleibt

offen, ob tatsächlich eine falsche Sachverhaltsdarstellung erfolgte, jedoch werden die Ausführungen der Berufungskläger über die vorgängige Abhumusierung der Wiese während der Zufahrt zur Baustelle zur Kenntnis genommen.

2.2

Weiter werfen die Berufungskläger der Vorinstanz in Bezug auf Art. 694 Abs. 1 ZGB eine falsche Rechtsanwendung vor.

2.2.1

Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid aus, dass sich die bestimmungsgemässe Nutzung der Liegenschaft der Berufungskläger an der gegenwärtigen Nutzung der Parzelle Nr. xxx als Wohnliegenschaft orientiere (act. B 3, Erwägung 2.4.2). Die Liegenschaft sei nur zu Fuss erreichbar und es bestehe keine befahrbare Verbindung zur öffentlichen Strasse. Es beständen drei Fusswege von Osten (roter Weg), von Westen (grüner Weg) und von Süden (blauer Weg) und ein Fahrwegrecht in südlicher Richtung zulasten der Liegenschaft Nr. yxy, wobei dieses Fahrwegrecht nicht bis hin zur öffentlichen Strasse führe (act. B 3, Erwägung 2.4.3). Die Liegenschaft der Berufungskläger befinde sich im für den Kanton Appenzell Ausserrhoden typischen Streusiedlungsgebiet, konkret ausserhalb des Ortskerns von D.. Bei einer solchen Lage ausserhalb der Bauzone bestehe nicht in jedem Fall Anspruch darauf, die letzten Meter bis zum Haus fahren zu dürfen. Gestützt auf den Baubewilligungsentscheid der Baubewilligungskommission D. vom 20. Juni 2016 sowie dem Bauermittlungsentscheid des Amts für Raum und Wald vom 28. Mai 2020 gelte die Liegenschaft der Berufungskläger zumindest in öffentlich-rechtlicher Hinsicht als hinreichend erschlossen. Eine einen Notweg beanspruchende klägerische Partei müsse das Vorliegen eines positiven Bauermittlungsentscheids für die Zusprennung eines zivilrechtlichen Notwegrechts nachweisen. Das Amt für Raum und Wald habe im Bauermittlungsentscheid vom 28. Mai 2020 befunden, dass für die beiden von den Berufungsklägern vorgelegten Wegvarianten keine Erschliessung in Aussicht gestellt werden könne. Die Berufungskläger hätten daher für eine im Vergleich zur letzten Bauermittlung veränderte Weg- beziehungsweise Bauausführung ein neues Bauermittlungsverfahren durchführen lassen müssen. Mangels durchgeführtem Bauermittlungsverfahren fehle es an der verlangten öffentlich-rechtlichen Grundlage für die Einräumung des zivilrechtlichen Notwegrechts (act. B 3, Erwägung 2.5).

2.2.2

Die Berufungskläger sind zusammenfassend der Ansicht, dass sich aus BGE 117 II 35 ergebe, dass der Kläger vor der Geltendmachung eines Notwegrechts die öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten zu prüfen und auszuschöpfen habe. Vorliegend habe der Bauermittlungsentscheid, welcher lediglich eine erste Einschätzung darstelle, ergeben, dass aus öffentlich-rechtlicher Sicht

kein Bedarf für eine weitergehende Erschliessung des Grundstücks Nr. xxx der Berufungskläger bestehe, weshalb aus öffentlich-rechtlicher Sicht keine weitergehende Erschliessung bewilligt werde. Die Baubewilligung sei ihnen im Jahr 2016 erteilt worden, weil der Berufungsbeklagte ihnen für die Zeit der Bauarbeiten die Zufahrt mit Motorfahrzeugen über seine Grundstücke Nr. xyx und Nr. xxyy eingeräumt habe. Der Unterhalt und die Instandsetzung ihres Grundstücks Nr. xxx inklusive Wohnhaus sei nur realisierbar, wenn eine Zufahrt mit einem Motorfahrzeug möglich sei, was nur mit Einräumung eines entsprechenden Notwegrechts geschehe (act. B 1, S. 15f.). Nach öffentlichem Recht gelte in der Landwirtschaftszone keine Erschliessungspflicht seitens des Gemeinwesens, jedoch könnten auch Bauten im appenzellischen Streusiedlungsgebiet heute grundsätzlich eine allgemeine Zufahrt mit Motorfahrzeug beanspruchen. Eine zivilrechtliche Wegenot könne auch dann vorliegen, wenn aus öffentlich-rechtlicher Sicht die Erschliessung hinreichend sei und daher keine Baubewilligung für eine weitergehende Erschliessung erteilt werde. Ob eine Zufahrt im vorliegenden Fall aus öffentlich-rechtlicher Sicht zu bewilligen sei oder nicht, könne erst im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens geprüft werden, welches wiederum voraussetze, dass die Berufungskläger – mangels Erschliessungspflicht des Gemeinwesens – über das entsprechende Notwegrecht verfügten (act. B 1, S. 16f.). Art. 694 ZGB finde nur Anwendung, wenn sich eine Erschliessung auf dem öffentlichen-rechtlichen Weg nicht erwirken beziehungsweise durchsetzen lasse (act. B 1, S. 18). Eine Mitbenutzung einer bereits bestehenden Zufahrt – ab G. bis zum Grundstück Nr. xxyy – bedürfe keiner Baubewilligung. Gemäss Dienstbarkeitsvertrag vom 11. August 1952 bestehe ein öffentliches Fusswegrecht sowie ein privatrechtliches Fahrwegrecht. Daher sei nicht ersichtlich, weshalb kein privatrechtliches Fusswegrecht eingeräumt werden können sollte und weshalb es diesbezüglich eines Bauermittlungsverfahrens bedürfe. Darüber hinaus sei nicht festgelegt worden, dass das öffentliche Fusswegrecht sowie das privatrechtliche Fahrwegrecht auf eine bestimmte Breite beschränkt worden sei. Die Vorinstanz habe die Frage des Vorliegens einer Wegenot zu Unrecht nicht abschliessend geprüft (act. B 1, S. 20). Ferner sei festzuhalten, dass eine unbefestigte Liegenschaftszufahrt aus öffentlich-rechtlicher Sicht keiner Baubewilligung bedürfe. Der zulasten der Grundstücke Nr. xxyy und Nr. xyx bestehende öffentliche Fussweg könne mindestens mit einer Fahrspur (ohne bauliche Massnahmen) versehen werden, damit mit geländetauglichen Fahrzeugen bei passender Witterung zum Grundstück Nr. xxx der Berufungskläger zugefahren werden könne. Angesichts des bereits bestehenden öffentlichen Fussweges könne der Zugang zur Liegenschaft Nr. xxx mit Motorfahrzeugen nicht als unzumutbar bezeichnet werden (act. B 1, S. 22f.). Ergänzend liessen die Berufungskläger ausführen, es sei unzutreffend, dass ihr Grundstück Nr. xxx durch drei öffentliche Fusswege erschlossen sei. Der blau markierte Fussweg führe nur bis zum Grundstück Nr. xdxz und damit nicht zur G.. Ferner würden der blaue und grüne Weg nicht unterhalten und letzterer sei zudem durch einen Wolfszaun teilweise mehrfach versperrt (act. B 13, S. 3). Art. 694 ZGB setze nicht voraus, dass der sich auf Art. 694 ZGB berufende Grundeigentümer Kenntnis davon gehabt habe,

dass sein Grundstück über keinen genügenden Weg auf die öffentliche Strasse verfüge. Vorausgesetzt sei einzig und allein die Wegenot. Der Berufungskläger habe anlässlich des Augenscheins ausgeführt, dass das strittige Bauvorhaben weder die Erstellung einer Zufahrt noch die Erstellung einer Garage vorsehe, wobei sich diese Aussage allein auf das strittige Bauvorhaben, nicht aber auf künftige Umstände bezogen habe. Durch den Entzug des Einverständnisses zur Nutzung des Zufahrtsbereichs durch den Berufungsbeklagten sei die Wegenot für das Grundstück Nr. xxx entstanden (act. B 13, S. 4f.). Den Berufungsklägern sei ihre Notlage nicht selbst zuzuschreiben aufgrund des Umstandes, dass es zum Zeitpunkt der Verwirklichung des Bauvorhabens andere Möglichkeiten zur Beheizung des Wohnhauses gegeben habe. Von einem Rechtsmissbrauch seitens der Berufungskläger könne entsprechend keine Rede sein. Zudem sei der vorliegende Fall nicht mit BGE 136 III 130 E. 5.4.3 vergleichbar (act. B 13, S. 11). Für die Zufahrt, welche bis zum Verbot durch den Berufungsbeklagten seit je her über die bestehende Zufahrtsstrasse sowie die Grundstücke Nr. xyx und Nr. xxyy erfolgt sei, bestehe aus öffentlich-rechtlicher Sicht eine Bestandesgarantie, was im Rahmen des Bauermittlungsentscheids in Bezug auf die Linienführung betreffend den beantragten Notweg unberücksichtigt geblieben sei (act. B 13, S. 13). Die Berufungskläger seien nicht verpflichtet gewesen, ein zweites Bauermittlungsverfahren durchführen zu lassen (act. B 13, S. 15).

2.3

Hat ein Grundeigentümer keinen genügenden Weg von seinem Grundstück auf eine öffentliche Strasse, so kann er gemäss Art. 694 Abs. 1 ZGB beanspruchen, dass ihm die Nachbarn gegen volle Entschädigung einen Notweg einräumen. Das Notwegerecht bedeutet wie andere mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen (z.B. Durchleitungen, Notbrunnen u.ä.) eine "privatrechtliche Enteignung". Das Bundesgericht hat die Gewährung eines Notwegrechts deshalb von strengen Voraussetzungen abhängig gemacht. Es hat aus der Entstehungsgeschichte des Art. 694 ZGB abgeleitet, dass der nachbarrechtliche Anspruch auf die Gewährung eines Wegrechts nur in einer eigentlichen Notlage geltend gemacht werden kann. Eine Wegenot liegt vor, wenn einem Grundeigentümer die zur bestimmungsgemässen Benutzung seines Grundstücks erforderliche Verbindung zur öffentlichen Strasse überhaupt fehlt oder der vorhandene Weg sich als ungenügend erweist (BGE 136 III 130 E. 3.1 mit mehreren Hinweisen).

2.3.1

Aus öffentlichem Recht, namentlich aus dem Raumplanungsgesetz (RPG, SR 700) ergibt sich, welches die bestimmungsgemässe Nutzung eines Grundstücks ist (Urteile des Bundesgerichts 5A_670/2019 vom 10. Februar 2020; 5A_713/2017 vom 7. Juni 2018 E. 2.1.2, beide mit Hinweis auf BGE 136 III 130 E. 3.2). Liegt das Land in der Bauzone, so ist das Erstellen eines Wohnhauses eine bestimmungsgemässe Nutzung. Nach heutiger Auffassung hat ein Grundeigentümer in einem Gebiet, wo Wohn- oder Ferienhäuser stehen, grundsätzlich Anspruch

auf eine allgemeine Zufahrt zu seinem Grundstück mit einem Motorfahrzeug, sofern die topografischen Verhältnisse eine solche überhaupt zulassen (Urteil des Bundesgerichts 5A_670/2019 vom 10. Februar 2020 E. 4.1; BGE 136 III 130 E. 3.3.3).

2.3.2

Das Zivilgericht hat über alle weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Einräumung eines Notweges zu entscheiden (BGE 136 III 130 E. 3.2 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5C.91/2005 vom 11. Oktober 2005 E. 1.1). So über die weitere Abgrenzungsfrage, ob ein nach öffentlichem Recht erschlossenes Grundstück an einer Wegenot im Sinne von Art. 694 ZGB leiden kann (BGE 136 III 130 E. 3.3). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es, wenn eine Zufahrtsstrasse hinreichend nahe an die Gebäude und Anlagen heranführt, wobei es genügt, wenn die Nutzer des Grundstücks mit dem Motorfahrzeug oder einem öffentlichen Verkehrsmittel in hinreichende Nähe gelangen und von dort über einen Weg zum Gebäude gehen können (BGE 136 III 130 E. 3.3.2). Der Begriff des Notweges im Sinne von Art. 694 ZGB ist als solcher des Bundesprivatrechts in der ganzen Schweiz nach einheitlichen Gesichtspunkten auszulegen. Aus der Unabhängigkeit folgt, dass ein Notweg nicht gewährt werden kann, um die regelmässig weitergehenden Anforderungen des öffentlichen Rechts an eine hinreichende Zufahrt zu erfüllen (BGE 136 III 130 E. 3.3.3). Die Gegenüberstellung der Anforderungen an die hinreichende Zufahrt im öffentlichen Recht und an den privatrechtlichen Notweg zeigt, dass in der Regel eine Wegenot im Sinne von Art. 694 ZGB zu verneinen ist, wo eine öffentlich-rechtliche Erschliessung besteht. Im Notwegrechtsprozess kann das Zivilgericht grundsätzlich auf die rechtskräftige Baubewilligung abstellen. Vorbehalten bleibt der Nachweis, dass das Zivilrecht ausnahmsweise einen weitergehenden Anspruch vermittelt als das öffentliche Recht (BGE 136 III 130 E. 3.3.4). Die rechtskräftige Feststellung, dass nach öffentlichem Recht eine hinreichende Zufahrt zu einem Grundstück besteht, ist Ausgangspunkt der gerichtlichen Beurteilung der Wegenot im Sinne von Art. 694 ZGB. Das Zivilgericht hat in solchen Fällen nur zu prüfen, ob auf Grund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls die privatrechtlich definierte Wegenot beseitigt ist oder nicht (BGE 136 III 130 E. 3.3.5).

2.4

Das Grundstück Nr. xxx der Berufungskläger befindet sich unbestrittenermassen (vgl. act. 14/9/7, S. 2; act. 14/1, S. 5 und act. 14/8, S. 2) in der Landwirtschaftszone ausserhalb der Ortschaft D.. Es liegt fernab von Wohngebieten in abgeschiedener Lage, wobei das Grundstück trotz sich in der Umgebung befindender weiterer verstreuter Bauten nicht in einer Weilerzone liegt und nicht im Streusiedlungsgebiet. Eine Zufahrt für Personenwagen zum Grundstück, d.h. ein bereits – durchgängig – befestigter und befahrbarer Weg, besteht nicht (vgl. zum Ganzen: Urteile des Bundesgerichts 5C.142/2003 vom 28. März 2003 E. 2.4; 5A_713/2017 vom 7. Juni 2018 E. 1.3.2; BGE 107 II 323 E. 2; Art. 33a des kantonalen Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht

(Baugesetz, bGS 721.1)). Die Eltern des Berufungsklägers erwarben 1987 das Grundstück und aus dem damaligen Kaufvertrag ergibt sich, dass das Grundstück als "Wohnhaus mit Anbau, Hofraum, Garten und Wege" bezeichnet wurde (act. 14/3/4). Im Baugesuch vom Dezember 2015 beantragten die Berufungskläger den Ausbau eines Teils der Scheune zu Wohnzwecken sowie den Umbau des Wohnhausteils zwecks Instandstellung und Nutzung des Wohnhauses (act. 14/9/5 und 6). Die Baubewilligungskommission D. bewilligte mit Bau- und Einspracheentscheid vom 20. Juni 2016 im Rahmen der Bestandesgarantie gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG das Bauvorhaben, da grundsätzlich keine Nutzungsänderung beziehungsweise -steigerung vorliege. Sie erklärte, dass die Wohnbaute bereits bewohnt gewesen sei, hielt aber fest, dass es sich um eine zonenfremd genutzte Liegenschaft handle (act. B 14/9/6; ebenso act. 14/9/7, S. 1).

Die Berufungskläger sind – soweit ersichtlich aus den Akten – nicht beruflich in der Landwirtschaft tätig, bewohnen jedoch die Liegenschaft Nr. xxx in der Landwirtschaftszone. Das Bewohnen einer in der Landwirtschaftszone gelegenen Liegenschaft durch landwirtschaftsfremde Personen ist nicht zonenkonform und folglich nicht bestimmungsgemäss im Sinne von Art. 694 ZGB (Urteil des Bundesgerichts 5A_713/2017 vom 7. Juni 2018 E. 2.4.1 unter Hinweis auf BGE 112 Ib 259 E. 2a, 125 III 175 E. 2b). Auch aus der Bestandesgarantie können die Berufungskläger keinen Anspruch auf eine befahrbare Zufahrt bzw. auf eine zeitgemässe Erschliessung zu ihrem zonenwidrig genutzten Wohnhaus in der Landwirtschaftszone ableiten (Urteile des Bundesgerichts 5A_713/2017 vom 7. Juni 2018 E. 2.4.1 unter Hinweis auf 1A.256/2004 vom 31. August 2005 E. 4-5)

Somit können die Berufungskläger mangels bestimmungsgemässer Nutzung der Liegenschaft Nr. xxx keine Wegenot im Sinne von Art. 694 Abs. 1 ZGB geltend machen und die Berufung ist bereits aus diesem Grund, mithin aus öffentlichem Recht, abzuweisen. Letztlich kann die Frage der bestimmungsgemässen Nutzung jedoch offen bleiben, da die Berufung auch aus den nachfolgenden Erwägungen abzuweisen ist.

2.5

Grundsätzlich scheint unbestritten zu sein, dass die Liegenschaft der Berufungskläger in öffentlich-rechtlicher Hinsicht als hinreichend erschlossen gilt. Die Baubewilligungskommission D. hat im Baubewilligungsentscheid vom 20. Juni 2016 unter Hinweis auf Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG beziehungsweise Art. 95 Abs. 3 Baugesetz festgestellt, dass mit dem öffentlichen Fussweg – die Erschliessung der Parzelle erfolgt über das bestehende öffentliche Fusswegerecht ab der G. über die Parzellen Nr. xyx respektive Nr. xxyy (Fusswegerschliessung) – die Parzelle für die bestehende und gleichbleibende zukünftige Nutzung bereits genügend erschlossen sei. Eine strassenmässige Erschliessung bestehe nicht, jedoch sei zugunsten der Parzelle Nr. xxx gemäss Grundbuchauszug ein Fahrrecht zulasten der Parzelle Nr. xyx bis zur Parzelle Nr. xbx vorhanden.

Die heutige Erschliessungssituation mit dem öffentlichen Fussweg sei für das Bauvorhaben respektive für die vorgesehene Nutzung ausreichend (act. B 14/9/6). Somit wurde – entgegen der von den Berufungsklägern zumindest sinngemäss vorgebrachten Ansicht (act. B 1, S. 15f.) – die Baubewilligung nicht von der Erteilung einer Notdurchfahrt für die Zeit der Bauarbeiten zur Parzelle Nr. xxx abhängig gemacht. Aus der Gewährung dieses Rechts durch den Berufungsbeklagten ausschliesslich während der Bauzeit können die Berufungskläger sodann nichts zu ihren Gunsten ableiten. Im Bauermittlungsentscheid des Amts für Raum und Wald vom 28. Mai 2020 wurde hinsichtlich der aktuellen Erschliessungssituation ebenfalls festgestellt, dass die Liegenschaft nicht über eine Zufahrtsmöglichkeit verfüge. Fahrzeuge der Berufungskläger würden auf dem Grundstück Nr. xdz abgestellt und von dort aus existiere ein rund 180m langer Fussweg mit einer Höhendifferenz von 35 m. Damit gelte das Haus grundsätzlich als ausreichend erschlossen. Der Zweck der beiden Varianten der Erschliessungsstrasse bestehe in erster Linie darin, erstmals eine permanente Zufahrts-möglichkeit für Fahrzeuge zur Wohnbaute in der Landwirtschaftszone zu gewährleisten. Das Haus und der zu diesem führende Fussweg geniesse Bestandesgarantie. Daraus könne aber kein Anspruch auf eine befahrbare Zufahrt beziehungsweise auf eine zeitgemässe Erschliessung abgeleitet werden. In Bezug auf die zwei Erschliessungsvarianten – Neuerschliessung aus östlicher Richtung entlang der Südgrenze der Parzelle Nr. xxyy und Neuerschliessung aus nördlicher Richtung – wurde erklärt, dass angesichts der grundsätzlich ausreichenden Erschliessung keine raumplanerische Bewilligung für die beiden Erschliessungsvarianten in Aussicht gestellt werden könne (act. 14/9/7). Vorbehalten bleibt somit der Nachweis, dass das Zivilrecht ausnahmsweise einen weitergehenden Anspruch vermittelt als das öffentliche Recht (vgl. Erwägung 2.3.2 mit Hinweis auf BGE 136 III 130 E. 3.3.4 und E. 3.3.5).

2.5.1

Die Berufungskläger machen in diesem Zusammenhang unter anderem geltend, dass die Zufahrt mit einem Motorfahrzeug und damit die Einräumung eines Notwegrechts für den Unterhalt – Transport von Brennholz, Wartung von Rasenmäher und Schneefräse etc. – und Instandsetzung des Grundstück Nr. xxx inklusive Wohnhaus notwendig sei (act. B 1, S. 16). Eine Änderung der Verhältnisse kann zur Entstehung eines bisher nicht vorhandenen Notwegrechts nur Anlass geben, sofern sie auf objektiven Gründen beruht und nicht einfach auf persönlichen Wünschen oder Liebhabereien des Eigentümers beruht (BGE 107 II 323 E. 3 mit Hinweis u.a. auf BGE 85 II 397 E. 1a). Das Baugesuchsverfahren 2016 beinhaltete nebst dem Umbau und Sanierung des Wohnhauses, den Abbruch und Wiederaufbau des Scheunenteils auch den Ersatz der Heizung respektive des Kachelofens (act. 14/9/6). Gemäss Einspracheverhandlung wurden den Berufungsklägern während der Bauzeit die Notdurchfahrt zur Parzelle Nr. xxx gewährt. Der Berufungskläger erläuterte, es werde keine neue Zufahrt oder Garage geplant. Es bestehe ein öffentlicher Fussweg, welcher die involvierten Parzellen fussläufig erschliesse, und die Parzelle sei entsprechend erschlossen (act. 14/9/5). Ob im konkreten Fall überhaupt eine

Benutzungsänderung der Hausliegenschaft und insofern eine Änderung der Verhältnisse vorliegt, erscheint fraglich, da die Berufungskläger seit jeher eine Nutzung als Wohnhaus geltend machen (act. 14/1, S. 7). Entspricht die gewählte Nutzungsart indessen nicht der wirtschaftlichen Bestimmung, die dem Grundstück aufgrund der gesamten örtlichen Verhältnisse zukommt, so kann allein aufgrund der persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers kein Notwegrecht abgeleitet werden. Ein solches kann sich immer nur aus der bestimmungsgemässen Benutzung eines Grundstücks ergeben (BGE 107 II 323 E. 3; vgl. auch Erwägung 2.3.1). Vor diesem Hintergrund können die Berufungskläger, welche im Wissen um ein fehlendes Zufahrtsrecht ihr Grundstück instandsetzten und in Bezug auf den Unterhalt eine Wahl für den Ersatz der bisherigen Heizung trafen, kein Notwegrecht gegenüber dem Berufungsbeklagten geltend machen.

2.5.2

Bei der Prüfung eines weitergehenden Anspruchs nach dem Zivilrecht ist auch Art. 2 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigen, wonach der offensichtliche Missbrauch eines Rechts nicht durch das Gesetz geschützt wird. Dieser Grundsatz ermöglicht es, die Auswirkungen des Gesetzes in bestimmten Fällen zu korrigieren, in denen die Ausübung eines Rechts eine offensichtliche Ungerechtigkeit verursachen würde. Das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs ist anhand der konkreten ausschlaggebenden Umständen zu beurteilen, wobei Rechtsmissbrauch nur eingeschränkt zulässig ist. Typische Fälle sind das Fehlen eines Interesses an der Ausübung eines Rechts, die zweckwidrige Inanspruchnahme eines Rechtsinstituts, ein offensichtliches Missverhältnis der Interessen, die rücksichtslose Ausübung eines Rechts oder eine widersprüchliche Haltung (BGE 137 III 625 E. 4.3; 135 III 162 E. 3.3.1). In Bezug auf den letzten Punkt kann sich die Ausübung eines Rechts als missbräuchlich erweisen, wenn das Verhalten der handelnden Partei im Widerspruch zu ihrem früherem Verhalten steht und dadurch legitime Erwartungen der anderen Partei enttäuscht werden ("venire contra factum proprium"; BGE 129 III 493 E. 5.1 mit Hinweis auf 125 III 257 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 5C.312/2001 vom 4. Februar 2002 E. 6a).

Der Berufungsbeklagte hat Anfang 2016 Einsprache gegen das Baugesuch der Berufungskläger erhoben, wobei die Einsprache die Frage der rechtlich und tatsächlich genügenden Zufahrt von einer öffentlichen Strasse zum Bauobjekt betraf (act. 14/9/6). An der Einspracheverhandlung inklusive Augenschein vom 21. April 2016 bekräftigte der Berufungsbeklagte, dass mit der Einsprache Klarheit bezüglich der Frage der Erschliessung geschaffen werden solle. Die Notdurchfahrt zur Parzelle Nr. xxx während der Bauzeit werde gewährt. Er wolle grundsätzlich Klarheit bezüglich der Rechtsgrundlage respektive der allfälligen notwendigen Erschliessung. Den Verlauf einer dauerhaft benutzten Strasse über sein Grundstück wolle er nicht. Er würde eine privatrechtlich gesicherte Zufahrt (Fahrrecht) im Bereich südlich der involvierten Parzellen begrüssen. Der Berufungskläger führte an der Einspracheverhandlung aus, es werde keine neue Zufahrt oder Garage geplant. Bisher habe seitens des Eigentümers der Parzelle Nr. xxyy ein

mündliches Einverständnis zur Nutzung deren Zufahrtsbereichs als Anlieferung für die Parzelle Nr. xxx bestanden. Es bestehe ein öffentlicher Fussweg, welcher die involvierten Parzellen fussläufig erschliesse. Die Parzelle sei entsprechend erschlossen. Der Umbau des Stalls solle nicht als Garage genutzt werden (act. 14/9/5). Aus dem Protokoll der Einspracheverhandlung ergibt sich demnach, dass die Berufungskläger um die fehlende Zufahrt wussten, aber dennoch keine neue Zufahrt oder Garage planten und ihre Parzelle als durch den bestehenden öffentlichen Fussweg als fussläufig erschlossen betrachteten. Im Wissen darum sowie im Bewusstsein, dass der Berufungsbeklagte ausschliesslich während der Bauzeit eine Notdurchfahrt zur Parzelle Nr. xxx gewährte, haben die Berufungskläger ihr Bauvorhaben bewilligen lassen. Insofern haben die Berufungskläger ihr Risiko gekannt, zumal der Berufungsbeklagte den Verlauf einer dauerhaft benutzten Strasse über sein Grundstück unmissverständlich ablehnte. Eine privatrechtlich gesicherte Zufahrt im Bereich südlich der involvierten Parzellen wäre – zumindest im Zeitpunkt der Einspracheverhandlung – für den Berufungsbeklagten diskutabel gewesen, jedoch wurde dieser Ansatz offenbar von den Berufungsklägern nicht weiterverfolgt. Wer im Bewusstsein der gesamten Umstände das Interesse an der Nutzung der eigenen, noch instandzustellenden und umzubauenden Liegenschaft in den Vordergrund stellt und mangels Planung einer neuen Zufahrt oder einer Garage den Anschein erweckt, seine Parzelle mit einem öffentlichen Fussweg als entsprechend erschlossen zu betrachten, jedoch seine Liegenschaft nach Abschluss des Bauvorhabens zu Lasten des Parzellennachbarn über ein Notwegrecht zu optimieren versucht, hat keinen Anspruch auf Einräumung eines Notwegs (BGE 85 II 392 E. 1b; vgl. auch BGE 136 III 130 E. 5.4.3 und E. 5.5). Auch aus dem – zumindest sinngemäss – geltend gemachten Bestandesschutz der Zufahrt aufgrund eines bisherigen mündlichen Einverständnisses zur Zufahrt (act. B 13, S. 5 und 13) können die Berufungskläger nicht zu ihren Gunsten ableiten, da prekaristisch gewährte und rechtlich nicht gesicherte Gestattungen jederzeit widerrufbar sind (Urteile des Bundesgerichts 5A_500/2009 vom 19. November 2009 E. 5; 5A_158/2016 vom 1. November 2016 E. 3.2).

2.5.3

Den Ausführungen der Berufungskläger, wonach im vorliegenden Fall vorgängig des Baubewilligungsverfahrens, in welchem die Bewilligung einer Zufahrt aus öffentlich-rechtlicher Sicht zu prüfen sei, mangels Erschliessungspflicht des Gemeinwesens ein zivilrechtliches Verfahren betreffend Einräumung eines Notwegrechts durchzuführen sei, ist entgegenzuhalten, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften einem allfälligen zivilrechtlichen Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts vorgehen beziehungsweise einen solchen als gegenstandslos erscheinen lassen (PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 7. Aufl. 2022, S. 577). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betont, dass keine Wegenot besteht, solange mit öffentlich-rechtlichen Mitteln eine angemessene Erschliessung erreicht werden kann (BGE 136 III 130 E. 3.3.1 mit Hinweis auf BGE 120 II 185 E. 2c und BGE 121 I 65 E. 4b). Auch das kantonale

Recht sieht Normen über die Erschliessung von Grundstücken vor (vgl. etwa Art. 66 und 67 des Baugesetzes; Art. 67 Abs. 6 Strassengesetz (StrG, bGS 731.11); BGE 120 II 185 E. 2c). Legt der Grundeigentümer nicht dar, dass er die öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitute zur Erlangung eines Zugangs zum eigenen Grundstück ausgeschöpft hat, besteht kein Anspruch auf Einräumung eines Notwegrechts (BGE 136 III 130 E. 3.3.1 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5C.64/2000 vom 4. April 2000 E. 3a; vgl. auch BGE 117 II 35 4b und c). Die von der Vorinstanz vertretene Ansicht, mangels durchgeführtem Bauermittlungsverfahren angesichts geltend gemachter heute wesentlich anders gelagerter tatsächlicher Verhältnisse fehle es an der verlangten öffentlich-rechtlichen Grundlage für die Einräumung des zivilrechtlichen Notwegrechts, ist daher nicht zu beanstanden. Die Berufungskläger legen nicht dar, dass sie ihre Bauabsichten in der aktuellen Variante auf der Grundlage der öffentlichen-rechtlichen Vorschriften vollständig und ausreichend abgeklärt haben (Urteil des Bundesgerichts 5C.64/2000 vom 4. April 2000 E. 3a; BGE 120 II 185 E. 2 b und c; BGE 117 II 35 E. 4b und c). Unter diesen Umständen fehlt es an einem aktuellen Interesse der Berufungskläger an der Einräumung eines Notwegrechts, so dass die Berufung abzuweisen ist (vgl. BGE 117 II 35 E. 4c).

Damit ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall das Zivilrecht den Berufungsklägern keinen weitergehenden Anspruch vermittelt als das öffentliche Recht.

2.6

Schliesslich sehen die Berufungskläger eine Verletzung von Bundesrecht auch darin, dass die Vorinstanz gemäss Art. 58 ZPO berechtigt und verpflichtet gewesen wäre, ihnen ein weniger weit gehendes Fuss- und Fahrwegrecht als beantragt als Notwegrecht einzuräumen (act. B 1, S. 25). Das anzuwendende Verfahrensrecht sei zu Unrecht nicht zur Anwendung gebracht worden. Folglich sei ihnen, eventuell gemäss beantragtem "Minus", ein Fuss- und Fahrwegrecht einzuräumen (act. B 1, S. 27; act. B 13, S. 16, 19 und 22). Der Berufungsbeklagte wendet hierzu ein, dass das Grundstück der Berufungskläger mittels drei verschiedener öffentlicher Fusswegrechte erschlossen sei, womit die Einräumung eines unbeschränkten und ungehinderten Fusswegrechts ohnehin ausgeschlossen sei. Die Berufungskläger seien darauf zu behaften, dass sie ihr Grundstück als genügend erschlossen bezeichneten. Die Einräumung eines auch beschränkten Fahrwegrechts führe zu übermässigen Beeinträchtigungen und Einschränkung seiner Grundstücke. Eine Zufahrt über das Landwirtschaftsland sei aus öffentlich-rechtlicher Sicht nicht zulässig und nicht bewilligungsfähig. Ein Fahrrecht auf der bestehenden Zufahrt könne nicht unter dem Titel a maiore minus zugestanden werden, weil dies zwangsläufig auch etwas anderes als beantragt – Nutzung eines Abstellplatzes oder Wendeplatzes – beinhalten würde (act. B 8, S. 12f).

Nach Art. 58 Abs. 1 ZPO darf das Gericht einer Partei nicht mehr oder anderes zusprechen, als sie verlangt und nicht weniger als die Gegenpartei anerkannt hat. Soweit der Dispositionsgrundsatz das Verfahren beherrscht, kann das Gericht ohne ausdrücklich gestellten Eventualantrag weniger zusprechen, als begehrt wird, wenn die Voraussetzungen für die vollumfängliche Guttheissung der Begehren nicht erfüllt sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_449/2014 vom 2. Oktober 2014 E. 6.2.1 mit Hinweis auf BGE 111 II 156 E. 4; 115 II 6 E. 7). Allerdings müssen die Gründe, die für die weniger weit gehenden Begehren sprechen könnten, behauptet und nachgewiesen oder unbestritten sein, wo der Verhandlungsgrundsatz das kantonale Verfahren beherrscht (Urteil des Bundesgerichts 5A_449/2014 vom 2. Oktober 2014 E. 6.2.2 mit Hinweisen auf BGE 109 II 120 E. 2b; 116 II 140 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_348/2012 vom 15. August 2012 E. 6.2).

Vor Vorinstanz haben die Berufungskläger es an der Begründung, inwiefern ihr Begehren im Sinne eines weniger weit gehenden Fuss- und Fahrwegrechts gutgeheissen werden könnte, fehlen lassen. Insofern geht der an die Vorinstanz gerichtete Vorwurf, sie habe Art. 58 ZPO verletzt, bereits aus diesem Grund fehl. Entsprechende Ausführungen machten die Berufungskläger erst in der Berufung geltend. Aufgrund der obigen Erwägungen ist der Hauptantrag aus verschiedenen Gründen abzuweisen, wobei die selben Gründe auch einem weniger weit gehenden Fuss- und Fahrwegrecht entgegen stehen.

2.7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in öffentlich-rechtlicher Hinsicht die Liegenschaft der Berufungskläger als hinreichend erschlossen gilt. Sodann vermittelt im vorliegenden Einzelfall das Zivilrecht keinen weitergehenden Anspruch als das öffentliche Recht, weshalb sich die Berufung als unbegründet erweist und demnach abzuweisen ist.

3. Kosten

3.1 Erstinstanzliche Kostenregelung

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht trifft keinen neuen Entscheid, sondern bestätigt das angefochtene Urteil des Kantonsgerichts vom 21. April 2022 (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Somit besteht kein Grund, es nicht bei den in jenem Urteil in den Ziffern 2 und 3 getroffenen Regelungen der Prozesskosten zu belassen.

3.2 Gerichtskosten im Berufungsverfahren

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss haben die vor Obergericht vollumfänglich unterliegenden Berufungskläger die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen. Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Streitsache angemessen erachtet das Obergericht eine Entscheidgebühr von CHF 2'500.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b Gebührenordnung, bGS 233.3).

Die Gerichtskosten werden den beiden Berufungsklägern unter solidarischer Haftung auferlegt, wobei diese mit dem von ihnen geleisteten Vorschuss von CHF 2'500.00 verrechnet werden (act. B 6, Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.3 Parteientschädigung im Berufungsverfahren

Unter Hinweis auf vorstehende E. 3.2 und Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO haben die unterliegenden Berufungskläger dem obsiegenden Berufungsbeklagten den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten seiner berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) im zweitinstanzlichen Verfahren vollumfänglich zu ersetzen.

RA CC. reichte keine Honorarnote ein. Nach Art. 8 Anwaltstarif (AT, bGS 145.53) erfolgt die Honorarbemessung in zivilprozessualen Streitigkeiten nach dem Streitwert. Ausgehend von einem Streitwert von CHF 35'000.00 ergibt sich gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. a AT ein mittleres Honorar von CHF 3'077.50. Hinzuzuzählen sind antragsgemäss die Barauslagen in Höhe von pauschal 4% (CHF 123.10) sowie die Mehrwertsteuer von 7.7% (CHF 246.50). Somit werden die Berufungskläger verpflichtet, dem Berufungsbeklagten für die Kosten seiner Rechtsvertretung im Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'447.10 zu bezahlen.

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 2'500.00, werden den Berufungsklägern 1 und 2 je hälftig unter solidarischer Haftung auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Vorschüssen in Höhe von CHF 2'500.00 verrechnet.
3. Die Berufungskläger haben den Berufungsbeklagten für die Kosten seiner Rechtsvertretung im Berufungsverfahren unter solidarischer Haftung mit je CHF 1'723.55 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen.
4. **Rechtsmittel:** Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Der Streitwert beträgt CHF 35'000.00.
5. Mitteilung an:
 - RA AB., mit Gerichtsurkunde
 - RA CC., mit Gerichtsurkunde
 - Kantonsgericht Appenzell Ausserrhodon, 1. Abteilung, Trogen (ZA1 22 2), interne Post

Der Obergerichtsvizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. iur. Manuel Hüsler

lic. iur. Monika Epprecht

versandt am: 9. September 2024