



# Inhaltsverzeichnis

1 Zivilprozessordnung

5

## **B**

Stichwortverzeichnis

15

## 1. Zivilprozessordnung

### 1.1 Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 117 ZPO

**Regeste:**

Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 117 ZPO – Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege kann für eine juristische Person ausnahmsweise dann bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind. Zusätzlich muss ein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person ausgewiesen sein,

**Aus den Erwägungen:**

1. Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat nach Art. 29 Abs. 3 BV Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (ebenso die praktisch gleichlautende Bestimmung von Art. 117 ZPO).

1.1 Die Regelung von Art. 29 Abs. 3 BV ist auf natürliche Personen zugeschnitten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können juristische Personen grundsätzlich weder die unentgeltliche Prozessführung noch eine Verbeiständung beanspruchen; sie sind nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Juristische Personen verfügen deshalb – wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse – über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Ausnahmsweise kann ein solcher Anspruch allenfalls dann bestehen, wenn das einzige Aktivum einer juristischen Person im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (vgl. BGE 143 I 328 E. 3.1 m.w.H.). Die Frage, ob positiv zu verlangen sei, dass ein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person zusätzlich ausgewiesen werde, hat das Bundesgericht bislang offengelassen (vgl. BGE 143 I 328 E. 3.3). Diese Frage ist indes zu bejahen, weil die unentgeltliche Rechtspflege – wie bereits erwähnt – auf natürliche Personen zugeschnitten ist und in erster Linie die Unterstützung in einer persönlichen Notlage bezweckt. Demgegenüber handelt es sich bei den juristischen Personen um künstliche, aus Zweckmässigkeitsgründen zugelassene Schöpfungen; ihre rein wirtschaftlichen Interessen sollen daher nicht auf Kosten der Allgemeinheit verfolgt werden können, ausser es gäbe besondere Gründe dafür, so. z. B. die Erfüllung von Aufgaben der Allgemeinheit, die Rettung einer Vielzahl von Arbeitsplätzen etc. Jedenfalls muss ausser den wirtschaftlich Beteiligten ein erheblich weiterer Personenkreis betroffen sein (vgl. Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 117 ZPO N 7 m.H.; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 117 ZPO N 2; Bühler, Berner Kommentar, 2012, Vorbemerkungen zu Art. 117-123 ZPO N 31; Urteil des Oberg-

erichts Zürich PF130055-O/U vom 10. März 2014 E. 4.a; Urteil des Obergerichts Solothurn ZKBES.2015.172 vom 5. Februar 2016 E. 4.4, in : CAN 2-16 Nr. 31 S. 82 ff.).

1.2. Als juristische Person hat die Klägerin grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Ein öffentliches oder allgemeines Interesse, welches eine Ausnahme rechtfertigen könnte, besteht vorliegend nicht: Die Klägerin erfüllt offenkundig weder Aufgaben der Allgemeinheit, noch ist ersichtlich, inwiefern vom vorliegend zu fällenden Entscheid – ausser der Klägerin, ihren Organen sowie allenfalls ihren Geschäftspartnern und Kunden – ein grösserer Personenkreis betroffen sein könnte. Die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege läuft somit keinen Allgemeininteressen zuwider, was allein schon zur Abweisung des Gesuches führt. Hinzu kommt, dass das vorliegende Verfahren nicht das einzige Aktivum der Klägerin betrifft, sondern die Abwehr der von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche bezweckt. Mithin fehlt es auch unter diesem Aspekt an einer Voraussetzung, die es ausnahmsweise erlauben könnte, der Klägerin als juristischer Person die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Das Gesuch ist daher in jedem Fall abzuweisen und es kann offenbleiben, ob die Klägerin tatsächlich nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und/oder ihr Begehren als aussichtslos erscheint.

[...]

Obergericht, I. Zivilabteilung, Präsidialverfügung, 5. April 2018 (Z1 2018 3 / VA 2018 33)

## 1.2 Art. 122 ZPO

### **Regeste:**

Art. 122 ZPO – Wird ein Fall beim Friedensrichteramt abgeschlossen bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht, entscheidet der Friedensrichter über die Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes.

### **Aus dem Sachverhalt:**

1.1 Mit Eingabe vom 16. Februar 2016 liess B. beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug beantragen, es sei ihr in dem von A. gegen sie vor dem Friedensrichteramt der Stadt Zug angehobenen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von RA C. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Mit Entscheid vom 1. März 2016 bewilligte der Einzelrichter die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte RA C. als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

1.2 An der Schlichtungsverhandlung vom 3. März 2016 kam es zu keiner Einigung, worauf der Friedensrichter auf Antrag von A. die Klagebewilligung ausstellte. A. leitete in der Folge keine Klage gegen B. beim Kantonsgericht Zug ein.

1.3 Mit Eingabe vom 16. April 2018 reichte RA C. beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug seine Honorarnote ein und ersuchte um Festsetzung der Entschädigung aus der Gerichtskasse gemäss Honorarnote.

1.4 Mit Schreiben vom 19. April 2018 leitete der Einzelrichter die Honorarnote zuständigkeitshalber an das Friedensrichteramt der Gemeinde X. weiter zur Prüfung bzw. Genehmigung, falls der in Rechnung gestellte Aufwand angemessen sei.

1.5 Am 16. Mai 2018 retournierte der Friedensrichter die Honorarnote zur weiteren Bearbeitung an das Kantonsgericht Zug. Zur Begründung führte er aus, er sehe sich grundsätzlich ausserstande, die Aufwendungen von RA C. im vollen Umfang zu beurteilen. Ausserdem könne er als Friedensrichter auf kommunaler Ebene den Kanton nicht zu Entschädigungen gleich welcher Art verpflichten und so auch den gewünschten Entscheid nicht fällen.

1.6 Mit Entscheid vom 22. Mai 2018 trat der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug auf das Gesuch von RA C. vom 16. April 2018, es sei vom Kantonsgericht Zug die Höhe der Entschädigung aus der Gerichtskasse gemäss Honorarnote festzulegen, nicht ein.

2.1 Gegen diesen Entscheid reichte das Friedensrichteramt der Gemeinde X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 1. Juni 2018 Beschwerde beim Obergericht Zug ein zur Klärung der Frage, wer für die Beurteilung der eingereichten Honorarforderung bzw. der Festsetzung der Anwaltsentschädigung zuständig sei.

2.2 Der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug und RA C. verzichteten auf eine Vernehmlassung.

### **Aus den Erwägungen:**

1. Zunächst ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert ist.

1.1 Die ZPO enthält keine Bestimmungen über die Beschwerdelegitimation. Nach der Lehre setzt die Beschwerdelegitimation grundsätzlich voraus, dass sich der Beschwerdeführer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt hat, das zum angefochtenen Urteil geführt hat. Darüber hinaus können auch am Verfahren nicht beteiligte Dritte von gerichtlichen Entscheidungen betroffen werden und Interesse an der Ergreifung eines Rechtsmittels haben. Erforderlich ist, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer) bzw. der angefochtene Entscheid in seine Rechte eingreift (Freiburghaus / Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 321 ZPO N 7 ff.; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/ Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 321 ZPO N 18). Nach der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wäre es nicht sach-

gerecht, das Rechtsschutzinteresse für die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht restriktiver zu formulieren als für das kantonale Verfahren (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7276). Aus diesem Grund wurde das Bundesgerichtsgesetz entsprechend angepasst, so dass für die Beschwerde in Zivilsachen ebenfalls ein schutzwürdiges (tatsächliches oder rechtliches) Interesse genügt. Entsprechend kann für die Beschwerdelegitimation nach Art. 319 ff. ZPO Literatur und Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation nach Art. 76 BGG herangezogen werden (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich RU120006-O/U vom 16. August 2012 E. 2.2.2).

1.2 Gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ist zur Beschwerde in Zivilsachen berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Erforderlich ist ein persönliches, aktuelles und praktisches Interesse. Die Wahrnehmung öffentlicher Interessen begründet grundsätzlich kein Rechtsschutzinteresse. Nach der Rechtsprechung kann ein Gemeinwesen auch zur Beschwerde legitimiert sein, wenn es durch einen Entscheid in seinen hoheitlichen Befugnissen und Aufgaben berührt ist (Klett, Basler Kommentar, 2. A. 2011, Art. 76 BGG N 4). Darüber hinaus kann das Gemeinwesen in bestimmten Fällen in seinen hoheitlichen Interessen derart berührt sein, dass von einem schutzwürdigen Interesse auszugehen ist. Das kann namentlich bei wichtigen vermögensrechtlichen Interessen der Fall sein. In jedem Fall setzt die Beschwerdebefugnis zur Durchsetzung hoheitlicher Anliegen eine erhebliche Betroffenheit in wichtigen öffentlichen Interessen voraus. Das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung verschafft dem Gemeinwesen noch keine Beschwerdebefugnis. Zur Begründung des allgemeinen Beschwerderechts genügt auch nicht jedes beliebige, mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe direkt oder indirekt verbundene finanzielle Interesse des Gemeinwesens (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_784/2011 vom 23. März 2012 E. 1.2.1; BGE 136 II 383 E. 2.4).

1.3 Mit der vorliegenden Beschwerde möchte der Beschwerdeführer die Frage klären, ob der Einzelrichter am Kantonengericht Zug oder der Friedensrichter bei unentgeltlicher Rechtspflege im Schlichtungsverfahren für die Beurteilung einer Honorarforderung bzw. der Festsetzung der Anwaltsentschädigung zuständig ist. Er verlangt «die Beurteilung des Dossiers durch das Obergericht, um für den gegenwärtigen Fall, aber auch für zukünftige Fälle Klarheit zu schaffen» (vgl. act. 1). Dieses Anliegen ist nicht ausreichend, um eine spezifische und qualifizierte Betroffenheit im Sinne der soeben dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts und damit ein Rechtsschutzinteresse darzutun. Wie vorne in E. 1.2 dargelegt, verschafft das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dem Gemeinwesen noch keine Beschwerdebefugnis. Auch ein allfälliges indirektes finanzielles Interesse reicht nicht aus. Der Beschwerdeführer kann daher in der Sache selber keine Legitimation beanspruchen. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

2. Selbst wenn auf die Beschwerde eingetreten werden könnte, müsste sie abgewiesen werden.

2.1 Die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege werden gemäss Art. 122 ZPO vom «Kanton» getragen bzw. der unentgeltliche Rechtsbeistand vom «Kanton» entschädigt. Welche öffentlich-rechtliche Kasse innerhalb des Kantons die dem unentgeltlichen Rechtsbeistand geschuldete Entschädigung effektiv auszurichten und zu tragen hat, sagt Art. 122 ZPO nicht. Den Kantonen kommt diesbezüglich Gestaltungsfreiheit zu, weil der in Art. 122 ZPO verwendete Begriff des Kantons in der ZPO nirgends definiert wird. Die Kantone können daher selber bestimmen, welche Staats-, Gemeinde- oder Bezirkskasse die Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung zu tragen hat (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU110035-O/U vom 6. Oktober 2011 [ZR 2011 Nr. 83 E 2.4]; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich VO110011-O/U vom 10. Mai 2011 E. 4.1; Bühler, Berner Kommentar, 2012, Art. 122 ZPO N 41b; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 122 ZPO N 2; Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 122 ZPO N 6; Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 122 ZPO N 1). Diejenige Behörde, welche die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu tragen hat, muss auch die Honorarnote des unentgeltlichen Rechtsbeistandes prüfen bzw. genehmigen.

2.2 Im GOG des Kantons Zug wird nicht geregelt, welches Gemeinwesen den Ausfall der Gebühr und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu tragen hat, wenn der Fall beim Friedensrichteramt abgeschlossen bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht wird. Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers liegen nicht vor. Es gibt soweit ersichtlich in den Materialien keine Äusserungen zu dem Punkt. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der kantonale Gesetzgeber den Punkt aus Versehen nicht geregelt hat. Es ist daher im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB eine Lückenfüllung vorzunehmen. Dabei liegt die Überlegung am nächsten, dass, wer die tatsächlich bezahlten Gebühren einkassiert, auch den Ausfall zu tragen hat, wenn Gebühren nicht erhältlich sind oder (wegen bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege) gar nicht auferlegt werden können (vgl. dazu Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU120041-O/U vom 18. Oktober 2012 E. 5.1 - 5.4). Nach § 37 Abs. 3 GOG und § 10 der Verordnung über die Schlichtungsbehörden vom 18. Januar 2011 (BGS 161.4) fallen die Einnahmen der Friedensrichterinnen und Friedensrichter in die Gemeindekasse. Folglich sind auch die Ausfälle von den Gemeinden zu bezahlen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU110035 vom 6. Oktober 2011 [ZR 2011 Nr. 83 E. 2.4]). Wurde zusätzlich ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt, ist die Kostentragungspflicht der Gemeinden analog zu bejahen. Zwar kassieren die Gemeinden, anders als bei den Schlichtungspauschalen, hier nichts ein. Eine andere Kostenverlegung drängt sich dennoch nicht auf. Es ist davon auszugehen, dass die anfallenden Kosten der unentgeltlichen Rechtsbeistände für die Gemeinden keine wesentliche Mehrbelastung und auch nicht «steuerfussrelevant» sein werden. Es handelt sich um einige wenige Fälle, und der Aufwand eines Vertreters in Schlichtungsverfahren ist begrenzt (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2012 RU120041-O/U E. 5.4). Wären aber die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege von der Gemeinde zu tragen, wenn der Fall beim Friedensrichteramt abgeschlossen bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht wird,

müsste auch die Gemeinde, vertreten durch die Friedensrichterinnen und Friedensrichter, die Honorarnote des unentgeltlichen Rechtsbeistandes prüfen bzw. genehmigen.

3. Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Da Art. 119 Abs. 6 ZPO auf das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 121 ZPO keine Anwendung findet (BGE 137 III 470 ff.) und der Beschwerdeführer vorliegend unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wären ihm grundsätzlich die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Indes ist § 62 Abs. 3 GOG zu beachten, wonach den Gemeinden Gerichts- und Verfahrenskosten nur dann auferlegt werden, wenn sie in eigenen finanziellen Interessen betroffen sind. Der Beschwerdeführer verfolgt vorliegend – wenn überhaupt – nur indirekt eigene finanzielle Interessen, weshalb es sich rechtfertigt, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 12. Juli 2018 (BZ 2018 46)

### 1.3 Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO – Auch im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung muss keine Nachfrist für eine verpasste Gesuchsantwort angesetzt werden.

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, er sei im vorinstanzlichen Verfahren mit Schreiben vom 8. November 2017 aufgefordert worden, innert sieben Tagen eine schriftliche Gesuchsantwort einzureichen. Dieses Schreiben sei am 18. November 2017 zugestellt worden. Die 7-tägige Frist habe am 27. November 2017 geendet. Innert dieser Frist habe er infolge geschäftlicher Terminkollisionen unglücklicherweise keine Gesuchsantwort einreichen können. In Anwendung von Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO hätte ihm die Vorinstanz indes eine kurze Nachfrist ansetzen müssen. Dies umso mehr, als er im damaligen Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertreten gewesen sei und die Säumnisfolgen nicht habe einschätzen können. Die Erwägungen in BGE 138 III 483, welche sich mit der Nachfristansetzung im summarischen Verfahren befassen, seien auf den vorliegenden Fall nur beschränkt anwendbar. Der vorgenannte Entscheid habe eine provisorische Rechtsöffnung betroffen, mit welcher letztlich die Parteirollen verteilt würden. Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens sei hingegen eine definitive Rechtsöffnung gewesen, gegen welche sich der Beschwerdeführer anschliessend nicht mehr zur Wehr setzen könne bzw. welche faktisch zu einem Rechtsverlust führe. Die Nichtansetzung einer kurzen Nachfrist bei nicht rechtzeitiger Einreichung der Gesuchsantwort erscheine unter diesem Blickwinkel als unrichtige Rechtsanwendung i.S.v. Art. 320 lit. a ZPO.

4. Nach Art. 223 Abs. 1 ZPO setzt das Gericht im ordentlichen Verfahren bei versäumter



Klageantwort der beklagten Partei eine kurze Nachfrist an. Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. In dem vom Beschwerdeführer zitierten BGE 138 III 483 hat das Bundesgericht die Nichtanwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO im summarischen Verfahren für das Rechtsöffnungsverfahren nicht damit begründet, dass der Rechtsöffnungsentscheid nicht in materielle Rechtskraft trete und es bei der provisorischen Rechtsöffnung im Wesentlichen bloss um die Parteirollenverteilung mit Blick auf ein nachfolgendes ordentliches Verfahren gehe. Ausschlaggebend für die Nichtanwendung von Art. 223 ZPO im Rechtsöffnungsverfahren war für das Bundesgericht vielmehr die gesetzlich gebotene Prozessbeschleunigung. Nach Auffassung des Bundesgerichts bedingt die im Gesetz vorgesehene Beschleunigung des Rechtsöffnungsverfahrens, die Rechte eines Gesuchsgegners bei versäumter Stellungnahme enger zu fassen als im ordentlichen Zivilverfahren und daher Art. 223 ZPO in diesem summarischen Verfahren nicht anzuwenden (BGE 138 III 483 E. 3.2.4). Der vom Bundesgericht in dieser Entscheidung zitierte Art. 84 Abs. 2 SchKG, der den Rechtsöffnungsrichter zur raschen Fällung eines Entscheides anhält, gilt aber sowohl im provisorischen als auch im definitiven Rechtsöffnungsverfahren. Auch ist der laut Bundesgericht gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG verfolgte Zweck, dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, durch Unterlassen oder Erheben des Rechtsvorschlages gleichzeitig betreibende Gläubiger zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen, sowohl für das provisorische als auch das definitive Rechtsöffnungsverfahren massgebend. Daraus ist zu schliessen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Betreibungsschuldner daher weder im provisorischen noch im definitiven Rechtsöffnungsverfahren gestützt auf Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO Nachfrist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch angesetzt werden darf. Die Vorinstanz hat daher dem Beschwerdeführer nach dem unbenutzten Ablauf der 7-tägigen Vernehmlassungsfrist zu Recht keine Nachfrist zur Einreichung einer Stellungnahme angesetzt.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 8. Februar 2018 (BZ 2017 117)

#### 1.4 Art. 320 ZPO

##### **Resgeste:**

Art. 320 ZPO – Kognition der Beschwerdeinstanz

##### **Aus den Erwägungen:**

2.1 Mit der Beschwerde kann gemäss Art. 320 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden.

2.1.1 Die Überprüfung des Sachverhalts ist auf Willkür beschränkt (BGE 138 III 232 E. 4.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_149/2017 vom 28. September 2017 E. 2.2). Willkür liegt vor

bei aktenwidriger Tatsachenfeststellung, d.h. wenn sich die Feststellung auf einen Sachverhalt stützt, der überhaupt nicht aktenmässig belegt ist, es sei denn, es handle sich um eine bekannte Tatsache (d.h. offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze) im Sinne von Art. 151 ZPO. Dasselbe gilt, wenn eine aktenkundige und rechtserhebliche Tatsache übersehen oder irrtümlich nicht richtig festgehalten worden ist. Ist das Beweisergebnis interpretationsbedürftig, gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Der Beschwerdegrund ist nur erfüllt, wenn die durch die erste Instanz gezogene Schlussfolgerung schlechtweg nicht vertretbar erscheint (Sterchi, Berner Kommentar, 2012, Art. 320 ZPO N 6 f.).

2.1.2 Uneinheitlich ist der Meinungsstand zur Kognition der Beschwerdeinstanz bei Rechtsfragen. Ein Teil der Lehre geht davon aus, die Rechtsmittelinstanz habe (auch) eine uneingeschränkte Angemessenheitskontrolle vorzunehmen und nötigenfalls ihr (Rechtsanwendungs-)Ermessen an die Stelle desjenigen der Erstinstanz zu setzen (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/

Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 310 ZPO N 36; Reich, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, Art. 320 ZPO N 2 i.V.m. Art. 310 ZPO N 16 f.; Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 320 ZPO N 3 i.V.m. Art. 310 ZPO N 10). Andere Autoren sind demgegenüber der Auffassung, dass diesfalls nur gerügt werden könne, es liege eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung, d.h. Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- oder -unterschreitung vor, und dass blosser Unangemessenheit den Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung nicht erfülle (vgl. Spühler, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 320 ZPO N 1 i.V.m. Art. 310 ZPO N 3; Sterchi, a.a.O., Art. 320 ZPO N 3 i.V.m. Art. 310 ZPO N 3 und N 8 f.). Die Zürcher Praxis geht von einer umfassenden Kognition auch bezüglich Angemessenheit aus. Allerdings greift die Beschwerdeinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 53 E. 3; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 320 ZPO N 4 i.V.m. Art. 310 ZPO N 10; Brunner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2014, Art. 320 ZPO N 2; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A. 2014, Art. 320 ZPO N 1 i.V.m. Art. 310 ZPO N 3). Diese Praxis wurde vom Bundesgericht gebilligt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2).

2.1.3 Die I. Zivilabteilung des Obergerichts Zug liess in einem Urteil aus dem Jahre 2013 offen, ob sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eines Ermessensentscheides eine gewisse Zurückhaltung auferlegen dürfe (vgl. Z1 2012 34 E. 7.5.3). Die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug hielt in einem Urteil aus dem Jahre 2015 fest, dass die Rechtsmittelinstanz nicht einfach ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen könne. Im Ergebnis laufe dies auf eine Einschränkung der Kognition auf Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder -unterschreitung, unter Ausschluss der Angemessen-

heitskontrolle, hinaus (vgl. BZ 2015 16 E. 2.2). In einem Urteil aus dem Jahre 2018 führte die II. Beschwerdeabteilung aus, dass sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eines Ermessensentscheides eine gewisse Zurückhaltung auferlegen müsse. Dies gelte insbesondere dort, wo das Gesetz dem Richter einen grossen Ermessensspielraum einräume (vgl. BZ 2018 72 E. 1.2). An dieser Praxis ist festzuhalten. Der II. Beschwerdeabteilung kommt zwar auch in Bezug auf die Prüfung der Angemessenheit grundsätzlich eine umfassende Kognition zu. Sie greift indes nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl durchdachten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Oktober 2018 (BZ 2018 43)



# B

Stichwortverzeichnis

Kognition der Beschwerdeinstanz, 11

Zivilprozessrecht, 12

Zivilprozessrecht: Ansetzen einer Nachfrist für eine verpasste Gesuchsantwort im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung, 10

Zivilprozessrecht: unentgeltliche Rechtspflege für eine juristische Person, 5

Zivilprozessrecht: Zuständigkeit des Friedensrichters zum Entscheid über Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn ein Fall beim Friedensrichter abgeschlossen wurde bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht wurde, 6