

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT220021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. A. Huizinga und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Urteil vom 2. Mai 2022

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Rechtsöffnung (Kostenfolgen)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 14. Januar 2022 (EB211219-L)**

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Am 7. Oktober 2021 stellte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung (Urk. 1). Am 14. Januar 2022 erliess letztere folgendes Urteil (Urk. 13 S. 5 f. = Urk. 18 S. 5 f.):

- "1. Der Gesuchstellerin wird provisorische Rechtsöffnung erteilt in
Betreibung Nr. 1, Betreibungsamt Zürich ...,
Zahlungsbefehl vom 2. Juni 2021, für
Fr. 24'736.80 nebst Zins zu 5 % seit 3. Mai 2021.
Im Mehrbetrag wird das Gesuch abgewiesen.*
- 2. Die Spruchgebühr von Fr. 500.– wird dem Gesuchsgegner [und Beschwerdegegner; nachfolgend: Gesuchsgegner] auferlegt. Sie wird von der Gesuchstellerin bezogen, ist ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.*
- 3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.*
- 4. [Mitteilung]*
- 5. [Hinweis auf Aberkennungsklage]*
- 6. [Rechtsmittel]*
- 7. [Hinweis auf Nichtgeltung der gesetzlichen Fristenstillstände]"*

2. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin innert Frist (siehe Urk. 14 und Art. 321 Abs. 2 ZPO sowie Art. 142 f. ZPO) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 17 S. 2):

- "1. Dispositivziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Januar 2022, Geschäfts-Nr. EB211219-L sei insoweit aufzuheben, als die Spruchgebühr von CHF 500 von der Gesuchstelle-*

rin bezogen wird und der Gesuchsgegner verpflichtet wird, die Spruchgebühr der Gesuchsgegnerin [recte: Gesuchstellerin] zu ersetzen, und es sei die Spruchgebühr vom Beschwerdegegner zu beziehen.

2. *Eventualiter sei die Angelegenheit zu neuer Kostenverteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Erwägung, es sei die Spruchgebühr von CHF 500 vom Beschwerdegegner zu beziehen.*
3. *Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdeführerin die laufende Zahlungsfrist für die Spruchgebühr abzunehmen.*
4. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Beschwerdegegners oder der Staatskasse."*

3. Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um sich zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu äussern. Zugleich wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um einen Vorschuss von Fr. 150.– zu leisten (Urk. 22). Letzterer ging rechtzeitig ein (siehe Urk. 23). Nachdem sich der Gesuchsgegner nicht hatte vernehmen lassen, erteilte die Kammerpräsidentin mit Verfügung vom 25. Februar 2022 der Beschwerde hinsichtlich der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 2 (Entscheidgebühr) die aufschiebende Wirkung (Urk. 24). Mit Verfügung vom 29. März 2022 wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 26). Die Sendung kam mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück; die Abholfrist endete am 7. April 2022 (Urk. 27). Eine Eingabe erfolgte nicht.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–16). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Materielle Beurteilung

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört, dass in der Beschwerde im Einzelnen dargelegt werden muss, was genau am angefochtenen Entscheid unrichtig sein soll. Was nicht in

einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 147 III 176 E. 4.2.1; *OGer ZH RT180080 vom 29.08.2018, E. I.4*).

1.2. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO); eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4 [S. 471]; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Zulässig sind sodann neue rechtliche Vorbringen, weil solche keine Noven im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO sind (vgl. BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 6; BGer 4A_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1 [betreffend Art. 317 Abs. 1 ZPO]) und die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; *OGer ZH RT180059 vom 24.05.2018, E. II.4.1*; *OGer ZH RT150086 vom 17.08.2015, E. 4.1*).

1.3. Der Gesuchsgegner hat weder die Verfügung vom 25. Februar 2022 (Erteilung der aufschiebenden Wirkung; Urk. 24) noch jene vom 29. März 2022 (Fristansetzung zur Beschwerdeantwort; Urk. 26) abgeholt (Urk. 25; Urk. 27). Da ihm aber die Verfügung vom 7. Februar 2022 hat zugestellt werden können (Urk. 22), hat er Kenntnis vom Beschwerdeverfahren und musste er mit weiteren Zustellungen rechnen. Die vorerwähnten Verfügungen gelten deshalb als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

2. Bezug der Gerichtskosten bei der obsiegenden Gläubigerin

2.1. Die Vorinstanz erwog, dass die Kosten des Verfahrens dem Gesuchsgegner aufzuerlegen seien, da dieser fast vollumfänglich unterliege. In Anwendung von Art. 68 Abs. 1 SchKG seien sie von der Gesuchstellerin zu beziehen, ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen (Urk. 18 S. 5).

2.2. Die Gesuchstellerin rügt, dass für eine solche Vorgehensweise keine gesetzliche Grundlage bestehe (Urk. 17 Rz. 6 f.). Das Gesetz sehe im Gegenteil ausdrücklich vor, dass die Spruchgebühr von der kostenpflichtigen Partei, das

heisst im vorliegenden Fall vom Gesuchsgegner, nachgefordert werden müsse. Gemäss Art. 111 Abs. 1 ZPO könnten nämlich die Gerichtskosten lediglich mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet werden; nur ein allfälliger Fehlbetrag könne von der kostenpflichtigen Person nachgefordert werden (Urk. 17 Rz. 9). Die Vorinstanz habe von den Parteien keine Vorschüsse verlangt. Sie wolle die Spruchgebühr nun von der Gesuchstellerin beziehen, obwohl sie dieser die provisorische Rechtsöffnung erteilt habe (Urk. 17 Rz. 10). Art. 68 Abs. 1 SchKG sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Das Verfahren in gerichtlichen Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts werde nämlich von der eidgenössischen Zivilprozessordnung geregelt (Urk. 17 Rz. 11).

2.3. Gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die Betreuungskosten. Diese sind vom Gläubiger vorzuschüssen. Wenn der Vorschuss nicht geleistet ist, kann das Betreibungsamt die Betreuungshandlung einstweilen unterlassen. Seit jeher wird auch die Spruchgebühr für das Rechtsöffnungsverfahren unter den Begriff der Betreuungskosten subsumiert (BGE 123 III 271 E. 4a; BGE 119 III 63 E. 4b aa; BGE 71 III 144, S. 145; BGer 5A_19/2016 vom 6. September 2016, E. 2.7; BGer 7B.196/2003 vom 27. Oktober 2003, E. 3.2; BGer 7B.49/2003 vom 11. Juni 2003, E. 3). Vor Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung wurde vertreten, dass Art. 68 SchKG die Kostenfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens abschliessend regle (BGE 123 III 271 E. 4b). Nunmehr ist unklar, ob hinsichtlich des Kostenvorschusses für das Rechtsöffnungsverfahren Art. 68 SchKG (so *OGer ZH RT190018 vom 11.04.2019, E. II.17.*; *OGer ZH RT190022 vom 28.02.2019, E. 2e*; *OGer ZH RT160142 vom 31.10.2016, E. III.1.*; *OGer ZH RT130170 vom 06.12.2013, E. 2.3*) oder Art. 98 ZPO [und Art. 111 ZPO] (so *OGer ZH RT140109 vom 30.01.2015, E. III.2.*; *OGer ZH RT120120 vom 20.08.2012, E. 2b*; *OGer ZH RT110099 vom 09.01.2012, E. 4a*) einschlägig ist.

2.4. Art. 68 Abs. 1 SchKG sieht als Säumnisfolge einzig vor, dass das Betreibungsamt die Betreuungshandlung einstweilen unterlassen kann. Daraus erhellt, dass die Vorschrift wohl nur die Kostenvorschusspflicht gegenüber dem Betreibungsamt, nicht aber jene gegenüber dem Gericht regelt. Gemäss Art. 1 lit. c ZPO richtet sich das Verfahren für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs-

treibungs- und Konkursrechts seit dem 1. Januar 2011 zudem nach der Zivilprozessordnung. Diese geht in derartigen Angelegenheiten als neueres Recht und als *lex specialis* den Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vor, soweit sie keinen ausdrücklichen Vorbehalt (wie z.B. Art. 145 Abs. 4 ZPO) statuiert. Dies gilt auch für die Rechtsöffnung im Allgemeinen (BGE 142 III 599 E. 2.4.2; BGer 1C_40/2021 vom 22. April 2021, E. 4.1; BGer 5D_23/2017 vom 8. Mai 2017, E. 4.3.3) und die Kostenvorschusspflicht in derselben im Besonderen (*OGer ZH RT210203 vom 30.11.2021, E. 5.1*). Das Rechtsöffnungsgericht kann somit vom Gläubiger einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO). Entscheidet es sich für diesen Weg, kann es seine Gebühr auch dann mit dem Kostenvorschuss des Gläubigers verrechnen, wenn dieser obsiegt (Art. 111 Abs. 1 ZPO); in einem solchen Fall hat der Schuldner den Vorschuss der Gegenseite zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Bei fehlendem Kostenvorschuss muss das Gericht seine Gebühr jedoch von der kostenpflichtigen Partei beziehen (*OGer ZH PF190023 vom 27.06.2019, in: ZR 118 [2019] Nr. 50, E. II.3.; OGer ZH RV180007 vom 04.06.2018, in: ZR 117 [2018] Nr. 49, E. 6.1*). Dasselbe gilt im Übrigen für Art. 68 SchKG. Auch aus dieser Vorschrift geht nicht hervor, dass man die Gerichtskosten unter Einräumung eines Regressrechts dem Gläubiger auferlegen könnte, wenn man keinen Kostenvorschuss verlangt hat. So kann man nicht mehr von einem Vorschuss (für eine bestimmte Betreibungshandlung) sprechen, wenn der Gläubiger erst mit dem Endentscheid (das heisst mit Vornahme dieser Betreibungshandlung) aufgefordert wird, einstweilen für die Gerichtskosten aufzukommen. Insofern mangelt es seit der Inkraftsetzung der Schweizerischen Zivilprozessordnung an einer rechtlichen Grundlage für einen Kostenbezug vom Gläubiger, wie die zürcherische Praxis sie bis zu diesem Zeitpunkt (auch) in § 67 Abs. 4 aZPO/ZH erblickte. Dieses Auslegungsergebnis ändert 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 Betreibungskosten von den Zahlungen des Schuldners vorab erheben kann (Art. 68 Abs. 2 SchKG).

2.5. Die Vorinstanz hat von der obsiegenden Gesuchstellerin keinen Kostenvorschuss verlangt (siehe Urk. 6). Sie durfte folglich auch ihre Gerichtskosten

nicht von ihr beziehen. In der vorliegenden Konstellation verbleibt das Inkassorisiko beim Kanton.

3. Ergebnis

In Gutheissung der Beschwerde ist der Satz 2 von Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 14. Januar 2022 ("Sie wird von der Gesuchstellerin bezogen, ist ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.") ersatzlos aufzuheben.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Das Beschwerdeverfahren und die entsprechenden Gerichtskosten sind die Folge eines unzutreffenden Entscheids der Vorinstanz, den diese von Amtes wegen gefällt hat. Es rechtfertigt sich deshalb, für das Beschwerdeverfahren keine Entscheidgebühr zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO; BGE 138 III 471 E. 7).

2. Die Parteientschädigung ist auf Fr. 100.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 AnwGebV, § 9 AnwGebV sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Hinzu kommt die Mehrwertsteuer von 7.7 % (siehe Urk. 17 S. 2). Mit Blick auf den klaren Wortlaut ist davon auszugehen, dass Art. 107 Abs. 2 ZPO die Parteientschädigung nicht miterfasst (im Ergebnis gleich BGE 140 III 385 E. 4.1; *OGer ZH RV180007 vom 04.06.2018, E. 7*; *OGer ZH PS110126 vom 19.07.2011, E. 8*; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 107 N 11; anders demgegenüber BGE 138 III 471 E. 7; ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 26). Dies bedeutet, dass sie vom unterliegenden Gesuchsgegner zu bezahlen ist (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Daran ändert nichts, dass er die Beschwerde nicht beantwortet und im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bemisst sich das Ob- und Unterliegen einzig an den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei. Die Gegenpartei kann sich nicht durch Verzicht auf eine Vernehmlassung bzw. Beantwortung des Rechtsmittels ihrer Kostenpflicht entziehen. Dieser Grundsatz wird nur ausnahmsweise durchbrochen und die rechtsmittelbeklagte Partei von der sie treffenden Kostenpflicht entlastet: Erforderlich ist, dass ein gra-

vierender, von ihr nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (sog. "Justizpanne") zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und sie die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder keinen Antrag gestellt und sich mit dem angefochtenen Entscheid auch nicht identifiziert hat (siehe BGer 4A_595/2019 vom 18. Februar 2020, E. 3.1; BGer 5A_175/2018 vom 21. Juni 2019, E. 5.2). Im vorliegenden Fall ist ein Abweichen von den Grundsätzen der Kostenverlegung indes nicht gerechtfertigt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Satz 2 von Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 14. Januar 2022 ("Sie wird von der Gesuchstellerin bezogen, ist ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.") ersatzlos aufgehoben.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 107.70 zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gerichtskasse sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 2. Mai 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
st