

## **BGer 5P.496/2006 vom 22. Januar 2007**

Bundesgericht, 2007-01-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5P.496\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5P.496_2006)

FR: TF 5P.496/2006 du 22 janvier 2007

IT: TF 5P.496/2006 del 22 gennaio 2007

### **Regeste**

Art. 9 BV (Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung; Kostenaufgabe) | Erbrecht

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) in Kraft getreten, das gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar ist, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist. Beide Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt, so dass die Eingaben der Beschwerdeführer vom 30. November und vom 1. Dezember 2006 gegen das kantonsgerichtliche Urteil vom 4. Juli 2006 als staatsrechtliche Beschwerden gemäss Art. 84 ff. OG zu behandeln sind. Sie können in einem einzigen Entscheid erledigt werden, zumal sie inhaltlich gleich begründet sind ( Art. 40 OG i.V.m. Art. 72 BZP ). Die Beschwerdeführer sind durch die Aufhebung ihrer Entschädigungspflicht nicht beschwert ( Art. 88 OG ), so dass ihre weitergehenden Anträge, das kantonsgerichtliche Urteil insgesamt aufzuheben, unzulässig sind. Die angefochtene Kostenaufgabe ist kantonal letztinstanzlich und auf Grund der konkreten Verfahrenslage endgültig, da kein Hauptprozess mehr folgt (vgl. BGE 113 Ia 94 E. 1b S. 96). Mit dem erwähnten Vorbehalt kann auf die staatsrechtlichen Beschwerden grundsätzlich eingetreten werden.

#### **E. 2**

Angefochten ist die Regelung der Kosten nach kantonalem Recht. Dessen Auslegung und Anwendung kann das Bundesgericht nur auf Willkür hin überprüfen. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht greift erst ein, wenn das angefochtene Urteil offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Vorausgesetzt ist Willkür im Ergebnis und nicht bloss in der Begründung ( BGE 132 I 13 E. 5.1 S. 17 ; 131 I 57 E. 2 S. 61 und 217 E. 2.1 S. 219). Es obliegt gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG den Beschwerdeführern, Willkür klar und detailliert und, soweit möglich, belegt zu rügen und anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzulegen, inwiefern das angefochtene Urteil an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.) und sich deshalb im Ergebnis nicht mehr halten lässt ( BGE 131 I 217 E. 2.1 S. 219).

#### **E. 3**

Willkür erblicken die Beschwerdeführer darin, dass das Kantonsgericht die Kosten nach dem Erfolgsprinzip ( Art. 122 Abs. 1 ZPO /GR) zugeteilt und nicht die Vorschrift

angewendet habe, wonach die Kosten bei Sicherstellung eines gefährdeten Beweises vom Gesuchsteller zu tragen seien ( Art. 216 Abs. 1 ZPO /GR).

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB können zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche auf Grund einer amtlichen Anordnung Verfügungsbeschränkungen für einzelne Grundstücke vorgemerkt werden. Die amtliche Anordnung ist kein Akt der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es handelt sich vielmehr um den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, und zwar einer Sicherungsmassnahme, in einem streitigen Verfahren zwischen dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner, der vorgängig oder in dringlichen Fällen erst nachträglich zum Massnahmenbegehren anzuhören ist (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8.A. Bern 2006, 12 N. 193 S. 349 und N. 221 S. 358 f.; Hohl, Procédure civile, t. 2: Organisation judiciaire, compétence, procédures et voies de recours, Bern 2002, N. 2791 Nr. 5 S. 232 und N. 2892 f. S. 248 f.; vgl. Trauffer, Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen und Anmerkung von Kanzleisperrern im Grundbuch, in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, ZGRG 1987 S. 44 ff., S. 45 Ziff. II/2).

### **E. 3.2**

Die Kostenfolgen des Massnahmenverfahrens werden in den Prozessordnungen und - wo Gesetzesbestimmungen fehlen - durch die Praxis unterschiedlich geregelt. Nach einer verbreiteten Lösung werden die Gerichtskosten einstweilen dem Gesuchsteller auferlegt unter Vorbehalt des Rückgriffs auf die unterliegende Partei (z.B. § 67 Abs. 4 ZPO /ZH) bzw. unter Vorbehalt einer anderen Kostenverlegung im Hauptprozess oder beim Dahinfallen der Massnahme (z.B. § 237 lit. a ZPO /LU; für die ZPO/BS und ZPO/BL: Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 23 N. 28 S. 313; kritisch: Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR NF 116/1997 II 171 ff., S. 228 N. 103). Eine gegenteilige Praxis verpflichtet das Gericht, die Kosten des Massnahmenverfahrens in der Massnahmenverfügung selbst zu verlegen, und untersagt eine Verweisung des Kostenentscheids in das Urteil über die Hauptsache (vgl. Cocchi/Trezzini, Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato, Lugano 2000, N. 5 zu Art. 148 CPC; Bertossa/Gaillard/ Guyet/Schmidt, Commentaire de loi de procédure civile genevoise, Stand: Dezember 2001, N. 2 Abs. 2 zu Art. 176 LPC). Gleichsam vermittelnd findet sich auch die Variante, wonach das Gericht zu entscheiden hat, ob die Kosten des Massnahmenverfahrens zur Hauptsache zu schlagen oder separat zu verteilen sind (z.B. Art. 109 CPC/VD; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221, S. 7296). Letzternfalls erfolgt die Verlegung der Kosten nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens mit den im Massnahmenverfahren gestellten Rechtsbegehren (vgl. etwa Bühler/ Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2.A. Aarau 1998, N. 6e zu § 307 ZPO ; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N. 3c zu Art. 270 ZPO ; für die ZPO/VS: RVJ 2003 S. 143 E. 2c).

### **E. 3.3**

In Anbetracht der verschiedenen Lösungen erscheint es nicht als willkürlich, dass das Kantonsgericht das bezirksgerichtliche Urteil, die Kosten im Massnahmenentscheid selbst zu regeln und nicht zur Hauptsache zu schlagen, nicht beanstandet hat (E. 3 S. 7 f. des angefochtenen Urteils). Es kann sich zusätzlich auf Art. 121 Ziff. 5 ZPO /GR berufen,

wonach jedes Urteil einen Kostenentscheid enthalten muss. Diese Regel, die in Einzelfällen Ausnahmen zulassen kann, findet sich auch in anderen Prozessgesetzen (vgl. etwa Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A. Bern 2007, N. 2 zu § 75 ZPO /TG). Einen Ausnahmefall hat das Kantonsgericht unter Willkür Gesichtspunkten verneinen dürfen, war doch die Klage des Beschwerdegegners im Zeitpunkt des bezirksgerichtlichen Massnahmenentscheids erst beim Vermittleramt hängig und deshalb ungewiss, ob der Hauptprozess dereinst auch wirklich beim Bezirksgericht eingeleitet werden würde.

#### **E. 3.4**

Das Kantonsgericht hat sodann nicht beanstandet, dass die angefochtene Kostenzuteilung gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO /GR nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens erfolgt ist. Die Beschwerdeführer machen nicht geltend, das kantonale Recht (Art. 52 f. und Art. 147 ff. ZPO /GR) kenne besondere Bestimmungen über die Kosten im Massnahmenverfahren. Sie erneuern ihren Einwand, die Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB habe den gleichen Zweck wie die Sicherstellung eines gefährdeten Beweises, so dass sich die Anwendung der Sondervorschrift in Art. 216 Abs. 1 ZPO /GR aufdränge, wonach die Kosten der ausserordentlichen Beweisführung vorläufig vom Gesuchsteller getragen werden. Der Willkürvorwurf erweist sich als unbegründet. Beweissicherungsmassnahmen werden zwar oft zu den vorsorglichen Massnahmen gezählt, unterscheiden sich von diesen aber dadurch, dass nur der drohende Verlust des Beweismittels glaubhaft zu machen ist, dagegen nicht - wie bei den Sicherungsmassnahmen - die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens (Vogel/Spühler, a.a.O., 12 N. 202 S. 352; Hohl, a.a.O., N. 2779 S. 229 f. und N. 2797 S. 233). Bestehen aber unterschiedliche Voraussetzungen, hatte das Kantonsgericht einen sachlichen Grund dafür, die angerufene Sondervorschrift betreffend Sicherstellung eines gefährdeten Beweises nicht auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen anzuwenden (E. 3 S. 8 f. des angefochtenen Urteils).

#### **E. 3.5**

Trotz gerichtlicher Einladung haben sich die Beschwerdeführer zum Massnahmengesuch des Beschwerdegegners nicht vernehmen lassen. Der Verzicht auf die Gesuchsantwort bedeutet keine Anerkennung der Sachdarstellung im Gesuch (vgl. PKG 1958 Nr. 2 S. 20 E. 1). Haben die Beschwerdeführer die Gesuchsgründe des Beschwerdegegners nicht anerkannt und auf das Gesuch hin einfach geschwiegen, durfte willkürfrei auf Art. 156 Abs. 1 ZPO /GR abgestellt werden, wonach als bestritten gilt, was nicht zugestanden wird (vgl. dazu Bundi/Sonderegger, Die Bestreitungslast im Zivilprozess, SJZ 102/2006 S. 406 ff., S. 409). Diese Bestimmung betrifft zwar die Beweiswürdigung. Ist aber im Rahmen der Beweiswürdigung von Gesetzes wegen vom Stillschweigen auf Bestreitung zu schliessen, darf derselbe Schluss ohne Willkür auch im Zusammenhang mit den Anträgen gezogen werden. Deren wirksame Anerkennung setzte denn auch eine eindeutige Erklärung voraus (vgl. PKG 1974 Nr. 1 S. 49 E. 1; 1978 Nr. 24 S. 80 E. 1). Da somit von Bestreitung der Beschwerdeführer als Gesuchsgegner ausgegangen werden durfte, das Massnahmengesuch aber gutgeheissen wurde, erscheint es nicht als willkürlich, die Beschwerdeführer als unterliegend anzusehen und im Massnahmenverfahren für kostenpflichtig zu erklären (vgl. auch BGE 123 V 156 E. 3c S. 158 und 159 E. 4b).

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführer wenden ein, durch seinen Klagerückzug habe der Beschwerdegegner den Massnahmenentscheid gegenstandslos werden lassen, weshalb ihm zwingend die

Kosten des Massnahmenverfahrens hätten auferlegt werden müssen. Der Klagerückzug sei dem Bezirksgericht bekannt gewesen und hätte im Beschwerdeverfahren gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Massnahmenverfahrens noch berücksichtigt werden können. Das Kantonsgericht hat den Einwand verworfen mit der Begründung, der Beschwerdegegner habe die Klage und nicht das Massnahmengesuch zurückgezogen, so dass Art. 114 Abs. 1 ZPO /GR über die Kostenpflicht im Falle eines Rückzugs der Klage auf die vorliegende Kostenverlegung im Massnahmenverfahren nicht anwendbar sei (E. 4 S. 9 f. des angefochtenen Urteils).

#### **E. 4.1**

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer besteht kein allgemeiner Grundsatz, dass die Kosten des Massnahmenverfahrens zwingend dem Ausgang des Hauptprozesses folgen. Die Kostenaufgabe zu Lasten des im Massnahmenverfahren unterliegenden Gesuchsgegners kann endgültig sein, selbst wenn der Gesuchsteller den Hauptprozess nicht durchführt. Die Lösung beruht auf der Annahme, dass das Massnahmenverfahren, bei dem eine vorläufige Prüfung des Sachverhalts und der Rechtslage genügt, vom Hauptverfahren zu unterscheiden ist. Dementsprechend werden die Kosten für jedes Verfahren getrennt auferlegt. Entscheidend ist für die Kostenverlegung im Massnahmenverfahren dann allein, ob die Voraussetzungen des vorsorglichen Rechtsschutzes von der einen Partei zu Recht behauptet und von der anderen Partei zu Unrecht bestritten worden sind. Bejaht das Gericht diese Voraussetzungen, unterliegt der Gesuchsgegner im Massnahmenverfahren und hat die Kosten dieses Verfahrens ungeachtet der Möglichkeit zu tragen, dass die Massnahme nach eingehender Überprüfung der Sach- und Rechtslage im Hauptverfahren oder zufolge unterbliebener Klage dahinfällt. In einer vergleichbaren Situation befindet sich das Bundesgericht, das eine staatsrechtliche Beschwerde gutheisst und den angefochtenen Entscheid aufhebt, ohne das Ergebnis der Neuurteilung durch die untere Instanz vorausszusehen. Auch in einem solchen Fall werden die Kosten des Beschwerdeverfahrens grundsätzlich dem unterliegenden Beschwerdegegner auferlegt, obwohl der Prozessausgang offen ist. Aus den dargelegten Gründen hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die Kostenaufgabe zu Lasten des im Massnahmenverfahren ganz oder teilweise unterlegenen Gesuchsgegners jeweils nicht als willkürlich beanstandet (z.B. Urteile 4P.56/1990 vom 18. Juli 1990, E. 4, und 4P.57/1990 vom 2. August 1990, E. 3c).

#### **E. 4.2**

Es ist den Beschwerdeführern dagegen beizupflichten, dass in den Prozessordnungen bzw. der Gerichtspraxis mehrheitlich davon ausgegangen wird, die Kostenverlegung im Massnahmenverfahren sei vom Ausgang des Hauptverfahrens abhängig. Es wird angenommen, bezahlte Gerichtskosten des Massnahmenverfahrens könnten im nachfolgenden Hauptprozess geltend gemacht werden (vgl. etwa Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 6b zu § 307 ZPO /AG; Leuenberger/ Uffer-Tobler, a.a.O., N. 3a zu Art. 270 ZPO /SG). Der angerufene Grundsatz, die Kosten des Massnahmenverfahrens müssten nach dem Ergebnis des Hauptprozesses verlegt werden, dürfte die Regel sein, ist aber nicht zwingend und lässt anerkanntermassen Ausnahmen zu. Abweichend vom Ausgang des Hauptverfahrens können die Kosten des Massnahmenverfahrens verlegt werden, wenn der Gesuchsgegner durch sein Verhalten zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen Anlass gegeben hat (vgl. Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3.A. Lausanne 2002, N. 2 zu Art. 109 CPC/VD) bzw. der Erlass der vorsorglichen Massnahme auf Grund besonderer Umstände als gerechtfertigt erscheint (z.B. für die ZPO/LU: LGVE 2002 I Nr.

39 S. 85 f. E. 8 und 9; 2005 I Nr. 32 S. 82 E. 4.2) oder wenn eine enge sachliche Verknüpfung zwischen dem Entscheid über die vorsorgliche Massnahme und der Beurteilung der Hauptsache fehlt (vgl. Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N. 2a zu § 237 ZPO /LU).

#### **E. 4.3**

Die Auffassung der Beschwerdeführer trifft nach dem Gesagten nur beschränkt zu. Wenn nicht sogar allgemein (E. 4.1), zumindest aus sachlichen Gründen (E. 4.2 soeben) können die Kosten des Massnahmenverfahrens unabhängig vom Ausgang des Hauptprozesses verlegt werden. Einzig mit dem Hinweis auf eine Regel, die indes Ausnahmen zulässt, vermögen die Beschwerdeführer Willkür in der kantonsgerichtlichen Annahme, die Kostenzuteilung im Massnahmenverfahren an die Beschwerdeführer sei trotz Klagerückzugs des Beschwerdegegners statthaft, nicht zu begründen (E. 2 hiervor). Ob die angefochtene Kostenauflage unter allen Gesichtspunkten dem Willkürverbot standhält, ist nicht zu prüfen. Das Bundesgericht beschränkt sich im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde auf eine Auseinandersetzung mit den von den Beschwerdeführern genügend klar erhobenen und hinreichend begründeten Rügen ( Art. 90 Abs. 1 lit. b OG ; BGE 130 I 26 E. 2.1 S. 31). Immerhin könnte Willkür aber nicht leichthin angenommen werden, wenn bedacht wird, dass die Beschwerdeführer ohne Angabe von Gründen der gerichtlichen Aufforderung, zum Massnahmengesuch Stellung zu nehmen, keine Folge geleistet haben, was eine Kostenauflage nach dem Erfolgsprinzip rechtfertigen kann (vgl. E. 3.5 hiervor), und dass die Kosten wohl anders verlegt worden wären, hätten die Beschwerdeführer dem Gericht sofort mitgeteilt, sie opponierten der Verfügungsbeschränkung nicht, was sie gemäss ihren späteren Vorbringen im kantonalen Verfahren auch nie getan haben wollen (vgl. etwa Art. 60 ZPO /BE).

#### **E. 5**

Willkür erblicken die Beschwerdeführer schliesslich darin, dass das Kantonsgericht ihre Beschwerde bezüglich der Entschädigungspflicht gutgeheissen, hinsichtlich der Kostenpflicht aber abgewiesen habe. Ihr Einwand trifft insofern zu, als gemäss Art. 122 ZPO /GR die unterliegende Partei in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens (Abs. 1) sowie zusätzlich verpflichtet wird, der obsiegenden Partei alle ihre durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen (Abs. 2). Dieser Gleichlauf von Kosten- und Entschädigungspflicht ist indessen nur die Regel, von der aus sachlichen Gründen abgewichen werden kann. Das Kantonsgericht hat dazu ausgeführt, dass die Beschwerdeführer zufolge ihrer Säumnis im Massnahmenverfahren dem Beschwerdegegner keine Kosten im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO /GR verursacht hätten. Es kann dahingestellt werden, wie es sich mit der Begründung verhält. Denn ihre Verfassungswidrigkeit liesse nach dem soeben in E. 3 und 4 Gesagten nicht die Kostenauflage als willkürlich erscheinen, sondern die Aufhebung der Entschädigungspflicht, die indessen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet (E. 1 hiervor).

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführer rügen ferner eine willkürliche Verletzung des Gebots von Treu und Glauben, weil die Kosten gemäss der superprovisorisch erlassenen Massnahme bei der Prozedur hätten bleiben sollen, dann aber im Massnahmenentscheid entgegen der Ankündigung und ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs endgültig verlegt worden seien.

Auf Grund der kantonalen Akten steht fest, dass der Beschwerdegegner das Massnahmengesuch unter gesetzlicher Kostenfolge stellte, dass der Beschwerdeführer A. \_\_\_\_\_ Rechtsanwalt und Notar von Beruf ist und dass der Beschwerdeführer B. \_\_\_\_\_ vor Erlass der vorsorglichen Massnahme durch einen im Kanton zugelassenen Rechtsvertreter Einsicht in das Massnahmengesuch verlangt und unter Hinweis auf die laufende Vernehmlassungsfrist auch erhalten hat. Mit Rücksicht auf die Fachkenntnis, die somit den Beschwerdeführern anzurechnen war, hat für das Bezirksgericht unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kein Grund bestanden, den Beschwerdeführern seine Absicht, über die Kosten des Verfahrens im Massnahmenentscheid zu befinden, vorgängig mitzuteilen. Daran ändert auch der Hinweis nichts, die Kosten blieben bei der Prozedur, zumal im fraglichen Verfahrensstadium das Massnahmenverfahren die einzige vor Bezirksgericht hängige "Prozedur" und die Klage des Beschwerdegegners erst beim Kreispräsidenten als Vermittler hängig war. Die Rüge der Verletzung des Gebots von Treu und Glauben erweist sich als unbegründet (vgl. dazu PKG 2000 Nr. 8 S. 57 E. 1b).

#### **E. 7**

Aus den dargelegten Gründen müssen die staatsrechtlichen Beschwerden abgewiesen werden, soweit auf sie einzutreten ist. Die Beschwerdeführer werden damit kostenpflichtig ( Art. 156 Abs. 1 OG ).

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