Urteilskopf

139 III 358

50. Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Y. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_352/2013 vom 22. August 2013

Regeste (de):
Art. 106 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; Kostenverteilung im Scheidungsverfahren.

Bei Rückzug der Scheidungsklage sind die Prozesskosten grundsätzlich der klagenden Partei aufzuerlegen (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 106 al. 1 et art. 107 al. 1 let. c CPC; répartition des frais en procédure de divorce.

En cas de retrait de l'action en divorce, les frais sont en principe mis à la charge de la partie demanderesse (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 106 cpv. 1 e art. 107 cpv. 1 lett. c CPC; ripartizione delle spese nella procedura di divorzio.

In caso di ritiro dell'azione di divorzio le spese sono in linea di principio poste a carico dell'attore (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 358

BGE 139 III 358 S. 358

A. Y. reichte am 21. September 2011 beim Regionalgericht Bern-Mittelland eine Klage auf Scheidung von seiner Ehefrau, X., ein. Die Einigungsverhandlung fand am 7. Februar 2012 statt. Am 25. April 2012 reichte Y. die schriftlich begründete Scheidungsklage ein und X. antwortete darauf am 27. August 2012. Das Regionalgericht setzte die Hauptverhandlung auf den 11. Dezember 2012 an. Am 6. Dezember 2012 zog Y. die Scheidungsklage zurück. Hinsichtlich der Kostenliquidation beantragte X. darauf hin, die Gerichtskosten Y. aufzuerlegen und ihn zu verurteilen, ihr eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.- zu bezahlen. Y. beantragte, die Gerichtskosten zu halbieren und die Parteikosten wettzuschlagen. Mit Verfügung vom 7. Januar 2013 stellte der Gerichtspräsident des Regionalgerichts den Klagerückzug fest und schrieb das Verfahren als gegenstandslos ab. Die Gerichtskosten von Fr. 3'436.-

BGE 139 III 358 S. 359

auferlegte er den Parteien je zur Hälfte. Y. wurde verurteilt, X. eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inkl.

MwSt) zu bezahlen. Weitergehende Parteikosten sollten die Parteien selber tragen.

B. Am 20. Januar 2013 erhob X. im Kostenpunkt Beschwerde an das Obergericht des Kantons Bern. Sie verlangte, die Gerichtskosten Y. aufzuerlegen und ihn zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 8'000.- (inkl. MwSt) zu verpflichten. Mit Entscheid vom 8. April 2013 wies das Obergericht die Beschwerde kostenfällig ab.

C. Am 13. Mai 2013 hat X. (Beschwerdeführerin) Beschwerde in Zivilsachen und eventuell subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben. Sie verlangt die Aufhebung des Entscheids des Obergerichts und beantragt, die erstinstanzlichen Gerichtskosten Y. (Beschwerdegegner) aufzuerlegen und ihn zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 8'000.- (inkl. MwSt) zu verpflichten. Desgleichen verlangt sie, ihm die obergerichtlichen Gerichtskosten aufzuerlegen und ihn zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 1'400.- (inkl. MwSt) zu verurteilen. Das Obergericht beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Der Beschwerdegegner ersucht um Abweisung der Beschwerde. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, auferlegt dem Beschwerdegegner die Gerichtskosten des kantonalen Verfahrens und verpflichtet ihn, die Beschwerdeführerin für das kantonale Verfahren zu entschädigen. Zur Bestimmung dieser Parteientschädigungen weist es die Sache an das Obergericht zurück. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Nach Ansicht des Obergerichts sind die Kosten im Scheidungsverfahren stets nach Ermessen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) zu verteilen, also auch dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - die klagende Partei die Klage zurückgezogen hat. Bereits die frühere Zivilprozessordnung des Kantons Bern (Gesetz vom 7. Juli 1918 über die Zivilprozessordnung) habe in Art. 58 eine Möglichkeit zur ermessensweisen Kostenverteilung enthalten. Die Verteilung abweichend vom Unterliegerprinzip (wie es in Art. 106 Abs. 1 ZPO zum Ausdruck komme) solle die Parteien veranlassen,

Streitigkeiten wenn möglich aussergerichtlich zu erledigen. Der Anreiz zur aussergerichtlichen Einigung müsse auf beiden Seiten bestehen, weshalb auch die Kostenfolge beiden Seiten drohen soll. Bei einer Verteilung nach Unterliegerprinzip würde der Anreiz zu einer Einigung für die klagende Partei wegfallen. Nach der Botschaft zur ZPO sollten zumindest Scheidungen auf gemeinsames Begehren generell Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO unterstehen. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO umfasse jedoch nicht nur Scheidungen auf gemeinsames Begehren, sondern alle eherechtlichen Verfahren und damit auch Scheidungsklagen, weshalb auch in diesem Fall die Kosten nach Ermessen zu verteilen seien. Nach der Berner Praxis seien die Gerichtskosten grundsätzlich - und auch im vorliegenden Falle - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Grundsätzlich trügen nach der Berner Praxis sodann die Parteien ihre jeweiligen Parteikosten selber. Vorliegend habe der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin jedoch mit Fr. 2'000.- zu entschädigen, da er durch den späten Rückzug der Klage erst kurz vor der Hauptverhandlung unnötige Kosten verursacht habe (Art. 108 ZPO).

3. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten (d.h. Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend, bei Klageanerkennung die beklagte Partei. Art. 107 ZPO sieht für verschiedene typi-

sierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann (vgl. BGE 139 III 33 E. 4.2 S. 35). Dies ist unter anderem "in familienrechtlichen Verfahren" der Fall (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Unzulässig ist es jedenfalls, unter Berufung auf die Ermessensbestimmung von Art. 107 ZPO eine bisherige kantonale Regelung und Praxis einfach weiterzuführen. Die Rechtsanwendung muss vor der eidgenössischen ZPO standhalten und an diesem Massstab entscheidet sich, ob eine Anordnung, die im Ergebnis einer früheren kantonalen Regelung oder Praxis entspricht, zulässig ist oder nicht. Nach seinem klaren Wortlaut ist Art. 107 ZPO eine "Kann"-Bestimmung. Das Gericht verfügt im Anwendungsbereich dieser Norm nicht nur über Ermessen, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will. Im Zusammenhang mit Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO ist allerdings

umstritten, wie dieses "Kann" im Ingress dieser Norm zu verstehen ist und welches das Verhältnis zu Art. 106 ZPO ist. Während manche Autoren in familienrechtlichen Verfahren die ermessensweise Kostenverteilung gemäss Art. 107 ZPO zur Regel erheben (ROLAND FANKHAUSER, Das Scheidungsverfahren nach neuer ZPO, FamPra.ch 2010 S. 754 f.; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, N. 1 f. zu Art. 107 ZPO; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 2 zu Art. 107 ZPO; ADRIAN URWYLER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2011, N. 5 zu Art. 107 ZPO; vgl. allgemein auch FRANCESCO TREZZINI, in: Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC]del 19 dicembre 2008, 2011, S. 437), bestehen andere darauf, dass Art. 106 ZPO den Grundsatz darstelle und Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO nur bei besonderen Umständen zum Zuge komme (DAVID JENNY, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 107 ZPO; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 16 Rz. 36; im Ergebnis auch VIKTOR RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 1 f. zu Art. 107 ZPO); wieder andere sehen zwischen diesen Normen kein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis, sondern äussern sich zu einzelnen Fallgruppen, in denen die eine oder andere Regel besser passe (DENIS TAPPY, in: CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, N. 18 ff. zu Art. 107 ZPO). Dazu, wie es sich im Speziellen bei Rückzug einer Scheidungsklage verhält, äussert sich die Lehre jedoch soweit ersichtlich nicht. Auch den Materialien lässt sich dazu nichts Entscheidendes entnehmen: Art. 107 ZPO geht auf Art. 98 des Vorentwurfs der ZPO (VE-ZPO) zurück und der letztgenannte Artikel enthielt gemäss seinem deutschen und französischen Wortlaut die "Kann"-Formulierung noch nicht. Stattdessen sah er vor, dass das Gericht die Kosten in den aufgezählten Fällen nach Ermessen verteilt, d.h. also, dass das Gericht die Kosten in diesen Fällen immer nach Ermessen verteilen muss (vgl. dazu auch FANKHAUSER, a.a.O., S. 755 Fn. 7). Allerdings enthielt die italienische Fassung von Art. 98 VE-ZPO bereits die "Kann"-Formulierung. Die "familienrechtlichen Verfahren" waren allerdings noch nicht Gegenstand von Art. 98 VE-ZPO. Art. 105 des Entwurfs zur ZPO (E-ZPO) enthielt dann, wie der geltende Art. 107 ZPO, in allen Fassungen die "Kann"-Formulierung

und die Norm erstreckte sich neu auch auf die familienrechtlichen Verfahren. Die Formulierung im Entwurf scheint zahlreichen Anliegen aus der Vernehmlassung zum Vorentwurf entgegengekommen zu sein (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7297 Ziff. 5.8.2 zu Art. 105 E-ZPO). In der Vernehmlassung wünschten manche zwecks Stärkung des allgemeinen Grundsatzes des heutigen

Art. 106 ZPO die Abschwächung der Ermessensverteilung zur "Kann"-Bestimmung, andere - unter Hinweis auf bisherige kantonale Regelungen und die entsprechende Praxis - die Aufnahme der familienrechtlichen Verfahren in den Katalog des heutigen Art. 107 ZPO (Zusammenstellung der Vernehmlassungen, 2004, S. 287 ff.). Der Botschaft lässt sich im vorliegenden Zusammenhang nur entnehmen, dass der Billigkeitsnorm von Art. 105 E-ZPO typischerweise die familienrechtlichen Verfahren unterstehen. Bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren liege ein billiger Kostenentscheid sogar auf der Hand, da es sinnwidrig wäre, in diesen Verfahren von obsiegenden und unterliegenden Parteien zu sprechen (Botschaft, a.a.O., 7297 Ziff. 5.8.2 zu Art. 105 E-ZPO). Dass der Klagerückzug dem Unterliegerprinzip unterworfen sein sollte, wurde im Übrigen ebenfalls erst im Entwurf in den Normtext aufgenommen (Art. 104 Abs. 1 E-ZPO), nachdem dies im Vorentwurfsstadium einzig dem Bericht, nicht aber dem Normtext zu entnehmen war (Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, 2003, zu Art. 97 VE-ZPO). Den Materialien lässt sich damit weder eine Aussage zur Kostenverteilung bei Scheidung auf Klage noch zum Spezialfall des Rückzugs der Scheidungsklage entnehmen. Die Vorinstanz hat angeführt, die generelle Unterstellung des Rückzugs der Scheidungsklage unter Art. 107 ZPO sei auch dadurch gerechtfertigt, dass sonst ein Anreiz für die klagende Person zur Einigung bzw. Versöhnung wegfallen würde. Dem kann nicht gefolgt werden: Die Vorinstanz weist zwar zu Recht darauf hin, dass das Scheidungsrecht und das entsprechende Verfahrensrecht die Einigung der Ehegatten über die Scheidung und ihre Folgen begünstigt. Dies hat aber nichts mit der Frage zu tun, wie die Kosten zu verteilen sind, wenn es nach Einreichung einer Scheidungsklage nicht zu einer solchen Einigung (und gegebenenfalls der Weiterführung des Scheidungsverfahrens als solchem auf gemeinsames Begehren) kommt, sondern zu einem Klagerückzug. Auch ein wesentlicher Zusammenhang mit den Aussichten auf eine Versöhnung (also dem

Verzicht auf ein Scheidungsverfahren) ist nicht ersichtlich: Ein Scheidungsverfahren hat einschneidende Konsequenzen in persönlicher und häufig auch in finanzieller Hinsicht. Diese Gesichtspunkte stehen im Vordergrund bei der Frage, ob eine Versöhnung erzielt werden kann. Eine Versöhnung ist zudem am ehesten im Anfangsstadium eines Prozesses möglich, so dass die Prozesskosten bis zu diesem Zeitpunkt in der Regel eher moderat ausfallen und sie deshalb für die Versöhnungsaussichten kaum ins Gewicht fallen dürften. Im Übrigen hindert die Parteien in einem solchen Fall nichts, einen Vergleich über die Kosten abzuschliessen (Art. 109 ZPO).
Angesichts dessen, dass das Gesetz die Kostenverteilung bei Klagerückzug ausdrücklich in Art. 106 Abs. 1 ZPO regelt und dass es sich bei Art. 107 ZPO um eine blosse "Kann"-Bestimmung handelt, muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die Kosten bei Rückzug der Scheidungsklage grundsätzlich der klagenden Partei aufzuerlegen sind. Die blosse Tatsache, dass es sich um ein familienrechtliches Verfahren handelt, vermag ein Abrücken von der klaren Regelung von Art. 106 Abs. 1 ZPO noch nicht zu rechtfertigen. Insbesondere ist die vorliegende Konstellation weder mit einem durch materielles Urteil abgeschlossenen Scheidungsverfahren vergleichbar, bei dem es allenfalls schwierig ist, von unterliegender und obsiegender Partei zu sprechen, noch lässt sie sich mit einer Scheidung auf gemeinsames Begehren vergleichen, wo die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens von den Ehegatten gemeinsam veranlasst wird. Vorliegend hat vielmehr der Beschwerdegegner das Verfahren selber eingeleitet und danach auch wieder parteiautonom beendet. Dass der Beschwerdeführerin für den einen oder anderen Entscheid des Beschwerdegegners eine Mitverantwortung zuzuordnen wäre, die sich kostenmässig auswirken müsste, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Auch andere Gründe, die vorliegend für eine Abweichung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sprechen könnten, nennt das Obergericht keine. Es muss deshalb bei der Grundregel bleiben, dass der Beschwerdegegner als unterliegend gilt und die Prozesskosten zu tragen hat. Er trägt demnach die erstinstanzlichen Gerichtskosten und hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren zu entrichten. Da das Obergericht die Höhe der vollständigen Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin für das erstinstanzliche Verfahren noch nicht bestimmt hat, ist die Angelegenheit zu diesem Zwecke an die Vorinstanz zurückzuweisen.