

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LD110001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
K. Montani Schmidt

Urteil vom 4. September 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1) B. _____,

2) C. _____,

3) D. _____,

4) E. _____,

Kläger und Berufungsbeklagte

betreffend **Anweisung an Schuldner, Kosten- und Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 14. Januar 2011 (EF100008)**

Erwägungen:

I.

1. Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern vom 25. Juli 2007 geschieden. Gleichzeitig wurde die Anweisung an den Arbeitgeber des damaligen Gesuchstellers, heutigen Berufungsklägers und Beklagten (fortan Beklagter) mit folgendem Wortlaut angeordnet (Urk. 6/4 = Urk. 7/4/77 S. 9 Dispositivziffer 8):

"8. Der Arbeitgeber des Gesuchstellers, F._____, wird angewiesen von den künftigen Lohnzahlungen an den Gesuchsteller A._____ ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis 31. August 2009 monatlich den Betrag von Fr. 4'080.– bzw. ab 1. September 2009 bis 31. August 2011 den Betrag von Fr. 3'300.– zuzüglich allfälliger Kinder- bzw. Ausbildungszulagen der Gesuchstellerin E._____ auf das Konto Nr. ... bei der G._____ zu überweisen."

2. Mit Schreiben vom 28. September 2010 stellten die Berufungsbeklagten und Kläger (fortan Kläger) beim Bezirksgericht Affoltern ein Begehren um Erneuerung der Schuldneranweisung infolge Stellenwechsels des Beklagten (Urk. 7/2/1). Da der Beklagte per 1. April 2010 weggezogen war, wurde der Prozess mit Verfügung vom 2. November 2010 an die Einzelrichterin des Bezirkes Winterthur überwiesen (Urk. 7/1). Mit Schreiben vom 26. November 2010 (ans Bezirksgericht Winterthur) erklärte sich der Beklagte mit der Schuldneranweisung an seine neue Arbeitgeberin einverstanden und bat um Entscheid aufgrund der Akten (Urk. 7/6). Diesem Begehren entsprach die Vorinstanz und entschied mit Verfügung vom 14. Januar 2011 wie folgt (Urk. 3 S. 6):

- "1. Die H._____ wird angewiesen, ab sofort vom jeweiligen Lohn des Beklagten monatlich Fr. 3'500.– zuhanden der Kläger auf das Konto ... bei der G._____ (lautend auf E._____) zu überweisen, unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Umtriebsentschädigung von insgesamt Fr. 200.– zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung)."

3. Mit Schreiben vom 31. Januar 2011 erhob der Beklagte fristgerecht Berufung und stellte folgende Begehren (Urk. 2 S. 2 ff.):

- "1. Die Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 14. Januar 2011 sei aufzuheben und die H. _____ sei anzuweisen, vom Lohn des Beklagten monatlich CHF 3'300.–, zuzüglich allfälliger Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, bis zum 31. August 2011 zu Handen der Kläger auf das Konto ... bei der G. _____ (lt. auf E. _____) zu überweisen.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr sei auf CHF 3'000.– festzusetzen.
3. Die Kosten seien den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.
4. Die Parteientschädigungen seien wettzuschlagen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
6. Die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren seien wettzuschlagen."

Sodann stellte er folgende prozessualen Anträge (Urk. 2 S. 3 f.):

- "7. Dem Berufungskläger sei für das erstinstanzliche Verfahren rückwirkend die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.
8. Dem Berufungskläger sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie die unentgeltliche Verbeiständung durch Rechtsanwalt X. _____ zu gewähren."

4. In der Folge wurde versucht, zwischen den Parteien eine Einigung zu erzielen (Urk. 8-14). Nachdem die Vergleichsbemühungen mit Schreiben vom 19. Juli 2011 scheiterten (Urk. 15), wurde dem Beklagten mit Beschluss der angerufenen Kammer vom 12. August 2011 die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren gewährt und es wurde ihm in der Person von Rechtsanwalt X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Das Gesuch um rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das erstinstanzliche Verfahren wurde abgewiesen (Urk. 17). Gleichzeitig wurde den Klägern Frist zur Berufungsantwort angesetzt, welche am 23. August 2011 einging (Urk. 18-19/1-10).

Diese wurde dem Beklagten mit Datum vom 26. August 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 18-20).

II.

1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Das vorliegende Rechtsmittelverfahren wurde nachher eingeleitet, sodass für das Rechtsmittelverfahren das neue Prozessrecht zur Anwendung gelangt (Art. 405 ZPO). In Bezug auf das erstinstanzliche Verfahren gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass für das Verfahren vor Vorinstanz das bisherige Verfahrensrecht, also die zürcherische Prozessordnung (ZPO/ZH) massgebend war.

2. Ebenfalls am 1. Januar 2011 ist die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 in Kraft getreten (GebV OG; LS 211.11). Als Folge dessen, dass für die Beurteilung der Kostenhöhe und der Kostenverteilung das bisherige Verfahrensrecht gilt, ist diesbezüglich weiterhin die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GerGebV) anwendbar (§ 23 GebV OG). Für das Berufungsverfahren gilt indes infolge der Anwendbarkeit des neuen Verfahrensrechts die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (§ 22 GebV OG).

III.

1. Nach Durchsicht der Akten zeigt sich, dass die Vorinstanz sowohl in Bezug auf die Höhe des angewiesenen Betrages (Fr. 3'500.–) sowie betreffend Befristung der Anweisung offensichtlich fehlerhaft entschieden hatte. Die Kläger hatten vor Vorinstanz nämlich lediglich beantragt, den neuen Arbeitgeber des Beklagten im Sinne des vorhandenen Gerichtsbeschlusses – unter Bezugnahme auf das Scheidungsurteil vom 25. Juli 2007 – anzuweisen, die geschuldeten Unterhaltsbeiträge direkt an sie zu überwiesen (Urk. 7/1). Da die Anweisung an den

damaligen Arbeitgeber des Beklagten in Dispositivziffer 8 des Scheidungsurteils vom 25. Juli 2007 lediglich auf den Betrag von Fr. 3'300.– sowie lediglich bis zum 31. August 2011 lautete (Urk. 7/4/77), hat die Vorinstanz mit Anordnung einer unbefristeten Anweisung über den Betrag von Fr. 3'500.– die Dispositionsmaxime verletzt. Dies wäre vorliegend zu korrigieren gewesen. Zwischenzeitlich ist jedoch das Rechtsbegehren 1 aufgrund der Vergleichsbemühungen und dem damit einhergehenden Zeitablauf gegenstandslos geworden. Dementsprechend ist Dispositivziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung ersatzlos aufzuheben. Zu bemerken bleibt, dass die Klägerin 4, E. _____, bestätigte, dass die Zahlungen bis dato – wenn auch jeweils auf Ermahnung hin – erfolgt sind (Urk. 16).

2. Die Vorinstanz hatte die Gerichtskosten – ausgehend von einem Streitwert von Fr. 219'800.– – auf Fr. 4'000.– festgesetzt (Urk. 3 S. 5 f.). Zu Recht rügt der Beklagte, die Vorinstanz habe die Gerichtsgebühr falsch berechnet: Vorliegend handelt es sich um Unterhaltsbeiträge für 11 Monate, nämlich vom 1. Oktober 2010 bis zum 31. August 2011. Dies ergibt lediglich einen Streitwert von Fr. 36'300.– (11 x Fr. 3'300.–). Da es sich zudem einerseits um ein summarisches Verfahren handelt, andererseits um periodisch wiederkehrende Leistungen, sind die Gerichtskosten in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 7 der GerGebV vom 4. April 2007 wie vom Beklagten beantragt auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Entsprechend ist Dispositivziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung zu korrigieren.

3.1 Die Kosten des Verfahrens vor Vorinstanz richten sich wie erwähnt noch nach kantonalem Recht und damit gemäss § 64 Abs. 2 ZPO/ZH nach Ob- und Unterliegen. Sie werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Als unterliegende Partei ist auch die Partei zu bezeichnen, welche die Klage anerkannt hat.

3.2 a) Der Beklagte begründet seinen Antrag auf hälftige Kostenauflegung im Wesentlichen damit, dass die Anweisung in der Hauptsache nicht strittig gewesen sei und er selber bereits mit Schreiben vom 29. August 2010 und damit vor den Klägern die Anweisung an seinen neuen Arbeitgeber, gestützt auf das Scheidungsurteil, bei Gericht beantragt habe. Sodann sei auf seinen weiteren An-

trag nicht eingetreten und zwei Anträge der Kläger abgewiesen worden (Urk. 2 S. 9). Die Kläger halten dagegen, dass das Verfahren hätte vermieden werden können, wenn der Beklagte sie über den Stellenwechsel und allfällige Bemühungen zur Fortsetzung der Schuldneranweisung informiert hätte. Dies aber habe er nicht getan. Bezugnehmend auf das Schreiben des Klägers vom 29. August 2010 weisen die Kläger daraufhin, dass dieser Brief einerseits keinen Eingangsstempel des Bezirksgerichts Affoltern aufweise, weshalb sie davon ausgingen, dass dieser Brief das Gericht nie erreicht habe. Andererseits habe der Beklagte ihnen diesen Brief nicht in Kopie zugestellt (Urk. 18 S. 2).

b) Das vom Beklagten bereits vor Vorinstanz eingereichte Schreiben vom 29. August 2010 an das Bezirksgericht Affoltern, mit welchem er angeblich darum ersucht hatte, die Zahlungsanweisung per Ende September 2010 gemäss Scheidungsurteil seinem neuen Arbeitgeber mitzuteilen, findet sich zwar in den Akten des Bezirksgerichts Affoltern, doch lediglich als Beilage (Urk. 6/3 = Urk. 7/2/10/2). Im jetzigen Zeitpunkt kann nicht mehr nachgeprüft werden, ob dieses Schreiben – wie von den Klägern behauptet – gar nie versandt worden ist, oder ob es tatsächlich versandt worden ist und sich aus ungeklärten Gründen nicht bei den Akten findet. Damit kann vorliegend nicht mehr erstellt werden, ob der Beklagte tatsächlich versucht hat, von sich aus die Anweisung an die neue Arbeitgeberin in die Wege zu leiten. Allerdings kann an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass der Beklagte hierzu nicht das Gericht zu bemühen gehabt hätte: Er hätte dies auch von sich aus der neuen Arbeitgeberin mitteilen und um entsprechende Überweisung direkt an die Kläger ersuchen können. Sämtliche hierzu relevanten Daten lagen ihm vor. Er hat denn auch nicht behauptet, dass er die Kläger über den bevorstehenden Stellenwechsel informiert hätte (Urk. 2 S. 2 ff.). Nachdem die Unterhaltsbeiträge für den Monat September 2010 nicht wie üblich am 26.sten auf dem Konto der Klägerin 4, E._____, gutgeschrieben waren, ersuchten die Kläger mit Schreiben vom 28. September 2010 um erneute Schuldneranweisung (Urk. 7/2/1). Damit kann den Klägern nicht vorgehalten werden, sie hätten das Verfahren ohne Grund eingeleitet bzw. unnötig veranlasst.

Zu beachten ist vorliegend, dass sich der Beklagte von Beginn an nicht gegen eine Schuldneranweisung an seine neue Arbeitgeberin stellte, sondern sich bereits mit seinem Schreiben vom 29. Oktober 2010 (beim Bezirksgericht Affoltern) bzw. mit Schreiben vom 26. November 2010 (beim Bezirksgericht Winterthur) damit einverstanden erklärte (Urk. 7/2/9; Urk. 7/6). Ein solches Einverständnis nach erfolgter Klageanhebung stellt allerdings eine Klageanerkennung dar, weshalb der Beklagte in diesem Punkt als unterliegende Partei zu betrachten ist.

c) Neben diesem Hauptbegehren hatten die Kläger den Antrag gestellt, dass der Beklagte anzuweisen sei, ihnen die ausstehenden Unterhaltsbeiträge direkt zu überweisen (Urk. 7/2/1). Der Beklagte hatte vor Vorinstanz dagegen ausgeführt, dass die Unterhaltsbeiträge für den Monat August 2010 noch von seiner ehemaligen Arbeitgeberin überwiesen worden seien und er die Beträge für den Monat September 2010 von sich aus per 29. September 2010 überwiesen habe. Diese Zahlungen wurden denn auch vom Beklagten belegt (Urk. 7/2/8/1-2). Die Vorinstanz verwies die Kläger diesbezüglich auf den Weg der Schuldbetreibung, da eine Anweisung an den Schuldner selber nicht möglich sei. Weiter wies sie daraufhin, dass der Beklagte die Unterhaltszahlungen belegt habe (Urk. 7/2/8/2; Urk. 3 S. 3 f. E. 3). Damit unterlagen die Kläger in diesem Punkt.

d) Schliesslich hatten die Kläger zusätzlich den Antrag gestellt, der Arbeitgeber sei zu verpflichten, ihnen einen allfälligen Stellenwechsel des Beklagten direkt mitzuteilen. Gegen diesen Antrag hatte sich der Beklagte zur Wehr gesetzt (Urk. 7/2/1; Urk. 7/2/7; Urk. 7/2/9; Urk. 7/6). Die Vorinstanz wies dieses Begehren der Kläger ab mit der Begründung, eine Anweisung an den "jeweiligen" Arbeitgeber sei nicht möglich und es stehe ihnen frei, bei einem erneuten Stellenwechsel des Beklagten ein nämliches Begehren zu stellen (Urk. 3 S. 4 E. 4). Damit aber unterlagen die Kläger auch in diesem Punkt.

e) Der Beklagte stellte ebenso weitere Anträge, nämlich einerseits, dass die Unterhaltsbeiträge für den Sohn C._____ rückwirkend per 1. März 2010 einzustellen seien, bis dieser einer angemessenen Ausbildung nachkomme, und zweitens, dass die Klägerin 4, E._____, zu verpflichten sei, ihm die dadurch zuviel

bezogenen Alimente zurückzuerstatten (Urk. 7/6). Auf diese beiden Begehren trat die Vorinstanz einerseits mangels Zuständigkeit, andererseits mangels Rechtsgrundlage nicht ein (Urk. 3 S. 4 f. E. 5-6). Damit unterlag der Beklagte in diesen beiden Punkten.

f) Entsprechend ergibt sich folgendes Bild: Der Beklagte unterlag im Hauptbegehren. In den übrigen Punkten unterlagen die Parteien ungefähr je zur Hälfte. Geht man davon aus, dass das Hauptbegehren rund die Hälfte des Verfahrensaufwandes beschlug, unterlag der Beklagte zu drei Vierteln und die Kläger zu rund einem Viertel. Entsprechend sind die Kosten in Abweichung von Dispositivziffer 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. Januar 2011 dem Beklagten zu drei Vierteln und den Klägern unter solidarischer Haftung zu einem Viertel aufzuerlegen.

5. Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten, den Klägern eine Umtriebsentschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen (Urk. 3 S. 6). Der Beklagte beantragte, die Parteientschädigungen seien wettzuschlagen (Urk. 2 S. 2). Anlässlich der Berufungsantwort verzichteten die Kläger vorbehaltlos auf diese Umtriebsentschädigung (Urk. 18 S. 1). Entsprechend ist Dispositivziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. Januar 2011 dahingehend zu ändern, dass keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen werden.

IV.

1. a) Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien ausgangsgemäss auferlegt (Art. 106 ZPO). Wird das Verfahren gegenstandslos, so sind die Kosten grundsätzlich nach Art. 107 ZPO zu verlegen. Vorliegend ist allerdings zu beachten, dass die Berufung insbesondere infolge Fehler der Vorinstanz aufgehoben werden musste (Höhe Anweisung, fehlende Befristung, Höhe Gerichtskosten). Damit ist dieser Anteil der Kosten auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Hinsichtlich Kosten- und Entschädigungsfolgen obsiegt der Beklagte zur Hälfte, weshalb die diesbezüglichen Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzu-

erlegen sind. Nehmen mehrere Parteien am Prozess teil, hat das Gericht auf anteilmässige oder solidarische Haftung zu erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Vorliegend rechtfertigt es sich, die Kläger solidarisch zu verpflichten, die ihnen auferlegten Gerichtskosten zu tragen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind auch keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

2. Die Gerichtskosten sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 GebV OG vom 8. September 2010 auf insgesamt Fr. 1'000.– festzusetzen. Die Kosten für das Hauptbegehren und die Höhe der Gerichtskosten beschlugen ungefähr die Hälfte des Verfahrensaufwandes. Da wie erwähnt die diesbezüglichen Kosten auf die Staatskasse zu nehmen sind, sind die restlichen Gerichtsgebühren auf Fr. 500.– zu veranschlagen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Beklagten wird Dispositivziffer 1 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 14. Januar 2011 ersatzlos aufgehoben. Die Dispositivziffern 2 bis 4 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 14. Januar 2011 werden aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–
 3. Die Kosten werden den Klägern unter solidarischer Haftung zu einem Viertel, dem Beklagten zu drei Vierteln auferlegt.
 4. Es werden keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zur Hälfte auf die Staatskasse genommen. Im übrigen Umfang von Fr. 500.– werden die Kosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil des Beklagten wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das zweitinstanzliche

stanzliche Verfahren einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Die Kläger haften für ihren Anteil an den Gerichtskosten solidarisch.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) 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 unter Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:

SS