

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC150025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 18. Januar 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

gegen

Kanton Zürich,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Obergericht des Kantons Zürich,

betreffend **Feststellung der Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO
(FE050051)**

**Berufung gegen ein Urteil der Gerichtsverwaltung des Bezirksgerichtes
Hinwil vom 13. Mai 2015; Proz. BX150003**

Rechtsbegehren:

" Es sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin zur Nachzahlung von Fr. 11'646.– i.S.v. Art. 123 ZPO verpflichtet ist."

Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 13. Mai 2015:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die ihr im Verfahren FE050051 mit Urteil und Verfügung vom 3. Juli 2006 bzw. Verfügung vom 14. Dezember 2006 auferlegten und einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen Kosten von insgesamt Fr. 11'646.– an den Kanton Zürich / Zentrale Inkassostelle der Gerichte nachzuzahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

(3./4. Mitteilungen und Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin (act. 10):

Es sei festzustellen, dass ich zur Nachzahlung von 11'646 Franken nicht verpflichtet bin.

des Gesuchstellers (act. 15):

Die Berufung gegen das Urteil der Gerichtsverwaltung des Bezirksgerichts Hinwil vom 13. Mai 2015 [BX150003] sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin.

Erwägungen:

I.

1. Die Berufungsklägerin war zwischen den Jahren 2002 und 2006 in verschiedene familienrechtliche Verfahren am Bezirksgericht Hinwil und am Obergericht als Partei involviert (Eheschutzverfahren EE020096, Rechtsmittelverfahren LP030121, Scheidungsverfahren FE050051). Zuzufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurden die der Berufungsklägerin auferlegten Kosten auf die Gerichtskasse genommen und wurde ihre Rechtsvertreterin aus der Gerichtskasse entschädigt.

2. Nachdem die Zentrale Inkassostelle der Gerichte des Kantons Zürich im Jahr 2013 nach einer Prüfung der finanziellen Situation der Berufungsklägerin einstweilen auf die Geltendmachung einer Rückforderung von CHF 16'451.90 (CHF 729.20 aus EE020096; CHF 4'076.70 aus LP030121; CHF 11'646.00 aus FE050051) verzichtet hatte (act. 6/4), wandte sie sich mit Schreiben vom 26. März 2014 erneut an die Berufungsklägerin und forderte sie auf, den Betrag von CHF 15'722.70 (CHF 11'646.00 aus FE050051; CHF 4'076.70 aus LP030121) zurückzubezahlen oder darzulegen, dass sie dazu nicht in der Lage sei (act. 2/4). Auf die Mitteilung der Berufungsklägerin vom 9. Juli 2014 "kein Beitrag möglich durch Frau A. _____" (act. 2/5/10) hielt die Zentrale Inkassostelle mit Schreiben vom 30. Juli 2014 unter Verweis auf die eheliche Beistandspflicht des Ehemannes an ihrer Rückforderung fest und bot monatliche Ratenzahlungen von CHF 200.00 an (act. 2/6). Daraufhin wandte sich der Ehemann der Berufungsklägerin mit (von der Berufungsklägerin mitunterzeichnetem) Schreiben vom 25. August 2014 an die Zentrale Inkassostelle und erklärte sein Unverständnis über deren Einschätzung und bat darum, diese nochmals zu überdenken (act. 2/7).

Am 24. Oktober 2014 stellte die Zentrale Inkassostelle Rechnung über den Betrag von CHF 11'646.00 (aus dem Verfahren FE050051, auf die Rückforderungen aus den übrigen Verfahren wurde wegen Verjährung verzichtet) und bot der Berufungsklägerin erneut die Entgegennahme von monatlichen Ratenzahlungen von

CHF 200.00 an, beginnend ab 10. November 2014. Für den Fall, dass keine Zahlung erfolge, wurden rechtliche Schritte angedroht (act. 2/8).

3. Mit Schreiben vom 18. März 2015 gelangte die Zentrale Inkassostelle mit dem eingangs genannten Rechtsbegehren an das Bezirksgericht Hinwil (act. 1). Am 13. Mai 2015 führte die Vorinstanz eine Anhörung und Befragung der Berufungsklägerin durch (Prot. VI S. 4 ff.) und fällte ein Urteil, mit dem die Berufungsklägerin zur Nachzahlung verpflichtet wurde (act. 12).

4. Mit Eingabe vom 7. Juni 2015 (Poststempel vom 8. Juni 2015) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung gegen das ihr am 29. Mai 2015 (act. 8) zugestellte Urteil der Vorinstanz (act. 10). Die Zentrale Inkassostelle beantwortete die Berufung am 4. Dezember 2015 (act. 15). Die Berufungsantwort wurde der Berufungsklägerin am 14. Dezember 2015 zugestellt (act. 16) und am 21. Dezember 2015 von ihr entgegengenommen (act. 17). Sie liess sich dazu nicht vernehmen, hingegen äusserte sich ihr Ehemann mit Eingabe vom 26. Dezember 2015 in eigenem Namen (act. 18).

Der Ehemann der Berufungsklägerin ist weder als Partei noch in einer anderen Form an diesem Verfahren beteiligt. Wenn er sich darauf beruft, er sei von vorinstanzlichen Entscheid wie eine Partei betroffen, so ist ihm entgegen zu halten, dass er den vorinstanzlichen Entscheid innert der Rechtsmittelfrist nicht angefochten hat. Ob er als Dritter dazu überhaupt legitimiert gewesen wäre, kann unter diesen Umständen offen bleiben. Die Berufung wurde von der Berufungsklägerin in eigenem Namen erhoben (act. 10). Der Ehemann der Berufungsklägerin hat an der vorinstanzlichen Verhandlung teilgenommen und einen Teil der vorprozessualen Korrespondenz geführt (Prot. VI S. 4; act. 2/7 und 2/9). Eine Vollmacht der Berufungsklägerin befindet sich jedoch nicht bei den Akten. Seine neue Eingabe ist daher nicht zu beachten.

II.

1. Die Vorinstanz hatte der Berufungsklägerin und ihrem Ehemann ein jährliches Gesamtnettoeinkommen von CHF 115'365.00 angerechnet, zusammenge-

setzt aus CHF 15'008.00 für die Berufungsklägerin und CHF 100'357.00 für ihren Ehemann, was monatlichen Einkünften von gerundet CHF 9'614.00 entspricht (act. 12 S. 5f. E. III.2). Diesem Einkommen stellte die Vorinstanz einen ehelichen Bedarf von monatlich CHF 6'127.00 gegenüber (act. 12 S. 6 E. III.3).

Aus diesen Zahlen errechnete die Vorinstanz einen monatlichen Überschuss von CHF 3'487.00 und schloss, die Berufungsklägerin sei ohne Anzehung des Vermögens in der Lage, die Gerichts- und Anwaltskosten in der Höhe von CHF 11'646.00 innert weniger als einem Jahr nachzuzahlen. Selbst wenn ihr ein zivilprozessualer Zuschlag von 20% auf den Grundbetrag angerechnet würde und die geltend gemachte freiwillige Amortisation der Hypothek von CHF 1'800.00 berücksichtigt würde, wäre dies möglich, da immer noch ein Überschuss von CHF 1'347.00 verbleiben würde (act. 12 S. 8 f. E. III.4).

Zuletzt erinnerte die Vorinstanz an die eheliche Beistandspflicht, welche den Ehemann der Berufungsklägerin dazu verpflichte, ihr finanziell beizustehen und zu ermöglichen, die Nachzahlung zu leisten, auch wenn ihre eigenen Mittel dazu nicht ausreichten (act. 12 S. 9 E. III.4).

2. Wie schon in der vorprozessualen Korrespondenz (act. 2/9) und vor Vorinstanz (Prot. Vi S. 4 m.H. auf act. 6/6) wendet sich die Berufungsklägerin mit der Berufung dagegen, dass über die eheliche Beistandspflicht, deren beschränkte Tragweite der vorinstanzliche Entscheid überdehne, ihr Ehemann in Anspruch genommen werde. Ein Ehegatte müsse nicht für die vorehelichen Schulden des anderen Ehegatten aufkommen, hält die Berufungsklägerin unter Verweis auf Lehre und Rechtsprechung fest (act. 10 S. 1).

In der Berufungsantwort hält der Berufungsbeklagte dafür, dass die Nachzahlungsfähigkeit nach denselben Rechtsgrundsätzen und Richtlinien berechnet werde, die bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege massgeblich seien. Das gelte auch für die Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege im Verhältnis zur familienrechtlichen Unterhaltspflicht der Ehegatten (act. 15 S. 2 f.).

Komme hinzu, auch ohne Berücksichtigung der ehelichen Beistandspflicht wäre die Berufungsklägerin in der Lage, die offene Forderung in wenig mehr als zwei Jahren ratenweise zu tilgen, wobei die zeitliche Begrenzung der Zahlungsfrist auf ein bis maximal zwei Jahre bei der Nachzahlung nach der kantonalen Rechtsprechung nicht anwendbar sei. Am Ergebnis würde sich daher laut dem Berufungsbeklagten selbst dann nichts ändern, ginge man davon aus, die eheliche Beistandspflicht spiele bei der Nachzahlung nicht (act. 15 S. 4 f.).

3. Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zu Ansprüchen aus ehelicher Unterhalts- und Beistandspflicht. Ob und wie weit das auch für die Nachzahlungspflicht gilt, ist noch weitgehend ungeklärt. Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht zu dieser Frage nicht abschliessend geäußert,

In einem von der Berufungsklägerin zitierten Entscheid hielt das Bundesgericht lediglich fest, es gehe zu weit, aus der ehelichen Beistandspflicht abzuleiten, dass ein Ehegatte direkt für sämtliche vorehelichen Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten aufzukommen habe, und hob einen Entscheid auf, in dem eine Vorinstanz eine Nachzahlungspflicht mit Verweis auf das Vermögen der Ehefrau des Nachzahlungsschuldners, das mit CHF 13 Mio. beziffert wurde, bejaht hatte, ohne seine persönlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse, gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Beiträge der Ehefrau an den gemeinsamen Haushalt, betragsmässig zu ermitteln (BGer 5A_35/2010 vom 22.04.2010).

Offenbar war in jenem Fall das Vermögen der Ehegattin und damit das Eigengut der Grund für die Bejahung der Nachzahlung. Ob der Entscheid anders ausgefallen wäre, wenn die neue Gattin stattdessen über ein hohes Einkommen verfügt hätte, geht daraus nicht hervor. Der vom Berufungsbeklagten unter Verweis auf die Literatur gefolgerte Schluss, einzig für das Eigengut mache das Bundesgericht eine Ausnahme von den für die Ermittlung der Mittellosigkeit massgebenden Grundsätzen (act. 15 S. 3 m.H. auf Bühler, BK-ZPO, Art. 123 N 7a), lässt sich daraus nicht ziehen.

Die Frage der Rückwirkung der ehelichen Solidarität stellt sich bei der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht in der gleichen Form, da es sich bei den

Kosten eines bevorstehenden Prozesses nicht um voreheliche Schulden handelt. Eine Analogie zur Situation bei der Bewilligung liegt daher mit Bezug auf diesen Punkt nicht vor.

4. Die Prozesskostenvorschusspflicht des leistungsfähigen Ehegatten, welche dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorgeht, stellt einen Ausfluss der ehelichen Solidarität dar und ist eine Wirkung der Ehe (vgl. BSK ZGB-Isenring / Kessler, Art. 163 N 17). Die Wirkungen der Ehe werden zeitlich durch die Dauer der Ehe begrenzt und kennen grundsätzlich keine Vor- oder Nachwirkung.

Bei der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege war eine allfällige Prozesskostenvorschusspflicht des damaligen Ehemannes der Berufungsklägerin zu berücksichtigen. Offenbar war dieser nicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Lage. Den heutigen Ehemann der Berufungsklägerin trifft in diesem Zusammenhang keine Verpflichtung, da die Ehwirkungen erst zum Zeitpunkt seiner Heirat mit der Berufungsklägerin einsetzten. Dieser Zeitpunkt liegt zeitlich nach dem Abschluss jenes Scheidungsverfahrens, was unbestritten ist und sich schon aus dem Verfahrensgegenstand (Scheidung) ergibt.

Dass der Grundsatz, dass bei der Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit das Einkommen und das Vermögen beider Ehegatten zu berücksichtigen ist, auch bei der Beurteilung der Nachzahlungspflicht gilt, wird im Entscheid der III. Strafkammer, den der Berufungsbeklagte zitiert (act. 15 S. 3 oben m.H. auf ZR 113 Nr. 75), weder so festgehalten noch begründet. Offenbar setzt jener Entscheid die Voraussetzungen der Bewilligung allgemein mit denjenigen der Nachzahlung gleich, ohne speziell auf die eheliche Beistandspflicht einzugehen. Wäre die Meinung jenes Entscheides tatsächlich gewesen, die eheliche Beistandspflicht sei bei der Nachzahlung gleich wie bei der Bewilligung zu behandeln, wäre diese Auffassung abzulehnen, weil sie die zeitlichen Schranken der Ehwirkungen ignoriert. Ohnehin würde es sich dabei lediglich um ein *obiter dictum* handeln, da die Frage der Rückwirkung der ehelichen Solidarität für den Ausgang jenes Verfahrens soweit ersichtlich ohne Belang war.

5. Für die Beurteilung der Nachzahlungsfähigkeit der Berufungsklägerin ist daher primär von ihren eigenen finanziellen Verhältnissen auszugehen. Dass sie in einer sogenannten Zuverdienerehe lebt, kann aber nicht völlig ausser Acht bleiben. Es erscheint sachgerecht, diesem Umstand durch eine proportionale Aufteilung des ehelichen Existenzminimums Rechnung zu tragen, wie sie sich in der Vollstreckung von Geldschulden bei Doppelverdienern durchgesetzt hat, um die pfändbare Quote des Einkommens des betriebenen Ehegatten zu ermitteln (vgl. Vonder Mühl, BSK SchKG I, 2. A., Art. 93 N 24 m.w.H.).

Der Staat wird so mit anderen Gläubigern gleich gestellt, was in der Vollstreckung ohnehin der Fall wäre. Ein Widerspruch zum Sinn und Zweck von Art. 123 ZPO, wie der Berufungsbeklagte behauptet (act. 15 S. 4), ist nicht auszumachen. Auch der grundrechtliche Hintergrund der Nachforderung liefert entgegen der Ansicht des Berufungsbeklagten (act. 15 S. 4) keine Rechtfertigung für eine Ausdehnung der ehelichen Solidarität auf voreheliche Schulden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb jene Kosten auf den neuen Ehegatten überwälzt werden sollen, der mit jenem Prozess nichts zu tun hatte, ausser dass er später diejenige Partei heiratete, die damals unentgeltlich prozessierte. Auch der Umstand, dass er sie nicht hätte heiraten können, wäre sie damals nicht geschieden worden, führt nicht dazu, dass er die vom Staat bevorschussten Kosten der Scheidung einer früheren Ehe seiner jetzigen Ehefrau übernehmen müsste.

6. Auf das vorliegende Verfahren kommt grundsätzlich die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 Abs. 1 ZPO e contrario). Gegenstand ist jedoch die Rückforderung von Prozesskostenhilfe, die unter altem, kantonalem Recht gewährt worden war, welches eine Nachzahlungspflicht ebenfalls vorsah, aber ihre Voraussetzungen anders umschrieb als das geltende Recht. Es ist demnach zu präzisieren, dass auf das Verfahren zwar die Schweizerische Zivilprozessordnung zu Anwendung kommt, dass die materiellen Voraussetzungen der Nachforderung aber nach § 92 ZPO/ZH zu beurteilen sind.

Der Charakter dieser Regelung ist - trotz des Orts ihrer Regelung in der ZPO - nicht verfahrensrechtlicher, sondern materiellrechtlicher Natur. Die übergangs-

rechtlichen Regelungen der ZPO sind auf derartige Normen nicht zugeschnitten. Da eine besondere Regelung fehlt, sind die Schlusstitel des ZGB, die sich mit vergleichbaren Sachverhalten befassen, analog heranzuziehen.

Art. 1 Abs. 1 SchlT ZGB hält fest, dass die rechtlichen Wirkungen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sind, auch nachher gemäss den Bestimmungen beurteilt werden, die zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen gegolten haben. Art. 1 Abs. 2 SchlT präzisiert, dass die vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Handlungen in Bezug auf ihre rechtliche Verbindlichkeit und ihre rechtlichen Folgen auch in Zukunft den bei ihrer Vornahme geltend gewesenen Bestimmungen unterliegen, während Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB festhält, dass die nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Tatsachen - gesetzlich vorgesehene Ausnahmen vorbehalten - nach dem neuen Recht beurteilt werden.

Mehrgliedrige Tatbestände, denen sowohl alt- als auch neurechtliche Tatsachen zugrunde liegen, werden in übergangsrechtlicher Hinsicht wie altrechtliche Tatbestände behandelt, die nach altem Recht fortbestehen und sich nach altem Recht weiter entwickeln. Das bedeutet, jene neurechtlichen Tatsachen, die gemäss altem Recht Grundlage von relevanten Änderungs- oder Untergangstatbeständen sind, werden nach altem Recht beurteilt (Vischer, BSK ZGB, Art. 1 SchlT N 5 ff.).

Die unter neuem Recht gestützt auf die aktuellen finanziellen Verhältnisse der Berufungsklägerin geltend gemachte Nachforderung für unentgeltliche Rechtspflege, die unter altem Recht gewährt worden war, stellt einen Tatbestand dar, dem sowohl alt- als auch neurechtliche Tatsachen zugrunde liegen. Sowohl das alte als auch das neue Recht sehen eine Nachzahlungspflicht grundsätzlich vor, allerdings umschreiben sie deren Voraussetzungen unterschiedlich. Die Frage, ob eine Nachzahlungspflicht besteht, beurteilt sich gemäss den erwähnten übergangsrechtlichen Regeln nach den Bestimmungen des kantonalen Rechts.

7. Während Art. 123 Abs. 1 ZPO eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet, "sobald sie dazu in der Lage ist", setzte § 92 ZPO/ZH voraus, dass die Partei "durch den Ausgang des Prozesses oder auf anderem Wege in günstige wirtschaftliche Verhältnisse" kommt. Stellt im

neuen Recht die Nachzahlungsfähigkeit das Spiegelbild zur Mittellosigkeit dar (Bühler, BK-ZPO, Art. 123 N 6), liegen günstige wirtschaftliche Verhältnisse i.S. von § 92 ZPO/ZH demgegenüber erst bei einem Vermögensanfall von einiger Bedeutung bzw. bei Eintritt einer wesentlichen Einkommensverbesserung vor (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., § 92 N 1).

Während nach neuem Recht die Nachzahlungsfähigkeit somit wohl nach den gleichen Massstäben wie die Mittellosigkeit zu prüfen ist, führt ein Wegfall der Mittellosigkeit nach altem Recht hingegen nicht sofort zur Nachzahlung. Zwischen der Schwelle der Mittellosigkeit und günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen besteht ein Bereich, in dem nach kantonalem Recht noch keine Nachzahlungspflicht entsteht. Günstig ist in diesem besonderen Fall nicht weniger, sondern mehr als günstiger (bezogen auf die Schwelle der Mittellosigkeit).

8. Dieser Differenz zwischen Mittellosigkeit und günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen ist mit der Erhöhung der bei der Prüfung der Mittellosigkeit regelmässig gewährten Zuschläge Rechnung zu tragen (vgl. KUKO ZPO-Jent, Art. 117 N 29 ff.). Es erscheint sachgerecht, sich für diesen Fall am betriebsrechtlichen Begriff des neuen Vermögens nach Art. 265 Abs. 2 SchKG zu orientieren, was in der Literatur zum geltenden Recht *de lege ferenda* ebenfalls angeregt wird (vgl. dazu Bühler, BK-ZPO, Art. 123 N 6). Die Einrede des fehlenden neuen Vermögens soll dem Schuldner nach dem Konkurs die wirtschaftliche und soziale Erholung, ein standesgemässes Leben und den Aufbau einer neuen Existenz erlauben (Huber, BSK-SchKG, Art. 265 N 13; KUKO SchKG-Näf, Art. 265 N 6). Auch der Kanton hat ein Interesse an einer nachhaltigen Verbesserung der finanziellen Situation einer Partei, welche in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege gekommen ist, weil bei einem erneuten finanziellen Zusammenbruch meist wieder der Staat in Anspruch genommen würde.

Die kantonale Praxis zu Art. 265 SchKG billigt dem Schuldner für den standesgemässen Lebensunterhalt einen Zuschlag von zwei Dritteln des pauschalen Grundbetrags zu (vgl. ZR 84 [1985] Nr. 58 E. 6). Solche Regeln sind sinnvolle Hilfsmittel bei der Behandlung von Massengeschäften. Sie dienen der Gleichbe-

handlung und schaffen Rechtssicherheit, ohne das richterliche Ermessen im Einzelfall einzuschränken, sofern ein Schuldner konkrete Behauptungen zu seinem standesgemässen Lebensunterhalt aufstellt. Die in der Lehre geäusserte fundamentale Kritik (Huber, BSK-SchKG, Art. 265 N 22) ist nicht gerechtfertigt. Willkürlich wäre vielmehr die Vornahme eines pauschalen Zuschlags auf dem individuellen Bedarf, weil dadurch Schuldner mit höheren Lebenshaltungskosten bevorzugt würden (KUKO SchKG-Näf, Art. 265 N 8 m.H. auf BGE 129 III 385 E. 5.2.2; vgl. auch KUKO ZPO-Jent, Art. 117 N 31 a.E.).

9. Die Berufungsklägerin betont in der Berufungsbegründung, dass die Amortisation der 2. Hypothek über CHF 100'000.00 durch ihren Ehemann zu berücksichtigen sei, wofür er monatlich zwischen CHF 1'200.00 und CHF 2'400.00 auf die Seite lege (act. 10 S. 2). Die Vorinstanz erwog jedoch zutreffend, dass derartige Amortisationen, denen eine Verringerung der Passiven gegenübersteht, zumindest wenn sie freiwillig erfolgen, im Bedarf nicht zu berücksichtigen sind (act. 12 S. 7 Ziff. 2; vgl. Bühler, BK-ZPO, Art. 117 N 199a). Im Übrigen äussert sich die Berufungsklägerin nicht zu den (im Wesentlichen auf ihren eigenen Angaben beruhenden) Berechnungen der Vorinstanz (vgl. oben 1), die somit unangetroffen blieben und auch dieser Entscheidung zugrunde zu legen sind.

Wie die Berufungsbeklagte anhand dieser Zahlen vorrechnet, erzielt die Berufungsklägerin 13% des ehelichen Einkommens (act. 15 S. 5). Ausgehend von den erwähnten betriebsrechtlichen Grundsätzen zur Behandlung von Schuldnern in sogenannten Zuverdienerehen (vgl. oben 5) ist ihr folglich ein Anteil von 13% des von der Vorinstanz ermittelten monatlichen Existenzbedarfs von CHF 6'127.00 anzurechnen. Das sind CHF 796.50. Bei einem monatlichen Einkommen von CHF 1'250.65 ergibt sich so ein monatlicher Freibetrag von rund CHF 455, der sich bei Gewährung eines Zuschlags von 20% auf den Grundbetrag (der der Berufungsklägerin im Umfang ihres Anteils von 13% anzurechnen ist) auf rund CHF 410 reduziert.

Wird der Berufungsklägerin - um dem altrechtlichen Hintergrund der Nachforderung und den vom heutigen Recht abweichenden Voraussetzungen von § 92 ZPO/ZH Rechnung zu tragen (vgl. oben 6 und 7) - entsprechend der zitierten Pra-

xis zu Art. 265 Abs. 2 SchKG (vgl. oben 8) ein Zuschlag von $\frac{2}{3}$ auf den ehelichen Grundbetrag von CHF 1'700 gewährt, welcher ihr im Umfang ihres Anteils von 13 % anzurechnen ist (rund CHF 150), reduziert sich ihr monatlicher Freibetrag ausgehend von diesen Zahlen auf rund CHF 300. Die geltend gemachte Nachforderung von CHF 11'646 könnte die Berufungsklägerin so in 39 monatlichen Raten abzahlen.

10. Kann der Schuldner die Nachzahlung nicht vollständig oder nicht auf einmal leisten, kann auch die teilweise und / oder ratenweise Nachzahlung angeordnet werden (Bühler, BK-ZPO, Art. 123 N 12 f.). Diese Möglichkeit bestand grundsätzlich auch nach kantonalem Recht (vgl. das aufgehobene Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts betreffend Durchsetzung der Nachzahlungsfähigkeit vom 12. März 1997, KS/OVU970025). Dass davon seltener als heute Gebrauch gemacht wurde, ist nicht auf die Änderung der Rechtsgrundlage, sondern auf eine geänderte Praxis der Inkassobehörde zurückzuführen. Daraus kann die Berufungsklägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Unter Berufung auf eine ausserkantonale Praxis, welche bei Nachzahlungen keine zeitliche Befristung kennt, hält der Berufungsbeklagte eine vollständige ratenweise Rückerstattung auf jeden Fall für zumutbar (act. 15 S. 5). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Während bei einer teilweisen Verweigerung der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung einer nachträglichen Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei mit einem Antrag auf nachträgliche Gewährung oder Erhöhung der unentgeltlichen Rechtspflege Rechnung getragen werden kann, kann der Entscheid über die Nachzahlung nicht in Wiedererwägung gezogen werden. In einem solchen Fall wäre der Nachzahlungsschuldner bei einer Verschlechterung seiner finanziellen Situation auf das Wohlwollen der Inkassobehörde angewiesen und könnte in der Vollstreckung nur den Schutz des Existenzminimums i.S. von Art. 93 SchKG in Anspruch nehmen. Noch viel weniger als bei der Bewilligung kann daher bei der Nachzahlung von einer zeitlichen Begrenzung der Zahlungsfrist abgesehen werden. Es erscheint angezeigt, diese Frist in Anlehnung an die zeitliche Begrenzung der Einkommenspfändung im Vollstreckungsverfahren auf ein Jahr zu beschränken (vgl. Bühler,

BK-ZPO, Art. 123 N 13). Die aktuelle Verhältnisse auf mehr als ein Jahr hinaus zu projizieren, wäre unzulässig spekulativ.

11. Das bedeutet, dass die Berufungsklägerin im Umfang von CHF 3'600, zahlbar in 12 monatlichen Raten à CHF 300, zur Nachzahlung zu verpflichten ist.

Der Rest der Nachforderung (CHF 11'646 ./. CHF 3'600) ist damit nach wie vor offen und kann (vorbehältlich der Verjährung) grundsätzlich erneut geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen für eine Nachzahlung erfüllt sind.

III.

1. In analoger Anwendung der Regelung für das Verfahren der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsprechung verzichtete die Vorinstanz auf die Erhebung von Kosten und die Zusprechung einer Parteientschädigung an die obsiegende Partei, was unangefochten blieb, so dass sich Weiterungen erübrigen (act. 10 S. 9 E. IV).

2. In Bezug auf Rechtsmittel in Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtsprechung hielt das Bundesgericht fest, zwar nicht aus dem Wortlaut, aber aus der Entstehungsgeschichte und insbesondere der systematischen Stellung von Art. 119 Abs. 6 ZPO ergebe sich, dass die Kostenfreiheit einzig das Gesuchsverfahren vor der ersten oder zweiten Instanz betreffe (BGE 137 III 470 E. 6.5.5).

Die vom Bundesgericht gegen eine Ausdehnung der Kostenfreiheit i.S. von Art. 119 Abs. 6 ZPO vom Gesuchs- auf das Rechtsmittelverfahren angeführten Gründe, lassen sich auf das Nachzahlungsverfahren übertragen (vgl. insbesondere BGE 137 III 470 E. 6.5.3).

Für dieses Rechtsmittelverfahren sind daher Kosten festzusetzen und ausgangsgemäss zu einem Drittel der Berufungsklägerin zu auferlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen, da der Berufungsbeklagte von Gesetzes wegen von Kosten befreit ist (§ 200 lit. a GOG i.V.m. Art. 116 ZPO).

3. Die Berufungsklägerin verlangt keine Entschädigung und der Berufungsbeklagte begründet seinen entsprechenden Antrag nicht, was erforderlich wäre, da

keine berufsmässige Vertretung vorliegt (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Demnach sind unabhängig vom Ausgang des Verfahrens keine Entschädigungen zuzusprechen.

4. Wird die Rückerstattung der Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege in einem selbständigen Verfahren angeordnet, ist gegen den kantonal letztinstanzlichen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten i.S. von Art. 82 lit. a BGG zulässig, auch wenn das Ausgangsverfahren, in dem die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, ein Zivilprozess war (BGE 138 II 506 E. 1).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, und Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 13. Mai 2015 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

1. Es wird festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin zur Nachzahlung von Fr. 3'600.-- (zahlbar in 12 monatlichen Raten zu Fr. 300.--, jeweils auf den Monatsanfang, erstmals am 01.03.2016) verpflichtet ist.

2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf CHF 750.00 festgesetzt und zu einem Drittel der Gesuchsgegnerin / Berufungsklägerin auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen.

3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein sowie an das Bezirksgericht Hinwil.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Be-

schwerde richten sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid über eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von CHF 11'646.00.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hinden

versandt am: