

Décision sur les frais (art. 104 al. 1 CPC cum art. 95 al. 1 et 2 let. e CPC) – controverse. *In casu*, le recours doit être traité en tant que recours constitutionnel subsidiaire dès lors limité à la violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF) (consid. 1.1 et 1.2). Est litigieux en l'espèce le fait que les frais de représentation de l'enfant ont été fixés dans une décision rendue après la décision de MPUC (consid. 3 à 3.2, voir ég. partie en faits).

En règle générale, le tribunal statue sur les frais dans la décision finale (art. 104 al. 1 CPC). Les frais comprennent not. les frais judiciaires qui eux-mêmes comprennent not. les frais de représentation de l'enfant (art. 95 al. 1 et 2 let. e CPC). Est controversée en doctrine la question de savoir s'il doit être statué sur les frais au plus tard dans la décision finale ou si certains frais peuvent encore être mis à charge des parties ultérieurement, la distinction entre la condamnation aux frais (*Kostenauflage*) resp. le partage des frais judiciaires, d'une part, et la simple fixation de leur montant, d'autre part, n'étant pas toujours faite (consid. 3.3). Exposé des avis doctrinaux (consid. 3.3.1 et 3.3.2). En lien avec l'assistance judiciaire, le Tribunal fédéral a admis que l'art. 104 al. 1 CPC, avec les termes « en règle générale » pose une règle de principe qui peut souffrir d'exceptions (TF 5A_689/2015). Dans ce contexte, une application arbitraire de l'art. 104 CPC n'est pas démontrée dans le cas d'espèce, même si la solution consistant à indiquer dans la décision finale au moins la condamnation au paiement des frais resp. leur répartition pourrait paraître préférable (consid. 3.5).

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter von Werdt, Schöbi,
Gerichtsschreiberin Lang.

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Wipf,
Beschwerdeführerin,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwältin Sarah Trüb,
Beschwerdegegner,

C.,
vertreten durch Rechtsanwältin Seraina Gebhardt Furrer,

Gegenstand

Kostenfolgen (Eheschutz),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 7. Juni 2022 (RE220003-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a. A. (geb. 1976) und B. (geb. 1975) sind die verheirateten Eltern von C. (geb. 2009). Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens vor dem Bezirksgericht Uster zwischen den Eheleuten wurde für C. eine Kindesvertreterin nach **Art. 299 ZPO** ernannt. Mit Eheschutzentscheid vom 12. März 2021 regelte das Bezirksgericht die Kostenfolgen wie folgt (diese Kostenregelung ist in Rechtskraft erwachsen) :

" 20. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'000.--.

21. Die Kosten - bestehend in der Entscheidgebühr - werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und gesamthaft mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Ein allfälliger Fehlbetrag wird von den Parteien im gleichen Verhältnis, wie ihnen die Kosten auferlegt werden, nachgefordert. [...]"

A.b. Mit Verfügung vom 7. Juni 2021 setzte das Bezirksgericht die Entschädigung für die eingesetzte Kindesvertreterin auf insgesamt Fr. 11'604.75 und die Entscheidgebühr (für diese Verfügung) auf Fr. 300.-- fest und auferlegte den Eheleuten die Kosten wiederum je zur Hälfte.

B.

Gegen diesen Entscheid gelangte A. an das Obergericht des Kantons Zürich. Dieses hob die Entscheidgebühr von Fr. 300.-- auf. Die hälftige Auferlegung der Kosten für die Kindesvertretung bestätigte es mit Entscheid vom 7. Juni 2022 hingegen (Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Die Kosten für das Beschwerdeverfahren auferlegte es A. (Dispositiv-Ziffer 3 und 4) und sprach keine Parteientschädigungen zu (Dispositiv-Ziffer 5).

C.

Mit Eingabe vom 11. Juli 2022 (Poststempel) erhebt A. (Beschwerdeführerin) Beschwerde in Zivilsachen, eventuell subsidiäre Verfassungsbeschwerde am Bundesgericht. Diesem beantragt sie, die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des angefochtenen Entscheids vom 7. Juni 2022 teilweise aufzuheben und es seien ihr keine Kosten für die Vertretung des Kindes aufzuerlegen. Die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 seien ebenfalls aufzuheben und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr sei auf die Staatskasse zu nehmen, eventualiter dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Ferner sei ihr in Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 5 eine Parteientschädigung von Fr. 1'930.-- zu Lasten der Staatskasse, eventualiter des Beschwerdegegners, zuzusprechen.

Erwägungen:

1.

1.1.

Angefochten ist der kantonale letztinstanzliche Entscheid (**Art. 75 BGG**) in einer Zivilsache (**Art. 72 Abs. 1 BGG**), mit dem die erstinstanzlich verfügte (hälftige) Kostenauflegung in Bezug auf die in einem Eheschutzverfahren eingesetzte Kindesvertreterin bestätigt wurde. War vor der Vorinstanz, wie vorliegend, nur die Kostenfrage streitig, handelt es sich - entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin - um eine vermögensrechtliche Angelegenheit und beurteilt sich die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen nach dem Streitwert, der sich an den streitigen Kosten misst (**Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG**; **BGE 143 III 46 E. 1**; Urteil 5A_167/2020 vom 15. Juli 2020 E. 1.2.2). Diese liegen unter Fr. 30'000.- (**Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG**).

1.2. Die Beschwerdeführerin behauptet jedoch das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn von **Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG**.

Eheschutzentscheide gelten als vorsorgliche Massnahmen im Sinn von **Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.2)**. Mit der Beschwerde kann somit nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, etwa des Willkürverbots (**Art. 9 BV**), gerügt werden. In Verfahren nach **Art. 98 BGG** kommt zudem eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen nur in Frage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat (**BGE 133 III 585 E. 4.1**). Die Überprüfungsbefugnis entspricht somit derjenigen der subsidiären Verfassungsbeschwerde (**Art. 116 BGG**). Reicht die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen somit nicht weiter als im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde, besteht kein Raum für eine Grundsatzfrage, die nur im ordentlichen Beschwerdeverfahren beantwortet werden könnte (**BGE 138 I 232 E. 2.3; 134 I 184 E. 1.3.3; Urteil 5A_1045/2019 vom 10. November 2020 E. 1 mit Hinweisen**). Auf die Beschwerde in Zivilsachen kann nicht eingetreten werden; die Beschwerde ist als subsidiäre Verfassungsbeschwerde (**Art. 113 BGG**) zu behandeln. Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

1.3. Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (**Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 BGG; Rügeprinzip**). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (**BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen**).

2.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in seinem Teilgehalt der Begründungspflicht vor (**Art. 29 Abs. 2 BV**). Dies ist zunächst zu prüfen.

2.1. Um den Vorgaben von **Art. 29 Abs. 2 BV** zu genügen, muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des angefochtenen Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheides, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (**BGE 146 II 335 E. 5.1; 145 III 324 E. 6.1; 143 III 65 E. 5.2; 142 III 433 E. 4.3.2; je mit Hinweisen**).

2.2. Diesen Vorgaben genügt der angefochtene Entscheid. Dass die Vorinstanz sich mit dem Einwand der Beschwerdeführerin der *res iudicata* nicht explizit auseinandersetzt, kann ihr entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht zum Vorwurf gereichen, musste sie sich doch nicht mit jedem einzelnen Vorbringen auseinandersetzen und hat sie das Ergebnis des Entscheids begründet, indem sie - entgegen den appellatorischen Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die Begründung die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art nicht enthalte - die für diesen wesentlichen Punkte aufführte (dazu E. 3.1).

3.

In der Sache strittig ist die (hälftige) Kostenaufgabe für die Kindesvertretung an die Beschwerdeführerin.

3.1. Die Vorinstanz hatte diesbezüglich ausgeführt, die Entschädigung der Kindesvertretung sei Teil des Endentscheids, könne aber auch in einem gesonderten Entscheid erfolgen, wobei es sich um eine Ergänzung des Endentscheids handle. Die Erstinstanz habe über die Entschädigung der Kindesvertretung im Eheschutzurteil vom 12. März 2021 nicht entschieden. Die anwaltlich vertretenen Parteien hätten daher davon ausgehen müssen, dass diese Entschädigung mit einem

separaten Entscheid - nach Vorliegen der Honorarnote - festgesetzt und gemäss dem bereits festgelegten Verteilschlüssel den Parteien je zur Hälfte auferlegt würde. Es liege kein Verstoß gegen **Art. 104 ZPO** vor.

3.2. Die Beschwerdeführerin vertritt im Wesentlichen die Auffassung, den Parteien seien im Eheschutzentscheid vom 12. März 2021 als Gerichtskosten explizit lediglich die Entscheidgebühr, nicht aber die Kosten für die Kindesvertretung, auferlegt worden. Dieser Entscheid sei rechtskräftig, betreffend die Auflage von Gerichtskosten abschliessend und stelle eine *res iudicata* dar. Die Auferlegung der Kosten für die Kindesvertreterin im Entscheid vom 7. Juni 2021 sei nachträglich erfolgt, was einerseits das Willkürverbot verletze und andererseits gegen das Legalitätsprinzip im Abgaberecht verstosse. Die Vorinstanz verkenne in eklatanter Weise den Unterschied zwischen einer (unzulässigen) nachträglichen Kostenaufgabe und einer (zulässigen) nachträglichen Festsetzung der Kosten, wobei es in der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung jeweils nur um die nachträgliche Festsetzung gegangen sei.

3.3. Gemäss Art. 104 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten, wobei zu jenen wiederum die Kosten für die Vertretung des Kindes zu zählen sind (Art. 95 Abs. 1 und 2 lit. e ZPO). In der Lehre kontrovers diskutiert wird die Frage, ob über die Prozesskosten (spätestens) im Endentscheid entschieden werden muss oder bestimmte Kosten auch noch nachträglich auferlegt werden können, wobei nicht immer zwischen der eigentlichen *Kostenaufgabe* bzw. der *Verteilung der Gerichtskosten* und der reinen *Festsetzung* (in Bezug auf die Höhe) unterschieden wird:

3.3.1. RÜEGG/RÜEGG (in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 4 zu **Art. 104 ZPO**) sind der Auffassung, in jedem Endentscheid müsse auch die Verteilung und Festsetzung der Prozesskosten geregelt werden. Während im Endentscheid über die Prozesskosten entschieden werden müsse, stehe es dem Gericht frei, ob es bei Zwischenentscheiden, vorsorglichen Massnahmen und Rückweisungsentscheiden (Art. 104 Abs. 2 bis 4 ZPO) eine Kostenverteilung vornehme. Ähnlich äussern sich URWYLER/GRÜTTER (in: Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 2 und FN 2 zu **Art. 104 ZPO**), die ausführen, es sei theoretisch möglich, im Endentscheid nur über die Kostentragung zu entscheiden, die quantitative Festsetzung aber erst später vorzunehmen, wobei dies aber nicht das vom Gesetzgeber anvisierte System sei (ähnlich auch STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 3 zu **Art. 104 ZPO**). SUTTER-SOMM/SEILER (in: Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 3 zu **Art. 104 ZPO**) vertreten die Auffassung, der Kostenentscheid müsse in allen Fällen Bestandteil des Endentscheides sein. Hänge ein Endentscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens ab, müsse mit der Urteilsfällung und dem darin enthaltenen Kostenentscheid zugewartet werden und es dürfe nicht nachträglich ein separater Kostenentscheid gefällt werden. Auch JENNY (in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 6 zu **Art. 104 ZPO**) führt aus, Entscheid im Endentscheid bedeute, dass der Kostenentscheid nicht in einer separaten Verfügung erfolge.

3.3.2. Demgegenüber vertritt FISCHER (in: Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2010, N. 4 zu **Art. 104 ZPO**) die Ansicht, bei der Auslegung von **Art. 104 ZPO** fänden sich kaum Argumente, um von einer abschliessenden Regelung der Ausnahmen auszugehen und es sei unter Umständen ebenfalls zuzulassen, dass ausnahmsweise nachträglich in einem separaten, ergänzenden Entscheid über die Prozesskosten entschieden werde, beispielsweise, wenn ein Gericht den Ausgang eines anderen Verfahrens als Grundlage für den Prozesskostenentscheid erachte. Gegen eine abschliessende Regelung spricht sich auch TAPPY (in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 16 f. zu **Art. 104 ZPO**) aus, der ausführt, es erscheine nicht ausgeschlossen, nachträglich den Endentscheid zu ergänzen und den Parteien Gerichtskosten im Sinne von **Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO** aufzuerlegen, die erst nach dem

Endentscheid entstanden seien. BAUMANN WEY (Die unbezifferte Forderungsklage nach **Art. 85 ZPO**, 2013, N. 678) erachtet es ohne nähere Begründung, aber mit Verweis auf TAPPY (a.a.O.) als zulässig, auch in anderen Konstellationen den Entscheid über die Prozesskosten erst nach dem Endentscheid zu fällen.

3.4. Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offenbar 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. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (**BGE 148 III 95 E. 4.1** mit Hinweisen).

3.5. Während die Vorinstanz wohl - mindestens sinngemäss - die Auffassung vertritt, der Verteilschlüssel für die Auferlegung der Kosten für die Vertretung des Kindes sei bereits im Eheschutzentscheid festgelegt worden (nicht aber die Festsetzung der Höhe der Kosten), beruft sich die Beschwerdeführerin darauf, der Eheschutzentscheid habe unter den Gerichtskosten abschliessend nur die Entscheidgebühr auferlegt und von einer Auflage der Kosten für die Kindesvertretung abgesehen, diese seien erst nachträglich den Parteien auferlegt worden. Diese Frage braucht vom Bundesgericht letztlich nicht entschieden zu werden: **Wie die oben wiedergegebenen (E. 3.3) Lehrmeinungen zeigen, divergieren die Auffassungen darüber, inwiefern Art. 104 Abs. 1 ZPO abschliessend zu verstehen ist bzw. zwingend die Kostenaufgabe bzw. Verteilung spätestens im Endentscheid vorsieht (wobei die Festsetzung der Höhe dieser Kosten je nach Lehrmeinung auch nachträglich erfolgen kann) oder ob und wenn ja in welchen Fällen einzelne Kosten auch nachträglich auferlegt werden dürfen. Bereits bestätigt hat das Bundesgericht jedenfalls (im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege), dass Art. 104 Abs. 1 ZPO mit dem Passus "in der Regel" bloss einen Grundsatz festhält, der Ausnahmen zulässt (Urteil 5A_689/2015 vom 1. Februar 2016 E. 5.4). Vor diesem Hintergrund ist Willkür in der Anwendung von Art. 104 ZPO jedenfalls nicht dargetan, mag auch vorliegend die Lösung zutreffender erscheinen, mindestens die Auflage der Kosten bzw. die Verteilung derselben im Endentscheid festzulegen.** Das genügt jedoch unter Willkürgesichtspunkten nicht und dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin nicht darlegt und sich auch nicht ohne Weiteres erschliesst, inwiefern der Entscheid auch im Ergebnis unhaltbar bzw. willkürlich ist: So hat die Vorinstanz zutreffend darauf hingewiesen, dass die anwaltlich vertretenen Parteien davon ausgehen mussten, dass die Entschädigung der Kindesvertretung nach Vorliegen der Honorarnote - entsprechend dem im Eheschutzurteil festgelegten Verteilschlüssel für die (mindestens dort zu verteilenden) Gerichtskosten - festgesetzt würde.

3.6. Nachdem **Art. 104 ZPO** nicht willkürlich angewendet worden ist, zielt der Vorwurf der Beschwerdeführerin, das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (**Art. 127 Abs. 1 BV**) sei mangels Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage (**Art. 104 ZPO**) verletzt worden, entgegen ihren Behauptungen ins Leere. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang besteht auch kein Raum für eine abweichende Regelung der vorinstanzlichen Kosten, zumal die Beschwerdeführerin eine solche nicht unabhängig vom Obsiegen in der Sache begründet. Die Beschwerdeführerin wird kosten- (**Art. 66 Abs. 1 BGG**), nicht aber entschädigungspflichtig, zumal keine Vernehmlassungen eingeholt worden sind (**Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG**).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, C. und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 23. September 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Die Gerichtsschreiberin: Lang