

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: WP180002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. A. Huizinga und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschluss vom 10. April 2019

in Sachen

Kanton Zürich,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

vertreten durch Obergericht des Kantons Zürich

gegen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdegegner

betreffend **Feststellung der Nachzahlungspflicht**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 24. September 2018
(BD180021-L)**

Erwägungen:

1.1. Mit Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 3. Dezember 2013 wurde dem Gesuchs- und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsgegner) im Ehescheidungsverfahren Prozess-Nr. FE130825-L die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt; mit gleichentags gefälltem Urteil wurde die Hälfte der Gerichtskosten, mithin Fr. 1'312.50, dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, wobei die spätere Rückforderung dieses Betrags gestützt auf Art. 123 ZPO vorbehalten wurde (Urk. 2/1; Urk. 2/3). Mit Verfügung vom 3. Februar 2014 wurde sodann die unentgeltliche Rechtsbeiständin des Gesuchsgegners für ihre Bemühungen und Auslagen im obgenannten Ehescheidungsverfahren mit Fr. 1'553.55 aus der Gerichtskasse entschädigt (Urk. 2/2-3). Im Laufe des Jahres 2018 wandte sich der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) mehrmals an den Gesuchsgegner zur Abklärung der Nachzahlungspflicht (Urk. 2/4-7). Nachdem der Gesuchsgegner auf die Schreiben des Gesuchstellers nicht reagiert hatte, reichte dieser mit Datum vom 14. August 2018 beim Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung (fortan Vorinstanz), ein Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht ein (Urk. 1). Mit Verfügung vom 30. August 2018 setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um zum Gesuch Stellung zu nehmen und seine aktuelle finanzielle Situation darzulegen unter der Androhung, dass sonst aufgrund der Akten entschieden werde (Urk. 4). Diese Verfügung konnte dem Gesuchsgegner nicht zugestellt werden (Urk. 6-7). Entsprechend nahm der Gesuchsgegner innert Frist weder Stellung zum Gesuch, noch reichte er Unterlagen ein. Mit Urteil vom 24. September 2018 wies die Vorinstanz das Gesuch des Gesuchstellers ab (Urk. 8 = Urk. 13).

1.2. Am 4. Oktober 2018 erhob der Gesuchsteller Beschwerde und stellte folgenden Antrag (Urk. 12 S. 1):

"Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 24. September 2018 sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdegegner zur Nachzahlung der ihm im Verfahren FE130825(-L) auferlegten Kosten (Gerichtskosten sowie Entschädigung der unentgeltlichen

Rechtsbeistandin) im Betrag von insgesamt Fr. 2'866.05 verpflichtet ist. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien festzulegen und dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

1.3. Mit Verfügung vom 15. Februar 2019 wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 15). Nachdem der Gesuchsgegner die Verfügung nicht abgeholt hatte (Urk. 16), erfolgte eine Zustellung über das Stadtmannamt am 25. März 2019 (Urk. 17 f.). Innert Frist zur Beschwerdeantwort liess sich der Gesuchsgegner nicht vernehmen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-11).

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt grundsätzlich das Rügeprinzip (ZK ZPO - Freiburghaus/Afheldt, Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Mängel, die geradezu ins Auge springen, kann die Beschwerdeinstanz aber auch ohne entsprechende Rüge überprüfen und korrigieren. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3. Die Vorinstanz erwog, es sei zu prüfen, ob es dem Gesuchsgegner aufgrund seiner finanziellen Lage möglich sei, die ausstehenden Kosten von Fr. 2'866.05 zu bezahlen. Gemäss Auskunft des Steueramts sei beim Gesuchsgegner für die Steuerperiode 2015 von einem satzbestimmenden Einkommen von Fr. 45'000.– und einem satzbestimmenden Vermögen von Fr. 0.– ausgegangen worden, wobei es sich um eine amtliche Einschätzung gehandelt habe. Tatsächlich erziele der Gesuchsgegner nach Angaben der kantonalen Steuerbehörden gemäss Pfändungsurkunden kein Einkommen und werde von seiner Schwester unterstützt. Dies lasse darauf schliessen, dass der Gesuchsgegner nach wie vor nicht über genügend Mittel verfüge, um die geschuldeten Kosten zu bezahlen. Folglich sei das Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO abzuweisen (Urk. 13 S. 3).

4. Der Gesuchsteller rügt mit Beschwerde, dass, obwohl der Gesuchsgegner auf die Aufforderung durch die Vorinstanz nicht reagiert habe, letztere sein Gesuch abgewiesen habe. Die in Art. 119 ZPO statuierte Mitwirkungspflicht gelte im Nachzahlungsverfahren analog und eine Verletzung der Mitwirkungspflicht führe im Nachzahlungsverfahren zur Bejahung der Nachzahlungsfähigkeit und -pflicht. Bereits aus diesem Grund sei die finanzielle Bedürftigkeit des Gesuchsgegners zu verneinen (Urk. 12 S. 2 f.). Daran würden auch die Feststellungen der Vorinstanz, wonach der Gesuchsgegner über ein jährliches Einkommen von Fr. 45'000.– und kein Vermögen verfüge, nichts ändern. Zum einen stammten die Daten aus dem Steuerjahr 2015, massgebend seien jedoch die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Zum anderen würde es sich lediglich um eine amtliche Einschätzung des Steueramts handeln, die Zahlen seien also in keiner Weise belegt. Unerheblich sei ausserdem die Bemerkung des Steueramts, wonach der Gesuchsgegner gemäss Pfändungsurkunden kein Einkommen erziele und von seiner Schwester unterstützt werde. Ein Verlustschein stelle lediglich eine Bestätigung dar, dass in einer Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner keine oder ungenügende Deckung der Forderung erzielt worden sei. Verlustscheine, die einige Zeit zurücklägen, würden jedoch die Bedürftigkeit ebenso wenig belegen wie etwa eine Konkursöffnung (Urk. 12 S. 3).

5. Gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO ist eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 123 Abs. 2 ZPO). Die Verordnung des Obergerichts über das Rechnungswesen der Bezirksgerichte und des Obergerichts sowie über das Zentrale Inkasso vom 9. April 2003 regelt in § 7 Abs. 1, dass die Zentrale Inkassostelle am Obergericht regelmässig prüft, ob Parteien, denen die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, zur Nachzahlung im Sinne von Art. 123 ZPO verpflichtet werden können. Leisten die Parteien entsprechende Nachforderungen nicht freiwillig, stellt sie beim zuständigen Gericht Antrag auf Erlass eines nachträglichen Entscheides (§ 7 Abs. 2).

6.1. Der Einwand des Gesuchstellers, die Nachzahlungsfähigkeit und -pflicht des Gesuchsgegners sei schon deshalb zu bejahen, weil dieser seine Mitwirkungspflicht verletzt habe, geht fehl. Stellt das Gericht eine Vorladung, eine Verfügung oder einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; sog. Zustellungsfiktion). Wie Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ausdrücklich festhält, kann die Zustellung eines behördlichen Aktes nur dann fingiert werden, wenn der Empfänger mit einer Zustellung rechnen musste. Nach der Rechtsprechung entsteht indessen erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Diese prozessuale Pflicht entsteht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 138 III 225 E. 3.1; BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz in Anwendung von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht von der Zustellung der Verfügung vom 30. August 2018 an den Gesuchsgegner ausgehen (Urk. 13 S. 3), wurde diesem doch bis dahin im vorinstanzlichen Verfahren noch kein Schriftstück zugestellt. Entsprechend musste der Gesuchsgegner nicht mit einer Zustellung rechnen. Mangels korrekter Zustellung der Erstverfügung konnte auch die nachfolgende Zustellung des angefochtenen Urteils vom 24. September 2018 (Urk. 13) nicht fingiert werden. Indem die Vorinstanz nach der erfolglosen einmaligen Zustellung der ersten prozessleitenden Verfügung ohne Weiteres deren Zustellung fingierte, wendete sie das Recht (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) unrichtig an (Art. 320 lit. a ZPO).

Mangels rechtsgenügender Zustellung der Verfügung vom 30. August 2018 (Urk. 4 und Urk. 6 f.) wurde dem Gesuchsgegner vor Fällung des Urteils weder das Gesuch des Gesuchstellers zur Kenntnis gebracht, noch Gelegenheit zur Stellungnahme dazu gegeben. Darin liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) bzw. des Rechts auf ein faires Verfahren

(Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Auf Seiten des Gesuchstellers wurde zudem der Anspruch auf Mitwirkung des Gesuchsgegners vereitelt. Dieser offensichtliche und als solcher auch ohne ausdrückliche Rüge in der Beschwerdeschrift beachtliche Mangel führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

6.2. Die Vervollständigung des Sachverhalts kann aufgrund des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden (Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. vorstehend E. 2). Eine Heilung der Gehörsverletzung fällt damit ausser Betracht, weshalb das Verfahren nicht zur Spruchreife geführt werden kann. Es wird Aufgabe der Vorinstanz sein, die rechtsgenügende Zustellung des verfahrenseinleitenden Gesuchs vom 14. August 2018 samt Beilagen (Urk. 1, Urk. 2/1-8) an den Gesuchsgegner mit Fristansetzung zur Stellungnahme nachzuholen und hernach über das Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht gestützt auf die tatsächlichen Vorbringen der Parteien neu zu entscheiden. Die Sache ist deshalb zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

7. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt Fr. 2'866.05. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen. Die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie der Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung bleibt dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 24. September 2018 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.

3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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. 82 ff. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'866.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
sf