

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 247

Bern, 1. September 2017

Besetzung

Oberrichter Hurni (Referent), Oberrichter Schlup und Oberrichterin
Grütter
Gerichtsschreiber Knecht

Verfahrensbeteiligte

A. _____
als Rechtsnachfolger von
▪ B. _____
▪ C. _____
vertreten durch Fürsprecher D. _____
Kläger/Beschwerdeführer

E. _____ **AG**
vertreten durch Fürsprecher D. _____
Klägerin/Beschwerdeführerin

gegen

F. _____ **AG**
vertreten durch Rechtsanwalt G. _____
Beklagte/Beschwerdegegnerin

Gegenstand

Grunddienstbarkeit, Kostenentscheid

Beschwerde gegen den Kostenentscheid des Regionalgerichts
Bern-Mittelland vom 2. Februar 2017



Regeste:

Kostenliquidation nach abgeschlossenem Vergleich

- Eine Einigung zwischen den Parteien im Vergleich über die Kostenliquidation nach Art. 109 Abs. 1 ZPO liegt nur vor, wenn diese vollstreckungsfähig ist (E. 8.3).
- Überlassen die Parteien beim Abschluss eines Vergleichs die Kostenliquidation dem Gericht, können sie dem Gericht nicht vorschreiben, nach Massgabe welcher Rechtsnormen es diese festzulegen hat (E. 8.4).
- Bei der Kostenliquidation nach Art. 109 Abs. 2 ZPO handelt es sich um einen Ermessensentscheid, in welchen im Rahmen einer Kostenbeschwerde grundsätzlich nur im Falle von Rechtsfehlern bei der Ermessensausübung einzugreifen ist (E. 8.6).

Erwägungen:

(...)

III.

8.

- 8.1 Nach Art. 109 Abs. 1 ZPO trägt bei einem gerichtlichen Vergleich jede Partei die Prozesskosten nach Massgabe des Vergleichs, wobei die Parteien die Kostenverteilung grundsätzlich frei vereinbaren können (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 S. 7298). Enthält der Vergleich keine Regelung, werden die Kosten nach den Artikeln 106-108 ZPO verteilt (Art. 109 Abs. 2 Bst. a ZPO).
- 8.2 In der Vereinbarung vom 19. April 2016 findet sich in Ziffer 14 folgender Passus:
Die Kostenliquidation hat gerichtlich zu erfolgen, und zwar ausschliesslich unter Anwendung des Art. 106 ZPO, nach noch einzureichender Kostennoten der Parteien.
- 8.3 Obwohl sich diese Ziffer im Vergleichsvertrag befindet und damit vorgibt, eine Regelung über die Tragung der Prozesskosten nach Art. 109 Abs. 1 ZPO zu bilden, liegt eine solche gerade nicht vor: Die Parteien waren sich offenbar uneinig darüber, in welchem Verhältnis die Verfahrenskosten unter den Parteien aufzuteilen sind. Sie überliessen es deshalb ausdrücklich dem Gericht, die Kostenliquidation zu regeln («Die Kostenliquidation hat gerichtlich zu erfolgen [...]»). Eine Einigung zwischen den Parteien im Vergleich über die Kostenliquidation liegt damit nicht vor. Denn diese müsste – wie jegliche vergleichsweise getroffene Regelung – einen vollstreckungsfähigen, d.h. klar bestimmten Inhalt aufweisen, so dass das Vollstreckungsgericht diesbezüglich keine eigene Erkenntnistätigkeit entfalten muss (Urteil des Bundesgerichts 4A_269/2012 vom 7. Dezember 2012 E. 3.2). Indem die Parteien die Kostenliquidation dem Gericht überlassen haben, haben sie hierüber offensichtlich keine gültige, d.h. hinreichend bestimmte und damit vollstreckbare Vergleichsregelung getroffen.

- 8.4 Die Beschwerdeführer stellen sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, dass die Parteien immerhin die ausschliessliche Anwendbarkeit des Art. 106 ZPO (Unterliegerprinzip) vereinbart hätten, und leiten daraus ab, dass die Vorinstanz damit keine Kostenverteilung nach Ermessen im Sinne von Art. 107 ZPO hätte vornehmen dürfen. Mit dieser Argumentation gehen die Beschwerdeführer fehl: Gemäss Art. 109 Abs. 2 Bst. a ZPO werden die Kosten nach den Art. 106-108 ZPO verteilt, wenn der Vergleich – wie hier – hinsichtlich der Kostenliquidation keine (gültige und durchsetzbare) Regelung enthält. Dabei handelt es sich um eine Norm des Prozessrechts, die als solche zwingend ist (vgl. statt vieler: HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., 1990, Rz. 34; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., 1984, S. 12 f.). Überlassen die Parteien die Kostenliquidation dem Gericht, weil sie sich nicht auf eine durchsetzbare Regelung einigen können, können sie dem Gericht nicht vorschreiben, nach Massgabe welcher Rechtsnormen es diese festzulegen hat. Das Gericht wendet auch das Prozessrecht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); die anwendbaren Normen stehen dabei nicht zur Parteidisposition. Soweit die Parteien das Gericht in Ziffer 14 des Vergleichs also darauf hätten verpflichten wollen, nur und ausschliesslich Art. 106 ZPO anzuwenden, wäre eine entsprechende Regelung nach Art. 20 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR; SR 220) als nichtig zu betrachten.
- 8.5 Es bleibt damit dabei, dass die Vorinstanz die umstrittene Kostenliquidation nicht nach Art. 106 ZPO sondern nach Art. 109 ZPO vorzunehmen hatte. Diese Norm verweist ihrerseits global auf die «Artikel 106-108», wobei Art. 106 ZPO für die Kostenliquidation bei einem Vergleich keine wirklich passende Regelung enthält: Nicht nur kann bei einer vergleichswisen Regelung keine Partei als unterliegend im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO bezeichnet werden, auch das Kriterium des Verfahrensausgangs nach Art. 106 Abs. 2 ZPO ergibt bei Gegenstandslosigkeit infolge Vergleichs keinen wirklichen Sinn (in diesem Sinne auch TAPPY, in: Code de procédure civile commenté, 2011, N. 16 zu Art. 109 ZPO). Am ehesten lässt sich der Hinweis auf Art. 106 ZPO so verstehen, dass die ursprünglichen Rechtsbegehren der Parteien mit der vergleichsweise getroffenen Regelung zu vergleichen sind und dieses Verhältnis in der Kostenverteilung abzubilden ist (RÜEGG/RÜEGG, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 109 ZPO; TREZZINI, in: Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2011, S. 446; TAPPY, a.a.O., N. 16 zu Art. 109 ZPO). Allerdings kann es sich bei dieser Bemessung des «Vergleichserfolgs» um nicht viel mehr als eine «Inspiration» handeln (TREZZINI, a.a.O., S. 446), bei der dem Gericht letztlich ein Ermessen verbleibt. Eine exakte Abbildung des «Vergleichserfolgs» auf die Kostenliquidation ist schon deshalb nicht möglich, weil Vergleiche häufig Zugeständnisse beinhalten, die über den Rahmen des Prozessstoffes hinausgehen (TAPPY, a.a.O., N. 16 zu Art. 109 ZPO). Aus diesem Grund ist der Rückgriff auf Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO und damit die ermessensweise Verteilung der Prozesskosten letztlich nicht zu vermeiden, wenn die Parteien diesbezüglich keine durchsetzbare Regelung getroffen haben.
- 8.6 Aus dem Gesagten folgt, dass es sich bei der Kostenliquidation nach Art. 109 Abs. 2 ZPO im Ergebnis immer um einen Ermessensentscheid handelt. In einen solchen greift das Obergericht im Rahmen einer Kostenbeschwerde nicht ohne Not ein.

Denn bei der Überprüfung der Ermessensausübung kann sich die Beschwerdeinstanz nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zurückhaltung auferlegen (Urteil des Bundesgerichts 5A_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2). Anders als andere Rechtsmittel – wie etwa die Beschwerde gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die aufsichtsrechtliche Beschwerde im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht oder die Rechtsmittel der Schweizerischen Strafprozessordnung, welche neben der Rechtsanwendungsrüge und vollen bzw. eingeschränkten Sachverhaltsrüge auch die Rüge der Unangemessenheit kennen (Art. 450a Abs. 1 Ziff. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]; Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG; SR 281.1], Art. 393 Abs. 2 Bst. c der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312]; Art. 398 Abs. 3 Bst. c StPO) – kennen die Rechtsmittel der Schweizerischen Zivilprozessordnung nämlich keine Unangemessenheitsrüge. Daraus folgt, dass die oberen kantonalen Zivilgerichte letztlich nur bei Rechtsfehlern bei der Ermessensausübung einzugreifen haben, also bei Ermessensüber- oder -unterschreitung sowie Ermessensmissbrauch. Solche Rechtsfehler liegen etwa vor, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten berücksichtigt werden müssen. In Ermessensentscheide ist schliesslich immer dann einzugreifen, wenn diese zu einem offensichtlich unbilligen Ergebnis oder zu einer stossenden Ungerechtigkeit führten (BGE 136 III 278 E. 2.2.1 S. 279 m.H.).

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.