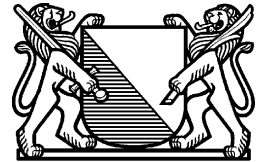


# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: WP180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

## Beschluss und Urteil vom 21. März 2019

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Kanton Zürich,**

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Zentrale Inkassostelle der Gerichte

betreffend **Feststellung der Nachzahlungspflicht**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 8. November 2018 (BD180010-C)**

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Eingabe vom 24. September 2018 stellte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) beim Bezirksgericht Bülach das Gesuch um Feststellung der Nachzahlungspflicht der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) nach Art. 123 ZPO über eine Gesamtforderung von Fr. 36'674.70. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung seien die Gerichtskosten sowie die Kosten für die anwaltliche Vertretung in insgesamt drei Verfahren vor dem Bezirksgericht Bülach von total Fr. 36'674.70 auf die Gerichtskasse abgeschrieben worden (Urk. 1/1). Mit Urteil vom 8. November 2018 verpflichtete das Bezirksgericht Bülach (fortan Vorinstanz) die Gesuchsgegnerin zur Nachzahlung von Fr. 36'674.70 an den Gesuchsgegner (Urk. 1/11 = Urk. 14).

1.2. Dagegen erhob die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 26. November 2018 innert Frist Berufung mit den folgenden Anträgen (Urk. 13 S. 2):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 8. November 2018 sei aufzuheben und das Gesuch abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2. Der Berufungsklägerin sei für das Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, unter Beiordnung des Unterzeichneten als unentgeltlicher Rechtsbeistand.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten."

2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsklägerin hat im Einzelnen darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll (ZK ZPO - Reetz/Theiler, 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 (ZK ZPO – Reetz/Hilber, Art. 317 N 61). Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können (Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 3).

3. Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, die Nachzahlungspflicht hänge davon ab, ob der betroffenen Partei die Nachzahlung möglich und zumutbar sei. Dabei treffe die Partei eine Mitwirkungsobliegenheit. Sie habe ihre finanziellen Verhältnisse darzulegen und durch Urkunden zu belegen, zumal der Gesuchsteller mit Ausnahme der Steuerdaten über keine derartigen Kenntnisse und Unterlagen verfüge. Der Gesuchsgegnerin sei bereits durch den Gesuchsteller Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Sie sei aufgefordert worden, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen bzw. einen Ratenzahlungsvorschlag zu unterbreiten. Auch im vorinstanzlichen Verfahren sei ihr Frist zur Stellungnahme angesetzt worden. Die Gesuchsgegnerin habe auf die Aufforderungen nicht reagiert. Damit habe sie die Ermittlung ihrer aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse verunmöglicht und es sei der unbestrittenen Behauptung des Gesuchstellers zu folgen, dass die Gesuchsgegnerin zur Nachzahlung in der Lage sei (Urk. 14 S. 3).

4.1. Zunächst macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass der Gesuchsteller bei der Vorinstanz eine Feststellungsklage eingereicht habe, was nur zulässig sei, sofern keine Leistungsklage möglich sei. Entsprechend hätte die Vorinstanz auf die Feststellungsklage nicht eintreten dürfen. Der Gesuchsteller habe eine Feststellungsklage eingereicht und die Vorinstanz die Gesuchsgegnerin zur Nachzahlung verpflichtet, was ein klarer Verstoss gegen die Dispositionsmaxime darstelle, indem etwas anderes zugesprochen worden sei, als beantragt (Urk. 13 S. 3).

Ziel einer Feststellungsklage ist es, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festzustellen (Art. 88 ZPO). Dabei ist zu berücksichtigen,

dass die gemäss Art. 123 ZPO nachzuzahlenden Geldbeträge bereits rechtskräftig beurteilt und festgelegt worden sind. Das für die Nachzahlung zuständige Gericht stellt somit lediglich die Nachzahlungsfähigkeit des Schuldners und damit verbunden seine Nachzahlungspflicht fest, da die Nachzahlung gerichtlich angeordnet werden muss (ZK ZPO - Emmel, Art. 123 N 4; vgl. auch § 7 der Verordnung des Obergerichts über das Rechnungswesen der Bezirksgerichte und des Obergerichts sowie über das Zentrale Inkasso). Für eine Leistungsklage bezüglich des bereits beurteilten Anspruchs – wie die Gesuchsgegnerin dies behauptet – besteht kein Raum. Darüber hinaus gilt im Nachzahlungsverfahren – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin – die *Offizialmaxime* (BK ZPO I - Emmel, Art. 123 N 36). Somit war die Vorinstanz in ihrer Entscheidung nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Zwar handelt es sich, wie ausgeführt, um einen Feststellungsanspruch, so dass die blosser Feststellung der Nachzahlungspflicht der Gesuchsgegnerin durch die Vorinstanz angezeigt gewesen wäre. Die erneute Verpflichtung zur Bezahlung der ausstehenden Beträge im vorinstanzlichen Urteilsdispositiv war insoweit nicht notwendig, als sich die Zahlungsverpflichtung bereits aus dem Gesetz ergibt (Art. 123 ZPO). Ob das vorinstanzliche Dispositiv in dieser Konstellation auf Feststellung oder Verpflichtung lautet, erscheint als unerheblich, da die Gesuchsgegnerin so oder anders die ausstehenden Prozesskosten nachzubezahlen hat.

4.2. Weiter bestreitet die Gesuchsgegnerin "generell" die Zuständigkeit und das gewählte Verfahren. Es handle sich um eine öffentlich-rechtliche Forderung, welche vom Kanton angeordnet werden müsse in einem Verfahren, in welchem sie angehört werden müsse (Urk. 13 S. 3). Der Gesuchsgegnerin ist zuzustimmen, dass es sich beim zu beurteilenden Anspruch um eine öffentlich-rechtliche Forderung handelt, die vom Kanton angeordnet werden muss. Welche Behörde dabei für die Anordnung der Nachzahlung zuständig ist, bestimmt das kantonale Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich sind dafür zufolge der Nähe zum Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege die Zivilgerichte zuständig (*OGer ZH PS130199 vom 25. November 2013, E. 4; BGer 2C\_1231/2013 vom 3. Januar 2014, E. 3.2.*). Was die Gesuchsgegnerin darüber hinaus geltend machen will, bleibt unklar. So zielt ihr Vorbringen, wonach sie hätte angehört werden

müssen, ins Leere. Mit vorinstanzlicher Verfügung vom 1. Oktober 2018 wurde die Gesuchsgegnerin zur schriftlichen Stellungnahme aufgefordert (Urk. 1/3). Diese Verfügung wurde ihr am 4. Oktober 2018 zugestellt (Urk. 1/4). Innert Frist liess sie sich nicht vernehmen.

4.3. Soweit im Übrigen die Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Rechtsmittelein-gabe ihre finanziellen Verhältnisse darlegt und geltend macht, diese hätten sich in keiner Art und Weise verbessert (Urk. 13 S. 4 ff.), handelt es sich um unechte No-ven. Wie dargelegt ist die Möglichkeit, im Berufungsverfahren Noven vorzubrin-gen, beschränkt (vgl. vorstehend E. 2). Die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO sind vorliegend nicht erfüllt. Der Gesuchsgegnerin wäre es nach Erhalt der vor- instanzlichen Verfügung vom 1. Oktober 2018 (Urk. 1/3) ohne Weiteres zumutbar gewesen, sich innert 20-tägiger Frist mit der Vorinstanz in Verbindung zu setzen und die Belege zu ihren aktuellen finanziellen Verhältnissen einzureichen. Auch hätte es ihr freigestanden, innert Frist ihren früheren Rechtsvertreter zu kontaktie- ren und sich diesbezüglich beraten zu lassen. Inwiefern es am Gesuchsteller bzw. der Vorinstanz gewesen sein soll, sich direkt bei den früheren Vertretern der Ge- suchsgegnerin nach ihren finanziellen Verhältnissen zu erkundigen, wie die Ge- suchsgegnerin dies moniert (Urk. 13 S. 2), erhellt nicht. Auch ist nicht nachvoll- ziehbar, weshalb die Vorinstanz nach nicht erfolgter Reaktion der Gesuchsgegne- rin erneut hätte Frist ansetzen müssen, zumal sich diese bereits gegenüber dem Gesuchsteller mehrfach nicht vernehmen liess (Urk. 13 S. 4; Urk. 2/10-11, Urk. 2/13). Die Vorinstanz durfte ohne Weiteres auf eine nochmalige Fristanset- zung verzichten, wurden doch der Gesuchsgegnerin mit Verfügung vom 1. Oktober 2018 die Säumnisfolgen angedroht (Urk. 1/3). Die Vorbringen der Ge- suchsgegnerin zu ihren finanziellen Verhältnissen im Berufungsverfahren sind verspätet.

4.4. Insgesamt erweist sich die Berufung der Gesuchsgegnerin als offensicht- lich unbegründet, weshalb davon abgesehen werden kann, eine Berufungsant- wort des Gesuchstellers einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist ab- zuweisen.

5. Die Gesuchsgegnerin stellt für das Rechtsmittelverfahren ein Armenrechtsgesuch (Urk. 13 S. 2). Zuzufolge Aussichtslosigkeit (Art. 117 lit. b ZPO; vgl. vorstehende Erwägungen) ist das Begehren abzuweisen.

6. 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 Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'100.– festzusetzen und der unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Dem Gesuchsteller ist mangels wesentlicher Umtriebe für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit nachstehendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'100.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt.

4. Dem Gesuchsteller wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsteller unter Beilage der Doppel von Urk. 13, 15 und 16/2-12, 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. 36'674.70.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. März 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:  
am