



AR GVP 35/2023 Nr. 3864

Verteilung der Prozesskosten in familienrechtlichen Verfahren (Art. 106 und Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

In familienrechtlichen Verfahren kann die Anwendung des Erfolgsprinzips nach Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO zu unbilligen Resultaten führen, weshalb u.a. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO eine Kostenverlegung nach Ermessen ermöglicht.

Kostenauflage bei fehlender Beteiligung am zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren. Der unterliegenden Partei sind die Kosten auch dann aufzuerlegen, wenn sie sich im Rechtsmittelverfahren nicht äussert.

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 24.08.2023, ERZ 23 44

Aus den Erwägungen:

7.1 Die Vorinstanz hat die Prozesskosten gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO allein der Ehefrau auferlegt und dies damit begründet, eine hälftige Aufteilung der Kosten rechtfertige sich nur, wenn in familienrechtlichen Verfahren eine umfassende Regelung erlassen werde. Vorliegend habe nur über einzelne Regelungspunkte entschieden werden müssen. In diesen Punkten lasse sich ein Unterliegen und Obsiegen feststellen und es rechtfertige sich nicht, dass die Kosten halbiert würden. Mit der Zuweisung der alleinigen Obhut an den Gesuchsteller und den entsprechenden unterhaltsrechtlichen Konsequenzen sowie der Abweisung des Begehrens auf Ausrichtung von Ehegattenunterhalt sei die Ehefrau als unterliegende Partei zu betrachten.

Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, es sei nicht nur um einzelne Regelungspunkte gegangen, sondern die im November 2021 getroffene Getrenntlebensregelung sei umfassend zur Diskussion gestanden. Dabei hätten sich die Begehren betreffend Kinderbetreuung einander angenähert. Die Streitpunkte seien jedoch über das gesamte Verfahren hinweg eng miteinander verwoben gewesen. Der ergangene Entscheid sei das Endresultat einer aufwändigen eheschutzrichterlichen Auseinandersetzung. Es sei verfehlt, im vorliegenden Kontext von einer obsiegenden Partei zu sprechen. Komme hinzu, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners wesentlich höher sei. Es sei deshalb auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO abzustellen.

7.2 Im schweizerischen Zivilprozess werden die Kosten grundsätzlich nach dem Erfolgsprinzip der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei Klageabweisung unterliegt die klagende Partei, bei Gutheissung der Klage die beklagte Partei (DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, S. 195). Dem Erfolgsprinzip liegt die Vermutung zugrunde, dass der im Verfahren Unterliegende die Verfahrenskosten bzw. den Rechtsverfolgungsaufwand 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 Prozesskosten 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 aus-

serrhodischen 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 (BGE 139 III 33 E. 4.2). Art. 107 ZPO gibt dem Gericht deshalb die Möglichkeit, die Prozesskosten nach Ermessen zu verteilen. In den lit. a bis e von Art. 107 Abs. 1 ZPO werden beispielhaft Fälle einer potenziellen Kostenverlegung nach Ermessen aufgezählt. In Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO folgt eine Generalklausel. Zu beachten ist, dass Art. 107 Abs. 1 ZPO eine Kann-Vorschrift darstellt; insbesondere von der Generalklausel sollte nur mit äusserster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden (MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, ZPO, 2012, N. 2 zu Art. 107 ZPO).

Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kann das Gericht in familienrechtlichen Prozessen die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Es spielt dabei grundsätzlich keine Rolle, ob es sich um vermögensrechtliche oder nicht-vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt (GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 107 ZPO). Es ist aber hervorzuheben, dass auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO ist: Soweit das Erfolgsprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (DAVID JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 107 ZPO; im gleichen Sinne RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 1 zu Art. 107 ZPO; anderer Meinung wohl STERCHI, a.a.O., N. 2 zu Art. 107 ZPO). Dies gilt etwa dann, wenn nur im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime liegende Rechtsbeziehungen zwischen den Ehegatten zu regeln sind (Urteil des Obergerichts Zürich RE190015 vom 12. Juni 2020 E. 3.2.4.1; PHILIPP MAIER, Kostenfolgen in familienrechtlichen Prozessen, FamPra 4/2019 S. 1145). Von der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen soll dagegen in Prozessen um die Obhut, die elterliche Sorge oder das Besuchsrecht abgewichen werden, wenn beide Parteien gute Gründe für die Verfechtung ihres Standpunktes hatten (SCHMID/JENT-SØRENSEN, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], ZPO, 3. Aufl. 2021, N. 4 zu Art. 107 ZPO). In eherechtlichen Verfahren kann zudem eine grosse Diskrepanz in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zur Anwendung von Art. 107 ZPO führen (*dieselben*, a.a.O., N. 4b zu Art. 107 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 5A_479/2022 vom 1. Dezember 2022 E. 4.4 in fine).

Praxisgemäss findet bei reinen Kinder- und/oder Ehegatten-Unterhaltsstreitigkeiten Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO in der Regel keine Anwendung (Urteil des Obergerichts O1Z 19 4 vom 7. Juni 2022 E. 5.2; Urteile des Einzelrichters des Obergerichts ERZ 21 40 vom 2. Februar 2022 E. 3.1, ERZ 21 28 vom 28. Januar 2022 E. 3.1 und ERZ 13 28 vom 11. November 2013 E. 4.2; anderer Meinung bezüglich des Kinderunterhalts: MAIER, a.a.O., S. 1144 f.). Davon wird nur unter besonderen Umständen abgewichen, etwa bei sehr unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Ehegatten (Urteil des Obergerichts Zürich RE190015 vom 12. Juni 2020 E. 3.2.4.1).

7.3 Im erstinstanzlichen Verfahren standen die Zuteilung der Obhut und die Betreuungsanteile im Mittelpunkt. Beide Elternteile hatten nachvollziehbare Argumente für den Anspruch auf Zuteilung der Kinder, jedenfalls kann nicht gesagt werden, der Standpunkt der Beschwerdeführerin sei unhaltbar gewesen. Zudem besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Betreuungs- und der Unterhaltsregelung. Es ist nicht angebracht, die Anträge zur Obhut/Betreuung und zum Unterhalt für sich alleine zu betrachten und das Mass des Obsiegens und Unterliegens getrennt zu prüfen (so bereits Urteil des Einzelrichters des Obergerichts ERZ 20 31 vom 20. September 2021 E. 4.2). Es war auch nicht nur über einzelne Regelungspunkte zu entscheiden, wie die Vorinstanz vorträgt, sondern es mussten die Obhut, die Betreuungsanteile und der Unterhalt für die Kinder und die Ehegatten geregelt werden. Es handelt sich dabei um die Hauptpunkte jedes Eheschutzverfahrens. Im Vergleich zum abzuändernden Urteil FE3 21 9 vom 15. November 2021 (Verfahren FE3 21 9 act. 22) entfiel nur

der Punkt des Getrenntlebens, der im ersten Verfahren vor der Vorinstanz indessen – wie in den meisten Eheschutzverfahren – nur eine Nebenrolle gespielt hatte. Zu beachten ist auch, dass Massnahmen im Rahmen eines Eheschutzverfahrens und nicht einer Ehescheidung zur Diskussion standen, weshalb auch dem Aspekt der familiären Schicksalsgemeinschaft eine gewisse Bedeutung zukommt. Es wäre unbillig, allein auf das Obsiegen und Unterliegen, gemessen an den finalen Anträgen der Parteien, und damit auf eine rein mathematische Betrachtung abzustellen. Schliesslich ist anzumerken, dass sich die Anträge, insbesondere des heutigen Beschwerdegegners, im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens nicht unerheblich verändert haben, was typisch ist für sich im Umbruch befindliche Familiengefüge. Das vorinstanzliche Vorgehen, die Kostenverteilung allein auf Art. 106 ZPO zu stützen und keinen Gebrauch vom zustehenden Ermessen nach Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO zu machen, erweist sich nach dem Gesagten als unangemessen.

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht gesagt werden kann, es bestehe eine grosse Diskrepanz in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Es geht dabei nicht um einen Vergleich der Einkommen, sondern des Freibetrages und/oder des Vermögens. Beide Parteien weisen keine namhaften Vermögenswerte und – unter Berücksichtigung der Leistungen für die Kinder – keine Überschüsse auf.

7.4 Weil die Sache spruchreif ist, kann reformatorisch entschieden werden (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Der Beschwerdeinstanz steht dabei volle Kognition zu (FRANCESCA PESENTI, Gerichtskosten [insbesondere Festsetzung und Verteilung] nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2017, Rz. 427). Gemäss Rechtsprechung und Lehre führt die Anwendung von Art. 107 lit. c ZPO im Rahmen eines Eheschutzverfahrens nicht immer, aber häufig zur Halbierung der Prozesskosten (Urteil des Bundesgerichts 5A_479/2022 vom 1. Dezember 2022 E. 4.5.3; JANN SIX, Eheschutz, 2. Aufl. 2014, Rz 1.68 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 2018 61 vom 2. März 2021 E. 3.3.2 mit Hinweis auch auf die Praxis des Obergerichts Zürich; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen FE.2021.2-EZE2 vom 30. August 2021 E. 4). Die Halbierung rechtfertigt sich immer dann, wenn die Parteien Anträge im Interesse des aus ihrer Sicht dem Kind Zuträglichen gestellt haben und nicht, um einen eigenen Nutzen daraus zu ziehen (Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK1 22 110 vom 5. Dezember 2022 E. 4.5). Nur wenn offensichtlich ist, dass ein Elternteil eigene Interessen verfolgt oder seiner unverarbeiteten Enttäuschung oder Wut über den ehemaligen Partner bzw. die ehemalige Partnerin freien Lauf lässt, sind die Kosten mehrheitlich oder ganz einem Elternteil aufzuerlegen (Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen FE.2021.2-EZE2 vom 30. August 2021 E. 4).

Im vorliegenden Fall ist kein von einem der Parteien verfolgter Eigennutz erkennbar. Beide Elternteile wollten das aus ihrer subjektiven Sicht Beste für die Kinder erreichen. Unter diesen Umständen sind die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von den Parteien je zur Hälfte zu übernehmen.

7.5 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde zu schützen. Die Dispositiv-Ziffern 5 und 6 des Urteils der Einzelrichterin des Kantonsgerichts FE3 22 15 vom 28. Juni 2023 sind aufzuheben. Die Entscheidgebühr der Vorinstanz von Fr. 1'200.-- ist den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, unter Anrechnung des vom Beschwerdegegner geleisteten Vorschusses von Fr. 300.-- auf seinen Kostenanteil (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Kostenanteil der Beschwerdeführerin wird zufolge unentgeltlicher Rechtspflege vorläufig auf die Staatskasse genommen (vgl. oben Erwägung 6), unter Vorbehalt der Nachzahlung nach Art. 123 ZPO. Die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen.

9.1 Der Beschwerdegegner hat sich am Verfahren nicht beteiligt. Seine Distanzierung führt aber nicht zum Verlust der Parteistellung (JENNY, a.a.O., N. 8 zu Art. 106 ZPO) und des Kostenrisikos (MAIER, a.a.O., S. 1127; RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N. 5 zu Art. 106 ZPO; gleiches gilt im Verfahren vor dem Bundesgericht: BGE 123 V 156; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_932/2016 vom 24. Juli 2017 E. 2.2.4, wo das Bundesgericht festhält, die Lehre scheine überwiegend der Auffassung zu sein, dass der unterliegenden Partei die Kosten

auch dann aufzuerlegen seien, wenn sie sich nicht äussere; Urteil des Bundesgerichts 4D_69/2017 vom 8. März 2018 E. 6; anderer Meinung wohl das Kantonsgericht Schwyz in seinem Urteil ZK2 2019 12 vom 4. Mai 2020 E. 4). Das Unterliegen des Beschwerdegegners ergibt sich somit nicht aus dem fehlenden Durchdringen mit seinen im Rechtsmittelverfahren gestellten Rechtsbegehren, sondern aus der Gutheissung des Rechtsmittels und der damit verbundenen negativen Veränderung der Kostenverteilung zulasten des Beschwerdegegners (URWYLER/GRÜTTER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 106 ZPO). Anzuführen ist, dass die Parteien vor der Vorinstanz ausdrücklich die Kostentragung durch die jeweilige Gegenseite beantragt haben und das Ergebnis des vorliegenden Entscheids somit bezüglich des *erstinstanzlichen* Rechtsbegehrens des Beschwerdegegners klar einem Unterliegen gleichkommt. Der Kostenauftrag im Rechtsmittelverfahren könnte sich der Beschwerdegegner nur entziehen, wenn eine Justizpanne vorliegen würde (Urteil des Bundesgerichts 5A_87/2022 vom 2. November 2022 E. 4.4.1, mit vielen Hinweisen, nicht publiziert in BGE 149 III 12). Dies ist hier nicht der Fall, denn die Art. 106 und 107 ZPO wurden von der Vorinstanz nicht krass falsch im Sinne der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung angewendet. Die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens sind deshalb dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).