



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 Risikoverteilung 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 1^{er} 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

* 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.

- 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

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 vorzuschüssen 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.