



Fall-Nr.:	BZ.2006.77
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	08.03.2007
Entscheiddatum:	08.03.2007

Entscheid Kantonsgericht, 08.03.2007

Art. 68, 72, 134 Abs. 2, 157 Abs. 1, 266 Abs. 1 und 266 Abs. 2 lit. d ZPO (sGS 961.2); Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG (SR 281.1). Wird ein Versöhnungsversuch durchgeführt, muss die Widerklage vor dem Vermittler erhoben werden. Eine spätere Einreichung ist, auch bei Nachholung des Vermittlungsverfahrens, nicht zulässig. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck von Art. 134 Abs. 2 ZPO und gilt jedenfalls für Fälle, in denen es an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass sich ein Rechtsschutzinteresse des Beklagten zur Erhebung einer Widerklage wegen des Verhaltens des Klägers erst später manifestiert hätte. Das Begehren der Beklagten, die Klägerin sei zu verpflichten die Betreuung zurückzuziehen und im Betreibungsregister löschen zu lassen, erübrigt sich angesichts von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG. Danach darf das Betreibungsamt Dritten von einer Betreuung ohnehin keine Kenntnis (mehr) geben, wenn die Betreuung aufgrund eines Urteils - welches auch die rechtskräftige Abweisung einer Anerkennungsklage umfasst - aufgehoben ist. Diente das Beweisverfahren ausschliesslich zur Feststellung der Begründetheit der Klage, erschiene es grundsätzlich als unbillig, wenn die Beklagte für diese Kosten (mit-)aufzukommen hätte, was eine von der allgemeinen Regel abweichende Kostenverlegung rechtfertigt. Gutheissung der Berufung in diesem (Unter-)Punkt. (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 8. März 2007, BZ.2006.77).

Erwägungen

I.

1. Die Klägerin bietet Treuhanddienstleistungen an. In ihrem Auftrag erkundigte sich im Februar 2003 die selbständig erwerbstätige Telemarketing-Fachfrau X bei der



Beklagten, welche gemäss Handelsregistereintrag in den Bereichen Ausführung von Elektro-, TV-, Telefon- und EDV-Installationen, Elektro-Hausinstallationskontrolle, Verkauf von bio-elektrotechnischen Produkten sowie Messung von Elektrosmog tätig ist, ob sie allenfalls Bedarf an Treuhanddienstleistungen habe (Replik/Widerklageantwort, 5 Ziff. III.1; Urteil, 3 Erw. 2). Die Beklagte zeigte sich interessiert und erwähnte, dass sie mit der Jahresrechnung 2001, welche die Treuhandgesellschaft Y erstellt habe, nicht zufrieden sei, weil das steuerbare Einkommen viel zu hoch ausfalle (Replik/Widerklageantwort, 5 Ziff. III.1; Urteil, 3 Erw. 2). Am 19. Februar 2003 trafen sich die Parteien, vertreten durch A von der Klägerin und B von der Beklagten, zum Gespräch (Replik/Widerklageantwort, 6 Ziff. III.1; Urteil, 3 Erw. 2). Anlässlich dieses Gesprächs kam A zum Schluss, dass die ihr vorgelegte Buchhaltung der Treuhandgesellschaft Y für das Jahr 2001 nicht korrigiert werden könne und daher komplett neu erfasst werden müsse. Sie nannte dafür einen Preisrahmen von Fr. 6'000.-- bis Fr. 8'000.--. Die Beklagte überliess ihr daraufhin ihre Buchungsunterlagen und die Buchhaltung des Jahres 2001 zur Mängelbehebung (Klageantwort/Widerklage, 3 Ziff. III.2 und 3; Urteil, 3 Erw. 2). Im März 2003 übergab die Beklagte der Klägerin sodann auch die Jahresbuchhaltung 2002 (Klageantwort/Widerklage, 4 Ziff. III.4; Urteil, 3 Erw. 2). Schliesslich wurde die Klägerin von der Beklagten auch mit der Erstellung der Buchhaltung 2003 betraut (Replik/Widerklageantwort, 16 Ziff. III.8; Urteil, 3 Erw. 2; Berufung, 3 Ziff. III.2 und 6 Ziff. III.3).

In der Folge erfasste die Klägerin die Buchhaltung für die Jahre 2001 und 2002 neu. Dafür stellte sie Rechnung über Fr. 13'883.70 (kläg.act. 11) und Fr. 10'632.70 (kläg.act. 12). Die Beklagte leistete Akontozahlungen über total Fr. 10'070.-- (vgl. kläg.act. 11). Im Hinblick auf eine allfällige Schadenersatzklage gegen die früheren Treuhandfirmen vermittelte die Klägerin der Beklagten ausserdem Kontakt zu Rechtsanwalt Dr. E (Klageschrift, 3; Klageantwort/Widerklage, 6 Ziff. III.7). Am 14. Juli 2003 stellte die Klägerin der Beklagten für die Buchhaltung des ersten Halbjahres 2003 den Betrag von Fr. 8'093.90 in Rechnung (kläg.act. 13).

Um die Chancen einer allfälligen Schadenersatzklage gegen die früheren Treuhandfirmen genauer beurteilen zu können, beauftragte die Beklagte in der Folge die Treuhandfirma H mit der Überprüfung der Buchhaltung der Jahre 2001 und 2002. Diese kam zum Schluss, dass bei den von den Treuhandfirmen K und Y erstellten



Jahresbuchhaltungen zwar Fehlbuchungen und/oder ungenaue Aufteilungen festgestellt werden konnten, es sich dabei aber insgesamt um Details handelte. Ferner stellte sie fest, dass eine Neuerfassung der Buchhaltung durch die Klägerin nicht notwendig gewesen wäre und dass dieser ihrerseits gravierende Fehler unterlaufen waren. Sie schlug daher vor, die Klägerin für ihren Aufwand mit pauschal 8 Stunden pro Buchungsjahr zu entschädigen (Klageantwort/Widerklage, 7 ff. Ziff. III.9 und 10; bekl.act. 9, S. 3 ff.).

1. Am 29. August 2003 leitete die Klägerin in der Höhe der Differenz zwischen den von ihr geltend gemachten Rechnungsbeträgen und den geleisteten Kostenvorschüssen Betreuung gegen die Beklagte ein, welche daraufhin Rechtsvorschlag erhob.

Nachdem die Streitsache anlässlich des Vermittlungsvorstandes vom 7. Oktober 2003 unvermittelt geblieben war (vi-act. 01), wandte sich die Klägerin mit Klage vom 22. Oktober 2003 (vi-act. 1) an das Kreisgericht und stellte die obgenannten Rechtsbegehren. Die Beklagte ersuchte mit Klageantwort vom 26. Januar 2004 (vi-act. 9) um Abweisung der Klage. Ferner beantragte sie - widerklageweise -, die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von Fr. 8'063.60 (recte: Fr. 8'073.60; vgl. Klageantwort, 12 Ziff. III.12; Urteil, 2) zu bezahlen. Dieser (Rückforderungs-)Betrag ergebe sich aus der Gegenüberstellung der Honorarforderung der Klägerin, welche sich lediglich im Umfang von Fr. 5'035.10 als berechtigt erweise, mit den geleisteten Akontozahlungen von Fr. 10'070.-- sowie dem von der Klägerin verursachten Schaden von Fr. 3'038.70. Ausserdem beantragte die Beklagte, die Klägerin sei zu verpflichten, ihr die vollständigen Geschäftsunterlagen zurückzugeben sowie die gegen sie gerichtete Betreuung Nr. 03/2792 des Betreibungsamtes zurückzuziehen und im Betreibungsregister löschen zu lassen. In ihrer Replik/Widerklageantwort vom 5. April 2004 (vi-act. 18) wies die Klägerin darauf hin, dass auf die widerklageweise gestellten Begehren der Beklagten nicht einzutreten sei, weil diese bereits anlässlich des Vermittlungsvorstandes hätten gestellt werden müssen. Mit ihrer Duplik/Widerklagereplik vom 1. Juni 2004 (vi-act. 22) räumte die Beklagte ein, dass sie in ihrer Klageantwort mehr verlangt habe als beim Vermittlungsvorstand. Gleichzeitig führte sie aus, dass sie, weil sich die Klägerin damit nicht einverstanden gezeigt habe, nun einen neuen Leitschein verlangt habe. Damit sei sichergestellt, dass die Änderung des Klagebegehrens keine Klageänderung im Sinne von Art. 72 ZPO darstelle (Duplik/



St.Galler Gerichte

Widerklagereplik, 2 Ziff. II.3a). Mit ihrer Widerklageduplik vom 5. November 2004 (vi-act. 33) bekräftigte die Klägerin ihre Auffassung, wonach auf die von der Beklagten widerklageweise gestellten Rechtsbegehren nicht einzutreten sei.

Am 16. Dezember 2004 fand die Verhandlung vor dem Kreisgericht statt. Am 17. Dezember 2004 wurde den Parteien mitgeteilt, dass zur Frage, ob sich die Einschätzung der Klägerin, wonach sämtliche Buchungen der Jahre 2001 und 2002 neu erfasst werden mussten, als richtig erweise und ob keine einfachere und kostengünstigere Alternative bestanden hätte, eine Expertise eingeholt werden müsse; auf die Widerklage werde nicht eingetreten (vi-act. 40; vi-act. 41, S. 9 Erw. 5). Am 14. April 2005 wurde der Experte bestellt (vi-act. 47). Am 5. Dezember 2005 erstattete dieser das Gutachten (vi-act. 55). Mit Eingaben vom 15. bzw. 27. März 2006 nahmen die Parteien zum Gutachten Stellung (vi-act. 70 und 74); die zuvor vom klägerischen Rechtsvertreter gestellten Ergänzungsfragen wurden nicht zugelassen (vi-act. 62). Am 18. Mai 2006 fällte das Kreisgericht schliesslich folgenden Entscheid: Es wies die Klage ab und trat auf die Widerklage nicht ein. Die Gerichtskosten von Fr. 13'187.40, bestehend aus Fr. 4'800.-- Entscheidgebühr und Fr. 8'387.40 Kosten der Begutachtung, auferlegte es zu drei Vierteln der Klägerin, zu einem Viertel der Beklagten. Ferner verpflichtete es die Klägerin, der Beklagten eine Parteikostenentschädigung von Fr. 3'513.95 zu bezahlen. Die schriftliche Urteilsbegründung ging den Parteien am 16. August 2006 zu (vgl. vi-act. 80 und 81).

Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte am 15. September 2006 fristgerecht Berufung an das Kantonsgericht (act. B/1; Poststempel gleichen Datums: vgl. act. B/3). Im Wesentlichen beantragte sie, Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheides sei aufzuheben. Eventualiter beantragte sie die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung der Widerklage. Subeventualiter verlangte sie, Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids sei aufzuheben und es seien die ihr auferlegten Gerichtskosten um Fr. 2'096.85 zu reduzieren.

Die Klägerin ersuchte mit Berufungsantwort vom 27. Oktober 2006 (act. B/9; Poststempel gleichen Datums: act. B/10) um Abweisung der Berufung.



II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese vorliegend erfüllt sind (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. d, 225 und 229 ZPO). Auf die Berufung ist daher einzutreten.

2. Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen das Nichteintreten der Vorinstanz auf ihre Widerklage sowie auf die ihrer Ansicht nach ungerechtfertigte Gerichtskostenverlegung. Weitere (materielle) Punkte des vorinstanzlichen Entscheids beanstandet sie nicht. Darauf hat sich auch die Beurteilung durch die Berufungsinstanz zu beschränken (vgl. Art. 227 Abs. 1 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 1a zu Art. 227 ZPO).

III.

1. Die Beklagte beantragte in ihrer Klageantwort vom 26. Januar 2004 nebst Klageabweisung, dass die Klägerin zu verpflichten sei, ihr den Betrag von Fr. 8'063.60 (recte: Fr. 8'073.60; vgl. Klageantwort, 12 Ziff. III.12; Urteil, 2) zu bezahlen, ihr die vollständigen Geschäftsunterlagen herauszugeben sowie die gegen sie eingeleitete Betreuung Nr. 03/2792 des Betreibungsamtes zurückzuziehen und im Betreibungsregister löschen zu lassen, ohne dass sie diese Rechtsbegehren ausdrücklich als Widerklage bezeichnete. Im Vermittlungsverfahren hatte sie noch ausschliesslich die Abweisung der Klage beantragt (vgl. vi-act. 01). In der Folge führte die Vorinstanz einen Schriftenwechsel betreffend Widerklage durch, befand aber bereits anlässlich ihres Beweisbeschlusses vom 16. Dezember 2004, dass auf die Widerklage nicht einzutreten sei, weil eine solche schon anlässlich des Vermittlungsvorstandes hätte erhoben werden sollen (vgl. vi-act. 40 und vi-act. 41, S. 13 f. Erw. 8). Daran hielt sie schliesslich auch im Urteil fest (Urteil, 15 Erw. 8).

2. a) Mit der Widerklage kann ein Anspruch des Beklagten in einem bereits hängigen Prozess geltend gemacht werden, womit sie nicht Verteidigungsmittel gegen die Klage darstellt, sondern einen selbständigen Gegenangriff mit eigenem Ziel erlaubt (vgl.



LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 1a zu Art. 68 ZPO; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 1a zu Art. 170 BE-ZPO).

Dass die von der Beklagten gestellten Rechtsbegehren, soweit sie über den Antrag auf Abweisung der Klage hinausgehen, als Widerklage zu qualifizieren sind, ist offensichtlich, ohne dass es hierzu weiterer Ausführungen bedarf.

b) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist die Widerklage gemäss Art. 134 Abs. 2 ZPO vor dem Vermittler zu erheben, wenn ein (obligatorischer oder freiwilliger) Versöhnungsversuch stattfindet (vgl. auch LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 2 zu Art. 134 ZPO). Dies war bereits nach altem Recht verlangt (vgl. Art. 96 Abs. 4 aZPO; DIENER, Die versäumte Parteihandlung und ihre Nachholung nach St. Gallischem Zivilprozessrecht, Diss. Winterthur 1976, 51; vgl. auch GVP 1973 Nr. 20, S. 39 ff., 40) und wurde - trotz gegenteiligem Antrag des Regierungsrates (vgl. Handbuch zum Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, N GR 1 zu Art. 134 ZPO) - auch in der revidierten Fassung der ZPO beibehalten. Vergleichbare Regelungen kennen u.a. die Kantone Luzern, Thurgau sowie Appenzell Ausserrhoden.

Vorliegend wurde die Widerklage von der Beklagten erstmals in der Klageantwort erhoben (vgl. Klageantwort/Widerklage, 2 Ziff. I.a-c; vi-act. 01). Dies muss im Sinne der obigen Ausführungen grundsätzlich als verspätet gelten.

c) Die Beklagte führt indessen an, dass sie - im Wissen darum - einen neuen Leitschein (bekl.act. 14) eingeholt und dem Kreisgericht nachgereicht (vgl. Duplik/Widerklagereplik, 2 f. Ziff. II.3a) habe. Vergesse nämlich ein Kläger vor der Einreichung der Klage, eine Vermittlung anzubegehren, könne der Leitschein gestützt auf Art. 157 Abs. 1 ZPO innert der von der Gerichtskanzlei angesetzten Nachfrist nachträglich eingereicht werden. Ein Kläger könne zudem jederzeit einen neuen Vermittlungsvorstand für ein geändertes Rechtsbegehren verlangen. So habe er insbesondere vorzugehen, wenn er mit der Klageschrift ein gegenüber dem ersten Leitschein erhöhtes Rechtsbegehren anhängig machen wolle. Darin liege keine Klageänderung nach Art. 72 ZPO (Berufung, 4 Ziff. IV.2a). Dies müsse in analoger Weise auch für den Widerkläger gelten: Sei die Widerklage nicht vor dem Vermittler



angehoben worden, müsse demnach auch der Widerkläger die Möglichkeit haben, den Leitschein nachträglich einzuholen bzw. ergänzen zu lassen. Insgesamt sei das Kreisgericht somit zu Unrecht auf die Widerklage nicht eingetreten (Berufung, 4 f. Ziff. IV.2a und b).

Der Beklagten ist zuzubilligen, dass sich aus dem Wortlaut von Art. 134 Abs. 2 ZPO, wonach die Widerklage vor dem Vermittler zu erheben ist, wenn ein Versöhnungsversuch stattfindet, nicht ohne weiteres ergibt, dass ein Nachholen der Vermittlung ausgeschlossen wäre. Solches folgt jedoch aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung:

Bereits in GVP 1973 Nr. 20, S. 39 ff., 40, wurde - noch unter altem Recht - ausgeführt, dass die Vorschrift von Art. 96 Abs. 4 aZPO verlange, dass das Widerklagebegehren schon beim Vermittlungsvorstand formuliert werde und so schon in jenem Stadium dem Kläger zur Kenntnis gelange, was möglicherweise seinen Entschluss, die Klage anhängig zu machen oder hievon abzusehen, beeinflussen könne. Weiter wurde festgehalten, dass die Widerklage den Streitwert bestimme, wenn ihr Wert höher sei als jener der Hauptklage. Davon hänge die sachliche Zuständigkeit ab (vgl. GVP 1973 Nr. 20, S. 39 ff., 41).

Anlässlich der Revision der ZPO sprach sich die vorberatende Kommission für eine Beibehaltung der geltenden Regelung aus; dies, weil die bestehende Rechtslage zu keinen Unzulänglichkeiten geführt habe. Ausserdem vertrat die Kommission die Auffassung, dass das Privileg, welches dem Widerkläger im Hinblick auf die ihm gewährte - vom verfassungsmässigen Gerichtsstand abweichende - besondere örtliche Zuständigkeit eingeräumt werde, nicht zu sehr ausgeweitet und erleichtert werden dürfe. Im Vordergrund stehe der Grundsatz, dass die Parteien ihre Karten vor dem Vermittler offen auf den Tisch legen sollen. Nur wenn dies der Fall sei, könne der Vermittler überhaupt seine Funktion wahrnehmen. Über die Klage zu verhandeln, während sich der Beklagte mit dem Gedanken trage, später eine Widerklage zu erheben, dies aber vor dem Vermittler nicht äussere, sei sinnlos. Im Übrigen sei es auch ein Gebot der Fairness zwischen den Parteien, dass der Kläger seine Rechtsbegehren voll bekannt gebe, was im gleichen Masse auch vom Beklagten



erwartet werden dürfe (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a.a.O., GR 1 zu Art. 134 ZPO; vgl. auch GVP 1999 Nr. 65, S. 161 ff., 162).

Der Grosse Rat (heute: Kantonsrat) zog den Antrag der vorberatenden Kommission dem Antrag des Regierungsrates, der auf Änderung der bestehenden Regelung und Zulassung der Widerklage gleichzeitig mit Erstattung der Klageantwort gelautet hatte, vor (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a.a.O., GR 1 zu Art. 134 ZPO). Den vom Regierungsrat geäusserten Bedenken, dass es für den Beklagten unter Umständen zu schwierig sein könne, sich bereits anlässlich des Vermittlungsvorstandes klar zu werden, ob er eine Widerklage erheben wolle, und er deshalb möglicherweise verpflichtet wäre, bereits vor der Vermittlung einen Anwalt beizuziehen, wurde von Seiten des Grossen Rates entgegengehalten, dass sich der Beklagte ohnehin klar werden müsse, ob er einen Anwalt hinzuziehen wolle. Er müsse sich ja auch entscheiden, in welchem Umfang er sich beispielsweise einem klägerischen Begehren widersetzen wolle (Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a.a.O., GR 1 zu Art. 134 ZPO).

Daran ist auch vorliegend festzuhalten. Dient Art. 134 Abs. 2 ZPO aber vornehmlich dazu, eine faire Ausgangslage zwischen den Parteien herzustellen, indem dem Kläger im Hinblick auf die Abschätzung seiner Prozessrisiken und -chancen bereits im Vermittlungsstadium Kenntnis von allfälligen Gegenangriffen des Beklagten gegeben werden soll, erscheint es als mit dem Sinn und Zweck der Bestimmung nicht vereinbar, wenn eine Widerklage unter Nachholung der Vermittlung auch nach Klageeinreichung noch eingereicht werden könnte (vgl. aber Art. 185 Abs. 2 ZPO). Dies muss jedenfalls für Fälle wie den Vorliegenden gelten, wo es an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass sich ein Rechtsschutzinteresse der Beklagten zur Erhebung einer Widerklage wegen des Verhaltens der Klägerin erst später manifestiert hätte (vgl. GVP 1999 Nr. 65, S. 161 ff., 162).

Hieran vermag auch der Hinweis der Beklagten auf Art. 157 Abs. 1 ZPO nichts zu ändern: Nach dieser Bestimmung ist der Leitschein mit der Klage oder innert der von der Gerichtskanzlei angesetzten Frist einzureichen. Der Klägerin ist darin zuzustimmen, dass sich Art. 157 Abs. 1 ZPO vornehmlich auf Fälle beziehen dürfte, in denen die Zustellung des Leitscheins trotz durchgeführter Vermittlung versehentlich unterlassen worden ist. Dass in grundsätzlicher Weise zuerst eine (Wider-)Klage eingereicht und



erst innert der vom Gericht angesetzten Nachfrist ein Vermittlungsvorstand durchgeführt werden darf, kann aus dieser Bestimmung hingegen nicht geschlossen werden (vgl. auch Berufungsantwort, 6 Ziff. III.4). Mit Bezug auf die Widerklage widerspricht ein solches Vorgehen jedenfalls dem - oben umschriebenen - Sinn und Zweck von Art. 134 Abs. 2 ZPO und muss daher als unzulässig gelten.

Auch aus der gemäss Art. 72 ZPO bestehenden Möglichkeit der Klageänderung vermag die Beklagte sodann nichts zu ihren Gunsten abzuleiten: Geändert werden kann nur ein bereits rechtshängiges Begehren. Vorliegend steht indessen die prozessuale Zulässigkeit einer gemäss Art. 134 Abs. 2 ZPO verspätet erhobenen Widerklage und damit deren - die Rechtshängigkeit erst bewirkende (vgl. Art. 156 Abs. 3 ZPO) - Einreichung in Frage (vgl. auch LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 9 zu Art. 166 BE-ZPO).

Ein anderer Schluss drängt sich schliesslich auch vom Ergebnis her nicht auf: Der Beklagten bleibt es unbenommen, den von ihr geltend gemachten Anspruch gegen die Klägerin klageweise selbst durchzusetzen (vgl. auch GVP 1999 Nr. 66 S. 161 ff., 163; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 9 zu Art. 166 BE-ZPO). Dass sie, wenn sie die verfahrensmässigen Voraussetzungen für die Erhebung einer Widerklage nicht beachtet, auch nicht von den damit verbundenen Vorteilen profitieren kann, ist dabei nur sachgerecht.

d) Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz berechtigterweise auch auf das Begehren der Beklagten, die Klägerin sei zu verpflichten, die Betreuung Nr. 03/2792 des Betreibungsamtes zurückzuziehen und im Betreibungsregister löschen zu lassen, nicht eingetreten ist.

Nach Auffassung der Beklagten hätte die Vorinstanz dieses Begehren unabhängig von der Zulässigkeit der Widerklage mitbeurteilen müssen, da dieses keine Klageänderung darstelle, sondern einen Antrag, der sich lediglich auf einen Nebenpunkt beziehe (vgl. Berufung, 7 Ziff. III.4).



Die Beklagte übersieht, dass das Betreibungsamt nach Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG Dritten von einer Betreuung ohnehin keine Kenntnis (mehr) geben darf, wenn die Betreuung aufgrund eines Urteils aufgehoben ist. Ein solches Urteil kann - wie vorliegend - insbesondere durch rechtskräftige Abweisung einer Anerkennungsklage ergehen (vgl. PETER, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 1, Basel/Genf/München 1998, N 19 zu Art. 8a SchKG; PETER, Die Betreibungsauskunft im neuen SchKG, AJP 1995, 1445 ff., 1451; KUSTER, Schikanebetreibungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht, AJP 2004, 1035 ff., 1037; Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 [BBl 1991 III 1 ff.], 32). Eine tatsächliche förmliche Aufhebung der Betreuung im Urteilsdispositiv ist dabei nicht erforderlich (vgl. GASSER, Revidiertes SchKG - Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 1996 627 ff., 632). Verlangt wird immerhin, dass sich aus dem Ergebnis des Verfahrens ohne weiteres ergibt, dass die Betreuung bei ihrer Einleitung ungerechtfertigt gewesen und damit "festgestelltermassen zu Unrecht" erfolgt ist (vgl. BGE 125 III 334 ff., 336). Dem Betreibungsamt wird ein solches Urteil vom Betroffenen mittels begründetem Löschungsbegehren zur Kenntnis gebracht (IQBAL, SchKG und Verfassung - untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?, Zürich 2005, 212; vgl. auch SUTER/VONDER MÜHLL, Die Löschung von Betreibungen im Betreibungsregister unter besonderer Berücksichtigung der Praxis beim Betreibungsamt Basel Stadt, BISchK 1988 214 ff., 219). Alternativ hätte die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren auch den Antrag stellen können, das Urteil solle dem Betreibungsamt mitgeteilt und dieses angewiesen werden, den fraglichen Eintrag Dritten nicht mehr bekannt zu geben (vgl. auch KUSTER, a.a.O., 1040). Dass sie dies nicht getan hat, gereicht ihr jedoch nicht zum Nachteil, da sie das Betreibungsamt (nach wie vor) selbst um Löschung ersuchen kann. Dem Begehren der Beklagten wird somit - auf andere Weise - bereits hinreichend entsprochen (vgl. auch Berufungsantwort, 9 Ziff. III.3). Eine Aufhebung des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheides erscheint folglich auch in dieser Hinsicht als nicht angezeigt.

3. Zu prüfen bleibt damit einzig noch die von der Beklagten subeventualiter beanstandete Verlegung der Gerichtskosten.



a) Die Beklagte führt aus, dass der Gutachtensauftrag im vorinstanzlichen Verfahren allein zur Beurteilung der Klage, nicht zur Beurteilung der Widerklage, erteilt worden sei. Das Kreisgericht habe schon im Beweisbeschluss vom 16. Dezember 2004 - also vor Beauftragung des Gutachters - auf Nichteintreten auf die Widerklage erkannt und festgehalten, Beweise seien entsprechend keine abzunehmen. Aus diesem Grund sei es stossend, die Kosten des Gutachtens, die fast doppelt so hoch ausgefallen seien wie die Entscheidgebür des Gerichts, auch auf die Beklagte zu verteilen. Vielmehr lägen besondere Umstände nach Art. 266 Abs. 2 lit. d ZPO vor, welche die teilweise Auferlegung der Gutachterkosten auf die Beklagte als unverhältnismässig erscheinen liessen (Berufung, 7 Ziff. III.6).

Die Klägerin wendet demgegenüber ein, dass die Beklagte selbst im Berufungsverfahren noch die Auffassung vertrete, dass auf die Widerklage hätte eingetreten werden müssen. Zum Nachweis der beantragten Rückerstattung des klägerischen Honorars berufe sich die Beklagte ausdrücklich auf das eingeholte Gutachten. Die Beklagte habe zudem im erstinstanzlichen Verfahren mehrmals die Einholung einer Expertise beantragt. Deshalb sei es korrekt, wenn die Vorinstanz die Gutachterkosten ebenfalls nach Obsiegen und Unterliegen verteilt habe. Besondere Umstände im Sinn von Art. 266 Abs. 2 lit. d ZPO lägen nicht vor (Berufungsantwort, 9 f. Ziff. III.4).

b) Es trifft zu, dass die Vorinstanz das Nichteintreten auf die Widerklage bereits in ihrem Beweisbeschluss vom 16. Dezember 2004 kundgab und festhielt, hierzu seien keine Beweise mehr zu erheben (vgl. vi-act. 41, S. 14 Erw. 8; vgl. auch vi-act. 40). Das Beweisverfahren diene demnach ausschliesslich zur Feststellung der Begründetheit der Klage. Damit erschiene es grundsätzlich als unbillig, wenn die Beklagte für diese Kosten (mit-)aufzukommen hätte (vgl. auch RHYNER, Die Kostenregelung nach sanktgallischem Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1987, 71). Dies gilt unabhängig davon, dass der Beklagten das zu ihren Gunsten ausgefallene Beweisergebnis allenfalls im Hinblick auf die Einleitung eines neuen Prozesses - wenn auch lediglich faktisch (eine präjudizielle Bindung besteht nicht) - von Vorteil sein könnte, da nicht ohne weiteres angenommen werden kann, dass sie sich zu diesem Vorgehen entschliesst.



Die Kosten des Beweisverfahrens sind demnach von den übrigen Gerichtskosten auszuklammern und abweichend zur allgemeinen Regel, wonach sich die Verlegung der Gerichtskosten am (verhältnismässigen) Obsiegen/Unterliegen orientiert (Art. 264 ZPO), in vollem Umfang der Klägerin aufzuerlegen. Dies kann vorliegend gestützt auf Art. 266 Abs. 1 ZPO geschehen.

Art. 266 Abs. 2 lit. d ZPO, auf den sich die Beklagte beruft, lässt zwar ebenfalls eine von der Grundregel von Art. 264 ZPO abweichende Kostenverteilung zu, dies jedoch gestützt auf die besondere Art eines Streitfalles, welche die Kostenauflegung als unverhältnismässig erscheinen lässt. Damit ist Art. 266 Abs. 2 lit. d ZPO auf den vorliegenden Sachverhalt, bei dem sich die Unverhältnismässigkeit der herkömmlichen Kostenverlegung nicht aus der besonderen Art des Streitfalls ergibt, nicht zugeschnitten. Der Hauptanwendungsbereich dieser Norm wird denn auch - trotz ihres Charakters als Generalklausel (vgl. SCHÖNENBERGER, Prozesskosten, in: Hangartner [Hrsg.], Das st. gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, 193 ff., 195; Handbuch zum Zivilprozessgesetz, a.a.O., N 631 zu Art. 266 ZPO; LEUENBERGER/UFFERTOBLER, a.a.O., N 5 zu Art. 266 Abs. 2 lit. d ZPO) - im Familienrecht gesehen (vgl. GVP 1993 Nr. 43, S. 91 ff., 94).

c) Mit Bezug auf die Kostenfolgen erweist sich die Berufung demnach als begründet, was zu ihrer teilweisen Gutheissung führt.

.....