

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: WP200001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

## **Beschluss vom 2. April 2020**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

**Kanton Zürich,**

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

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

betreffend **Feststellung der Nachzahlungspflicht**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 19. Dezember 2019  
(BD190016-F)**

**Erwägungen:**

1. a) Mit Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 27. Januar 2010 wurde der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchsgegnerin) im Verfahren betreffend Ehescheidung (Prozess-Nr. FE090349) die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, wobei die spätere Nachzahlungspflicht gestützt auf § 92 der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich (nachfolgend ZPO/ZH) vorbehalten wurde. Mit gleichentags gefällttem Urteil wurde die Hälfte der Gerichtskosten des unbegründeten Urteils, nämlich Fr. 1'400.–, der Gesuchsgegnerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 2/1). Im Laufe des Jahres 2019 wandte sich der Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) mehrmals an die Gesuchsgegnerin zur Abklärung der Nachzahlungspflicht (Urk. 2/3-4 und Urk. 2/6). Nachdem die Gesuchsgegnerin auf die Schreiben des Gesuchstellers nicht reagiert hatte, reichte Letzterer mit Datum vom 15. November 2019 beim Bezirksgericht Winterthur (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO über eine Forderung von Fr. 1'400.– ein (Urk. 1). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2019 hiess die Vorinstanz das Gesuch um Nachzahlung gut und verpflichtete in der Folge die Gesuchsgegnerin, die ihr im Scheidungsverfahren FE090349 mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 27. Januar 2010 auferlegten und einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen Kosten von insgesamt Fr. 1'400.– nachzuzahlen (Urk. 5 = Urk. 8).

b) Mit Eingabe vom 16. Januar 2020, zur Post gegeben am 17. Januar 2020, erhob die Gesuchsgegnerin Beschwerde, mit welcher sie sinngemäss geltend macht, sie verfüge weder über Einkommen noch über Vermögen. Es sei zwar korrekt, dass sie die Mitwirkungspflicht verletzt habe, aber dies sei aus gesundheitlichen Gründen geschehen. Die Auskunft des Steueramtes Winterthur über ihre finanziellen Verhältnisse sei nicht korrekt. Seit der Geburt ihres Sohnes B. \_\_\_\_\_ im Jahr 2013 habe sie nicht mehr gearbeitet (Urk. 7).

c) Mit Verfügung vom 31. Januar 2020 wurde dem Gesuchsteller Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 10). Innert Frist teilte dieser mit, dass er auf

eine Beschwerdeantwort verzichte (Urk. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-6).

2. a) Die Gesuchsgegnerin hat ihre Beschwerde innert der in der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung angegebenen Frist von 30 Tagen (Urk. 8 S. 4, Dispositiv-Ziffer 5) erhoben, erfolgte doch die Zustellung der angefochtenen Verfügung an die Gesuchsgegnerin am 24. Dezember 2019 (Urk. 6) und hat sie ihre Beschwerde am 17. Januar 2020 der schweizerischen Post übergeben (Urk. 7, angehefteter Umschlag). Beim Nachzahlungsverfahren handelt es sich indessen um ein summarisches Verfahren (Jent-Sørensen/Weber, Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO, SJZ 114 [2018] Nr. 20 S. 472; BK ZPO-Bühler, Art. 123 N 21), weshalb der Entscheid innert 10 Tagen mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 321 Abs. 2 ZPO).

b) Zu prüfen ist, ob die Gesuchsgegnerin die Folgen aus der hier erfolgten falschen Rechtsmittelbelehrung zu tragen hat. Die Rechtsprechung zu Art. 49 BGG und Art. 5 Abs. 3 BV lautet dahingehend, dass der Vertrauensschutz, wonach einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung kein Nachteil erwachsen darf, nur derjenige beanspruchen darf, der sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Insbesondere gilt kein Vertrauensschutz, wenn der Mangel der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtssuchenden bzw. seinen Rechtsvertreter schon durch Konsultieren der massgebenden Verfahrensbestimmungen ersichtlich gewesen wäre. Sodann ist eine anwaltlich vertretene Partei einer rechtsunkundigen oder auch nicht rechtskundig vertretenen Partei nicht gleichzustellen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1 mit Verweis auf BGE 134 I 199 E. 1.3.1, BGE 129 II 125 E. 3.3, mit je weiteren Hinweisen; ZK ZPO-Staehelin, Art. 238 N 27; BK ZPO-Hurni, Art. 52 N 25; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 52 N 14 ff.).

c) Die Gesuchsgegnerin war weder vor Vorinstanz noch im vorliegenden Beschwerdeverfahren anwaltlich vertreten; auch ist sie rechtsunkundig. Hinzu kommt, dass sich aus der anwendbaren gesetzlichen Bestimmung (Art. 123 ZPO)

nicht ohne weiteres ergibt, dass es sich beim Nachforderungsverfahren um ein summarisches Verfahren handelt und damit die Beschwerdefrist nicht 30 Tage, sondern lediglich 10 Tage beträgt (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Vertrauen der Gesuchsgegnerin in die falsche Rechtsmittelbelehrung ist daher zu schützen. Es kann ihr nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen – wie belehrt – statt innert 10 Tagen erhoben hat. Entsprechend ist auf die Beschwerde einzutreten.

3. a) Auf das vorliegende Verfahren kommt – obwohl es sich um die Rückforderung von Prozesskostenhilfe dreht, die unter altem, kantonalem Recht gewährt worden war – die schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung. Die materiellen Voraussetzungen der Nachforderungen sind indes nach § 92 ZPO/ZH zu beurteilen (vgl. zum Ganzen *OGer ZH LC150025-O vom 18. Januar 2016 E. II.6.*).

b) Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid mit einem Streitwert von weniger als Fr. 10'000.–, weshalb dagegen die Beschwerde zulässig ist (Art. 319 lit. a und Art. 308 ZPO). 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), das heisst 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).

4. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchsgegnerin habe gemäss Auskunft des Steueramtes Winterthur im Jahr 2018 über ein steuerbares Einkommen von Fr. 87'300.– und über ein Vermögen von Fr. 15'000.– verfügt. Die Gesuchsgegnerin habe sodann keinerlei Angaben zu ihrer finanziellen Situation gemacht und keine Unterlagen zu ihren Einkünften und ihrem monatlichen Bedarf eingereicht.

Mit diesem Versäumnis habe sie ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Infolgedessen sei die Nachzahlungspflicht der Gesuchsgegnerin zu bejahen, und sie sei zur Nachzahlung zu verpflichten (Urk. 8 S. 3).

5. Eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, ist zur Nachzahlung verpflichtet, wenn sie in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt (§ 92 ZPO/ZH) bzw. sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO). 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 der erwähnten Verordnung).

6. a) Die Vorinstanz erwog, die Gesuchsgegnerin habe die Verfügung vom 19. November 2019, mit welcher die Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme zum Nachforderungsgesuch aufgefordert wurde, nicht abgeholt. Weder habe sie innert Frist eine Stellungnahme noch irgendwelche Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation eingereicht, weshalb androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden sei (Urk. 8 S. 2).

b) 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, das heisst 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 19. November 2019 an die Gesuchsgegnerin ausgehen, wurde dieser doch bis dahin im vorinstanzlichen Verfahren noch kein Schriftstück zugestellt. Entsprechend musste die Gesuchsgegnerin nicht mit einer Zustellung rechnen. Mangels korrekter Zustellung der Erstverfügung durfte die Vorinstanz auch nicht die Säumnisfolgen - Entscheid aufgrund der Akten - eintreten lassen. 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).

c) Mangels rechtsgenügender Zustellung der Verfügung vom 19. November 2019 (Urk. 3 und Urk. 4) wurde der Gesuchsgegnerin vor Erlass der Verfügung vom 19. Dezember 2019 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 der Gesuchsgegnerin vereitelt. Dieser offensichtliche und als solcher auch ohne ausdrückliche Rüge in der Beschwerdeschrift beachtliche Mangel führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

d) Die Vervollständigung des Sachverhalts kann aufgrund des umfassenden Novenverbots im Beschwerdeverfahren nicht nachgeholt werden (Art. 326 Abs. 1 ZPO; vgl. vorstehend E. 3.b). 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 15. November 2019 samt Beilagen (Urk. 1, Urk. 2/1-8) an die Gesuchsgegnerin, die nunmehr Kenntnis vom Verfahren hat

und mit Zustellungen rechnen muss, mit Fristansetzung zur Stellungnahme und zum Einreichen aktueller Belege zu ihren finanziellen Verhältnissen 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. Bei diesem Ausgang rechtfertigt es sich, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht in solchen Fällen nicht. Auch hat keine Partei eine Entschädigung (Art. 95 Abs. 3 ZPO) beantragt, weshalb keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 19. Dezember 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage einer Kopie von Urk. 11, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

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 Be-

schwerde 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'400.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. April 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:  
sf