



**Obergericht Appenzell Ausserrhoden**  
Einzelrichter

**Urteil vom 5. August 2024**

|                    |                                                                                                                                                                                                                                                |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Verfahren Nr.      | ERZ 24 28<br>ERZ 24 32                                                                                                                                                                                                                         |
| Ort des Entscheids | Trogen                                                                                                                                                                                                                                         |
| Beschwerdeführer   | <b>A. und B.</b><br><br>vertreten durch: RA AB.                                                                                                                                                                                                |
| Beschwerdegegnerin | <b>C.</b><br><br>vertreten durch: RA CC.                                                                                                                                                                                                       |
| Gegenstand         | ERZ 24 28<br><b>Prozesskostenverteilung</b><br>Beschwerde gegen das Urteil der Einzelrichterin des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden ZE2 21 13 vom 10. April 2024<br><br>ERZ 24 32<br><b>Aufschiebende Wirkung im Verfahren ERZ 24 28</b> |

## **Rechtsbegehren der Kläger und Beschwerdeführer:**

### **a) Vor erster Instanz:**

1. Den Klägern sei das dingliche Überbaurecht zuzuweisen für die gemeinsame Grundstücksgrenze und den Grenzabstand überragende, Stützfunktion ausübende, Rühlwand.
2. Der Grundbuchverwalter sei durch das Gericht anzuweisen, die Überbaudienstbarkeit für die Stützmauer bzw. Rühlwand zugunsten des klägerischen Grundstücks Nr. 0001 und zulasten des beklagischen Grundstücks Nr. 0002 im Grundbuch einzutragen.
3. Das beklagische Begehren auf Zusprechung einer Entschädigung von Fr. 3'000.-- sei abzuweisen. Eventualiter sei die Entschädigung auf Fr. 100.-- zu bemessen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

### **b) Vor zweiter Instanz:**

1. Die Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 1'700.-- seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.
3. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, den Beschwerdeführern die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 200.-- und den Gerichtskostenvorschuss von Fr. 1'000.--, total Fr. 1'200.--, zu erstatten.
4. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die Beschwerdeführer für deren Parteikosten tarifgemäss zu entschädigen.
5. Die klägerische Parteientschädigung sei gemäss eingereichten Kostennoten vom 27. Juni 2023 und 19. Februar 2024 auf den Betrag von Fr. 9'788.-- zuzüglich MWST von Fr. 757.40, total Fr. 10'546.40, zu bemessen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Beschwerdeverfahren zulasten der Beschwerdegegnerin.

## **Rechtsbegehren der Beklagten und Beschwerdegegnerin:**

### **a) Vor erster Instanz:**

1. Die Klage vom 7. September 2021 sei abzuweisen.
2. Eventualiter seien die Kläger zu verpflichten, der Beklagten für die Zuweisung des dinglichen Überbaurechts eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.
3. Unter Kosten und Entschädigungsfolge zzgl. Mehrwertsteuer zu Lasten der Kläger.

**b) Vor zweiter Instanz:**

1. Die Beschwerde vom 22. Mai 2024 sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST zu Lasten der Beschwerdeführer.

**Sachverhalt**

- A. A. und B. sind seit 2012 Eigentümer des in der Gemeinde D. gelegenen Grundstücks Nr. 0001. Die benachbarte Liegenschaft Nr. 0002 steht seit 1997 im (Mit-, ab 2008 Allein-) Eigentum von C.

Auszug aus dem Geoportal (nordorientiert)

*[Grafik]*

Das Niveau des westlichen Teils der Liegenschaft Nr. 0002 liegt unter demjenigen des westlich angrenzenden Teils des Grundstücks Nr. 0001. Zum Ausgleich des Niveauunterschieds wurde 1979 eine Steinkorbmauer erstellt. Diese wurde 1997 durch eine Rühlwand (vertikale Metallträger mit horizontalem Verzug aus Rundholz; im obigen Plan ist der Verlauf der Rühlwand gelb markiert) ersetzt. Die Rühlwand wurde mehrheitlich auf dem Grundstück Nr. 0001 errichtet, ragt aber an einigen Stellen auf das Grundstück Nr. 0002. A. und B. verlangten die Einräumung eines dinglichen Überbaurechts.

- B. Am 3. März 2021 stellten A. und B. das Schlichtungsbegehren. Die Schlichtungsstelle erteilte am 5. Mai 2021 die Klagebewilligung. Am 7. September 2021 erhoben A. und B. Klage bei der Einzelrichterin des Kantonsgerichts. Nach einem einfachen Schriftenwechsel führte die Vorinstanz am 4. April 2023 einen Augenschein und anschliessend die Hauptverhandlung durch. Es folgte eine Sistierung zwecks Führung von Vergleichsgesprächen. Danach erstatten die Parteien schriftlich ihre Schlussvorträge. Die Vorinstanz hat ihr Verfahren mit Entscheid vom 12. Mai 2015 abgeschlossen. Darin wurde Folgendes festgelegt:

1. *Den Klägern wird das dingliche Überbaurecht für die gemeinsame Grundstücksgrenze und den Grenzabstand überragende, Stützfunktion ausübende, Rühlwand gemäss Plan 1:50 Nr. 11500.120262, GEOINFO Vermessungen AG, vom 20. November 2022 eingeräumt.  
Der Plan bildet als Beilage integrierender Bestandteil des Urteils und der Grunddienstbarkeit Überbaurecht für Rühlwand/Stützmauer.*
2. *Das Grundbuchamt D. wird angewiesen, die Überbaudienstbarkeit für die Stützmauer bzw. Rühlwand zugunsten des klägerischen Grundstückes Nr. 0001 und zulasten des beklagten Grundstückes Nr. 0002 im Grundbuch D. wie folgt einzutragen:  
Überbaurecht für Rühlwand/Stützmauer zugunsten Grundstück Nr.0001 / zulasten Grundstück Nr. 0002*
3. *Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine Entschädigung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen.*
4. *Die Gerichtskosten, bestehend aus*  

|                            |                                          |
|----------------------------|------------------------------------------|
| <i>Fr. 200.--</i>          | <i>Kosten des Schlichtungsverfahrens</i> |
| <i><u>Fr. 1'500.--</u></i> | <i>Entscheidgebühr</i>                   |
| <i>Fr. 1'700.--</i>        | <i>insgesamt,</i>                        |

*werden den Klägern (unter solidarischer Haftung) zu 2/3 (Fr. 1'133.35) und der Beklagten zu 1/3 (Fr. 566.65) auferlegt, unter Verrechnung mit den von den Klägern geleisteten Vorschüssen von insgesamt Fr. 1'000.-- und den bereits bezahlten Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 200.--. Die Beklagte hat die Kläger für den von ihnen geleisteten Vorschuss mit Fr. 66.65 zu entschädigen.*
5. *Die Kläger werden verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'301.85 (1/3 von Fr. 6'905.55; inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.*

- C. *Gegen diesen Entscheid liessen A. und B. mit Eingabe vom 22. Mai 2024 Beschwerde erheben und die eingangs erwähnten Rechtsbegehren stellen. Die Beschwerdeantwort datiert vom 17. Juni 2024. Es wurden kein zweiter Schriftenwechsel und keine mündliche Verhandlung angeordnet. Die Beschwerdeführer haben von ihrem Replikrecht am 20. Juni 2024 Gebrauch gemacht. Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.*
- D. *Auf die Begründung der Parteistandpunkte wird, soweit notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.*

## Erwägungen

### 1. Prozessuales

- 1.1 Gestützt auf Art. 125 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) werden die beiden Verfahren ERZ 24 28 und ERZ 24 32 vereinigt und in einem einzigen Urteil erledigt.
- 1.2 Gemäss Art. 110 in Verbindung mit Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO ist der Kostenentscheid selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar. Dies auch dann, wenn Kosten von über Fr. 10'000.-- umstritten sind (DAVID JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 110 ZPO; SCHMID/JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 4 zu Art. 110 ZPO).
- 1.3 Die Frist für die selbständige Kostenbeschwerde richtet sich nach dem für die Hauptsache geltenden Verfahren (RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 1 zu Art. 110 ZPO). Die Einzelrichterin hat im vereinfachten Verfahren über eine vermögensrechtliche Streitigkeit entschieden (Art. 243 Abs. 1 ZPO). In solchen Fällen beträgt die Beschwerdefrist nach Art. 321 Abs. 1 ZPO 30 Tage. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer hat den begründeten Entscheid am 22. April 2024 in Empfang genommen (Vorinstanzliches act. 103). Mit der am 22. Mai 2024 der Post übergebenen Beschwerde wurde die Beschwerdefrist eingehalten.
- 1.4 Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des unterzeichnenden Einzelrichters ergibt sich aus Art. 25 lit. a in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 lit. a Justizgesetz (bGS 145.31). Die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz und des Einzelrichters des Obergerichtes ist ohne weiteres gegeben und nicht umstritten.
- 1.5 Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Rechtsanwendung der Vorinstanz ist somit voll überprüfbar (KURT BLICKENSTORFER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 320 ZPO). In diesem Bereich verfügt die Beschwerdeinstanz über die gleiche, freie Kognition wie die Vorinstanz. Unrichtige Rechtsanwendung beinhaltet dabei auch die blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht, weshalb die Beschwerdeinstanz befugt ist, einen erstinstanzlichen Entscheid infolge unangemessener Ausübung des Rechtsfolgeermessens abzuändern beziehungsweise den Entscheid aufzu-

heben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Bei der Überprüfung der Angemessenheit ist gemäss Lehre und Rechtsprechung jedoch eine gewisse Zurückhaltung geboten. Die Rechtmittelinstanz darf ihr Ermessen gegebenenfalls zwar an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen, die freie Überprüfungsbefugnis hindert sie aber nicht daran, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz zu respektieren.

Hingegen ist die Beschwerdeinstanz an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz grundsätzlich gebunden. Abweichungen sind nur möglich, wenn sich die erstinstanzliche Sachverhaltsermittlung als qualifiziert unkorrekt erweist (*derselbe*, a.a.O., N. 8 zu Art. 320 ZPO). Letztlich beschränkt sich die Sachverhaltskontrolle auf die Aktenwidrigkeit aus blossem Versehen (*derselbe*, a.a.O., N. 12 zu Art. 320 ZPO).

Die Beschwerde im Kostenpunkt kann sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung oder beide betreffen und sich sowohl gegen den Grundsatz der Kostenverteilung als auch gegen die Höhe der Kostenfestsetzung richten. Betreffend Grundsatz der Kostenverteilung kann beispielsweise geltend gemacht werden, die Kostenverteilung sei zu Unrecht nicht nach Art. 106 ZPO, sondern nach Art. 107 ZPO (nach Ermessen) oder Art. 108 ZPO (Verursacherprinzip) erfolgt, obschon keiner der gesetzlichen Tatbestände hierfür erfüllt sei, oder eine der genannten Bestimmungen sei, trotz Vorliegens eines entsprechenden Grundes, zu Unrecht nicht angewandt worden. Insofern als das Gericht bei der Anwendung von Art. 107 ZPO generell auf sein Ermessen verwiesen wird, kann einzig gerügt werden, es liege eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung, also Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- oder -unterschreitung vor, während die blossе Unangemessenheit den Beschwerdegrund nicht erfüllt (MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, 2012, N. 4 ff. zu Art. 110 ZPO). Vorliegend stellt sich die Frage, ob den Beschwerdeführern die Prozesskosten gestützt auf Art. 106 ZPO oder in Abkehr vom Unterliegerprinzip (Art. 107 ZPO) haben auferlegt werden können. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die vom Obergericht frei und nicht bloss auf Willkür hin zu prüfen ist (Vgl. BGE 143 III 46 E. 3).

- 1.6 Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot entspricht dem Charakter der Beschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel (THOMAS ALEXANDER STEININGER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 326 ZPO). Der erstinstanzliche Prozess wird nicht fortgeführt, sondern es erfolgt im Wesentlichen eine Rechtskontrolle des erstinstanzlichen Entscheids (FREIBURGH/AUAFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 326 ZPO).

- 1.7 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, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 321 ZPO; MYRIAM A. GEHRI, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N. 4 zu Art. 311 ZPO). Es sind konkrete Anträge zu stellen, aus denen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird (FREIBURGH/AUFHELD, a.a.O., N. 14 zu Art. 321 ZPO; OLIVER M. KUNZ, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber (Herausgeber), ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 31 zu Art. 321 ZPO). Es sind - soweit möglich - bezifferte Anträge zu stellen (BGE 137 III 617 E. 4; Gehri, a.a.O., N. 5 zu Art. 321 ZPO). In einer Kostenbeschwerde muss konkret begehrt werden, wie die Kosten festzusetzen sind (JENNY, a.a.O., N. 3 zu Art. 110 ZPO). Ungenügend ist es deshalb, bloss eine „angemessene“ Parteientschädigung zu verlangen (KUNZ, a.a.O., N. 33 zu Art. 321 ZPO, mit Hinweisen). Art. 4 Abs. 2 Anwaltstarif (AT, bGS 145.53) hat sich dem Vorrang von Art. 321 Abs. 1 ZPO zu beugen (Art. 49 Abs. 1 BV). Der Antrag der Beschwerdeführer, sie seien von der Beschwerdegegnerin tarifgemäss zu entschädigen, erweist sich als unzulässig. Die Rechtsbegehren 4 und 5 der Beschwerdeführer sind indes als Einheit zu verstehen. Von einem formellen Nichteintretensentscheid auf Rechtsbegehren 4 ist in solchen Situationen nach der kantonalen Praxis abzusehen (MAX EHRENZELLER, Erläuterungen zur Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., 1988, N. 7 zu Art. 110 ZPO-AR).

Der Klarheit halber ist anzufügen, dass es dagegen ausreichend ist, für die Parteientschädigung im laufenden Verfahren vor zweiter Instanz einen unbezifferten Antrag zu stellen (JENNY, a.a.O., N. 6 zu Art. 105 ZPO; URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 105 ZPO).

- 1.8 Kostenentscheide sind mit dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel anzufechten (Urteil des Bundesgerichts 5A\_567/2015 vom 14. März 2017 E. 2.2, nicht publiziert in BGE 143 III 261). Streitigkeiten um Überbaurechte sind vermögensrechtlicher Natur (Urteil des Bundesgerichts 5A\_452/2022 vom 11. April 2023 E. 1). Die Vorinstanz hat den Streitwert auf Fr. 29'900.-- festgesetzt (Angefochtener Entscheid E. I./1), was von den Parteien nicht kritisiert worden ist. Damit wird die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110) nicht erreicht. Die Beschwerde in Zivilsachen kann deshalb nach Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG nur erhoben werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Ist dies nicht der Fall, kann vor Bundesgericht im Rahmen der

subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 bis 119 BGG) die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG).

## **2. Verteilung der Prozesskosten**

- 2.1 Die Vorinstanz hat die Verlegung der Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erachtet. Sie hat Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO zur Anwendung gebracht, weil das Verfahren durch die Verletzung des Eigentums der Beschwerdegegnerin durch das Eigentum der Beschwerdeführer ausgelöst worden sei. Im vorliegenden Verfahren sei die juristische Welt an die reale Welt angepasst worden.

Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO anstelle von Art. 106 ZPO sei unrichtig. Es sei nicht das Eigentum der Beschwerdeführer, das das Verfahren ausgelöst habe, weil nach dem Akzessionsprinzip gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB die überragende Mauer im Eigentum der Beschwerdegegnerin gestanden sei. Erst durch die gerichtliche Zuweisung des dinglichen Überbaurechts seien die Beschwerdeführer Eigentümer des überragenden Teils der Mauer geworden. Besondere Umstände, die die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO rechtfertigten, seien nicht gegeben. Dem Urteil des Kantonsgerichts Wallis C1-11-168 vom 26. Juni 2012 komme keine präjudizielle Wirkung zu, weil die Prozesskonstellation anders gewesen sei. Die Eigentumsbeschränkungen aufgrund der gewährten Überbaudienstbarkeit würden durch die materiell-rechtliche Entschädigung ausgeglichen.

Die Beschwerdegegnerin lässt vorbringen, mit der Beschwerde könne die Anwendung von Art. 107 ZPO nur gerügt werden, wenn das Ermessen missbraucht, über- oder unterschritten werde. Dies sei hier nicht der Fall, weil die Vorinstanz die Abweichung von Art. 106 ZPO nachvollziehbar begründe. Der Überbau gehe vom Grundstück der Beschwerdeführer aus und der Überbau selbst sei als Eigentumsverletzung zu qualifizieren.

- 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 Guttheissung der Klage die beklagte Partei (DHEDEN ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, S. 195). Dem Erfolgsprinzip liegt die Vermutung zugrunde, dass der im Verfahren Unterliegende die Verfahrenskosten bzw. den Rechtsverfolgungsauswand der Gegenpartei verursacht hat (*derselbe*, 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 Prozess-

kosten sind im Verhältnis des jeweiligen Unterliegens zu tragen (*derselbe*, 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 (*derselbe*, a.a.O., S. 196). In der Praxis wird in der Regel ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von einigen Prozenten nicht berücksichtigt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_207/2015 vom 2. September 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. 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 (STERCHI, a.a.O., N. 2 zu Art. 107 ZPO).

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 (ZOTSANG, a.a.O., S. 210 ff.).

- 2.3 Art. 674 Abs. 3 ZGB gibt dem Eigentümer eines Grundstücks einen Anspruch auf Einräumung eines Überbaurechts, falls bestimmte, gesetzlich vorgesehene Voraussetzungen erfüllt sind. Es handelt sich dabei um ein Legalservitut. Das ZGB kennt noch drei weitere Legalservitute, nämlich das nachbarrechtliche Durchleitungsrecht (Art. 691 bis 693 ZGB), das Notwegrecht (Art. 694 ZGB) und das Notbrunnenrecht (Art. 710 ZGB). Alle weisen eine deutliche Affinität zum Enteignungsrecht auf (FRANZ-XAVER BRÜCKER, Das nachbarrechtliche Durchleitungsrecht, 1991, S. 15). Es erstaunt deshalb nicht, dass nach der Rechtsprechung des ausserrhodischen Obergerichts (AR GVP Sammelband 1988 Nr. 3067) und vieler anderer kantonaler Gerichte (Nachweise bei: BRÜCKER, a.a.O., S. 134 Fussnote 13) bei der Verteilung der Prozesskosten in Streitigkeiten um Legalservitute die enteignungs-

rechtlichen Kostennormen heranzuziehen und die Kosten dem Kläger aufzuerlegen waren. Auch das Bundesgericht hat in BGE 85 II 392 E. 3 (= Pra 49 Nr. 32) in einem obiter dictum erklärt, bei der Kostenverteilung seien die Grundsätze des Enteignungsrechts anwendbar. BRÜCKER hat aber bereits 1991 die davon abweichende Meinung vertreten, den Anspruchsbelasteten, die ihrer gesetzlichen Pflicht zur Einräumung eines Notrechts gegen Entschädigung nicht nachkommen und in der Folge unterliegen, seien entsprechend den allgemeinen Prozessregeln die Prozess- und Parteikosten aufzuerlegen (A.a.O., S. 135). In seinem Leitentscheid vom 14. März 2017 (BGE 143 III 261 E. 4.2.6 = Pra 107 Nr. 95) hat das Bundesgericht nun klargestellt, dass auch im Rahmen von Klagen auf Einräumung eines beschränkten dinglichen Notrechts das Prinzip, auf das sich die Verteilung der Gerichts- und Parteikosten stützt, jenes des Unterliegens ist, also Art. 106 ZPO. Das Bundesgericht hat der unkritischen Übernahme der Grundsätze des Enteignungsrechts eine Absage erteilt. Andererseits hat es Ausnahmen als zulässig erkannt, allerdings nur beim Vorliegen besonderer Umstände. Seien beispielsweise bei einem Notwegrecht mehrere Wegverläufe möglich, sei eine Einsprache wohl legitim, mit der Folge der hälftigen Aufteilung der Gerichtskosten und Wettschlagung der Parteikosten. Umgekehrt seien ein Widerstand bis zum Äussersten und/oder eine überrissene Entschädigungsforderung weitere Gründe, um Gerichtskosten und Parteientschädigungen der unterliegenden beklagten Partei aufzuerlegen (Im gleichen Sinne bereits KARIN CARONI-RUDOLF, Der Notweg, 1969, S. 115 in fine). Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts hat in der Lehre Zustimmung gefunden (REY/STREBEL, Basler Kommentar, ZGB II, 7. Aufl. 2023, N. 20a zu Art. 694 ZGB).

- 2.4 Vorliegend hat die Vorinstanz – ohne dies beim Namen zu nennen – die enteignungsrechtlichen Grundsätze der Kostenverteilung zur Anwendung gebracht, indem sie auf die Interessenlage abgestellt hat. Nach dem eben dargelegten BGE 143 III 261 E. 4 ist dies nicht mehr ohne weiteres zulässig. Besondere Umstände, die ein Abweichen von der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen rechtfertigen könnten, hat die Vorinstanz nicht dargelegt. Solche wurden auch von der Beschwerdegegnerin nicht vorgebracht und ergeben sich auch nicht aus den Akten. Insbesondere bot die Prüfung der Voraussetzungen für die Einräumung des Überbaurechts der Vorinstanz keine besonderen Schwierigkeiten, weshalb der grundsätzliche Widerstand der Beschwerdegegnerin gegen die Klage der Beschwerdeführer nicht berechtigt war. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, der Widerstand der Beschwerdegegnerin sei "legitim" im Sinne von BGE 143 III 261 E. 4.2.6. Wenn die Vorinstanz trotzdem Art. 107 ZPO zur Anwendung gebracht hat, hat sie ihr Ermessen überschritten. Die Prozesskosten des vorinstanzlichen Verfahrens ZE2 21 13 sind nach Art. 106 ZPO zu verlegen.

- 2.5 Soweit die Beschwerdeinstanz die Beschwerde gutheisst, hebt sie den Entscheid oder die prozessleitende Verfügung auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück oder entscheidet neu, wenn die Sache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Der Beschwerdeentscheid ist grundsätzlich kassatorischer Natur (GEHRI, a.a.O., N. 3 zu Art. 327 ZPO; STEININGER, a.a.O., N. 3 zu Art. 327 ZPO). Anstelle der Rückweisung kann die Beschwerdeinstanz die Sache aber auch gleich selber entscheiden, mithin einen reformatorischen Entscheid fällen, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, d.h. sofern alle Grundlagen für einen Sachentscheid in den Akten vorhanden sind (GEHRI, a.a.O., N. 5 zu Art. 327 ZPO; STEININGER, a.a.O., N. 3 zu Art. 327 ZPO, nennt hier unter Hinweis auf die Botschaft explizit den Kostenentscheid). In einem solchen Fall entscheidet die Beschwerdeinstanz mit freier Kognition (FREIBURGHaus/AFHELDt, a.a.O., N. 12 zu Art. 327 ZPO).
- 2.6 Reformatorisch entschieden werden kann über den Schlüssel zur Verteilung der Prozesskosten. Die Verteilung der Prozesskosten, zu denen gemäss Art. 95 Abs. 1 ZPO sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung zählen, richtet sich nach Art. 106 Abs. 2 ZPO. Da keine Partei vollständig obsiegt hat, sind die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen. Um zu einem zutreffenden Ergebnis zu kommen, ist insbesondere ein Vergleich der Rechtsbegehren mit dem Urteilsdispositiv vorzunehmen.

Als Hauptantrag im erstinstanzlichen Verfahren ist sicherlich Ziffer 1 des Rechtsbegehrens der Beschwerdeführer zu werten, wonach ihnen ein dingliches Überbaurecht zuzuweisen sei. Nebenpunkt ist das Rechtsbegehren betreffend der Entschädigung. Die Beschwerdeführer verlangten die Einräumung des Überbaurechts entschädigungslos. Die heutige Beschwerdegegnerin beantragte Abweisung der Klage und im Eventualantrag eine Entschädigung von Fr. 3'000.--. Die Vorinstanz hat die Klage im Hauptpunkt gutgeheissen und die Entschädigung auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.

Es erscheint angemessen, für die Frage nach dem Obsiegen und Unterliegen den Hauptpunkt mit  $\frac{3}{4}$  und den Nebenpunkt mit  $\frac{1}{4}$  zu gewichten. Im Hauptpunkt haben die Beschwerdeführer vollständig, im Nebenpunkt aber bloss zu  $\frac{2}{3}$  obsiegt. Unter Berücksichtigung der Gewichtung der beiden Punkte ist auf ein Obsiegen der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren zu  $\frac{11}{12}$  zu erkennen. Mithin hat die Beschwerdegegnerin  $\frac{11}{12}$  der erstinstanzlichen Prozesskosten zu tragen. Die von den Beschwerdeführern geleisteten Vorschüsse sind anzurechnen und der Fehlbetrag ist von der Beschwerdegegnerin nachzufordern (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern vom Vorschuss und den bereits bezahlten Kosten des Schlichtungsverfahrens Fr. 1'058.35 zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

- 2.7 Von der Beschwerdegegnerin wird die Tarifkonformität der von den Beschwerdeführern im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Kostennoten (Vorinstanzliches act. 54 (= v-act. 89/1) und vorinstanzliches act. 89/2) bestritten (Act. 6 S. 7). Umstritten sind insbesondere die Zuschläge. Diesbezüglich ist dem Antrag der Beschwerdeführer (Act. 1 S. 7) zu folgen und die Vorinstanz mit der Prüfung der entsprechenden Kostennoten zu beauftragen. Die Vorinstanz ist besser als das Obergericht in der Lage, die Berechtigung der geltend gemachten Zuschläge zu beurteilen. Dies führt zu einer Teilrückweisung.

### **3. Gesuch um aufschiebende Wirkung**

Mit der Ausfällung wird der vorliegende Entscheid sofort rechtskräftig (BGE 146 III 284 E. 2). Nach Art. 268 Abs. 2 ZPO fallen vorsorgliche Massnahmen mit der Rechtskraft des Hauptentscheids von Gesetzes wegen dahin. Dies führt zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ERZ 24 32 (Art. 242 ZPO).

### **4. Prozesskosten**

- 4.1 Vorliegend ist es trotz (teilweiser) Rückweisung nicht sachgerecht, von Art. 104 Abs. 4 ZPO Gebrauch zu machen, und die Verteilung der Kosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz zu überlassen. Denn die grundsätzliche Frage der Verteilung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens ist oben in Erwägung 2.6 bereits entschieden worden (Vgl. JENNY, a.a.O., N. 11 zu Art. 104 ZPO).

Auch für das zweitinstanzliche Verfahren ist für die Verteilung der Prozesskosten auf Art. 106 Abs. 2 ZPO abzustellen. Mit ihrer Beschwerde wollten die Beschwerdeführer die Verschiebung von  $\frac{8}{12}$  der Prozesskosten von ihnen auf die Beschwerdegegnerin erreichen. 8 Kostenteile bildeten also den Streitgegenstand des zweitinstanzlichen Verfahrens. Das Obergericht folgt dem im Umfang von sieben Kostenteilen. Daraus folgt ein Obsiegen der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren von  $\frac{7}{8}$ .

- 4.2 Gestützt auf Art. 16 Gebührenordnung (bGS 233.3) wird die Gebühr für diesen Entscheid auf Fr. 900.-- festgesetzt. Der von den Beschwerdeführern geleistete Vorschuss wird verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern vom Vorschuss Fr. 787.50 zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).
- 4.3 Den mehrheitlich obsiegenden Beschwerdeführern steht eine Parteientschädigung zu (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Ihr Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Deshalb wird

die Entschädigung nach Ermessen festgelegt (Art. 4 Abs. 2 AT). Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt Fr. 11'679.75 (Fr. 1'133.35 Gerichtskostenanteil der Beschwerdeführer gemäss dem angefochtenen Entscheid plus Fr. 10'546.40 der von den Beschwerdeführern beanspruchten Parteientschädigung) und das mittlere Honorar Fr. 3'028.70. Für das Rechtsmittelverfahren ist das Honorar um 50 bis 80% zu reduzieren (Art. 20 lit. a AT). Hier angemessen erscheinen 70%, was zu einem Honorar von Fr. 908.60 führt. Dazu kommen pauschalisierte Barauslagen von praxisgemäss 4% sowie die Mehrwertsteuer. Dies ergibt Anwaltskosten von Fr. 1'021.50.--. Davon hat die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführern ( $\frac{7}{8}$  minus  $\frac{1}{8}$  =)  $\frac{6}{8}$  zu ersetzen. Mithin hat die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung von Fr. 766.10 zu bezahlen.

## **Demnach erkennt der Einzelrichter des Obergerichts:**

1. Die Verfahren ERZ 24 28 und ERZ 24 32 werden vereinigt.
2. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils der Einzelrichterin des Kantonsgerichts ZE2 21 13 vom 10. April 2024 aufgehoben.
3. Die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden zu  $\frac{1}{12}$  den Beschwerdeführern und zu  $\frac{11}{12}$  der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus Fr. 200.-- Schlichtungskosten und Fr. 1'500.-- Entscheidgebühr, total Fr. 1'700.--, werden im Betrag von Fr. 141.65 den Beschwerdeführern und im Betrag von Fr. 1'558.35 der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der von den Beschwerdeführern dem Kantonsgericht geleistete Vorschuss von Fr. 1'000.-- sowie die von ihnen bereits bezahlten Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 200.--, total Fr. 1'200.--, werden angerechnet, sodass die Beschwerdegegnerin der Gerichtskasse noch Fr. 500.-- zu bezahlen hat. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern vom Vorschuss und den bereits bezahlten Kosten des Schlichtungsverfahrens Fr. 1'058.35 zu ersetzen.
5. Bezüglich der Festsetzung der Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren wird die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
6. Das Verfahren ERZ 24 32 wird zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben.
7. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren von Fr. 900.-- werden den Beschwerdeführern zu  $\frac{1}{8}$  und der Beschwerdegegnerin zu  $\frac{7}{8}$  auferlegt. Der von den Beschwerdeführern geleistete Vorschuss von Fr. 900.-- wird verrechnet. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern vom Kostenvorschuss Fr. 787.50 zu ersetzen.
8. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 766.10 zu bezahlen.
9. **Rechtsmittel:**  
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegeben (Art. 113 ff. BGG). In beiden Fällen ist die Beschwerde 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 Fr. 29'900.--.

10. Mitteilung an:
- RA AB., mit Gerichtsurkunde
  - RA CC., mit Gerichtsurkunde
  - Kantonsgericht (ZE2 21 13), mit interner Post

Der Einzelrichter:

lic. iur. Walter Kobler

versandt am: 8. August 2024