

**Art. 111 ZPO, Kostenrisiko des Klägers.** *Der Mechanismus, dass die Kosten aus dem Vorschuss des Klägers bezogen und diesem nur der Rückgriff auf den unterliegenden Beklagten eingeräumt wird, gilt auch (und gerade), wenn die Bonität des Beklagten zweifelhaft ist.*

Der Kläger hat im Verfahren der ersten Instanz obsiegt. Das Gericht auferlegt die Verfahrenskosten zwar dem Beklagten, bezieht sie aber aus dem Vorschuss des Klägers und räumt diesem den Rückgriff auf den Beklagten ein. Dagegen führt der Kläger Berufung.

(Aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2. (...) Zur Begründung führt [der Kläger] im Wesentlichen aus, faktisch werde er durch die Entscheidegebühr von Fr. 750.-- belastet. Dispositiv-Ziffer 5, wonach ihm der Beklagte die Gebühr zu ersetzen habe, sei bloss theoretischer Natur, da [der Beklagte] bekannt dafür sei, solchen Verfügungen der Gerichte nicht nachzukommen. Erst vor wenigen Tagen sei der Beklagte von einem deutschen Gericht wegen Betrugsdelikten zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren verurteilt worden. Es sei ihm (dem Kläger) deshalb nicht zuzumuten, auf den Ersatz der Kosten bis in alle Ewigkeit zu warten. Es reiche bereits, dass er auf die ihm zugesprochene Entschädigung vergebens warten müsse. Deshalb seien die Kosten ausschliesslich dem Beklagten aufzuerlegen.

3. Der Kläger wehrt sich somit einzig gegen die Kostenregelung. Dabei bemängelt er weder die Kostenverteilung noch die Kostenaufgabe, sondern die Art und Weise des Inkassos (die Zivilprozessordnung spricht in Art. 111 von der Liquidation der Prozesskosten).

Die Vorinstanz gab als Rechtsmittel an sich zutreffend die Berufung an, da sich der Streitwert damals auf rund Fr. 12'000.-- belief (act. 1) und somit die für die Zulässigkeit der Berufung erforderliche Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- erreicht (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Wird nur ein Teil (sei es die Sache selbst oder eine andere Anordnung) eines berufungsfähigen Urteils angefochten, hat dies selbst dann grundsätzlich mit Berufung zu erfolgen, wenn sich der Streit um Geld dreht und eine Änderung um weniger als Fr. 10'000.-- beantragt wird. Für die

Anfechtung einzig der Kostenregelung sieht das Gesetz jedoch ausschliesslich die Beschwerde vor und zwar unabhängig von der Höhe der beanstandeten Kosten (Art. 110 ZPO). Das als Berufung bezeichnete Rechtsmittel wurde deshalb als Beschwerde entgegen genommen und ist als solche zu behandeln.

4.a) Indem die vorinstanzliche Entscheidgebür aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen wird und der Kläger selbst um deren Ersatz durch den Beklagten besorgt sein muss, riskiert er, weder seinen Vorschuss noch die ihm zugesprochene Prozessentschädigung zu erlangen. Durch diese Regelung ist er damit in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt und zur Beschwerde legitimiert.

b) Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Mit der Beanstandung des Kostenbezugs aus seinem Vorschuss rügt der Kläger die unrichtige Rechtsanwendung.

Die Aufhebungsklage nach Art. 85a SchKG weist eine Doppelnatur auf. Einerseits bezweckt sie als materiellrechtliche Klage die Feststellung der Nichtschuld bzw. der Stundung, andererseits hat sie auch betreibungsrechtliche Wirkung, indem der Richter mit ihrer Gutheissung die Betreuung aufhebt oder einstellt (BSK SchKG I-Bodmer/Bangert, 2. Aufl. 2010, Art. 85a N 3; BGer 4C.180/2005 vom 18. November 2005). Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht gilt für alle gerichtlichen Inzidenzverfahren, ungeachtet der Rechtsnatur der Streitigkeit und der Verfahrensart, die Zivilprozessordnung (Art. 1 lit. a und c ZPO, Dominik Gasser, DIKE-Komm-ZPO, Art. 1 N 40 ff.). Deshalb kommt vorliegend auch deren Kostenrecht zur Anwendung. Art. 111 ZPO enthält eine konkrete Anweisung an das Gericht zum Bezug der Prozesskosten. Nach Abs. 1 behält das Gericht die Kostenvorschüsse der Parteien und verrechnet damit die Gerichtskosten unabhängig davon, welche Partei - die obsiegende oder die unterliegende - die betreffenden Vorschüsse bezahlt hat; ein allfälliger Fehlbetrag wird indes nur von der kostenpflichtigen Partei nachgefordert. Letztere hat der anderen Partei nebst der zugesprochenen Parteientschädigung auch die geleisteten Vorschüsse zu

ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung überwälzt damit das Inkassorisiko, wie in der vorliegenden Beschwerde zu Recht moniert wird, auf den siegreichen Kläger. Dies ist aber vom Gesetzgeber bewusst so gewollt: So hält die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung fest, im Zivilprozess würden rein private Streitigkeiten ausgetragen. Deshalb rechtfertigt es sich, dass die Parteien und nicht die öffentliche Hand das Risiko eines Ausfalls zu tragen haben (Botschaft ZPO S. 7299). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass im Schuldbetreibungsverfahren ebenfalls der betreibende Gläubiger Vorschüsse zu leisten hat (Art. 68 SchKG). Die Vorinstanz brachte Art. 111 ZPO demzufolge korrekt zur Anwendung. Da diese Bestimmung dem Gericht kein Ermessen einräumt, kommt ein Abweichen nicht in Frage. Zu erwähnen bleibt, dass der Kläger gemäss seiner Rechtsmitteleingabe um den angeblich fehlenden Zahlungswillen des Beklagten wusste und das vorliegende Verfahren dennoch anstrebte.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Beklagten ist mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 28. Februar 2012  
Geschäfts-Nr.: PP110026-O/U