

**BStP | 2021 | Nr. 5**

Betreff:	Definitive Rechtsöffnung, Betreuungskosten
Instanz:	Bundesgericht
Entscheidungsdatum:	30. April 2021
Verfahrensnummer:	5A_446/2020

*Bei der Erstellung des definitiven Pfändungsverlustscheins nimmt das Betreibungsamt zugleich die Abrechnung der Betreuungskosten vor, welche im nunmehr abgeschlossenen Verfahren aufgelaufen sind. Diese umfassen die gesetzlichen Gebühren und die Auslagen des Betreibungsamtes. Das Total der Kosten wird in den definitiven Pfändungsverlustschein aufgenommen. Dabei handelt es sich nicht um eine blosser Mitteilung an den Gläubiger. Vielmehr wird hinsichtlich der Höhe der Betreuungskosten eine verbindliche Anordnung des Betreibungsamtes wiedergegeben, die einer Verfügung entspricht. Verpflichtet wird aus dieser Anordnung der Schuldner, der die Kosten der durchgeführten Betreuung schliesslich zu tragen hat.*

**Sachverhalt:**

A.a. Am 25. Juli 2019 stellte der Kanton Basel-Stadt, vertreten durch die Steuerverwaltung Basel-Stadt, in der gegen A. angehobenen Betreuung Nr. xxx des Betreibungsamtes Basel-Stadt beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt ein Rechtsöffnungsbegehren für die kantonalen Steuern des Jahres 2000. Er beantragte die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 10'847.90 und der provisorischen Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 184.50 sowie die Auferlegung der Betreuungskosten von Fr. 111.30 an die Schuldnerin. Eventualiter verlangte er die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 10'847.90 sowie die Auferlegung der Betreuungskosten von Fr. 295.80 an die Schuldnerin. Subeventualiter verlangte er die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 10'847.90 und den Betrag von Fr. 184.50 sowie die Auferlegung der Betreuungskosten von Fr. 111.30 an die Schuldnerin.

A.b. Das Zivilgericht erteilte dem Kanton Basel-Stadt am 20. Januar 2020 die definitive Rechtsöffnung im Umfang von Fr. 10'847.90 und wies das weitere Begehren ab.

B. Gegen diesen Entscheid wandte sich der Kanton Basel-Stadt an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. Er beantragte die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 184.50. Eventualiter seien die Betreuungskosten von Fr. 184.50 der Schuldnerin aufzuerlegen. Subeventualiter sei ihm (auch im abgewiesenen Teil) im Umfang von Fr. 184.50 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Das Appellationsgericht wies die Beschwerde am 17. April 2020 ab.

C. Der Kanton Basel-Stadt ist mit Beschwerde in Zivilsachen, eventualiter subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 3. Juni 2020 an das Bundesgericht gelangt. Der Beschwerdeführer erneuert die im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge.

Das Appellationsgericht hat unter Verzicht auf eine weitere Vernehmlassung die Abweisung der Beschwerde beantragt.

A. (Beschwerdegegnerin) hat sich nicht vernehmen lassen.

### *Erwägungen:*

2. Im vorliegenden Fall stellte das Betreibungsamt dem Beschwerdeführer am 25. Juli 2002 einen definitiven Pfändungsverlustschein über ausstehende Steuern der Beschwerdegegnerin von Fr. 10'639.40, Zins von Fr. 158.50 sowie Kosten von Fr. 184.50 (insgesamt Fr. 10'982.40) aus. Am 17. September 2018 setzte der Beschwerdeführer unter Hinweis auf eine Steuerrechnung vom 23. August 2001 und den Pfändungsverlustschein vom 25. Juli 2002 eine Forderung von Fr. 10'982.40 sowie auf eine Verfügung vom 20. Dezember 2018 Mahngebühren von Fr. 50.-- gegen die Beschwerdegegnerin in Betreibung, worauf diese Rechtsvorschlag erhob. Daraufhin ersuchte der Beschwerdeführer das Zivilgericht um Gewährung der definitiven Rechtsöffnung bzw. provisorischen Rechtsöffnung. Mit Entscheid vom 20. Januar 2020 erteilte das Zivilgericht dem Beschwerdeführer die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 10'847.90. Das weitergehende Begehren betreffend die im Pfändungsverlustschein aufgeführten Betreibungskosten (Fr. 184.50) wurde abgewiesen.

3. Anlass zur Beschwerde gibt ein Rechtsöffnungsgesuch gestützt auf den definitiven Pfändungsverlustschein für ausstehende bzw. ungedeckt gebliebene Steuerforderungen. Strittig sind insbesondere die im Pfändungsverlustschein aufgeführten Betreibungskosten des abgeschlossenen Verfahrens.

3.1. Der definitive Pfändungsverlustschein ist eine amtliche Bestätigung, dass in der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner keine oder nur ungenügende Deckung der Forderung erzielt werden konnte (Art. 149 Abs. 1 SchKG; BGE 116 III 66 E. 4a).

3.1.1. Der Pfändungsverlustschein sagt über den materiell-rechtlichen Bestand der Forderung nichts aus und bewirkt keine Novation. Indes stellt er eine Beweisurkunde dar, die für sich genommen noch keine Vermutung, aber immerhin ein Indiz für den Bestand der Forderung schafft. Zwar bezeichnet das Gesetz den Verlustschein als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG. Ungeachtet der gesetzlichen Formulierung verschafft der Pfändungsverlustschein dem Gläubiger gewisse Erleichterungen für das weitere Vorgehen gegen den Schuldner und bewirkt zudem aufgrund der Verjährungsregelung auch materiell-rechtliche Folgen (Art. 149 Abs. 2 und 3, Art. 149a Abs. 1 SchKG; BGE 144 III 360 E. 3.5.1, E. 3.5.2; 136 III 633 E. 2).

3.1.2. Die Ausstellung des Pfändungsverlustscheines erfolgt von Amtes wegen. Der Schuldner ist an diesem Vorgang nicht beteiligt, weshalb der Pfändungsverlustschein keine Schuldanerkennung im eigentlichen Sinne darstellt, sondern lediglich einer solchen gleichkommt. Der Gläubiger kann den Rechtsvorschlag aber durch Vorlegung des Verlustscheines sofort überwinden und die provisorische Rechtsöffnung erwirken (FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 1984, § 33 Rz. 15). Da dem Verlustschein immer noch die bisherige Forderung zugrunde liegt, kann der Schuldner nach wie vor sämtliche Einwände erheben (BGE 98 Ia 353 E. 2; 116 III 66 E. 4a; HUBER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 14, 41 f. zu Art. 149 SchKG; REY-MERMET, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 18 zu Art. 149 SchKG). Der Gläubiger kann sich nach wie vor auf seinen ursprünglichen Forderungstitel berufen, bestehe dieser in einer eigentlichen Schuldanerkennung oder in einem definitiven Rechtsöffnungstitel (AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 31 Rz. 18).

3.2. Die Vorinstanz schützte den Standpunkt des Rechtsöffnungsrichters, wonach für die im definitiven Pfändungsverlustschein aufgeführten Betreibungskosten weder die definitive noch die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden könne. Zudem bestehe keine Möglichkeit, diese Kosten dem Schuldner anzulasten. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid weitgehend mit ihrer bisherigen Rechtsprechung. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz in mehrfacher Weise die Verletzung von Bundesrecht vor.

3.3. Nach Ansicht des Beschwerdeführers hätte die Vorinstanz ihm in der Betreibung Nr. xxx des Betreibungsamtes Basel-Stadt die provisorische Rechtsöffnung für die Kosten der mit Verlust-

schein endenden Betreuung nicht verweigern dürfen. Er erblickt darin eine falsche Auslegung von Art. 82 i.V.m. Art. 149 Abs. 1 SchKG. Insbesondere erweise sich die Begründung, es handle sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Forderung, als unhaltbar.

3.3.1. Das Gesetz sieht in der Rechtsöffnung zwei Möglichkeiten vor, den Rechtsvorschlag des Schuldners aufzuheben. Wer eine durch öffentliche Urkunde festgestellte oder durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 SchKG vorweisen kann, ersucht das Gericht um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung. Für öffentlich-rechtliche Forderungen ist der Weg der provisorischen Rechtsöffnung verschlossen, es sei denn, dass ein besonderer Fall vorliege und eine Aberkennungsklage beim Verwaltungsgericht gegeben wäre (STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 46 zu Art. 82 SchKG; vgl. BGE 135 V 124 E. 4, als Ausnahmefall). Das Gemeinwesen hat öffentlich-rechtliche Forderungen zuerst zu verfügen und aufgrund der rechtskräftigen Verfügung ist die definitive Rechtsöffnung gemäss Art. 80 SchKG zu verlangen (Urteile 5A\_473/2016 vom 15. November 2016 E. 3.1; Urteil 5A\_896/2013 vom 8. Januar 2014 E. 1.3). Die Abwehrmöglichkeiten des Schuldners sind eng beschränkt (Art. 81 SchKG; BGE 140 III 372 E. 3.1).

3.3.2. Der Gläubiger kann während sechs Monaten nach Zustellung des Verlustscheines ohne neuen Zahlungsbefehl die Betreuung fortsetzen (Art. 149 Abs. 3 SchKG). Leitet der Gläubiger gestützt auf einen definitiven Pfändungsverlustschein eine neue Betreuung ein (was nach Ablauf von sechs Monaten erforderlich ist), und erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so braucht er für die provisorische Rechtsöffnung lediglich diesen Verlustschein vorzulegen. Um die definitive Rechtsöffnung zu erlangen, muss er überdies einen definitiven Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 80 SchKG vorweisen können (BGE 98 Ia 355 E. 2; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. II, 2000, N. 53 zu Art. 149 SchKG; STAEHELIN, a.a.O., N. 162 zu Art. 82 SchKG; HUBER, a.a.O., N. 41, 42a zu Art. 149 SchKG).

3.3.3. Der definitive Pfändungsverlustschein ändert damit nichts an der Art und Weise, wie der Rechtsvorschlag des Schuldners aufgehoben werden kann. Massgebend ist einzig die Art des Rechtsöffnungstitels. Daraus ergeben sich durchaus unterschiedliche Folgen, welche indes keine Benachteiligung des Gläubigers einer öffentlich-rechtlichen Forderung darstellen, wie der Beschwerdeführer vorbringt. Sie ergeben sich vielmehr aus dem Verfahren, welches sich am Rechtsöffnungstitel orientiert. Eine Verletzung von Bundesrecht liegt damit nicht vor, soweit der Antrag auf Gewährung der provisorischen Rechtsöffnung für die im definitiven Pfändungsverlustschein aufgeführten Betreuungskosten abgewiesen worden ist.

3.4. Für den Fall, dass die provisorische Rechtsöffnung nicht im verlangten Umfang gewährt werden sollte, verlangt der Beschwerdeführer (im Eventualantrag), dass der Beschwerdegegnerin die aus dem definitiven Pfändungsverlustschein hervorgehenden Betreuungskosten bei der Gewährung der definitiven Rechtsöffnung zusätzlich "aufzuerlegen bzw. zu überbinden" sind. Zur Begründung seines Rechtsbegehrens verweist er auf Art. 68 Abs. 1 SchKG, dessen Auslegung durch die Vorinstanz er für unrichtig hält.

3.4.1. Die Betreuungskosten sind vom Schuldner zu tragen, sofern er sich nicht erfolgreich gegen die Betreuung wehren kann. Dieselben sind vom Gläubiger vorzuschiessen (Art. 68 Abs. 1 SchKG). Zwar ist der Gläubiger berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Er trägt aber das Risiko, dass ihm die Kosten nicht ersetzt werden, falls es nicht zur Verwertung kommt (BGE 130 III 520 E. 2.2). Die Aufhebung des Rechtsvorschlags für die Kosten der laufenden Betreuung ist aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Kostenersatzpflicht des Schuldners nicht erforderlich (BGE 144 III 360 E. 3.6.2).

3.4.2. Im vorliegenden Fall geht es indes um die Kosten eines abgeschlossenen Betreibungsverfahrens in der Höhe von Fr. 184.50. Sie ergeben sich aus dem definitiven Pfändungsverlustschein vom 25. Juli 2002, den das Betreibungsamt Basel-Stadt in der Betreuung Nr. yyy gegenüber der Beschwerdegegnerin ausgestellt hat, und sind in ihrer Zusammensetzung und Höhe

nicht bestritten. Zu entscheiden ist einzig, ob diese Kosten der Beschwerdegegnerin anzulasten sind.

3.4.3. Offenbar ist der Beschwerdeführer der Ansicht, dass im Rahmen der laufenden Betreuung über die Kosten einer bereits abgeschlossenen Betreuung befunden werden kann. Er beruft sich diesbezüglich auf Art. 68 Abs. 1 SchKG, welcher vorliegend analog anzuwenden sei. Zwar trifft es zu, wie er betont, dass der Schuldner die Kosten der Betreuung zu tragen hat. Damit ist aber noch nichts gesagt, in welchem Verfahren dies zu geschehen hat. Ebenso steht nicht in Frage, dass der Vorabzug der Betreuungskosten auf die Zahlungen des Schuldners nach Art. 68 Abs. 2 SchKG sich nur auf eine laufende Betreuung beziehen kann. Der Grundsatz der Kostenpflicht des Schuldners verschafft dem Gläubiger kein Recht, diesem bereits aufgelaufene Kosten ohne weiteres zu überbinden. Insoweit trifft der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorinstanz hätte die Anwendung von Art. 68 Abs. 1 SchKG prüfen müssen, nicht zu. Ob der Antrag auf "Überbindung" der Kosten und auf Berücksichtigung in der neuen Betreuung überhaupt in den Zuständigkeitsbereich des Rechtsöffnungsrichters gehört, braucht nicht erörtert zu werden.

3.5. Der Beschwerdeführer verlangt schliesslich (im Sinne eines Subeventualantrages), ihm in der Betreuung Nr. xxx des Betreibungsamtes Basel-Stadt die definitive Rechtsöffnung auch für die im Pfändungsverlustschein aufgenommenen Betreuungskosten zu gewähren. Er macht geltend, die Vorinstanz gehe hier von einer unzutreffenden Auslegung von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 81 Abs. 1 SchKG aus.

3.5.1. Aus dem definitiven Pfändungsverlustschein gehen der in der Verwertung ungedeckt gebliebene Betrag sowie die Betreuungskosten des abgeschlossenen Verfahrens hervor. Zudem nennt er den Zeitpunkt, bis zu welchem eine Betreuung fortgesetzt werden kann, ohne dass ein neuer Zahlungsbefehl erforderlich ist. Dabei handelt es sich lediglich um einen Hinweis auf die gesetzlichen Folgen, dem kein Verfügungscharakter zukommt. Wohl können Fehler beim Erlass des Pfändungsverlustscheines mit Beschwerde gerügt werden (Art. 17 SchKG; GILLIÉRON, a.a.O., N. 31 zu Art. 149 SchKG). Hinsichtlich der eigentlichen ungedeckten Forderung stellt der definitive Pfändungsverlustschein jedenfalls keine Verfügung dar und er kann daher dem Gläubiger in einer neuen Betreuung keinen definitiven Rechtsöffnungstitel verschaffen. Um die definitive Rechtsöffnung zu erlangen, hat der Gläubiger den Titel vorzulegen, auf welchem seine Forderung beruht. Im vorliegenden Fall geht es um die rechtskräftige Veranlagung der Steuern aus dem Jahre 2001 samt Zinsen sowie um die rechtskräftige Verfügung der Inkasso-Mahngebühren, die einem gerichtlichen Entscheid gleichgestellt sind und für welche der Rechtsöffnungsrichter dem Beschwerdeführer antragsgemäss die definitive Rechtsöffnung erteilt hat (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; BGE 143 III 162 E. 2.1).

3.5.2. Nach ständiger Praxis der Vorinstanz kann für die im definitiven Pfändungsverlustschein aufgeführten Betreuungskosten keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden, da es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehle. Sie erachtet den Art. 80 SchKG im Hinblick auf die in Frage kommenden Rechtsöffnungstitel als abschliessend. Diese Bestimmung sehe für den vorliegenden Fall nichts vor. Ein solches Ergebnis erweise sich zwar als unbefriedigend. Eine Lösung müsse aber vom Gesetzgeber gefunden werden.

3.5.3. Bei der Erstellung des definitiven Pfändungsverlustscheins nimmt das Betreibungsamt zugleich die Abrechnung der Betreuungskosten vor, welche im nunmehr abgeschlossenen Verfahren aufgelaufen sind. Diese umfassen die gesetzlichen Gebühren und die Auslagen des Betreibungsamtes. Das Total der Kosten wird in den definitiven Pfändungsverlustschein aufgenommen. Dabei handelt es sich nicht um eine blosser Mitteilung an den Gläubiger. Vielmehr wird hinsichtlich der Höhe der Betreuungskosten eine verbindliche Anordnung des Betreibungsamtes wiedergegeben, die einer Verfügung gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG entspricht (zu den Kriterien vgl. BGE 143 III 162 E. 2.2.1). Sie kann mit Beschwerde nach Art. 17 SchKG bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden. Zudem hat das Betreibungsamt auf Verlangen einer Partei eine detaillierte Kostenrechnung zu erstellen (Art. 3 GebV SchKG). Verpflichtet wird aus dieser An-

ordnung der Schuldner, der gemäss Art. 68 SchKG die Kosten der durchgeführten Betreuung schliesslich zu tragen hat (vgl. FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 15 Rz. 11). Soweit in BGE 133 III 687 E. 2.3 (*obiter*) festgehalten wurde, Betreuungskosten könnten nicht Gegenstand einer gesonderten Betreuung sein, so steht dies (mit Hinweis auf die Lehre) im Zusammenhang mit einer laufenden Betreuung. Daraus lässt sich nicht schliessen, dass die im Verlustschein aufgeführten Kosten einer vollständig durchgeführten Betreuung in der auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel beruhenden Forderung gegen den Betreuungsschuldner nicht mehr durchsetzbar wären. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liegt keine vom Gesetzgeber zu korrigierende Gesetzeslücke vor.

3.5.4. Die dargelegte Ansicht entspricht der Praxis verschiedener kantonaler Gerichte. Dazu gehören insbesondere das Obergericht des Kantons Zürich (Urteil RT160175 vom 30. November 2016 E. 3.1, mit Hinweis auf den Beschluss vom 15. Dezember 2009, in: ZR 109/2010 S. 162), welches betont, dass die bisherigen Betreuungskosten nur auf diese Weise vollstreckt werden können. Das Kantonsgericht Schwyz (Urteil BEK 2017 102 vom 13. September 2017) lehnt sich im Wesentlichen an die Zürcher Praxis an. Das Tribunale d'appello des Kantons Tessin (Urteil 14.2016.154 vom 10. Januar 2017 E. 5.2, Urteil 14.2014.208 vom 23. Dezember 2014 E. 5.1) qualifiziert in entsprechender Weise die im Verlustschein aufgeführten Betreuungskosten als vom Betreibungsamt endgültig festgesetzt (vgl. JAQUES, *Giurisprudenza ticinese nelle cause giudiziarie promosse "a norma della LEF"*, BISchK 2020 S. 57; ferner STAEHELIN, a.a.O., N. 76 zu Art. 84 SchKG).

3.5.5. Im vorliegenden Fall bestehen keine Hinweise darauf, dass gegen die betriebsabschliessende Kostenrechnung des Amtes eine Beschwerde erhoben worden ist. Damit liegt eine vollstreckbare Verfügung vor (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), die zur definitiven Rechtsöffnung berechtigt. Insoweit ist die Beschwerde entsprechend dem Subeventualbegehren gutzuheissen.

4. [...]

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

1. Die Eingabe des Beschwerdeführers wird als Beschwerde in Zivilsachen entgegengenommen.
2. Die Beschwerde in Zivilsachen wird gutgeheissen und der Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 17. April 2020 vollumfänglich aufgehoben.
3. Dem Kanton Basel-Stadt (Beschwerdeführer) wird in der Betreuung Nr. xxx des Betreibungsamtes Basel-Stadt (auch im abgewiesenen Teil) die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 184.50 erteilt.

4. [...]

5. [...]

6. [...]