

# **BGer 4A\_364/2025 vom 18. Dezember 2025**

Bundesgericht, 2025-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_364\\_2025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_364_2025)

FR: TF 4A\_364/2025 du 18 décembre 2025

IT: TF 4A\_364/2025 del 18 dicembre 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 149 III 277 E. 3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Die vorliegende Beschwerde betrifft einzig die kantonalen Gerichtskosten in einer Schuldbetreibungsangelegenheit ( Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ). Bereits vor Vorinstanz waren einzig die Gerichtskosten streitig, womit der für eine Beschwerde in Zivilsachen erforderliche Streitwert nicht erreicht ist ( Art. 74 Abs. 1 lit. b und Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG ). Die Beschwerdeführerin macht geltend, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ( Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ).

#### **E. 1.2**

Der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist restriktiv auszulegen. Soweit es bei der aufgeworfenen Frage lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht, handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ( BGE 140 III 501 E. 1.3; 135 III 1 E. 1.3; 134 III 115 E. 1.2). Anders verhält es sich hingegen, wenn ein allgemeines und dringendes Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen ( BGE 144 III 164 E. 1; 141 III 159 E. 1.2). Die Frage muss von allgemeiner Tragweite sein ( BGE 140 III 501 E. 1.3; 134 III 267 E. 1.2 mit Hinweisen). Eine neue Rechtsfrage kann vom Bundesgericht sodann beurteilt werden, wenn dessen Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann, namentlich wenn von unteren Instanzen viele gleichartige Fälle zu beurteilen sein werden ( BGE 140 III 501 E. 1.3; 135 III 1 E. 1.3; vgl. Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4309 Ziff. 4.1.3.1 zu Art. 70 E-BGG). Damit Fälle als gleichartig angesehen werden können, genügt es nicht, dass sich dieselbe Rechtsfrage in weiteren Verfahren stellen wird. Die zu beurteilende Streitsache muss überdies geeignet sein, die Frage auch mit Bezug auf die anderen Fälle zu klären.

#### **E. 1.3**

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Rechtsfrage, ob der obsiegenden Gläubigerin im Rechtsöffnungsverfahren der Kostenvorschuss gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO zurückzuerstatten ist. Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass die Beurteilung dieser Frage für die Praxis wegleitend sein kann, denn die unteren Instanzen werden viele gleichartige Fälle beurteilen. Pro Jahr gibt es schätzungsweise 13'000 bis 15'000 Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung (vgl. FRANCO LORANDI, Schuldbetreibung und Konkurs

[SchKG] in a nutshell, 6. Auflage 2024, S. 25). Wird Rechtsöffnung gewährt, fragt sich regelmässig, ob der obsiegenden Gläubigerin der Kostenvorschuss zurückzuerstatten ist. In Rechtsöffnungsverfahren richten sich die Gerichtskosten und damit auch der Kostenvorschuss nach Art. 48 Abs. 1 der Gebührenverordnung vom 23. September 1996 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG; SR 281.35). Selbst bei einem Streitwert über Fr. 1'000'000.-- beträgt die Gebühr höchstens Fr. 4'000.--. Damit erreicht der Streitwert die Grenze von Fr. 30'000.-- nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG wohl nie (vgl. auch BGE 143 III 46 E. 1; 139 III 182 E. 1.2; 137 III 580 E. 1.1). Das Bundesgericht hat die Frage noch nicht beantwortet und dies führt aufgrund ihrer Relevanz für die Praxis zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt demnach vor. Die Beschwerde in Zivilsachen erweist sich auch im Übrigen als zulässig (Art. 75, Art. 76, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG ; zur Legitimation der Eidgenössischen Finanzverwaltung vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 des Finanzhaushaltsgesetzes vom 7. Oktober 2005 [FHG; SR 611.0]).

## **E. 2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 115 E. 2; 137 III 580 E. 1.3). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Erstinstanz hätte ihr gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO den Kostenvorschuss zurückerstatten und die Gerichtskosten beim Beschwerdegegner einfordern müssen.

### **E. 3.1**

Die Erstinstanz stützte sich auf Art. 68 SchKG . Danach trägt der Schuldner die Betreuungskosten. Dieselben sind vom Gläubiger vorzuschüssen. Wenn der Vorschuss nicht geleistet ist, kann das Betreibungsamt unter Anzeige an den Gläubiger die Betreuungshandlung einstweilen unterlassen (Abs. 1). Der Gläubiger ist berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben (Abs. 2). Die Erstinstanz übersah Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht, wonach ein Vorschuss zurückerstattet wird, wenn die Partei, die ihn geleistet hat, nicht kostenpflichtig ist. Doch sie erwog, Art. 68 SchKG gehe als *lex specialis* vor (vgl. zum damit verbundenen Inkassorisiko: BGE 147 III 358 E. 3.4.1). Denn die Gerichtskosten im Rechtsöffnungsverfahren seien Betreuungskosten (vgl. dazu nur BGE 149 III 210 E. 4.1.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz schützte den erstinstanzlichen Entscheid. Auch sie gelangte zum Schluss, dass in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO weiterhin Art. 68 SchKG gelte. Dieser bleibe *lex specialis* im Verhältnis zum revidierten Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

### **E. 4**

Es stellt sich die Rechtsfrage, ob der obsiegenden Gläubigerin im Rechtsöffnungsverfahren der Kostenvorschuss zurückzuerstatten ist, ob also der revidierte Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO dem bisherigen Art. 68 SchKG vorgeht.

#### **E. 4.1**

Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der *ratio legis*. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen ( BGE 151 III 35 E. 2.4.2; 150 II 390 E. 5.2.1; 150 III 174 E. 4; 150 IV 213 E. 1.6.2; 148 III 314 E. 2.2; 147 III 475 E. 2.3.3.1; 146 III 217 E. 5; 145 III 324 E. 6.6).

#### **E. 4.2**

Gerade bei jungen Normen ist es unverzichtbar, bei der Interpretation die Gesetzesmaterialien zu konsultieren. Diese sind nicht immer ergiebig und es ist überhaupt oft "ein Irrtum zu glauben, die Urheber eines Gesetzbuches hätten gesicherte Kenntnis von seinem Inhalt". Zuweilen äussern sich die Materialien zum strittigen Interpretationsproblem überhaupt nicht, teilweise sind die Stellungnahmen kontrovers, unklar oder widersprüchlich (vgl. KRAMER/ARNET, Juristische Methodenlehre, 7. Auflage 2024, S. 160 f. mit Hinweisen).

##### **E. 4.2.1**

Am 1. Januar 2011 war mit der eidgenössischen ZPO das Zivilprozessrecht schweizweit kodifiziert und vereinheitlicht worden. In der Folge hatte das Parlament den Bundesrat mit einer Motion beauftragt, die Praxistauglichkeit der ZPO zu prüfen und eine entsprechende Gesetzesvorlage vorzulegen (Ständerat, Motion [14.4008] "Anpassung der Zivilprozessordnung", eingereicht am 17. November 2014).

##### **E. 4.2.2**

Bis zum 31. Dezember 2024 sah Art. 98 aZPO vor, dass das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen kann. Gemäss Art. 111 aZPO wurden die Gerichtskosten mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Ein Fehlbetrag wurde von der kostenpflichtigen Person nachgefordert (Abs. 1). Die kostenpflichtige Partei hatte der anderen Partei die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen sowie die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen (Abs. 2). Vorbehalten blieben die Bestimmungen über die unentgeltliche Rechtspflege (Abs. 3).

##### **E. 4.2.3**

Gemäss Vorentwurf des Bundesrats für eine Teilrevision der Zivilprozessordnung zur Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung vom 2. März 2018 sollte die ZPO dergestalt geändert werden, dass das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen kann (Art. 98 Abs. 1 VE-ZPO). Bei Gruppenvergleichen nach den Art. 352a-352k VE-ZPO sollten die Parteien gemeinsam zur Leistung eines Vorschusses bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verpflichtet werden können. Die Parteien sollten die Kosten zu gleichen Teilen tragen, es sei denn, sie hätten eine abweichende Vereinbarung getroffen (Art. 98 Abs. 2 VE-ZPO).

Weiter sah der Vorentwurf eine Änderung von Art. 111 aZPO vor. Demnach sollten die Gerichtskosten in den Fällen von Art. 98 Abs. 2 VE-ZPO sowie in den Fällen der Kostenpflichtigkeit der Partei, die einen Vorschuss geleistet hat, mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet werden. In den übrigen Fällen sollte ein Vorschuss zurückerstattet werden. Ein Fehlbetrag sollte bei der kostenpflichtigen Person nachgefordert werden (Art. 111 Abs. 1 VE-ZPO). Die kostenpflichtige Partei sollte der anderen Partei die zugesprochene Parteientschädigung bezahlen sowie geleistete Vorschüsse ersetzen, soweit diese nicht zurückerstattet werden (Art. 111 Abs. 2 VE-ZPO).

#### **E. 4.2.4**

Im erläuternden Bericht zum VE-ZPO vom 2. März 2018 wird dazu festgehalten, nach bisherigem Recht würden die Gerichtskosten mit den Vorschüssen der Parteien verrechnet und ein Fehlbetrag nachgefordert. Im Übrigen erfolge die Auseinandersetzung direkt zwischen den Parteien, indem die kostenpflichtige Partei der anderen Partei ihre Vorschüsse zu ersetzen habe. Damit werde das Inkassorisiko für die Gerichtskosten vollständig der obsiegenden Partei überbunden. Dieser Regelung sei bereits bei der Schaffung der eidgenössischen ZPO Kritik erwachsen, die nie verstummt sei. Denn gerade darin werde eine unbillige Schranke zum Gericht und der Rechtsdurchsetzung gesehen. Auch wenn die vom Staat zu tragenden Insolvenzrisiken zunehmen mögen, sei dies nach Ansicht des Bundesrats allein schon aus Überlegungen der Gerechtigkeit und der Rechtsstaatlichkeit gerechtfertigt. Entsprechend werde vorgeschlagen, dass die Gerichtskosten neu nur noch mit den Vorschüssen der kostenpflichtigen Partei verrechnet werden dürfen. Nicht mehr die obsiegende Partei solle das Inkassorisiko tragen, sondern der Staat (vgl. erläuternder Bericht vom 2. März 2018 zur Änderung der Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], S. 16 sowie S. 56-57).

Was Art. 98 Abs. 2 VE-ZPO betrifft, ist dem erläuternden Bericht zu entnehmen, das Gericht solle auch in Gruppenvergleichsverfahren einen Kostenvorschuss verlangen können. Weil es sich dabei um ein von den Parteien einvernehmlich beantragtes Verfahren handle, sei es gerechtfertigt, von den Parteien anteilmässig zu gleichen Teilen einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten zu verlangen, was einem Vorbezug der Gerichtskosten gleichkomme (vgl. erläuternder Bericht vom 2. März 2018, a.a.O., S. 53).

#### **E. 4.2.5**

In der Vernehmlassung stiess die Änderung von Art. 111 aZPO auf geteilte Resonanz. Die Befürworter waren der Ansicht, es sei unangemessen und stelle ein erhebliches Hindernis dar, wenn die klagende Partei das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der beklagten Partei tragen müsse. Die kritischen Stimmen begründeten ihre Ablehnung mit dem finanziellen

Risiko für den Staat, dem zusätzlichen Verwaltungsaufwand und den Mehrkosten (vgl. Übersicht vom 29. Januar 2020 über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens betreffend die Revision der Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], S. 34 f. Ziff. 5.21).

#### **E. 4.2.6**

Im Entwurf für eine Teilrevision der Zivilprozessordnung wurde der Gruppenvergleich gemäss Art. 352a ff. VE-ZPO fallengelassen. Damit entfiel auch die diesbezügliche Sonderregelung gemäss Art. 98 Abs. 2 VE-ZPO.

Art. 98 Abs. 1 E-ZPO lautete wie folgt: Das Gericht und die Schlichtungsbehörde können von der klagenden Partei einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Zudem wurde ein neuer Art. 98 Abs. 2 E-ZPO formuliert, wonach das Gericht und die Schlichtungsbehörde einen Vorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verlangen können bei der freiwilligen Handelsgerichtsbarkeit und direkten Klagen beim oberen Gericht (lit. a); in Schlichtungsverfahren (lit. b); in summarischen Verfahren mit Ausnahme der vorsorglichen Massnahmen und der familienrechtlichen Streitigkeiten (lit. c); sowie in Rechtsmittelverfahren (lit. d).

Was die Liquidation der Prozesskosten betrifft, sah der Entwurf folgende Lösung vor: Die Gerichtskosten werden in den Fällen von Art. 98 Abs. 2 E-ZPO sowie in den Fällen der Kostenpflichtigkeit der Partei, die einen Vorschuss geleistet hat, mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet. In den übrigen Fällen wird ein Vorschuss zurückerstattet. Ein Fehlbetrag wird bei der kostenpflichtigen Person nachgefordert (überarbeiteter Art. 111 Abs. 1 E-ZPO). Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen sowie geleistete Vorschüsse zu ersetzen, soweit diese nicht zurückerstattet werden (Art. 111 Abs. 2 E-ZPO; unverändert gegenüber VE-ZPO).

#### **E. 4.2.7**

Der Bundesrat erklärte in der Botschaft, durch die Halbierung der Vorschüsse gemäss Art. 98 Abs. 1 E-ZPO reduziere sich eine faktische Zutrittsschranke erheblich, ohne dass die Warn- und Filterfunktion eines Vorschusses in Frage gestellt werde. Der fast ausschliesslich von den Kantonen vorgebrachten Kritik trug der Bundesrat Rechnung, indem er in Art. 98 Abs. 2 E-ZPO Ausnahmen vom Grundsatz der Halbierung vorsah, und zwar für Verfahren, "die entweder aufgrund nur geringer mutmasslicher Gerichtskosten auch nur geringe Vorschüsse zur Folge haben oder in denen höhere Vorschüsse sachlich gerechtfertigt erscheinen". Dabei nannte er explizit das Schlichtungsverfahren, das summarische Verfahren und das Rechtsmittelverfahren (Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], BBl 2020 2697, Ziff. 4.1.1 S. 2712).

Was die vollständige Vorschusspflicht in summarischen Verfahren gemäss Art. 98 Abs. 2 lit. c E-ZPO betrifft, führte der Bundesrat aus, hier gälten grundsätzlich reduzierte Tarife. Daher solle es beim bisherigen System bleiben. Dies vereinfache in diesem Massengeschäft das Inkasso der Gerichtskosten und reduziere den von den Kantonen befürchteten Mehraufwand. Betroffen seien auch die summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO, was auch mit dem Betreibungsverfahren übereinstimme, wo die Kosten gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG grundsätzlich vom Gläubiger vorzuschüssen seien (Botschaft vom 26. Februar 2020, a.a.O., Ziff. 5.1 S. 2742).

#### **E. 4.2.8**

Der Ständerat behandelte die Revision der ZPO als Erstrat am 16. Juni 2021. Dessen vorberatende Kommission für Rechtsfragen beantragte eine Änderung von Art. 111 Abs. 1 E-ZPO: Die Gerichtskosten sollten in den Fällen von Art. 98 Abs. 2 ZPO nicht mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet werden (vgl. AB 2021 S 675). Am 10. Mai 2022 wurde die Vorlage im Nationalrat beraten, der die ständerätliche Änderung von Art. 111 Abs. 1 E-ZPO übernahm. Gleichzeitig schlug die vorberatende Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vor, dass auch Art. 111 Abs. 2 E-ZPO geändert wird, indem die Passage gestrichen wird, wonach die kostenpflichtige Partei geleistete Vorschüsse zu ersetzen hat, soweit diese nicht zurückerstattet werden (vgl. AB 2022 N 689). Dem schloss sich der Ständerat in der ersten Differenzvereinbarung vom 12. September 2022 an (vgl. AB 2022 S. 642). Im weiteren Differenzvereinbarungsverfahren war Art. 111 E-ZPO kein Thema mehr.

#### **E. 4.2.9**

In den Schlussabstimmungen vom 17. März 2023 wurde folgender Wortlaut von Art. 111 Abs. 1 ZPO in den verschiedenen Amtssprachen angenommen:

Liquidation der Prozesskosten

Die Gerichtskosten werden in den Fällen der Kostenpflichtigkeit der Partei, die einen Vorschuss geleistet hat, mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet. In den übrigen Fällen wird ein Vorschuss zurückerstattet. Ein Fehlbetrag wird bei der kostenpflichtigen Partei nachgefordert.

Règlement des frais

Les frais judiciaires sont compensés avec les avances fournies par les parties dans les cas où la partie qui a effectué une avance supporte la charge des frais. Dans les autres cas, l'avance est restituée. Le montant qui n'est pas couvert par les avances est versé par la partie qui supporte la charge des frais.

Liquidazione delle spese giudiziarie

Le spese processuali sono compensate con gli anticipi prestati dalle parti nei casi in cui la parte che ha prestato un anticipo è condannata a pagare le spese. Negli altri casi, l'anticipo è rimborsato. L'importo che non fosse coperto dagli anticipi è a carico della parte condannata a pagare le spese.

#### **E. 4.3**

In der Folge äusserten sich einzelne Parlamentarier in juristischen Aufsätzen zur Revision der ZPO.

##### **E. 4.3.1**

Der französischsprachige Berichterstatter der ständerätlichen Kommission für Rechtsfragen BAUER erwähnte Art. 111 ZPO, schwieg aber zur Frage, ob der obsiegenden Partei der Kostenvorschuss auch in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO zurückzuerstatten ist (PHILIPPE BAUER, Des améliorations utiles, une incongruité et une erreur, in: Anwaltsrevue 5/2023, S. 200 ff., S. 201). Die beiden deutschsprachigen Berichterstatter BEAT RIEDER und MANFRED BÜHLER äusserten sich, soweit ersichtlich, nicht in juristischen Publikationen.

##### **E. 4.3.2**

Was die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen betrifft, erwähnten weder der französischsprachige Berichtersteller LÜSCHER noch der deutschsprachige Berichtersteller BREGY den revidierten Art. 111 ZPO (CHRISTIAN LÜSCHER, *L'accès facilité à la justice dans le CPC révisé*, in: *Anwaltsrevue* 5/2023, S. 204 ff.; PHILIPP MATTHIAS BREGY, *Die Laienfreundlichkeit in der überarbeiteten ZPO*, in: *Anwaltsrevue* 5/2023, S. 218 ff.).

#### **E. 4.4.1**

In der Lehre ( Art. 1 Abs. 3 ZGB ) wurde früh erkannt, dass der politisch erwünschte Abbau von Kostenschranken zu Änderungen führte, deren Tragweite für SchKG-Klagen noch offen sei. LEVANTE wies darauf hin, dass die Rückerstattung des Kostenvorschusses gemäss Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO mit Art. 68 SchKG kollidiere. Hier seien Antworten der Praxis gesucht, die sich an den Revisionszielen der jungen ZPO messen und gleichzeitig mit dem alten SchKG harmonieren (MARCO LEVANTE, *SchKG-Streitigkeiten in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: *ZZZ* 2024, S. 233 ff., S. 245). Gemäss WEBER, dem für die ZPO-Revision mitverantwortlichen Leiter des Fachbereichs Zivilrecht und Zivilprozessrecht im Bundesamt für Justiz, bleibt abzuwarten, welche Konsequenzen diese Anpassung in der Praxis tatsächlich haben wird und ob die Kostenvorschüsse grundsätzlich wieder zurückbezahlt werden, insbesondere auch in Rechtsöffnungs- und Konkursverfahren, wo ein gewisser Widerspruch bestehe zur Regelung von Art. 68 Abs. 1 SchKG , wonach der Gläubiger die Betreuungskosten vorzuschliessen hat, wozu auch die Gerichtskosten zählen (PHILIPP WEBER, *Die ZPO-Revisionsvorlage 2023*, in: *ZBJV* 159/2023 S. 377 ff., S. 383 f.).

#### **E. 4.4.2**

STAEHELIN und VON MUTZENBECHER sind der Ansicht, dass trotz der Anpassung von Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO das Inkassorisiko auch in Zukunft nicht zu Lasten der kantonalen Staatskassen gehen soll, wenn es um summarische SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO geht. Zur Begründung führen sie an, dass die Gerichtskosten in solchen Verfahren Betreuungskosten sind (vgl. BGE 139 III 195 E. 4.2.2). Betreuungskosten seien gemäss Art. 68 SchKG , welcher hier *lex specialis* sei, vom Gläubiger vorzuschliessen (Abs. 1), und dann von ihm beim Schuldner zu erheben (Abs. 2; vgl. auch BGE 149 III 210 E. 4.1.1). Dies schliesse eine Rückzahlung durch das Gericht an die obsiegende Partei aus. Ansonsten müsste der Staat bei jeder gewährten Rechtsöffnung die Gerichtskosten selbst beim Schuldner einkassieren, worauf es plötzlich zwei Gläubiger in einer Betreuung gäbe (STAEHELIN/ VON MUTZENBECHER, *Die Revision der ZPO vom 17. März 2023*, in: *SJZ* 119/2023 S. 815 ff., S. 821; vgl. auch die Meinungsäusserung mit praktisch gleichem Wortlaut in: DANIEL STAEHELIN, in: *Staelin/ Grolimund* [Hrsg.], *Zivilprozessrecht*, 4. Auflage 2024, § 16 Rz. 44; gleicher Meinung: HOFMANN/BAECKERT, in: *Spühler/Tenchio/Infanger* [Hrsg.], *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 4. Auflage 2024, N. 1 ff. zu Art. 111 ZPO ). Dieser Auffassung schloss sich auch JENNY an. Seiner Ansicht nach wäre es ein Leichtes gewesen, Art. 68 SchKG zu ändern, wenn der Gesetzgeber eine Anwendung des revidierten Art. 111 ZPO auf die summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO beabsichtigt hätte (DAVID JENNY, in: *Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler* [Hrsg.], *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 4. Auflage 2025, N. 2 zu Art. 111 ZPO ). Darauf hatte bereits MEIER in der Vernehmlassung zum Vorentwurf hingewiesen (ISAAC MEIER, *Vernehmlassung zum Entwurf des Bundesrates für eine Revision der*

Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung vom 2. März 2018, S. 4).

#### **E. 4.4.3**

Anderer Meinung sind HONEGGER-MÜNTENER, RUFIBACH und SCHUMANN. Sie begrüssen, dass die Kantone fortan das Inkassorisiko für die Gerichtskosten tragen, wenn die vorschusspflichtige Partei nicht kostenpflichtig ist. Fraglich scheine, ob dies auch vor dem Rechtsöffnungsgericht und dem Konkursgericht gelte. Hier könne ein gewisser Widerspruch zu Art. 68 Abs. 1 SchKG bestehen, wonach der Gläubiger die Betreuungskosten grundsätzlich vorzuschüssen habe. Allerdings sei der klare Wille des Gesetzgebers zu beachten, der deutlich abgelehnt habe, die meisten summarischen Verfahren und damit auch das Rechtsöffnungsverfahren und das Konkursverfahren von der Rückzahlungspflicht auszunehmen. Art. 68 SchKG regle gemäss seinem klaren Wortlaut nur die Vorschusspflicht gegenüber dem Betreibungsamt, nicht aber jene gegenüber dem Gericht. Für eine abweichende Behandlung dieser summarischen Verfahren bestünden auch kaum sachliche Gründe. Diese Autoren verweisen auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, wonach die Regelungen der ZPO als neueres Recht vorgehen. Demnach seien bereits vor dem 1. Januar 2025 Art. 98 und Art. 111 ZPO einschlägig gewesen, und nicht Art. 68 SchKG (HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN : Die Revision der ZPO, in: AJP 10/2023 S. 1157 ff., S. 1177).

#### **E. 4.5**

Das soeben erwähnte und von der Beschwerdeführerin angerufene kantonale Urteil RT220021 datiert vom 2. Mai 2022.

##### **E. 4.5.1**

Darin entschied das Obergericht des Kantons Zürich, dass das Rechtsöffnungsgericht die Gerichtskosten nicht gestützt auf Art. 68 Abs. 1 SchKG bei der obsiegenden Gläubigerin beziehen darf, wenn es zuvor keinen Vorschuss verlangt hat. Das Obergericht erwog, vor der Einführung der eidgenössischen ZPO sei vertreten worden, dass Art. 68 SchKG die Kostenfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens abschliessend regle (vgl. dazu BGE 123 III 271 E. 4b mit Hinweisen). Nun sei unklar, ob hinsichtlich des Vorschusses für das Rechtsöffnungsverfahren Art. 98 und Art. 111 ZPO oder Art. 68 SchKG einschlägig seien (ZR 121 [2022] Nr. 52, S. 201 E. II. 2.3).

##### **E. 4.5.2**

Das Obergericht des Kantons Zürich erwog weiter, Art. 68 Abs. 1 SchKG sehe als Säumnisfolge einzig vor, dass das Betreibungsamt die Betreuungshandlung einstweilen unterlassen kann. Daraus erhelle, dass die Vorschrift wohl nur den Vorschuss gegenüber dem Betreibungsamt regle, nicht aber gegenüber dem Gericht. Das Rechtsöffnungsgericht könne von der klagenden Partei gestützt auf Art. 98 ZPO einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (beachte nun den revidierten Art. 98 Abs. 2 lit. c ZPO). Entscheide es sich dafür, könne es seine Gebühr gestützt auf Art. 111 Abs. 1 ZPO auch dann mit dem Kostenvorschuss des Gläubigers verrechnen, wenn dieser obsiege (beachte nun den revidierten Art. 111 Abs. 1 ZPO, wonach dies nicht mehr möglich ist). Bei fehlendem Kostenvorschuss müsse das Gericht seine Gebühr jedoch von der kostenpflichtigen Partei beziehen. Dasselbe gelte im Übrigen für Art. 68 SchKG. Auch aus dieser Vorschrift folge nicht, dass man die Gerichtskosten unter Einräumung eines Regressrechts dem Gläubiger auferlegen könnte, wenn man keinen Kostenvorschuss

verlangt habe. Insofern mangle es seit dem Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO an einer rechtlichen Grundlage für einen Kostenbezug vom Gläubiger, wie die zürcherische Praxis sie zuvor in § 67 Abs. 4 ZPO /ZH erblickt habe. Dieses Auslegungsergebnis ändere nichts daran, dass der Gläubiger eine allfällige Gerichtsgebühr - sollte er eine solche im Rahmen von Art. 111 Abs. 1 ZPO bezahlt haben, ohne kostenpflichtig zu sein - als Betreuungskosten von den Zahlungen des Schuldners gestützt auf Art. 68 Abs. 2 SchKG vorab erheben könne (ZR 121 [2022] Nr. 52, S. 201 f. E. II. 2.4).

## **E. 5**

Das Bundesgericht ist der Ansicht, dass der obsiegenden Partei auch in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO der Kostenvorschuss zurückzuerstatten ist, Art. 111 Abs. 1 ZPO demnach auch in den summarischen SchKG-Verfahren gilt.

### **E. 5.1**

Für diese Lösung spricht zunächst die teleologische Interpretation, die nach dem legislativpolitischen Zweck der Regelung, also nach der ratio legis einer Norm fragt (vgl. grundlegend: KRAMER/ARNET, a.a.O., S. 172 ff. mit zahlreichen Hinweisen).

#### **E. 5.1.1**

Es war nämlich ein Hauptanliegen der Revision der ZPO, durch eine Anpassung des Prozesskostenrechts den Zugang zum Gericht zu erleichtern (Botschaft vom 26. Februar 2020, a.a.O., S. 2698). Dazu gehörte besonders, dass nicht mehr die obsiegende Partei das Inkassorisiko für die Gerichtskosten trägt, sondern der Staat. Dies entspricht in vielen Kantonen einer Rückkehr zum System vor Inkrafttreten der ZPO. Zwar lehnte dies eine Mehrheit der Kantone aus finanziellen Gründen ab. Dennoch hielt der Bundesrat daran fest. Er erklärte, es lasse sich weder mit der Privatautonomie noch mit fiskalischen Interessen rechtfertigen, dass die Parteien das Inkassorisiko für die Gerichtskosten tragen, zumal die Justiz eine essenzielle Staatsaufgabe sei (Botschaft vom 26. Februar 2020, a.a.O., Ziff. 4.1.1 S. 2712 f.). Bereits bei der Schaffung der eidgenössischen ZPO hatte die damalige Expertenkommission kritisiert, dass der Staat sein Inkassorisiko auf die obsiegende Partei abwälzt (vgl. Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, 2003, S. 57 zu Art. 101 VE-ZPO). Dass die ZPO schliesslich dennoch eine Überbindung des Inkassorisikos auf die obsiegende Partei vorsah, wurde scharf kritisiert (vgl. etwa DHEDEN C. ZOTSANG, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2015, S. 257 f.; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 2 f. zu Art. 111 ZPO ).

#### **E. 5.1.2**

Diese Kritik wurde bei der Revision der ZPO aufgegriffen. Der Bundesrat wies darauf hin, dass nichts den Gesetzgeber daran hindere, nach den gewonnenen Erfahrungen auf den damaligen Entscheid zurückzukommen, zumal dieser primär fiskalisch begründet gewesen sei. Denn die bestehende Regelung führe in Verbindung mit den mancherorts deutlich gestiegenen Prozesskostentarifen und der Liquidation der Prozesskosten gemäss Art. 111 aZPO zu einer übermässigen Einschränkung des Zugangs zum Gericht (Botschaft vom 26. Februar 2020, a.a.O., Ziff. 4.1.1 S. 2713). Dieser Einschätzung folgte das Parlament.

#### **E. 5.1.3**

Aus dem Gesagten folgt, dass der Gesetzgeber es für ungerechtfertigt ansah, der obsiegenden Partei das Inkassorisiko aufzubürden. Es war ihm ein allgemeines Anliegen,

dies mit der Revision der ZPO trotz fiskalischer Bedenken der Kantone zu korrigieren. Die Beschwerdeführerin bringt zu Recht vor, dass diese allgemeine ratio legis ignoriert würde, wenn ihr das Inkassorisiko aufgebürdet würde.

## **E. 5.2**

Was die hier interessierenden summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO im Besonderen betrifft, gibt die Entstehungsgeschichte weitere entscheidende Hinweise.

### **E. 5.2.1**

In Art. 111 Abs. 1 E-ZPO wurde nämlich vorgesehen, dass die Gerichtskosten ausnahmsweise mit dem Vorschuss der obsiegenden Partei verrechnet werden, wenn ein Fall von Art. 98 Abs. 2 E-ZPO vorliegt, das heisst wenn ein Vorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden darf. Dies gilt auch in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO (vgl. Art. 98 Abs. 2 lit. c ZPO ).

### **E. 5.2.2**

Doch die eidgenössischen Räte wollten dies nicht. Die ständerätliche Kommission für Rechtsfragen beantragte eine Änderung von Art. 111 Abs. 1 E-ZPO. Die Gerichtskosten sollten nie mit dem Vorschuss der obsiegenden Partei verrechnet werden, also auch nicht in den Fällen von Art. 98 Abs. 2 ZPO . Der Nationalrat übernahm diese Lösung und erkannte, dass es damit auch keine Bestimmung mehr braucht, wonach die kostenpflichtige Partei Vorschüsse zu ersetzen hat, die der obsiegenden Partei nicht zurückerstattet wurden. Entsprechend strich er diese Passage aus Art. 111 Abs. 2 E-ZPO. Dies wurde vom Ständerat diskussionslos übernommen. Im weiteren Verlauf äusserte sich kein Parlamentarier mehr zu Art. 111 ZPO (vgl. oben E. 4.2.8 f.).

### **E. 5.2.3**

Daraus muss geschlossen werden, dass der Gesetzgeber auch in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO keine Verrechnung mit Vorschüssen der obsiegenden Partei wollte. Im Schrifttum wird argumentiert, dazu hätte der Gesetzgeber Art. 68 SchKG ändern müssen. Doch dies überzeugt nicht. Denn als der Bundesrat in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO eine Verrechnung mit Vorschüssen der obsiegenden Partei vorschlug, wies er ausdrücklich darauf hin, dies stimme mit dem Betreibungsverfahren überein, wo die Kosten gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG grundsätzlich vom Gläubiger vorzuschüssen seien (Botschaft vom 26. Februar 2020, a.a.O., Ziff. 5.1 S. 2742). Der Bundesrat schien also davon auszugehen, dass Art. 68 Abs. 1 SchKG das

Betreibungsverfahren betrifft und Art. 111 Abs. 1 E-ZPO die summarischen

Gerichtsverfahren gemäss Art. 251 ZPO . Art. 68 SchKG wurde in der Botschaft ausdrücklich erwähnt und stand dem Parlament vor Augen, als es den bundesrätlichen Vorschlag strich. Wäre das Parlament der Ansicht gewesen, dass in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO gestützt auf Art. 68 Abs. 1 SchKG ohnehin eine Verrechnung mit Vorschüssen der obsiegenden Partei möglich ist, dann wäre zu erwarten gewesen, dass dies erwähnt oder sogar ein ausdrücklicher Vorbehalt angebracht worden wäre.

### **E. 5.3.1**

Was solche ausdrücklichen Vorbehalte betrifft, ist im Rahmen der systematischen Interpretation an Art. 1 lit. c ZPO zu erinnern, wonach sich das Verfahren für gerichtliche

Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach der eidgenössischen ZPO richtet. Diese geht dem SchKG vor, soweit sie keinen Vorbehalt statuiert wie beispielsweise in Art. 145 Abs. 4 ZPO. Dies gilt auch für die Rechtsöffnungen. So hielt das Bundesgericht in der Vergangenheit unter Hinweis auf Art. 1 lit. c ZPO fest, dass sich die Zustellung in Rechtsöffnungsverfahren nach der ZPO richtet ( BGE 142 III 599 E. 2.4.2; vgl. auch Urteil 1C\_40/2021 vom 22. April 2021 E. 4.1). Gleiches gilt für die Bestimmung des Streitwerts in Rechtsöffnungsverfahren ( BGE 151 III 45 E. 1.2.2; Urteil 5D\_23/2017 vom 8. Mai 2017 E. 4.3.3) und Arrestverfahren (Urteil 5A\_28/2013 vom 15. April 2013 E. 2.2; anders für die Höhe der Gerichtsgebühren in Summarverfahren des SchKG [vgl. BGE 139 III 195 E. 4.2.2]). Insoweit steht die vorliegende Auslegung von Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts an anderen Schnittstellen zwischen ZPO und SchKG.

### **E. 5.3.2**

Es kommt hinzu, dass im Rahmen der systematischen Auslegung der Grundsatz "Lex posterior derogat legi priori" (Jüngeres Recht bricht älteres Recht) zu beachten ist. Während es oben um sachliche Gesetzeskonkurrenz gegangen ist, geht es nun um zeitliche Gesetzeskonkurrenz. Vor diesem Hintergrund braucht nicht vertieft zu werden, ob Art. 68 SchKG vor dem Inkrafttreten der Revision der ZPO auch für die summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO bestimmte, dass die obsiegende Partei ihren Vorschuss nicht zurückerhält. Denn so oder anders ginge der revidierte Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO vor. Er würde nämlich als spätere Norm die Rechtsfrage abweichend von einer gleichrangigen früheren Vorschrift anders regeln, ohne diese im Sinne einer formellen Derogation aufzuheben. Es wäre also von einer materiellen Derogation, das heisst von einer impliziten Verdrängung des Art. 68 SchKG durch den jüngeren Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO auszugehen. In der Methodenlehre werden Konstellationen angesprochen, in denen der jüngere Gesetzgeber die formelle Aufhebung des widersprechenden älteren Rechts schlicht übersieht (vgl. zum Ganzen: KRAMER/ARNET, a.a.O., S. 130 f. mit Hinweisen).

### **E. 5.3.3**

Doch von einem solchen Versäumnis kann vorliegend nicht die Rede sein. Denn Art. 68 SchKG hat in jedem Fall eine weitere Daseinsberechtigung. Auch wenn Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf Gerichtsverfahren in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO angewendet wird und dort die Vorschüsse an die obsiegende Partei zurückbezahlt werden müssen, wird Art. 68 SchKG nicht zweck- und funktionslos. Denn er regelt immer noch, dass die Gläubigerin im Betreibungsverfahren einen Vorschuss an das Betreibungsamt zu leisten hat (Abs. 1) und dass sie berechtigt ist, von den Zahlungen des Schuldners die Betreibungskosten vorab zu erheben (Abs. 2). Damit trägt die vorliegende Auslegung von Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch dem methodologischen Grundsatz Rechnung, wonach eine Norm im Zweifel so zu interpretieren ist, dass andere Normen nicht obsolet werden (vgl. dazu KRAMER/ARNET, a.a.O., S. 122 mit Hinweis auf BGE 112 II 167 E. 2b).

### **E. 5.3.4**

Dem ist beizufügen, dass Art. 68 SchKG auch im Zusammenhang mit summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO einen Anwendungsbereich behält. Denn gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG ist die Gläubigerin berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreibungskosten vorab zu erheben. Diese Vorschrift dient dazu, dass die

Betreibungskosten, also namentlich die Gerichts- und Parteikosten eines Rechtsöffnungsverfahrens, in erster Linie von den Zahlungen des Schuldners an das Betreibungsamt in Abzug gebracht werden dürfen und nicht separat in Betreuung gesetzt werden müssen ( BGE 90 III 36 E. 1; FRANK EMMEL, in: Staehelin/Bauer/Lorandi [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage 2021, N. 3 und N. 21 zu Art. 68 SchKG ). Bis zur Änderung von Art. 111 aZPO betraf dies die Gerichtskosten und die Parteientschädigung. Nachdem die obsiegende Gläubigerin gemäss dem revidierten Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO den Kostenvorschuss stets zurückerhält, wird sie in Zukunft nur noch, aber immerhin, für die Parteientschädigung so verfahren.

#### **E. 5.4**

Die Vorinstanz argumentiert mit STAEHELIN und VON MUTZENBECHER (a.a.O., S. 821), dass Art. 68 Abs. 2 SchKG einer Rückerstattung des Kostenvorschusses entgegenstehe, weil sonst zwei Gläubiger in derselben Betreuung auftreten würden. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, wobei zu präzisieren ist, dass die Gerichtskasse die Gerichtskosten nicht im Rahmen des bestehenden Betreibungsverfahrens einfordern kann. Wie in allen anderen Fällen muss sie eine eigene Betreuung einleiten, wenn die unterliegende Partei nicht bezahlt.

#### **E. 5.5**

Nach dem Gesagten findet Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO auch in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO Anwendung. Entsprechend hat die obsiegende Partei Anspruch auf Rückerstattung ihres Vorschusses, während das Gericht seine Kosten bei der unterliegenden Partei eintreiben muss.

#### **E. 6**

Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Erstinstanz hat der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO den Vorschuss zurückzuerstatten und die erstinstanzlichen Gerichtskosten beim Beschwerdegegner einzufordern. Die Vorinstanz wird die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens neu zu regeln haben ( Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG ). Was das bundesgerichtliche Verfahren betrifft, liess sich der Beschwerdegegner nicht vernehmen. Auf die Erhebung von Kosten ist umständehalber ausnahmsweise zu verzichten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdeführerin obsiegt in ihrem amtlichen Wirkungskreis (vgl. BGE 151 III 177 E. 7), weshalb ihr vorliegend keine Parteientschädigung zuzusprechen ist, zumal sie nicht anwaltlich vertreten ist ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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