

## Beschluss vom 21. Juni 2017

ZK2 2016 63

Mitwirkend Kantonsgerichtsvizepräsident Dr. Reto Heizmann,  
Kantonsrichter Dr. Veronika Bürgler Trutmann und Pius Schuler,  
Gerichtsschreiber MLaw Patrick Neidhart.

In Sachen **A.** \_\_\_\_\_,  
Beklagte und Beschwerdeführerin,  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. B. \_\_\_\_\_,

gegen

1. **C.** \_\_\_\_\_  
Kläger und Beschwerdegegner,
2. **D.** \_\_\_\_\_,  
Beklagte und Beschwerdegegnerin,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_

betreffend Kostenbeschwerde  
(Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 3. November  
2016, ZGO 2014 23);-

hat die 2. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben und in Erwägung:

1. a) Am 28. Juli 2014 reichte C.\_\_\_\_\_ gegen D.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ Erbteilungsklage mit folgenden Rechtsbegehren ein (Vi-act. 1):

1. Es sei der Nachlass von F.\_\_\_\_\_, wohnhaft gewesen G.\_\_\_\_\_ festzustellen.
2. Es sei die Erbteilung vorzunehmen unter Berücksichtigung von Gesetz und der letztwilligen Verfügung der Erblasserin F.\_\_\_\_\_ sel. vom 1. März 2007.
3. Die Liegenschaft G.\_\_\_\_\_ in Brunnen (Kat. Nr. XX/Haus und Magazin) sei gestützt auf die letztwillige Verfügung der Erblasserin dem Kläger in Anrechnung an seinen Erbteil zu Alleineigentum zuzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Mit Klageantwort vom 25. September 2014 stellten A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zahlreiche eigene Anträge und beantragten des Weiteren, die Ziff. 1-3 der Klage seien gutzuheissen, während die Ziff. 4 der Klage abzuweisen sei (Vi-act. 5).

Nach zwei Instruktionsverhandlungen vom 27. Februar 2015 (Vi-act. 18) und 9. März 2015 (Vi-act. 53) und der Hauptverhandlung vom 8. Juni 2016 (Vi-act. 66) kam das Bezirksgericht Schwyz am 3. November 2016 in der Kostenfrage zu folgendem Urteil (Vi-act. 73):

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. Die Gerichtskosten von Fr. 32'784.55, bestehend aus der Entscheidungsbüher von Fr. 30'000.00, den Kosten für die Beweisführung von Fr. 2'484.55 und den Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 300.00, werden gestützt auf Art. 106 Abs. 2 ZPO zu 5/9 dem Kläger und zu je 2/9 der Beklagten 1 und der Beklagten 2, unter solidarischer Haftung der beiden Beklagten, auferlegt.

Die Entscheidungsbüher und die Kosten für die Beweisführung werden liquidiert, indem sie mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 18'250.00 und dem von der Beklagten 2 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'250.00 verrechnet werden. Die Bezirksgerichtskasse Schwyz wird angewiesen, dem Kläger den Betrag von Fr. 203.00

zurückzuerstatten und bei der Beklagten 1 den Fehlbetrag von Fr. 7'218.80 und bei der Beklagten 2 den Fehlbetrag von Fr. 5'968.80 nachzufordern. Für die Beklagte 1 bleibt Ziff. 6 vorbehalten.

Die Beklagten 1 und 2 haben dem Kläger ihre Anteile an den Kosten für das Schlichtungsverfahren von je Fr. 66.65 direkt zu ersetzen.

5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 eine Parteientschädigung von Fr. 77.75 und der Beklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 2'228.25 zu bezahlen.
6. Der Beklagten 1 wurde die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 ZPO gewährt.
  - a) Die von ihr zu tragende Entscheidgebühr und die von ihr zu tragenden Kosten für die Beweisführung gemäss Ziff. 4 im Betrag von Fr. 7'218.0 werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
  - b) Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_ wird aus der Gerichtskasse mit Fr. 622.25 (inkl. Auslagen und 8 % MWSt) entschädigt.
  - c) [...]
7. [...]
8. [...]

b) Gegen diesen Kostenentscheid erhob A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin) am 5. Dezember 2016 Beschwerde mit folgenden Anträgen (KG-act. 1):

1. Es sei die vorliegende Beschwerde im Kostenentscheid gutzuheissen und das angefochtene Urteil im Umfang der Ziff. 4, Ziff. 5 sowie Ziff. 6 lit. a und Ziff. 6 lit. b aufzuheben, unter Ausnahme der unter Ziff. 6 gewährten unentgeltlichen Rechtspflege zu Gunsten der Beschwerdegegnerin 2 für das erstinstanzliche Verfahren.
2. Die Prozesskosten – bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung – seien nach Massgabe des Unterliegens zu 7/9 dem Beschwerdegegner 1 und zu je 1/9 der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 2 aufzuerlegen.
3. Die Beschwerdegegner 1 und 2 seien zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von gesamthaft CHF 17'748.35 zu bezahlen.
4. Eventualiter sei die Aufteilung der Prozesskosten – bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung – nach Massgabe des Unterliegens zu bestätigen und zu 5/9 dem Beschwerdegegner 1 und zu je 2/9 der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 2 aufzuerlegen.

Die Beschwerdegegner 1 und 2 seien zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von gesamthaft CHF 15'442.30 zu bezahlen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens zu Lasten des Staates, eventualiter zu Lasten der Beschwerdegegner 1 und 2.

C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegner 1) reichte am 9. Januar 2017 die Beschwerdeantwort ein (KG-act. 10) und D.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdegegnerin 2) am 20. Januar 2017 (KG-act. 13). Beide beantragten, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Die Beschwerdeführerin nahm am 31. Januar 2017 Stellung zu den Eingaben der Gegenparteien (KG-act. 15).

2. a) Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Bei der Frage, ob die Art. 106 ff. ZPO korrekt angewendet wurden, handelt es sich um eine Rechtsfrage, welche das Kantonsgericht frei überprüfen kann (BGer, Urteil 5A\_716/2016 vom 10. Januar 2017, E. 3).

Heisst die Rechtsmittelinstanz eine Beschwerde gut, entscheidet sie neu, wenn die Streitsache spruchreif ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Spruchreif ist die Streitsache, wenn die Beschwerdeinstanz über alle für einen Sachentscheid notwendigen Grundlagen verfügt und kein weiteres Beweisverfahren notwendig ist (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N 11 zu Art. 327 ZPO; Hoffmann-Nowotny/Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a ZPO, 2013, N 13 zu Art. 327 ZPO).

b) Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, die Vorinstanz habe bei der Verteilung der Prozesskosten das massgebliche Unterliegen gemäss Art. 106 ZPO falsch festgestellt. Sie habe das Unterliegen des

Beschwerdegegners 1 in den Anträgen, die Beschwerdegegnerin 2 und die Beschwerdeführerin seien auf den Pflichtteil zu setzen und die umstrittene Liegenschaft sei ihm zu Eigentum zuzuweisen, ausser Acht gelassen. Es rechtfertige sich unter Berücksichtigung der genannten Anträge, die Prozesskosten nach Massgabe des Unterliegens zu 7/9 dem Beschwerdegegner 1 und zu je 1/9 der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 2 aufzuerlegen.

Laut Erwägung 9.1 des angefochtenen Urteils verteilte die Vorinstanz die Gerichtskosten nach dem Ausgang des Verfahrens gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO zu 5/9 dem Beschwerdegegner 1 und zu je 2/9 der Beschwerdegegnerin 2 und der Beschwerdeführerin. Weitere Ausführungen, insbesondere zum Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens, können dem Urteil nicht entnommen werden. Mangels einer einlässlichen Begründung lässt sich die Vorgehensweise der Vorinstanz nicht nachvollziehen, weshalb lediglich das vorinstanzliche Ergebnis der Prozesskostenverteilung auf seine Richtigkeit überprüft werden kann. Dazu ist zunächst anhand des Ausgangs des vorinstanzlichen Verfahrens die Prozesskostenverteilung zu ermitteln.

c) Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Erfolgsprinzip gemäss Art. 106 ZPO beruht auf der Vermutung, dass die unterliegende Partei die Kosten verursachte. Von diesem Prinzip kann nach Massgabe von Art. 107 f. ZPO abgewichen werden, wenn der auf dem Erfolgsprinzip basierende Verteilungsgrundsatz unbillige Resultate nach sich zöge (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 2 zu Art. 106 ZPO). Bei vermögensrechtlichen Klagen ist in der Regel auf das Verhältnis zwischen der verlangten und der im Urteil zugesprochenen Summe abzustellen (Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N 7 zu Art. 106 ZPO).

Bei einer doppelseitigen Klage (*actio duplex*) wie der der vorliegenden Prozesssache zugrundeliegenden Erbteilungsklage kann die beklagte Partei auch eigene Anträge betreffend die Zusprechung von Rechten oder eines Anteils stellen (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 18 zu Art. 222 ZPO; Wolf, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Privatrecht, Die Teilung der Erbschaft, N 70 zu Art. 604 ZGB). Die Beklagten stellen im Rahmen der Erbteilung eigene (Gegen-)Anträge, die, soweit sie von denjenigen des Klägers abweichen, keine Widerklage darstellen. Die Parteien verfolgen zumeist nicht konträre Ziele, sondern unterbreiten dem Gericht in ihren Zuweisungsbegehren verschiedene Varianten, gemäss denen das gemeinsam angestrebte Ziel – die Teilung – konkretisiert werden kann. Jede Partei ist in diesem Verfahren im Grunde genommen sowohl Kläger als auch Beklagter. Im Erbteilungsprozess spricht daher viel für eine Verteilung der Kosten nach richterlichem Ermessen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 ZPO (Weibel, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar zum Erbrecht, 2015, N 36 zu Art. 604 ZGB), dennoch ist aber das Grundprinzip von Art. 106 ZPO anzuwenden, soweit dieses sachgerecht erscheint (Sutter-Somm/Lötscher, Der Erbrechtsprozess unter der Schweizerischen ZPO und seine Stolpersteine für die Praxis, *successio* 2013, S. 354 ff., S. 357).

d) Der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdeführerin beantragten im vorinstanzlichen Verfahren übereinstimmend die Feststellung des Nachlasses der Erblasserin sowie die Teilung dieses Nachlasses. Insofern liegen keine konträren Anträge vor. Entsprechend dem Charakter der Erbteilungsklage als *actio duplex* unterbreiteten der Beschwerdegegner 1 und die Beschwerdeführerin dem Gericht verschiedene Varianten hinsichtlich der Höhe des Nachlasses und der Teilung desselben. Das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen zwischen dem Beschwerdegegner 1 und der Beschwerdeführerin ist demnach anhand dieser unterschiedlichen Varianten zu ermitteln. Die Beschwerdegegnerin 2 reichte gemeinsam mit der Beschwerdeführerin die Klageantwort ein (Vi-act. 5), erklärte kurz danach aber, sie wechsele auf die Seite des Be-

schwerdegegners 1 und lasse sich von diesem vertreten (Vi-act. 7). Nachdem sie zwischenzeitlich Herrn H. \_\_\_\_\_ als weiteren Vertreter ernannt (Vi-act. 18, S. 1) und erklärt hatte, sie nehme vom Prozess Abstand und unterziehe sich im Voraus dem Ergebnis, verlange aber die Herausgabe von Schmuck (Vi-act. 19), entzog sie sowohl H. \_\_\_\_\_ (Vi-act. 30) als auch dem Beschwerdegegner 1 die Vertretungsvollmacht und nahm wieder selber am Prozess teil (Vi-act. 53, S. 2). Mit Schreiben vom 13. März 2016 teilte Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_ mit, er sei von der Beschwerdegegnerin 2 mandatiert worden und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Vi-act. 54). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. Juni 2016 liess die Beschwerdegegnerin 2 beantragen, sie sei mit dem Prozessergebnis im Voraus einverstanden und erkläre Prozessabstand (Vi-act. 66). Mit Beschwerdeantwort vom 20. Januar 2017 beantragt die Beschwerdegegnerin 2, die Beschwerde sei abzuweisen (KG-act. 13). Demzufolge stellt sie die erstinstanzliche Kostenauflegung im gleichen Umfang wie die Beschwerdeführerin nicht in Frage und macht insbesondere nicht geltend, ihr seien keine oder ein geringerer Anteil der Kosten aufzuerlegen. Die Beschwerdegegnerin 2 ist daher gleichermassen als Beklagte zu betrachten wie die Beschwerdeführerin.

e) Aus der vorinstanzlichen Erwägung Ziff. 2 ergibt sich, dass der Beschwerdegegner 1 Forderungen gegenüber dem Nachlass in Höhe von insgesamt Fr. 134'368.32 geltend machte, wovon die Vorinstanz Fr. 33'614.07 gut hiess. Demzufolge unterlag er diesbezüglich im Umfang von Fr. 100'754.25 (Fr. 134'368.32-Fr. 33'614.07). Die Beschwerdeführerin brachte gemäss Erwägung Ziff. 3 Forderungen des Nachlasses gegenüber dem Beschwerdegegner 1 von Fr. 77'684.80 vor, welche die Vorinstanz im Umfang von Fr. 15'200.00 berücksichtigte. Somit obsiegte der Beschwerdegegner 1 betreffend Erwägung Ziff. 3 mit Fr. 62'484.80 (Fr. 77'684.80-Fr. 15'200.00). Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen Ziff. 2 und 3 obsiegte der Beschwerdegegner 1 mit Fr. 96'098.87 (Fr. 33'614.07+Fr. 62'484.80), mithin zu ungefähr 45 % und unterlag mit Fr. 115'954.25 (Fr. 100'754.25+Fr. 15'200.00), also ca. 55 %.

f) Unberücksichtigt bleibt bei dieser Berechnung jedoch, dass der Beschwerdegegner 1 im erstinstanzlichen Verfahren unbestrittenermassen vorbrachte, die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin 2 seien auf den Pflichtteil zu setzen. Weil er diesen Antrag in der Folge zurückzog, unterliegt er mit diesem vollumfänglich (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen im Sinne von Art. 106 ZPO sind grundsätzlich sämtliche Anträge zu berücksichtigen. Zwar erkennt die Praxis bei geringfügigem Überklagen ausnahmsweise trotzdem auf vollständiges Obsiegen (Jenny, a.a.O., N 9 f. zu Art. 106 ZPO), bei dem vorliegenden Antrag, die Beklagten seien auf den Pflichtteil zu setzen, handelt es sich jedoch, wie sogleich gezeigt wird, nicht um ein geringfügiges Überklagen, weshalb das diesbezügliche Unterliegen zu berücksichtigen ist.

Aufgrund des noch nicht erfolgten freihändigen Verkaufs der im Nachlass befindlichen Liegenschaft lässt sich dieser Antrag nicht genau beziffern. Die vorinstanzlichen Erwägung zur Nachlasshöhe umfassen ungefähr acht Seiten (angef. Urteil, S. 6-13), während die Ausführungen zur Nachlassteilung aus etwa drei Seiten bestehen (angef. Urteil, S. 13-15). Somit scheint die strittige Frage der Nachlasshöhe mehr Aufwand bereitet zu haben. Demgegenüber ist unabhängig vom freihändigen Verkauf der Liegenschaft der Antrag, die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin 2 seien auf den Pflichtteil zu setzen, wertmässig von grösserer Bedeutung, weil der Nachlass unter Berücksichtigung des Schätzwerts von Fr. 1'200'000.00 für die Liegenschaft insgesamt Fr. 744'910.39 beträgt. Erben die Parteien zu gleichen Teilen, erhält jede Partei Fr. 248'303.45. Würde hingegen dem Antrag entsprochen und die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin 2 auf den Pflichtteil gesetzt, hätten sie lediglich Anspruch auf je Fr. 186'227.60, während der Beschwerdegegner 1 Fr. 372'455.20 erhielte. Der Pflichtteilsantrag des Beschwerdegegners 1 entspricht somit wertmässig einem Antrag auf Zusprechung von über Fr. 120'000.00. Deshalb rechtfertigt es sich, die beiden strittigen Punkte (Nachlasshöhe und Nachlassteilung) bei der Berechnung von Ob-

siegen und Unterliegen je hälftig zu gewichten. In Bezug auf die Nachlasshöhe unterliegt der Beschwerdegegner zu 55 % (vgl. E. 2e vorstehend) und hinsichtlich der Nachlassverteilung zu 100 %, was gesamthaft einem Unterliegen betreffend die beiden strittigen Punkte von 77.5 % ( $[55\% + 100\%]:2 = 77.5\%$ ), mithin von etwa  $7/9$ , entspricht.

g) Zudem ist die besondere Natur der Erbteilungsklage als *actio duplex* zu berücksichtigen. Nicht alle Anträge der Parteien stehen einander entgegen. In Bezug auf die Liegenschaft, die darauf lastende Hypothek und das Kantonalbankkonto der Erblasserin sind sich die Parteien einig, dass diese Positionen zum Nachlass zu zählen sind. Ausgehend vom Schätzwert der Liegenschaft von Fr. 1'200'000.00 ergibt sich somit ein unbestritten zum Nachlass zu zählender Wert von Fr. 755'628.11. Bei der Verteilung der Prozesskosten ist diesem Umstand ebenfalls Rechnung zu tragen. Weil diesbezüglich kein Ob- oder Unterliegen einer Partei festgestellt werden kann, rechtfertigt es sich, die Prozesskosten hierfür zu gleichen Teilen, d.h. je zu einem Drittel aufzuerlegen.

h) Bei wertmässiger Betrachtung zeigt sich, dass der nicht strittige Teil den Hauptanteil am Nachlass ausmacht. Es erscheint deshalb für die Verteilung der Kosten gerechtfertigt, diesen Teil, obwohl er offenbar weniger Aufwand verursachte, gleich stark zu gewichten wie die strittigen Teile gemäss den vorstehenden Erwägungen 2e und 2f zusammen. Bezüglich der erstinstanzlich umstrittenen Punkte unterlag der Beschwerdegegner 1 zu 77.5 %. Hinsichtlich der nicht umstrittenen Punkte ist von einer Kostentragungspflicht von  $1/3$ , also 33.3 %, auszugehen. Somit unterliegt der Beschwerdegegner 1 insgesamt zu 55.4 % ( $[77.5\% + 33.3\%]:2 = 55.4\%$ ), also zu ungefähr  $5/9$ .

i) Die Vorinstanz auferlegte dem Beschwerdegegner 1 die erstinstanzlichen Prozesskosten zu  $5/9$  und der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 2 zu je  $2/9$ . Diese Kostenverteilung entspricht im Ergebnis den

vorstehenden Ausführungen, weshalb es bei der erstinstanzlichen Gerichts-kostenverteilung bleibt.

j) Die Beschwerdeführerin rügt nebst der Verteilung von Obsiegen und Unterliegen auch die Anordnung der solidarischen Haftung und bringt sinn-gemäss vor, sie und die Beschwerdegegnerin 2 würden keine Prozessge-meinschaft bilden, zumal die Beschwerdegegnerin 2 während des Gerichts-verfahrens mehrmals ihre Parteistellung zwischen dem Beschwerdegegner 1 und der Beschwerdeführerin gewechselt habe. Sind auf klägerischer oder auf beklagter Seite eine Personenmehrheit beteiligt, kann das Gericht die solidari-sche Haftung anordnen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Grundsätzlich haben notwen-dige Streitgenossen ihre gesamten Prozesskosten gemeinsam und solidarisch zu tragen. Eine Ausnahme ist bei Gestaltungs-klagen zu machen, bei denen die Interessen unter den einzelnen Streitgenossen divergieren können. In die-sen Fällen muss ihnen die Möglichkeit zur individuellen Interessenwahrung offenstehen (Sterchi, a.a.O., N 11 zu Art. 106 ZPO). Die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin 2 sind im vorliegenden Erbteilungsprozess als notwendige Streitgenossen auf der beklagtischen Seite aufgetreten. Trotz der notwendigen Streitgenossenschaft haben sie ihre Interessen – zumindest nach Einreichen der gemeinsamen Klageantwort – individuell gewahrt, wes-halb vorliegend von einer Solidarhaftung abzusehen ist. Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin ist somit teilweise gutzuheissen und das angefochtene Urteil anzupassen.

3. a) Sodann rügt die Beschwerdeführerin die Berechnung der Tragung der Parteientschädigung durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz habe sich vom Ge-danken leiten lassen, dass lediglich die Differenz zwischen  $\frac{5}{9}$  und zweimal  $\frac{2}{9}$  zu begleichen sei und habe deshalb dem Beschwerdegegner 1 im Umfang von  $\frac{1}{9}$  die Parteikosten auferlegt. Bei einem Dreiparteienverhältnis sei aber die Verrechnung von lediglich zwei Positionen ausgeschlossen und zudem sei

dem Beschwerdegegner 1 keine Parteientschädigung zugesprochen worden, was die Differenzrechnung des Bezirksgerichts Schwyz ad absurdum führe.

b) Obsiegen die Parteien nur teilweise, wird in der Praxis in der Regel eine vereinfachte Berechnungsmethode angewendet, gemäss derer auf der Ebene der Bruchteile verrechnet wird, d.h., es wird die Differenz der Bruchteile berechnet, und die mehrheitlich unterliegende Partei verpflichtet, der überwiegend obsiegenden Partei deren Parteientschädigung multipliziert mit dieser Differenz der Bruchteile zu bezahlen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, Rz. 10.38; Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2013, N 8 zu Art. 106 ZPO; Vogel/Spühler/Gehri, Grundriss des Zivilprozessrechts, 2006, S. 297; Zotsang, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, S. 197). Die vereinfachte Methode negiert jedoch die individuelle Berechnung des Prozessschadens der Parteien und führt unter Umständen zu einem ungerechten Ergebnis. Im Extremfall bedeutet dies, dass wenn bei hälftigem Obsiegen eine Partei gar keinen Prozessschaden hat, auch die andere Partei keinen machen darf, ansonsten letztere – obwohl zur Hälfte obsiegend – auf ihrem Verfahrensschaden zur Gänze sitzen bliebe (Kantonsgericht Graubünden, Urteil ZB 06 26 vom 19. Februar 2007, PKG 2007 S. 28 ff., E. 4b). In casu führte dies dazu, dass die durch die vorinstanzliche Anwendung der vereinfachten Methode der Beschwerdegegner 1 gemäss dem angefochtenen Urteil, obwohl er zu 5/9 unterlag, lediglich 1/9 der entstandenen Parteikosten hätte tragen müssen. Ein solches Ergebnis erscheint stossend. Bestehen starke Unterschiede beim individuellen Prozessschaden, insbesondere wenn nicht alle Parteien anwaltlich vertreten sind, ist daher von der vereinfachten Methode abzusehen und stattdessen die Parteientschädigungen aller Parteien zusammenzuzählen und dieses Kostentotal entsprechend dem prozentualen Erfolg auf die Parteien zu verteilen (vgl. zur Berechnungsmethode: Rüegg, a.a.O., N 8 zu Art. 106 ZPO).

c) Unbestritten blieb die erstinstanzliche Festsetzung der Honorare für die Vertreter der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin 2 in Höhe von Fr. 20'054.40 (Beschwerdeführerin) bzw. Fr. 700.00 (Beschwerdegegnerin 2). Ebenfalls nicht angefochten wurde, dass dem Beschwerdegegner 1 keine Parteientschädigung zugesprochen wurde, weil dieser nicht anwaltlich vertreten war. Demnach betragen die Parteientschädigungen zusammengezählt Fr. 20'754.40 (Fr. 20'054.40+Fr. 700.00). Von dieser Parteientschädigung hat der Beschwerdegegner 1  $\frac{5}{9}$ , mithin Fr. 11'530.20 und die Beschwerdeführerin sowie die Beschwerdegegnerin 1 je  $\frac{2}{9}$ , also Fr. 4'612.10 zu tragen. Der Beschwerdegegner 1 hat somit die Beschwerdeführerin mit Fr. 11'141.30 ( $\frac{5}{9}$  von Fr. 20'054.40) und die Beschwerdegegnerin 2 mit Fr. 388.90 ( $\frac{5}{9}$  von Fr. 700.00) zu entschädigen. Die Beschwerdegegnerin 2 hat der Beschwerdeführerin Fr. 4'456.55 ( $\frac{2}{9}$  von Fr. 20'054.40) abzüglich ihres Anspruchs von Fr. 155.55 ( $\frac{2}{9}$  von Fr. 700.00), mithin Fr. 4'301.00 zu bezahlen.

4. Der Beschwerdegegnerin 2 wurde die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Demzufolge sind die von ihr zu tragende erstinstanzliche Entscheidungsbüher (Fr. 6'666.67) und die von ihr zu tragenden erstinstanzlichen Kosten für die Beweisführung (Fr. 552.12) von insgesamt Fr. 7'218.80 einstweilen auf die Bezirksgerichtskasse zu nehmen. Darüber hinaus ist der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 2 im Umfang der Differenz seiner Kostennote und der durch den Beschwerdegegner 1 an die Beschwerdegegnerin 2 zu bezahlenden Parteientschädigung, mithin mit Fr. 311.10 (inkl. Auslagen und 8 %MWST) einstweilen aus der Bezirksgerichtskasse zu entschädigen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO.

5. Zusammenfassend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und das angefochtene Urteil in den Dispositivziffern 4, 5 sowie 6 lit. a und b aufzuheben und anzupassen.

a) Die Beschwerdeführerin obsiegt bezüglich der nicht mehr angeordneten solidarischen Haftung und hinsichtlich der Berechnung der Parteientschädigungen. Hingegen unterliegt sie mit ihrem Hauptantrag auf Verteilung der erstinstanzlichen Kosten im Verhältnis 7/9 zu je 1/9. Weil die Frage der solidarischen Haftung von untergeordneter Bedeutung ist, was auch der Ansicht der Beschwerdeführerin entspricht (vgl. KG-act. 1, Ziff. 2.7), rechtfertigt es sich, von einem hälftigen Obsiegen auszugehen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'000.00 sind somit der Beschwerdeführerin zur Hälfte (Fr. 500.00) und den Beschwerdegegnern je zu einem Viertel (je Fr. 250.00) aufzuerlegen. Die Beschwerdeführerin leistete einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00. Praxisgemäss bezieht das Kantonsgericht die Verfahrenskosten vom geleisteten Kostenvorschuss. Weil der Beschwerdegegner 2 für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist und demzufolge ihr Anteil an den Kosten des Beschwerdeverfahrens einstweilen auf die Kantonsgerichtskasse zu nehmen ist (vgl. E. 6 nachfolgend), werden nur die Kostenanteile der Beschwerdeführerin und des Beschwerdegegners 1 (Fr. 500.00+Fr. 250.00) vom Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin bezogen. Im übrigen Umfang (Fr. 250.00) ist der Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin aus der Kantonsgerichtskasse zurückzuerstatten. Der Beschwerdegegner 1 ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 250.00 zu bezahlen.

b) Überdies sind die Parteientschädigungen für das Beschwerdeverfahren analog zu den Ausführungen in Erwägung 3 zu tragen.

aa) Der Beschwerdegegner 1 wurde auch im Beschwerdeverfahren nicht anwaltlich vertreten, weshalb ihm keine Parteientschädigung zusteht.

bb) Der Aufwand der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin ist anhand des Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA) festzulegen. Der Gebührentarif sieht für das Beschwerdeverfahren ein Honorar von Fr. 180.00 bis

Fr. 2'400.00 (§ 12 GebTRA) vor. Innerhalb dieses Tarifr Rahmens bestimmt sich die Höhe des Honorars nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 GebTRA). Wird die Vergütung pauschal zugesprochen, gilt die Mehrwertsteuer als in diesem Betrag enthalten (§ 2 Abs. 2 GebTRA). Für das Beschwerdeverfahren reichte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin keine Honorarnote ein. Das Gericht hat deshalb das Honorar gestützt auf § 6 Abs. 1 GebTRA ermessensweise festzusetzen. Der Aufwand der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin bestand im Wesentlichen in der Erstellung der rund neunseitigen Beschwerdeschrift sowie einer fünfseitigen Stellungnahme zur Beschwerdeantwort, wobei sich keine besonders komplexen Rechtsfragen stellten. In Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand erscheint eine Entschädigung von pauschal Fr. 800.00 (inkl. Auslagen und MWST) als angemessen (vgl. § 2 GebTRA).

cc) Der Beschwerdegegnerin 2 ist – wie nachfolgend aufgezeigt wird (E. 6) – auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Ist der Anwalt als unentgeltlicher Rechtsvertreter von der öffentlichen Hand zu entschädigen, wird ihm nach Massgabe von § 2 Abs. 1 GebTRA ein Stundenansatz von Fr. 180.00 bis Fr. 220.00 nebst den Auslagen vergütet (§ 5 Abs. 1 GebTRA). Gemäss den Richtlinien der Gerichtspräsidentenkonferenz vom 3. November 2003 beträgt der Honoraransatz für unentgeltliche Rechtsvertreter in der Regel Fr. 180.00 je Stunde zuzüglich Auslagen und MWST. Für das Beschwerdeverfahren wurde keine Honorarnote eingereicht. Das Gericht hat deshalb das Honorar gestützt auf den Gebührentarif für Rechtsanwälte ermessensweise festzusetzen (vgl. § 6 Abs. 1 GebTRA). Der Aufwand für das Beschwerdeverfahren beschränkt sich im Wesentlichen auf das Ausarbeiten der rund sechsseitigen Beschwerdeantwort. In der vorliegenden Streitsache stellten sich keine komplexen Rechtsfragen und auch die

notwendigen Sachverhaltsabklärungen waren nicht schwierig. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 2 ist für das Beschwerdeverfahren daher ermessensweise mit pauschal Fr. 600.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) für seine Aufwendungen entschädigen.

dd) Die Parteien haben die Entschädigungen im Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen. Der Beschwerdegegnerin 2 ist demnach ein Viertel der Parteikosten der Beschwerdeführerin von Fr. 800.00, also Fr. 200.00, und der Beschwerdeführerin die Hälfte der Parteientschädigung für die Beschwerdegegnerin 2, d.h. Fr. 300.00, aufzuerlegen. Die Beschwerdeführerin hat somit nach Verrechnung dieser Positionen der Beschwerdegegnerin 2 unter dem Titel Parteientschädigung Fr. 100.00 (Fr. 300.00-Fr.200.00) zu bezahlen. Der Beschwerdegegner ist zu verpflichten, die Beschwerdeführerin mit einem Viertel ihrer Parteikosten, mithin Fr. 200.00, und die Beschwerdegegnerin ebenfalls mit einem Viertel der Parteientschädigung, d.h. Fr. 150.00, zu entschädigen.

6. a) Die Beschwerdegegnerin 2 beantragt mit Beschwerdeantwort vom 20. Januar 2017 die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren (KG-act. 13). An ihrer finanziellen Situation habe sich seit der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren nichts geändert. Sie lebe bei jährlichen Renteneinnahmen von Fr. 21'432.00 sowie einer Akontozahlung aus Liegenschaftsertrag Erbschaft von Fr. 4'800.00 mit jährlichen Ausgaben von Fr. 28'260.00. Sie reichte hierzu das Berechnungsblatt der Ergänzungsleistungen der Ausgleichskasse ein (KG-act. 13/1). Die dringend notwendigen Ergänzungsleistungen würden ihr aufgrund der unverteilteten Erbschaft nicht gewährt, sondern es werde ihr ein fiktiver Vermögensertrag von Fr. 5'989.00 angerechnet. Es verbleibe daher ein jährlicher Fehlbetrag von Fr. 2'028.00.

b) Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst gemäss Art. 118 Abs. 1 ZPO die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (lit. a), die Befreiung von Gerichtskosten (lit. b) sowie die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (lit. c). Für den Nachweis der Mittellosigkeit genügt das Glaubhaftmachen. Dabei ist der Gesuchsteller verpflichtet, seine Einkommens- und Vermögenssituation umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen (Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, Rz. 676 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist die unentgeltliche Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren erneut zu beantragen. Wurde einer Partei für das erstinstanzliche die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise bewilligt und liegt dieser Entscheid zeitlich nicht weit – weniger als ein Jahr – zurück, wäre es überspitzt formalistisch, wenn die Rechtsmittelinstanz vom Gesuchsteller nochmals alle detaillierten Auskünfte und Belege zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen verlangen würde. Es muss in diesen Fällen genügen, wenn sich der Gesuchsteller dazu äussert, welche Einkommens-, Bedarfs-, Schuld- und Vermögenspositionen sich seit dem erstinstanzlichen Bewilligungsentscheid in welchem Masse veränderte (Bühler, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N 137 zu Art. 119 ZPO).

c) Gemäss den Angaben der Gesuchstellerin veränderte sich ihre finanzielle Situation im Zeitraum zwischen dem erstinstanzlichen Bewilligungsentscheid und dem Gesuch im Beschwerdeverfahren nicht, was sich auch mit dem eingereichten Berechnungsblatt der Ergänzungsleistungen (KG-act. 13/1) deckt. Gemäss diesen Ausführungen und den im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen (Vi-act. 56 und 57 inkl. der zugehörigen Beilagen) übersteigen somit die jährlichen Ausgaben die Einnahmen, weshalb ein Fehl-

betrag resultiert. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist deshalb gutzuheissen, zumal die Rechtsbegehren vorab nicht als aussichtslos einzustufen waren und der Beizug eines Rechtsvertreters gerechtfertigt war. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 2 ist für das Beschwerdeverfahren somit im Umfang der Differenz zwischen der ihm zugesprochenen Entschädigung von Fr. 600.00 (vgl. E. 5b.cc vorstehend) und der durch die Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegner 1 zu bezahlenden Entschädigungen von Fr. 250.00 (Fr. 150.00+ Fr. 100.00), mithin mit Fr. 350.00, aus der Kantonsgerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO);-

#### **beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Dispositivziffer 4, 5 sowie 6a und 6b des Entscheids des Bezirksgerichts Schwyz vom 3. November 2016 (ZGO 2014 23) werden aufgehoben und wie folgt ersetzt:

4. Die Gerichtskosten von Fr. 32'784.55, bestehend aus der Entscheidgebühr von Fr. 30'000.00, den Kosten für die Beweisführung von Fr. 2'484.55 und den Kosten für das Schlichtungsverfahren von Fr. 300.00, werden zu 5/9 (Fr. 18'213.65) dem Kläger und zu je 2/9 (Fr. 7'285.45) der Beklagten 1 und der Beklagten 2 auferlegt.

Die Entscheidgebühr und die Kosten für die Beweisführung werden liquidiert, indem sie mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 18'250.00 und dem von der Beklagten 2 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'250.00 verrechnet werden. Die Bezirksgerichtskasse wird angewiesen, dem Kläger den Betrag von Fr. 203.00 zurückzuerstatten und bei der Beklagten 1 den Fehlbetrag von Fr. 7'218.80 und bei der Beklagten 2 den Fehlbetrag von Fr. 5'968.80 nachzufordern. Für die Beklagte 1 bleibt Ziff. 6 vorbehalten.

Die Beklagten 1 und 2 werden verpflichtet, dem Kläger ihre Anteile an den Kosten für das Schlichtungsverfahren von je Fr. 66.65 zu bezahlen.

5. a) Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 1 eine Parteientschädigung von Fr. 388.90 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) und der Beklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 11'141.30 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen.  
b) Die Beklagte 1 wird verpflichtet, der Beklagten 2 eine Parteientschädigung von Fr. 4'301.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen.
6. Der Beklagten 1 wurde die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 ZPO gewährt.
  - a) Die von ihr zu tragende Entscheidgebühr und die von ihr zu tragenden Kosten für die Beweisführung gemäss Ziff. 4 im Betrag von Fr. 7'218.80 werden einstweilen auf die Bezirksgerichtskasse genommen.
  - b) Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_ wird aus der Bezirksgerichtskasse mit Fr. 311.10 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) entschädigt.
  - c) [...]

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'000.00 werden der Beschwerdeführerin zur Hälfte (Fr. 500.00) und dem Beschwerdegegner 1 und der Beschwerdegegnerin 2 zu je einem Viertel (Fr. 250.00) auferlegt. Im Umfang von Fr. 750.00 werden sie vom geleisteten Kostenvorschuss der Beschwerdeführerin von Fr. 1'000.00 bezogen. Der Restbetrag von Fr. 250.00 wird der Beschwerdeführerin aus der Kantonsgerichtskasse zurückerstattet. Der Beschwerdegegner 1 hat der Klägerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 250.00 zu bezahlen. Für die Beschwerdegegnerin 2 bleibt Ziff. 4 vorbehalten.
3. a) Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin 2 für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 100.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen.  
b) Der Beschwerdegegner 1 wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von

Fr. 200.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) und der Beschwerdegegnerin 2 eine Parteientschädigung von Fr. 150.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) zu bezahlen.

4. a) Das Gesuch der Beschwerdegegnerin 2 um unentgeltliche Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird gutgeheissen und Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_ als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
  - b) Die der Beschwerdegegnerin 2 auferlegten Kosten für das Beschwerdeverfahren von Fr. 250.00 werden einstweilen auf die Kantonsgerichtskasse genommen.
  - c) Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_ wird für das Beschwerdeverfahren aus der Kantonsgerichtskasse mit Fr. 350.00 (inkl. Auslagen und 8 % MWST) entschädigt.
  - d) Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht der unentgeltlich vertretenen Partei gemäss Art. 123 ZPO, sobald sie dazu in der Lage ist.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Verfassungsbeschwerde beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; vorbehalten bleibt die Geltendmachung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung mit Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG, die in der gleichen Rechtsschrift bzw. bei alleiniger Einlegung innert derselben Frist einzureichen ist. Die Beschwerdeschrift muss Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 19'162.85.

6. Zufertigung an Rechtsanwältin lic. iur. B. \_\_\_\_\_ (2/R), C. \_\_\_\_\_ (1/R), Rechtsanwalt lic. iur. E. \_\_\_\_\_ (2/R), an die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 2. Zivilkammer  
Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

23. Juni 2017 rfl