



Kommentar zu: Urteil: [4A_479/2018](#) vom 26. Februar 2019 zur Publikation vorgesehen

Sachgebiet: Vertragsrecht

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung

dRSK-Rechtsgebiet: Zivilprozessrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

Grundsätze der zivilprozessualen Prozesskostenverlegung

Die Kostenverlegung nach Art. 106 ff. ZPO im Rahmen der Anschlussberufung

Autor / Autorin

Daniel Donauer, Dora Peric

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Beat Brändli

 **Universität St. Gallen**

Mit dem vorliegenden – zur Publikation vorgesehenen – Entscheid äusserte sich das Bundesgericht zu den Prozesskostenverteilungsregeln einer Anschlussberufung, welche infolge Rückzugs der Hauptberufung gegenstandslos wurde. Das Bundesgericht hielt dafür, dass diesfalls die unterliegende Berufungsklägerin ebenfalls für die Prozesskosten der Anschlussberufung aufzukommen habe. Nur ausnahmsweise und in Ausübung des Ermessens nach Art. 107 ZPO könne eine andersgelagerte Prozesskostenverteilung für das Dahinfallen der Anschlussberufung erfolgen. Eine pauschale Überwälzung der Kosten auf den Urheber der Anschlussberufung hingegen sei rechtswidrig.

Sachverhalt

[1] Die A. AG (Unternehmerin, Klägerin, Beschwerdegegnerin) ist die Rechtsnachfolgerin der C. AG, die sich mit «Totalunternehmer-Vertrag» vom 31. Oktober 2005 gegenüber der B. (Bestellerin, Beklagte, Beschwerdeführerin) verpflichtete, den Neubau des Sportstadions D. zum Pauschalpreis von rund CHF 98 Mio. (inkl. MwSt) zu erstellen. Aus Nachträgen 1 bis 15 zum Werkvertrag ergab sich ein zusätzlicher Werklohn von rund CHF 6 Mio.

[2] Die Parteien erzielten über die Schlussabrechnung keine Einigung, weshalb die Unternehmerin am 3. Juni 2010 beim Bezirksgericht Zürich Klage gegen die Bestellerin einreichte, mit der sie rund CHF 23 Mio. zusätzlichen Werklohn forderte. Die Beklagte stellte ihrerseits Forderungen zur Verrechnung. Mit Urteil vom 25. September 2015 verpflichtete das Bezirksgericht Zürich die Beklagte, der Klägerin CHF 339'921.65 zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 45'192 ab 17. Januar 2009 und auf CHF 294'729.65 ab 13. August 2008 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Der von der Beklagten eventuell zur Verrechnung gestellte Betrag in Höhe von CHF 2'127'331.30 wurde nur teilweise berücksichtigt. Das Obergericht des Kantons Zürich wies die Berufung der Klägerin mit Urteil vom 12. September 2016 ab, soweit es darauf eintrat, und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Dabei holte es keine Berufungsantwort ein. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Beklagten gegen dieses Urteil gut und hob das angefochtene Urteil des Obergerichts mit der Begründung auf, der Beklagten hätte Frist für

die Berufungsantwort angesetzt und Gelegenheit gegeben werden müssen, Anschlussberufung zu erheben (Urteil des Bundesgerichts [4A_595/2016](#) vom 14. März 2017, auszugsweise publiziert in **BGE 143 III 153**).

[3] Nach Kassation des Verfahrens reichte die Beklagte eine Berufungsantwort ein und erhob Anschlussberufung, die sie begründete. Mit Schreiben vom 25. Juni 2018 an das Obergericht des Kantons Zürich zog die Klägerin jedoch ihre Berufung zurück. Mit Beschluss vom 9. Juli 2018 schrieb das Obergericht des Kantons Zürich das Verfahren entsprechend ab (Dispositiv-Ziffer 1). Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr legte das Gericht auf CHF 160'000 fest und auferlegte die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren der Klägerin (Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Die Klägerin wurde verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 35'000 zuzüglich 7% MWSt zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 4). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung berücksichtigte das Gericht, dass bereits ein Urteil zugunsten der Beklagten vorlag, weshalb sich der Zeitaufwand in Grenzen halten musste, was gemäss § 4 Abs. 2 der Verordnung [des Kantons Zürich] vom 8. September 2010 über die Anwaltsgebühren (AnwGebV ZH; [LS 215.3](#)) zu einer Reduktion der streitwertabhängigen Entschädigung um einen Drittel führte. Ausserdem reduzierte das Gericht die Entschädigung weiter nach § 13 Abs. 2 AnwGebV ZH auf einen Drittel. Den Aufwand der Beklagten für die Anschlussberufung entschädigte das Gericht nicht zusätzlich. Es hielt dafür, nach dem Mechanismus der Anschlussberufung trage der Anschlussberufungskläger das Risiko des Dahinfallens bei Rückzug der Berufung.

[4] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte, Ziffer 4 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2018 sei aufzuheben und es sei ihr zu Lasten der Beschwerdegegnerin für das Verfahren vor Obergericht eine Parteientschädigung von CHF 157'914.15 zzgl. MwSt von 7.7% zuzusprechen, eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie rügt, die Vorinstanz habe Art. 106 ff. [ZPO](#) in Verbindung mit Art. 313 Abs. 2 lit. c [ZPO](#) verletzt, indem sie ihr für die Anschlussberufung keine Parteientschädigung zugesprochen habe und sie habe § 4 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 AnwGebV willkürlich angewendet. Schliesslich rügt sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil die Begründungspflicht missachtet worden sei. Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Antwort, die Beschwerde sei abzuweisen, eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid nach summarischer Prüfung des mutmasslichen Prozessausgangs hinsichtlich der Anschlussberufung zurückzuweisen. Die Parteien haben repliziert und dupliziert.

Erwägungen

[5] *Das Bundesgericht zog unter anderem Folgendes in Erwägung:*

[6] «Die Beschwerdeführerin rügt, es verletze die Grundsätze der Kostenverlegung gemäss Art. 106 ff. [ZPO](#), ihr die Parteientschädigung für die Anschlussberufung zu verweigern (E. 3). 3.1. Die Anschlussberufung ist für den Fall gedacht, dass sich eine Partei grundsätzlich mit dem erstinstanzlichen Entscheid abfindet, auch wenn sie mit ihren Begehren nicht durchgedrungen ist; die verzichtende Partei soll jedoch auf ihren Entschluss, diesen Entscheid nicht anzufechten, nicht nur zurückkommen können, um die Gegenpartei zum Rückzug des Rechtsmittels zu bewegen, sondern auch, wenn sich wegen der Berufung der Gegenpartei die Gründe für ihren Verzicht nicht verwirklichen, weil namentlich die erwartete Zeitersparnis oder die erwartete Befriedung nicht eintreten (vgl. **BGE 143 III 153** E. 4.3, [138 III 788](#) E. 4.4). Die Anschlussberufung hat keine selbstständige Wirkung, sondern ist vom Schicksal der Berufung abhängig. Nach Art. 313 Abs. 2 [ZPO](#) fällt die Anschlussberufung dahin, wenn auf die Berufung nicht eingetreten wird oder wenn sie zurückgezogen wird (vgl. dazu **BGE 138 III 788** E. 4). Wer daher auf die Einreichung einer selbstständigen Berufung verzichtet, nimmt – wie die Vorinstanz zutreffend festhält – das Risiko in Kauf, dass die Anschlussberufung unter Umständen nicht beurteilt wird (E. 3.1).

[7] Das Risiko des Dahinfallens der Anschlussberufung bei Rückzug der Beschwerde führt jedoch entgegen der Vorinstanz nicht ohne Weiteres dazu, dass damit die Anschlussberufungsklägerin auch das Kostenrisiko des Dahinfallens trägt (E. 3.2). 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 typisierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 [ZPO](#)

abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. Unnötige Prozesskosten hat gemäss Art. 108 ZPO zu bezahlen, wer sie verursacht hat (E. 3.2.1). Die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten beurteilt sich auch im Rechtsmittelverfahren nach den Art. 104 ff. ZPO. Da dies insbesondere auch für die Verteilungsgrundsätze von Art. 106 ZPO gilt, werden die Prozesskosten des Berufungsverfahrens grundsätzlich nach dem Unterliegerprinzip verteilt (DENIS TAPPY, in: *Commentaire romand, Code de procédure civile*, 2. Aufl. 2018, N. 23 zu Art. 106 ZPO; GUIDO JENNY, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 106; BENEDIKT SEILER, *Die Berufung nach ZPO*, 2013, Rz. 1562). Grundsätzlich werden die Prozesskosten des Berufungsverfahrens der zweitinstanzlich unterliegenden Partei auferlegt, selbst wenn diese im erstinstanzlichen Verfahren obsiegt hat, was sich insbesondere auch angesichts der Eigenständigkeit des Berufungsverfahrens rechtfertigt (vgl. **BGE 144 III 394** E. 4.2; **142 III 413** E. 2.2.1). Welche Partei unterlegen ist und damit die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, beurteilt sich nach Massgabe der Rechtsmittelanträge (vgl. Urteil des Bundesgerichts [4A_146/2011](#) vom 12. Mai 2011 E. 7.3). Auch wenn Art. 106 Abs. 1 ZPO nur vom «Klagerückzug» spricht, gilt im Rechtsmittelverfahren die rechtsmittelführende Partei als unterliegend, wenn sie die Berufung zurückzieht (SEILER, a.a.O., Rz. 1562) (E. 3.2.2).

[8] Das Bundesgericht hat – wie die Beschwerdeführerin zutreffend darlegt –, unter dem früheren Organisationsgesetz vom 16. Dezember 1943 ([OG](#)) für das Verfahren vor Bundesgericht entschieden, dass der Berufungskläger die Kosten tragen müsse, die sich aus dem Dahinfallen der Anschlussberufung ergeben, wenn auf die Berufung nicht eingetreten oder diese zurückgezogen werde (**BGE 122 III 495** E. 4, vgl. aber Urteil des Bundesgerichts [5P.58/2004](#) vom 26. Februar 2004 E. 2.1 für ein kantonales Verfahren vor dem Inkrafttreten der ZPO). In der Lehre zur ZPO wird entsprechend fast einhellig die Ansicht vertreten, beim Dahinfallen der Anschlussberufung im Sinne von Art. 313 Abs. 2 ZPO seien die Kosten dem Berufungskläger aufzuerlegen (DENIS TAPPY, in: *Commentaire romand, Code de procédure civile*, 2. Aufl. 2018, N. 23 zu Art. 106 ZPO; FRANCESCA VERDA CHIOCCETTI, in: *Commentario al Codice di diritto processuale svizzero*, Trezzini et al. [Hrsg.], 2. Aufl. 2017, N. 49 zu Art. 313 ZPO; MICHAEL RÜEGG/VIKTOR RÜEGG, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 106 ZPO; KARL SPÜHLER, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2017; N. 3 zu Art. 313 ZPO, IVO HUNGERBÜHLER/MANUEL BUCHER, in: *DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl. 2016, N. 16 zu Art. 313; PETER REETZ/SARAH HILBER, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 59 zu Art. 313; a.M. ALEXANDER FISCHER, in: *Stämpfli's Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2010, N. 14 zu Art. 106 ZPO, wonach die Anschlussberufung für die Streitwertberechnung nicht zu berücksichtigen sei). Bemerkenswerterweise wird diese Ansicht im Übrigen auch von dem einzigen Autor vertreten, der von der Vorinstanz zur Stützung ihres Standpunktes zitiert wird (SEILER, a.a.O., Rz. 1573) (E. 3.2.3).

[9] Wenn der Berufungskläger seine Berufung zurückzieht, gilt er im Berufungsverfahren als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Nach dem Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Ausgang des Verfahrens hat er diesfalls grundsätzlich alle zweitinstanzlichen Prozesskosten zu tragen. Dazu gehören auch die Kosten, die dem Berufungsbeklagten in Zusammenhang mit einer allfälligen Anschlussberufung entstanden sind, besteht doch keine gesetzliche Grundlage für eine abweichende Behandlung des für die Anschlussberufung geleisteten Aufwandes. Diese Kosten wurden auch grundsätzlich vom Hauptberufungskläger provoziert, wäre doch die Anschlussberufung ohne Einreichung der Berufung gar nicht erhoben worden. Ob es sich dabei um unnötige Prozesskosten im Sinne von Art. 108 ZPO handelt, die dem Hauptberufungskläger als deren Verursacher auferlegt werden sollen, wie dies in der Lehre teilweise vertreten wird (vgl. CHIOCCETTI, a.a.O., N. 49 zu Art. 313 ZPO; REETZ/HILBER, a.a.O., N. 59 zu Art. 313 ZPO; SEILER, a.a.O., Rz. 1573), kann offen bleiben. Der im Zivilprozess geltende Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip beruht ebenfalls auf dem Gedanken, dass die Prozesskosten von deren Verursacher zu tragen sind. Dabei wird vermutet, dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht hat (**BGE 119 Ia I** E. 6 mit Hinweisen). Folglich ist beim Rückzug der Berufung der Aufwand für eine allfällige Anschlussberufung gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Hauptberufungskläger aufzuerlegen (E. 3.3.1).

[10] Wenn ein Rechtsmittel zurückgezogen wird, ist das entsprechende Rechtsmittelverfahren in sinngemässer Anwendung von Art. 242 ZPO abzuschreiben (LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 2 zu Art. 242 ZPO). Wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben und sieht das Gesetz nichts anderes vor, kann das Gericht gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO die Prozesskosten – in Abweichung der Verteilungsgrundsätze von Art. 106 ZPO – nach Ermessen verteilen. Eine derartige abweichende Verteilung lässt sich bezüglich des für die Anschlussberufung entstandenen Aufwandes gegebenenfalls rechtfertigen. Wie dargelegt ist die Auferlegung dieser Kosten an den Hauptberufungskläger als Verursacher grundsätzlich sachgerecht. Andererseits ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Anschlussberufung nicht auf den Gegenstand der Berufung beschränkt ist (**BGE 141 III 302** E. 2.2; **138 III 788** E. 4.4). Mit ihr können folglich eigenständige Anträge gestellt werden, die regelmässig zu einer Erweiterung des Streitgegenstandes führen. Es kann unter Umständen – namentlich bei teilweise offensichtlich unbegründeten Begehren – unbillig erscheinen, die gesamten Kosten des gegenstandslos gewordenen Anschlussberufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Fällt die Anschlussberufung infolge des Rückzuges der Berufung dahin, kann das Gericht folglich die Prozesskosten gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO ermessensweise verteilen. Ob eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Verfahrensausgang hinsichtlich der in Zusammenhang mit der Anschlussberufung stehenden Kosten sich rechtfertigt, beurteilt sich in erster Linie nach den Anträgen des Anschlussberufungsklägers. Dabei ist zu beachten, dass das Gericht im Anwendungsbereich von Art. 107 ZPO nicht nur über Ermessen darüber verfügt, 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 (**BGE 139 III 358** E. 3). Ob eine vom Unterliegerprinzip abweichende Verteilung der Kosten der Anschlussberufung im konkreten Fall angebracht ist, beurteilt die Berufungsinstanz daher nach ihrem Ermessen (E. 3.3.2).

[11] Vorliegend hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Entschädigung für ihre Anschlussberufung mit dem Argument verweigert, der Anschlussberufungskläger habe das Risiko des Dahinfallens der Anschlussberufung zu tragen. Falle diese infolge des Rückzuges der Berufung dahin, werde der dafür geleistete Aufwand obsolet, so dass auch keine Entschädigung zuzusprechen sei. Die Vorinstanz hat im Rahmen der Verteilung der Prozesskosten somit keinen Ermessensentscheid getroffen, der eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach Recht und Billigkeit erfordert (Art. 4 **ZGB**; **BGE 136 III 278** E. 2.2 mit Hinweisen), sondern den Ersatz des für die Anschlussberufung geleisteten Aufwandes gestützt auf allgemeine Erwägungen zu diesem Institut generell ausgeschlossen. Damit hat sie Art. 106 Abs. 1 ZPO verletzt, ist doch der Aufwand für die Anschlussberufung grundsätzlich der im Berufungsverfahren unterliegenden Partei aufzuerlegen (E. 3.3.3).

[12] Nach dem Gesagten hat, wenn die Anschlussberufung infolge des Rückzuges der Berufung dahinfällt, grundsätzlich der Hauptberufungskläger dem Anschlussberufungskläger die diesem in Zusammenhang mit der Anschlussberufung entstandenen Kosten angemessen zu ersetzen. Von diesem Grundsatz kann nur abgewichen werden, wenn die Umstände des Einzelfalls eine davon abweichende Kostenverteilung rechtfertigen, was sich in erster Linie nach den Anträgen der Anschlussberufung beurteilt. Dabei handelt es sich um einen Ermessensentscheid, der vom Gericht nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB zu treffen ist. Indem die Vorinstanz gestützt auf allgemeine Überlegungen der Beschwerdeführerin keine Entschädigung für die von ihr im kantonalen Verfahren erhobene Anschlussberufung zusprach, verletzte sie Bundesrecht. Folglich ist der angefochtene Kostenentscheid in Bezug auf das gegenstandslos gewordene Anschlussberufungsverfahren aufzuheben (E. 3.4).»

Kommentar

[13] *Zu den Kostenverteilungsregeln im Allgemeinen:*

[14] Art. 106 Abs. 1 ZPO statuiert den zivilprozessrechtlichen Grundsatz, wonach die Prozesskosten, d.h. die Gerichtskosten und die Parteientschädigung, jeweils der im Prozess unterliegenden Partei aufzuerlegen sind. Dieser Grundsatz beruht auf dem Gedanken, dass die Prozesskosten jeweils dem Erfolgsprinzip folgend vom Verursacher zu tragen sind, wobei der Verlierer des Prozesses vermutungsweise als Verursacher gilt (**BGE 119 Ia 1** E. 6). Bei Klagerückzug und bei Nichteintreten auf die Klage gilt die klagende Partei als Verlierer, bei

Anerkennung der Klage die Beklagte (BGE [139 III 358](#) E. 3). Von diesem allgemeinen Grundsatz der Prozesskostenverteilung kann das Gericht nach Massgabe einer gesetzlichen Kaskadenordnung in gewissem Umfang und nach eigenem Ermessen abweichen (vgl. Art. 107 Abs. 1 ZPO). Diese Kaskadenordnung wird nachfolgend beschrieben:

[15] Werden die Prozesskosten abweichend von der Grundregel nach Art. 106 Abs. 1 ZPO ermessensweise verteilt, ist der Kostenentscheid zu begründen und den Parteien vorgängig das rechtliche Gehör zu den Überlegungen zu gewähren, die zu einer Abweichung von der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip geführt haben sowie zur beabsichtigten Kostenverteilung (HANS SCHMID, in: Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel, 2014 [zit. KUKO ZPO-Autor], Art. 107 N 12). *Ermessensentscheid* bedeutet, dass das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit und nach den Umständen des Einzelfalls zu treffen hat (MICHAEL RÜEGG/VIKTOR RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017 [zit. BSK-Autor], Art. 107 N 1). Ermessensentscheide werden dem Gericht überall dort eingeräumt, wo es sachgerecht erscheint, dass das Gericht den Besonderheiten des Einzelfalls so gut als möglich Rechnung tragen kann. Da sich die klassische Prozesskostenverteilregel im Einzelfall als «*starr und ungerecht*» erweisen kann, wurde die ermessensweise Kostenverteilung gesetzlich eingeführt (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, [BBI 2006 7297](#)). Die Verursachung von Prozesskosten kann regelmässig mit den unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Zivilprozesses zusammenhängen, weshalb eine Einzelfallbetrachtung des Gerichts gewährleistet sein muss. Verschiedene vom Grundsatz der Kostenverteilung nach Erfolgsprinzip abweichende Regelungen sind beispielsweise in Art. 106 Abs. 2 und Abs. 3, Art. 107 sowie Art. 108 ZPO vorgesehen.

[16] Gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO hat das Gericht die Kosten dann abweichend von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu verteilen, wenn weder die eine noch die andere Partei vollständig obsiegt hat. Dies ist beispielsweise der Fall bei lediglich teilweisem Eintreten auf die Klage oder nur teilweiser materieller Guttheissung der Klage (KUKO ZPO-SCHMID, Art. 106 N 2). Diesfalls werden die Kosten entsprechend dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Auch hier gilt indes, dass die Prozesskosten grundsätzlich nach dem Anteil des Obsiegens bzw. Unterliegens am Gesamtverfahren verteilt werden. Die Kostenverteilung kann bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der Regel genau berechnet werden und wird bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten ermessensweise festgesetzt (vgl. BSK-RÜEGG/RÜEGG, Art. 106 N 8; MICHAEL FREY, Grundsätze der Streitwertbestimmung, Bern 2017, S. 36 f.).

[17] Dem Wortlaut nach ist Art. 107 ZPO eine «Kann»-Bestimmung, d.h. dass das Gericht in einem ersten Schritt Ermessen darüber hat, ob es die Norm anwendet und damit vom Grundsatz der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip abweicht, und ob es in einem zweiten Schritt Ermessen im Rahmen der alternativen Prozesskostenverteilung ausübt (BGE [139 III 358](#) E. 3, das Bundesgericht nimmt in E. 3.3.2 Bezug auf diesen Entscheid). Die in Art. 107 Abs. 1 lit. a – e ZPO kodifizierten Fallgruppen wurden durch die Praxis entwickelt, wobei die in der Bestimmung enthaltene Aufzählung nicht abschliessend ist (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, [BBI 2006 7297](#)).

[18] Art. 107 Abs. 1 **lit. a** ZPO sieht vor, dass das Gericht von der allgemeinen Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip abweichen kann, wenn die Klage zwar grundsätzlich gutgeheissen wurde, jedoch nicht in der Höhe der Forderung und gleichzeitig die Bestimmung der Höhe dieser Forderung vom gerichtlichen Ermessen abhängig oder die Bezifferung des Anspruchs schwierig war. Insbesondere im Haftpflichtrecht kann sich die Bezifferung der Schadenshöhe als schwierig erweisen. Art. 107 Abs. 1 **lit. b** ZPO kodifiziert weiter eine Fallgruppe, in welcher eine Partei zur Prozessführung in guten Treuen veranlasst war und im Ergebnis dennoch unterlag. Dies liegt beispielsweise vor, wenn sich die massgebenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nach Einleitung des Prozesses zuungunsten des Klägers veränderten (KUKO ZPO-SCHMID, Art. 107 N 3). Gemäss Art. 107 Abs. 1 **lit. c** und **d** ZPO sollen die Kosten auch bei familienrechtlichen Verfahren sowie bei Verfahren bei eingetragener Partnerschaft nach Ermessen des Gerichts verteilt werden, sofern das Gericht dies als notwendig betrachtet. Insbesondere bei familienrechtlichen Verfahren ist umstritten, ob die Regelung von Art. 106 Abs. 1 ZPO den Grundsatz bildet oder ob gemäss Art. 107 Abs. 1 **lit. c** ZPO das Gericht die Kosten stets nach Ermessen zu

verteilen hat – im Sinne einer Grundsatzregel. Das Bundesgericht hat in Bezug auf die Frage, wie sich dieses Verhältnis bei einem Klagerückzug in einer familienrechtlichen Streitigkeit präsentiert, entschieden, dass Art. 106 Abs. 1 ZPO den Grundsatz bildet und ein Abweichen hiervon, d.h. die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c und lit. d ZPO, lediglich aufgrund der familienrechtlichen Natur des Verfahrens nicht gerechtfertigt ist (BGE [139 III 358 E. 3](#)).

[19] Fällt das Rechtsschutzinteresse nach Einleitung des Prozesses weg, wird das Verfahren gegenstandslos. Das Gericht kann diesfalls gemäss Art. 107 Abs. 1 **lit. e** ZPO die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Gegenstandslosigkeit tritt beispielsweise ein, wenn der Streitgegenstand untergeht und damit verbunden das Rechtsschutzinteresse dahinfällt (BSK-RÜEGG/RÜEGG, Art. 107 N 8). Bei einem gegenstandslos gewordenen Verfahren werden die Kosten in erster Linie nach mutmasslichem Obsiegen und Verlieren verteilt und zwar auf Grundlage einer summarischen Prüfung der Akten und einer damit verbundenen Erfolgsschätzung durch das Gericht. Ist die Erfolgsschätzung nicht ohne weiteres möglich, werden die Kosten in zweiter Linie nach dem Verursacherprinzip verteilt (Urteil des Bundesgerichts [2C_201/2008](#) vom 14. Juli 2008 E. 2.3).

[20] Die in Art. 107 Abs. 1 **lit. f** ZPO kodifizierte Fallgruppe nennt das Vorliegen anderer besonderer Umstände, die ein Abweichen von der allgemeinen Kostenverteilungsregel rechtfertigen. Diese Fallgruppe dient als Auffangtatbestand und ermöglicht es dem Gericht in sämtlichen Fällen, in denen seinem Ermessen nach die Kostenverteilung nach Erfolgsprinzip nicht sachgerecht wäre, die Kosten ermessensweise abweichend zu verteilen. Dies kann sich beispielsweise rechtfertigen, wenn eine Partei finanziell wesentlich mehr Mittel zur Verfügung hat als die andere (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, [BBI 2006 7298](#)) oder eine Klage bei Eintritt der Fälligkeit ohne vorgängige Mahnung einreicht (ADRIAN STAEHLIN/DANIEL STAEHLIN/PASCAL GROLIMUND, in: Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Prozessrechts, Zürich 2013, §16 N 36).

[21] Schliesslich ist Art. 108 ZPO in die Kaskadenordnung über die ermessensweise Verteilung der Prozesskosten einzuordnen. Diese Norm statuiert, dass unnötige Prozesskosten von derjenigen Partei zu tragen sind, die sie verursacht hat. In den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen beispielsweise Kosten, die Dritte durch ihr Verhalten im Prozess verursachen, indem sie beispielsweise ihre Mitwirkung verweigern.

[22] *Zum vorliegenden Bundesgerichtsentscheid im Konkreten:*

[23] Dass die soeben umschriebene Kaskadenordnung der Prozesskostenverteilung ebenfalls auf das Rechtsmittelverfahren anzuwenden ist, wurde vorliegend nicht bestritten und war entsprechend auch nicht Streitgegenstand des Verfahrens. Hingegen musste das Bundesgericht beurteilen, ob die Prozesskosten im Zusammenhang mit dem Dahinfallen einer Anschlussberufung ebenfalls gemäss den geschilderten Prozesskostenverteilungsregeln aufzuerlegen sind. So gilt der Berufungskläger dann als unterliegend im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO, wenn dieser seine Berufung zurückzieht.

[24] Wie das Bundesgericht adäquat festhält, besteht für die Anschlussberufung keine gesetzliche Grundlage, welche eine anders gelagerte Prozesskostenverteilung für die Anschlussberufung erlauben würde. Gleichzeitig kann auch nicht behauptet werden, dass für die fragliche Situation eine gesetzliche Lücke vorliegen würde, bestehen doch gerade mit Art. 106 ff. ZPO ausführliche Mechanismen, welche die vorliegende Fragestellung miteinschliessen. Folglich gilt es mit dem Bundesgericht darin übereinzustimmen, dass die für die Anschlussberufung – welche charakteristisch das Schicksal der Berufung teilt – entstandenen Prozesskosten grundsätzlich ebenfalls der unterliegenden Partei (hier: dem die Berufung zurückziehenden Berufungskläger) aufzuerlegen sind.

[25] Der vom Bundesgericht gemachten Begründung, wonach der Berufungskläger die Anschlussberufung unabhängig ihres Berufungsgegenstandes provoziere und entsprechend auch die Prozesskosten dafür zu übernehmen habe, kann insofern gefolgt werden, als die Anschlussberufung als prozessrechtliches Verteidigungsmittel gegen die Berufung ausgestaltet ist und ohne Berufung auch nicht erhoben würde. Daher ist

es gerechtfertigt, dass die Kosten der Anschlussberufung im Sinne der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip bei deren Unterliegen der Berufungsklägerin auferlegt werden. Dies erzeugt in Bezug auf die Prozesskostenverteilung ein prozessual lineares und für alle Fälle (grundsätzlich) nachvollziehbares Ergebnis.

[26] Eine Prozesskostenverteilung, die sich in erster Linie an den durch die Parteien in der Hauptberufung und Anschlussberufung gestellten Anträgen orientiert, gilt es abzulehnen, weil keine sachlichen Gründe für ein Abweichen von der gesetzlich vorgesehenen Kaskadenordnung der Prozesskostenverteilung ersichtlich sind. Zudem würden die ohnehin stark von Ermessen geprägten Kostenverteilungsregeln weiter verwässert. Der korrekten Ausführung des Bundesgerichts folgend kann das Gericht jedoch in zweiter Linie, im Rahmen eines Ermessensentscheids von Art. 107 ZPO, von der Kostenverteilung nach dem Erfolgsprinzip abweichen, wenn die in der Anschlussberufung gestellten Anträge zu einer Erweiterung des (Berufungs-)Streitgegenstands führen. Indem die Vorinstanz hingegen auf dieses soeben erwähnte Ermessen verzichtete und pauschal eine Kostenüberwälzung – trotz «Obsiegens» – auf den Urheber der Anschlussberufungskläger überwälzt sehen wollte, verletzte sie geltendes Bundesrecht.

Dr. iur. DANIEL DONAUER ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich.

DORA PERIC, MLaw ist Substitutin bei Walder Wyss am Standort Zürich.

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Dora Peric, Grundsätze der zivilprozessualen Prozesskostenverlegung, in: dRSK, publiziert am 3. Mai 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch