

## **BGer 5A\_78/2018 vom 14. Mai 2018**

Bundesgericht, 2018-05-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_78\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_78_2018)

FR: TF 5A\_78/2018 du 14 mai 2018

IT: TF 5A\_78/2018 del 14 maggio 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid ist kantonal letztinstanzlich und erging durch ein oberes kantonales Gericht ( Art. 75 BGG ). Er betrifft eine vorsorgliche Massnahme und die Regelung der mit dieser verbundenen Kosten- und Entschädigungsfolge. Selbständig eröffnete Entscheide über vorsorgliche Massnahmen stellen nach der Rechtsprechung Zwischenentscheide nach Art. 93 BGG dar, wenn sie - wie hier - vor einem Hauptverfahren erlassen werden und nur unter der Bedingung Bestand haben, dass ein solches Verfahren eingeleitet wird ( BGE 138 III 76 E. 1.2; 137 III 324 E. 1.1). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin allerdings das Hauptverfahren nicht anhängig gemacht, weshalb das Massnahmeverfahren mit dem angefochtenen Entscheid abgeschlossen wurde (vgl. vorne Bst. B). Unter diesen Umständen ist vom Vorliegen eines das Verfahren abschliessenden Endentscheids auszugehen ( Art. 90 BGG ; vgl. Urteile 5A\_838/2015 vom 5. Oktober 2016 E. 1.1 und 1.2.2, nicht publiziert in: BGE 142 III 738 ; 5A\_410/2015 vom 9. Juni 2015 E. 1; 4A\_272/2014 vom 9. Dezember 2014 E. 1.1).

Der Entscheid betrifft eine vorsorgliche Massnahme zum Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ff. ZGB und damit eine Zivilsache nicht vermögensrechtlicher Natur (Urteile 5A\_773/2016 vom 6. Juni 2017 E. 1; 5A\_761/2014 vom 26. Februar 2015 E. 1.2; vgl. auch BGE 127 III 481 E. 1a). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit das zutreffende Rechtsmittel. Die ebenfalls erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist folglich nicht zulässig ( Art. 113 BGG ). Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert. Auf die form- und fristgerecht erhobene Beschwerde ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen einzutreten ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 100 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ). Dies gilt auch für den Entscheid über die Kosten des Massnahmeverfahrens (Urteil 5D\_76/2015 vom 5. Oktober 2015 E. 1.2.1). Es gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die Beschwerde muss damit die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 141 I 36 E. 1.3; 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

Die Beschwerdeführerin rügt über weite Strecken die fehlerhafte Anwendung von Bundesrecht ( Art. 104, 106 und 107 ZPO ) bei der Verlegung der Kosten der

vorinstanzlichen Verfahren durch das Kantonsgericht. In diesem Umfang macht sie nicht die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend, womit auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten ist.

### **E. 2.1**

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist der angefochtene Entscheid im Kostenpunkt sodann willkürlich ( Art. 9 BV ).

Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht. Zudem ist erforderlich, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist ( BGE 142 V 513 E. 4.2; 140 III 167 E. 2.1).

### **E. 2.2**

Mit Blick auf die kantonalen Prozesskosten erwägt die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe nach Erwirken der vorsorglichen Massnahme die prozessuale Obliegenheit getroffen, diese zu prosequieren. Das habe die Beschwerdeführerin unterlassen, womit die Massnahme nach Art. 263 ZPO von Gesetzes wegen weggefallen sei. Damit habe das Berufungsverfahren - dieses betraf gerade diese Massnahme - seinen Gegenstand verloren. Es sei daher nach Art. 242 ZPO abzuschreiben gewesen. Dies auch unter Berücksichtigung, dass die - akzessorischen - Kosten strittig geblieben seien.

Diese Erwägungen sind nicht bestritten und damit nicht zu hinterfragen (vgl. BGE 140 III 115 E. 2); sie wären im Rahmen des vorliegenden Verfahrens (vgl. vorne E. 1.2) auch nicht zu beanstanden (vgl. Urteil 5A\_702/2008 vom 16. Dezember 2008 E. 3.4.1, in: Pra 2009 Nr. 104 S. 690; FREIBURGHAUS/AFHELDT, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 319 ZPO ).

Hiervon ausgehend führt die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die Prozesskosten seien nach Massgabe von Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO nach Ermessen zu verlegen. Liege der Grund für die Gegenstandslosigkeit im Verhalten einer Partei begründet, seien die Kosten dabei in der Regel dieser Partei aufzuerlegen. Die Beschwerdeführerin habe nicht nur das Massnahmeverfahren durch ihr Gesuch veranlasst, sondern aufgrund des Unterlassens der Prosequierung der erstinstanzlich angeordneten Massnahme auch dessen Gegenstandslosigkeit zu vertreten. Insofern sei zu beachten, dass das Massnahmeverfahren bei Ablauf der Prosequierungsfrist infolge der Einreichung der Berufung noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Keine Rolle spiele, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin auch pflichtwidrig gewesen sei. Mit ihrem Vorgehen habe sie es der Beschwerdegegnerin weiter verunmöglicht, die Rechtmässigkeit des erstinstanzlichen Erkenntnisses prüfen zu lassen und die Kostenverlegung gegebenenfalls zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die Beschwerdeführerin habe im Massnahmeverfahren entgegen ihrer eigenen Darstellung denn auch nicht obsiegt. Die vorliegende Konstellation sei vielmehr mit dem Fall des Klage-, Gesuchs- bzw. Rechtsmittelrückzugs vergleichbar.

### **E. 2.3**

Was die Beschwerdeführerin hiergegen vorbringt, vermag das vorinstanzliche Erkenntnis nicht als willkürlich erscheinen zu lassen:

### **E. 2.3.1**

Gemäss Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO kann das Gericht von den ordentlichen Verteilungsgrundsätze abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos beschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Mit Blick auf den klaren Wortlaut dieser Regelung und den Gang des kantonalen Verfahrens ist es unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, dass das Kantonsgericht die Verfahrenskosten (allein) gestützt auf diese Bestimmung verlegte und nicht nach Massgabe aller in Art. 107 Abs. 1 Bst. a-f ZPO genannter Gesichtspunkte, wie die Beschwerdeführerin dies gerne möchte.

Bei der Kostenverlegung nach Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO ist je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zum Verfahren gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos geworden ist. Dabei darf sich das Gericht nach der Rechtsprechung grundsätzlich zwar nicht auf ein einzelnes dieser Kriterien versteifen. Vielmehr hat es alle Kriterien zu berücksichtigen. Je nach Sachlage ist allerdings anerkannt, dass vorab auf einzelne Kriterien - z.B. den mutmasslichen Prozessausgang - abzustellen ist (vgl. Urteil 5A\_327/2016 vom 1. Mai 2017 E. 3.4.2 mit Hinweisen, nicht publiziert in: BGE 143 III 183, aber in: FamPra.ch 2017 S. 894). Mit Blick auf das Vorgefallene ist es damit nicht willkürlich, dass die Vorinstanz hier die Prozesskosten derjenigen Partei auferlegt hat, die erst das Verfahren veranlasst und dann dessen Gegenstandslosigkeit verursacht hat (vgl. zu Letzterem E. 2.2 hiervor).

### **E. 2.3.2**

Nicht zu überzeugen und schon gar keine Willkür aufzuzeigen vermag sodann der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe im erstinstanzlichen Verfahren vollständig obsiegt, weshalb ihr die Kosten nach Massgabe von Art. 106 Abs. 1 ZPO nicht auferlegt werden dürften; zumal die Beschwerdegegnerin sich über Jahre an das ihr auferlegte Verbot gehalten habe: Wie das Kantonsgericht richtig ausführt, wurde durch die Einreichung der Berufung die Rechtskraft des erstinstanzlichen Erkenntnisses gehemmt ( Art. 315 Abs. 1 ZPO und dazu BGE 139 III 486 ). Das Massnahmeverfahren war zu keinem Zeitpunkt abgeschlossen (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 26 N. 17 S. 495). Damit waren weder die Prozesskosten nach Massgabe von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu verlegen, noch kann von einem Obsiegen der Beschwerdeführerin die Rede sein. Von vornherein ändert hieran der Umstand nichts, dass die Beschwerdegegnerin sich aufgrund der superprovisorischen Anordnung sowie der sofortigen Vollstreckbarkeit der vorsorglichen Massnahme (vgl. Art. 265 Abs. 1 sowie Art. 315 Abs. 4 Bst. b ZPO und dazu BGE 138 III 565 E. 4.3.1; 137 III 475 E. 4.1; Urteil 5A\_46/2017 vom 19. Juni 2017 E. 4.2.2) für die Dauer des Verfahrens an das ausgesprochene Verbot halten musste.

### **E. 2.3.3**

Unbegründet ist schliesslich das Vorbringen der Beschwerdeführerin, das Kantonsgericht habe bei der Kostenverlegung "in klarem Widerspruch" "mit der tatsächlichen Situation" auf den "fehlenden Hauptprozess" abgestellt. Wie ausgeführt, hat die Vorinstanz die Kosten vielmehr unter Rückgriff auf Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO verlegt, was unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden ist.

Die Vorinstanz erwägt zwar auch, es sei nicht angebracht, die Prozesskosten des (erstinstanzlichen) Massnahmeverfahrens endgültig und unabhängig vom (späteren) Hauptverfahren im Massnahmeentscheid zu regeln und keine Regelung für den Fall der Nichtprosequierung der Hauptsache vorzusehen. Die Kosten des Massnahmeverfahrens seien nicht allein nach dem Ausgang dieses Verfahrens, sondern auch unter Berücksichtigung des Hauptverfahrens zu verlegen. Anerkannt sei dabei die Regel, dass im Falle der Nichtprosequierung die Kosten des Massnahmeverfahrens zu Lasten der gesuchstellenden Partei gingen. Die Gründe für die Nichtprosequierung würden indessen nicht unberücksichtigt bleiben. Da das Massnahmeverfahren vorliegend noch nicht abgeschlossen war und ein Hauptprozess nie eingeleitet wurde, kommt diesen Überlegungen aber allein der Charakter von

obiter dicta zu. Ohnehin kann sich die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung wie aufgezeigt auf eine andere Begründungslinie stützen, die mit Blick auf das Willkürverbot nicht zu beanstanden ist. Damit kann die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nichts für sich ableiten (vgl. BGE 138 I 97 E. 4.1.4; 138 III 728 E. 3.4). Von vornherein keine Rolle spielt damit, ob das Kantonsgericht in diesem Zusammenhang seine eigene Rechtsprechung korrekt wiedergegeben hat, was die Beschwerdeführerin in Abrede stellt.

### **E. 3**

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Parteientschädigung ist keine zu sprechen, da von der obsiegenden Beschwerdegegnerin keine Vernehmlassung eingeholt wurde und ihr daher keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden sind ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.