

**§ 92 ZPO/ZH, Art. 123 ZPO, Nachforderung von Kosten.** *Die Nachforderung von Kosten, welche gestützt auf das kantonale Recht einstweilen auf die Staatskasse genommen wurden, dürfte sich auch nach dem Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung noch nach § 92 ZPO/ZH beurteilen. So oder so trifft die Partei eine weit gehenden Mitwirkungs-Obliegenheit.*

Einer Partei wurde unter der Geltung des kantonalen Prozessrechts die unentgeltliche Rechtspflege nach § 84 ZPO/ZH bewilligt. Die ihr auferlegten Kosten wurden demgemäss einstweilen auf die Staatskasse genommen, unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Nachforderung im Sinne von § 92 ZPO/ZH. Das Inkasso der Gerichte zog einige Jahre später Erkundigungen ein und meint Anhaltspunkte zu haben, die Partei habe sich finanziell erholt. Das Inkasso stellte dem seinerzeitigen Prozessgericht den Antrag, eine "Nachzahlung im Sinne von Art. 123 ZPO" anzuordnen. Die Partei beantwortete die Auflagen des Gerichts zum Offenlegen ihrer Verhältnisse nicht. Gegen die Anordnung der Nachzahlung ergreift sie ein Rechtsmittel.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

4.1 Das Verfahren vor Bezirksgericht, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat, ist nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung eingeleitet worden. Das Verfahren vor Vorinstanz und das Rechtsmittelverfahren richten sich deshalb nach der schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 404 Abs. 1 und 405 Abs. 1 ZPO, OGer ZH KD120010). Unabhängig vom Verfahrensrecht beantwortet sich die materielle Frage, ob sich der Rückforderungsanspruch auf § 92 ZPO/ZH oder auf Art. 123 Abs. 1 ZPO stützen lässt (OGerZH NK100014 vom 12. Januar 2011 E. 3; BGE 138 I 1 S. 3).

Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist zu erheben. Dabei sind konkrete Beschwerdeanträge zu stellen und zu begründen. Die Beschwerde führende Partei hat sich hierbei mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und anzugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet (Art. 321 ZPO; vgl. im Einzelnen BK ZPO-STERCHI, Art. 321 N 15 ff.). Setzt sich der Beschwerdeführer mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides nicht auseinander, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (OGerZH NQ110031). Eine

ungenügende Begründung ist kein verbesserlicher Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO, weshalb keine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen ist (OGer ZH RT110114). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO), weil es bei der Beschwerde nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle der vorinstanzlichen Entscheidung geht (ZK ZPO-FREIBURGHaus/ AFHELDT, 2. Aufl., Art. 326 N 3).

#### 4.2 (...)

4.3 Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der Beschwerdeführer rügt, es sei kaum mit einem rechtsstaatlich vertretbaren Ausgang des Verfahrens zu rechnen, da der Kanton Zürich gleichzeitig als Gläubiger, Richter und Beschwerdeinstanz auftrete. Er macht damit sinngemäss eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV geltend.

Der Umstand, dass Gerichte Teile des Gemeinwesens sind, bedeutet nicht, dass sie nicht unabhängig und unparteiisch über Ansprüche des Kantons urteilen könnten. Die Gerichte sind institutionell und organisatorisch unabhängig und in ihren Entscheidungen allein dem Recht verpflichtet (BGer 5A\_586/2008 E. 2). Es ist nicht zu beanstanden, wenn Gerichte Entscheide treffen, die Auswirkungen auf die Finanzen des Gemeinwesens haben, dem sie angehören. Ein kantonales Gericht kann deshalb nach ständiger Praxis insbesondere über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege oder die entsprechende Rückforderung entscheiden. Die Rüge des Beschwerdeführers ist nicht stichhaltig.

4.4 Der Beschwerdeführer rügt, die Rückforderung könne nicht auf Art. 123 Abs. 1 ZPO gestützt werden. Dem Beschwerdeführer wurde vor Bezirksgericht Meilen im Verfahren FP050004 die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Dies geschah vor Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung. Der Beschwerdeführer war im damaligen Verfahren darauf aufmerksam gemacht worden, dass er mit einer Rückforderung zu rechnen hat, wenn die Voraussetzungen

von § 92 ZPO/ZH erfüllt sind. § 92 ZPO/ZH lautet wie folgt: "Kommt die Partei, der die unentgeltliche Prozessführung oder Vertretung bewilligt wurde, durch den Ausgang des Prozesses oder auf anderem Wege in günstige wirtschaftliche Verhältnisse, so kann sie das Gericht zur Nachzahlung der ihr erlassenen Gerichtskosten und der Auslagen für die Vertretung verpflichten." Kommt diese Bestimmung zur Anwendung, so kann der Beschwerdeführer zur Rückzahlung verpflichtet werden, sobald er in "günstige wirtschaftliche Verhältnisse" gekommen ist. Demgegenüber setzt Art. 123 Abs. 1 ZPO folgendes voraus: "Eine Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist."

Die Nachzahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 123 Abs. 1 ZPO ist das Spiegelbild zur Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. ZPO. Eine Partei kann also zur Rückzahlung verpflichtet werden, sobald es ihr wirtschaftlich so gut geht, dass sie keinen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mehr hätte. Die Nachzahlungsfähigkeit ist nicht identisch mit dem Begriff des neuen Vermögens im Sinne von Art. 265a SchKG und kann schon vorliegen, bevor neues Vermögen im betriebsrechtlichen Sinn erzielt worden ist (BK ZPO I-Bühler, Art. 123 N 6). Demgegenüber könnte die Formulierung "günstige wirtschaftliche Verhältnisse" in § 92 ZPO/ZH ähnlich wie der Begriff des neuen Vermögens gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG verstanden werden. Eine Partei könnte somit erst zur Rückzahlung verpflichtet werden, wenn sie sich wirtschaftlich und finanziell erholt hätte (BGE 136 III 51 E. 3.1.). Da im Rahmen des Verfahrens nach Art. 265a Abs. 1 SchKG ein höherer Grundbetrag zugestanden wird als bei der Beurteilung eines Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, würde bei diesem Verständnis der Bestimmungen der Beschwerdeführer besser fahren, wenn die Rückzahlungspflicht nach § 92 ZPO/ZH statt nach Art. 123 Abs. 1 ZPO beurteilt würde.

Es gibt gute Gründe für die Auffassung des Beschwerdeführers, die Nachforderung von Verfahrenskosten, welche unter kantonalem Recht als Folge gewährter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen erlassen wurden, richte sich noch nach kantonalem Recht, hier also nach § 92 ZPO/ZH. Zunächst formell: die

seinerzeitigen Verfahrenskosten wurden ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Nachforderung nach § 92 ZPO/ZH einstweilen abgeschrieben - und in der Systematik des neuen Rechts behandeln die Art. 117 ff. ZPO die unentgeltliche Rechtspflege, wie sie *dieses* Gesetz regelt, und im selben Kapitel wird dann die Möglichkeit der Rückforderung eröffnet (eben in Art. 123 ZPO). Das Übergangsrecht enthält keine ausdrückliche Bestimmung, und aus den Art. 404 und 405 ZPO lässt sich nichts Eindeutiges gewinnen, weil die Rückforderung wohl auf das alte Verfahren zurückgeht, jenes aber doch formell abgeschlossen ist. Dass der Bundesgesetzgeber generell die Nachforderung auch auf abgeschlossene kantonale Verfahren haben anwenden wollen, ist wenig wahrscheinlich: sollte ein Kanton nach seinem Recht gar keine Nachforderung vorgesehen haben, wäre es kaum Sache der schweizerischen ZPO, das rückwirkend zu korrigieren, und es könnte auch als Verstoss gegen Treu und Glauben betrachtet werden (das kantonale Zürcher Recht etwa sah darum bei der Beschränkung des Novenrechts für die Berufung im Jahr 1995 vor, dass Rechtsmittel noch nach altem Novenrecht zu führen seien, wenn das erstinstanzliche Verfahren vor Inkrafttreten der Änderung begonnen hatte: ÜBest ZPO/ZH zur Änderung vom 24. September 1995, OS 53, 271). Dieser Aspekt der Verletzung erweckten berechtigten Vertrauens stünde im Vordergrund, wenn die Voraussetzungen für eine Nachforderung gestützt auf das neue Recht (Art. 123 ZPO) tatsächlich weniger streng wären als nach dem alten kantonalen Recht (§ 92 ZPO/ZH). Materiell wäre allenfalls auch noch zu überlegen, ob der Anspruch auf Rückforderung sowohl nach der ZPO/ZH wie auch nach der seit dem 1. Januar 2011 geltenden ZPO nicht eine Forderung darstellt, die unter einer aufschiebenden Bedingung steht, welche das jeweilige Prozessrecht formuliert hat. Alsdann wäre wohl nach dem jeweiligen Recht zu prüfen, ob diese Bedingung eingetreten ist oder nicht.

Die Frage kann heute allerdings offen bleiben. Denn sowohl nach altem wie nach neuem Recht gilt sowohl bezüglich der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als auch für die Frage der Nachforderung eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit des Gesuchstellers. Die Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit darf analog zu § 148 ZPO/ZH resp. Art. 164 ZPO zum Nachteil des Betroffenen gewürdigt werden und kann zur Abweisung des Gesuches um Gewährung

der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. zur Guttheissung des Rückforderungsanspruchs führen. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer zweimal aufgefordert, seine finanziellen Verhältnisse offen zu legen, und drohte ihm an, bei Säumnis werde aufgrund der Akten entschieden. Dennoch unterliess es der Beschwerdeführer, seine wirtschaftliche Lage darzustellen und entsprechende Belege einzureichen. Die Vorinstanz durfte deshalb gestützt auf die Auskunft des Steueramtes Thun davon ausgehen, der Beschwerdeführer verfüge über CHF 100'000.00 Vermögen. Dies genügt, um die Rückerstattungspflicht sowohl im Sinne von § 92 ZPO/ZH als auch von Art. 123 Abs. 1 ZPO zu bejahen.

Bei den vom Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift vorgebrachten neuen Behauptungen, insbesondere der Darstellung, es handle sich beim Betrag von CHF 100'000.00 um nicht pfändbares Pensionskassenguthaben, handelt es sich um unzulässige Noven.

Der Beschwerdegegner hat das Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht am 12. Juni 2015 gestellt und damit vor Ablauf von zehn Jahren nach Abschluss des Verfahrens, in [welchem] dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden war und das Grundlage für den Rückforderungsanspruch bildet. Nach neuem Recht verjährt der Rückforderungsanspruch nach zehn Jahren (Art. 123 Abs. 2 ZPO). Das frühere Recht sah keine Verjährung vor (§ 92 ZPO/ZH). Da auch keine andere Verjährungsregelung vorhanden ist, die herangezogen werden kann, verjährt die Forderung jedenfalls nicht vor Ablauf von zehn Jahren (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, N 790 mit Hinweis auf Art. 127 und 128 OR). Der Rückforderungsanspruch ist deshalb unabhängig davon, ob § 92 ZPO/ZH oder Art. 123 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangt, nicht verjährt.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den Rückforderungsanspruch zu Recht bejaht. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 16. Dezember 2015  
Geschäfts-Nr.: PP150045-O/U