

(9) Betreibungskosten. SchKG 68.

Bundesgericht, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, 3.9.1993, H. K. c. Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Stadt (B. 158/1993), Rekurs.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

In der gegen ihn gerichteten Betreibung erhob der Betriebene Rechtsvorschlag. Der betreibende Gläubiger leitete in der Folge Klage ein, welche teilweise gutgeheissen und in diesem Umfang der Rechtsvorschlag beseitigt wurde. Das Bundesgericht hatte die Frage zu entscheiden, ob die Kosten und die Parteientschädigung, die dem Schuldner im Anerkennungsprozess gemäss Art. 79 SchKG auferlegt wurden, zu den Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG gehören und demzufolge aus dem Erlös der laufenden Betreibung zu tilgen sind, wie dies die Vorinstanz entschied, oder ob es dafür einer neuen Betreibung bedarf.

Aus den Erwägungen:

"4. – Art. 68 Abs. 1 SchKG bestimmt, dass der Schuldner die Betreibungskosten zu tragen hat. Aus weiteren Bestimmungen ergibt sich sodann, dass diese Kosten in die laufende Betreibung einzubeziehen und aus dem Erlös der Betreibung sogar vorweg zu begleichen sind (Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 85, 97 und 144 SchKG). Das Gesetz umschreibt indessen nicht im einzelnen, was unter den Betreibungskosten zu verstehen ist.

a) (...) Nach Art. 16 SchKG erlässt der Bundesrat einen Gebührentarif. Die herrschende Lehre nimmt an, dass diese Bestimmung alle Handlungen der Behörden und Gerichte betrifft, die zum Betreibungsverfahren gehören (JÄGER, Kommentar SchKG, Zürich 1911, N 3 zu Art. 16). Entsprechend handelt Art. 16 Abs. 2 von den im Betreibungs- und Konkursverfahren errichteten Schriftstücken. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass unter die Betreibungskosten nur Gebühren fallen, die der Bundesrat gemäss dieser Kompetenzdelegation festsetzen kann – wenn auch nicht unbedingt festsetzen muss (vgl. Art. 55 GebTSchKG). Auch die Vorinstanz geht aber davon aus, dass die Gebühren für den ordentlichen Zivilprozess sich ausschliesslich nach kantonalem Recht richten, selbst wenn in diesem Verfahren der Rechtsvorschlag beseitigt wird. (...)

b) Die Vorinstanz begründet ihre Auffassung mit dem Sinn und Zweck von Art. 68 SchKG. Dieser bestimme, dass der Schuldner alle aus der Zwangsvollstreckung einer Forderung entstehenden Kosten zu tragen habe. Zur Zwangsvollstreckung gehöre aber das ganze Verfahren ab Einreichung des Zahlungsbefehls bis hin zur Verteilung. Wer Rechtsvorschlag erhebe, müsse damit rechnen, dass es zu einem Zivilprozess komme, für dessen Kosten er aufzukommen habe. Es sei nicht prozessökonomisch, wenn für die Parteientschädigung eine neue Betreibung angehoben werden müsse. Zudem sei nicht zu begründen, warum die Entschädigung für das Rechtsöffnungsverfahren anders zu behandeln sei als jene für den Anerkennungsprozess.

aa) Damit wird das Wesen der Zwangsvollstreckung verkannt. Diese erfasst die *Durchsetzung* einer Forderung in einem bestimmten Verfahren. Zur Zwangsvollstreckung nach SchKG gehört demgegenüber weder die Durchsetzung auf andere Weise (vgl. BGE 116 III 94 f.) noch die gerichtliche *Feststellung* eines Rechtsverhältnisses.

Im Zusammenhang mit dem Betreibungsverfahren werden drei Arten von Klagen unterschieden, nämlich einerseits die rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, andererseits die formell betreibungsrechtlichen Verfahren mit Reflexwirkung auf das materielle Recht und schliesslich die materiellrechtlichen Streitigkeiten (AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1993, S. 39 ff.), bei denen insbesondere das Bestehen einer bestimmten Leistungspflicht festgestellt wird. Diese Unterscheidung kann auch auf die Kosten übertragen werden, so dass nur jene der rein betreibungsrechtlichen und der betreibungsrechtlichen Verfahren mit Reflexwirkung als Betreibungskosten angesehen werden, nicht aber die Gebühren der rein materiellrechtlichen Verfahren.

Zu den rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten gehört die Rechtsöffnung (AMONN, a.a.O., S. 41 Rz 42), während der Anerkennungsprozess den rein materiellrechtlichen Streitigkeiten zuzurechnen ist (AMONN, a.a.O., S. 40 Rz 40; so offenbar auch FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1984, S. 211 Rz 37), da es hier nicht um die Vollstreckung eines Anspruches geht, sondern um dessen verbindliche Feststellung bzw. Festsetzung. Entsprechend bestimmt auch nicht Art. 68 SchKG, wer die Kosten des Anerkennungsprozesses zu tragen hat, was namentlich bei Forderungen aus dem Familienrecht von Bedeutung ist, wo gewisse Kantone vorsehen, dass die Prozesskosten nach anderen Kriterien als dem Obsiegen bzw. Unterliegen aufgeteilt sind.

bb) Mit Blick auf dieses eindeutige Ergebnis der Auslegung von Art. 68 SchKG erübrigt es sich, zu den Ausführungen des Appellationsgerichtes mit Bezug auf die Prozessökonomie Stellung zu nehmen."

Bemerkungen:

1. Vorweg ist festzuhalten, dass dem vorliegenden Bundesgerichtsentscheid im *Ergebnis* vollumfänglich zuzustimmen ist. Die dem Betriebenen im Rahmen eines Anerkennungsprozesses (Art. 79 SchKG) auferlegten Kosten und die Parteientschädigung gehören nicht zu den Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG. Sie sind daher nicht vorab aus dem Erlös der laufenden Betreibung zu befriedigen. Die Gerichtskosten und die Parteientschädigung stellen vielmehr selbständige Forderungen dar, für welche gegebenenfalls eine neue Betreibung eingeleitet werden muss.

2. Der *Begründung* des Bundesgerichts kann indessen nicht zugestimmt werden. Die Umschreibung der Betreibungskosten hat keine allgemeine Gültigkeit.

a) Das Bundesgericht knüpft für die im vorliegenden Fall zu entscheidende Frage an die Einteilung der in die sach-

liche Zuständigkeit der Gerichte fallenden Klagen in rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten, betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht und materiellrechtliche Streitigkeiten an. Es kommt zum Ergebnis, dass nur die Kosten der ersten und zweiten Kategorie, nicht aber jene der dritten als Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG qualifiziert werden können.

b) Die vom Bundesgericht übernommene Dreiteilung der von den Gerichten in einem SchKG-Verfahren zu entscheidenden Streitigkeiten richtet sich zum einen danach, ob eine Frage des materiellen Rechts oder eine solche verfahrensrechtlichen Charakters zu entscheiden ist. Zum anderen ist von Bedeutung, ob das Urteil über die laufende Betreibung hinaus materielle Rechtskraft entfaltet oder nicht. Diese Dreiteilung lässt sich jedoch entgegen der Ansicht des Bundesgerichts nicht ohne weiteres auf die Frage übertragen, ob die in solchen Verfahren dem Schuldner auferlegten Gerichtskosten und Parteientschädigungen als Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG zu qualifizieren sind. An der vom Bundesgericht entwickelten Regel sind daher verschiedene *Vorbehalte* anzubringen.

c) Eine erste Einschränkung ergibt sich zunächst daraus, dass nur Gerichtskosten und Parteientschädigungen aus solchen Gerichtsverfahren zu den Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG zählen können, in denen sich einerseits der Gläubiger und andererseits der *Schuldner* bzw. die Konkursmasse gegenüberstehen. Ist ein Dritter (z. B. ein anderer Gläubiger oder ein Drittsprecher) Prozesspartei, so handelt es sich nie um Betreibungskosten. So gehören etwa die Kosten eines Widerspruchsverfahrens, in welchem sich der Drittsprecher einem Gläubiger gegenübersteht, ebensowenig zu den Betreibungskosten, wie die Kosten einer Kollokationsklage eines Gläubigers gegenüber einem anderen Gläubiger. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass es sich dabei um betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt (vgl. AMONN, § 4 Nr. 45).

d) Sodann gibt es auch Kosten, welche zu den Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG gehören, obwohl sie in einem Verfahren angefallen sind, in welchem nur über Fragen des materiellen Rechts entschieden wurde. Dies gilt etwa für die *Aberkennungsklage* (Art. 83 Abs. 2 SchKG; JAEGER, N 10 zu Art. 83 SchKG).

Zwei Umstände rechtfertigen es, die Aberkennungsklage hinsichtlich der hier interessierenden Frage anders zu behandeln als die Anerkennungsklage. Zum einen ist die Anerkennungsklage nicht im eigentlichen Sinn in das Zwangsvollstreckungsverfahren integriert. Sie kann unter den gleichen Voraussetzungen und mit der gleichen Wirkung auch ausserhalb eines Betreibungsverfahrens angestrengt werden. Es sind sodann auch keine betreibungsrechtlichen Fristen zu beachten. Demgegenüber ist die Aberkennungsklage ein im SchKG vorgesehenes Verteidigungsmittel des Betriebenen gegenüber dem Betreibenden, welchem provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde.

Die Klage ist denn auch innert peremptorischer Frist einzuleiten (Art. 83 Abs. 2 SchKG).

Zum anderen handelt es sich bei der Aberkennungsklage bekanntlich um eine negative Feststellungsklage. Im Gegensatz zur Anerkennungsklage erhält der Betreibende somit selbst bei Abweisung der Aberkennungsklage kein Leistungsurteil und damit keinen (definitiven) Rechtsöffnungstitel. Anders verhält es sich nur, wenn der Betreibende im Rahmen der Aberkennungsklage widerklageweise Leistungsklage erhebt. In diesem Falle gehören die Kosten der Widerklage, welche die Durchsetzung der in Betreibung gesetzten Forderung zum Gegenstand hat, nicht zu den Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG.

4. Für die Frage, welche Kosten als Betreibungskosten zu gelten haben, ist mit dem Bundesgericht danach zu unterscheiden, ob es sich um die autoritative Feststellung der Zahlungspflicht im Rahmen eines Erkenntnisverfahrens oder um die zwangsweise Durchsetzung einer Forderung handelt. Als Betreibungskosten können nur die Kosten der Zwangsvollstreckung gelten. Aufgrund dessen gelten m. E. die Kosten eines Gerichtsverfahrens dann als Betreibungskosten im Sinne von Art. 68 SchKG, wenn:

1. sich unabhängig von der Verteilung der Parteirollen einerseits der Betreibende sowie andererseits der Betriebene bzw. die Konkursmasse gegenüberstehen und
2. der Prozess der Durchsetzung und nicht der behördlichen Feststellung der Forderung dient und der Betreibende somit keinen (definitiven) Rechtsöffnungstitel erhält.

lic. iur. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Zürich