

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: WP190001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 19. Juli 2019

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

Kanton Zürich,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Obergericht des Kantons Zürich,
Zentrale Inkassostelle der Gerichte,

betreffend **Feststellung der Nachzahlungspflicht**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 12. Februar 2019
(BD180029-F)**

Erwägungen:

1.1 Mit Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 29. Oktober 2008 wurde dem Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) im Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils Geschäfts-Nr. FP070005/U die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Mit gleichentags ergangenem Urteil wurden ihm die Hälfte der Gerichtskosten, mithin Fr. 17'974.90, auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Dabei wurde die spätere Rückforderung dieses Betrages gestützt auf § 92 ZPO/ZH vorbehalten (Urk. 2/1 S. 3 f.). Mit Verfügung vom 12. Februar 2009 wurde sein unentgeltlicher Rechtsvertreter für seine Bemühungen und Auslagen im obgenannten Abänderungsverfahren mit Fr. 15'191.85 entschädigt. Auch hier wurde die Rückforderung des ausbezahlten Betrages gestützt auf § 92 ZPO/ZH vorbehalten (Urk. 2/2 S. 2). Im Laufe des Jahres 2018 wandte sich der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) mehrmals an den Gesuchsgegner zur Abklärung der Nachzahlungspflicht (Urk. 2/3-4; Urk. 2/6). Da der Gesuchsgegner auf die Schreiben des Gesuchstellers nicht reagierte, reichte dieser mit Schreiben vom 11. Dezember 2018 (per Kurier am 14. Dezember 2018 überbracht) bei der Vorinstanz ein Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht ein (Urk. 1; Urk. 2/1-7).

1.2 Mit Verfügung vom 12. Februar 2019 entschied die Vorinstanz über das genannte Gesuch wie folgt (Urk. 7 S. 4 f. = Urk. 12 S. 4 f.):

1. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner zur Nachzahlung der ihm mit Urteil FP070005/U vom 29. Oktober 2008 auferlegten Gerichtskosten von Fr. 17'974.90 sowie für das seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter mit Verfügung vom 12. Februar 2009 ausgerichtete Honorar von Fr. 15'191.85 an den Gesuchsteller verpflichtet ist.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und dem Gesuchsgegner auferlegt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Dem Gesuchsteller wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. (Schriftliche Mitteilung).

5. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

1.3 Mit Schreiben vom 22. Februar 2019 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 25. Februar 2019) erhob der Gesuchsgegner innert Frist "Beschwerde" mit dem sinngemässen Antrag auf Abweisung des Gesuchs um Feststellung der Nachzahlungspflicht (Urk. 11).

2. Mit Präsidialverfügung vom 3. Juni 2019 wurde die als Beschwerde bezeichnete Rechtsmitteleingabe als Berufung entgegengenommen. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsteller 10 Tage Frist zum Erstellen der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 16 S. 2). Diese wurde am 14. Juni 2019 mit dem sinngemässen Antrag auf Abweisung der Berufung fristgerecht eingereicht (Urk. 17). Mit Verfügung vom 18. Juni 2019 wurde dem Gesuchsgegner die Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 18 S. 2). Es folgten keine weiteren Eingaben.

3.1 Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungskläger hat im Einzelnen darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll (Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm, 3. A., Art. 311 N 36). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die in Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Bei unechten Noven hat die novenwillige Partei genau zu begründen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte bzw. vorgebracht wurde. Dabei hat die betroffene Partei substantiiert darzulegen, dass und inwiefern sie vor erster Instanz mit der zumutbaren Sorgfalt prozessiert hat, indes trotzdem nicht in der Lage bzw. gehalten war, die Tatsache bzw. das Beweismittel in das erstinstanzliche Verfahren einzubringen (Reetz/Hilber in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm, 3. A., Art. 317 N 61). Das Be-

rufungsverfahren dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können (Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 3).

3.2.1 Der Gesuchsgegner macht geltend, die Vorinstanz gehe zu Unrecht von seiner Säumnis aus (Urk. 11). Er habe innert Frist am 15. Januar 2019 ein Gesuch um Erstreckung der Frist gestellt. Dieses habe er per Einschreiben versandt. Es scheine, dass sein Schreiben bei der Vorinstanz nicht angekommen sei. So habe er dieses statt an die Vorinstanz an den Vertreter des Gesuchstellers, d.h. an die Zentrale Inkassostelle der Gerichte, geschickt. Am 16. Januar 2019 sei das Schreiben der Gegenpartei zugestellt worden. Die Adresse der Gegenpartei habe er der Titelseite der Verfügung der Vorinstanz vom 8. Januar 2019 entnommen. Dabei handle es sich um ein Versehen. Es sei für ihn als Laien nicht leicht ersichtlich gewesen, da es sich bei der Gegenpartei auch um eine Abteilung des Zürcher Gerichtssystems handle. Er gehe davon aus, dass die Gegenpartei als unzuständige Behörde sein Gesuch hätte weiterleiten sollen, zumal man dem Schreiben ohne Weiteres habe entnehmen können, dass es sich um ein Fristerstreckungsgesuch handle (Urk. 11).

3.2.2 Der Gesuchsteller hielt fest, dass sich kein vom Gesuchsgegner mit Schreiben vom 15. Januar 2019 an das Obergericht gesandte Fristerstreckungsgesuch bei den Inkassoakten befinde. Falls ein solches Couvert an die Zentrale Inkassostelle adressiert gewesen sein sollte, wäre das Schreiben zu seinem Bedauern in Verstoß geraten. Ansonsten wäre das Fristerstreckungsgesuch selbstverständlich an die Vorinstanz weitergeleitet worden, auch wenn die Schweizerische Zivilprozessordnung keine entsprechende Pflicht statuiere. Ohnehin sei darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsgegner seine finanzielle Situation, insbesondere auch sein Vermögen, in der Berufungseingabe noch immer nicht transparent dargelegt habe. Die beigelegte Vermögensübersicht der B._____ Bank sei dafür weder geeignet noch sei sie aktuell (Urk. 17).

3.2.3 Mit Verfügung vom 8. Januar 2019 setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner – unter Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf Stellungnahme angenommen und aufgrund der Akten entschieden werde – eine einmal erstreckbare Frist von 10 Tagen an, um zum Gesuch des Gesuchstellers Stellung zu

nehmen. Sodann forderte sie den Gesuchsgegner auf, mit seiner Stellungnahme vollständig Auskunft über seine Einkommens-, Vermögens- und Bedarfsverhältnisse zu geben und entsprechende, aktuelle Belege dazu einzureichen (Urk. 4 S. 2 f.). Diese Verfügung wurde vom Gesuchsgegner am 9. Januar 2019 persönlich in Empfang genommen (Urk. 6). Demzufolge lief die Frist am 21. Januar 2019 ab (Art. 142 Abs. 1 ZPO; Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO). Weder findet sich in den vorinstanzlichen Akten ein Fristerstreckungsgesuch noch eine Stellungnahme. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners ist eine Partei nicht verpflichtet, die Gegenpartei auf Irrtümer aufmerksam zu machen, die diese bei gehöriger Aufmerksamkeit selber wahrnehmen könnte. Niemand ist gehalten, im Interesse des Gegners umsichtiger zu sein, als dieser ist und sein kann (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 52 ZPO N 23 mit Verweis auf BGE 105 II 149 E. 3). Demzufolge war der Gesuchsteller nicht verpflichtet, allenfalls versehentlich bei ihm eingegangene Schreiben weiterzuleiten. Dies hat auch dann zu gelten, wenn es sich bei der Gegenpartei um den Staat und bei dessen Vertreter um eine staatliche Behörde handelt. Bleibt darauf hinzuweisen, dass das Schreiben des Gesuchsgegners keinerlei Bezug auf ein gerichtliches Verfahren nahm, sondern lediglich die Referenz Nr. ... enthielt (vgl. Urk. 14/2). Dabei handelte es sich jedoch nicht um die Geschäftsnummer des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern um diejenige der Inkassostelle. Die vorinstanzliche Verfahrensnummer fehlt gänzlich. Sodann enthielt das Schreiben auch keinen Hinweis auf ein gerichtliches Verfahren, so dass ein Zusammenhang offensichtlich erschiene. Schliesslich bleibt zu beachten, dass die Bestätigung und Quittung der Schweizerischen Post lediglich den Hinweis enthält, dass das Obergericht des Kantons Zürich Empfänger eines Einschreibens vom 15. Januar 2019 ist. Damit ist nicht erstellt, dass das besagte Fristerstreckungsgesuch auch tatsächlich an die Vertretung des Gesuchstellers, d.h. die Zentrale Inkassostelle des Obergerichts des Kantons Zürich, adressiert gewesen war. Demzufolge kann der Gesuchsgegner hieraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Es kann demnach offenbleiben, ob der Gesuchsgegner besagtes Schreiben tatsächlich erhalten hat oder nicht. Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz demnach zu Recht von der

Säumnis des Gesuchsgegners aus und entschied androhungsgemäss gestützt auf die Akten (vgl. Urk. 12 S. 3).

3.2.4 Selbst wenn a) von einer Weiterleitungspflicht und b) einer tatsächlichen Adressierung der Sendung mit dem behaupteten Inhalt an die Inkassostelle auszugehen wäre, kann der Gesuchsgegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dies aus nachfolgendem Grund: Der Gesuchsgegner beruft sich auf die Weiterleitungspflicht der Inkassostelle am Obergericht. Art. 48 Abs. 3 BGG (zu dessen analogen Anwendbarkeit im Zivilprozess: BGE 140 III 636; vgl. auch § 5 Abs. 2 VRG/ZH) entbindet die Parteien nicht von der Obliegenheit zur sorgfältigen Prozessführung. Art. 48 Abs. 3 BGG ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben und des Verbots übertriebener Formstrenge; er will vermeiden, dass eine Partei, die aufgrund von Zweifeln, irreführender Rechtsmittelbelehrung, Rechtsunkenntnis oder faktischer Unmöglichkeit eine für das Bundesgericht bestimmte Eingabe bei einer unzuständigen Behörde einreicht, um ihr Recht gebracht wird. Wer bewusst oder trölerisch seine Eingabe an eine unzuständige Behörde richtet, kann sich nicht auf die Weiterleitungspflicht berufen (BGer 2C_462/2014 vom 24. November 2014, E. 3.2 m.w.H.; BSK BGG-Amstutz/Arnold, Art. 48 N 23a). Nachdem der Gesuchsgegner vom Bezirksgericht bereits schriftlich kontaktiert (Urk. 3/2 mit Hinweis darauf, dass die Parteien sämtliche Anfragen und Eingaben an die obgenannte Abteilung unter Angabe der Geschäfts-Nummer einzureichen haben) und ihm Frist zur Stellungnahme angesetzt worden war (Urk. 4), muss das Verhalten des Gesuchsgegners, der das Fristerstreckungsgesuch ohne Angabe einer Geschäfts-Nr., der verfügenden Behörde und ohne Bezugnahme auf die vorinstanzliche Verfügung oder auf ein laufendes Gerichtsverfahren an die Zentralstelle richtete, als grobe prozessuale Unsorgfalt taxiert werden. Indem der Gesuchsgegner unbesehen "die Adresse [des Gesuchstellers] der Titelseite der entsprechenden Verfügung" entnahm (Urk. 11), ohne sich genauere Rechenschaft über die zuständige Behörde für seine Eingabe zu geben, nahm er gleichsam in Kauf, dass sein Fristerstreckungsgesuch nicht an die Vorinstanz gelangte.

3.2.5 Demgemäss sind die erstmals im Berufungsverfahren getätigten Vorbringen des Gesuchsgegners zu seinen finanziellen Verhältnissen verspätet (Urk. 11; Urk. 14/1-7); es handelt sich dabei um unechte Noven, die unbeachtlich sind. Wie dargelegt, ist die Möglichkeit, im Berufungsverfahren Noven vorzubringen, beschränkt (vgl. vorstehend E. 2.1). Die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO sind vorliegend nicht erfüllt. Dem Gesuchsgegner wäre es nach Erhalt der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. Januar 2019 ohne Weiteres zumutbar gewesen, sich innert 10-tägiger Frist mit der Vorinstanz in Verbindung zu setzen und die Belege zu seinen aktuellen finanziellen Verhältnissen einzureichen. Entsprechend ist darauf nicht weiter einzugehen. Es kann demzufolge auch offenbleiben, ob die eingereichten Belege zur Darlegung der finanziellen Verhältnisse genügen.

3.2.6 Wollte der Gesuchsgegner mit seinen Einwendungen ein Wiederherstellungsgesuch der ihm mit Verfügung vom 8. Januar 2019 angesetzten Frist stellen, wäre darauf mangels Zuständigkeit nicht einzutreten: Der Entscheid obläge derjenigen Instanz, vor welcher die versäumte Frist zu wahren bzw. der Termin einzuhalten gewesen wäre (BSK ZPO-Gozzi, Art. 149 N 2 f.; Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 148 N 37; KUKO ZPO-Hoffmann-Nowotny, Art. 149 N 3). Entsprechend hätte der Gesuchsgegner ein solches Gesuch bei der Vorinstanz stellen müssen, und ist diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten.

3.3 Damit ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die Verfügung der Vorinstanz vom 12. Februar 2019 ist zu bestätigen.

4.1 Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Kostenfreiheit im Verfahren um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (nur) für das Gesuchsverfahren vor der ersten oder zweiten Instanz (BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Diese höchstrichterliche Rechtsprechung lässt sich vorliegend auf das Nachzahlungsverfahren übertragen (BGE 137 III 470 E. 6.5.3). Für das Rechtsmittelverfahren sind demnach Kosten festzusetzen. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und dem unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2 Mangels eines entsprechenden Antrages ist dem Gesuchsteller für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 12. Februar 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage je einer Kopie der Urk. 11 und Urk. 14/1-7, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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) 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. 33'166.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc