

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140083-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LB140084-O

Mitwirkend: Oberrichter Dr. H.A. Müller, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil vom 31. März 2015

in Sachen

A. _____,

Klägerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter, Erstberufungsbeklagter und Zweitberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
15. Oktober 2014 (CG130003-K)**

Rechtsbegehren:

ursprüngliches Rechtsbegehren gemäss Klageschrift:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Der Klägerin sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 28. März 2012, für Fr. 63'286.– nebst 5% Zins seit 29. März 2012 sowie Fr. 203.– Kosten des Zahlungsbefehls definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 138'168.– zuzüglich Zins zu 5% seit 29. März 2012 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten des Beklagten."

geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 43 S. 1 f.)

- " 1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 63'286.– zuzüglich 5% Zins seit 29. März 2012 sowie Fr. 218.– Kosten des Zahlungsbefehls zu bezahlen, und es sei in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 28. März 2012, der Rechtsvorschlag im Umfang von Fr. 63'286.– zuzüglich 5% Zins seit 29. März 2012 sowie Fr. 218.– Kosten des Zahlungsbefehls zu beseitigen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 138'168.– zuzüglich Zins zu 5% seit 29. März 2012 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Oktober 2014:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 96'809.– nebst Zins von 5% seit dem 29. März 2012 auf Fr. 90'865.– zu bezahlen und ihr die Zahlungsbefehlskosten von Fr. 218.– zu ersetzen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Der Rechtsvorschlag des Beklagten in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 4 (Zahlungsbefehl vom 28. März 2012) wird im Umfang von Fr. 63'286.– nebst Zins von 5% seit dem 29. März 2012 aufgehoben.

3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 12'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 243.75 Übersetzungskosten;

Fr. 12'243.75.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. a) Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 2/3 und dem Beklagten zu 1/3 auferlegt, wobei die Kosten in vollem Umfang mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in Höhe von Fr. 12'800.– verrechnet werden. Der Mehrbetrag wird der Klägerin zurückerstattet.
- b) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 4'081.25 zu ersetzen.
5. a) Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die Auslagen seiner Rechtsvertretung eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 8'000.– (MWSt inbegriffen) zu bezahlen.
- b) Die Kosten des Friedensrichteramts Winterthur gemäss Klagebewilligung vom 18. Januar 2013 in Höhe von Fr. 615.– verbleiben bei der Klägerin.
6. (Mitteilung)
7. (Berufung)

Berufungsanträge:

Erstberufung

Der Erstberufungsklägerin (Urk. 73):

1. Dispositiv Ziff. 1. des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Oktober 2014 (Geschäfts-Nr. CG130003) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen :

"In teilweiser Guttheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin CHF 150'241.55 nebst Zins von 5% seit dem 29. März 2012 auf dem Betrag von CHF 144'297.55 zu bezahlen und ihr die Zahlungsbefehlskosten von CHF 218.- zu ersetzen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen."

2. Dispositiv Ziff. 4. des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Oktober 2014 (Geschäfts-Nr. CG130003) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen :

"a) Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu 3/10 und dem Beklagten zu 7/10 auferlegt, wobei die Kosten in vollem Umfang mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss in der Höhe von CHF 12'800.- verrechnet werden. Der Mehrbetrag wird der Klägerin zurückerstattet.

b) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss im Umfang von CHF 8'570.60 zu ersetzen."

3. Dispositiv Ziff. 5. des Urteils des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Oktober 2014 (Geschäfts-Nr. CG130003) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen

"a) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Auslagen ihrer Rechtsvertretung eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 8'480.-, eventualiter CHF 9'600.-, (jeweils inkl. MwSt) zu bezahlen.

b) Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin die Kosten des Friedensrichteramtes Winterthur gemäss Klagebewilligung vom 18. Januar 2013 in Höhe von CHF 615.- zu erstatten."

4. Eventualiter sei das Verfahren zur Durchführung eines Beweisverfahrens im Sinne der nachfolgenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten des Beklagten.

Des Erstberufungsbeklagten (Urk. 79):

1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei.

Zweitberufung

Des Zweitberufungsklägers (Urk. 81/73) :

1. Es sei das angefochtene Urteil vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei.

Der Zweitberufungsbeklagten (Urk. 81/82) :

1. Die Berufung des Beklagten und Berufungsklägers vom 26. November 2014 sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei;

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MWST) zu Lasten des Beklagten.

Erwägungen:

A

Prozessgeschichte

1. Am 9. Januar 2013 (Eingang am 10. Januar 2013) machte die Klägerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) beim zuständigen Friedensrichteramt Winterthur die vorliegende Klage rechtshängig und reichte die Klagebewilligung vom 18. Januar 2013 fristgerecht zusammen mit der schriftlichen Klagebegründung am 21. Januar 2013 beim Bezirksgericht Winterthur ein. Nach der schriftlichen Beantwortung der Klage durch den Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungskläger (nachfolgend Beklagter) führte das Bezirksgericht eine Einigungsverhandlung durch, welche ergebnislos verlief. In der Folge wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt und es ergingen dabei Substantiierungsaufgaben an beide Parteien. Nach einem weiteren Schriftenwechsel zu Noven und nach dem Verzicht der Parteien auf Durchführung einer Hauptverhandlung wurde der Schriftenwechsel mit Verfügung vom 24. September 2014 abgeschlossen. Das vorinstanzliche Urteil erging am 15. Oktober 2014.

2. Am 25. November 2014 erhob die Klägerin rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung gegen das Urteil vom 15. Oktober 2014 (Urk. 73). Dieses Verfahren erhielt die Prozess-Nummer LB140083-O zugeteilt. Nach Eingang des Prozesskostenvorschusses wurde dem Beklagten Frist zur schriftlichen Beantwortung der Berufung angesetzt, welche mit deren Eingang am 20. Februar 2015 gewahrt wurde (Urk. 79). Am 19. März 2015 wurde die Berufungsantwort der Klä-

gerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 83+84).

Am 26. November 2014 erhob auch der Beklagte rechtzeitig mit schriftlicher Begründung Berufung gegen das Urteil vom 15. Oktober 2014, welche unter der Prozess-Nummer LB140084-O angelegt wurde (Urk. 81/73). Nach Leistung des Prozesskostenvorschusses wurde der Klägerin Frist zur schriftlichen Beantwortung dieser Zweitberufung angesetzt, welcher sie mit Eingabe vom 16. Februar 2015 rechtzeitig nachkam (Urk. 81/82). Diese Zweitberufungsantwort wurde am 19. März 2015 dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 81/83+84).

Da sich beide Berufungen gegen dasselbe Urteil richten und dieselben Themen betreffen, wurden sie mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 17. März 2015 vereinigt und das Zweitberufungsverfahren LB140084-O als Urk. 81 in das vorliegende Erstberufungsverfahren integriert.

Damit erweisen sich beide Berufungen als spruchreif.

B

Sachverhalt und Prozessstandpunkte

1. Sachverhalt

Die Parteien sind die unverheirateten Eltern des am tt.mm.2003 geborenen Kindes C._____. Der Beklagte hat das Kind anerkannt. Die Parteien und das Kind lebten ab Juni 2000 bis Februar 2012 zusammen. Zunächst wohnten sie an der ...-strasse in Zürich; im Oktober 2009 bezogen sie eine im Miteigentum erworbene Eigentumswohnung in D._____. Daneben hatte der Beklagte während der ganzen Zeit noch eine Wohnung an der ...-strasse in Zürich gemietet, wo er sich aber nur gelegentlich aufhielt. Unbestrittenermassen verbrachte der Beklagte die Wochenenden und teilweise auch die Ferien jeweils bei seiner Ehefrau und seinen beiden ehelichen Kindern in Frankreich. Die Parteien trennten sich im Februar 2012, nachdem der Beklagte eine andere Beziehung eingegangen war.

Am 9. März/10. November 2004 schlossen die Parteien auf Betreiben der damaligen Vormundschaftsbehörde einen Unterhaltsvertrag ab, der von Letzterer am 29. November 2004 genehmigt wurde. Danach verpflichtete sich der Beklagte zur Be-

zahlung monatlicher und indexierter Barunterhaltsbeiträge für das Kind ab dessen Geburt von Fr. 2'000.-. Zusätzlich verpflichtete er sich zur Übernahme der Hälfte der jeweiligen Kinderbetreuungskosten (Urk. 21/3).

Mit der vorliegenden, im Januar 2013 rechtshängig gemachten Klage forderte die Klägerin die gemäss Unterhaltsvertrag ab Geburt des Kindes bzw. Dezember 2003 bis Ende 2011 (d.h. bis zum Einsetzen der Alimenterbevorschussung) geschuldeten monatlichen Barunterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.- zuzüglich Teuerungszuschlag (total Fr. 198'948.-), weiter die Hälfte der ab Januar 2004 bis September 2012 angefallenen Kindermädchenkosten (Fr. 210'556.-) sowie die Hälfte der Kosten der ...-schule (Fr. 45'550.-), welche das Kind ab Juli 2009 regelmässig bis Ende Dezember 2012 besucht hat. An das auf Fr. 455'054.- bezifferte Gesamttotal dieser Unterhaltsleistungen rechnete die Klägerin erfolgte Zahlungen des Beklagten an sie von Fr. 182'900.- sowie Fr. 70'700.- Direktzahlungen an die Kindermädchen an, was zum vorinstanzlich geltend gemachten Klagebetrag von Fr. 201'454.- führte.

2. Entscheid der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, hinsichtlich der umstrittenen Frage, ob der Beklagte die Barunterhaltsbeiträge für das Kind auch während des Zusammenlebens schulde, sei der Unterhaltsvertrag nach dem Vertrauensprinzip auszuulegen. Obschon die Parteien schon vor der Geburt des Kindes zusammengelebt hätten, hätten sie im Vertrag keinen Vorbehalt angebracht, dass der Vertrag nur bei getrenntem Wohnsitz gelten solle; die Unterhaltsbeiträge seien trotz des Zusammenlebens vielmehr ausdrücklich bereits ab Geburt festgelegt worden. Dies und verschiedene Barzahlungen in den folgenden Jahren liessen darauf schliessen, dass der Beklagte eine vom Zusammenleben unabhängige Unterhaltspflichtung habe eingehen wollen. Für seine Behauptung, man habe einen von den faktischen Grundlagen (d.h. dem Zusammenleben) abweichenden Vertragsinhalt festgelegt, um vor der Ehefrau des Beklagten das Zusammenleben zu verheimlichen, habe der Beklagte keine tauglichen Beweismittel genannt. Sodann lasse sich aus dem Umstand, dass die Klägerin die Unterhaltsbeiträge erst nach der Trennung eingeklagt habe, nichts für die Frage ableiten, ob der Unterhaltsvertrag

erst ab Aufnahme des Getrenntlebens gültig sei; das Beschreiten des Rechtsweges erst nach einer Trennung sei nicht aussergewöhnlich. Der Beklagte schulde daher für die gesamte Zeit des Zusammenlebens die vereinbarten Barunterhaltsbeiträge, welche sich unbestrittenermassen auf Fr. 198'948.- (abzüglich geleistete Zahlungen) beliefen.

Hinsichtlich der verlangten Beteiligung des Beklagten an den Kosten der ... Schule erwog die Vorinstanz, dass der Beklagte dafür nur aufzukommen habe, soweit sie Betreuungskosten beinhalteten; die Beteiligung an Betreuungskosten für das Kind sei im Unterhaltsvertrag ausdrücklich vereinbart worden. Hingegen habe der Beklagte nicht für Schulgebühren aufzukommen. Die von der Klägerin aus der Mitunterzeichnung des Schulvertrages durch den Beklagten abgeleitete Zahlungspflicht für Schulgebühren sei als verspätete neue Behauptung nicht mehr zuzulassen. Die Vorinstanz errechnete in der Folge den Anteil des Beklagten an den schulischen Betreuungskosten auf 29% der gesamten ausgewiesenen Schulkosten von Fr. 84'200.-, somit auf Fr. 24'418.-.

Hinsichtlich der weiteren geltend gemachten Beteiligung an den Betreuungskosten durch Kindermädchen von insgesamt Fr. 421'111.- erachtete die Vorinstanz nur den Betrag von Fr. 322'086.40 als grundsätzlich ausgewiesen für Lohnkosten, Kranken- und Unfallversicherungskosten und Suchkosten. Mehrkosten seien nicht nachgewiesen worden und für Autofahrstunden der Kindermädchen habe der Beklagte nicht aufzukommen. Die Beteiligungsquote des Beklagten betrage somit die Hälfte davon bzw. Fr. 161'043.- (abzüglich geleistete Zahlungen).

Schliesslich analysierte die Vorinstanz den Geldverkehr zwischen den Parteien in den massgeblichen Jahren und die dazu eingereichten Belege. Sie kam zusammengefasst zum Schluss, dass die Klägerin sich Zahlungen des Beklagten von insgesamt Fr. 287'600.- (worunter Fr. 70'700.- Direktzahlungen an das Kindermädchen) an die insgesamt geschuldeten Fr. 384'409.- anrechnen lassen müsse. Damit verbleibe eine Restschuld von Fr. 96'809.-. Eine Verjährung von einzelnen Beiträgen sei nicht eingetreten, da die Klägerin die jeweiligen Zahlungen mangels ausdrücklicher anderweitiger Bezeichnung durch den Beklagten an die jeweils älteste Unterhaltsschuld habe anrechnen dürfen.

Damit hiess die Vorinstanz die Klage im Teilbetrag von Fr. 96'809.- gut (Urk. 74).

3. Berufungsstandpunkt der Klägerin

Die Klägerin schliesst sich in ihrer Berufung sowie in der Beantwortung der Berufung des Beklagten der Ansicht der Vorinstanz an, dass der Unterhaltsvertrag eine unmissverständliche und bedingungslose Verpflichtung beinhalte, auch bei einem Zusammenleben ab Geburt des Kindes monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Andernfalls hätte man einen entsprechenden Vorbehalt in den Vertrag aufnehmen müssen. So habe der Beklagte ja auch beträchtliche Unterhaltszahlungen während des Zusammenlebens geleistet (Urk. 81/82).

Die Bezifferung der Barunterhaltsbeitragsschuld des Beklagten von Fr. 198'948.- sowie seines Anteils an den Kosten der ... Schule von Fr. 24'418.- blieb seitens der Klägerin im Berufungsverfahren unbestritten. Hingegen rügt die Klägerin, die Vorinstanz habe bei der Berechnung der Kosten der Kindermädchen in Verletzung der Verhandlungsmaxime unbestritten gebliebene und überdies belegte bzw. zum Beweis offerierte Auslagen nicht berücksichtigt, so den Lohn 2012, die Sozialversicherungsbeiträge für die 1. und 2. Säule, die Bezahlung der Autokosten der Nanny, Babysitterkosten sowie Suchkosten. Richtigerweise hätte die Vorinstanz die unbestrittenen Kindermädchenkosten auf Fr. 418'951.55 statt auf Fr. 322'086.40 beziffern müssen, und die Beteiligung des Beklagten daran betrage richtigerweise Fr. 209'475.55.

Weiter hätte die Vorinstanz richtigerweise die Zahlung des Beklagten vom 28. Mai 2004 über Fr. 5'000.- nicht an seine Unterhaltsschulden anrechnen dürfen; aus dem Zahlungsvermerk "Thank you" ergebe sich nämlich, dass es dabei nicht um eine Kindesunterhaltszahlung gegangen sei.

Schliesslich rügt die Klägerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht bei der Kostenverteilung den Streitwert des - später korrigierten - Antrages auf definitive Rechtsöffnung über Fr. 63'286.- zu den übrigen Rechtsbegehren addiert und bei der Festsetzung der Parteientschädigung dem nur geringen Aufwand zufolge des Nichteintretens auf diesen Antrag keine Beachtung geschenkt (Urk. 73).

4. Berufungsstandpunkt des Beklagten

Der Beklagte hält auch im Berufungsverfahren an seinem grundsätzlichen Standpunkt fest, dass die Parteien unbestrittenermassen in der gesamten relevanten Zeit zusammengelebt hätten. Es sei klar gewesen, dass der Unterhaltsvertrag nur zum Zuge kommen solle, wenn die Eltern getrennt lebten. Der Unterhaltsvertrag sei in diesem Sinne auszulegen. Die zuständige (Vormundschafts-)Behörde habe nur wegen der unsicheren Verhältnisse auf eine Einigung gedrängt, zumal sie wegen der (fälschlicherweise) angegebenen unterschiedlichen Adressen der Parteien nicht von einem Zusammenleben ausgegangen sei. Der Beklagte sei seiner Unterhaltspflicht durch die erheblichen, im angefochtenen Urteil erwähnten Zahlungen während des Zusammenlebens gehörig nachgekommen. Daher seien die im Vertrag festgelegten Unterhaltsbeiträge nicht geschuldet und die Klage vollumfänglich abzuweisen (Urk. 81/73). Mit derselben Begründung - kein gültiger Unterhaltsvertrag als Grundlage für die eingeforderten Unterhaltskosten - widersetzt sich der Beklagte auch der Berufung der Klägerin (Urk. 79).

C

Beurteilung der Unterhaltspflicht

1. Geltung des Unterhaltsvertrages bei Zusammenleben

Nach Art. 276 Abs. 2 ZGB wird der Unterhalt für das Kind durch Pflege und Erziehung (Naturalleistung) und/oder durch Geldzahlung geleistet. Wie schon aus dem Gesetzestext hervorgeht, sind Geldzahlungen dann angezeigt, wenn das Kind nicht unter der faktischen Obhut der Eltern oder eines Elternteils steht, d.h. dieser nicht mit der Betreuung Naturalleistungen erbringt. Über die faktische Obhut verfügt, wer tatsächlich mit dem Kind an dessen Aufenthaltsort zusammenlebt. Leben Eltern und Kind in häuslicher Gemeinschaft, wird die Unterhaltspflicht in erster Linie durch Naturalleistungen erfüllt (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Fami-

lienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5.A. 2014, S. 378 Rz 17.43, S. 394 Rz 17.102; Hegnauer, BK ZGB, Art. 276 N 77). Der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seine unverheirateten Eltern entsteht mit der Begründung des rechtlichen Kindesverhältnisses und bedarf keiner zusätzlichen Rechtsgrundlage. Konkubinatspartner entscheiden während des Zusammenlebens gleich wie verheiratete Eltern selber über die Erfüllung bzw. Vollstreckung des Unterhaltsanspruchs des Kindes. Im Gegensatz zu verheirateten Eltern, wo bei der Auflösung der Ehe von Amtes wegen auch der Unterhalt des Kindes sichergestellt wird, muss der Kindesunterhalt jedoch für den Fall der Auflösung des Konkubinats unverheirateter Eltern durch eine zusätzliche, vollstreckbare Unterhaltsforderung sichergestellt sein (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 392 Rz 06.54). Zu diesem Zweck ist die zuständige Kindesschutzbehörde gehalten, bei der ausserehelichen Geburt eines Kindes dessen Unterhaltsanspruch durch ein Gerichtsurteil oder einen Vertrag abzusichern. Dabei kann ausdrücklich vereinbart werden, dass die vereinbarten Unterhaltsbeiträge des Vaters bei einem Zusammenleben im gemeinsamen Haushalt durch den geleisteten Naturalunterhalt getilgt sind. Aber auch ohne eine solche ausdrückliche Vereinbarung steht das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB der Geltendmachung von vertraglich vereinbarten Barunterhaltsbeiträgen entgegen, wenn tatsächlich angemessene Beiträge an den gemeinsamen Haushalt geleistet worden sind (Hegnauer, BK ZGB, Art. 275 N 99f, Art. 289 N 29ff; BSK ZGB I-Breitschmid Art. 376 N 26). Bei einer Hausgemeinschaft von Kind und unverheirateten Eltern kann allenfalls auch ein konkludenter Erlass der vereinbarten Barunterhaltsbeiträge vorliegen (Breitschmid, a.a.O. Art. 289 N 5; C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechtes, 5.A. 1999, S.171 Rz 23.05).

2. Unterhaltsleistungen für die Zeit des Konkubinats

Die Vorinstanz hat zum Unterhaltsvertrag der Parteien vom 4. März/10. November 2004 zurecht festgehalten, dass darin der Fall der häuslichen Gemeinschaft nicht ausdrücklich geregelt worden ist (Urk. 74 S. 13). Damit besteht keine ausdrückliche Vereinbarung dahin, dass die Unterhaltspflicht während des Konkubinats durch Naturalleistungen erfüllt werden darf und die Unterhaltsvereinbarung erst im

Konfliktfall bzw. bei Auflösung des Konkubinats zum Tragen kommen soll.

Umgekehrt ist jedoch festzustellen, dass die Klägerin während der etwas mehr als acht Jahre des Zusammenlebens seit der Geburt des Kindes bis zur Etablierung des Alimenteninkassos ab Januar 2012 vom Beklagten nie die Bezahlung der vereinbarten Barunterhaltsbeiträge eingefordert hat. Der Beklagte hat in dieser Zeit trotzdem namhafte Leistungen an den Unterhalt des Kindes erbracht. Die Klägerin anerkennt Barüberweisungen an sie von mindestens Fr. 211'900 (Fr. 216'900.- gemäss Urk. 74 S. 27, abzgl. Fr. 5'000.- gemäss Urk. 73 S. 12f); dazu kommen die an die Inkassostelle im Januar 2012 geleisteten Fr. 2'090.-. Dies ergibt Barzahlungen bis zur Trennung von insgesamt Fr. 213'990.-. Damit hat der Beklagte Fr. 16'942.- mehr als den vereinbarten nominellen Barunterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.- während 98,5 Monaten bzw. von Fr. 197'000.- bezahlt.

Der Ende November 2004 vereinbarte Barunterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.- beruhte unbestrittenermassen auf einem Vorschlag der damaligen Sozialbehörden, welche sich ihrerseits auf einen vorgegebenen Unterhaltsbedarf von Fr. 1'910.- stützten (Urk. 43 S. 15f i.V.m. Urk. 45/31). Dieser Betrag entsprach den Empfehlungen des kantonalen Jugendamtes, welche für ein Einzelkind ab 1. Januar 2005 den Bedarf auf Fr. 1'850.- bis Fr. 2'020.- veranschlagten, darin inbegriffen Fr. 355.- für Wohnkosten sowie Fr. 695.- für Pflege und Erziehung eines Kindes im Vorschulalter bzw. von Fr. 440.- im Primarschulalter.

Die Parteien bezogen unbestrittenermassen im Oktober 2009 eine im Miteigentum gemeinsam finanzierte Wohnung in D._____ (Urk. 43 S. 12, 20ff). Damit kam der Beklagte aber automatisch für die Hälfte der Wohngrundkosten des Kindes auf, leistete somit monatlich zusätzlich zu den Barzahlungen weitere rund Fr. 170.- an den Unterhalt des Kindes, bis zur Trennung im Februar 2012 somit während 28 Monaten Fr. 4'200.-. Da die Klägerin für die Pflege und Erziehung des Kindes in weitem Ausmass Leistungen Dritter beansprucht hat (Urk. 43 S. 7), wurde mit dem veranschlagten Barunterhalt von Fr. 2'000.- bereits auch ein Teil der Fremdbetreuungskosten abgegolten, da die Klägerin die darin inbegriffenen Leistungen von Fr. 695.- bzw. Fr. 440.- für Pflege und Erziehung nicht vollumfänglich selber erbracht hat. Wird dieser abgegoltene, aber nicht erbrachte Betreu-

ungsaufwand in den ersten sechs Jahren auf Fr. 395.- geschätzt, ergeben sich für die ersten sechs Lebensjahre des Kindes durch den Barunterhaltsbeitrag abge-
goltene Leistungen des Beklagten für die Betreuung von rund Fr. 28'440.-. Für
die anschliessende Altersstufe mit Betreuungskosten von Fr. 440.- ist von Fr.
240.- bereits abgegotener Fremdbetreuung auszugehen, für 26,5 Monate bis zur
Trennung somit zusätzliche Fr. 6'360.-. Sodann hat der Beklagte unbestrittener-
massen Fr. 70'700.- direkt an die Kindermädchen bezahlt. Damit ist von tatsächli-
chen Leistungen des Beklagten an die Betreuung von insgesamt rund 105'500.-
während des Konkubinats auszugehen. Dem stehen zunächst die von der Kläge-
rin bis Ende 2011 im Berufungsverfahren noch geltend gemachten (teilweise be-
strittenen) Fremdbetreuungskosten durch Kindermädchen von maximal Fr.
381'820.- gegenüber (Urk. 73 S. 5), von denen der Beklagte gemäss Unterhalts-
vertrag die Hälfte, somit maximal Fr. 190'910.- hätte tragen müssen. Dazu kom-
men die aufgelisteten Kosten für die ...schule für die Jahre 2009 bis Januar 2012
von Fr. 66'400.- (Urk. 1 S. 5). Davon sind unbestrittenermassen Fr. 600.- Ein-
schreibengebühr und Fr. 150.- Essensentschädigung für 31 Monate (Fr. 4'650.-)
abzuziehen, was Fr. 61'150.- ergibt. Davon hatte der Beklagte unbestrittenermas-
sen 29% bzw. Fr. 17'733.- zu tragen. Dies ergibt einen Betreuungsunterhaltsbe-
trag für den Beklagten von insgesamt maximal Fr. 208'643.-. Zieht man davon die
für die Betreuung bereits erbrachten Fr. 105'500.-, die den Barunterhaltsbetrag
übersteigenden Barzahlungen des Beklagten von Fr. 16'990.- sowie die Natural-
leistungen für das Wohnen von Fr. 4'200.- ab, ergibt sich ein rechnerisches Man-
ko von insgesamt Fr. 81'953.-.

Zusammengefasst hat der Beklagte während des Konkubinats somit namhafte
Leistungen von insgesamt Fr. 288'890.- erbracht (Fr. 213'990.- Barzahlungen für
den laufenden Unterhalt und einen gewissen Betreuungsanteil, Fr. 4'200.- Wohn-
unterhalt, Fr. 70'700.- Direktzahlung an die Kindermädchen). Damit hat er rund
78% seiner nominellen Unterhaltsverpflichtungen aus dem Unterhaltsvertrag von
Fr. 370'843.- (Fr. 197'000.- Barunterhalt, Fr. 208'643.- Betreuungsunterhalt, abzgl.
Fr. 34'800.- im Barunterhalt bereits inbegriffene Betreuungskosten) erfüllt. Zwar
sind dabei die Teuerungszuschläge auf dem Barunterhalt gemäss Unterhaltsver-

trag von zuletzt Fr. 90.- pro Monat nicht mit einbezogen. Umgekehrt hat der Beklagte während des Zusammenlebens mit der Klägerin und dem Kind mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit aber weitere Naturalleistungen für das Kind erbracht (vgl. dazu Urk. 43 S. 23f), so dass sich diese beiden Faktoren gegenseitig kompensieren. Die Klägerin hat die nicht vollständige Erfüllung der vertraglichen Leistungen während rund 8 Jahren nicht beanstandet und vom Beklagten nie eine Mehrleistung gefordert bzw. nie auf den 100%igen Leistungen gemäss Unterhaltsvertrag bestanden. Damit hat sie klar zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der gelebten Aufteilung der Unterhaltslasten - teilweise Barzahlungen, teilweise Naturalunterhalt - einverstanden war. Erst mit der Trennung im Februar 2012 entfiel die bisher gelebte Art der Unterhaltsaufteilung und musste für die Zukunft neu geregelt werden, und zwar folgerichtig im Sinne des seinerzeit abgeschlossenen Unterhaltsvertrages. Für eine nachträgliche, rückwirkende Einforderung der Unterhaltsbeiträge ab Geburt des Kindes für die Zeit des Konkubinats gemäss dem nie gelebten Unterhaltsvertrag besteht hingegen keine Rechtfertigung. Eine solche, den jahrelang unbestritten gelebten Verhältnissen zuwiderlaufende Forderung ist vielmehr rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz. Die Klage ist daher abzuweisen, soweit die Klägerin Leistungen ab Geburt bis Januar 2012 verlangt.

3. Unterhaltsleistungen ab Trennung

Demgegenüber ist es Sinn und Zweck eines Unterhaltsvertrages, dass er die Unterhaltsleistungen für den Konfliktfall regelt, insbesondere nach Auflösung der familiären Gemeinschaft bzw. des Konkubinats den Unterhaltsanspruch des Kindes absichert. Dies anerkennt auch der Beklagte (Urk. 51 S. 11). Ab Februar 2012 sind daher die vertraglichen Leistungen vollumfänglich geschuldet.

Die Klägerin hat anfangs 2012 die Alimenteninkassostelle mit dem Inkasso der Barunterhaltsbeiträge beauftragt. Damit kann sie vorliegend für den Rest des Jahres 2012 diese nicht mehr gegen den Beklagten geltend machen und tut es auch nicht.

Für die ...schule sind ab Februar bis Dezember 2012 unbestrittenermassen Fr. 24'700.- Schulgebühren angefallen (Urk. 1 S. 5). Davon sind Fr. 150.- pro Monat für das Essen abzuziehen, womit Fr. 23'050.- verbleiben. Davon hat der Beklagte unbestrittenermassen 29% bzw. Fr. 6'684.50 zu übernehmen.

Die Kägerin forderte und bezifferte Kindermädchenkosten für Januar bis September 2012 von Fr. 39'292.15 bzw. sie verlangt diese Kosten nur bis September 2012 (Urk. 1 S. 4). Der Beklagte hat die Kostenauflistung der Klägerin vor Vorinstanz nicht substantiiert bestritten. Die pauschale Bestreitungsklausel am Anfang seiner vorinstanzlichen Rechtsschriften (Urk. 20 S. 2, Urk. 51 S. 2) genügt angesichts der detailliert aufgelisteten Kosten, Kostenkategorien und Kostenzeiträume dafür nicht (Sutter-Somm/von Arx, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 55 N 27). Die Vorinstanz hat den Beklagten am 23. Januar 2014 sodann noch ausdrücklich auf seine Substantiierungspflicht hingewiesen; eine substantiiere Bestreitung der einzelnen Klagebeträge erfolgte - mit Ausnahme der Fahrstundenkosten im Jahr 2009 - aber auch in der nachfolgenden Duplik nicht (Urk. 46, Urk. 51). Zurecht rügt die Klägerin im vorliegenden Berufungsverfahren, dass die Vorinstanz die unbestrittenen Kindermädchenkosten, insbesondere jene für 2012, trotzdem geprüft und gekürzt hat (Urk. 73 S. 7). Die für die Regelung von Kinderbelangen geltende Untersuchungs- und Officialmaxime entbindet die Parteien nicht von einer aktiven Mitwirkung am Verfahren, indem sie Hinweise zum Sachverhalt machen, ihre Standpunkte substantiieren und insbesondere die Sachverhaltsdarstellung der Gegenpartei bestreiten. Der Richter hat nicht von Amtes wegen sämtliche einschlägigen unbestrittenen Tatsachen zu prüfen und festzustellen. Er kann auch in vorweggenommener Beweiswürdigung einen Sachentscheid fällen, wenn er über genügend Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung verfügt (BGer. 5A_485/2012, 11.09.2012). Die Untersuchungs- und Officialmaxime verbietet es auch nicht, dass die Parteien im Rechtsmittelverfahren auf die Weiterverfolgung gewisser Ansprüche und tatsächlicher Standpunkte verzichten und damit den vorinstanzlichen Standpunkt der Gegenpartei indirekt anerkennen (BGE 137 III 617 Erw. 4.5.3). Vorliegend sind die Lohnkosten von Fr. 33'585.- durch die Abrechnung der SVA für die im 2012

geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge als Basis der Berechnung indirekt und die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge direkt nachgewiesen (Urk. 45/22). Die BVG-Beiträge für 2012 von Fr. 926.55 lassen sich - entgegen der Klägerin (Urk. 73 S. 10) - anhand der reinen Lohnzahlen zwar nicht einfach rechnerisch nachvollziehen. Da sie aber sowohl im erstinstanzlichen Verfahren wie im Berufungsverfahren (Urk. 73 S. 5 i.V.m. Urk. 79 S. 4) unbestritten geblieben sind, sind sie wie die Autokosten von Fr. 2'100.- zu berücksichtigen, da der Beklagte keinerlei konkrete Einwände dagegen vorgebracht hat. Damit ergeben sich für die Monate Januar bis September 2012 Kindermädchenkosten wie in Urk. 1 S. 4 aufgelistet von Fr. 39'292.15 bzw. für die Zeit nach Auflösung des Konkubinats ab Februar 2012 pro rata von Fr. 34'926.35. Davon schuldet der Beklagte die Hälfte, d.h. Fr. 17'463.20

Zusammengefasst ist die Klage daher im Umfang von Fr. 24'147.70 (Fr. 6'684.50 zzgl. Fr. 17'463.20) für die Betreuungskosten ab Februar 2012 gutzuheissen und im Mehrbetrag (Unterhalts- und Betreuungskosten bis Januar 2012) abzuweisen. Der Beschluss der Vorinstanz betreffend das Nichteintreten auf das ursprüngliche Rechtsbegehren Ziffer 1 (Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für einen Betrag von Fr. 63'286.-) blieb unangefochten.

4. Verzugsfolgen

Bereits die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Fälligkeit der den Beklagten treffenden Kosten für Kindermädchen und ...schule im Jahre 2012 nicht feststellbar sei und daher mit der Zustellung des Zahlungsbefehls am 29. März 2012 mangels Fälligkeit noch kein Verzug habe eintreten können (Urk. 74 S. 30f). Dies wurde seitens der Parteien nicht gerügt. Vorliegend ist die Klage nur bezüglich dieser beiden Unterhaltsforderungen gutzuheissen. Die Fälligkeit dieser Forderungen wurden im Unterhaltsvertrag nicht geregelt. Am 7. Oktober 2012 hat die Klägerin erstmals ein Schlichtungsbegehren gestellt (Urk. 21/1). Da der damals geforderte Klagebetrag von Fr. 199'154.- nicht mit dem vorliegend geforderten betraglich übereinstimmt, kann nicht festgestellt werden, inwieweit die Kindermädchen- und ...schulkosten 2012 bereits damals gefordert worden sind. In der Strafanzeige

vom 14. November 2012 hat die Klägerin diese Kosten zwar aufgelistet (Urk. 21/2); es ist aber nicht bekannt, wann der Beklagte von der Strafanzeige im Detail Kenntnis genommen hat. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass der Beklagte erstmals durch Zustellung des zweiten Schlichtungsbegehrens spätestens am 16. Januar 2013 von der Forderung Kenntnis genommen hat und damit gemahnt wurde (Urk. 3). Der Klägerin sind daher Verzugszinsen ab 16. Januar 2013 zuzusprechen.

Die Klägerin hat vor Vorinstanz die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 4, Zahlungsbefehl vom 28. März 2012, verlangt. Die vorliegend gutzuheissenden Forderungen waren damals noch nicht fällig und konnten noch nicht betrieben werden. Daher muss das Begehren abgewiesen werden, und es sind der Klägerin auch keine Betreuungskosten zu entschädigen.

E

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Klägerin hat das vorinstanzlich massgebliche Leistungsbegehren in ihrer Replik auf Fr. 201'454.- beziffert, nachdem sie in der Klagebegründung einen Teilbetrag von Fr. 63'286.- von diesen Fr. 201'454.- zunächst lediglich als Rechtsöffnungsbegehren geltend gemacht hatte. Die Vorinstanz ist grundsätzlich von einer doppelten Geltendmachung des Streitwertbetrages von Fr. 63'286.- ausgegangen, hat dieser Verdoppelung bei der Bemessung von Entscheidgebühr und Parteientschädigung aber keine Rechnung getragen, weil der Streitgegenstand derselbe geblieben sei. Bei der prozentualen Feststellung des Obsiegens und Unterliegens hat sie indessen das Unterliegen der Klägerin mit dem Rechtsöffnungsbegehren betraglich in vollem Umfang zusätzlich berücksichtigt (Urk. 74 S. 32f). Die Klägerin beanstandet diese Art der Prozesskostenverteilung als unangemessen. Das Unterliegen mit dem Rechtsöffnungsbegehren hätte nur im Umfang von zusätzlichen 5% berücksichtigt werden dürfen (Urk. 73 S. 13f).

Logisch richtig hätte die Vorinstanz für den Nichteintretensbeschluss auf das Rechtsöffnungsbegehren die Kosten- und Entschädigungsfolgen separat festsetzen sollen. Diese richten sich, da solche Begehren im summarischen Verfahren zu beurteilen wären, nach anderen Grundsätzen als jene im ordentlichen Verfahren. Sodann gelangt für Rechtsöffnungsbegehren grundsätzlich der Kostentarif des SchKG zur Anwendung. Bei einem Streitwert von Fr. 63'286.- wäre dafür nur eine Entscheidgebühr von Fr. 60.- bis Fr. 500.- festzusetzen und der Klägerin aufzuerlegen gewesen (Art. 48 GebV SchKG). Hingegen hat sich der Beklagte in seiner Klageantwort nicht zur Zulässigkeit des Rechtsöffnungsbegehrens bzw. zur sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz für dieses Begehren geäußert (Urk. 20). Für dieses Teilklagebegehren ist ihm daher kein Zusatzaufwand entstanden und abzugelten.

Nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens sind der Klägerin nunmehr Fr. 24'147.70 zuzusprechen, womit sie für das vorinstanzliche Verfahren mit ihrem Leistungsbegehren zu rund 88% unterliegt. Die auf dem Streitwert der Leistungsbegehren basierende vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 12'000.- blieb unangefochten. Ist die Klägerin neben dem Hauptstreitbegehren noch mit ihrem Rechtsöffnungsbegehren unterlegen, rechtfertigt es sich, ihr Unterliegen auf 90% aufzurunden.

Geht man mit der Vorinstanz davon aus, dass der Beklagte grundsätzlich eine Parteientschädigung von 130% der Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV beanspruchen kann (Fr. 24'000.- inkl. MWSt bei einem angenommenen Streitwert von Fr. 264'000.-), ist eine analoge Parteientschädigung bei einem Streitwert von Fr. 201'454.- auf Fr. 20'700.- festzusetzen. Davon hat die Klägerin dem Beklagten 80% bzw. Fr. 16'560.- (MWSt. inbegriffen) zu bezahlen.

2. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt noch Fr. 150'240.-. Die Klägerin obsiegt diesbezüglich mit Fr. 24'147.- bzw. rund 15%. Die auf Fr. 10'700.- zu beziffernde Entscheidgebühr ist der Klägerin zu 85% und dem Beklagten zu 15% aufzuerlegen. Die Klägerin hat dem Beklagten demgemäss gestützt auf § 4 Abs.

1, § 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 AnwGebV eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'800.- (MWSt. inbegriffen) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 24'147.70 zuzüglich 5% Zins seit 16. Januar 2013 zu bezahlen.
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden der Klägerin zu 90% und dem Beklagten zu 10% auferlegt.
Die Kosten werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss (Fr. 12'800.-) verrechnet, sind ihr aber vom Beklagten im Umfang von Fr. 1'224.40 zu ersetzen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 16'560.- zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 10'700.-.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu 85% und dem Beklagten zu 15% auferlegt.
Der Kostenanteil der Klägerin wird zunächst mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss (Fr. 5'825.-) verrechnet. Die weiteren Kosten werden mit dem vom Beklagten im Verfahren LB140084-O geleisteten Kostenvorschuss (Fr. 8'625.-) verrechnet, sind ihm aber von der Klägerin im Umfang von Fr. 3'270.- zu ersetzen.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 3'800.- zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 150'240.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Zürich, 31. März 2015

Der Vorsitzende:

Dr. H.A. Müller

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc