

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: WP200003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur.  
Ch. von Moos Würgler und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga  
sowie Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

## Urteil vom 5. August 2020

in Sachen

**Kanton Zürich,**

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Zentrale Inkassostelle der Gerichte

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

betreffend **Feststellung der Nachzahlungspflicht**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen  
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 27. April 2020 (BD200002-C)**

## Erwägungen:

### I.

1. a) Mit Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 20. April 2009 wurden dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) im Eheschutzverfahren Geschäfts-Nr. EE090011-C Gerichtskosten von Fr. 3'315.– auferlegt und zufolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen (Urk. 2/1). Zudem wurde ihm im gleichen Verfahren die unentgeltliche Rechtsbeistandung gewährt und sein Vertreter mit Fr. 4'555.15 aus der Gerichtskasse entschädigt (Urk. 2/2-3).

b) Für das darauf folgende Scheidungsverfahren des Gesuchsgegners, welches ebenfalls am Bezirksgericht Bülach durchgeführt wurde (Geschäfts-Nr. FE090246-C), sowie das anschliessende Berufungsverfahren am Obergericht des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr. LC100042-O) auferlegte die Kammer dem Gesuchsgegner mit Urteil vom 10. Februar 2011 die erst- und zweitinstanzlichen Gerichtskosten je zur Hälfte und damit für das erstinstanzliche Verfahren im Umfang von Fr. 3'345.– sowie für das zweitinstanzliche Verfahren Fr. 1'593.75. Aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege wurden die Gerichtskosten beider Verfahren ebenfalls vorerst auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 2/4-5). Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Gesuchsgegners wurde schliesslich mit Beschluss der Kammer vom 6. April 2011 für seine Bemühungen und Barauslagen im erst- und zweitinstanzlichen Scheidungsverfahren mit Fr. 11'019.– entschädigt (Urk. 2/6).

2. Im Laufe des Jahres 2019 wandte sich der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) mehrmals an den Gesuchsgegner zur Abklärung der Nachzahlungspflicht (Urk. 2/9-13). Nachdem der Gesuchsgegner gemäss Darstellung des Gesuchstellers auf dessen Schreiben nicht reagiert hatte, reichte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 14. Februar 2020 beim Bezirksgericht Bülach ein Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht von gesamthaft Fr. 23'827.90 ein (Urk. 1). Mit Verfügung vom 21. Februar 2020 setzte die Vorinstanz dem Ge-

suchsgegner Frist an, um zum Gesuch Stellung zu nehmen (Urk. 3), welche ihm am 4. März 2020 zugestellt wurde (Urk. 4). Der Gesuchsgegner liess sich hierzu nicht vernehmen.

3. Mit Urteil vom 27. April 2020 entschied die Vorinstanz über das genannte Gesuch wie folgt (Urk. 5 S. 4 = Urk. 10 S. 4):

„1. Es wird die Nachzahlungspflicht des Gesuchsgegners gegenüber dem Kanton Zürich / Zentrale Inkassostelle der Gerichte im Betrag von Fr. 3'600.–, zahlbar in monatlichen Raten zu Fr. 300.–, gemäss Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Bülach vom 20. April 2009 (Geschäfts-Nr. EE090011) festgestellt. Im Mehrbetrag wird der Antrag auf Feststellung der Nachzahlungspflicht des Gesuchsgegners abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.

3. (Mitteilung.)

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

4. Hiergegen erhob der Gesuchsteller am 8. Mai 2020 rechtzeitig (vgl. Urk. 6) Beschwerde und stellte folgenden Antrag (Urk. 9 S. 1):

"Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 27. April 2020 (Geschäfts-Nr. BD200002-C) sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass der Gesuchsgegner zur Nachzahlung der aus den Verfahren EE090011-C, FE090246-C und LC100042-O offenen Kosten (Gerichtskosten sowie Entschädigung für den unentgeltlichen Rechtsbeistand) von Fr. 23'827.90 verpflichtet ist, unter Kostenfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

5. Mit Verfügung vom 28. Mai 2020, welche dem Gesuchsgegner am 9. Juni 2020 zugestellt werden konnte, wurde ihm Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 12 mit angehefteter Sendungsnachverfolgung). Auch hierzu liess sich der Gesuchsgegner innert Frist nicht vernehmen.

6. Mit Verfügung vom 8. Juli 2020 wurde den Parteien eröffnet, dass das als Beschwerde bezeichnete Rechtsmittel des Gesuchstellers als Berufung entgegen genommen und das Rubrum entsprechend angepasst wurde. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsgegner Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 13). Diese als Gerichtsurkunde versandte Verfügung holte der Gesuchsgegner nicht ab (Urk. 14).

6.1. Vorliegend greift aber die Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Danach gilt die Postsendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, wenn die eingeschriebene Postsendung – wie vorliegend (vgl. Sendenachverfolgung Urk. 14) – nicht abgeholt wird und der Adressat mit einer solchen rechnen musste. Die Parteien sind verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Dies ist während eines laufenden Verfahrens der Fall, es sei denn, der letzte Kontakt mit dem Gericht liege längere Zeit (mehr als ein Jahr) zurück (BK ZPO-Frei, Art. 138 N 24; BSK ZPO-Gschwend, Art. 138 N 17 ff., Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 53, ZK ZPO-Staehelin, Art. 138 N 8 ff.).

6.2. Da dem Gesuchsgegner die Verfügung vom 28. Mai 2020 am Postschalter zugestellt werden konnte (vgl. E. I.5.) und er somit vom Rechtsmittelverfahren Kenntnis hatte, musste er mit weiteren zeitnahen Zustellungen rechnen, weshalb die Verfügung vom 8. Juli 2018 auch für den Gesuchsgegner als erfolgt gilt.

7. Weitere Eingaben der Parteien gingen nicht ein. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-8). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

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).

2. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, der Gesuchsgegner habe die Ermittlung seiner aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse verunmöglicht, indem er nicht auf die Aufforderung des Gerichts zur Stellungnahme reagiert habe. Ungeachtet dessen seien seine aktenkundigen tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. In der Folge stellte die Vorinstanz gestützt auf die vom Gesuchsteller eingereichte Steuerauskunft über das steuerbare Einkommen des Gesuchsgegners im Jahr 2018 (Urk. 2/11) sowie dem geschätzten Notbedarf des Gesuchsgegners seine Nachzahlungspflicht im Betrag von Fr. 3'600.– fest (Urk. 10 S. 3 f.).

3. Der Gesuchsteller rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe sein Gesuch nicht vollumfänglich gutgeheissen, obwohl der Gesuchsgegner nicht auf die Aufforderung der Vorinstanz zur Mitwirkung reagiert habe. Die von ihm, dem Gesuchsteller, eingeholte Steuerauskunft habe lediglich als Richtschnur gedient, ob er ein Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht überhaupt einreichen solle. Er sei nicht verpflichtet gewesen, sie ebenfalls einzureichen. Entscheidend sei aber, dass die in Art. 119 ZPO statuierte Mitwirkungspflicht im Nachzahlungsverfahren analog gelte und eine Verletzung der Mitwirkungspflicht zur Bejahung der Nachzahlungsfähigkeit und -pflicht führe. Zudem habe die Vorinstanz das Gesuch auf der Grundlage einer veralteten Steuerauskunft sowie einer geschätzten Notbedarfsberechnung mehrheitlich abgewiesen und damit die Untersuchungsmaxime verletzt. Der mit Mängeln behaftete Entscheid sei aufzuheben und die Nachzahlungspflicht des Gesuchsgegners aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht für den Gesamtbetrag festzustellen (Urk. 9 S. 3 f.).

4. 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 Zentrale Inkassostelle am Obergericht des Kantons Zürich prüft regelmässig, 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 Verordnung des Obergerichts über das Rechnungswesen der Be-

zirksgerichte und des Obergerichts sowie über das zentrale Inkasso vom 9. April 2003 [LS 211.14]).

5. Die Einwände des Gesuchstellers sind berechtigt. Das Nachzahlungsverfahren untersteht der Official- und Untersuchungsmaxime (Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, 2019, N 1082; BK ZPO-Bühler, Art. 123 N 36 f.). Die für das Bewilligungsverfahren bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege statuierte Mitwirkungspflicht der gesuchstellenden Partei (Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO) gilt im Nachzahlungsverfahren analog. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht führt im Nachzahlungsverfahren zur Bejahung der Nachzahlungsfähigkeit und der Nachzahlungspflicht (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 123 N 6; BK ZPO-Bühler, Art. 123 N 38 f.). Aus der Mitwirkungspflicht folgt, dass die betreffende Partei verpflichtet ist, ihre Einkünfte, Vermögenssituation und Schuldverpflichtungen vollständig und klar darzustellen sowie – soweit möglich – durch Urkunden zu belegen. Diese Gelegenheit verpasste der Gesuchsgegner vor Vorinstanz, obschon er mit Verfügung vom 21. Februar 2020 ausdrücklich aufgefordert wurde, seine aktuellen finanziellen Verhältnisse darzulegen. Die Aufforderung erfolgte zudem unter Androhung, dass bei Säumnis Verweigerung bei der Feststellung der finanziellen Verhältnisse angenommen und aufgrund der Akten entschieden würde (Urk. 3). Indem sich der Gesuchsgegner nicht vernehmen liess, verletzte er seine Mitwirkungspflicht. Dieses Versäumnis hat – wie vorangehend ausgeführt – zur Folge, dass seine (andauernde) finanzielle Bedürftigkeit zu verneinen und von der Nachzahlungsfähigkeit und -pflicht auszugehen ist. Die Steuerdaten aus dem Steuerjahr 2018 und die geschätzte Notbedarfsberechnung der Vorinstanz vermögen eine Mitwirkung im Prozess und die Darlegung der aktuellen finanziellen Verhältnisse nicht zu ersetzen. Wäre der Sachverhalt durch die Vorinstanz infolge Unklarheiten oder Unsicherheiten noch weiter abzuklären gewesen, wozu aufgrund der Säumnis allerdings keine Veranlassung bestand, hätte es an ihr gelegen, im Rahmen der Untersuchungsmaxime beim zuständigen Steueramt die erforderlichen aktuellen Auskünfte einzuholen. Dies hat sie indes nicht getan, sondern stützte sich auf eine Steuerauskunft betreffend ein zwei Jahre zurückliegendes Steuerjahr und damit auf veraltete Daten.

6. Zusammengefasst führte die Verletzung der Mitwirkungspflicht durch den Gesuchsgegner zur Bejahung seiner Nachzahlungsfähigkeit und -pflicht. Entsprechend ist die Berufung gutzuheissen. Die Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils vom 27. April 2002 ist aufzuheben und die Nachzahlungspflicht des Gesuchsgegners für die in den Verfahren EE090011-C; FE090246-C und LC100042-O auferlegten Gerichtskosten und Entschädigungen für den unentgeltlichen Rechtsbeistand im Gesamtbetrag von Fr. 23'827.90 festzustellen.

### III.

1. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt die Kostenfreiheit im Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (nur) für das Gesuchsverfahren vor der ersten oder zweiten Instanz (BGE 137 III 470 E. 6.5.5). Die Kostenfreiheitsregeln sind auf das Nachzahlungsverfahren analog anwendbar (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 123 N 46). Folglich sind für das Rechtsmittelverfahren Kosten festzusetzen. Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt Fr. 20'227.90. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr 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. 1'000.– festzusetzen.

2. Die Gerichtskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegner hat sich im Berufungsverfahren zwar nicht vernehmen lassen, doch gilt der Grundsatz, wonach eine Partei im Verfahren nicht dadurch ihre Parteistellung verliert, dass sie sich der Vernehmlassung enthält. Demgemäss trägt sie bis zum Abschluss des Verfahrens das Prozess- und Kostenrisiko (BGer 5A\_932/2016 vom 24. Juli 2017, E. 2.2.4). Vorliegend obsiegt der Gesuchsteller. Entsprechend sind die Kosten ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen.

3. Der Gesuchsteller stellte keinen expliziten Antrag auf Parteientschädigung (Urk. 9 S. 1). Einem solchen wäre auch nicht stattzugeben, da die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Entschädigung nicht erfüllt sind: Ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO, welcher die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung für eine nicht berufsmässig vertretene Partei vorsieht, liegt

nicht vor. Der Gesuchsteller ist seinerseits vertreten durch eine Verwaltungsbehörde, die lediglich ihre Amtspflicht wahrnimmt. Sie ist weder berufsmässig vertreten noch ist ihr ein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden. Demnach ist ihm im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

5. Dem Gesuchsgegner ist schliesslich zufolge seines Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird Dispositivziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren, II. Abteilung, am Bezirksgericht Bülach vom 27. April 2020 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner zur Nachzahlung der ihm in den Verfahren EE090011-C; FE090246-C und LC100042-O auferlegten Gerichtskosten und Entschädigungen für den unentgeltlichen Rechtsbeistand im Gesamtbetrag von Fr. 23'827.90 verpflichtet ist."

2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Gesuchsgegner auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. 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.

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. 20'227.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. August 2020

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. O. Hug

versandt am:  
mc