



Geschäfts-Nr. LM100007/U

I. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. M. Kriech,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan und der Gerichtsschreiber lic. iur.
A. Baumgartner

Beschluss vom 29. August 2011

in Sachen

A._____,
Beklagter und Rekurrent

gegen

1. **B.**_____,
2. **C.**_____,
Klägerinnen und Rekursgegnerinnen

1 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge C._____,
1, 2 vertreten durch Alimentenhilfe X._____

betreffend **Anweisung an den Schuldner**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 20. Oktober 2010 (EE100129)**

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Die Parteien standen seit 30. September 2010 bei der Vorinstanz in einem Verfahren betreffend Anweisung an den Schuldner gemäss Art. 177 ZGB (Urk. 6/1). Mit Vorladung vom 5. Oktober 2010 wurden die Parteien zur Eheschutzverhandlung auf den 19. Oktober 2010 vorgeladen (Urk. 6/5). Der Beklagte und Rekurrent (fortan Beklagter) nahm die Vorladung am 8. Oktober 2010 persönlich entgegen (Urk. 6/6). Am 18. Oktober 2010 gab der Beklagte kommentarlos ein Arbeitsunfähigkeits-Zeugnis der E. _____ zur Post, welches bei der Vorinstanz am 19. Oktober 2010, dem Tag der Verhandlung, einging (Urk. 6/8). Am 19. Oktober 2010 teilte die Vorinstanz dem Beklagten telefonisch mit, dass die Verhandlung stattfindet. Sodann wies sie den Beklagten nochmals mündlich auf die Säumnisfolgen hin (Urk. 6/9). Der Beklagte blieb der Hauptverhandlung vom 19. Oktober 2010 fern (Prot. VI S. 1b).

Mit Verfügung vom 20. Oktober 2010 wies die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch des Beklagten ab (Urk. 3 S. 5 Dispositivziffer 1 der Erstverfügung). Sodann entschied sie gleichentags das Folgende (Urk. 3 S. 6 Dispositivziffer 1 der Zweitverfügung):

" 1. Der Arbeitgeber des Beklagten, F. _____, wird angewiesen, ab sofort vom jeweiligen Nettolohn (inklusive Kinderzulagen) des Beklagten monatlich den Fr. 3'887.50 übersteigenden Betrag bis zu einem Maximalbetrag von Fr. 2'710.– abziehen und zugunsten der Kinderalimente für die Klägerin 1, sowie der Ehegattenalimente für die Klägerin 2 an die Alimentenhilfe X. _____, Postcheckkonto Nr. ... mit dem Vermerk B. _____ / C. _____ zu überweisen, unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle."

Die Vorinstanz versandte die Verfügungen vom 20. Oktober 2010 am 22. Oktober 2010 (vgl. Urk. 3 S. 7). Gleichentags gab der Beklagte wiederum kommentarlos ein weiteres ärztliches Zeugnis der E. _____ vom 21. Oktober 2010 zur Post, welches bei der Vorinstanz am 25. Oktober 2010 einging (Urk. 6/12). Aus diesem Zeugnis geht hervor, dass der Beklagte wegen einer akuten Erkrankung an der Gerichtsverhandlung vom 19. Oktober 2010 nicht teilnehmen können. Der Beklagte nahm die Verfügungen vom 20. Oktober 2010 am 30. Oktober 2010 persönlich in Empfang (vgl. den an Urk. 6/10A angehefteten Empfangsschein).

2. Mit fristgerechter Eingabe vom 4. November 2010 erhob der Beklagte Rekurs gegen die Verfügungen vom 20. Oktober 2010 und stellte den Antrag, die Verfügung sei aufzuheben und die F._____ sei nicht anzuweisen (Urk. 2).

3. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

4. Da sich der Rekurs als unbegründet erweist, ist auf Weiterungen, insbesondere auf das Einholen einer Rekursantwort oder einer Vernehmlassung der Vorinstanz, zu verzichten (§ 277 ZPO/ZH).

II. Verschiebungsgesuch

1. Der Beklagte bringt in seinem Rekurs vor, dass er an der Hauptverhandlung vom 19. Oktober 2010 krank gewesen sei. Er sei zuerst vom 13. Oktober 2010 bis zum 17. Oktober 2010 krankgeschrieben gewesen. Er habe dafür ein Arzteugnis vom 13. Oktober 2010 erhalten, das er dem Bezirksgericht Uster gesandt habe. Er habe deshalb nicht sofort eine Verschiebung der Verhandlung verlangt, da er geglaubt habe, dass er bis zum 19. Oktober 2010 wieder gesund sein würde. Er habe eine Angina gehabt. Als er am Wochenende vor der Verhandlung noch immer nicht gesund gewesen sei und einen starken Rückfall erlitten habe, sei er am Montag, 18. Oktober 2010 in die E._____ zu Dr. G._____ gegangen. Dieser habe ihm ein neues Zeugnis vom 18. Oktober 2010 ausgestellt, welches er noch am gleichen Tag eingeschrieben an die Vorinstanz geschickt habe. Es sei damit völlig klar gewesen, dass er am 19. Oktober 2010 krank gewesen sei. Am Morgen des 19. Oktober 2010 habe sich dann ein Herr vom Bezirksgericht Uster telefonisch bei ihm zu Hause gemeldet. Er sei damals mit hohem Fieber im Bett gelegen. Dieser Herr habe ihm mitgeteilt, dass die Verhandlung nicht verschoben werde. Er habe ihm gesagt, dass er eine schwere Angina habe, im Bett liege und

nicht zur Verhandlung kommen könne. Am 21. Oktober 2010 habe er Dr. G. _____ in der E. _____ noch einmal aufsuchen müssen. Dieser habe ihm mit Arztzeugnis vom 21. Oktober 2010 erneut bestätigt, dass er am 19. Oktober 2010 schwer krank gewesen sei und darum an der Gerichtsverhandlung nicht habe teilnehmen können. Er sei also tatsächlich krank gewesen (Urk. 2 S. 2).

2. Die Vorinstanz führte dazu folgendes aus (Urk. 3 S. 3 f.): Eine Verschiebung der Verhandlung werde nur aus zureichenden Gründen bewilligt (§ 195 Abs. 1 GVG/ZH). Wer eine Vorladung zu persönlichem Erscheinen nicht befolgen könne, habe sich sofort zu entschuldigen (§ 181 GVG/ZH; recte § 182 GVG/ZH). Die Verhandlung im vorliegenden Verfahren sei auf den 19. Oktober 2010, 14.00 Uhr, angesetzt worden. Die entsprechende Vorladung datiere vom 5. Oktober 2010 (Urk. 6/5) und sei dem Beklagten am 8. Oktober 2010 zugestellt worden (Urk. 6/6). Der Beklagte habe sein (sinngemässes) Verschiebungsgesuch am 19. Oktober 2010 gestellt (Urk. 6/8). Gemäss dem ärztlichen Zeugnis sei der Beklagte bereits seit dem 13. Oktober 2010 – mithin sechs Tage vor der Verhandlung – krank geschrieben gewesen (Urk. 6/8). Der Beklagte habe es somit versäumt, das Verschiebungsgesuch unverzüglich und damit rechtzeitig zu stellen. Selbst wenn davon ausgegangen würde, das Verschiebungsgesuch sei formell rechtzeitig erfolgt, fehle es materiell am Vorliegen eines zureichenden – wichtigen – Grundes zur Verschiebung der Verhandlung (§ 195 Abs. 1 GVG/ZH). Der Beklagte mache geltend, er sei krank. Das von ihm eingereichte Arztzeugnis attestiere ab 13. Oktober 2010 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit bis zum 21. Oktober 2010 (Urk. 6/8); es enthalte indes keinerlei Angaben zur Art der Erkrankung. Ärztliche Behandlung und Arbeitsunfähigkeit würden nicht von vornherein gänzliche Handlungsunfähigkeit bedeuten. Allein mit dem eingereichten Arztzeugnis würde der Beklagte jedenfalls keineswegs glaubhaft darzutun vermögen, dass und weshalb er daran gehindert gewesen sei, der Vorladung zur Verhandlung Folge zu leisten oder wenigstens kurzfristig eine Drittperson zu instruieren oder sich vertreten zu lassen, zumal im summarischen Verfahren nur dann eine Vollmacht einzureichen sei, wenn Zweifel darüber bestünden, ob die Partei mit dem Vorgehen des Vertreters einverstanden sei (§ 36 Abs. 1 ZPO/ZH). Dass dies alles dem Beklagten mithin

aufgrund seines Gesundheitszustandes nicht möglich gewesen sei, vermöge er mit dem allgemein gehaltenen Zeugnis nicht schlüssig darzutun.

3. Gemäss § 182 GVG/ZH hat derjenige, welcher eine Vorladung zu persönlichem Erscheinen nicht befolgen kann, sich sofort zu entschuldigen. Im Krankheitsfall ist unverzüglich ein ärztliches Zeugnis einzureichen. Nicht jedes ärztliche Zeugnis kann den Beweis für entschuldbares Fernbleiben von einer Gerichtsverhandlung erbringen. Ein Arztzeugnis unterliegt – wie jedes Beweismittel – der freien Beweiswürdigung. Es muss geprüft werden, inwieweit darin (unter Wahrung des Berufsgeheimnisses) ein ärztlicher Befund geäussert und inwieweit nur Angaben des Patienten gegenüber dem Arzt wiedergegeben werden (Merz, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 148 N 21). Ärztlich bescheinigte Krankheit kann, muss aber nicht in jedem Fall einen zureichenden Grund für die Verschiebung einer Verhandlung auf Begehren einer Partei darstellen. Ein Zeugnis über Arbeitsunfähigkeit ist ein Indiz dafür, dass ein Verschiebungsgesuch begründet bzw. eine Säumnis entschuldbar ist; nebst dem ärztlichen Attest sind indessen auch die Umstände rund um das Arbeitsunfähigkeitszeugnis zu berücksichtigen (vgl. Entscheid der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 16. August 1999, RBOG 1999 S. 172).

Vorliegend wurde dem Beklagten gemäss dem im Rekursverfahren neu eingereichten Arztzeugnis von Dr. med. H. _____ in I. _____, am 13. Oktober 2010 Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vom 13. bis 17. Oktober 2010 attestiert (Urk. 5/2). Am 18. und 21. Oktober 2010 suchte der Beklagte nach seiner Darstellung Dr. med. G. _____ im ... zur Konsultation auf. Trotz eines angeblich starken Rückfalls begab sich der Beklagte also nicht etwa in die viel näher an seinem Wohnort gelegene Praxis von Dr. H. _____, sondern in die im Stadtzentrum gelegene Praxis von Dr. G. _____, war also vor und nach dem Verhandlungstag durchaus reisefähig. Dr. G. _____ attestierte ihm rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeit ab 13. Oktober 2010, wiewohl er offenbar erstmals am 18. Oktober 2010 konsultiert worden war. Hinzu kommt, dass die angeblich schwere Erkrankung Dr. G. _____ dennoch bewog, ein Arztzeugnis nur bis Donnerstag, 21. Oktober 2010 auszustel-

len, was doch einige Zweifel am Schweregrad der Erkrankung rechtfertigt. Arbeitsunfähigkeit ist nicht Verhandlungsunfähigkeit gleichzusetzen. Dies ist vorliegend zu beachten, wo der Beklagte geltend macht, an einer Angina gelitten zu haben. Mag diese ihn auch daran gehindert haben, als Wagenführer zu arbeiten, so bedeutet dies keineswegs gleichzeitig, dass er nicht an einer kaum länger als eine bis eineinhalb Stunden dauernden Gerichtsverhandlung – an der sich im Wesentlichen die Frage stellte, ob er seiner Unterhaltsverpflichtung nicht nachgekommen war – hätte teilnehmen können. Dazu äussert sich auch das im Nachhinein der Vorinstanz eingereichte Arzteugnis vom 21. Oktober 2010 nicht (Urk. 6/12 = Urk. 5/4). Auch im Rekursverfahren hat der Beklagte trotz entsprechender Hinweise der Vorinstanz kein detaillierteres Arzteugnis eingereicht. So bleibt insbesondere unklar, ob Dr. G._____ aufgrund eines selber erhobenen Befundes zum Schluss kam, der Beklagte sei zwei Tage zuvor nicht in der Lage gewesen, einer kürzeren Gerichtsverhandlung beizuwohnen, oder ob lediglich Angaben des Beklagten ihn dazu bewogen, und unbekannt ist auch, ob Dr. G._____ über Art und Dauer der Verhandlung ins Bild gesetzt worden war. Im Ergebnis hat die Vorinstanz das sinngemäss gestellte Verschiebungsgesuch des Beklagten zu Recht abgewiesen bzw. dessen Fernbleiben an der Verhandlung vom 19. Oktober 2010 als ungenügend entschuldigt gewürdigt. Allerdings wäre es angezeigt gewesen, dass die Vorinstanz dem Beklagten eine kurze Frist angesetzt hätte, um ein Arzteugnis einzureichen, welches ihm Verhandlungsunfähigkeit für die versäumte Verhandlung bescheinigt, bevor sie ihren Entscheid fällte.

III. Anweisung

1. Der Beklagte führte in seiner Rekursschrift sodann aus, es sei nicht richtig, dass er nichts bezahlt habe. Für Februar, März und April 2010 habe er die Rente in bar direkt der Klägerin 2 bezahlt. Sie könne das bestätigen. Einmal habe er im Mai auch einen Betrag von Fr. 1'000.– bezahlt. Auch Frau J._____ von der Sozialberatung der F._____ habe alles versucht, mit der Alimentenhilfe zu sprechen. Er habe einfach kein Geld gehabt. Er wisse, dass er den Unterhalt bezahlen müsse. Er werde das auch mit dem nächsten Lohn Ende November sofort ma-

chen. Er bitte darum, von einer Mitteilung an seine Arbeitgeberin abzusehen. Dies alles habe er dem vorinstanzlichen Richter sagen wollen. Da er krank gewesen sei, habe er dies aber nicht tun können (Urk. 2 S. 3).

2. a) Erfüllt ein Ehegatte seine Unterhaltspflicht gegenüber der Familie nicht, so kann das Gericht gemäss Art. 177 ZGB dessen Schuldner anweisen, seine Zahlungen ganz oder teilweise dem andern Ehegatten zu leisten. Die Gründe für die Nichterfüllung sind unerheblich. Ein Verschulden des Säumigen wird nicht vorausgesetzt, jedoch muss die Pflichtvergessenheit eine gewisse Schwere aufweisen; ein einmaliges Versäumnis genügt in der Regel nicht, ausser der Unterhaltsschuldner lasse bereits erkennen, dass er auch künftig nicht leisten werde.

b) Die dreimalige – bestrittene (vgl. Urk. 6/3/3) – Erfüllung von Unterhaltsbeiträgen für die Monate Februar, März und April 2010 genügt nicht, um die Aufhebung der durch die Vorinstanz angeordneten Anweisung zu rechtfertigen. Seit Mai 2010, in welchem er unbestrittenermassen Fr. 1'000.– zahlte (vgl. Urk. 6/1 S. 2 und Urk. 6/3/3), bzw. vollständig seit Juni 2010 blieb der Beklagte unbestrittenermassen bis zur Fällung des erstinstanzlichen Entscheids Ende Oktober 2010 die Unterhaltsbeiträge schuldig. In Anbetracht, dass die zwischen den Parteien *vereinbarten* Unterhaltsbeiträge erst seit Januar 2010 zu zahlen sind (vgl. Urk. 6/7/23 S. 7 Dispositivziffer 3.10), weisen die bis zum 20. Oktober 2010 ausstehenden Pflichtversäumnisse die für eine Anweisung nötige Schwere auf.

c) Das Bundesgericht unterscheidet klar zwischen dem Verfahren auf Festsetzung der Unterhaltsbeiträge und dem Verfahren auf Vollstreckung der rechtskräftig festgesetzten Unterhaltsbeiträge (BGE 123 III 332 E. 2). Dieser letzteren Verfahrensart ist auch die privilegierte Vollstreckung gemäss Art. 177 und 291 ZGB zuzurechnen (BGE 110 II 9 E. 1 und 2, best. in BGE 130 III 489 E. 1). Im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens ist zur Berechnung des anzuweisenden Betrages vom gegenwärtigen Ist-Zustand auszugehen. Sollten dem Beklagten – wie von ihm vorgebracht – die finanziellen Mittel zur Bezahlung der Unterhaltsbeiträge fehlen, so hätte er dies in einem Abänderungsverfahren geltend zu machen.

3. Der Rekurs des Beklagten ist somit abzuweisen und die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 20. Oktober 2010 zu bestätigen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Rekursverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Mangels erheblicher Umtriebe ist den Klägerinnen keine Umtriebsentschädigung für das Rekursverfahren zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs des Beklagten wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 20. Oktober 2010 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 500.—.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
4. Den Klägerinnen werden keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerinnen unter Beilage des Doppels von Urk. 2, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. August 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:

mc