AJP/PJA 5/2026



Paradigmenwechsel der Gerichtskostenliquidation im Rechtsöffnungsverfahren

Art. 111 Abs. 1 ZPO im Verhältnis zu Art. 68 SchKG: Dogmatische Einordnung und rechtsökonomische Analyse

Lukas Müller*



Nicolas Meier**



Patrik Odermatt***

Die per 1. Januar 2025 revidierte ZPO brachte einen Paradigmenwechsel bei der Gerichtskostenliquidation: Das Inkassorisiko geht auf den Staat über. Mit dem zur Publikation vorgesehenen Leitentscheid 4A_364/2025 vom 18. Dezember 2025 klärt das Bundesgericht nun das Spannungsverhältnis zum Betreibungsrecht. Es stellt den Vorrang von Art. 111 Abs. 1 ZPO vor Art. 68 SchKG fest: Auch im Rechtsöffnungsverfahren ist der Kostenvorschuss der obsiegenden Partei zurückzuerstatten. Dieser Beitrag analysiert den Systemwechsel dogmatisch und rechtsökonomisch. Die Beseitigung des Ausfallrisikos senkt die Kostenhürde, stärkt die Durchsetzungsdrohung («credible threat») und fördert die Vertragstreue. Gleichzeitig führt die föderale Risikoumverteilung zulasten der Kantone zu Asymmetrien, wovon primär Behörden profitieren. Zudem zeigt sich, weshalb der private E-Commerce wegen der «Wet-Ink»-Problematik, die im Zusammenhang mit dem Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 82 SchKG steht, weiterhin das Nachsehen hat.

La révision du CPC entrée en vigueur le 1er janvier 2025 a introduit un changement de paradigme en ce qui concerne les frais judiciaires en transférant le risque de recouvrement à l'État. Dans son arrêt de principe 4A_364/2025 du 18 décembre 2025, destiné à être publié, le Tribunal fédéral clarifie les points de friction existant avec le droit des poursuites. Il consacre la primauté de l'art. 111 al. 1 CPC sur l'art. 68 LP : même en procédure de mainlevée, l'avance de frais doit être restituée à la partie qui obtient gain de cause. Le présent article analyse ce changement de système sous un angle dogmatique, juridique et économique. La suppression du risque de défaillance réduit l'obstacle lié aux frais, renforce la crédibilité de la menace d'exécution (« credible threat ») et favorise le respect des obligations contractuelles. En parallèle, le transfert du risque du niveau fédéral vers les cantons crée des asymétries dont les autorités sont les principales bénéficiaires. La présente contribution montre également en quoi le commerce électronique privé continue de souffrir de la problématique du « wet ink » en lien avec la procédure de mainlevée de l'art. 82 LP.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Dogmatische Herleitung
  A. Die Fallkonstellation des BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025
  B. Gesetzesauslegung durch Bundesgericht in BGer, 4A_364/2025
  C. Teleologische Reduktion des Art. 68 SchKG
III. Strukturelle Auswirkungen der Kostenregel auf das Massengeschäft
  A. Die «Wet-Ink»-Problematik im privaten E-Commerce
  B. Eidgenossenschaft und Behörden als Hauptgewinner der Praxisänderung
IV. Rechtsökonomische Analyse
  A. Fiskalische Inzidenz zwischen Bundesstaat und Kantonen («fiscal shift»)
  B. Anreizstruktur: ökonomische «filing costs» und Erwartungswert der Forderung
  C. Glaubwürdige Drohung («credible threat») und Vertragstreue
  D. Ökonomische Allokationseffizienz: Reduktion negativer Externalitäten
V. Praxisfragen und Ausblick
  A. Analoge Anwendung auf die Kostenvorschusshöhe nach Art. 98 ZPO?
  B. Rechtsökonomische Analyse und Relativierung von Art. 98 ZPO
  C. Sonderfall Art. 265a SchKG: Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens
VI. Fazit

* Lukas Müller, Dr. oec. HSG, lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M., MA UZH, Richter am Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen.

** Nicolas Meier, M.A. HSG in Law & Economics, Substitut bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

*** Patrik Odermatt, M.A. HSG in Law, Rechtsanwalt und Notar, Partner bei Kaiser Odermatt & Partner AG, Zug.

Für wertvolle Hinweise zu einer früheren Fassung dieses Beitrags danken die Autoren Julia Bürgi, Luca de Gennaro und Tim D. Meyer. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Autoren wieder und bindet weder deren Arbeitgeber noch die Institutionen, denen sie angehören.

I. Einleitung

Rechtsansprüche drohen ins Leere zu laufen, wenn ihre Durchsetzung an finanziellen Hürden scheitert. Seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) am 1. Januar 2011 steht das Kostenregime in der Kritik. Beanstandet wird die in der Praxis häufige Überbindung des Inkassorisikos für Gerichtskosten auf die obsiegende Partei, die als faktische Zugangsschranke zum Rechtsschutz (oder als «Justiz hinter der Paywall») bezeichnet wird.[1] Die Abschreckungswirkung bei mangelnder Liquidität oder unzureichender Bonität der unterliegenden Partei verlieh der Diskussion um den «access to justice» im schweizerischen Zivilprozessrecht eine ausgeprägt fiskalische Dimension.[2]

Auf diese Problematik hat der Gesetzgeber mit der am 1. Januar 2025 in Kraft getretenen Revision der ZPO reagiert. Kernstück dieser Reform bildet die Neufassung von Art. 111 Abs. 1 ZPO: Die Gerichtskosten werden nun primär mit den Vorschüssen der unterliegenden Partei verrechnet; ein von der obsiegenden Partei geleisteter Kostenvorschuss wird durch das Gericht direkt zurückerstattet.[3] Dogmatisch bewirkt diese Gesetzesänderung eine Verschiebung der Risikotragung. Das Risiko der Uneinbringlichkeit der Gerichtskosten geht von der klagenden Partei auf das Gemeinwesen als Träger des Justizsystems über.[4]

Durch diesen vollzogenen Systemwechsel in der ZPO entsteht ein Spannungsverhältnis zum Zwangsvollstreckungsrecht des SchKG. Gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die Betreibungskosten, welche vom Gläubiger vorzuschiessen sind. Historisch wurde Art. 68 SchKG als lex specialis qualifiziert, die auch auf die Gerichtskosten im summarischen Rechtsöffnungsverfahren gemäss Art. 251 lit. a ZPO Anwendung fand.[5] Dies führte in der Praxis dazu, dass der Kostenvorschuss der obsiegenden Partei mit den Gerichtskosten verrechnet und das Insolvenzrisiko dem Gläubiger überbunden wurde, bis dieser den Betrag im Rahmen der Zwangsvollstreckung allenfalls einbringen konnte.[6] Insbesondere im Bereich des Masseninkassos bewirkte diese Form der Kostenliquidation eine systematische Verlagerung des Ausfallrisikos vom Staat auf den Gläubiger, der das Verfahren initiiert hat. Die ZPO-Revision durchbricht dieses Prinzip und stellt die Praxis vor die Frage, ob die allgemeinen Bestimmungen der ZPO das bisherige Regime des SchKG derogieren.[7]

In dem zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Leitentscheid 4A_364/2025 vom 18. Dezember 2025 hat das Bundesgericht diesen Normenkonflikt zwischen Art. 111 Abs. 1 ZPO und Art. 68 SchKG geklärt. Das Gericht bejahte die Anwendbarkeit der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO auch im SchKG verankerten Rechtsöffnungsverfahren und erteilte der bisherigen, auf Art. 68 SchKG gestützten Gerichtskostenerrechnungspraxis eine Absage.[8] In seinen Erwägungen räumt das Bundesgericht dem Zweck der ZPO-Revision – dem Abbau finanzieller Schranken beim Justizzugang – den Vorrang gegenüber den fiskalischen Interessen der Kantone ein.[9]

Der vorliegende Beitrag analysiert die prozessualen und materiellen Konsequenzen dieser Rechtsprechung für das Massengeschäft der Rechtsöffnung. Beleuchtet wird das Spannungsfeld zwischen der verfahrensrechtlichen Gerechtigkeit und der praktischen Umsetzung durch die kantonalen Gerichte. Angesichts eines jährlichen Volumens von schätzungsweise 13’000 bis 15’000 Rechtsöffnungsverfahren ist die Klärung der veränderten Kostenliquidation und der daraus resultierenden prozessualen Dynamik zwischen Gläubiger und Schuldner von erheblicher Relevanz.[10] Um diese Dynamik ganzheitlich zu erfassen, wird die dogmatische Untersuchung im vorliegenden Beitrag durch eine rechtsökonomische Analyse ergänzt. Diese Methodik erlaubt es, die durch den

---

1 Vgl. Mario Stäuble, Die Justiz hinter der Paywall, Tages-Anzeiger vom 3.8.2016; Martin Hablützel, Schweizerische ZPO, eine Anleitung, wie man Rechtssuchende vom Gang zum Gericht abhält, HAVE 2019, 134 ff.; Arnold F. Rusch, Will das Recht, dass man klagt?, in: Peter Breitschmid et al. (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Zürich 2015, 571 ff.; Ingrid Jent-Sørensen/Isaak Meier, Was dürfen Zivilgerichte kosten? (Teil 1), ZZZ 2021, 498 ff.; Ingrid Jent-Sørensen/Isaak Meier, Was dürfen Zivilgerichte kosten? (Teil 2), ZZZ 2021, 605 ff. Siehe dazu auch die BSK BV-Waldmann, Art. 29 N 5 ff. und Art. 29a N 16b, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2025.

2 Vgl. Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2020 2697 ff. (zit. Botschaft ZPO 2020), 2698, 2712.

3 Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2712.

4 Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2712.

5 Vgl. BGE 149 III 210 E. 4.1.1; BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 4.4.2; Daniel Staehelin/Florence von Mutzenbecher, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, SJZ 2023, 815 ff.

6 Vgl. BGE 130 III 520.

7 Vgl. David Jenny, in: Thomas Sutter-Somm/Cordula Lötscher/Christoph Leuenberger/Benedikt Seiler (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 4. A., Zürich/Basel/Genf 2025, Art. 111 N 2.

8 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.5.

9 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1 ff.

10 Vgl. Franco Lorandi, Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in a nutshell, 6. A., Zürich 2024, 25.

Systemwechsel neu geschaffenen Verhaltensanreize für Gläubiger und Schuldner sowie die strukturellen und gesamtwirtschaftlichen Allokationseffekte der föderalen Risikoumverteilung systematisch zu evaluieren.

II. Dogmatische Herleitung

A. Die Fallkonstellation des BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025

Das Urteil des Bundesgerichts 4A_364/2025 vom 18. Dezember 2025 illustriert den durch die Revision der ZPO per 1. Januar 2025 herbeigeführten Systemwechsel im Bereich der prozessualen Gerichtskostenliquidation. In diesem Entscheid tritt die Normkollision zwischen dem Anliegen der zivilprozessualen Zugangsgerechtigkeit im Lichte der Prozesskostenliquidationsregel von Art. 111 Abs. 1 ZPO und der betreibungsrechtlichen Risikozuweisung nach Art. 68 SchKG zutage.

Dem Beschwerdeverfahren lag eine Betreibung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Gläubigerin) gegen Schuldner «A.» über eine Forderung aus zu Unrecht bezogenen Leistungen der Arbeitslosenkasse zugrunde.[11] Nach erhobenem Rechtsvorschlag ersuchte die Gläubigerin das Bezirksgericht Zofingen um definitive Rechtsöffnung im Sinne von Art. 251 lit. a ZPO. Das Bezirksgericht auferlegte die Gerichtskosten von CHF 250 dem unterliegenden Schuldner, verrechnete diese jedoch nach Art. 68 SchKG mit dem von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschuss.[12] Begründet wurde dieses Vorgehen im kantonalen Verfahren mit der historisch etablierten Praxis, wonach im Rechtsöffnungsverfahren das vollstreckungsrechtliche Kostenregime gemäss Art. 68 SchKG – auch nach der Teilrevision der ZPO – als lex specialis die zivilprozessuale Vorschussregel überlagere.[13] Eine Parteientschädigung wurde mangels anwaltlicher Vertretung der Gläubigerin nicht zugesprochen.

Das angerufene Obergericht des Kantons Aargau wies die dagegen erhobene Beschwerde ab und bestätigte die bisherige Prozesskostenliquidationspraxis. Die kantonalen Instanzen subsumierten die im Rechtsöffnungsverfahren anfallenden Gerichtskosten unter die funktionalen Betreibungskosten, für deren Vorschusstragung und Einbringungsrisiko die Gläubigerin nach Massgabe von Art. 68 SchKG einzustehen habe.[14]

Auf die anschliessende Beschwerde in Zivilsachen trat das Bundesgericht trotz Nichterreichens der Streitwertgrenze von CHF 30’000 ein, da sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG stellte.[15] Das Bundesgericht bejahte eine solche, da die strittige Anwendbarkeit von Art. 111 Abs. 1 Satz 2 ZPO im Rechtsöffnungsverfahren in der Praxis häufig auftrete, höchstrichterlich bislang ungeklärt sei und aufgrund des typischerweise tiefen Streitwerts regelmässig der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen bliebe. Eine Klärung zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsanwendung erwies sich folglich als erforderlich.[16]

Das Bundesgericht hatte im Beschwerdeverfahren zu beurteilen, ob der revidierte Art. 111 Abs. 1 ZPO der bisherigen Regelung von Art. 68 SchKG mit Bezug auf die primär im SchKG geregelten Rechtsöffnungsverfahren vorgeht. Das Bundesgericht qualifizierte die ZPO-Revision 2025 als bewusste gesetzgeberische Abkehr von der historischen Praxis der Gerichtskostenliquidation. Der Gesetzgeber habe beabsichtigt, dass der Kostenvorschuss nicht länger in eine faktische Kostenlast umschlagen dürfe. Das Inkassorisiko für Gerichtskosten soll der obsiegenden Partei entzogen werden.[17] Das Bundesgericht gelangte zum Ergebnis, dass Art. 111 Abs. 1 ZPO auch in summarischen SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO vollumfänglich Anwendung findet. Obsiegt demnach die Gläubigerin im Rechtsöffnungsverfahren, so ist ihr der Kostenvorschuss durch die Gerichtskasse zurückzuerstatten; die Gerichtskosten sind bei der unterliegenden Partei einzuziehen.[18]

Die dogmatische Tragweite dieses Entscheids erschöpft sich nicht in einer prozessrechtlichen Präzisierung, sondern bringt massgebliche finanzpolitische, föderalistische und ökonomische Konsequenzen mit sich. Durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird das Einbringungsrisiko im föderalen System neu zugewiesen: Während der Bund als Gesetzgeber den Justizzugang durch die Neuordnung der Kostenvorschusspraxis faktisch erleichtert, tragen fortan die Kantone das Ausfallrisiko uneinbringlicher Gerichtskosten. Das Gericht kann von der klagenden Partei gestützt auf Art. 98 ZPO einen Vorschuss in der Höhe der (hälftigen) mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Eine entsprechende gesetzliche Grundlage, um auch von der beklagten Partei einen Kostenvorschuss zu erheben, besteht hingegen nicht. Unterliegt die beklagte

[11] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, Lit. A.
[12] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, Lit. B.
[13] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 3.1 f.
[14] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 3.2.
[15] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 1.3.
[16] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 1.3.
[17] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1.1 ff.
[18] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.2.3.

Partei, hat der Staat somit kein gesichertes Verrechnungssubstrat.

Die Verschiebung der Prozesskostenrisikotragung tritt im vorliegenden Fall des bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens besonders prägnant zutage, da der Bund selbst als Gläubiger mit einem definitiven Rechtsöffnungstitel auftritt. Obschon der Bund die Normsetzung im Rahmen des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses mitverantwortet und als Prozesspartei von der Liquiditätsfreigabe profitiert, fällt die Gerichtskosten- und Ausfallträgerschaft – mithin das Inkasso gegenüber dem Schuldner – vollständig in die finanzielle Sphäre der kantonalen Gerichtskassen. Das Rechtsöffnungsverfahren bewirkt damit in diesem Bereich eine föderale Asymmetrie zwischen der normativen Entlastung der Rechtsuchenden und der fiskalischen Belastung der kantonalen Justizgewährleistung.

B. Gesetzesauslegung durch Bundesgericht in BGer, 4A_364/2025

Das Bundesgericht verankert die Rechtsanwendung zur Gerichtskostenliquidation im Rechtsöffnungsverfahren primär in der ratio legis der ZPO-Revision 2025. Ein Hauptanliegen der ZPO-Teilrevision bestand darin, bestehende Kostenschranken abzubauen und damit den Zugang zu den Gerichten zu erleichtern.[19] Die unter dem bisherigen Recht etablierte Praxis der Gerichtskostenverrechnung band die Durchsetzung berechtigter Ansprüche materiell an die Bonität der unterliegenden Partei. Die Neukonzeption der Gerichtskostenvorschussrückerstattung bezweckt demgegenüber die Überbindung dieses Inkassorisikos auf das jeweilige Gemeinwesen.[20]

Diesem Normzweck räumt das Bundesgericht Vorrang gegenüber entgegenstehenden fiskalischen Interessen ein.[21] Kantonale Haushalts- und Praktikabilitätsbedenken seien nicht geeignet, die bundesrechtlich beabsichtigte Entlastung der Rechtsuchenden zu relativieren, da «die Justiz eine essenzielle Staatsaufgabe»[22] sei. Würde Art. 68 SchKG der Rückerstattung des Kostenvorschusses im massengeschäftlichen und insolvenzgeneigten Rechtsöffnungsverfahren weiterhin entgegengehalten, liefe das prozessuale Gesetzesreformanliegen in einem für den Justizzugang zentralen Anwendungsbereich ins Leere. Demnach sei es systemwidrig, die obsiegende Partei weiterhin als faktische Ausfallbürgin für staatliche Gerichtskosten heranzuziehen.[23]

Historisch und systematisch wird diese teleologische Auslegung durch die parlamentarische Differenzbereinigung untermauert.[24] Im Gesetzgebungsprozess wurde eine vom Bundesrat anfänglich vorgesehene Ausnahmebestimmung für summarische SchKG-Verfahren gemäss Art. 251 ZPO ausdrücklich aus dem Entwurf zu Art. 111 ZPO gestrichen.[25] Das Bundesgericht qualifiziert die Streichung durch das Parlament als Indiz dafür, dass die Rückerstattung des Gerichtskostenvorschusses auch in summarischen Verfahren nach Art. 251 ZPO uneingeschränkt zur Anwendung gelangen soll.[26] Die Gesetzesmaterialien belegen, dass die systematische Verlagerung des Inkassorisikos im Rechtsöffnungsverfahren vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen wurde.[27]

Methodisch löst das Bundesgericht diesen scheinbaren Normenkonflikt primär über eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von Art. 68 SchKG auf die behördlichen Betreibungskosten. Das Gericht verneint eine echte Lücke oder Kollision, indem es festhält, dass Art. 68 SchKG historisch und systematisch primär die behördlichen Betreibungskosten regle und für das gerichtliche Prozesskostenrecht von vornherein keinen Spezialitätsvorrang geniesse. Erst in einem subsidiären Argumentationsschritt zieht das Bundesgericht ergänzend die Kollisionsregel lex posterior derogat legi priori heran, um den gesetzgeberischen Willen der ZPO-Revision 2025 zu stützen. Der revidierte Art. 111 ZPO verdrängt somit als jüngeres und massgebliches Prozessrecht die vollstreckungsrechtliche Bestimmung von Art. 68 SchKG im Bereich der gerichtlichen Kostenliquidation. Diese Derogation bewirkt eine teilweise Aufspaltung des Kostenregimes. Während der Gläubiger zur Durchsetzung einer allfälligen Parteientschädigung weiterhin auf den Betreibungsweg nach Art. 68 Abs. 2 SchKG verwiesen bleibt, ist der geleistete Gerichtskostenvorschuss durch die Gerichtskasse direkt zurückzuerstatten.[28]

Das Inkasso der Gerichtskosten beim unterliegenden Schuldner obliegt fortan vollumfänglich der Gerichtskasse des Rechtsöffnungsgerichtes, womit die Risikoverteilung zugunsten einer effektiven Rechtsdurchsetzung normativ verankert wird.

---

19 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1.1, E. 5.1.3.

20 Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2712; vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1.1.

21 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 4.2.4.

22 BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1.1 mit Verweis auf Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2712.

23 Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2713.

24 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 4.2.8.

25 Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2742; vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 4.2.8, 5.2.3.

26 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.2.3.

27 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1.1 f. und E. 5.2.3 mit Verweisen auf Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2712 f. und 2742.

28 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.3.2 ff.

C. Teleologische Reduktion des Art. 68 SchKG

Die vom Bundesgericht statuierte Vorrangstellung der ZPO bewirkt keine vollumfängliche Verdrängung von Art. 68 SchKG in dessen Kernbereich. Diese Norm bezweckt historisch die Sicherung der Liquidität des Betreibungsverfahrens und betrifft originär die behördlichen Kosten des Betreibungsamts – mithin Pfändungs-, Verwertungs- und Konkurseröffnungskosten – und nicht die richterliche Gebührenerhebung im gerichtlichen Verfahren.[29] Das bundesgerichtliche Urteil führt methodisch zu einer teleologischen Reduktion von Art. 68 SchKG, indem es den Anwendungsbereich der Norm funktional auf ihren ursprünglichen Regelungszweck – die aussergerichtliche Vollstreckung mittels Betreibung – beschränkt.[30] Soweit die Bestimmung in der bisherigen Praxis als dogmatische Grundlage diente, um im summarischen Verfahren nach Art. 251 ZPO die Rückerstattung des Kostenvorschusses an die obsiegende Partei zu verweigern, wird ihr dieser Anwendungsbereich nun entzogen.

Einerseits bildet Art. 68 Abs. 1 SchKG fortan wieder primär die massgebliche Normativgrundlage für die Erhebung von Kostenvorschüssen durch die Betreibungsämter im Vorfeld betreibungsamtlicher Amtshandlungen.[31] Andererseits bleibt das Privileg gemäss Art. 68 Abs. 2 SchKG unberührt, wonach der Gläubiger befugt ist, aus den beim Betreibungsamt eingehenden Zahlungen des Schuldners vorab Deckung für die eigenen vollstreckungsrechtlichen Aufwendungen – namentlich eine rechtskräftig zugesprochene Parteientschädigung – zu beanspruchen.[32] Derogiert wird Art. 68 SchKG insoweit, als er bis anhin die Ausfallhaftung dem obsiegenden Gläubiger für die Gerichtskosten des Rechtsöffnungsverfahrens zuwies. In Übereinstimmung mit dem revidierten Art. 111 Abs. 1 ZPO obliegt das Inkasso der Gerichtskostenforderung beim unterliegenden Schuldner nunmehr selbstständig der jeweiligen Gerichtskasse.[33]

III. Strukturelle Auswirkungen der Kostenregel auf das Massengeschäft

A. Die «Wet-Ink»-Problematik im privaten E-Commerce

Obgleich das bundesgerichtliche Leiturteil 4A_634/2025 für obsiegende Gesuchsteller im definitiven Rechtsöffnungsverfahren eine spürbare Entlastung bewirkt, entfaltet es auf den privatwirtschaftlich bedeutendsten Anwendungsfall, den Online-Handel, lediglich eine begrenzte verfahrensökonomische Wirkung. Die Ursache hierfür ist nicht im geänderten Gerichtskostenrecht zu verorten, sondern in der vorgelagerten dogmatischen Frage der Rechtsöffnungstitelfähigkeit von E-Commerce-Forderungen im summarischen Verfahren. Für die provisorische Rechtsöffnung verlangt Art. 82 SchKG eine durch öffentliche Urkunde festgestellte oder durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung. Dies korrespondiert mit dem privatrechtlichen Formerfordernis der Schriftlichkeit, welche entweder eine eigenhändige Unterschrift, die den Anforderungen von Art. 13 OR genügt, oder im digitalen Rechtsverkehr eine qualifizierte elektronische Signatur im Sinne des Art. 14 Abs. 2bis OR verlangt.[34]

Da die digitale Massenabwicklung im E-Commerce typischerweise auf der Akzeptanz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) per Mausklick («click-wrapping») basiert, fehlt es regelmässig an einem rechtsöffnungstauglichen Schriftlichkeitssurrogat.[35] Diese Formen erzeugen zwar eine vertragliche Bindung, erfüllen aber nicht das strenge Schriftlichkeitserfordernis, das Art. 82 SchKG für die provisorische Rechtsöffnung voraussetzt. In der kantonalen Praxis werden elektronische Bestellprozesse ohne qualifizierte elektronische Signatur im Sinne von Art. 14 Abs. 2bis OR folglich kaum als provisorische Rechtsöffnungstitel anerkannt.[36] Für den Online-Handel materialisiert sich dieses strenge unterschriftliche Schuldanerkennungserfordernis als systemisches Prozessrisiko: Das provisorische Rechtsöffnungsgesuch droht regelmässig an der fehlenden «Wet-Ink»-Qualität des Titels zu scheitern. Zwar liesse sich der Abschluss der Vereinbarung mittels Textform nachweisen, was für eine gültige

---

29 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1, E. 5.3.4.
30 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.3.4.
31 Siehe dazu GebV SchKG.
32 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.3.3 f.
33 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.3.2 ff.
34 Vgl. Florian Eichel, Gutachten zum Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift als Voraussetzung an den provisorischen Rechtsöffnungstitel im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs – dem Bundesamt für Justiz vorgelegt in Bern, am 12. Juni 2019, 3; ECOPLAN, Umgang mit Verlustscheinen, Schlussbericht vom 9. Juni 2021, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz (BJ), 36.
35 Vgl. Motion Dobler Marcel 19.3448, Provisorische Rechtsöffnung. Anpassung an die gewandelte Geschäftspraxis (Digitalisierung).
36 Vgl. z.B. OGer ZH, RT250080-O/U, 18.8.2025, E. 4.1, E. 4.2.

Gerichtsstandvereinbarung im Sinne von Art. 17 ZPO ausreichen würde; mangels eigenhändiger Unterschrift stellt dies jedoch keinen tauglichen Rechtsöffnungstitel dar. Es ist rechtsdogmatisch schwer nachvollziehbar, weshalb für eine weitreichende Entscheidung über den Gerichtsstand die blosse Schriftlichkeit genügt, während für die Anerkennung einer Forderung ein strengerer Formerfordernisstandard verlangt wird; dies lässt sich im Ergebnis wohl nur mit der unterschiedlichen Entstehungszeit und Systematik der zugrunde liegenden Normen erklären. Während unterschriebene Bestellscheine im Distanzhandel früher den Regelfall darstellten, bilden sie heute die Ausnahme.

Aufgrund des strengen Formerfordernisses von Art. 82 Abs. 1 SchKG, wonach die Forderung entweder durch öffentliche Urkunde festgestellt oder durch eine unterschriftlich bekräftigte Schuldanerkennung ausgewiesen sein muss, verlagert sich der Rechtsschutz in vielen Fällen auf die vorgängige Schaffung eines ordentlichen Rechtsöffnungstitels im Sinne einer Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG. Dadurch gewinnt im kommerziellen Massengeschäft das Schlichtungsverfahren an erheblicher Relevanz: Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 2000 kann die Schlichtungsbehörde gemäss Art. 212 ZPO selbst einen Entscheid fällen oder – bei Forderungen bis CHF 10'000 – nach Massgabe von Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreiten. Erst das Vorliegen eines derartigen Forderungstitels eröffnet dem Gläubiger den Weg in das definitive Rechtsöffnungsverfahren gestützt auf Art. 80 SchKG. Da in vielen Konstellationen die Gerichtsstände über den Konsumentenvertrag Anwendung finden, muss der Gläubiger die Anerkennungsklage am Wohnsitz des Schuldners einleiten und als klagende Partei vor Ort teilnehmen; andernfalls gilt dies als Rückzug.

In dieser Konstellation entfaltet die Neuregelung von Art. 111 Abs. 1 ZPO ihre praktische Wirkung bereits vor dem eigentlichen Rechtsöffnungsverfahren. Die Rückerstattung des Kostenvorschusses gilt für die gesamte ZPO und damit zwingend auch für das ordentliche Erkenntnis- und das Schlichtungsverfahren. Der E-Commerce-Gläubiger profitiert folglich bereits bei der Rechtsöffnungstitelschaffung nach Art. 79 SchKG von der staatlichen Risikoübernahme des Gerichtskosteninkassos im (bereits kostspieligen) Zivilprozess. Dies kompensiert den prozessualen Nachteil des fehlenden provisorischen Rechtsöffnungstitels und der Geltendmachung am Wohnsitz des Schuldners mit Anwesenheitspflicht teilweise. Der Kostenvorschuss wandelt sich über den gesamten Instanzenzug von einem definitiven Ausfallrisiko zu einer temporären Liquiditätsbelastung. Dies setzt indirekt ökonomische Anreize zur gerichtlichen Durchsetzung auch bei streitwertniedrigen und insolvenzanfälligen Massenforderungen.

Die geschilderte Diskrepanz zwischen verfahrensrechtlicher Titeldogmatik und digitaler Geschäftspraxis war bereits Gegenstand rechtspolitischer Debatten. So zielte die Motion 19.3448 von Nationalrat Marcel Dobler vom 8. Mai 2019 auf eine Modernisierung und Lockerung des qualifizierten Schriftlichkeitserfordernisses ab, um digitale Vertragsschlüsse als taugliche Grundlage für Art. 82 SchKG anzuerkennen.[37] Während Bundesrat und Nationalrat das Anliegen unterstützten,[38] wurde die Motion vom Ständerat am 17. März 2021 abgelehnt.[39] Damit verbleibt es vorerst beim Status quo: Die Rechtsöffnungstitelfähigkeit elektronischer Massengeschäfte bildet weiterhin das strukturelle Nadelöhr, welches den Zugang zur provisorischen Rechtsöffnung massgeblich limitiert. Gleichzeitig genügt für die Postzustellung von Gerichtsurkunden bereits die e-Quittierung mittels Unterschrift auf einem elektronischen Erfassungsgerät (Handscanner oder Display) nach Art. 29 Abs. 3bis der Postverordnung (VPG; SR 783.01), wonach Postsendungen, für die eine Empfangsbestätigung verlangt wird, als empfangen gelten, sobald die Empfängerin den Erhalt der konkreten Sendung auf Papier oder elektronisch bestätigt hat.

B. Eidgenossenschaft und Behörden als Hauptgewinner der Praxisänderung

Die ZPO-Revision 2025 steht programmatisch unter dem Leitgedanken des Abbaus finanzieller Zutrittsschranken zum Gericht. In der praktischen Umsetzung – namentlich im Lichte des bundesgerichtlichen Leitentscheids 4A_364/2025 vom 18. Dezember 2025 – manifestieren sich jedoch Verteilungswirkungen, die eine strukturelle Asymmetrie zugunsten öffentlich-rechtlicher Gläubiger bewirken. Diese Privilegierung resultiert weniger aus dem revidierten Gerichtskostenregime an sich als vielmehr aus dessen Zusammenspiel mit der rechtsöffnungstitelseitigen Begünstigung öffentlich-rechtlicher Forderungen im Vollstreckungssystem des SchKG. Der verfahrensrechtliche Kernunterschied liegt in der Schaffung von Rechts-

---

[37] Vgl. Motion NR Marcel Dobler, Provisorische Rechtsöffnung. Anpassung an die gewandelte Geschäftspraxis (Digitalisierung), Geschäftsnummer 19.3448.

[38] Vgl. hierzu Florian Eichel, Provisorische Rechtsöffnung in der Sackgasse?, AJP 2019, 920 ff.; Amtliches Bulletin, 4.3.2021, Geschäftsnummer 19.3448, AB 2020 N 283.

[39] Vgl. Amtliches Bulletin, 4.3.2021, Geschäftsnummer 19.3448, AB 2020 N 287.

öffnungstiteln. Private Gläubiger sind zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zwingend auf eine qualifizierte Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 SchKG oder die vorgängige Erwirkung eines gerichtlichen Entscheids gemäss Art. 80 SchKG in Verbindung mit Art. 79 SchKG angewiesen. Verwaltungsbehörden sind demgegenüber mit der Kompetenz ausgestattet, Vollstreckungstitel hoheitlich selbst zu erschaffen, sofern diese nicht angefochten werden. Eine rechtskräftige Verfügung begründet gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG direkt einen definitiven Rechtsöffnungstitel, ohne dass die Anrufung eines Zivilgerichts erforderlich wäre. Diese Verfügungskompetenz ermöglicht es Steuer- und Sozialversicherungsbehörden, ihre Forderungen massentauglich und weitgehend frei von vorgelagerten Prozessrisiken in das Vollstreckungssystem zu überführen. Das Rechtsöffnungsverfahren bildet in diesen Konstellationen folglich nicht den Abschluss einer streitigen Rechtsöffnungstitelschaffung, sondern einen routinemässigen Vollstreckungsschritt.

Die im vorliegenden Bundesgerichtsurteil vorgenommene Auslegung von Art. 111 Abs. 1 ZPO verstärkt diesen strukturellen Vollstreckungsvorsprung durch eine fiskalische Entlastung. Obsiegt die öffentliche Hand im Rechtsöffnungsverfahren – was aufgrund der hoheitlichen Rechtsöffnungstitelschaffung regelmässig der Fall ist –, ist der geleistete Kostenvorschuss durch die Gerichtskasse zwingend zurückzuerstatten. Der Kostenvorschuss verliert dadurch seinen Charakter als potenziell definitive Kostenbelastung und mutiert zur blossen Liquiditätsvorleistung. Das Ausfallrisiko bei insolvenzgefährdeten Schuldnern wird vollumfänglich auf den jeweiligen Gerichtsträger auf Stufe der Kantone verlagert.

Daraus resultiert eine faktische Sozialisierung des Inkassorisikos für öffentlich-rechtliche Massenforderungen des Bundes und von kantonalen Behörden zu Lasten der Gerichtskassen. Während Akteure mit hoheitlichen Aufgaben von der Vorfinanzierungslast und dem Ausfallrisiko der Gerichtskosten befreit werden, partizipieren private Gläubiger an dieser Entlastung erst nachgelagert und konditional, da sie in der Regel zunächst den kostspieligen Weg der zivilprozessualen (definitiven) Rechtsöffnungstitelschaffung beschreiten müssen. Der finanzielle Effekt ist folglich nicht neutral, muss aber je nach Gemeinwesen differenziert betrachtet werden: Treten kantonale oder kommunale Behörden (z.B. kantonale Steuerämter) als Gläubiger auf, profitiert das Gemeinwesen zwar von der Liquiditätsfreigabe, trägt aber bei Uneinbringlichkeit der Gerichtskosten über die eigene Gerichtskasse denselben finanziellen Ausfall (Nullsummenspiel innerhalb des Kantons). Eine echte föderale Asymmetrie zulasten der kantonalen Gerichtskassen und zugunsten des Gläubigers wird hingegen dort deutlich, wo Bundesbehörden (z.B. die ESTV für die direkte Bundessteuer oder MWST) Rechtsöffnungsgesuche stellen. Hier normiert das Bundesrecht die Risikologik und entlastet den Bundeshaushalt vom Inkassorisiko, während die kantonalen Justizhaushalte die finanziellen Konsequenzen der Schuldnerinsolvenz isoliert zu tragen haben.

Die daraus abzuleitende Beurteilung richtet sich nicht gegen das legislative Reformziel eines verbesserten Justizzugangs. Die Reform hat wichtige Punkte angestossen, und das Bundesgericht hat im Bereich der Rechtsöffnungskosten der obsiegenden Partei zum Durchbruch verholfen; mit Blick auf die Interessen der Privatgläubiger, welche regelmässig die klagende Partei stellen, hat sie jedoch noch kein in sich abgeschlossenes und kohärentes Gesamtprodukt hervorgebracht. Sie verdeutlicht jedoch, dass die Neuordnung der prozessualen Kostenliquidation föderale und sektorale Verteilungswirkungen nach sich zieht. Die kantonalen Gerichtskassen fungieren faktisch als Ausfallbürgen einer föderalen Vollstreckungsarchitektur, die (quasi-)öffentlichen Massengläubigern finanzielle Vorteile verschafft. Für die juristische Praxis und die kantonale Justizverwaltung verlagert sich die Fragestellung damit von der Anwendbarkeit des Art. 111 Abs. 1 ZPO hin zur organisatorischen und budgetären Bewältigung der neu zugewiesenen Inkassoverantwortung. Mittel- bis langfristig wird sich weisen müssen, ob diese asymmetrische Lastenverteilung zwischen dem Bund als Gesetzgeber und Gläubiger einerseits und den Kantonen als zahlungsausfallbelasteten Gerichten andererseits einer politisch-legislativen Nachjustierung bedarf.

IV. Rechtsökonomische Analyse

A. Fiskalische Inzidenz zwischen Bundesstaat und Kantonen («fiscal shift»)

Die dogmatische Analyse im voranstehenden Abschnitt III.B. hat gezeigt, dass die Rückerstattungspflicht gemäss dem Bundesgericht eine föderale Asymmetrie zulasten der kantonalen Gerichtskassen erzeugt. Diese Verschiebung lässt sich nicht nur verfassungsrechtlich begründen, sondern auch rechtsökonomisch messen: Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der sozialen Kosten durch die Neuregelung sinkt oder ob lediglich eine Umverteilung zwischen staatlichen Ebenen stattfindet, ohne dass ein Effizienzgewinn resultiert. In der spezifischen Konstellation des vorerwähnten Leiturteils tritt der Bund (bzw. die Eidg. Steuerverwaltung) als Gläubiger auf und

setzt öffentliche Forderungen durch, während das Ausfallrisiko bei Insolvenz des Schuldners infolge der Rückerstattungspflicht vollumfänglich auf die kantonale Gerichtskasse verlagert wird. Rechtsökonomisch lässt sich diese Quersubventionierung des Bundesinkassos durch die kantonalen Justizbudgets anhand der Prämisse der Minimierung der sozialen Kosten untersuchen.

In der ökonomischen Theorie des Zivilprozessrechts wird das einfachste Mass für soziale Kosten («social costs», *SC*) als Summe der administrativen Kosten *(c_a)* und der Fehlerkosten *(c(e))* definiert.[40] Die verfahrensrechtliche Zielsetzung der Prozessordnung besteht darin, diese Summe aus administrativen Aufwendungen und Fehlerkosten zu minimieren. Dies resultiert aus einer Minimierung der sozialen Kosten, was sich nach Cooter/Ulen mit folgender Gleichung darstellen lässt: min $SC = c_a + c(e)$.[41]

Unter administrativen Kosten *(c_a)* werden rechtsökonomisch sämtliche Aufwendungen subsumiert, die den involvierten Parteien und dem Staat durch das Durchlaufen der prozessualen Phasen entstehen.[42] Fehlerkosten *(c(e))* materialisieren sich demgegenüber dann, wenn das materielle Recht durch das Justizsystem fehlerhaft angewendet wird.[43] Zusätzlich ist aus rechtsökonomischer Sicht als ein «prozessualer Fehler» auch der Umstand zu qualifizieren, dass ein materiell im Recht stehender Gläubiger aus Angst vor irreparablen Verfahrenskosten zum Vornherein auf eine gerichtliche Durchsetzung verzichtet, was die Anreizstruktur der Rechtsordnung verzerrt.

Wird dieses theoretische Modell auf den Sachverhalt des vorliegenden Bundesgerichtsurteils angewandt, ergibt sich folgendes Bild: Unter der früheren Gerichtskostenliquidationspraxis gemäss Art. 68 SchKG trug der Bund (als Gläubiger) das Risiko, den Kostenvorschuss bei einem insolventen Schuldner abschreiben zu müssen. Dieses Risiko der faktischen Ausfallhaftung erhöhte die Hürde zur Rechtsdurchsetzung, was potenziell zu höheren Fehlerkosten *(c(e))* führte, da berechtigte Forderungen aus prozessökonomischen Gründen nicht weiterverfolgt wurden (vorausgesetzt, dass dies beim Bund überhaupt eine prozessstrategische Überlegung darstellte). Durch die bundesgerichtliche Aufgabe der bisherigen Gerichtskostenliquidationspraxis entfällt diese Hürde. Dadurch werden die Fehlerkosten *(c(e))* bei ökonomisch rational handelnden Gläubigern systematisch reduziert. Demgegenüber dürfte ein Anstieg der administrativen Kosten *(c_a)* auf Seiten der kantonalen Gerichtskassen zu erwarten sein, da das Inkasso der unbezahlten Gerichtskosten gegenüber dem unterliegenden Schuldner nunmehr dezentral und auf eigenes Risiko der Kantone erfolgen muss. Diese Erhöhung der administrativen Kosten *(c_a)* auf Stufe der kantonalen Gerichte wird durch den Bundesgesetzgeber respektive das Bundesgericht bewusst in Kauf genommen, um den Zugang zur Justiz zu garantieren und die sozialen Fehlerkosten *(c(e))* im makroökonomischen Kontext zu minimieren.

Aus rechtsökonomischer Perspektive ist als logische Folge zu erwarten, dass die Kantone auf diese neue Ausfallhaftung mit einer Anpassung ihrer Tarifstrukturen reagieren werden. Um die nun vom jeweiligen Gemeinwesen zu tragenden Ausfälle bei insolvenzgefährdeten Schuldnern zu kompensieren, dürften die Gerichtsgebühren für das Rechtsöffnungsverfahren tendenziell – innerhalb des bundesrechtlich durch die Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GebV SchKG)[44] vorgegebenen Rahmens – künftig angehoben werden. Dies führt unweigerlich zu einer ineffizienten Quersubventionierung: Diejenigen Schuldner, welche die Gerichtskosten (und die Forderung) tatsächlich noch begleichen können, finanzieren die Ausfälle der insolventen Schuldner mit. Eine solche Tariferhöhung würde den vom Bundesgesetzgeber intendierten vollumfänglichen Abbau von Kostenschranken über einen Umweg teilweise wieder konterkarieren, was ökonomisch nicht sinnvoll wäre.

Verfassungsrechtlich erscheint diese Kostenverteilung zwar formell unproblematisch, da der Bundesgesetzgeber im Bereich des Zivilprozessrechts gemäss Art. 122 BV abschliessend kompetent ist und gegenüber den Kantonen keine Kompensationspflicht hat. Gleichwohl berührt die Konstruktion das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz, wonach Nutzniesser, Entscheidungsträger und Kostenträger möglichst übereinstimmen sollten.

Im vorliegenden Regime weicht die Konstellation davon ab: Der Bundesgesetzgeber entscheidet, die Gläubiger (teils Bundesbehörden) profitieren und die Kantone tragen das Ausfallrisiko. Wobei zu beachten ist, dass der Ständerat für die Kantone im politischen Prozess vorgelagert eintritt. Eine Diskussion über kompensatorische Mechanismen – etwa Bundesbeiträge an kantonale Gerichtskassen für Ausfälle aus Betreibungen durch Bundes-

---

40 Vgl. Robert Cooter/Thomas Ulen, Law and Economics, 6. A., Berkeley 2016, 385.

41 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 385. Ähnlich, aber mit etwas komplizierterer Herleitung: Richard E. Posner, Economic Analysis of Law, 9. A., New York 2014, 797 ff.

42 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 385.

43 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 385.

44 SR 281.35.

behörden oder eine Anpassung der GebV SchKG – könnte entstehen, falls sich die Veränderung des Gerichtskostenregimes föderal und fiskalisch auswirkt.

B. Anreizstruktur: ökonomische «filing costs» und Erwartungswert der Forderung

Das prozessuale Verhalten eines ökonomisch rational handelnden Gläubigers wird massgeblich durch das Verhältnis zwischen den antizipierten Verfahrenskosten und dem erwarteten Nutzen determiniert. Gemäss dem ökonomischen entscheidungstheoretischen Modell leitet ein Kläger ein Verfahren nur dann ein, wenn der erwartete Wert der rechtlichen Forderung im Zeitpunkt der Einreichung («expected value of the claim», *EVC*) die Einreichungskosten («filing costs», *FC*) übersteigt oder diesen zumindest entspricht.[45] Dies lässt sich mit der Maxime $EVC \geq FC$ abbilden. Die *FC* fungieren in diesem System als funktionaler Filter für rechtliche Auseinandersetzungen.[46] Verfahren mit hohem Streitwert durchlaufen diesen Filter regelmässig, während Bagatellforderungen durch die Kostenhürde zum Vornherein abgefangen werden. Im Kontext des Rechtsöffnungsverfahrens bildet der Kostenvorschuss einen zentralen Bestandteil der *FC.* Unter dem Regime der bisherigen Gerichtskostenliquidationspraxis wurde das Risiko, den geleisteten Kostenvorschuss bei Insolvenz des Schuldners *de facto* nicht mehr zurückerhalten zu können, in die Ex-ante-Kalkulation des Gläubigers ökonomisch internalisiert. Diese Internalisierung erhöhte die effektiven *FC* substanziell. Insbesondere im Masseninkasso (z.B. bei Krankenkassenprämien oder Steuerschulden), in welchem die einzelne Forderungssumme in den häufigsten Fällen gering ist, überstiegen die risikogewichteten *FC* rasch den Netto-*EVC,* was den rationalen Gläubiger zur Verfahrensabstinenz zwang. Die bundesgerichtliche Neuauslegung von Art. 111 Abs. 1 ZPO beseitigt hingegen dieses Verlustrisiko im Falle des Obsiegens. Die Rückerstattung des Vorschusses durch die Gerichtskasse an den Gläubiger ist Pflicht. Die daraus resultierende Senkung der risikogewichteten effektiven Verfahrenseinleitungskosten bestehend aus den *FC* führt spiegelbildlich zu einer isolierten Erhöhung des Erwartungswerts *(EVC)* der Rechtsverfolgung, da die Ausfallrisiken für die Rückerstattung des Gerichtskostenvorschusses nicht mehr beim Gläubiger berücksichtigt werden müssen. Diese Anpassung der prozessualen Anreizstruktur verhindert aus rechtsökonomischer Sicht betrachtet strukturell, dass legitime Forderungen aufgrund einer insolvenzanfälligen Gegenpartei aus dem Justizsystem gefiltert werden. Für den Bund als Gläubiger bedeutet dies, dass die Betreibung kleinerer Beträge aus ökonomischer Sicht rationaler wird, da das Risiko auf den Verlust des Gerichtskostenvorschusses entfällt.

C. Glaubwürdige Drohung («credible threat») und Vertragstreue

Die Wirksamkeit zivilprozessualer und vollstreckungsrechtlicher Durchsetzungsmechanismen bedingt rechtsökonomisch das Vorliegen einer glaubwürdigen Drohung («credible threat»).[47] In diesem Kontext ist massgeblich, dass ein Grossteil der Streitigkeiten aussergerichtlich beigelegt wird. Akteure verhandeln gemäss dem rechtsökonomischen Theorem im Schatten des Rechts («bargaining in the shadow of the law»).[48] Das bedeutet, dass allein die antizipierten Erwartungen an den Ausgang eines hypothetischen Gerichtsprozesses die Ergebnisse von Vergleichsverhandlungen determinieren.[49] Eine rechtliche Drohung – wie etwa die Einleitung der Betreibung oder die Stellung des Rechtsöffnungsgesuchs – entfaltet folglich nur dann eine präventive Verhaltenslenkung, wenn der Adressat davon ausgehen muss, dass der Gläubiger diese bei Nichtbefolgung rationalerweise wahrmacht und prozessual vollziehen kann.

Der Schutz der Vertragstreue *(pacta sunt servanda)* resultiert in diesem Kontext massgeblich aus der Ex-ante-Kalkulation des potenziell vertragsbrüchigen Schuldners. In der ökonomischen Vertragstheorie entscheidet der Schuldner rational zwischen vertragskonformer Erfüllung (bzw. Kooperation) und Vertragsbruch.[50] Die Entscheidung wird durch den Erwartungswert der vertragsrechtlichen Sanktion gesteuert. Dieser Erwartungswert entspricht der geschuldeten Leistung, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, dass der Gläubiger diese Forderung tatsächlich gerichtlich durchsetzt.

Dieser Wirkungsmechanismus entfaltet seine volle Kraft indessen primär im Verhältnis privater Gläubiger zu ihren Schuldnern. Für öffentlich-rechtliche Gläubiger wie Steuerbehörden oder Sozialversicherungsträger gilt eine

---

45 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 390.
46 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 421.
47 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 399 f.
48 Vgl. Robert Cooter/Stephen Marks/Robert Mnookin, Bargaining in the shadow of the law: A testable model of strategic behavior, The Journal of Legal Studies 1982, 225 ff.; Cooter/Ulen (FN 40), 399; Posner (FN 41), 779 ff.
49 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 399.
50 Vgl. Posner (FN 41), 152 ff.

andere Logik: Diese sind kraft gesetzlichen Auftrags zur Forderungsdurchsetzung verpflichtet und führen das Rechtsöffnungsverfahren unabhängig von einer individuellen Kosten-Nutzen-Analyse. Die «credible threat» stellt für sie weniger eine ökonomische als vielmehr eine rechtliche Kategorie dar. Der Systemwechsel gemäss dem Urteil des Bundesgerichts entfaltet für diese staatlichen Akteure folglich weniger eine verhaltenssteuernde als vielmehr eine liquiditätsentlastende Wirkung: Er eliminiert eine administrative Ineffizienz (Ausfallhaftung), ohne das grundlegende Durchsetzungsverhalten zu verändern.

Asymmetrisch verteilte Prozesskostenrisiken schwächen zudem die Verhandlungsposition der stärker belasteten Partei erheblich.[51] Diejenige Partei, die höhere Prozesskosten zu gewärtigen hat, hat einen deutlich stärkeren ökonomischen Anreiz, den Prozess zu vermeiden. Die Gegenpartei mit den geringeren Kosten kann diesen Umstand strategisch ausnutzen. Sie weiss, dass die belastete Partei eher bereit ist, einen unvorteilhaften Vergleich zu akzeptieren oder ganz von einer Klage abzusehen, als die hohen Verfahrenskosten auszulösen. Ein rationaler Vergleich wird folglich tendenziell zugunsten derjenigen Partei ausfallen, welche die tieferen Prozesskosten trägt.

Solange Gläubiger das definitive Kostenrisiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung und die faktische Ausfallhaftung für den Kostenvorschuss zu tragen hatten, degenerierte die Androhung rechtlicher Schritte insbesondere bei streitwertniedrigen Massenforderungen regelmässig zu einer leeren Drohung, die rechtsökonomisch als unglaubwürdig («non-credible threat») zu qualifizieren ist.[52] Rationale Schuldner konnten diese asymmetrische Kostenbelastung antizipieren und darauf spekulieren, dass der Gläubiger aus reinen ökonomischen Kosten-Nutzen-Überlegungen auf die Stellung eines Rechtsöffnungsgesuchs verzichten würde.

Durch die Rückerstattungsgarantie des Kostenvorschusses nach obsiegendem Verfahrensabschluss wird diese ökonomische Fehlallokation korrigiert. Da das Ausfallrisiko auf die Kantone überwälzt wird und der Gläubiger bei materieller Berechtigung kein Verlustrisiko für die Gerichtskosten mehr trägt, steigt die Wahrscheinlichkeit der gerichtlichen Durchsetzung nach dem hier skizzierten ökonomischen Modell signifikant an. Die Durchsetzungsdrohung wandelt sich von einer unglaubwürdigen Drohkulisse zu einer rechtsökonomisch glaubwürdigen Massnahme. Für den Schuldner erhöht sich dadurch der Erwartungswert der prozessualen Sanktion drastisch. Da ein Vertragsbruch nun mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer zwangsweisen Durchsetzung führt, wird die vertragskonforme Erfüllung (ex ante) wieder zur ökonomisch rationalen und nutzenmaximierenden Handlungsalternative. Die Beseitigung der asymmetrischen Prozesskostenbelastung schützt somit die Vertragstreue, indem sie den opportunistischen Vertragsbruch wirtschaftlich unrentabel macht und die vertragliche Verlässlichkeit im Zivilrechtsverkehr präventiv stabilisiert.

D. Ökonomische Allokationseffizienz: Reduktion negativer Externalitäten

Die aus der gestärkten ökonomischen Forderungsdurchsetzungsdrohung resultierende Disziplinierung der Schuldner entfaltet über das Gläubiger-Schuldner-Verhältnis hinaus ökonomische Wohlfahrtseffekte. In der ökonomischen Theorie verursachen Zahlungsausfälle signifikante negative Externalitäten, die unbeteiligte Dritte belasten.[53]

Im privatwirtschaftlichen Sektor müssen Unternehmen entstehende Debitorenverluste als Risikoprämien in ihre allgemeine Preiskalkulation internalisieren. Dies führt zu einer ineffizienten Quersubventionierung zwischen den Kundengruppen: Vertragstreue Konsumenten tragen über höhere Endkundenpreise letztlich die Kosten der säumigen Schuldner mit, was ökonomisch als negative Externalität bezeichnet wird. Ein vergleichbares Problem zeigt sich im öffentlich-rechtlichen Sektor. Steuerausfälle infolge nicht realisierbarer Forderungen zwingen das Gemeinwesen, die budgetierten, aber effektiv ausfallenden Einnahmen anderweitig zu kompensieren. Dies geschieht typischerweise durch allgemeine Steuererhöhungen, eine erhöhte Verschuldung oder einen Abbau staatlicher Leistungen. In beiden Sektoren beeinträchtigen die Zahlungsausfälle die allokative Effizienz von Märkten und der staatlichen Haushaltsführung.

Indem das neue prozessuale Gerichtskostenregime im Rechtsöffnungsverfahren die Liquiditätshürden für Gläubiger senkt und die Glaubwürdigkeit der Rechtsdurchsetzung stärkt, incentiviert es Schuldner präventiv zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten.[54] Ein systematischer Rückgang der Zahlungsausfallraten reduziert in der Folge die Notwendigkeit von Preisaufschlägen (Risikoprämien) in der Privatwirtschaft und stabilisiert die öffentlichen Budgets.

---

[51] Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 429.

[52] Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 432.

[53] Vgl. zur grundlegenden Bedeutung der Internalisierung von Kosten zur Vermeidung von Externalitäten Cooter/Ulen (FN 40), 416 f.

[54] Vgl. zur Filterfunktion von Verfahrenskosten und zur Abschreckungswirkung durch glaubwürdige Drohungen bei asymmetrischer Kostenbelastung Cooter/Ulen (FN 40), 421 sowie 429 f.

Diese verhaltenslenkende Wirkung stösst jedoch dort an ihre rechtsökonomischen Grenzen, wo Schuldner nicht primär zahlungsunwillig, sondern strukturell zahlungsunfähig sind. In der ökonomischen Theorie wird dieses Phänomen als «judgment-proof problem» oder als Beweis- bzw. Vollstreckungsresistenz bezeichnet.[55] Bei einem offenkundig insolventen Schuldner entfaltet die prozessuale Ex-post-Durchsetzungsdrohung kaum Wirkung, da die antizipierte rechtliche Sanktion mangels pfändbaren Substrats faktisch null beträgt. Die Verschärfung der Vollstreckungsgefahr durch die Senkung der Liquiditätshürden für den Gläubiger vermag das Problem der negativen Externalitäten in dieser spezifischen Schuldnergruppe folglich nicht zu lösen, da der Schuldner ex ante aus rein wirtschaftlichem Unvermögen nicht auf den prozessualen Anreiz reagieren kann. Obgleich die gestärkte prozessuale Durchsetzungsdrohung im allgemeinen Wirtschaftsverkehr massgeblich zur Stabilisierung der Vertragstreue und damit zur Stärkung des Grundsatzes «pacta sunt servanda» beiträgt – da vertragswidriges Verhalten für den liquiden Schuldner nunmehr ökonomisch irrational wird –, konkretisiert sich bei der spezifischen Gruppe der strukturell zahlungsunfähigen Schuldner ein gegenläufiger, ökonomisch ineffizienter Effekt. Die Beseitigung des Gerichtskosteninkassorisikos schafft im Umgang mit diesen vollstreckungsresistenten Akteuren rechtsökonomisch einen klassischen Moral Hazard auf Seiten der Gläubiger. Nach bisherigem Recht verzichteten Gläubiger bei offenkundiger Insolvenz der Gegenpartei oftmals auf die Fortführung des Rechtsöffnungs- und Betreibungsverfahrens, um nicht zusätzliche «filing costs» in Form von uneinbringlichen Gerichtskostenvorschüssen zu verlieren. Unter dem durch den bundesgerichtlichen Leitentscheid 4A_364/2025 vom 18. Dezember 2025 geprägten Regime wird die ökonomische Analyse des Rechtsanspruches allenfalls anders ausfallen. Die öffentliche Hand hat die Bürger (Schuldner) gleichzubehandeln und die Steuern von allen erhältlich zu machen, wobei bei der Verlustscheinbewirtschaftung ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis angestrebt wird. Öffentlich-rechtliche Forderungen müssen effizient und rechtskonform eingetrieben werden, ohne dabei Ressourcen zu verschwenden. Tendenziell ist das Risiko nun tiefer, weshalb zu erwarten ist, dass der Schwellenwert für die Beseitigung der Rechtsvorschläge verwaltungsintern niedriger angesetzt wird und die Verfahren zunehmen, um den pflichtgemässen Einzug zu gewährleisten.

Um die durch insolvente Schuldner verursachten Wohlfahrtsverluste einzudämmen, bedarf es aus rechtsökonomischer Sicht einer Verschiebung der Massnahmen von der prozessualen Ex-post-Vollstreckung hin zur Ex-ante-Risikoallokation.[56] Für privatwirtschaftliche Akteure bedeutet dies eine zwingende Intensivierung der Informationsbeschaffung und des «screenings» (namentlich durch rigorosere Bonitätsprüfungen) vor Vertragsabschluss sowie die Implementierung präventiver Sicherungsinstrumente, wie etwa die Forderung von Vorauszahlungen oder Retentionsrechten. Im öffentlich-rechtlichen Sektor, in dem das Gemeinwesen Forderungen von Gesetzes wegen generiert (z.B. Steuern, Kausalabgaben) und marktwirtschaftliche Screening-Mechanismen naturgemäss ausscheiden, sind ordnungspolitische Ex-ante-Lösungen gefordert. Hierzu zählt primär der Ausbau von Quellenabzugssystemen (z.B. Quellensteuern) oder die direkte Verrechnung von Abgaben mit staatlichen Transferleistungen, um der Akkumulation ohnehin uneinbringlicher Forderungen bei strukturell defizitären Haushalten systematisch und präventiv entgegenzuwirken.

V. Praxisfragen und Ausblick

A. Analoge Anwendung auf die Kostenvorschusshöhe nach Art. 98 ZPO?

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid den Vorrang von Art. 111 Abs. 1 ZPO vor Art. 68 SchKG statuiert und damit das Inkassorisiko im Rechtsöffnungsverfahren auf das Gemeinwesen verlagert.[57] Vor diesem Hintergrund stellt sich die dogmatische und praktische Anschlussfrage, ob die ratio legis dieses Entscheids auch auf die Bemessung der Kostenvorschusshöhe nach Art. 98 ZPO ausstrahlt. Gemäss dem revidierten Art. 98 Abs. 1 ZPO kann das Gericht von der klagenden Partei grundsätzlich nur noch einen Vorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen.[58] Art. 98 Abs. 2 lit. c ZPO enthält jedoch hierzu eine Ausnahme: In summarischen Verfahren kann das Gericht weiterhin einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der gesamten mutmasslichen Gerichtskosten von der klagenden Partei einfordern.[59] Die Kostenvor-

---

[55] Vgl. zum Phänomen des «Judgment-Proof»-Schuldners Steven Shavell, The Judgment Proof Problem, International Review of Law and Economics 1986, 45 ff.

[56] Vgl. zur Bedeutung von vertraglichen Ex-ante-Lösungen zur Vermeidung von Streitkosten Cooter/Ulen (FN 40), 404.

[57] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1 sowie E. 5.5.

[58] Vgl. Art. 98 Abs. 1 ZPO.

[59] Vgl. Art. 98 Abs. 2 lit. c ZPO; Myriam Grütter, Art. 98 N 7a, in: Alexander Brunner/Ivo Schwander/Moritz Vischer (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. Dike-Komm. ZPO-Verfasser).

schusspflicht der beklagten Partei, die sich in einem Rechtsöffnungsverfahren gegen einen Rechtsöffnungstitel wehrt, ist (noch) nicht vorgesehen. Im Rechtsöffnungsverfahren wegen mangelnden neuen Vermögens gilt der Schuldner prozessual als klagende Partei, weshalb der Kostenvorschuss von ihm erhoben wird – ein Ergebnis, das umso stossender wirkt, je berechtigter seine Einrede ist und das häufig nur durch die unentgeltliche Rechtspflege abgefedert werden kann.

Aus rein teleologischer Perspektive liesse sich eine analoge Anwendung der Halbierungsregel auf das Rechtsöffnungsverfahren befürworten. Das Bundesgericht gewichtet bei der Auslegung von Art. 111 ZPO den Abbau von ökonomischen Zugangsschranken zum Justizsystem höher als die fiskalischen Interessen der Kantone.[60] Folgt man dieser Argumentationslinie konsequent, so müsste zur Förderung der Gerichtszugangsgerechtigkeit auch die prozessuale Liquiditätshürde (das heisst Gerichtskostenvorschusshöhe) gesenkt werden. Ein Kostenvorschuss in voller Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten bindet erhebliche finanzielle Mittel und erschwert die Rechtsdurchsetzung für die Kläger, was dem legislativen Kernanliegen der ZPO-Revision 2025 widerspricht.[61] Dieser rechtsfortbildenden Auslegung steht jedoch die systematische und historische Betrachtung unüberwindbar entgegen. Anders als bei der Gerichtskostenverrechnung gemäss Art. 111 ZPO, mit welcher der Gesetzgeber im parlamentarischen Prozess eine Verrechnungsausnahme für summarische Verfahren aktiv und bewusst aus dem Entwurf strich, beliess er die Ausnahme für die Vorschusshöhe in Art. 98 Abs. 2 lit. c ZPO unangetastet im Gesetzestext.[62] Die Materialien belegen den klaren gesetzgeberischen Willen, im «Massengeschäft» der summarischen Verfahren das Inkasso für die kantonalen Gerichtskassen administrativ einfach zu halten und den von den Kantonen befürchteten Mehraufwand zu reduzieren.[63] Eine strenge analoge Anwendung der Halbierungsregel oder eine teleologische Reduktion contra legem ist methodisch abzulehnen. Das Rechtsöffnungsgericht ist mit Blick auf die ZPO-Reform grundsätzlich legitimiert, 100% der mutmasslichen Gerichtskosten vorab zu verlangen. Eine extensive teleologische Auslegung durch die Gerichte fände zudem ihre Schranke im abgaberechtlichen Legalitätsprinzip: Das gerichtliche Ermessen bezieht sich lediglich auf die Höhe des vorab zu leistenden Kostenvorschusses nach Art. 98 ZPO, entbindet die Gerichte jedoch nicht von der Pflicht, die endgültigen Spruchgebühren zwingend im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben gemäss GebV SchKG und der darauf gestützten kantonalen Tarife festzusetzen. Vor diesem Hintergrund bleibt dem Gläubiger zwar weiterhin eine finanzielle Vorleistungspflicht, doch reduziert sich diese zwar nicht in der Höhe, sondern (immerhin) durch die Bereitstellung der erforderlichen Prozessvorfinanzierung, ohne zugleich die Rolle einer faktischen Ausfallbürgschaft für das Verfahren übernehmen zu müssen.

B. Rechtsökonomische Analyse und Relativierung von Art. 98 ZPO

Rechtsökonomisch betrachtet ist die flächendeckende Erhebung eines 100%-Vorschusses im massengeschäftlichen Rechtsöffnungsverfahren kritisch zu würdigen. Zwar wurde das definitive Verlustrisiko für den Vorschuss durch die zwingende Rückerstattung gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO faktisch eliminiert. Gleichwohl verbleiben bei einem vollen Kostenvorschuss erhebliche Opportunitätskosten des Kapitals (Liquiditätsbindung). Die Liquiditätskosten bilden weiterhin einen gewichtigen Teil der ökonomischen Einreichungskosten («filing costs», *FC*). Gerade im Masseninkasso führt die Pflicht zur Vorfinanzierung von 100% der Gerichtskosten zu einer ineffizienten Kapitalbindung beim Gläubiger, welche die Fehlerkosten *(c(e))* des Systems unnötig hoch hält, da dadurch möglicherweise legitime Forderungen aus reinen Liquiditätsüberlegungen nicht zeitnah durchgesetzt werden. Eine gesetzgeberische Anpassung zur Behebung dieser Ineffizienz ist nicht erforderlich, da die prozessuale Lösung bereits im geltenden Recht angelegt ist. Art. 98 ZPO ist als «Kann-Vorschrift» formuliert und räumt dem Gericht ein weites Ermessen ein.[64] Das Gericht ist folglich nicht verpflichtet, den Maximalrahmen der gesetzlich zulässigen Vorschusshöhe auszuschöpfen.[65] Um die soziale Wohlfahrt zu maximieren und die Durchsetzung berechtigter Forderungen nicht durch sachfremde Liquiditätsengpässe zu verzögern, sollten die kantonalen Gerichte und Obergerichte (etwa im Rahmen von internen Weisungen) ihr prozessuales Ermessen nutzen.[66] Eine Reduktion des Kostenvorschusses im Rechtsöffnungsverfahren – beispielsweise analog der Grundregel auf 50% der mutmasslichen Kosten – wäre heute schon rechtmässig und würde die ökonomische Anreizstruktur für vertragstreues Verhalten

---

60 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1.3.
61 Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2712.
62 Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.2.2.
63 Vgl. Botschaft ZPO 2020 (FN 2), 2742; BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 4.2.7; Dike-Komm. ZPO-Grütter (FN 59), Art. 98 N 7a.
64 Vgl. Dike-Komm. ZPO-Grütter (FN 59), Art. 98 N 9; BGE 140 III 159.
65 Vgl. Dike-Komm. ZPO-Grütter (FN 59), Art. 98 N 10.
66 Vgl. Dike-Komm. ZPO-Grütter (FN 59), Art. 98 N 8.

(«credible threat») massgeblich und im Sinne der ZPO-Revision optimieren.

Diesem theoretischen Idealfall der optimalen Allokation steht in der prozessualen Realität das fiskalische Eigeninteresse der Kantone diametral entgegen. Gerade weil die kantonalen Gerichtskassen infolge der bundesgerichtlichen Durchsetzung von Art. 111 Abs. 1 ZPO neu das alleinige Inkassorisiko gegenüber der unterliegenden Partei tragen, fungiert der maximal zulässige Kostenvorschuss von 100% als essenzieller, zinsloser Liquiditätspuffer für den Staat. Es ist daher davon auszugehen, dass viele Gerichte das ihnen zustehende Ermessen gerade nicht zugunsten einer Vorschussreduktion ausüben werden. Der administrative Mehraufwand der späteren Rückerstattung wird vermutlich in Kauf genommen, um sich verfahrensintern bis zum rechtskräftigen Abschluss ex ante abzusichern. Eine bemerkenswerte Ausnahme bildet die Praxis der Zürcher Bezirksgerichte, die zumindest bei Inkassounternehmen schon seit mehreren Jahren von der Erhebung von Kostenvorschüssen absehen und die Kostenliquidation bereits nach Art. 111 Abs. 1 Satz 3 ZPO vornehmen.

Diese ermessensweise Reduktion des Kostenvorschusses gestützt auf Art. 98 ZPO liesse sich rechtsökonomisch und verfahrenspraktisch noch weiter verfeinern, indem zwischen der definitiven und der provisorischen Rechtsöffnung differenziert wird. Bei der definitiven Rechtsöffnung stützt sich das Gesuch gemäss Art. 80 SchKG auf einen vollstreckbaren Entscheid oder eine rechtskräftige Verfügung. Die materielle Berechtigung ist in diesen Fällen bereits behördlich oder gerichtlich festgestellt, weshalb ein Obsiegen des Gläubigers mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Muss der Gläubiger in dieser Konstellation einen Vorschuss leisten, der ihm nach dem hier erläuterten Urteil des Bundesgerichts ohnehin wieder durch die Gerichtskasse zurückerstattet werden muss, entsteht ein administrativer Leerlauf. Der Staat zieht liquide Mittel ein, verbucht diese, hält sie temporär und zahlt sie nach kurzer Zeit wieder aus. Dies generiert auf beiden Seiten unnötige Transaktionskosten ohne verhaltenslenkenden Mehrwert. Ein vollständiger Verzicht auf die Erhebung von Gerichtskostenvorschüssen bei definitiven Rechtsöffnungsgesuchen würde diesen Leerlauf beseitigen, die Justizverwaltung entlasten und die Rechtsdurchsetzung unbestrittener Ansprüche effizienter gestalten.

Anders präsentiert sich die ökonomische Ausgangslage bei der provisorischen Rechtsöffnung im Sinne des Art. 82 SchKG, die auf schriftlichen Schuldanerkennungen basiert. Hier bestehen systembedingt etwas grössere rechtliche und tatsächliche Unsicherheiten, etwa wenn Einreden aus der Basler Rechtsöffnungspraxis[67] erfolgreich erhoben werden können. In diesem Bereich erfüllt der Kostenvorschuss eine ökonomische Filter- und Warnfunktion. Die Einreichungskosten («filing costs», *FC*) zwingen den Gläubiger, das Prozessrisiko ex ante zu internalisieren und die Erfolgsaussichten kritisch zu evaluieren. Ein rationaler Kläger wird das Verfahren nur anstrengen, wenn der Erwartungswert der Forderung («expected value of the claim», *EVC*) die Verfahrenskosten übersteigt.[68] Würde auch hier auf einen Vorschuss verzichtet, fiele diese Filterfunktion weg, was Gläubiger dazu verleiten könnte, auch bei unsicheren Beweislagen hochspekulative Verfahren anzustrengen. Die Beibehaltung einer gewissen Liquiditätshürde steuert somit die Anzahl der Verfahren und schützt das Justizsystem vor einer Überlastung durch aussichtslose Gesuche.

Wird der Gedanke der Kostenreduktion im Sinne eines Gedankenexperiments auf die Spitze getrieben, so stellt sich die Frage nach den ökonomischen Konsequenzen eines vollständig kostenlosen Gerichtsverfahrens. Das heisst, Gerichtsverfahren wären nicht nur vorschuss-, sondern generell gerichtskostenfrei. Wenn der Staat alle Gerichtsverfahren vollständig subventioniert, sinken die Einreichungskosten *(FC)* des Klägers auf null. Dies hat zur Folge, dass jede rechtliche Streitigkeit, die einen auch nur minimalen positiven Erwartungswert aufweist, vor Gericht getragen wird. Die ökonomische Theorie prognostiziert für dieses Szenario eine Übernutzung der Ressource «Justiz» in Form der ökonomischen «tragedy of the commons», was zu einer chronischen Überlastung der Gerichte und ineffizient langen Verfahrensdauern führt. Die ökonomische «tragedy of the commons»[69] bezeichnet das Phänomen, dass eine frei zugängliche, aber endliche Ressource durch die Übernutzung der einzelnen Nutzer zwangsläufig erschöpft wird, selbst wenn keiner der einzelnen Nutzer dies beabsichtigt. Solange die Einreichungskosten für eine Klage gegen null tendieren, hat jede natürliche oder juristische Person mit einer Forderung von auch nur minimalem positivem Erwartungswert einen rationalen Anreiz, das Gericht anzurufen. Die Justizressourcen – Richterinnen und Richter, Gerichtsschreiberin und Gerichtsschreiber, Infrastruktur – sind jedoch keine unendlich verfügbare Ressource, sondern öffentliche Güter mit einer real begrenzten Kapazität. Der individuelle Kläger trägt die Opportunitätskosten seiner

---

67 Vgl. BGE 140 III 20 E. 4.
68 Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 421.
69 Vgl. Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, Science 1968, 1243 ff.

Klage nicht vollständig selbst. Er belastet das System mit Verfahrensaufwand, dessen Folgekosten – namentlich längere Wartezeiten, erhöhter Administrationsaufwand und verzögerte Rechtsdurchsetzung – von allen anderen Rechtsuchenden mitgetragen werden. Genau dies entspricht der Tragik der Allmende: Der individuelle Nutzen (Rechtsdurchsetzung auch bei Kleinstforderungen) ist privatisiert, während der kollektive Schaden (Überlastung der Justiz) sozialisiert wird.[70]

Im vorliegenden Kontext des Rechtsöffnungsverfahrens wäre bei einem vollständigen Verzicht auf Gerichtskostenvorschüsse mit einer erheblichen Zunahme von Kleinstbetragsverfahren, spekulativen Gesuchen und rechtsmissbräuchlichen Forderungen zu rechnen. Der Kostenvorschuss nach Art. 98 ZPO erfüllt daher eine unverzichtbare Lenkungsfunktion: Er stellt sicher, dass der Kläger die Erfolgsaussichten seines Begehrens ex ante internalisiert und nur dann ein Verfahren einleitet, wenn der Erwartungswert der Forderung die Verfahrenskosten tatsächlich übersteigt. Damit schützt der Kostenvorschuss die Funktionsfähigkeit des Gerichtssystems als knappes öffentliches Gut vor einer allokativ ineffizienten Übernutzung.

Im spezifischen Kontext des Rechtsöffnungsverfahrens ist das ökonomische Übernutzungsrisiko indessen geringer als in anderen Verfahrensarten, da das Verfahren strukturell voraussetzt, dass bereits ein Betreibungsverfahren eröffnet und ein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Diese vorgelagerten Prozessschritte fungieren bereits als natürlicher Filter: Nur Gläubiger, die eine hinreichend konkrete Forderung haben und das Betreibungsamt bereits bemüht haben, gelangen überhaupt in das Rechtsöffnungsverfahren. Ein vollständiger Vorschussverzicht würde daher nicht zwingend zu einer erheblichen Zunahme der Anzahl Verfahren führen, sondern hauptsächlich die Liquiditätslast für diejenigen Gläubiger senken, die ohnehin bereits einen Rechtsvorschlag erhalten haben. Das «tragedy of the commons»-Übernutzungsargument hat im Rechtsöffnungsverfahren damit eine abgeschwächte Überzeugungskraft im Vergleich zu erstinstanzlichen Erkenntnisverfahren, ohne dass dessen ordnungspolitische Steuerungsfunktion vollständig entfiele.

C. Sonderfall Art. 265a SchKG: Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens

Im Anwendungsbereich von Art. 265a SchKG stellt sich die Frage der kostenrechtlichen Risikozuweisung ebenfalls. Wird ein Rechtsöffnungsbegehren auf einen Verlustschein gestützt und erhebt der Schuldner die Einrede des mangelnden neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 1 SchKG, ist diese vorfrageweise zu prüfen.

Dogmatisch und kostenrechtlich ist die Abklärung des neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 1 bis Abs. 3 SchKG vom eigentlichen Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 265a Abs. 4 SchKG zu trennen, auch wenn beide Verfahrensschritte prozessual in einen gemeinsamen Entscheid münden.[71] Da die Abklärung nicht von Amtes wegen erfolgt, sondern durch die Einrede des Schuldners ausgelöst wird,[72] nimmt dieser im Einredeverfahren die prozessuale Rolle der klagenden Partei ein. Folglich trifft ihn gemäss Art. 98 ZPO grundsätzlich die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses.[73] In der forensischen Praxis läuft diese Pflicht indes regelmässig leer: Da die Einrede wesensgemäss die Mittellosigkeit des Schuldners zur Prämisse hat, wird die Vorschusspflicht regelmässig durch die (auf Gesuch des Schuldners hin erfolgende) Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 117 ff. ZPO überlagert, vorausgesetzt, das Gesuch scheitert nicht an prozessualer Bedürftigkeit oder Aussichtslosigkeit.

Kommt die Vorschusspflicht mangels unentgeltlicher Rechtspflege dennoch zum Tragen, führt die konsequente Anwendung von Art. 111 Abs. 1 ZPO zu einer zweigeteilten Liquidationsordnung. Obsiegt der Schuldner im Einredeverfahren, ist ihm sein geleisteter Kostenvorschuss durch die Gerichtskasse vollumfänglich zurückzuerstatten.[74]

Wird die Einrede des mangelnden neuen Vermögens hingegen verworfen und dem Gläubiger in der Folge die Rechtsöffnung erteilt, trägt der Schuldner als unterliegende Partei die Kosten des gesamten Verfahrens. Der vom Gläubiger für das Rechtsöffnungsgesuch geleistete Kostenvorschuss ist diesem sodann zwingend nach Massgabe von Art. 111 Abs. 1 ZPO zurückzuerstatten. Das Ausfallrisiko bei faktischer Uneinbringlichkeit der Gerichtskos-

---

[70] Vgl. Cooter/Ulen (FN 40), 421; Lukas Müller, Kann sich der Staat hohe Gerichtskosten leisten?, AJP 2016, 1738 f.

[71] BSK SchKG-Huber/Sogo, Art. 265a N 27, 32, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG-Verfasser).

[72] Vgl. BSK SchKG-Huber/Sogo (FN 71), N 2.

[73] Vgl. BGE 139 III 498 E. 2.

[74] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.1.1.

ten, welches unter Geltung der früheren Praxis gestützt auf Art. 68 SchKG oftmals dem Gläubiger überbunden wurde, geht somit auch in der Konstellation von Art. 265a SchKG vollumfänglich auf das Gemeinwesen über.[75] Soweit Art. 68 SchKG in der Vergangenheit als Argument herangezogen wurde, um den Gläubiger im Ergebnis auf seinem Rechtsöffnungsvorschuss sitzen zu lassen, ist diese Sperrwirkung für das gerichtliche Rechtsöffnungsverfahren damit endgültig aufgehoben.[76] Die Konsequenz für die Praxis ist wie folgt: Das Gericht liquidiert die Vorschüsse getrennt nach den jeweiligen Verfahrensschritten und Parteirollen.

VI. Fazit

Während der grundlegende Paradigmenwechsel bei der Gerichtskostenliquidation bereits durch die am 1. Januar 2025 in Kraft getretene Revision der ZPO gesetzgeberisch vollzogen wurde, schafft der vorliegende Leitentscheid nun die unabdingbare Rechtssicherheit für das Zwangsvollstreckungsrecht. Das Bundesgericht stellt unmissverständlich klar, dass die unbedingte Rückerstattungspflicht des Gerichtskostenvorschusses gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO vollumfänglich auch im summarischen Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 251 ZPO greift. Der Vorrang der ZPO vor der betreibungsrechtlichen Kostenregel von Art. 68 SchKG beendet damit die historisch gewachsene, fiskalisch motivierte Privatisierung des Gerichtskosteninkassorisikos. Dem legislativen Kernanliegen der ZPO-Revision wird somit auch im massengeschäftlichen Rechtsöffnungsverfahren endgültig zum Durchbruch verholfen. Aus rechtsökonomischer Perspektive senkt diese Praxisänderung die verfahrensrechtlichen Schwellenkosten («filing costs»; *FC*) massgeblich. Die prozessuale Durchsetzungsdrohung («credible threat») gewinnt an Glaubwürdigkeit, was den opportunistischen Vertragsbruch für Schuldner wirtschaftlich unrentabel macht und die Vertragstreue präventiv stärkt. Gleichzeitig ist zu beachten, dass die Beseitigung des Gerichtskostenausfallrisikos bei offenkundig insolventen Schuldnern einen gegenläufigen «Moral-Hazard»-Effekt schafft: Gläubiger haben nun einen ökonomischen Anreiz, Verfahren auch gegen vollstreckungsresistente Schuldner risikolos durchzuführen, einzig um langfristig einen Verlustschein zu erwirken. Die kantonalen Gerichtskassen subventionieren damit faktisch die Bewirtschaftung kaum einbringlicher Forderungsportfolios. Beim Rechtsvorschlag geht es aber auch um bestrittene Forderungen (ob einbringbar oder nicht). Insofern leisten die kantonalen Gerichte mit einer umsichtigen Gerichtskostenpraxis einen wichtigen Beitrag zur Redlichkeit und Vertragstreue, wenn sie verhindern, dass sich die unberechtigte Erhebung von Rechtsvorschlägen zwecks Zahlungsvermeidung lohnt.

Diese positive prozessuale und ökonomische Befundlage wird jedoch durch strukturelle Asymmetrien getrübt. Auf föderaler Ebene führt die Risikoumverteilung zu einer signifikanten Belastung der kantonalen Gerichtskassen. Es ist zu befürchten, dass die Kantone diese Ausfälle durch eine allgemeine Erhöhung der Gerichtsgebühren oder durch das systematische Ausschöpfen des Maximalrahmens beim Kostenvorschuss gemäss Art. 98 ZPO kompensieren werden, was den reformierten Justizzugang über Umwege teilweise wieder verteuert. Zudem manifestiert sich eine faktische Bevorzugung von Gläubigern mit «starken» Titeln: Insbesondere die öffentliche Hand profitiert als hoheitliche Rechtsöffnungstitelschafferin unmittelbar und voraussetzungslos von der staatlichen Risikoübernahme.

Für den privaten Online-Handel bleibt der Nutzen dieser prozessualen Erleichterung hingegen marginal. Solange der Gesetzgeber an den strengen unterschriftlichen Formanforderungen für die provisorische Rechtsöffnung nach Art. 82 SchKG festhält, scheitert die rasche Durchsetzung von E-Commerce-Forderungen weiterhin an der fehlenden «Wet-Ink»-Qualität. Die Rechtsdurchsetzung kleiner Konsumentenforderungen verschiebt sich dadurch zwangsläufig in das aufwendigere Schlichtungs- und Erkenntnisverfahren am Wohnsitz des Schuldners. Die Kostenentlastung nach Art. 111 Abs. 1 ZPO vermag die dogmatische Beweisnot im digitalen Massengeschäft zwar am Ende der Prozesskette finanziell abzufedern, das grundlegende vollstreckungsrechtliche Nadelöhr jedoch nicht zu beseitigen.

---

[75] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5.
[76] Vgl. BGer, 4A_364/2025, 18.12.2025, E. 5, E. 5.1 ff., 5.5.