

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE220050-O/ U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Paszehr

Beschluss und Urteil vom 9. Dezember 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Fürsprecher C._____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. August 2022 (EE210292-L)**

Rechtsbegehren:

(vgl. Urk. 33 S. 2–6 = Urk. 36 S. 2–6)

Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht

Zürich, 5. Abteilung, vom 25. August 2022:

(Urk. 33 S. 60–66 = Urk. 36 S. 60–66)

1. Es wird festgehalten, dass die Parteien seit dem 1. September 2021 getrennt leben.
2. Es wird festgehalten, dass die Kinder D._____, geboren am tt.mm.2012 und E._____, geboren am tt.mm.2018, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge beider Parteien verbleiben.
3. Die Obhut über die Kinder D._____, geboren am tt.mm.2012 und E._____, geboren am tt.mm.2018, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.
4. Die Vereinbarung der Parteien vom 25. Januar 2022 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

"1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes

Die Parteien stellen fest, seit 1. September 2021 getrennt zu leben und vereinbaren die Fortführung des Getrenntlebens auf unbestimmte Zeit.

2. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht

a) *Elterliche Sorge*

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für die Kinder

- *D._____, geboren am tt.mm.2012;*
- *E._____, geboren am tt.mm.2018.*

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

b) *Obhut*

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für die Kinder der Mutter zuzuteilen.

c) *Besuchsrecht*

[...]

cc)

Der Vater verpflichtet sich, bei der Ausübung des Besuchsrechts die Kinder bei der Mutter abzuholen und zu ihr zurück zu bringen.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. *Wohnung*

Der Ehemann überlässt der Ehefrau sowie den Kindern die eheliche Wohnung an der Adresse F._____ ..., ... Zürich, zur alleinigen Benützung.

Der Ehemann hat die Wohnung bereits verlassen.

Der Ehemann verpflichtet sich, der Ehefrau bis spätestens 31. Januar 2022 alle Schlüssel zur ehelichen Wohnung auszuhändigen. Die Ehefrau ist einverstanden, dass der Ehemann die Garagenschlüssel behält.

Sobald der Ehemann eine Wohnung ausserhalb der Baugenossenschaft G._____ Zürich findet, verpflichtet er sich, die Garagenschlüssel der Ehefrau zurückzugeben.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Post umgehend an die von ihm genannte Adresse seines Bruders umzuleiten.

4. *Mobiliar und Hausrat*

Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung. Der Ehemann ist jedoch berechtigt, seine persönlichen Gegenstände mitzunehmen. Die Parteien einigen sich über den Abholungstermin. Der Ehemann hat sich diesbezüglich mindestens zwei Tage vor der beabsichtigten Abholung der persönlichen Gegenstände bei der Ehefrau zu melden.

Der Ehemann ist berechtigt seine persönlichen Gegenstände bis zum Bezug einer neuen Wohnung im Keller zu belassen. Sofern der Ehemann über einzelne Gegenstände verfügen will, hat er dies der Ehefrau mindestens zwei Tage im Voraus mitzuteilen.

5. *Kinderunterhalt*

[...]

6. *Vorsorgliche Massnahmen*

[...]"

5. Die Abänderungsvereinbarung der Parteien vom 3. Mai 2022 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

"In Abänderung der "Vereinbarung betreffend Kinderbelange" vom 25. Januar 2022 schliessen die Parteien folgende Vereinbarung:

1. Abänderung Besuchsrecht

In Abänderung von Ziff. 2 lit. c, aa) und bb) der Vereinbarung vom 25. Januar 2022 vereinbaren die Parteien was folgt:

aa)

Solange der Vater nicht über eine kindsgerechte Wohnung verfügt, ist er berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- an jedem zweiten Wochenende jeweils am Samstag von 10:30 Uhr bis 21:00 Uhr und am Sonntag von 10:30 Uhr bis 17:30 Uhr ohne Übernachtung, wobei der Vater die Kinder jeweils am Morgen bei der Mutter abholt und jeweils am Abend zur Mutter zurückbringt, am Samstag gepflegt am Sonntag nicht gepflegt;*
- an jedem Freitagabend, welcher vor dem Wochenende liegt, an welchem die Kinder bei der Mutter sind, holt der Vater die Kinder von der Schule bzw. dem Hort oder der Krippe ab, verbringt das Abendessen mit ihnen und bringt sie spätestens um 21:00 Uhr zur Mutter;*
- in den ungeraden Jahren an Ostern (Karfreitag bis Ostermontag) ohne Übernachtung und in den geraden Jahren an Pfingsten (Samstag vor Pfingsten bis Pfingstmontag) ohne Übernachtung;*
- in den ungeraden Jahren am 24. Dezember und 1. Januar und in den geraden Jahren am 25. Dezember und 31. Dezember;*
- während zwei aufeinanderfolgenden Wochen während den Sommerschulferien, wobei festzuhalten ist, dass der Vater die Kinder, wenn immer möglich, selbst zu betreuen hat. Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils mindestens drei Monate vorher schriftlich ab. Können sie sich nicht einigen, kommt dem Vater in den Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in den Jahren mit gerader Jahreszahl der Mutter.*

bb)

Sobald der Vater über eine kindsgerechte Wohnung verfügt, ist der Vater berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend, 19:00 Uhr bis Sonntagabend, 17:30 Uhr (nicht gepflegt), wobei der Vater die Kinder jeweils am Freitagabend bei der Mutter abholt und am Sonntagabend zur Mutter zurückbringt;*

- *an jedem Freitagabend, welcher vor dem Wochenende liegt, an welchem die Kinder bei der Mutter sind, holt der Vater die Kinder von der Schule bzw. dem Hort oder der Krippe ab, verbringt das Abendessen mit ihnen und bringt sie spätestens um 21:00 Uhr zur Mutter;*
- *in den ungeraden Jahren an Ostern (Gründonnerstag bis Ostermontag) und in den geraden Jahren an Pfingsten (Freitagabend bis Pfingstmontag);*
- *in den ungeraden Jahren während der ersten Woche der Weihnachtsferien und in den geraden Jahren während der zweiten Woche der Weihnachtsferien;*
- *während zwei aufeinanderfolgenden Wochen während den Sommerschulferien, wobei festzuhalten sei, dass der Vater die Kinder, wenn immer möglich, selbst zu betreuen hat. Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien jeweils mindestens drei Monate vorher schriftlich ab. Können sie sich nicht einigen, kommt dem Vater in den Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in den Jahren mit gerader Jahreszahl der Mutter.*

2. Mobiliar und Hausrat

In Ergänzung von Ziff. 4 der Vereinbarung vom 25. Januar 2022 vereinbaren die Parteien was folgt:

Die Gesuchstellerin verpflichtet sich dem Gesuchsgegner das Gerät für den E-Banking Zugang zur Postfinance bis spätestens 7. Mai 2022 herauszugeben, soweit sie das Gerät findet.

Die Gesuchstellerin verpflichtet sich dem Gesuchsgegner das Tablet (iPad grau, ca. dreijährig) bis spätestens 7. Mai 2022 herauszugeben, soweit sie das Gerät findet.

Im Übrigen bleibt die Vereinbarung vom 25. Januar 2022 im Sinne von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens weiterhin in Kraft."

6. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge, je zuzüglich allfälliger Familienzulagen, wie folgt zu bezahlen:

für D. _____:

- *rückwirkend ab 1. Februar 2022 bis 31. Mai 2022:
CHF 1'188.– (davon CHF 0 als Betreuungsunterhalt)*
- *rückwirkend ab 1. Juni 2022 bis 31. August 2022:
CHF 1'325.– (davon CHF 0 als Betreuungsunterhalt)*
- *ab 1. September 2022 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens:
CHF 1'373.– (davon CHF 0 als Betreuungsunterhalt)*

für E. _____:

- *rückwirkend ab 1. Februar 2022 bis 31. Mai 2022:*

CHF 1'073.– (davon CHF 0 als Betreuungsunterhalt)

- *rückwirkend* ab 1. Juni 2022 bis 31. August 2022:
CHF 1'030.– (davon CHF 0 als Betreuungsunterhalt)
- ab 1. September 2022 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens:
CHF 894.– (davon CHF 0 als Betreuungsunterhalt)

Die Unterhaltsbeiträge und allfällige Familienzulagen sind jeden Monat an die Gesuchsgegnerin zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

7. Es wird sodann Vormerk davon genommen, dass die Familienzulagen aktuell von der Gesuchstellerin bezogen und von ihr für den Unterhalt der Töchter D. _____ und E. _____ verwendet werden.
8. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 6 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Februar bis und mit Mai 2022:

Einkommen:

- Gesuchstellerin: CHF 3'614.–
- Gesuchsgegner: CHF 5'992.–
- D. _____ und E. _____: die Kinderzulagen von derzeit je CHF 200.–

Familienrechtlicher Bedarf:

- Gesuchstellerin: CHF 3'045.–
- Gesuchsgegner: CHF 3'650.–
- D. _____: CHF 1'475.–
- E. _____: CHF 1'352.–

Juni bis und mit August 2022:

Einkommen:

- Gesuchstellerin: CHF 3'614.–
- Gesuchsgegner: CHF 5'992.–
- D. _____ und E. _____ die Kinderzulagen von derzeit je Fr. 200.–

Familienrechtlicher Bedarf:

- Gesuchstellerin: CHF 3'051.–

- Gesuchsgegner: CHF 3'637.–
- D._____: CHF 1'678.–
- E._____: CHF 1'352.–

ab 1. September 2022 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens:

Einkommen:

- Gesuchstellerin: CHF 3'614.–
- Gesuchsgegner: CHF 5'992.–
- D._____ und E._____: je die Kinderzulagen von derzeit je
CHF 200.–

Familienrechtlicher Bedarf:

- Gesuchstellerin: CHF 3'056.–
- Gesuchsgegner: CHF 3'650.–
- D._____: CHF 1'683.–
- E._____: CHF 1'165.–

9. Es werden keine Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen.
10. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin in der Zeit von 1. Februar 2022 bis und mit April 2022 Kinder-Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 5'600.– bezahlt hat. Diese sind an seine Unterhaltspflicht gemäss Dispositiv Ziff. 6 anzurechnen.

Allfällige weitere vom Gesuchsgegner seit dem 1. Mai 2022 geleistete Unterhaltsbeiträge sind an seine Unterhaltspflicht gemäss Dispositiv Ziff. 6 anzurechnen.

11. Die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners, die H._____ AG, I._____ -strasse ..., J._____, wird angewiesen, die vom Gesuchsgegner geschuldeten Kinder-Unterhaltsbeiträge im Betrag von insgesamt CHF 2'267.– (zuzüglich Familienzulagen, sofern diese an den Gesuchsgegner ausbezahlt werden) **ab sofort** jeden Monat vom Lohn des Gesuchsgegners in Abzug zu bringen und direkt auf das Konto der Gesuchstellerin bei der Migros Bank, IBAN-Nr. CH1, lautend auf A._____, geboren tt. Februar 1985, F._____ ..., ... Zürich,

zu überweisen, **unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfall.**

12. Vom Rückzug des Antrags der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags wird Vormerk genommen.
13. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 6'000.00; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 1'185.00 Dolmetscherkosten

Fr. 7'185.00 Total
14. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
15. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
16. [Mitteilungssatz]
17. [Rechtsmittel: Berufung, Frist: 10 Tage]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 35 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziff. 10 Abs. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich aufzuheben.
2. Eventualiter sei Dispositiv-Ziff. 10 Abs. 2 aufzuheben und in Abs. 2 anstelle von Fr. 5'600.-- der bis zum Erlass des obergerichtlichen Urteils effektiv bezahlte Betrag einzusetzen. In diesem Fall wäre die Passage "von 1. Februar 2022 bis und mit April 2022" neu so zu fassen: "von 1. Februar 2022 bis zum Erlass des obergerichtlichen Urteils"[.]
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Kantons Zürich, eventualiter zu Lasten des Gesuchsgegners."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 44 S. 2):

- "1. Die Berufung / Beschwerde gegen das Urteil / Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 25. August 2022 sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte und Beschwerdegegner im Zeitraum vom 1. Februar 2022 bis 31. Au-

gust 2022 an den Kinderunterhalt insgesamt Zahlungen von CHF 12'000.00 geleistet hat.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zulasten der Berufungsklägerin / Beschwerdeführerin[.]"

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien sind miteinander verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: D._____, geboren am tt.mm.2012, und E._____, geboren am tt.mm.2018 (vgl. Urk. 36 S. 60). Mit Eingabe vom 30. November 2021 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) ein Eheschutzverfahren beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) anhängig (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid (Urk. 36 S. 6–13) verwiesen werden. Am 25. August 2022 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 36).

1.2. Dagegen erhob die Gesuchstellerin am 2. September 2022 Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 35 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1–34) wurden beigezogen. Mit Verfügung vom 6. September 2022 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'000.– angesetzt (Urk. 37), welcher fristgerecht einging (Urk. 38). Mit Verfügung vom 29. September 2022 wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 39). Mit Eingabe vom 7. Oktober 2022 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. C._____ an, dass er mit der Interessenswahrung des Gesuchsgegners betraut wurde (Urk. 40; Urk. 41). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2022 erstattete der Gesuchsgegner die Berufungsantwort mit den oben aufgeführten Anträgen (Urk. 44). Sie wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 27. Oktober 2022 zur Kenntnis gebracht (Urk. 48). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Unangefochten geblieben sind die Dispositiv-Ziff. 1 (Getrenntleben), 2 (elterliche Sorge), 3 (Obhut), 4 (Genehmigung bzw. Vormerknahme der Vereinbarung vom 25. Januar 2022), 5 (Genehmigung bzw. Vormerknahme der Vereinbarung vom 3. Mai 2022), 6 (Kinderunterhalt), 7 (Bezug Familienzulagen), 8 (Angaben gemäss Art. 301a lit. a ZPO), 9 (Ehegattenunterhalt), 11 (Schuldneranweisung) und 12 (Vormerknahme Rückzug Prozesskostenbeitrag), was vorzumerken ist. Bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositiv-Ziffern 13 bis 15) erfolgt ohnehin keine Vormerknahme der (Teil-) Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2.2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1).

2.3. Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten den Untersuchungs- und Officialgrundsatz. Das Gericht ist demgemäss nicht an die Anträge und tatsächlichen Vorbringen der Parteien gebunden und auch das Verbot der reformatio in peius greift nicht (vgl. BGE 137 III 617 E. 4.5.3; BSK ZPO-Mazan/Steck, Art. 296 N 30b). In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, sind auch im Berufungsverfahren neue Tat-

sachen und Beweismittel unabhängig der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 147 III 301 E. 2.2).

3. Beurteilung der Berufung

3.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für die beiden gemeinsamen Töchter der Parteien D._____ und E._____, rückwirkend ab dem 1. Februar 2022 (Urk. 36 S. 63 Dispositiv-Ziff. 6). Betreffend die bereits geleisteten Unterhaltszahlungen erwog sie, es sei unbestritten, dass der Gesuchsgegner seit dem 1. Februar 2022 bis und mit April 2022 Fr. 5'600.– bezahlt habe. Zum Verhandlungszeitpunkt am 3. Mai 2022 habe die Gesuchstellerin erklärt, dass für den Mai 2022 noch keine Unterhaltsbeiträge geleistet worden seien. Der Gesuchsgegner habe hingegen geltend gemacht, er habe für den Mai 2022 Fr. 1'600.– der Gesuchstellerin überwiesen, hierzu jedoch keine Belege ins Recht gereicht. Da die Zahlung für den Mai 2022 unbelegt bleibe, sei festzustellen, dass der Gesuchsgegner seit 1. Februar 2022 bis und mit April 2022 Fr. 5'600.– an Unterhaltsbeiträgen bezahlt habe. Dieser Betrag und allfällige weitere seit dem 1. Mai 2022 bereits geleistete Unterhaltsbeiträge seien an seine Unterhaltspflicht anzurechnen (Urk. 36 S. 50). Dies hielt sie entsprechend in Dispositiv-Ziff. 10 fest (Urk. 36 S. 65).

3.2. Die Gesuchstellerin rügt mit ihrer Berufung eine falsche Rechtsanwendung, indem die Vorinstanz im Urteil allfällige weitere (über den Betrag von Fr. 5'600.– hinausgehende) vom Gesuchsgegner seit dem 1. Mai 2022 geleistete Unterhaltsbeiträge vorbehalten habe, ohne jedoch im Dispositiv festzustellen, wie hoch dieser Betrag sei. Ob und in welcher Höhe der Gesuchsgegner nach dem 1. Mai 2022 Zahlungen erbracht habe, habe die Vorinstanz auch nicht in den Erwägungen dargelegt. Darum könne der vom Gesuchsgegner geschuldete Betrag nicht ermittelt werden (Urk. 35 Rz. 15). Nach dem Wortlaut von Dispositiv-Ziff. 10 hätte der Gesuchsgegner auch nach Mai 2022 Nachzahlungen für die zwischen Februar 2022 und April 2022 geschuldeten Unterhaltsbeiträge machen können, welche ebenfalls anzurechnen wären. Die Problematik der Anrechnung beschränke sich daher nicht auf die Unterhaltsbeiträge ab Mai 2022, sondern betreffe alle rückständigen Unterhaltsbeiträge (Urk. 35 Rz. 9). Mit diesem Urteil werde sie gemäss

BGE 135 III 315 keine Rechtsöffnung bekommen. Folglich habe die Vorinstanz ein nicht vollstreckbares Urteil erlassen (Urk. 35 Rz. 15 f.).

Das Problem sei dadurch zu lösen, dass Dispositiv-Ziff. 10 Abs. 2 gestrichen werde. Dann sei lediglich der Betrag von Fr. 5'600.– anzurechnen, welcher bestimmt sei. Für weitere Anrechnungen gebe es keinen Anlass. Die Vorinstanz habe abgeklärt, wie viel der Gesuchsgegner an die rückständigen Unterhaltsbeiträge bezahlt habe. Er habe jedoch nur Zahlungen bis April 2022 nachweisen können. Nicht belegte Zahlungen seien nicht anzurechnen. Die Rechtsfolge aus den Feststellungen in E. 4.6 des vorinstanzlichen Urteils wäre gewesen, allein die Anordnung von Dispositiv-Ziff. 10 Abs. 1 zu treffen. Die Anordnung in Abs. 2 sei schon deshalb aufzuheben, weil es dafür in den Erwägungen keine tatsächlichen Grundlagen gäbe. Sie sei aber auch zu streichen, weil sie die Vollstreckung des Urteils verhindere (Urk. 35 Rz. 17–19).

Zudem sei zu beachten, dass es vorliegend um Kinderunterhaltsbeiträge gehe, für welche die Oficialmaxime gelte. In diesem Fall seien Noven unbeschränkt zulässig, sodass das Berufungsgericht dem Gesuchsgegner Gelegenheit geben könnte, weitere Zahlungen bis zum Urteil des Obergerichts nachzuweisen. Der Betrag in Dispositiv-Ziff. 10 Abs. 1 könnte entsprechend angepasst werden. Auch in diesem Fall sei Abs. 2 jedoch zu streichen (Urk. 35 Rz. 20 f.).

3.3. Der Gesuchsgegner lässt in seiner Berufungsantwort vorbringen, die Vorinstanz habe ihn zur rückwirkenden Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen ab 1. Februar 2022 bis 31. August 2022 verpflichtet und im Zeitraum von Februar 2022 bis April 2022 geleistete Zahlungen von insgesamt Fr. 5'600.– angerechnet. Dabei habe sie auf den anlässlich der Verhandlung vom 3. Mai 2022 festgestellten Sachverhalt abgestellt. Da keine Beweiserhebung für den Zeitraum nach der Gerichtsverhandlung vorliege, habe die Vorinstanz somit zu Recht einen Vorbehalt für weitere geleistete Zahlungen angebracht (Urk. 44 Rz. 5 f.).

Des Weiteren könnten vorliegend aufgrund des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes die Quittungen über die Zahlungen, welche nach dem 1. Mai

2022 geleistet worden seien, im Berufungsverfahren nachgereicht werden (Urk. 44 Rz. 7).

3.4. Der Einwand der Gesuchstellerin, dass Dispositiv-Ziff. 6 des vorinstanzlichen Entscheids aufgrund von Dispositiv-Ziff. 10 Abs. 2 die Qualität als Rechtsöffnungstitel abgeht, ist berechtigt: Beruht eine Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, so kann der Gläubiger dafür definitive Rechtsöffnung verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Diese kann indes nur erteilt werden, wenn das Urteil den Schuldner zur definitiven Zahlung einer bestimmten Geldleistung verpflichtet. Der Rechtsöffnungsrichter hat zu prüfen, ob sich die in Betreuung gesetzte Forderung aus dem vorgelegten gerichtlichen Urteil ergibt, nicht jedoch deren materiellen Bestand oder dessen materielle Richtigkeit. Nicht berücksichtigen darf der Rechtsöffnungsrichter deshalb auch eine vor dem Erlass des Urteils erfolgte Tilgung, weil der Rechtsöffnungsrichter sonst den Rechtsöffnungstitel und die darin aufgeführte konkrete Zahlungsverpflichtung materiell überprüfen müsste. Vor Erlass des Urteils behauptete Tilgungen hat vielmehr der Sachrichter zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen BGE 135 III 315 E. 2). Werden also in einem gerichtlichen Entscheid – wie vorliegend – rückwirkend Unterhaltsbeiträge festgelegt, aber im Dispositiv weitere über den Betrag von Fr. 5'600.– bereits bezahlte Unterhaltsleistungen vorbehalten, entspricht der im Dispositiv festgelegte, als Unterhalt zu leistende Geldbetrag nicht der tatsächlich zu zahlenden Schuld. Mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung in bestimmter Höhe kann deshalb gestützt auf ein solches Urteil für die rückwirkenden Unterhaltsbeiträge keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. Dispositiv-Ziff. 10 Abs. 2 des vorinstanzlichen Urteils ist daher aufzuheben.

Der Gesuchsgegner bringt neu vor, von Februar 2022 bis August 2022 insgesamt Fr. 12'000.– an Unterhaltszahlungen geleistet zu haben, was zu berücksichtigen sei (vgl. Urk. 44 S. 2 Rechtsbegehren-Ziff. 1 und Rz. 7; Urk. 47/3). Dies blieb von der Gesuchstellerin unbestritten. Es handelt sich dabei um ein zulässiges Novum (oben E. 2.3). Entsprechen ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner von Februar bis und mit August 2022 bereits Unterhaltszahlungen in Höhe von Fr. 12'000.– geleistet hat.

Die Berufung ist daher begründet. Dispositiv-Ziffer 10 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. August 2022 ist aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

"10. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin in der Zeit von 1. Februar 2022 bis und mit August 2022 Kinderunterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 12'000.– bezahlt hat. Diese sind an seine Unterhaltspflicht gemäss Dispositiv-Ziff. 6 anzurechnen."

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Erstinstanzliches Verfahren

Die Höhe der vorinstanzlichen Entscheidgebühr (Urk. 36 S. 66 Dispositiv-Ziff. 13) wurde von keiner Partei angefochten und ist zu bestätigen. Ebenso sind Dispositiv-Ziff. 14 und 15 zu bestätigen, denn die Gutheissung der Berufung vermag keine andere Verteilung der Prozesskosten nach Art. 318 Abs. 3 ZPO zu rechtfertigen, zumal einzig die Anrechenbarkeit der bereits geleisteten Unterhaltsbeiträgen Berufungsgegenstand bildet.

4.2. Zweitinstanzliches Verfahren

4.2.1. Betreffend die zweitinstanzlichen Prozesskosten beantragt die Gesuchstellerin, die Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Kantons Zürich, eventualiter zulasten des Gesuchsgegners zu regeln (Urk. 35 S. 2 Rechtsbegehren-Ziff. 3). Zur Begründung führt sie aus, dass der Fehler der Vorinstanz angesichts von BGE 135 III 315 offensichtlich sei. Sie habe ihn jedoch nicht selbst beheben können, weshalb ein Rechtsmittelverfahren notwendig geworden sei. Dieses hätten nicht die Parteien, sondern die Vorinstanz verursacht. Deshalb seien die Kosten- und Entschädigungen dem Kanton aufzuerlegen. Auf keinen Fall habe jedoch die Gesuchstellerin das Problem verursacht. Im Eventualfall seien die Kosten und die Entschädigung deshalb dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Urk. 35 Rz. 22 f.).

4.2.2. Der Gesuchsgegner beantragt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin (Urk. 44 Rechtsbegehren-Ziff. 3 und Rz. 9).

4.2.3. In Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

4.2.4. Die zweitinstanzlichen Prozesskosten sind grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen bzw. nach dem Ausgang des Berufungsverfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Von diesem Verteilungsgrundsatz kann das Gericht unter gewissen Umständen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 ZPO). Aus Billigkeitsgründen kommt die Kostenaufgabe an den Kanton in Betracht, wenn weder eine Partei noch Dritte die Gerichtskosten veranlassen haben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Dabei vermag allerdings nicht zu genügen, dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind. Zu denken ist vielmehr an eigentliche "Justizpannen" (BGer 5A_737/2016 vom 27. März 2017, E. 2.3, m.w.H.). Dies gilt jedoch nur, soweit sich die rechtsmittelbeklagte Partei nicht mit dem erstinstanzlichen Entscheid identifiziert (vgl. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 106 N 5 m.w.H.; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 5; BGer 4A_595/2019 vom 18. Februar 2020, E. 3.1, m.w.H.).

4.2.5. Vorliegend ist von einem Obsiegen der Gesuchstellerin auszugehen. Der Gesuchsgegner beantragt die Abweisung der Berufung, stellt zudem einen Eventualantrag (vgl. Urk. 44 S. 2) und hat sich somit primär mit dem erstinstanzlichen Entscheid identifiziert. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind daher dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. Sie sind mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'000.– (Urk. 38) zu verrechnen. Der Gesuchsgegner ist zu verpflichten, der Gesuchstellerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

4.2.6. Der Gesuchstellerin ist bei diesem Ausgang des Verfahrens antragsgemäss (Urk. 35 S. 2 Rechtsbegehren-Ziff. 3) eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). In Anwendung von § 5

Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 3, § 9, § 11 Abs. 1–3 und § 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV ist diese auf Fr. 800.– zzgl. 7.7% MwSt. und damit insgesamt auf Fr. 861.60 festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziff. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11 und 12 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. August 2022 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziff. 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 25. August 2022 wird aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"10. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin in der Zeit von 1. Februar 2022 bis und mit August 2022 Kinderunterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 12'000.– bezahlt hat. Diese sind an seine Unterhaltspflicht gemäss Dispositiv-Ziff. 6 anzurechnen."
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziff. 13, 14 und 15) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'000.– verrechnet. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'000.– zu ersetzen.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 861.60 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Formular sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'509.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 9. Dezember 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Paszehr

versandt am:

jo