

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT170149-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, die Oberrichterinnen Dr. D. Scherrer und lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Urteil vom 14. November 2017

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Rechtsöffnung (Entschädigung)**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 14. Juli 2017 (EB170676-L)

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 8. Mai 2017 stellte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) beim Audienzrichteramt am Bezirksgericht Zürich das Begehren um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für Fr. 63'569.50 in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 13. März 2017, Urk. 3), unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin, Urk. 1 S. 2). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin, worin diese auf Abweisung des gegnerischen provisorischen Rechtsöffnungsbegehrens schloss, datiert vom 15. Juni 2017 (Urk. 11). Mit Urteil vom 14. Juli 2017 gab die Vorinstanz dem Begehren der Gesuchstellerin statt und erteilte ihr provisorische Rechtsöffnung im beantragten Umfang. Die Kosten des Verfahrens von Fr. 500.– auferlegte sie der Gesuchsgegnerin. Den Antrag der Gesuchstellerin auf Parteientschädigung wies die Vorinstanz ab (Urk. 13 = Urk. 17, Dispositivziffern 1-3).

2. Dagegen liess die Gesuchstellerin rechtzeitig (vgl. Urk. 14) Beschwerde mit folgenden Anträgen erheben (Urk. 16 S. 2):

"1. Das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 14.07.2017 im Verfahren EB170676 sei betreffend Entschädigungsfolge (Ziffer 3 des Dispositivs) aufzuheben und es sei die beklagte Partei zu verpflichten, der klagenden Partei eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 1'793.05 zu bezahlen.

Eventualiter sei das Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 14.07.2017 im Verfahren EB170676 betreffend Entschädigungsfolge aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der beklagten Partei (bzw. zu Lasten der Staatskasse)."

Nach rechtzeitiger Leistung des Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 450.– durch die Gesuchstellerin (Urk. 20 und Urk. 21), wurde der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 7. September 2017 Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 22). Die Gesuchsgegnerin erstattete mit Eingabe vom 25. September 2017 fristgerecht ihre Beschwerdeantwort, mit welcher sie zumindest sinngemäss

mäss auf Abweisung der Beschwerde schloss (Urk. 23). Die Beschwerdeantwort wurde mittels Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2017 der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 25).

3. Der Kostenentscheid ist selbstständig nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO). Ausserdem sind Entscheide über die Rechtsöffnung (Art. 80-84 SchKG) ohnehin nicht berufungsfähig (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Als Beschwerdegründe können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Novenverbot, vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2013, N 4 zu Art. 326 ZPO, Emmel, a.a.O., N 13 zu Art. 119 ZPO, BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3.).

4. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die von der Botschaft und vom Bundesgericht vertretene Auffassung, wonach Art. 27 Abs. 3 Satz 2 SchKG (Keine Überbindung der Kosten der gewerbsmässigen Vertretung auf den Schuldner) nur auf das eigentliche Vollstreckungsverfahren vor den Betreibungs- und Konkursbehörden anzuwenden sei, nicht hingegen auf einzelne Inzidenzprozesse, wie zum Beispiel das Rechtsöffnungsverfahren, verdiene grundsätzlich Zustimmung. Weil Rechtsöffnungsverfahren eine Komplexität aufweisen könnten, der nur fachkundige Vertreter wie Rechtsanwälte beikommen könnten, gehe es nicht an, dem Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren generell die Zusprechung einer Parteientschädigung zu versagen. Jedoch sei der Beizug eines berufsmässigen Vertreters in Rechtsöffnungsverfahren, welche keine oder nur geringe Schwierigkeiten aufwiesen, oftmals nicht nötig, weshalb es sich hier auch nicht rechtfertige, den Schuldner mit zusätzlichen Kosten zu belasten. Im Rahmen der Rechtsöffnung seien deshalb Parteientschädigungen zulasten des Schuldners nur mit der gebotenen Zurückhaltung zuzusprechen. Bei der Gesuchstellerin handle es sich um eine Gesellschaft, die gemäss ihrem Zweck ein Inkassobüro betreibe und sich entsprechend intensiv mit der Bewirtschaftung von Verlustscheinen befasse. Einen solchen habe sie im vorliegenden Verfahren denn auch vorgelegt. Es handle

sich hierbei um die denkbar einfachste Art einer provisorischen Rechtsöffnung. Dies zeige sich auch an der Länge des Rechtsöffnungsgesuchs, das lediglich zwei spärlich beschriebene Seiten umfasse. Der Sachverhalt präsentiere sich überschaubar. Komplexe Rechtsfragen stellten sich keine. Angesichts dieser Umstände wäre es der Gesuchstellerin ohne weiteres möglich gewesen, ihr Gesuch etwa mit Hilfe des von den Gerichten zur Verfügung gestellten Formulars zu stellen, was nur wenige Minuten in Anspruch genommen hätte. Der Beizug eines Anwalts sei nicht nötig gewesen. Zudem lasse sich die Gesuchstellerin in einer Vielzahl von Fällen durch das auch hier auftretende Anwaltsbüro vertreten. Dadurch habe sich wohl ein Automatismus eingespielt, der die Instruktion weitgehend entbehrlich mache. In Nachachtung des in Art. 27 Abs. 3 SchKG festgehaltenen Grundsatzes wäre es im Übrigen ohnehin nicht richtig, wenn das von der Gesuchstellerin gewählte aufwändigere Geschäftsmodell zu Lasten der Schuldnerin ginge. Angesichts des im vorliegenden Fall höchst bescheidenen tatsächlichen und des noch geringeren notwendigen Aufwandes rechtfertigte es sich daher, der Gesuchstellerin in Abweisung ihres entsprechenden Antrags keine Parteientschädigung zuzusprechen (Urk. 17 S. 4 ff.).

5. Die Gesuchstellerin rügt hauptsächlich, die Vorinstanz habe Art. 27 Abs. 3 SchKG fälschlicherweise und entgegen der höchstrichterlichen Praxis auf das vorliegende Rechtsöffnungsverfahren angewandt. Im Unterschied etwa zur unentgeltlichen Prozessvertretung setze Art. 68 Abs. 1 ZPO, wonach sich jede prozessfähige Partei im Prozess vertreten lassen könne, denn auch nicht voraus, dass der Rechtsbeistand zur Wahrung der Rechte notwendig sei. Die Nichtgewährung einer Parteientschädigung durch die Vorinstanz stelle eine willkürliche und damit unrichtige Rechtsanwendung von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO dar und komme überdies einer Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf Rechtsbeistand gleich, zumal ihr dieses Recht faktisch abgesprochen werde. Zudem wäre das Kriterium der Erforderlichkeit erfüllt. Es handle sich hier um eine renitente Schuldnerin, welche eine Forderung aus einem Darlehen aus dem Jahr 2006 bis heute nicht bezahlt habe. Sie habe sich den Vollstreckungsbemühungen der Gesuchstellerin entzogen, indem sie beispielsweise mehrmals nach Thailand ausgereist sei. Mit ihrer Eingabe vom 16. Juni 2017 habe die Gesuchsgegnerin denn auch

versucht, Einwände gegen das Grundverhältnis aus dem Darlehensvertrag vorzubringen. Bei einer solchen Schuldnerin habe die Gesuchstellerin ohnehin mit diversen Einwendungen rechnen müssen, was ihr Vorgehen, sich von einer rechtskundigen Person von Anfang an anwaltlich vertreten zu lassen, rechtfertige, insbesondere da im Rechtsöffnungsverfahren nicht nachgebessert werden könne. Es sei gerichtsnotorisch, dass es ex ante betrachtet nicht möglich sei, abzuschätzen, welche Argumente der Schuldner vorbringen werde. Fehl gingen die Ausführungen der Vorinstanz, wonach es sich beim vorliegenden Verfahren gestützt auf einen Verlustschein um die denkbar einfachste Art der provisorischen Rechtsöffnung handle, zumal die Vorinstanz selber ausführe, dem Schuldner stünden weiterhin alle Einwendungen aus dem Grundverhältnis offen. Die ex post Betrachtung der Vorinstanz sei unzulässig und willkürlich. Insgesamt rechtfertige sich die Zusprechung der am untersten Rand der AnwGebV liegenden beantragten Entschädigung von Fr. 1'644.25 zuzüglich Auslagen (Fr. 16.–) und 8 % Mehrwertsteuern (Fr. 132.80), mithin total Fr. 1'793.05 (Urk. 16 S. 4 ff.; Urk. 1 S. 2; Urk. 5).

6.1. Art. 27 Abs. 3 SchKG, wonach die Kosten der gewerbsmässigen Vertretung nicht dem Schuldner auferlegt werden dürfen, bezieht sich nur auf das eigentliche Vollstreckungsverfahren vor den Betreibungs- und Konkursbehörden. In den einzelnen Inzidenzprozessen, wie beispielsweise dem Rechtsöffnungsverfahren, können (und werden praxismässig denn auch regelmässig) demgegenüber Parteienschädigungen an den Gläubiger zugesprochen werden (BGE 113 III 109, E. 3b; Urk. 17 S. 5 mit weiteren Hinweisen). Auf die *Notwendigkeit* einer anwaltlichen Vertretung kommt es - im Unterschied zur Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) - dabei nicht an (Art. 68 ZPO; Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO; Mohs, OFK-ZPO, ZPO 95 N 7). Der obsiegenden Partei darf die Parteienschädigung gemäss Tarif nicht mit dem Argument verweigert werden, die berufsmässige Vertretung sei gar nicht nötig gewesen (Sutter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 95 ZPO N 37 mit weiterem Hinweis). Hinzu tritt, dass im vorliegenden Rechtsöffnungsverfahren nicht einfach zum Vornherein gesagt werden konnte, der Beizug eines Anwalts sei nicht vonnöten. Zwar handelt es sich bei der Gesuchstellerin um ein Inkassobüro, welches mit der Bewirtschaftung von Verlustscheinen vertraut sein

dürfte. Zudem war das Begehren um Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung gestützt auf den Verlustschein gegen die Gesuchsgegnerin vom 16. Februar 2011 (Urk. 4/4), welcher einen provisorischen Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG darstellt (vgl. Art. 149 Abs. 2 SchKG), wohl einfach einzuleiten (vgl. Urk. 1). Allerdings war nicht abschätzbar, ob und welche Einwendungen (Art. 82 Abs. 2 SchKG) die Gesuchsgegnerin vorbringen würde. Wie denn auch die Vorinstanz richtig ausführte, standen ihr nämlich sämtliche Einwendungen aus dem Grundverhältnis (Darlehen der C._____ AG) zu, die sie im Rechtsöffnungsverfahren hätte geltend machen können, wobei sie nicht auf Einwendungen beschränkt war, welche sie in der ersten Betreibung noch nicht kannte (Urk. 17 S. 3 mit Hinweisen). Entsprechend wandte die Gesuchsgegnerin denn auch ein, den dem Verlustschein zugrunde liegenden Darlehensvertrag nicht als Privatperson abgeschlossen zu haben, sondern für die Gesellschaft "B1._____ GmbH", die seit 2007 inaktiv oder gelöscht sei, dies unter Beilage eines Handelsregisterauszuges (Urk. 11). Dass sie nicht hinreichend glaubhaft machen geschweige denn belegen konnte, den Darlehensvertrag nur als Vertreterin dieser Gesellschaft abgeschlossen zu haben und daher selbst nicht passiv legitimiert zu sein, war ebenfalls nicht vorhersehbar. Die Gesuchsgegnerin hätte auch weitere Einwendungen, wie beispielsweise die fehlende Auszahlung des Darlehensbetrages etc. geltend machen können. Auch war nicht im Voraus ersichtlich, ob sich die Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Gesuchsbeantwortung ebenfalls würde anwaltlich vertreten lassen, zumal es um eine höhere Geldsumme von Fr. 63'569.50 ging. Aus all diesen Gründen kann nicht zum Voraus gesagt werden, im vorliegenden, gestützt auf einen Verlustschein eingeleiteten Rechtsöffnungsverfahren, sei anwaltlicher Beistand von Anfang an unnötig gewesen. Indem die Vorinstanz der obsiegenden anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin überhaupt keine Parteientschädigung zusprach, wandte sie das Recht mithin unrichtig an. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.

6.2. Die Sache erweist sich als spruchreif (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO; BGE 139 III 195 E. 4.3). Die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Die Gesuchstellerin machte be-

reits vor Vorinstanz eine Entschädigung von Fr. 1'793.05 (einschliesslich Fr. 16.00 Barauslagen und Fr. 132.80 Mehrwertsteuern) geltend (Urk. 5). Daran hält sie auch im Beschwerdeverfahren fest (Urk. 16 S. 2). Die Entschädigung einer anwaltlich vertretenen Partei richtet sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (§ 1 Abs. 1 AnwGebV). Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bildet der Streitwert, die Verantwortung des Anwalts, die Schwierigkeit des Falls und der notwendige Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert von Fr. 63'569.50 beläuft sich die Grundgebühr auf Fr. 8'221.20 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Bemessungsrahmen für die Parteient-schädigung liegt demnach unter Hinweis auf die im Summarverfahren anwendbare Ermässigung (§ 9 AnwGebV) und die Anpassung an besondere Umstände des Einzelfalls (§ 4 Abs. 2 AnwGebV) zwischen rund Fr. 1'096.– und Fr. 7'308.–.

Der seitens der Gesuchstellerin eingereichten Kostennote lässt sich der tatsächliche Zeitaufwand ihres Rechtsvertreters nicht entnehmen (Urk. 5). Der tatsächliche Aufwand der anwaltlichen Vertretung dürfte sich jedoch vorliegend mit Blick auf das knapp dreiseitige Rechtsöffnungsbegehren (Urk. 1) in engen Grenzen gehalten haben. Die in Betreuung gesetzte Forderung ist durch einen Verlustschein ausgewiesen (Urk. 4/4) und deren Identität mit der im Zahlungsbefehl bezeichneten Forderung erstellt (Urk. 4/3). Einzig die Berechtigung daran hatte die Gesuchstellerin näher auszuführen, wobei deren Nachweis durch die Abtretungserklärung vom 1. März 2017 ohne Weiteres zu erbringen war (Urk. 4/2). Der in ihrer schriftlichen Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren vom 15. Juni 2017 erhobene Einwand betreffend die angeblich fehlende Passivlegitimation (Urk. 11 und Urk. 12), erwies sich als nicht stichhaltig, wobei sich die Gesuchstellerin nicht mehr dazu zu äussern hatte (Urk. 17 S. 2). Rechtliche Probleme bot der Fall keine. Auch hat sich ein kostenbewusster und rechtlich versierter Anwalt nicht bereits im Vorfeld mit sämtlichen möglichen Einwendungen auseinanderzusetzen, was vorliegend denn auch nicht geltend gemacht wurde. Es ist somit von einem besonders tiefen Zeitaufwand für die Vertretung der Gesuchstellerin auszugehen, was eine Ermässigung der Grundgebühr von Fr. 8'221.20 um einen Drittel (Fr. 2'740.40) auf Fr. 5'480.80 rechtfertigt (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Eine weitere, nur mit grosser Zurückhaltung (vgl. *OGer ZH RT140176 vom 26.03.2015*,

E. II.4b.) anzunehmende Reduktion der Gebühr aufgrund eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Streitwert und notwendigem Zeitaufwand der Vertretung (vgl. § 2 Abs. 2 AnwGebV; vgl. auch Urk. 16 S. 11) ist vorliegend jedoch nicht angebracht, zumal als notorisch gelten kann, dass nicht die ganze Instruktion durch die Klientin dann auch tatsächlich Eingang in die Eingabe ans Gericht findet, sei dies mangels Relevanz oder aus prozesstaktischen Gründen etc. Aufgrund der summarischen Natur des Verfahrens ist die Gebühr sodann auf einen Fünftel und somit auf Fr. 1'096.– zu reduzieren (§ 9 AnwGebV). Diese Gebühr deckt die Aufwendungen für die Erarbeitung des Rechtsöffnungsbegehrens (§ 11 Abs. 1 AnwGebV), zu welcher selbstredend auch die Instruktion des Rechtsvertreters, das Erstellen der Vollmacht, die Kontrolle der Zessionskette und die Prüfung des Vorliegens sämtlicher Urkunden für die erfolgreiche Durchsetzung der Rechtsöffnung zählen (Urk. 16 S. 11).

Insgesamt erscheint somit eine Parteientschädigung von rund Fr. 1'200.– (einschliesslich Barauslagen [Fr. 16.–, Urk. 5] und Mehrwertsteuer) angemessen.

6.3. Nach dem Gesagten ist Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils vom 14. Juli 2017 aufzuheben und die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen.

7. Ausgangsgemäss wird die Gesuchsgegnerin, welche zumindest sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde Antrag stellen liess, zumal sie die Ansicht vertritt, die Rechtsöffnung sei vollumfänglich abzulehnen und dementsprechend mithin auch keine Parteientschädigung an die Gesuchstellerin zu zahlen (vgl. Urk. 23), für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die Gerichtsgebühr ist ausgehend von einem Rechtsmittelstreitwert von Fr. 1'793.05 sowie in Anwendung von Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 450.– festzusetzen. Sie ist aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in der nämlichen Höhe zu beziehen, dieser aber durch die kostenpflichtige Gesuchsgegnerin zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

Die Parteientschädigung an die Gesuchstellerin ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV inklusive 8 % Mehrwertsteuern auf rund Fr. 220.– zu veranschlagen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichts Audienz des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Juli 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen."

2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 450.– zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 220.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'793.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 14. November 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
sf