



<b>Fall-Nr.:</b>	BES.2017.58
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	11.07.2018
<b>Entscheiddatum:</b>	11.07.2018

### **Entscheid Kantonsgericht, 11.07.2018**

**Art. 319 ff. ZPO (SR 272); Art. 14 und Art. 16 HonO (sGS 963.75). Zur Festsetzung der Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren und zur Legitimation zur Kostenbeschwerde gegen diese Festsetzung (Kantonsgericht, Einzelrichter für Beschwerden SchKG, 11. Juli 2018, BES. 2017.58).**

Aus den Erwägungen:

a/aa) Im Beschwerdeverfahren geht es ausschliesslich um die der Schuldnerin zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 2'200.00. Der Vorrichter hielt zu deren Bemessung fest, dass die Rechtsvertreterin der Schuldnerin keine Kostennote eingereicht habe, dass das mittlere Honorar bei einem Streitwert von Fr. 121'700.00 Fr. 9'100.00 zuzüglich 3.3% des Streitwerts betrage, dass dieses mittlere Honorar im summarischen Verfahren auf 10% bis 50% herabgesetzt werde und dass sich hier "bei diesem Streitwert [...] bei Rechtsöffnungsverfahren, welche grundsätzlich mit eher geringem Aufwand verbunden sind, eine Herabsetzung auf 15%" rechtfertige. Hinzu kämen 4% Barauslagen und 8% Mehrwertsteuer, weshalb die Entschädigung auf gerundet Fr. 2'200.00 festgesetzt werde.

bb) In der Beschwerde macht die Rechtsvertreterin der Schuldnerin geltend, ihre Klientin habe ihr den Anspruch auf eine allfällige Parteientschädigung zahlungshalber abgetreten. Damit und ungeachtet dessen auch als unentgeltliche Rechtsvertreterin stehe ihr "die Legitimation zu, den Entscheid betreffend Prozessentschädigung selbständig anzufechten", da dieser eine entscheidende Grundlage für die Bemessung der staatlichen Entschädigung bilde. Die Schuldnerin wirft dem Vorrichter sodann vor, er habe ihren Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs verletzt, indem er



"einen Tag nach Eingang der Stellungnahme zur Duplik bzw. am Tag des Eingangs" entschieden und sie nicht zur Einreichung ihrer Honorarnote aufgefordert habe, die er dann bei der Festsetzung der Entschädigung ohne weiteres hätte berücksichtigen können; eine Festsetzung der Entschädigung von Amtes wegen und ausschliesslich aufgrund der gerichtlichen Aktenkenntnis stelle eine Gehörsverletzung dar. Selbst wenn man der Ansicht sei, der umgehende Entscheid der Vorinstanz aufgrund der Akten und die Nichteinholung der Honorarnote seien nicht zu beanstanden, erscheine die zugesprochene Entschädigung von Fr. 2'200.00 als unangemessen und willkürlich. Die Vorinstanz habe nämlich nicht berücksichtigt, dass sich das Verfahren insbesondere wegen der unübersichtlichen Ausgangslage und der Winkelzüge der Gläubigerin als aussergewöhnlich kompliziert erwiesen und deshalb einen im Vergleich zu einem durchschnittlichen Rechtsöffnungsverfahren übermässigen Aufwand (von ohne Berücksichtigung des Anwaltswechsels total 42.2 Stunden) verursacht habe, wobei das Argument, so es denn kommen sollte, sie, die Schuldnerin, habe übermässigen Aufwand betrieben, nicht stichhaltig sei, da angesichts der hohen Betreibungssumme notwendig gewesen sei, eine möglichst umfassende Abwehrstrategie zu fahren. Nicht einmal in Betracht gezogen habe die Vorinstanz überdies Zuschläge nach Art. 17 bzw. Art. 18 Abs. 1 lit. b und c HonO, obwohl sie drei (Gläubigerin) bzw. zwei (Schuldnerin) Rechtsschriften eingeholt habe. Schliesslich moniert die Schuldnerin, dass die Vorinstanz die Barauslagen nicht korrekt, nämlich zu 4% auf dem reduzierten und nicht auf dem mittleren Honorar berechnet habe.

[...]

b) Wie ausgeführt macht die Rechtsvertreterin der Schuldnerin geltend, als unentgeltliche Rechtsbeiständin komme ihr die Legitimation zu, Ziff. 3 des Entscheids vom 30. Juni 2017 "selbständig" anzufechten. Diese Auffassung ist zwar richtig (vgl. Bühler, Berner Kommentar, N 46 zu Art. 122 ZPO, BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 122 N 4, unter Hinweis auf BGE 131 V 153 E. 1, und Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 122 N 8). Allerdings hätte die Vertreterin diesfalls die Beschwerde nicht im Namen der Schuldnerin, sondern in eigenem Namen erheben müssen, weshalb insofern, d.h. soweit sich die Rechtsvertreterin auf eigene Ansprüche als unentgeltliche Rechtsbeiständin beruft, auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Offenbleiben kann, ob dies auch unter dem Aspekt der geltend gemachten Abtretung



gilt. Diese führt zwar dazu, dass – was allerdings als Novum im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden könnte (Art. 326 Abs. 1 ZPO) – der Schuldnerin die Aktivlegitimation in Bezug auf die Parteientschädigung fehlt, ändert aber nichts daran, dass die Schuldnerin, wovon aufgrund der Akten denn auch auszugehen ist, dazu legitimiert ist, weiterhin (auch) selber Beschwerde zu erheben. Denn sie hat ein Interesse an einer möglichst hohen Entschädigung, erfolgte die Abtretung doch (unbestrittenermassen) zahlungshalber, was dazu führen kann, dass sie nicht den ganzen Anspruch deckt, den die Rechtsvertreterin aufgrund der (internen) Honorarvereinbarung von ihrer Klientin fordern kann. Trotz Abtretung sind das Rechtsschutzinteresse der Schuldnerin und damit ihre Beschwerdelegitimation daher zu bejahen und ist insofern auf die Beschwerde einzutreten.

c) Der Antrag der Schuldnerin lautet auf Aufhebung von Ziff. 3 des angefochtenen Entscheids und Zusprechung einer angemessenen Entschädigung unter Berücksichtigung der Kostennote vom 13. Juli 2017. Dieser Antrag wird dem Erfordernis der Bezifferung dessen, was zuzusprechen sei, nicht gerecht (zum Bezifferungserfordernis vgl. auch Retz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm, Art. 311 N 34 S. 2438). Daran ändert auch der Verweis auf die Kostennote nichts, räumt die Rechtsvertreterin der Schuldnerin doch in der Begründung der Beschwerde ein, dass sie sich bewusst sei, dass sie sich "unter Umständen im Rahmen des summarischen Verfahrens eine Reduktion des Honorars gefallen lassen muss", womit sie zum Ausdruck bringt, dass sie nicht einfach maximal die Zusprechung des Honorars gemäss Kostennote beantragt, sondern nur, aber immerhin, einen Betrag, bei dem die Reduktion des massgeblichen mittleren Honorars gemäss HonO "in einem angemessenen Verhältnis zum verursachten Aufwand stehen" soll, wobei diesem Aufwand offenbar die 42.2 Stunden gemäss Kostennote zu Grunde zu legen wären.

Insofern ist mithin auf die Beschwerde, soweit sie als von der Schuldnerin erhoben zu betrachten ist, mangels eines ausreichenden Antrags nicht einzutreten. Wie nachfolgend (lit. d und e) zu zeigen ist, wäre der Beschwerde aber auch im Falle des Eintretens kein Erfolg beschieden.

d) Der Vorwurf der Schuldnerin betreffend die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist unbegründet.



aa) Nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels stellte der Vorrichter der Gläubigerin die Duplik vom 18. Mai 2017 lediglich "zur Kenntnisnahme" zu. In Berücksichtigung der Grundsätze zum allgemeinen Replikrecht hätte er in der Folge nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Frist von (gemäss der Praxis) zehn Tagen entscheiden können und dürfen, wozu es dann aber deshalb nicht kam, weil die Gläubigerin am 1. Juni 2017 um Ansetzung einer Frist für die Einreichung einer ("Replik"-) Eingabe ersuchte. Entsprechendes hätte an sich auch in Bezug auf diese ("Replik"-) Eingabe vom 26. Juni 2017 gegolten; auch diese hätte der Vorrichter der Vertreterin der Schuldnerin zustellen und anschliessend abwarten müssen, ob sie sich innert zehn Tagen nochmals dazu äussern würde. Wenn er dies nicht tat, sondern – was in der Praxis im Falle des Verzichts auf die Zustellung einer Replik an die obsiegende Partei als tauglich und zulässig erachtet wird, um ein ewiges Hin und Her zu vermeiden (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 225 N 17c) – bereits zwei Tage nach dem Versenden der Eingabe das Dispositiv eröffnete, ist dies trotzdem nicht zu beanstanden: Der Vorrichter beschnitt damit zwar die Schuldnerin an sich in ihrem Recht, sich ihrerseits zu den Ausführungen in der Stellungnahme der Gläubigerin vom 26. Juni 2017 nochmals zu äussern, verletzte ihr Recht auf Einreichung einer Kostennote aber deshalb nicht, weil er davon ausgehen durfte, die Vertreterin der Schuldnerin werde keine Kostennote einreichen, hatte sie doch in ihrer Duplik vom 18. Mai 2017 zur Entschädigungsfrage in dem Sinne abschliessend Stellung genommen, dass sie ohne Hinweis auf eine noch einzureichende Kostennote oder weitergehende Konkretisierung/Substantiierung geltend machte, die Gläubigerin habe mit ihrem Verwirrspiel einen für ein summarisches Verfahren erheblichen Aufwand generiert, was "bei der Festsetzung der Entschädigung [...] angemessen zu berücksichtigen" sei .

bb) Die Rechtsvertreterin der Schuldnerin argumentiert denn auch weniger mit einer Verletzung des Gehörsanspruchs durch den unverzüglichen Entscheid nach Zustellung der Eingabe vom 26. Juni 2017, als vielmehr mit dem Einwand, da es sich nicht um ein "Standard-Rechtsöffnungsverfahren" gehandelt habe, habe sie davon ausgehen dürfen, dass sie vor dem Entscheid noch zur Einreichung ihrer Kostennote aufgefordert würde. Sie verweist hierfür auf Bühler (Berner Kommentar, N 35 zu Art. 122 ZPO), nach dem die Festsetzung einer Entschädigung von Amtes wegen und ausschliesslich aufgrund der gerichtlichen Aktenkenntnis eine Gehörsverletzung darstelle.



Zumindest im vorliegenden Verfahren kann der Auffassung von Bühler aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Im Rechtsöffnungsverfahren wird das Honorar für die anwaltliche Vertretung nach dem Streitwert festgesetzt, und zwar herabgesetzt auf 50% bis 10% des mittleren Honorars (Art. 16 i.V.m. Art. 14 HonO). Eine gesetzliche Regelung der Vorgabe zum Mass der Herabsetzung besteht nicht. Allerdings lässt die Verknüpfung mit dem mittleren Honorar, das seinerseits streitwertabhängig ausgestaltet ist, angezeigt erscheinen, auch bei der Herabsetzung primär auf den Streitwert abzustellen, und zwar in dem Sinne, dass die Herabsetzung umso geringer ausfallen soll, je geringer der Streitwert ist, um so die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Rechtsvertretung auch bei geringen Streitwerten dem summarischen und damit bloss vorläufigen Charakter des Verfahrens entsprechend angemessen entschädigt und bei hohen Streitwerten eine Überentschädigung vermieden wird. Diesen Überlegungen trägt die vom damaligen "Einzelrichter des Kantonsgerichtes für Schuldbetreibung und Konkurs" im Juni 1994 formulierte Empfehlung auf der Basis einer abgestuften Abstützung der Regelansätze zwischen 50% und 10% je nach Streitwert Rechnung. Die betreffenden Richtwerte gelten nach wie vor, wobei sie, wie schon der Einzelrichter damals betonte, im Einzelfall aufgrund anderer Faktoren, wie namentlich wegen der Schwierigkeiten des Falles, der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten oder des notwendigen Zeitaufwands eine Korrektur erfahren können (Art. 17 HonO; zu den Richtwerten und den Korrekturfaktoren vgl. Komm. GebV SchKG-Eugster, Art. 62 N 3). Vor diesem Hintergrund darf von einer Rechtsvertretung, auch wenn sie als unentgeltliche Rechtsbeiständin eingesetzt ist, erwartet werden, dass sie, wenn sie Korrekturfaktoren geltend machen will, diese substantiiert vorbringt, zumal sich ihr Anspruch (bzw. derjenige der von ihr vertretenen Partei) bei Obsiegen primär gegen die Gegenpartei richtet und diesbezüglich der Verhandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangt. Dazu hätte hier umso mehr Anlass bestanden, als die Rechtsvertreterin der Schuldnerin die aus ihrer Sicht bei der Festsetzung der Parteientschädigung zu beachtenden besonderen Umstände erkannte. Wenn sie sich aber trotzdem darauf beschränkte, lediglich allgemein, ohne weitere Substantiierung und insbesondere ohne Offenlegung ihres Aufwands darauf hinzuweisen, dann bestand für den Vorrichter kein Anlass, sie zur Einreichung einer Kostennote aufzufordern. Vielmehr durfte er davon ausgehen,



dass die Schuldnerin ihm – praxisgemäss – die Festsetzung der primär von der Gläubigerin geschuldeten Entschädigung nach Ermessen (vgl. Art. 6 HonO) überliess.

cc) Im Ergebnis bedeuten diese Überlegungen, dass die ermessensweise Festsetzung der Parteientschädigung im Grundsatz nicht zu beanstanden und diese Festsetzung losgelöst von der Kostennote der Rechtsvertreterin der Schuldnerin, welche ein unzulässiges Novum darstellt (vgl. Art. 326 Abs. 1 ZPO), zu beurteilen ist.

e) Damit bleibt die Frage der Höhe der zugesprochenen Entschädigung. Die Vorinstanz legte diese, wie ausgeführt, gestützt auf Art. 14 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 16 Abs. 1 HonO auf der Basis von 15% des mittleren Honorars fest.

aa) Gemäss Art. 320 ZPO können mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) geltend gemacht werden. Angesichts dieser Regelung stellt sich im Hinblick auf die unterschiedliche Kognition der Beschwerdeinstanz bei der Kostenbeschwerde die Frage, ob bzw. inwiefern die Festsetzung des (angemessenen) Honorars die Rechtsanwendung, welche von der Beschwerdeinstanz uneingeschränkt überprüft werden kann, oder die Sachverhaltsermittlung, bezüglich welcher nur eine eingeschränkte Überprüfungsbefugnis besteht, betrifft. Auszugehen ist dabei davon, dass, wie ausgeführt, der Vorrichter das Honorar – zu Recht – nach Ermessen festlegte (Art. 6 HonO). Insofern kann der Vorinstanz mithin kein Vorwurf gemacht werden und es bleibt zu prüfen, ob sie ihr Ermessen fehlerhaft wahrgenommen hat. Bei ermessensfehlerhaften Entscheiden wird dabei zwischen der Ermessensüberschreitung, der Ermessensunterschreitung, des Ermessensmissbrauchs und der Unangemessenheit unterschieden. Diese Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil die Ermessensüber- oder- unterschreitung und der Ermessensmissbrauch auf jeden Fall eine Rechtsverletzung darstellen, während dies beim Tatbestand der blossen Unangemessenheit insofern strittig ist, als teilweise vertreten wird, Unangemessenheit falle als Beschwerdegrund von vornherein ausser Betracht (vgl. etwa Sterchi, Berner Kommentar, N 6a zu Art. 110 ZPO), aber auch, Unangemessenheit könne im Unterschied zum sogenannten Tatbestandsermessen im Falle der Wahrnehmung des sogenannten Rechtsfolgeermessens als Rechtsverletzung gerügt werden, wobei sich die Rechtsmittelinstanz auch in diesen Fällen der an sich



uneingeschränkten Überprüfung eine gewisse Zurückhaltung auferlegen dürfe (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 310 N 34-37; Kurt Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10; BK-Sterchi, N 3 zu Art. 320 ZPO; BGer 5A\_265/2012 E. 4.3.2; a.M. bezüglich der Zurückhaltung hinsichtlich der Überprüfung auf Unangemessenheit ZPO-Rechtsmittel-Stauber, Art. 310 N 10). Die Beschränkung des Rechtsanwendungsfehlers auf die Fälle der Ermessensüber- oder unterschreitung und des Ermessensmissbrauchs und verbunden damit die Beschränkung der Kognition bei Geltendmachung der Unangemessenheit auf die offensichtliche Unrichtigkeit, d.h. Willkür, überzeugt nicht: Vergleichbar mit den Fällen des uneingeschränkt überprüfbaren Rechtsfolgeermessens in Entscheiden betreffend die Festsetzung der Höhe der Entschädigung bei einer missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 336a Abs. 2 OR) oder der Festlegung einer Abgangsentschädigung (Art. 339c Abs. 2 OR; vgl. indessen zur eingeschränkten Kognition des Bundesgerichtes Reetz/Theiler, ZPO Komm., Art. 310 N 38) erscheint vielmehr jede Form der fehlerhaften Ausübung des Ermessens und nicht nur die qualifiziert fehlerhafte der Ermessensüber- oder unterschreitung bzw. des Ermessensmissbrauchs als Rechtsanwendungsfehler. Dies schliesst indessen nicht aus, dass einzelne bei der Ermessensausübung berücksichtigte Kriterien den Sachverhalt betreffen und insofern nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit gerügt werden können. Gerechtfertigt ist darüber hinaus auch die in Lehre und Rechtsprechung vertretene Zurückhaltung, und zwar in dem Sinne, dass es nicht darum gehen kann, einen Ermessensentscheid durch einen andern Ermessensentscheid zu ersetzen.

bb) Gemäss der hiervor zitierten Empfehlung ist gestützt auf Art. 16 Abs. 1 HonO – danach wird im summarischen Verfahren das mittlere Honorar auf 10% bis 50% herabgesetzt – bei einem Streitwert ab Fr. 100'000.00 ein Anspruch von 20% in Anschlag zu bringen. Diesen Ansatz hat der Vorrichter mit dem Hinweis auf den mit einem Rechtsöffnungsverfahren verbundenen grundsätzlich eher geringen Aufwand unterschritten. Dieser vorinstanzliche Hinweis erscheint hier insofern problematisch, als der konkrete Aufwand angesichts der Anordnung eines doppelten Schriftenwechsels nicht gering war. Trotzdem ist die Unterschreitung vertretbar, und zwar mit Rücksicht darauf, dass die Empfehlung noch auf der St. Galler Zivilprozessordnung beruhte, unter deren Geltung in der Regel eine Verhandlung durchgeführt wurde, dass hier aber keine solche Verhandlung stattfand. Die Empfehlung sieht denn auch vor, dass in Fällen ohne



mündliche Verhandlung die Ansätze angemessen zu reduzieren seien (Komm. GebV-Eugster, Art. 62 N 3). Vor diesem Hintergrund ist mit Rücksicht auf Art. 17 HonO – danach kann das mittlere Honorar zur Berücksichtigung besonderer Umstände, namentlich der grundsätzlichen Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles, der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten, des notwendigen Zeitaufwands, der Vertretung mehrerer Parteien und ausserordentlicher vorprozessualer Bemühungen, um bis zu einem Viertel unter- oder überschritten werden – vertretbar, dass die Vorinstanz den Ansatz von 20% um einen Viertel auf 15% reduzierte und das Honorar einschliesslich 4% Barauslagen und 8% Mehrwertsteuer auf Fr. 2'200.00 festsetzte (zum mittleren Honorar s. Art. 14 Abs. 1 lit. e HonO). Was die Schuldnerin dagegen – abgesehen vom untauglichen Hinweis auf ihre Kostennote – einwendet, ändert daran nichts: Zuzugestehen ist ihr, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich nur ein einfacher Schriftenwechsel vorgesehen ist. Ein doppelter Schriftenwechsel rechtfertigt indessen nach der Praxis zur HonO keinen Zuschlag nach Art. 18 Abs. 1 lit. c (oder lit. b) HonO. Zu Unrecht geht die Schuldnerin sodann davon aus, die Pauschale von 4% für die Barauslagen sei auf dem mittleren und nicht auf dem reduzierten Honorar zu berechnen. Art. 28<sup>bis</sup> Abs. 1 HonO spricht von "Honorar" womit gerade nicht das mittlere Honorar gemeint ist, soll doch die Pauschale für die Barauslagen in einem vernünftigen Verhältnis zum Aufwand, wie er im konkret festgesetzten Honorar zum Ausdruck kommt, stehen.