

# GR\_GERICHTE SKG 2006 77 vom 5. Februar 2007

GR Gerichte, 2007-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SKG\\_2006\\_77](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SKG_2006_77)

FR: GR\_GERICHTE SKG 2006 77 du 5 février 2007

IT: GR\_GERICHTE SKG 2006 77 del 5 febbraio 2007

## Regeste

provisorische Rechtsöffnung | Rechtsöffnung

## Erwägungen

### E. 2

Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens von CHF 300.00 gehen zu- lasten des Gesuchstellers und Gläubigers.

### E. 3

Der Gläubiger und Gesuchsteller hat den Schuldner und Gesuchsgeg- ner ausseramtlich mit CHF 600.00 zu entschädigen.

### E. 4

(Rechtsmittelbelehrung)

### E. 5

Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung erteilt, es sei denn, der Betriebene könne sofort Einwendungen glaubhaft machen, welche die Schuldanerkennung ent- kräften (Art. 82 SchKG). 3. Einwendungen gegen einen provisorischen Rechtsöffnungstitel sind sofort glaubhaft zu machen (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Der Begriff des Glaubhaftma- chens entspricht demjenigen des Zivilprozessrechts. Glaubhaft machen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Der Richter muss überwiegend geneigt sein, an die Wahrheit der vom Betriebenen geltend gemachten Umstände zu glauben. Es muss somit nur die Wahrscheinlichkeit dargelegt werden (BGE 104 Ia 412; Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbe- treibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 87 zu Art. 82 SchKG). Erkennt der Richter, dass es sich um ernsthaft vertretbare Gründe des Gesuchsgegners handelt, hat er die Rechtsöffnung bereits zu verweigern. Im Sinne der Glaubhaftmachung genügt es somit, wenn für das Vorhandensein der behaup- teten Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn der Richter noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (PKG 1993 Nr. 21, 1990 Nr. 31, 1989 Nr. 31; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesge- setz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, Art. 1 - 158 SchKG, 4. Auflage, Zürich 1997, N 28 zu Art. 82 SchKG). Es besteht somit insofern eine andere Be- weislastverteilung als im Zivilprozess, als der Gläubiger nur die Schuldanerkennung vorlegen muss; er hat keine weiteren rechtserzeugenden Tatsachen zu beweisen. Dem Schuldner obliegt es vielmehr, glaubhaft zu machen, dass die der Schuldaner- kennung zu Grunde liegenden rechtserzeugenden Tatsachen nicht existieren oder dass rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsachen eingetreten sind (Stae- helin/Bauer/Staehelin a.a.O., N 83 zu Art. 82 SchKG). Vollständigkeitshalber sei er- wähnt,

dass für die rechtsgenügende Glaubhaftmachung im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung kein urkundenmässiger Beweis erforderlich ist. 4. a) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner vom 1. Oktober 2002 bis am 1. März 2006 CHF 42'390.00 an indexierten Unterhaltsbeiträgen inklusive Kinderzulagen zu bezahlen hat. Des Weiteren wird vom Beschwerdeführer anerkannt, dass der Beschwerdegegner bisher CHF 41'000.00 an Unterhaltsbeiträgen und Kinderzulagen entrichtet hat (vgl. Beschwerdeschrift vom 23. Dezember 2006 S. 7). Damit wird vom Beschwerdeführer insbesondere nicht bestritten, dass die mittels Vergütungsauftrag vom 30. September 2002, am 1. Oktober 2002 auf das „Konto Z.“ eingegangenen CHF 2'400.00 als Zahlung zum Kinderunterhalt miteinberechnet werden müssen. Der Beschwerdegegner berief sich an der

## **E. 6**

Rechtsöffnungsverhandlung auf weitere Geldzahlungen, die er dem Gläubiger über die Mutter habe zukommen lassen. So habe er auch die mittels Automatenbezüge vom 23. und 30. September 2002 insgesamt bezogenen CHF 4'300.00 an die Mutter als an den Unterhalt von Z. anrechenbare Zahlungen geleistet. Es gilt im vorliegenden Fall somit zu prüfen, ob der Beschwerdegegner weitere CHF 4'300.00 an Kinderalimenten bezahlt hat. Es ist unverständlich, wieso die Vorinstanz in ihren Erwägungen zum Schluss gelangt ist, dass die Frage, ob es sich bei den Automatenbezügen um Unterhaltszahlungen handle, offen bleiben könne, da der Vergütungsauftrag vom 30. September 2002 über CHF 2'405.00 offensichtlich auf das „Konto Z.“ verbucht worden sei. Dieser Vergütungsauftrag wurde jedoch, wie die Vorinstanz selber festgehalten hat, bereits bei den im Jahre 2002 geleisteten Zahlungen mitberücksichtigt und damit in die Berechnung der geleisteten Unterhaltszahlungen von CHF 41'000.00 einbezogen. Damit bleibt einzig abzuklären, ob der Fehlbetrag von CHF 1'390.00 an Unterhaltszahlungen durch die vom Beschwerdegegner ins Recht gelegten Automatenbezüge getilgt worden ist. Hierzu gilt es in der Folge insbesondere das Schreiben der Mutter von Z. vom 17. Juni 2004 an den Beschwerdegegner zu würdigen. b) Aufgrund des Schreibens von X. vom 17. Juni 2004, dem Kontoauszug der PostFinance vom 1. August bis 31. Dezember 2002 sowie dem Postenauszug vom 19. September 2002 bis 18. Oktober 2002 und der Belastungsanzeige vom 30. September 2002 der Credit Suisse ist schlüssig dargelegt, dass der Beschwerdegegner CHF 2'400.00 an X. geleistet hat. Diese CHF 2'400.00 sind auf das Konto Z. eingegangen und wurden zu den übrigen geleisteten Kinderalimenten hinzuge-rechnet. Ob die weiteren CHF 4'300.00 auch tatsächlich an X. geleistet wurden (was vom Beschwerdeführer anlässlich der Rechtsöffnungsverhandlung bestritten wurde), kann für den vorliegenden Fall offengelassen werden. Aus den Unterlagen geht nämlich nirgends hervor, dass diese angeblich geleisteten CHF 4'300.00 auch wirklich für die Bestreitung des Unterhaltes von Z. geleistet wurden. Im Schreiben vom 17. Juni 2004 vertritt X. die Meinung, dass ihr die ca. CHF 6'000.00 für die geleistete Arbeit, die Betreuung von Z. und für die Tätigkeit im Haushalt gegeben wurden. In Übereinstimmung mit diesem Schreiben wurden denn auch die mittels Vergütungsauftrag vom 30. September 2002 geleisteten CHF 2'400.00, als ein Teil der angeblich geleisteten CHF 6'000.00, an die Kinderunterhaltszahlungen hinzugerechnet. Dass jedoch noch weitere Beträge an den Unterhalt von Z. bezahlt wurden, konnte vom Beschwerdegegner nicht genügend dargelegt werden. Es erscheint durchaus plausibel, dass die zusätzlichen behaupteten Zahlungen nicht an

## **E. 7**

den Unterhalt von Z., sondern als Entgelt für geleistete Arbeit und Führung des Haushalts an die Mutter von Z. geleistet wurden. c) Falls die CHF 4'300.00 an X. als Entgelt für geleistete Arbeit und Führung des Haushalts wirklich geleistet worden wären, könnte der Beschwerdegegner im vorliegenden Verfahren daraus dennoch keine Rechtsansprüche ableiten. Der Anspruch auf Unterhalt und die diesbezüglich abgeleiteten Unterhaltsansprüche stehen dem Kind zu (Art. 289 ZGB). Eine Verrechnung des Fehlbetrags an Kinderalimenten von CHF 1'390.00 mit Forderungen, welche allenfalls gegen die Mutter des Beschwerdeführers bestehen, ist zum vornhinein unzulässig, da es an der für die Verrechnung geforderten Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt (Art. 120 OR). 5. a) Der Beschwerdegegner kann somit nicht glaubhaft machen, dass er zu den unbestritten geleisteten CHF 41'000.00 weitere Zahlungen an den Unterhalt von Z. geleistet hat, womit der Fehlbetrag von CHF 1'390.00 getilgt worden wäre. Demnach kann der Beschwerdegegner gegen die Forderung des Fehlbetrags von CHF 1'390.00 keine Einwendungen im Sinne von Art. 82 Abs.2 SchKG sofort glaubhaft machen, welche die Schuldanerkennung entkräften, weshalb für den Betrag von CHF 1'390.00 die provisorische Rechtsöffnung gemäss Art. 82 SchKG erteilt wird. b) A. bleibt es indessen unbenommen – zumal es sich beim Rechtsöffnungsverfahren um ein summarisches Verfahren handelt (vgl. Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG in Verbindung mit Art. 137 ff. ZPO) – im ordentlichen Zivilverfahren mit allen ihm zur Verfügung stehenden Beweismitteln Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG zu erheben. 6. Für die Kosten des Zahlungsbefehls von CHF 70.00 wird keine Rechtsöffnung erteilt, wie dies der Beschwerdeführer in seinem Rechtsbegehren verlangt. Diesbezüglich ist Art. 68 SchKG beachtlich. Gemäss dieser Bestimmung hat zwar der Schuldner die Betreuungskosten zu tragen, der Gläubiger muss sie jedoch Verfahrensschritt für Verfahrensschritt vorschliessen. Aus diesem Grund sind diese Kosten in die laufende Betreuung einzubeziehen und können aus dem Erlös der Betreuung sogar vorweg beglichen werden (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 85, Art. 97 und Art. 144 Abs. 4 SchKG). Wenn das Schuldbetreibungsverfahren erfolgreich durchgeführt wird, erhält der Gläubiger die Betreuungskosten somit vom Schuldner zurück. Kann sich der Schuldner hingegen mit Erfolg der Betreuung widersetzen,

## **E. 8**

zieht der Gläubiger die Betreuung zurück, setzt er sie nicht fort oder erhält er einen Verlustschein, so hat der Gläubiger das Nachsehen (Spühler/Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 63 f.). Der Kantonsgerichtsausschuss hat insbesondere unter Bezugnahme auf die Kosten des Zahlungsbefehls bereits mehrfach festgehalten, dass dafür nicht ausdrücklich Rechtsöffnung gewährt werden müsse, da die Pflicht des Schuldners zur Bezahlung von Betreuungskosten von Gesetzes wegen bestehe und der Gläubiger berechtigt sei, von Zahlungen des Schuldners diese Kosten vorab zu erheben (PKG 1982 Nr. 14, 1991 Nr. 28 und 30). 7. a) Die Beschwerde vom 23. Dezember 2006 wird unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Verfahren vor der Vorinstanz sowie für das vorliegende Beschwerdeverfahren zuzüglich 7.6% MWSt zulasten des Beschwerdegegners erhoben. Im Rechtsöffnungsbegehren vom 16. Oktober 2006 verwies der Rechtsvertreter von Z. auf seine Honorarnote über CHF 2'953.60. Zu diesen Kosten kamen noch Aufwendungen im Zusammenhang mit der Rechtsöffnungsverhandlung hinzu, so dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das erstinstanzliche Verfahren insgesamt CHF 3'553.60 Honorar geltend machte. Der Beschwerdegegner bringt in seiner Beschwerdeantwort vor, dass der im Rechtsöffnungsverfahren beantragte Entschädigungsbetrag von CHF 3'553.60 in keinem Verhältnis zur Forderungssumme von

CHF 1'390.00 stehe. b) Art. 62 GebV SchKG schreibt vor, dass in betriebsrechtlichen Summarsachen das Gericht der obsiegenden Partei auf Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen kann, deren Höhe im Entscheid festzusetzen ist. Gemäss Art. 26 GVV zum SchKG richten sich die Parteientschädigungen in allen Verfahren vor richterlichen Behörden nach den Bestimmungen des Bundesrechtes und, wenn diesen nichts zu entnehmen ist, nach jenen der kantonalen Zivilprozessordnung. Interpretationsbedarf besteht hinsichtlich des Inhalts der bundesrechtlichen Begriffe „Zeitversäumnisse und Auslagen“ sowie namentlich der „Angemessenheit“. Ist die Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten, hat die Praxis für die Bemessung der durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten im ordentlichen Zivilprozess (Art. 122 Abs. 2 ZPO) die Honorarordnung des bündnerischen Anwaltsverbandes für anwendbar erklärt (PKG 1989 Nr. 11 E. 3a, 1986 Nr. 11, 1973 Nr. 19 E. 2). Gemäss Art. 2 der Honorarordnung sind der nach den Umständen gebotene Zeitaufwand, die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, die damit verbundene

## E. 9

Verantwortung und die eigene Kostenstruktur des Anwalts als Grundlage für die Bemessung des Honorars von Bedeutung. Die Honorarordnung steht somit auf der Grundlage des Zeitaufwandes und der übrigen genannten Bemessungsfaktoren und nicht auf der Grundlage des Streit- oder Interessewertes. Obwohl die Honorarordnung für das summarische Verfahren keine spezielle Bemessungsgrundlage zur Verfügung stellt, wird sie in analoger Weise auch zur Auslegung der Angemessenheit im Sinne von Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG herangezogen, soweit sie sich in den Schranken der Angemessenheit hält (PKG 2001 Nr. 15 E. 3c mit Verweisungen). Die allgemeinen Berechnungsfaktoren gemäss Art. 2 der Honorarordnung bilden somit auch für das summarische Verfahren Grundlage für die Bemessung der Entschädigung für Zeitversäumnisse und Auslagen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass insbesondere der gebotene Zeitaufwand und die Bedeutung der Sache (für den Mandanten) in der Regel bei betriebsrechtlichen Summarsachen geringer sind als im ordentlichen Zivilverfahren, wo der definitive Rechtsverlust droht. Ein starrer, vom Streitwert abhängiger Entschädigungstarif ist ungeeignet für die Bestimmung dessen, was im Sinne von Art. 62 GebV SchKG angemessen ist. Entschädigungen für summarische Verfahren werden in anderen Gebührenordnungen wesentlich tiefer angesetzt als bei ordentlichen Verfahren (PKG 2001 Nr. 15 E. 3c mit Verweisungen). Es ist zu prüfen, ob die angebehrte Entschädigung den vom Anwalt erbrachten Diensten und den Umständen des Einzelfalles gerecht wird. Dabei gilt ein Anwalt dann als angemessen entschädigt, wenn sein zeitlicher Aufwand, die Schwierigkeit der sich stellenden Rechtsfragen und die mit dem Fall verbundene Verantwortung, die sich auch in der Höhe des Streitwertes zeigen kann, berücksichtigt werden (BGE 119 III 68 E. 3b; PKG 1973 Nr. 19; Fritzsche/Walder, Schuldbeitreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, S. 181 N 21). Bei der Bemessung der aussergerichtlichen Entschädigung sind alle in einem unmittelbar im Zusammenhang mit dem Rechtsöffnungsverfahren stehenden Aufwendungen des Anwaltes für seinen Mandanten zu berücksichtigen (PKG 2004 Nr. 11, PKG 1973 Nr. 19). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt ein angemessenes Verhältnis zwischen Streitwert und Prozesswert (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2000, 5P.393/1999, E. 2 ff.; Art. 62 GebV SchKG). c) Im vorliegenden Fall erscheint ein Aufwand von 12.25 h für das erstinstanzliche Rechtsöffnungsbegehren als eindeutig zu hoch angesetzt. Weder die Sachverhaltsermittlung

noch die rechtliche Würdigung haben spezielle Probleme beinhaltet, die einer tiefgründigen Erörterung bedurft hätten. Einzig für die Berechnung und Aufstellung der getätigten Zahlungen war ein gewisser Aufwand erforderlich-

#### **E. 10**

lich, was jedoch mittels der zusammengetragenen Kontoauszüge relativ rasch zu bewerkstelligen war. Auch bezüglich der Rechtsöffnungsverhandlung ist dem Rechtsvertreter – nebst der Fahrt von Chur nach Samedan und zurück – kein nennenswerter Aufwand mehr entstanden, da er sich in seinem Rechtsöffnungsbegehren bereits mit den entscheidenden Punkten auseinandergesetzt hat. Der Rechtsvertreter unterlässt es denn auch, dem Gericht eine detaillierte Kostennote einzureichen, die es erlauben würde, die einzelnen Kostenpositionen zu würdigen. Weiter ist zu beachten, dass der Gläubiger den Schuldner ursprünglich für einen Betrag von CHF 3'957.00 betrieben hat. Dieser Betrag wurde im Rechtsöffnungsgesuch auf CHF 2'190.00 und nach der Rechtsöffnungsverhandlung auf CHF 1'390.00 reduziert, für die mit vorliegendem Urteil die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. Somit hat der Beschwerdeführer seine Forderung gegenüber der Betreuung um ca. 2/3 und gegenüber dem Rechtsöffnungsbegehren um ca. 2/5 reduziert, was eine entsprechende Kürzung des Entschädigungsanspruches zur Folge hat. Davon ausgehend, dass der Aufwand für das Rechtsöffnungsbegehren mit rund 5 Stunden grosszügig bemessen wird und die Rechtsöffnungsverhandlung mit Hin- und Rückfahrt nochmals rund 4 Stunden beanspruchte, erscheint ein Gesamthonorar von CHF 2'400.00 inkl. MWSt angemessen. Aufgrund des Verfahrensausganges rechtfertigt es sich, die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens Z. zu 2/5 und A. zu 3/5 aufzuerlegen. A. hat Z. daher im gleichen Verhältnis zu entschädigen. Der Rechtsvertreter von A. erhielt im vorinstanzlichen Verfahren eine Entschädigung von CHF 600.00 zugesprochen, welche unangefochten blieb. A. hat Z. daher mit CHF 1'200.00 zu entschädigen (3/5 von CHF 2'400.00 = CHF 1'440.00 abzüglich 2/5 von CHF 600.00). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens gehen – zumal er hier vollständig unterlegen ist – zu Lasten des Beschwerdegegners (Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG). Der Beschwerdeführer hat Anrecht auf eine angemessene ausseramtliche Entschädigung (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG). Auch hier gilt es zu berücksichtigen, dass die Sache von geringer Schwierigkeit war und im Wesentlichen das zu wiederholen war, was bereits vor der Vorinstanz vorgetragen worden ist. Eine Entschädigung von CHF 700.00 inkl. MWSt erscheint somit angemessen. 8. Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 10. Januar 2007 die Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung erteilt. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird unter Hinweis auf Ziffer 4 des Dispositivs der Verfügung vom 10. Januar 2007 aufgefordert, innert 10 Tagen seit Mitteilung dieses Urteils eine tarifgemässe Honorarnote einzureichen. Bei Nichteinhaltung dieser Frist wird der Aufwand nach pflichtgemäßem Ermessen festgesetzt.

#### **E. 11**

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

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