

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NE160002-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. NE160003-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Beschluss und Urteil vom 21. Juni 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Dezember 2015; Proz. FO140002**

Rechtsbegehren (act. 1 sinngemäss):

- "1. Es sei festzustellen, dass die durch das Betreibungsamt Pfannenstiel mit Betreuung Nr. ..., Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, im Umfang von CHF 100'202.– nicht (mehr) besteht und es sei die Betreuung daher vollumfänglich aufzuheben.
2. [...]
3. Es sei festzustellen, dass das Betreibungsverfahren, Betreuung Nr. ..., Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, ungerechtfertigterweise eingeleitet worden ist, weshalb Nichtigkeit besteht.
4. Das Betreibungsamt Pfannenstiel sei anzuweisen, den betreffenden Eintrag im Betreibungsregister zu löschen bzw. diesen keinem Dritten mitzuteilen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten".

**Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen,
Einzelgericht im ordentlichen Verfahren (act. 40 S. 26 f.):**

- "1. Es wird festgestellt, dass die Forderung in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2014, im Umfang von CHF 54'760.– nicht besteht.
Im Mehrumfang wird die Klage auf Feststellung des Nichtbestands der Forderung abgewiesen.
2. Die Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2014, wird im Umfang von CHF 54'760.– aufgehoben.
Im Mehrumfang wird die Klage auf Aufhebung der Betreuung abgewiesen.
3. Auf das Begehren um Anweisung des Betreibungsamtes Pfannenstiel betreffend Löschung des Betreibungsregistereintrages bzw. Nichtmitteilung des Eintrags an Dritte wird nicht eingetreten.
4. Dem Kläger wird eine Ordnungsbusse in der Höhe von CHF 500.– auferlegt.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'760.–.
6. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
7. Die Gerichtskosten werden mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 8'760.– verrechnet, sind ihm von der Beklagten aber im Umfang der Hälfte (CHF 4'380.–) zu ersetzen.
8. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
- 9./10. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel".

Berufungsanträge:

des Klägers (act. 38 S. 2):

- "1. Es sei festzustellen, dass die aus dem Urteil und Verfügung vom 22. Dezember 2015, Bezirksgericht Meilen Nr. FO140002 betriebene Restforderung der Betreuung Nr. ... auch im Mehrumfang von CHF 33'237.20 betreffend Schulkosten gemäss Abs. 5.2.4.3 nicht mehr besteht.
2. Die Betreuung Nr. ... ist nebst der verfügten Aufhebung von CHF 54'760.00 zusätzlich im Mehrumfang von CHF 33'237.20 betreffend den Schulkosten aufzuheben.
3. Es sei die definitive Rechtsöffnung der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamtes Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, für CHF 54'760.00 gemäss Aufhebungsentscheid vom 22. Dezember 2015 und ergänzend um diese Beschwerdesumme von CHF 33'237.20, somit um Total CHF 87'997.20 gegen den Kläger für die Dauer des Prozesses einzustellen.
4. Die Verwertung der Pfändungs Nummer ... Betreibungsamt Männedorf ist für die Prozessdauer einzustellen.
5. Die Akten der Vorinstanz können beigezogen werden.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten".

der Beklagten im Verfahren NE160002 (act. 55 S. 2):

"Die Berufung vom 4. Februar 2016 sei vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuz. 8 % MwSt) zu Lasten des Berufungsklägers".

der Beklagten im Verfahren NE160003 (act. 38 S. 1):

"Ich stelle hiermit den Antrag, dass die Gerichtskosten des Urteils Geschäftsnummer F01140002-G/UTi zur vollen Belastung an Herr A. _____ zu verrechnen sind von Fr. 8760.- und nicht hälftig Fr. 4'380.-- an Frau B. _____ angelastet werden".

"Hiermit beantrage ich vollumfänglich, dass die Betreuung-Nummer ..., Betreibungsamt Pfannenstiel im Umfang von Fr. 54'760.- nicht aufgehoben wird und erneut durch diese Berufung bestand hält und untersucht wird,

vollumfänglich in finanzieller weiterer Belastung zu Lasten Herr A. _____".

prozessualer Antrag:

"Es sei mir die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren".

der Beklagten im Verfahren NE160002 zur Anschlussberufung (act. 55 S. 2 f.):

"Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 22. Dezember 2015 (FO140002), Ziff. 1 und 2, seien aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

1. Es wird festgestellt, dass die Forderung in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, im Umfang von CHF 40'472.35 nicht besteht.

Im Mehrumfang wird die Klage auf Feststellung des Nichtbestandes der Forderung abgewiesen.

2. Die Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, wird im Umfang von CHF 40'472.35 aufgehoben.

Im Mehrumfang wird die Klage auf Aufhebung der Betreuung abgewiesen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuz. 8 % MwSt) zu Lasten des Berufungsklägers".

prozessuale Anträge in der Anschlussberufung (act. 55 S. 3):

"Ziff. 1 und 2 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2016 (NE160002) seien aufzuheben und es sei vorzumerken, dass die Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2014, im Umfang von CHF 54'760.– vorläufig eingestellt bleibt und im Betrag von CHF 45'442.– weitergeführt werden kann".

"Es sei mir die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren".

Erwägungen:

!

1. Die Parteien wurden mit Urteil vom 30. September 2014 geschieden. Bereits zuvor, mit Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, hatte die Beklagte den Kläger gesamthaft für Fr. 100'202.– für ausstehenden Unterhalt betrieben (Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfannenstiel). Der Kläger verlangt die Feststellung, dass er nichts mehr schulde, und begründet dies im Wesentlichen damit, dass er den in Betreuung gesetzten Unterhalt bereits geleistet habe, insbesondere durch Zahlungen an Dritte, die er für die Beklagte vorgenommen habe. Die Vo-

rinstanz hat die Klage teilweise gutgeheissen und festgestellt, dass die betriebene Forderung im Umfang von Fr. 54'760.– nicht bestehe und hat die Betreuung in diesem Umfang aufgehoben.

2. Gegen das vorinstanzliche Urteil hat der Kläger mit Eingabe vom 6. Februar 2016 (Poststempel) rechtzeitig Berufung erhoben (NE160002 act. 38).

Auch die Beklagte hat ihrerseits rechtzeitig Berufung (act. 38) eingelegt; diese wurde als Geschäfts-Nr. NE160003 zunächst separat angelegt.

3. a) Dem Kläger wurde mit Verfügung vom 11. Februar 2016 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, es wurde ihm ausserdem aufgegeben, das von ihm gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung zu begründen und die Pfändungsurkunde in der einzustellenden Betreuung einzureichen. Ausserdem wurde die Prozessleitung an die Referentin delegiert (NE160002 act. 41). Der Kostenvorschuss von Fr. 4'200.– wurde rechtzeitig geleistet (NE160002 act. 45) und der Kläger kam den Aufforderungen auch im Übrigen nach (NE160002 act. 43, 44/1-7).

b) Das Gesuch der Beklagten, welches sie nach einer entsprechenden Aufforderung hin (NE160003 act. 41) ergänzte (NE160003 act. 43), wurde mit Beschluss vom 4. April 2016 (NE160003 act. 46 S. 11 Dispositiv-Ziff. 1) abgewiesen. Den gleichzeitig auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 5'800.– leistete die Beklagte rechtzeitig (NE160003 act. 53).

c) Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen worden.

4. Der Kläger beantragt mit der Berufung, dass der Nichtbestand der Betreuungsforderung im zusätzlichen Umfang von Fr. 33'237.20 festgestellt werde (NE160002 act. 38 S. 2). Daraus folgt, dass er die in Betreuung gesetzte Forderung im Betrage von insgesamt Fr. 87'997.20 nicht gelten lassen will. Damit ist der vorinstanzliche Entscheid im Betrag der Differenz zwischen dem ursprünglich in Betreuung gesetzten Betrag von Fr. 100'202.– und Fr. 87'997.20 (= Fr. 54'760.– + 33'237.20), d.h. im Betrag von Fr. 12'204.80 unangefochten geblieben, was dazu führt, dass der vorinstanzliche Entscheid in diesem Umfang rechtskräftig ge-

worden ist. Davon wurde in Dispositiv-Ziffer 1 des Beschlusses vom 4. April 2016 (NE160002 act. 46 S. 10) bereits Vormerk genommen, verbunden mit der Anordnung, dass die Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfannenstiel vom 5. Dezember 2014 (recte: 5. Dezember 2013) weitergeführt werden kann.

5. Der Kläger hat ausserdem verlangt, dass die Verwertung in der Pfändungs-Nummer ... des Betreibungsamtes Männedorf für die Prozessdauer vorläufig einzustellen sei (NE160002 act. 38 Rechtsbegehren Ziff. 4). Dem wurde mit Beschluss vom 4. April 2016 (NE160002 act. 46 S. 10 Dispositiv-Ziffer 2) im Umfang von Fr. 87'997.20 vorläufig stattgegeben. Der Beklagten wurde gleichzeitig eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um sich zur in Dispositiv-Ziff. 2 angeordneten vorläufigen Einstellung zu äussern. Mit Datum vom 19. April 2016 (Poststempel; NE160002 act. 51) ersuchte die Beklagte, ihr die Frist zu dieser Stellungnahme um 20 Tage zu erstecken, wobei damals die ursprünglich angesetzte Frist bereits abgelaufen war, so dass mit Verfügung vom 21. April 2016 (NE160002 act. 53) auf ihr Fristerstreckungsgesuch nicht eingetreten wurde. Entsprechend der Androhung, dass das Verfahren bei Säumnis ohne die Stellungnahme weitergeführt werde, blieb es bei der vorläufigen Anordnung.

6. Mit Eingabe vom 4. Mai 2016 (Poststempel) hat die Beklagte im Verfahren NE160002 eine Berufungsantwort eingereicht und gleichzeitig Anschlussberufung erhoben (act. 55 S. 2 f.), nachdem sie zuvor im Verfahren NE160003 act. 38 eine selbständige Berufung eingereicht hatte. Das Bundesgericht hat in BGE 141 III 302 entschieden, dass eine Partei, die (teilweise) Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil erhoben hat, zusätzlich Anschlussberufung erheben kann, wenn die andere Partei ihrerseits Berufung erhebt.

Mit der Berufungsantwort stellt die Beklagte das Begehren, die Berufung vollumfänglich abzuweisen und mit der Anschlussberufung verlangt sie, dass die Betreuung lediglich im Betrage von Fr. 40'472.35 nicht bestehe (NE160002 act. 55 S. 3), was umgekehrt bedeutet, dass nach ihrer Ansicht die Betreuung im Betrage von Fr. 59'729.65 weiter geführt werden kann. Wer Anschlussberufung erhebt, ist grundsätzlich kostenvorschusspflichtig (ZR 2012 Nr. 44). Die Beklagte hat jedoch bereits in der von ihr selbständig erhobenen Berufung im Verfahren

NE160003 einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'800.– geleistet (NE160003 act. 50 und 53). Da wegen der Anschlussberufung kein Mehraufwand entsteht, ist kein zusätzlicher Kostenvorschuss zu erheben.

7. Das Begehren um unentgeltliche Prozessführung, welches die Beklagte im Zusammenhang mit der Berufung im Verfahren NE160003 act. 38 S. 1 gestellt hatte, wurde mit Beschluss vom 4. April 2016 wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen (NE160003 act. 46 S. 11), was unangefochten geblieben ist. Im Zusammenhang mit dem Begehren der Beklagten um unentgeltliche Prozessführung im Rahmen der Anschlussberufung (NE160002 act. 55 S. 3) ist zu berücksichtigen, dass ihr daraus keine zusätzlichen Kosten entstehen, für welche sie haften würde. Dieses Begehren ist demnach als gegenstandslos abzuschreiben.

8. Im Rahmen ihrer Ausführungen zu den Mietzinskosten C._____ [Ort] ersucht die Beklagte um Prüfung der Frage, ob die Hälfte der Mietzinskosten von Fr. 43'547.50, für die sie ein Darlehen bei ihrem Bruder habe aufnehmen müssen, dem Kläger in der Höhe von Fr. 21'547.50 aufzuerlegen seien (NE160003 act. 38 S. 4). Die vorliegende Klage ist eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG, bei der es darum geht, die von der Beklagten in Betreuung gesetzte Unterhaltsforderung im Betrage von Fr. 100'202.– zu überprüfen. Diese Betreuung steckt den Rahmen des vorliegenden Verfahrens ab. Der geltend gemachte Betrag von Fr. 21'547.50 ist eine zusätzliche Forderung, welche in diesem Verfahren nicht überprüft werden kann.

9. Mit der Berufung gemäss Art. 308 ff. ZGB können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt prüfen, vorausgesetzt, dass sich der Berufungskläger mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz – soweit für die Berufung relevant – auseinandersetzt (ZR 2011 Nr. 80; vgl. auch BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4, je E. 4.3.1), wobei bei Laienparteien die Anforderungen deutlich niedriger sind als bei den durch Anwälten Vertretenen (PF110034 E. 3.2). Rechtliche Ausführungen sind nicht erforderlich, weil die Gerichte das Recht von Amtes wegen anzuwenden haben (Art. 57 ZPO). Zu erwähnen ist, dass Neues, das vor Vorinstanz noch

nicht thematisiert war, im Berufungsverfahren nicht ohne weiteres vorgebracht werden kann (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diesbezüglich muss die Partei, die Solches (unverzüglich) vorbringt, zusätzlich erklären, warum ihr dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon früher möglich war (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

Die Vorinstanz hat – wie zu zeigen sein wird – eine von der Kammer abweichende Auffassung bezüglich der Tragweite von Art. 205 Abs. 3 ZGB. Diese Bestimmung steht unter der Überschrift "Auflösung des Güterstandes und Auseinandersetzung" und lautet: "Die Ehegatten regeln ihre gegenseitigen Schulden". Weder die Vorinstanz noch die Parteien haben sich auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung bezogen. Mit Art. 56 ZPO, welcher die richterliche Fragepflicht regelt, sollen unter anderem Überraschungsentscheidungen vermieden werden (KuKo ZPO-Oberhammer [2. Auflage 2014], N. 3 zu Art. 56). Damit stellt sich die grundsätzliche Frage, ob auch eine Berufungsinstanz, die einen Rechtsstandpunkt neu einbringen will und muss, die Parteien vorab auf die ihrer Meinung nach zutreffende Rechtsauffassung hinweisen muss und wenn ja mit welchen Konsequenzen.

Die Zulässigkeit neuer Vorbringen und Beweismittel im Berufungsverfahren wird durch die Einschränkung des Novenrechts gemäss Art. 317 ZPO beeinflusst. Benedikt Seiler (Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, Rz 1298 ff.) schreibt dazu: "Die in Art. 56 ZPO statuierte gerichtliche Fragepflicht hatte nach dem Vorentwurf noch insofern Einfluss auf das Novenrecht, als gemäss Art. 215 Abs. 2 Bst. b VE-ZPO neue Tatsachen und Beweismittel auch zugelassen wurden, wenn sie durch die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht veranlasst worden sind [...]. Veranlasste die Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht die Parteien dazu, Noven vorzubringen, so wurde die Noveneinbringung als Folge der gerichtlichen Fragepflicht selbst dann für zulässig befunden, wenn der durch die Eventualmaxime festgelegte Zeitpunkt bereits verstrichen war, da das gerichtliche Fragerecht ansonsten gar keinen Sinn gemacht hätte. Anders präsentiert sich die Rechtslage nach der neuen ZPO: Die Ausgestaltung der Novenbeschränkung wurde vom Gesetzgeber nach eingehender Diskussion klar festgelegt. Die Tatsache, dass die gerichtliche Fragepflicht keinen Einfluss auf die Zulässigkeit von Noven hat, geht

eindeutig aus den Gesetzesmaterialien hervor [...]. Da die gerichtliche Fragepflicht – wie soeben angedeutet – keinen Nutzen aufweist, wenn durch deren Ausübung das Vorbringen von Noven veranlasst wird, welche im Verfahren gar nicht mehr berücksichtigt werden können, wird auch die Frage, wie lange das gerichtliche Fragerecht auszuüben ist, vom für die Eventualmaxime relevanten Zeitpunkt beeinflusst. Deshalb darf die gerichtliche Fragepflicht jedenfalls im Hinblick auf die Ergänzung des Prozessstoffes nur solange ausgeübt werden, als das entsprechende Vorbringen von Angriffs- und Verteidigungsmitteln zulässig ist".

Für das Berufungsverfahren kann nicht gesagt werden, dass Noven grundsätzlich ausgeschlossen sind, sie sind aber auch nicht voraussetzungslos zulässig. Auch hier muss aber gelten, dass die gerichtliche Fragepflicht keinen Einfluss auf die Zulässigkeit von Noven hat, so dass ein gerichtlicher Hinweis im Rahmen des Berufungsverfahrens keinen zusätzlichen Novengrund schafft. Für neue rechtliche Ausführungen gibt es allerdings auch im Berufungsverfahren keine Einschränkungen (Seiler, a.a.O., Rz 1270, bei Anm. 4156 - 4162 auf S. 551).

Im vorliegenden Fall hat die Kammer in den Beschlüssen vom 4. April 2016 im Zusammenhang mit der vorläufigen Einstellung der Betreuung (NE160002 act. 46 S. 7 ff.) bzw. mit der unentgeltlichen Prozessführung (NE160003 act. 46 S. 9 ff.) auf die ihrer Meinung nach einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 205 Abs. 3 ZGB hingewiesen. Faktisch haben diese Ausführungen als gerichtlicher Hinweis i.S.v. Art. 56 ZPO gewirkt. In der Berufungsantwort/Anschlussberufung hat die Beklagte denn auch darauf Bezug genommen. Insbesondere macht sie geltend, sie habe zu keinem Zeitpunkt auf die offenen Unterhaltsbeiträge verzichtet und auch der Kläger sei nicht davon ausgegangen, dass mit der Teilvereinbarung auch die offenen Unterhaltsbeiträge erledigt seien (NE160002 act. 55 S. 4). Der Kläger seinerseits mache nur geltend, dass mit der Teilvereinbarung auch das Thema der Schulgelder erledigt worden sei (NE160002 act. 55 S. 4); die Behauptung einer Einigung würde ohnehin am Novenverbot scheitern (NE160002 act. S. 4 f). Es gebe keinen Verzicht auf offene Unterhaltsbeiträge in der Scheidungskonvention, die auszulegen sei (NE160002 act. 55 5 ff.). Weiter beruft sich die Beklagte auf Rechtsmissbrauch (NE160002

act. 55 S. 9) und auf Erklärungsirrtum (NE160002 act. 55 S. 10). Sie nimmt verschiedentlich auf das mit der Berufungsantwort/Anschlussberufung eingereichte Protokoll aus dem Scheidungsverfahren Bezug (NE160002 act. 56/1), auf die Replik im Scheidungsverfahren (NE160002 act. 56/2), auf Bezirksrichter D. _____ als Zeuge (NE160002 act. 55 S. 10), auf Parteibefragung und Beweisaussage der Parteien (NE160002 act. 55 S. 10) sowie auf das Scheidungsurteil vom 30. September 2014 (NE160002 act. 56/1 S. 87 ff.). All das ist neu eingereicht worden und einzig die Bedarfsrechnung des Bezirksgerichts Pfäffikon (NE160002 act. 56/3) lag als act. 2/f/68/2 bereits bisher bei den Akten. Ist ein gerichtliche Hinweis für sich genommen kein Anlass, um zusätzlich Noven einbringen zu können, so ist all das, was die Beklagte an neuen Tatsachen und Beweismitteln nachreicht, nicht zu berücksichtigen, ausser sie wären nach den Kriterien von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Insbesondere kann der gerichtliche Hinweis nicht als Trennlinie für die Zuordnung der neuen Vorbringen zu den echten Noven (als nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden, vgl. Seiler, a.a.O., Rz 1261) gelten.

10. Die Berufung des Klägers, jene der Beklagten sowie die Anschlussberufung der Beklagten betreffen alle das gleiche vorinstanzliche Urteil vom 22. Dezember 2015 (NE160002 act. 40; NE160003 act. 40). Damit in der Sache wieder ein einheitliches Urteil ergehen kann, sind die beiden Verfahren zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Das Geschäft NE160003 (Berufung der Beklagten) wird mit dem vorliegenden Geschäft NE160002 (Berufung des Klägers) vereinigt und unter NE160002 weitergeführt. Das Geschäft NE160003 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

11. Die Sache ist spruchreif. Anzumerken ist, dass der Kläger den vorinstanzlichen Entscheid im Betrage von Fr. 12'204.80 nicht weitergezogen hat, so dass er diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist. Dies wurde bereits im Beschluss vom 4. April 2016 (NE160002 act. 46 S. 10, Dispositiv-Ziff. 1) vorgemerkt.

II.

1. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid zusammengefasst wie folgt begründet: Anfänglich habe die Beklagte den gesamthaft geschuldeten Unterhalt vom 1. April 2010 bis zum 1. Dezember 2013 mit Fr. 484'547.77 beziffert, woran Fr. 383'345.55 geleistet worden seien, was der in Betreuung gesetzten Differenz von Fr. 100'202.20 entspreche (act. 40 S. 3). Ausgehend von einem den Unterhaltsberechnungen zu Grunde liegenden Gesamteinkommen des Klägers von Fr. 14'000.– (Erwerbseinkommen Fr. 7'500.–, Vermögensertrag Fr. 6'500.–) mache dieser geltend, dass der Vermögensertrag (Mietzins des vermieteten Hauses in E._____) ab dem 1. Juli 2012 weggefallen sei, so dass sich die gerichtlich festgelegte Unterhaltspflicht des Klägers um 3'250.– verringert habe, was allerdings nicht ausdrücklich vereinbart worden sei. Die Beklagte bezeichne die Reduktion der Unterhaltspflicht als eigenmächtig (act. 40 E. 4.3): Da es nicht zu einer vereinbarten oder gerichtlichen Reduktion des Unterhalts gekommen sei, müsse der Unterhalt auf der Basis des Eheschutzentscheides des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 16. März 2010 berechnet werden, so dass der Kläger aus der massgeblichen Periode Fr. 484'547.77 geschuldet habe (act. 40 Rz 4.4). Im Rahmen des Massnahmeverfahrens habe die Beklagte Zahlungen für die massgebliche Periode von Fr. 404'523.65 anerkannt sowie zusätzlich Fr. 7'297.–. Auszugehen sei von anerkannten Zahlungen von Fr. 411'820.65 (Fr. 404'523.85 + Fr. 7'297.–), sodass die Restschuld noch Fr. 72'727.12 (Fr. 484'547.77 ./ Fr. 411'820.65) ausmache. Im Mehrumfang von Fr. 27'474.90 (Fr. 100'202.– ./ Fr. 72'727.10) sei die Betreuung ohne Weiteres aufzuheben (act. 40 E. 4.4 S. 9). Das kritisiere die Beklagte nicht konkret.

Die Beklagte bestreite die Anrechenbarkeit folgender Zahlungen (in Franken) des Klägers:

| | |
|--|-----------|
| Krankenkasse 2010 (678.90 + 2'000) | 2'698.70 |
| Steuern 2009 und 2010 (14'359.85 + 14'287.65) | 28'647.50 |
| Schuldkosten 10'691.15 + 15'046 + 7'500) | 33'237.15 |
| Barzahlung Unterhalt 2011 | 1'000.00 |
| Mietkosten 2013 | 9'945.00 |
| Nebenkosten 2013 | 626.45 |
| Total zusätzliche Leistungen des Klägers, von der Beklagten bestritten | 76'154.80 |

Für die (direkte) Bezahlung von Fr. 1'000.00 Unterhalt 2011 hat die Vorinstanz festgehalten, dass der Kläger diesen nicht habe belegen können (act. 40 E. 5.1). Was den verbleibenden Betrag von Fr. 75'154.80 (Fr. 76154.80 ./ Fr. 1'000.– anbelange, wolle der Kläger seiner Unterhaltspflicht durch Zahlung an Dritte nachgekommen sein. Die Beklagte habe für eine gewisse Zeit zugestimmt, dass der Kläger den Unterhalt teilweise durch Direktzahlungen leiste (Widerruf der Zustimmung durch den Rechtsvertreter der Beklagten per 31. Mai 2011). Soweit der Kläger (als Unterhaltsschuldner) Zahlungen an Dritte gegen den Willen der Beklagten geleistet habe, habe er dies auf eigenes Risiko getan (act. 40 5.2.1.3. S. 13). Bei Zahlungen aus der Zeit nach dem 31. Mai 2011 sei ausschliesslich zu prüfen, ob der Kläger über eine mit den Unterhaltsbeiträgen verrechenbare Forderung verfüge und die Voraussetzungen der Verrechnung gegeben seien (act. 40 E. 5.2.1.4).

Entsprechend den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt sich folgendes Bild:

| | | | |
|--|------------|-----------|-----------|
| Betreibungsforderung | 100'202.00 | | |
| von VI als nicht nachvollziehbar bezeichnete geltend gemachte offene UHB | 27'494.90 | | |
| vom Kläger nachzuweisende Zahlungen | 72'727.12 | | |
| von VI nicht zugelassener UHB des Klägers | | | 1'000.00 |
| von VI zugelassene KK-Zahlungen des Klägers | | 2'428.00 | |
| von VI nicht zugelassene Steuern 2009 | | | 14'359.85 |
| von VI zugelassene Steuern 2010 des Klägers | | 14'287.65 | |
| von VI nicht zugelassene Schulgelder | | | 33'237.15 |
| von VI zugelassene Mietzinszahlungen des Klägers | | 10'571.45 | |
| | | 27'287.10 | 48'597.00 |

Zusammengefasst bedeute dies: Der Kläger habe den Zahlungsnachweis für Fr. 27'494.90 nicht erbringen müssen, weil die Forderung der Beklagten in diesem Umfang nicht nachvollziehbar sei. Den Zahlungsnachweis hat der Kläger nach Ansicht der Vorinstanz im Betrage von Fr. 27'287.10 erbracht, was zusammen den Betrag von Fr. 54'782.– und den Nichtbestand der Forderung der Beklagten in der gleichen Höhe ergibt. Die Vorinstanz hat damit die Betreuungsforderung (gerundet) um Fr. 54'760.– reduziert, sodass diese noch im Umfang von Fr. 45'450.– bestehe und die Betreuung im gleichen Betrage von Fr. 45'450.– weitergehen könne.

2. In der Berufung des Klägers verlangt dieser, dass die Betreibungsforderung im Betrage von Fr. 54'760.– gemäss vorinstanzlichem Entscheid aberkannt bleibe und zusätzlich im Mehrumfang von Fr. 33'237.20 aberkannt werde. Nach den Erwägungen der Vorinstanz haben sich die Parteien hinsichtlich der Anrechnung des Schulgeldes im Rahmen des Scheidungsverfahrens geeinigt. Die von der Vorinstanz vom Kläger geäusserte Behauptung (act. 28 S. 9), dass die Einigung lediglich das Schulgeld für 2012 betroffen habe, sei unbelegt geblieben, sodass von der Behauptung der Beklagten (act. 11 Rz 35), dass die Teilvereinbarung das Schulgeld schlechthin enthalte, auszugehen sei. Der Kläger könne die von ihm geleisteten Zahlungen nicht als gegenüber Dritten erbrachte Unterhaltszahlungen anrechnen und damit den Nichtbestand der betriebenen Forderung im Betrage von Fr. 33'237.15 nicht nachweisen (act. 40 E. 5.2.4.2.). Nach der in der Berufung des Klägers wiederum geäusserten Ansicht trifft es nicht zu, dass das Schulgeld insgesamt in der Teilvereinbarung enthalten sei; das Schulthema sei kein Diskussionspunkt gewesen und schon gar nicht habe man sich umfassend darüber geeinigt. Weil die Schulkosten von Fr. 15'900.– in Jahr 2012 in der Teilvereinbarung "aus ihrer Erbschaft bezahlt" bezeichnet worden seien, habe die Beklagte diesen Betrag aus güterrechtlicher Auseinandersetzung als Eigengut deklarieren und ausserdem dem Beklagten anlasten können. Die Quelle der eingebrachten Geldmittel aus Erbschaft sei das Thema gewesen und nicht die Tatsache, dass es sich um Schulgeld handle, welches die Beklagte habe bezahlen müssen (act. 28 S. 9; NE160002 act. 38 S. 3 f., S. 11). Zu jenem Zeitpunkt sei die Betreibung Nr. ... vom Bezirksgericht Meilen mit Urteil vom 9. April 2014 abgewiesen gewesen (act. 38 S. 4). Die Bezahlung des Schulgeldes 2010 von 50 % für die Beklagte sei integrierter Bestandteil der Unterhaltszahlungen gewesen (NE160002 act. 38 S. 8). 2011 seien die Schulkosten über die Aufstockung der Hypothek, zusätzlich zum Unterhalt, bezahlt worden (NE160002 act. 38 S. 9). 2012 seien die Schulkosten vollumfänglich von der Beklagten aus ihrer Erbschaft bezahlt, dem Kläger aber wieder mit Fr. 15'900.– angelastet worden (NE160002 act. 38 S. 11).

3. Im Zusammenhang mit der Berufung der Beklagten, welche dort auf dem vollen Guthaben von Fr. 100'200.– besteht, wird insbesondere der vorinstanzliche Entscheid hinsichtlich der vom Kläger für die Beklagte bezahlten Miet- und

Mietnebenkosten für August bis Oktober 2013 in der Höhe von Fr. 10'571.45 thematisiert. Diesbezüglich war die Vorinstanz davon ausgegangen, dass der Kläger durch die Bezahlung der Mietkosten an den Unterhalt der Beklagten beigetragen habe, so dass er – da auch kein Rechtsmissbrauch ersichtlich sei – verrechnen könne. Zu der von der Vorinstanz als nicht nachvollziehbar bezeichneten Differenz zwischen geltend gemachten Unterhaltsbeiträgen von Fr. 484'547.77 einerseits und anerkannten Zahlungen von Fr. 411'820.65 (Fr. 404'523.85 + 7'297.–) andererseits und der daraus laut der Vorinstanz resultierenden Restschuld von Fr. 72'727.12 (act. 40 E. 4.4 S. 9) äussert sich die Beklagte nicht. Soweit ersichtlich macht die Beklagte im Zusammenhang mit den Mietkosten für August bis Oktober 2013 geltend, dass es eine Abmachung mit der Verwaltung gegeben habe, dass sie die Mietzinszahlungen sistiere, um so aus dem Mietverhältnis aussteigen zu können. Es sei deshalb dem Kläger nicht erlaubt gewesen, die Miete direkt und anstelle von Alimenten zu zahlen. Dadurch, dass er ihr Fr. 3'330.– weniger überwiesen habe, hätte sie über ihr Erbe weitere Mittel zur Verfügung stellen müssen. Nach Abzug der Miete seien ihr noch Fr. 2'878.55 zum Leben geblieben (NE160003 act. 38 S. 3). Der Kläger habe sie mit den Mietzinszahlungen zum Verbleib in C._____ gezwungen. Seit Juni 2012 bis Juni 2015 habe sie die viel zu hohe Miete in C._____ ab ihrer Erbschaft finanzieren müssen (NE160003 act. 38 S. 3 f.). Der Kläger habe die Zustimmung zur Kündigung des Mietverhältnisses am 20. Juni 2013 böswillig nicht gegeben. Nicht Fr. 9'945.– sollten von ihrem Guthaben abgezogen, sondern Fr. 21'547.50 dazugezählt werden (NE160003 act. 38 S. 4). 2011 seien Schulgeldzahlungen und Steuern ab der gemeinsamen Hypothek abgebucht worden. Mit den Krankenkassenkosten setze sie sich nicht auseinander; das sei zu kleinlich (NE160003 act. 38 S. 5).

4. a) In der Anschlussberufung verlangt die Beklagte die Feststellung, dass die Forderung (lediglich) im Umfang von Fr. 40'472.35 nicht bestehe (NE160002 act. 55 S. 3), d.h. ausgehend von der in Betreuung gesetzten Forderung von Fr. 100'200.– müsste die Betreuung demnach für eine Forderung von Fr. 59'727.65 weitergehen, d.h. gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid würde dies eine Erhöhung ihrer Forderung von Fr. 14'277.65 bedeuten. Oder anders ausgedrückt: Die nach dem vorinstanzlichen Entscheid zu Recht bestehende (Be-

treibungs-) Forderung der Beklagten von Fr. 45'450.– würde um die erwähnten Fr. 14'277.65 auf Fr. 59'727.65 erhöht. Der Betrag entspricht (fast genau) der Summe von Fr. 14'287.65, bei welcher es sich um die Steuern für das Jahr 2010 handelt, die von der Vorinstanz als vom Kläger bezahlten und anrechenbaren Betrag qualifiziert worden waren (NE160002 act. 55 S. 16 f.). Hinsichtlich der Beträge der Krankenkassenkosten von Fr. 2'428.– sowie der Miet- und Mietnebenkosten von Fr. 10'571.45 verzichtet die Beklagte im Rahmen der Anschlussberufung auf eine Anfechtung (NE160002 act. 55 S. 16 oben). Die Beklagte bringt in der Anschlussberufung weiter vor, sie habe vor Vorinstanz bereits dargelegt, dass der Kläger in den neun Monaten (April bis Dezember 2010) vom gemeinsamen Konto der Parteien insgesamt Fr. 57'100.– (also monatlich über Fr. 6'000.–) bezogen und auf sein Privat- bzw. Sparkonto überwiesen habe. Ausgehend vom Betrag von Fr. 57'100.– führt die Beklagte aus, dass sie daran mit Fr. 28'550.– berechtigt sei, so dass erstellt sei, dass der Berufungskläger die ersten beiden Steuerraten letztlich aus ihren Mitteln bezahlt habe. Der Sachverhalt sei derselbe wie bei den Steuern 2009, so dass nicht nachvollziehbar sei, warum die Vorinstanz die Steuern 2010 anders behandelt habe. Die Beklagte habe belegt, dass der Kläger sein Konto mit Zahlungen aus dem gemeinsamen Konto und damit aus gemeinsam geäufteten Mitteln gespiesen habe. Die Bezahlung der Steuern habe zwar zur Verminderung ihrer Passiven geführt, jedoch auch zur Verminderung der Aktiven durch die Reduktion des ihr zustehenden Bankguthabens.

b) In ihrer Berufungsantwort/Anschlussberufungsbegründung (NE160002 act. 55) macht die Beklagte weiter geltend, der Kläger habe in seiner Berufung (NE160002 act. 38) in erster Linie geltend gemacht, dass in der Teilvereinbarung vom 16. April 2016 auf die Geltendmachung von weiteren Ansprüchen aus Güterrecht verzichtet worden sei. Daraus scheine die Kammer den Schluss zu ziehen, dass der Kläger behaupten wolle, dass im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf alle offenen Unterhaltszahlungen verzichtet worden sei (NE160002 act. 55 S. 3 f.). Das sei in mehrfacher Hinsicht falsch, weil die Beklagte zu keiner Zeit auf die offenen Unterhaltsbeiträge verzichtet habe und auch der Kläger nicht davon ausgegangen sei, dass mit der Teilvereinbarung die Frage der offenen Unterhaltsbeiträge erledigt worden sei (NE160002 act. 55 S. 4); der Klä-

ger mache lediglich geltend, dass mit der Teilvereinbarung auch das Thema Schulgelder erledigt sei. Die Kammer werfe deshalb sozusagen von sich aus und ohne entsprechenden Antrag diese Frage auf, was unfair sei und gegen die ZPO verstosse (NE160002 act. 55 S. 4). Ausserdem wäre der Kläger mit der Behauptung – es handle sich um ein unzulässiges Novum – zu spät (NE160002 act. 55 S. 4, 5). Auch eine genehmigte Scheidungskonvention sei als Willenserklärung nach Art. 18 Abs. 1 OR auszulegen. Sei davon auszugehen, dass die Parteien – trotz der Erklärung, güterrechtlich auseinandergesetzt zu sein – übereinstimmend die bestrittenen Unterhaltsbeiträge von dieser Erklärung ausgenommen hätten, so dürfe der Verzicht nicht so verstanden werden, dass die Beklagte vom Kläger keine ehelichen Unterhaltsbeiträge aus der Trennungszeit mehr fordern könne. Dafür werde auf den Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich, RT120128, vom 7. März 2013 E. 5.3 ff. verwiesen. Ausserdem schulde der Kläger wenigstens einen Teil der übrigen Unterhaltsbeiträge, was von der Vorinstanz unrichtig festgestellt worden sei (NE160002 act. 55 S. 4). Der Kläger habe bis anhin zu keinem Zeitpunkt behauptet, dass eine Saldoklausel vereinbart worden sei und dass die Beklagte damit auf offene Unterhaltsbeiträge verzichtet habe (NE160002 act. 55 S. 5). Das Scheidungsurteil vom 30. September 2014 sei am 14. Oktober 2014 in Rechtskraft erwachsen. Sämtliche Schriftenwechsel und Parteiverhandlungen des vorinstanzlichen Verfahrens seien erst nach Eintritt der Rechtskraft desselben erfolgt. Der Kläger hätte bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorbringen können, dass die Beklagte im Rahmen der Scheidung auf die ehelichen Unterhaltsbeiträge verzichtet habe. Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO habe er dies deshalb nicht "ohne Verzug" vorgebracht, so dass es sich um eine unzulässige, aus dem Recht zu weisende Behauptung handle (NE160002 act. 55 S. 5). In der Scheidungsverhandlung habe die Beklagte ausdrücklich geltend gemacht, dass der Kläger noch Schulden aus Unterhalt habe, was dieser explizit bestritten habe (NE160002 act. 56/1 [Protokoll der Scheidungsverhandlung] S. 54). Aus der Teilvereinbarung sei ersichtlich, welche Vermögenswerte berücksichtigt worden seien; die offenen und während des gesamten Scheidungsverfahrens thematisierten Unterhaltsbeiträge seien weder bei den Vermögenswerten des Klägers noch in jenen der Beklagten aufgeführt. Und in Ziffer 7 werde lediglich auf die Geltendmachung von

weiteren Ansprüchen aus Güterrecht verzichtet. Eine Saldoklausel sei bewusst weder in der Teilvereinbarung noch in irgendeiner der anderen Vereinbarungen (NE160002 act. 56/1 S. 86) abgeschlossen worden (NE160002 act. 55 S. 6). Es könne keineswegs immer davon ausgegangen werden, dass eine güterrechtliche Saldo-klausel bewirke, dass keinerlei Forderungen mehr zwischen den Parteien bestünden und dass sozusagen von Gesetzes wegen kein Raum für die Nachforderung für während der Trennung unbezahlt gebliebene Unterhaltsbeiträge bestehe. Vielmehr sei die übereinstimmende Erklärung der Parteien – unabhängig von der gerichtlichen Genehmigung – nach dem OR auszulegen. Sei aufgrund der Auslegung davon auszugehen, dass sich die Parteien über die noch offenen Unterhaltsbeiträge nicht geeinigt hätten, so könne nicht von einem Forderungsverzicht ausgegangen werden (NE160002 act. 55 S. 7), was sich auch aus dem bereits zitierten Entscheid RT120128 E. 5.5 ergebe. Die Forderung von etwas mehr als Fr. 100'000 sei an der Verhandlung vom 16. April 2014 thematisiert, aber eben nicht erledigt worden; der Rechtsvertreter der Beklagten habe gefordert, dass dieser Betrag vorab beim Verkauf des im Miteigentum der Parteien stehenden Hauses in Abzug gebracht werde. Die Forderung sei vom Beklagten mit dem Hinweis darauf, dass die Unterhaltsbeiträge bereits bezahlt worden seien, nicht akzeptiert worden (NE160002 act. 55 S. 8). Angesichts des Ausstandes von über Fr. 100'000.– und der Tatsache, dass Unterhaltsbeiträge in eherechtlichen Verfahren regelmässig einen wichtigen Streitpunkt bilden würden, sei es äusserst unwahrscheinlich, dass die Beklagte diese dem Kläger erlassen habe. Die Unterhaltsbeiträge seien auch nach der Teilvereinbarung vom 16. April 2014 ein Thema geblieben, habe doch der Kläger z.B. im Schreiben vom 23. Juni 2014 an das Bezirksgericht Meilen darauf hingewiesen, dass die Beklagte an der absurden Betreibung von 100'200.– festhalte (NE160002 act. 55 S. 8). Vor Vorinstanz habe der Kläger nur behauptet, dass er die Unterhaltsbeiträge längst bezahlt habe; auf den angeblichen Verzicht habe er sich jedoch nicht berufen (NE160002 act. 55 S. 8). Die Unterhaltsbeiträge seien deshalb nicht in die güterrechtliche Auseinandersetzung eingeflossen, weil der Kläger vehement bestritten habe, dass er der Beklagten überhaupt noch etwas schulde. Eine Berufung des Klägers auf einen Verzicht wäre als rechtsmissbräuchlich nicht zu schützen

(NE160002 act. 55 S. 9). Schliesslich habe die Beklagte nie die Absicht gehabt, auf Unterhaltsbeiträge zu verzichten, so dass sie sich gegebenenfalls in einem Erklärungsirrtum befunden habe. Das könne der Scheidungsrichter Dr. D. _____ als Zeuge bestätigen. Dem Kläger sei dies auch bewusst gewesen. Neben Bezirksrichter Dr. D. _____ als Zeuge müssten auch die Beklagte befragt und die Parteien zur Beweisaussage zugelassen werden (NE160002 act. 55 S. 10). Sofern der subjektive Parteiwille nicht mehr ermittelt werden könne, habe eine objektivierte Auslegung zu erfolgen, nämlich was die andere Partei verstehen durfte und musste, und zwar primär aufgrund des Wortlautes. Ein klarer und unzweideutiger Wortlaut sei an sich verbindlich, davon sei allerdings abzuweichen, wenn triftige Gründe für die Annahme bestünden, dass der Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspreche, wie sich dies aus BGer 5A_493/2011 E. 2 ergebe. Aus den genannten Gründen könne eine korrekte Auslegung nur zum Schluss führen, dass die Parteien, jedenfalls aber die Beklagte, nicht habe auf die Unterhaltsbeiträge verzichten wollen, was dem Kläger klar gewesen sein müsse (NE160002 act. 55 S. 10 f.).

III.

1. a) Die Beklagte macht in der Berufungsantwort/Anschlussberufung geltend, dass die Kammer unberechtigterweise die Frage der Wirkung der genannten Teilvereinbarung vom 16. April 2014 aufgegriffen habe, obwohl die Parteien selber diese gar nicht thematisiert hätten, was gegen den Verhandlungsgrundsatz verstosse. Der Kläger habe lediglich behauptet, dass er die ausstehenden Unterhaltsbeiträge bezahlt habe.

Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger die genannte Teilvereinbarung bereits im vorinstanzlichen Verfahren zu den Akten gegeben hat (act. 2/f/68/2), so dass sie bereits der Vorinstanz vorgelegen hat. Die Vorinstanz ist denn auch davon ausgegangen, dass die Schulgeldfrage in diese Vereinbarung einbezogen worden sei (act. 40 S. 20 E. 5.2.4.2.): "Aus der vom Kläger eingereichten Teilvereinbarung über die Scheidungsfolgen ergibt sich, dass sich die Parteien betreffend die Anrechnung des Schulgeldes geeinigt haben (act. 2/f/68/2). Dass es sich dabei lediglich um das Schulgeld für das Jahr 2012 handelt, wie der Kläger gel-

tend macht (act. 28 S. 9), und nicht um das Schulgeld schlechthin, wie die Beklagte vorbringt (act. 11 Rz 35), blieb unbelegt. Damit bleibt kein Raum für die vom Kläger geltend gemachte Anrechnung seiner Zahlungen".

Im vorinstanzlichen Verfahren hat der Kläger Folgendes geltend gemacht:

- dass die in Betreuung gesetzte Forderung längst durch direkte und indirekte Unterhaltszahlungen getilgt seien (act. 1 S. 3) und dass der Kläger mehr bezahlt habe als er hätte zahlen müssen (act. 15 S. 10),
- dass die betriebene Forderung bereits im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens bestritten worden sei (act. 1 S. 8),
- dass der Bestand der betriebenen Forderung nie anerkannt worden sei,
- dass die Tatsache der gemeinsamen Kasse nicht willkürlich einmal berücksichtigt werden könne und dann wieder nicht (act. 28 S. 8),
- dass das Schulgeld kein Diskussionspunkt gewesen sei, schon gar nicht hätte man sich umfassend darüber geeinigt. Auch die Betreuung, welche die Beklagte parallel aufgleist habe, sei in keiner Art und Weise Bestandteil der güterrechtlichen Auseinandersetzung gewesen (act. 28 S. 9),
- dass die Schulkosten von Fr. 15'900.– im Jahr 2012 "aus ihrer Erbschaft bezahlt" worden seien, so dass die Beklagte diesen Betrag aus güterrechtlicher Auseinandersetzung als Eigengut habe deklarieren und dem Kläger anlasten können. Die Quelle der eingebrachten Geldmittel aus Erbschaft sei das Thema gewesen und nicht die Tatsache, dass es sich um Schulgeld gehandelt habe, welches die Beklagte habe zahlen müssen. Mit dem Thema Quelle – Erbschaft – Rückerstattung sei die Sache erledigt gewesen. Das Schulthema sei kein Diskussionspunkt gewesen und schon gar nicht, dass man sich umfassend darüber einig geworden wäre. Auch die parallele Betreuung der Beklagten sei Bestandteil der güterrechtlichen Auseinandersetzung gewesen (act. 28 S. 9). Die Beklagte, die die Obhut gehabt habe, sei zu 100 % für die Privatschulen verantwortlich gewesen (act. 28 S. 10).

b) Aus diesen Ausführungen des Klägers ist ersichtlich, dass er sich seinerseits auch nicht darauf beruft, dass sich die Parteien umfassend geeinigt hätten, sondern dass er verschiedentlich und vehement einen anderen Unterganggrund des in Betreuung gesetzten ausstehenden Unterhalts von Fr. 100'202.--, nämlich

die Begleichung der Unterhaltsschulden, geltend macht. Das führt zurück zur Frage, ob die Kammer von sich aus die Tragweite der Teilvereinbarung vom 16. April 2014 ansprechen darf oder ob sie damit gegen den Verhandlungsgrundsatz verstossen hat (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

c) Die Verhandlungsmaxime besagt unter anderem, dass "der Tatbestand [...] nicht von Amtes wegen ergänzt oder berichtigt werden [darf]. Quod non est in actis non est in mundo. Da mihi facta et dabo tibi ius" (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 159 f.). Soweit der Verhandlungsgrundsatz gilt, darf das Gericht nicht von sich aus den Sachverhalt erforschen und das Gericht hat sich auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen zu stützen (Thomas Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2012, Rz 323, Rz 325). Dem Gericht ist verboten, von sich aus den Sachverhalt zu ergänzen (Raoul A. Meier, Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 120, Rz 17). Damit ist allerdings nicht beantwortet, was mit Urkunden geschieht, die dem Gericht eingereicht werden, auf die sich allerdings die Parteien nicht konkret berufen. Und offen ist auch, ob die Antwort unterschiedlich lautet, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind oder wenn sie ohne Anwälte prozessieren.

Vorab ist in diesem Zusammenhang Art. 153 Abs. 2 ZPO zu erwähnen, der die Verhandlungsmaxime mildert (Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013, § 10 Rz 23). Art. 153 ZPO lautet (1) "Das Gericht erhebt von Amtes wegen Beweis, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. (2) Es kann von Amtes wegen Beweis erheben, wenn an der Richtigkeit einer nicht streitigen Tatsache erhebliche Zweifel bestehen". Die Ausnahme von Abs. 2 wird damit begründet, dass es "dem Interesse der Wahrheitsfindung zuwiderlaufen [würde], wenn das Gericht gehalten wäre, seinem Urteil unbestrittene, aber offensichtlich unrichtige Tatsachen zu Grunde zu legen" (DIKE-Komm-ZPO-Leu [2. Auflage 2016], N. 8 zu Art. 153). A.a.O. (N. 22 zu Art. 153) wird als Beispiel für Umstände, die Zweifel an der Rich-

tigkeit erwecken können, der Fall genannt, in dem Widersprüche zwischen den Parteibehauptungen in den Rechtsschriften und den zu den Akten gegebenen Urkunden bestehen. KuKo ZPO-Oberhammer (2. Auflage 2014), N. 13 zu Art. 55 äussert sich zur Tragweite der Verhandlungsmaxime wie folgt: "Im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime unzulässige richterliche Aktivitäten im Rahmen der Tatsachenfeststellung kann zwar wegen eines Verstosses gegen Art. 55 Abs. 1 durchaus als «rechtswidrig» angesehen werden, doch ist zweifelhaft, ob die der Verhandlungsmaxime zugrunde liegende Wertung – also die Betonung der Selbstverantwortung der Parteien für die prozessuale Stoffsammlung – (auch im Hinblick auf die nach Art. 152 Abs. 2 ZPO gebotene Interessenabwägung) tatsächlich gebietet, dass insb. ein Urteil, welches aufgrund des materiell richtigen, aber aufgrund von unzulässiger richterlicher Ausforschung oder von überschüssenden Beweisergebnissen oder unzulässiger amtswegiger Beweisabnahme zustande gekommen ist, tatsächlich unter Hinweis darauf angefochten werden kann, die betroffenen (und unbestritten zutreffenden) Tatsachen müssten unberücksichtigt bleiben. Letztlich bewegt man sich hier im Bereich stets ideologisch gefärbter Werturteile [...]. Überzeugender ist es m.E. jedoch, die materiell richtigen Tatsachen zugrunde zu legen, auch wenn sie unter Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes festgestellt wurden. Dass der Verhandlungsgrundsatz kein unter allen Umständen aufrecht zu erhaltendes Prinzip ist, ergibt sich auch bei sog. überschüssenden Beweisergebnissen. Geht man mit dem Verhandlungsgrundsatz davon aus, dass nur Tatsachen Urteilsgrundlagen bilden können, die von den Parteien zuvor in den Prozess eingeführt werden können, so würde dies zum stossenden Resultat führen, dass Tatsachen nicht verwertet werden dürfen, obwohl das Gericht von diesen überzeugt ist". Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass die sog. überschüssenden Beweisergebnisse den behaupteten Tatsachen im Ergebnis gleichwertig sein müssen, was bedeutet, dass die unbehaupteten Tatsachen im Rahmen dessen liegen müssen, was an Tatsachen bereits behauptet wurde (z.B. Raoul A. Meier, Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 120, Rz 55-58). Der Kläger hat

insbesondere und konsistent behauptet, dass es keine offenen Unterhaltsbeiträge mehr gebe, weil er diese direkt oder indirekt bezahlt habe. Juristisch wird damit der Forderungsuntergang behauptet. Aus der von den Parteien geschlossenen Teilvereinbarung vom 16. April 2014 ergibt sich der Verzicht auf weitere Ansprüche, was ebenfalls zu deren Untergang führt, sodass es – so oder so – um den Untergang der in Betreuung gesetzten Forderung geht.

Entscheidend ist Folgendes: Wenn die Kammer die vom Kläger als act. 2/f/68/2 zu den Akten gegebene Teilvereinbarung vom 16. April 2016 zur Kenntnis nimmt und den darin enthaltenen Schlusssatz: "Die Parteien verzichten auf die Geltendmachung von weiteren Ansprüchen aus Güterrecht" berücksichtigt, hat sie nichts erforscht oder gegen den Willen der Parteien zu den Akten gezogen, sondern lediglich ein Aktenstück nicht unbeachtet gelassen, auf das sich die Parteien im Zusammenhang mit den umstrittenen Unterhaltsbeiträgen nicht explizit bezogen hatten. Es kann der Kammer nach dem Gesagten allerdings nicht verwehrt sein, aus der Teilvereinbarung den nach ihrer Ansicht zutreffenden (rechtlichen) Schluss zu ziehen.

2. a) Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Teilvereinbarung vom 16. April 2014 mit ihrer Schlussfolgerung, dass die Parteien auf weitere Ansprüche aus Güterrecht verzichten, gemäss Art. 18 OR auszulegen sei. Die genannte Auslegungsregel verlangt, dass der (übereinstimmende) wirkliche Parteiwille ermittelt werden muss, wenn Streit über den Inhalt einer erzielten Einigung entsteht (KuKo OR-Wiegand, N. 6 f. zu Art. 18). Dass die Parteien übereinstimmend vereinbart haben, dass die Forderung aus Unterhalt von der Einigung ausgenommen werde, kann angesichts des vehement vertretenen Standpunktes des Klägers, dass der Beklagten aus Unterhalt keine (weiteren) Ansprüche zustehen, nicht angenommen werden. Das unterscheidet den vorliegenden Fall von jenem, den die Beklagte zitiert (OGer Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 7. März 2013, RT120133 E. 5.4). Dort wird festgehalten, dass die Feststellung, dass jene Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt seien, die Genehmigung einer übereinstimmenden Parteierklärung sei, welche gemäss Art. 18 OR auszulegen sei. Das Obergericht hält weiter fest, dass beide Parteien – obwohl sie erklärt hätten, auseinandergesetzt zu

sein – übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass die rückständigen Unterhaltsbeiträge aus dem Eheschutzverfahren von dieser Erklärung nicht umfasst seien; die Parteien seien nämlich auch nach der gemeinsamen Parteierklärung dabei geblieben, dass die Gesuchstellerin aus der Ehezeit Unterhaltsbeiträge zu gut habe, so dass belegt sei, dass sie die Erklärung nicht so verstanden hätten, dass die ehelichen Unterhaltsbeiträge aus der Trennungszeit nicht mehr gefordert werden könnten. Dass die Parteien des vorliegenden Verfahrens eine solche übereinstimmende Meinung gehabt hätten, ist offensichtlich nicht der Fall. Deshalb zieht die Beklagte einen Entscheid zur Stützung ihres Standpunktes heran, der offensichtlich anders gelagert war.

b) Von wesentlicher Bedeutung ist BGer 5A_803/2010 vom 3. Dezember 2010, der sich zur Rechtslage in einem vergleichbaren Fall äussert, und zwar lange vor dem Abschluss der Teilvereinbarung am 16. April 2014. Wie sich aus jenem Sachverhalt ergibt, ging es dort, wie im vorliegenden Fall, um Unterhalt im Anschluss an ein durchgeführtes Eheschutzverfahren. In der Betreuung wegen ausstehender Unterhaltsbeiträge war ein Pfändungsverlustschein ausgestellt worden. In der (sofort rechtskräftig gewordenen) anschliessenden Ehescheidung hielten die Parteien fest: "Die Parteien sind güterrechtlich auseinandergesetzt". In einer nochmaligen Betreuung, gestützt auf den Verlustschein, wurde zunächst provisorische Rechtsöffnung erteilt. In der danach erhobenen Klage wurde die Schuld des (geschiedenen) Ehemannes – unter Berücksichtigung einer Verrechnungsforderung – festgestellt. Die kantonale Rechtsmittelinstanz, an die das Urteil weitergezogen worden war, bezog sich auf die rechtskräftige güterrechtliche Regelung im Scheidungsverfahren und schloss daraus, dass die besagte Forderung nicht (mehr) bestehe. In der Sache (a.a.O., E. 3) hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob unbezahlt gebliebene Unterhaltsbeiträge von der im Ehescheidungsurteil enthaltenen Feststellung, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt seien, erfasst werden und ob sie deshalb nach rechtskräftig gewordenem Scheidungsurteil nicht mehr eingefordert werden könnten. Dass die offenen Unterhaltsbeiträge inzwischen getilgt worden wären, ist nicht ersichtlich. Das Argument der (geschiedenen) Ehefrau, dass die geschlossene Saldoklausel nur die güterrechtliche Auseinandersetzung betreffe und daher die eherechtliche Forderung nicht

umfasse, liess das Bundesgericht nicht gelten. In E. 3.2.1 erwägt es, dass unter Art. 205 Abs. 3 ZGB alle Schulden, ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund, namentlich Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 165 ff. ZGB, fallen würden. Unbezahlt gebliebener Unterhalt seien "gegenseitige Schulden" i.S.v. Art. 205 Abs. 3 ZGB, und "als solche müssen sie bei der Auflösung des Güterstandes in die Abrechnung einbezogen werden", werde doch im Rahmen der Auflösung des Güterstandes nicht zwischen ehe- und güterrechtlichen Forderungen unterschieden. Zusammenfassend hält das Bundesgericht fest: Schulden aus Unterhaltspflicht gehören gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB unter die zu regelnden Schulden. "Daher sind sie bei der Auflösung des Güterstandes in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen. Erklären die Parteien als Ergebnis dieses Vorganges, sie seien auseinandergesetzt, so bedeutet dies nach dem allgemeinen Verständnis, dass keiner vom anderen mehr etwas zu fordern hat". Der Kritik, dass keine eigentliche Saldoklausel vereinbart worden sei, hielt das Bundesgericht entgegen, dass nicht ersichtlich sei und auch nicht näher begründet werde, weshalb es im vorliegenden Fall einer Saldoerklärung bedurft hätte, um die Forderung aus Unterhaltsschuld im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung untergehen zu lassen.

Der vom Bundesgericht entschiedene Fall gleicht dem hier zu entscheidenden wie "ein Ei dem anderen". Der Wortlaut: "Die Parteien verzichten auf die Geltendmachung von weiteren Ansprüchen aus Güterrecht" des vorliegenden Falles entspricht durchaus jenem aus dem Bundesgerichtsentscheid: "Die Parteien sind güterrechtlich auseinandergesetzt". Insbesondere werden weder im einen noch im anderen Fall die (ehemals) eherechtlichen Unterhaltansprüche besonders erwähnt bzw. vorbehalten und das Bundesgericht hat festgehalten, dass es auf diese Unterscheidung auch nicht ankommt.

Wie dargelegt, führt Art. 205 Abs. 3 ZGB dazu, dass die Parteien im Rahmen der Auflösung des Güterstandes über die Schulden abrechnen **müssen**. Soweit dies nicht (abschliessend) geschehen ist und sich die Parteien dennoch als güterrechtlich (oder ehe- und güterrechtlich) auseinandergesetzt bezeichnen, bleibt kein Raum für die Annahme, die Vereinbarung hätte gewisse Schulden

nicht umfasst. Wenn die Beklagte geltend macht, dass es keine Regel gebe, die sozusagen von Gesetzes wegen die Nachforderung für während der Trennung unbezahlt gebliebenen Unterhalt verbiete, ist ihr Art. 205 Abs. 3 ZGB und das, was das Bundesgericht zu Recht aus dieser Bestimmung gefolgert hat, entgegenzuhalten. Das Besondere daran ist, dass es nicht darauf ankommt, wie und bezüglich welcher gegenseitigen Schulden sich die Parteien geeinigt haben, weil gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB – von Gesetzes wegen – alle gegenseitigen Schulden einzubeziehen sind, was eine "Generalabrechnung" bedeutet. Massgeblich ist allerdings nicht, inwiefern die "Generalabrechnung" auch stattgefunden hat oder ob und inwiefern Posten unbereinigt geblieben sind. Erklären die Parteien übereinstimmend, dass sie auseinandergesetzt seien bzw. verzichten sie auf weitere Ansprüche, so bedeutet dies nach allgemeinem Verständnis, wie das Bundesgericht zutreffend festhält, dass keiner vom anderen mehr etwas zu fordern hat, und zwar unabhängig davon, ob eine eigentliche Saldoerklärung abgegeben wurde (BGer 5A_803/2010 E. 3.3). Soll diese Konsequenz – trotz einer Saldoklausel oder eines Verzichts – für einzelne Forderungen verhindert werden, so ist es in der Praxis üblich, einen ausdrücklichen Vorbehalt anzubringen.

3. Die Beklagte macht geltend, sie sei, sollte der Verzicht auch den in Betreuung gesetzten Unterhalt umfassen, einem Erklärungsirrtum unterlegen. Dazu führt sie aus: "[...] dass ich bei der Unterzeichnung der mir vorgelegten, durch den Scheidungsrichter ausgearbeiteten Teilvereinbarung nie beabsichtigt habe, damit auf meine unterhaltsrechtlichen Guthaben zu verzichten. Sollte die Teilvereinbarung tatsächlich diese Bedeutung haben, so hätte ich mich diesbezüglich in einem Irrtum befunden [...] Dass ich nie die Absicht hatte, auf die offenen Unterhaltsbeiträge zu verzichten, könnte auch der mit dem Fall befasste Scheidungsrichter Dr. D._____, als Zeuge bestätigen. Dem Beschwerdegegner selber war sehr wohl bewusst, dass ich bei der Unterzeichnung der Teilvereinbarung nicht auf die noch offenen Unterhaltsbeiträge verzichten wollte. Er selber konnte die Teilvereinbarung daher auch nicht so verstehen und es ist ihm daher auch verwehrt, sich darauf zu berufen [...]"

Die Beklagte macht geltend, sie habe sich darüber geirrt, dass gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB nicht zwischen eherechtlichen und güterrechtlichen Ansprüchen unterschieden werde; sie sei nicht davon ausgegangen, dass der Verzicht auch die Unterhaltsbeiträge als eherechtliche Forderungen betreffe und habe dies auch niemals gewollt. Damit macht sie einen Rechtsirrtum geltend, bei dem es sich nach herrschender Ansicht um einen unbeachtlichen Irrtum über die Rechtsfolgen einer Vereinbarung handelt (vgl. Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 303 bei Anm. 12; Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern 2009, Rz 37.37; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, Rz 312; zu den Einschränkungen bezüglich des allenfalls ebenfalls in Betracht zu ziehenden Grundlagenirrtums bei Vergleichen vgl. z.B. 130 III 49; 5A_187/2015. In BGer 5A_772/2014 wird unter Erwähnung der Scheidungskonventionen aufgeführt, dass Art. 23 ff. OR nur mit Einschränkungen anwendbar sind. Sie würden ja gerade geschlossen, um eine umfassende Überprüfung der Tatsachen und ihrer rechtlichen Tragweite zu verhindern. Es könne daher kein Irrtum geltend gemacht werden, der sich auf eine im Vergleich in Kauf genommene Ungewissheit beziehe). Ist der Rechtsirrtum ohnehin unbeachtlich, muss auch nicht geklärt werden, inwieweit es eine Rolle spielt, ob eine Partei anwaltlich vertreten ist. Die Frage, ob die Beklagte dem Kläger gegenüber eine rechtsgültige Anfechtungserklärung i.S.v. Art. 31 Abs. 1 OR abgegeben hat (z.B. KuKo OR-Blumer, N. 3 zu Art. 31), kann ebenfalls offen bleiben.

4. Was den geltend gemachten Rechtsmissbrauch anbelangt (NE160002 act. 55 S. 9), ist ein solcher nicht ersichtlich, Dass die Berufung auf einen Verzicht bzw. auf eine Saldoklausel auch dann nicht problematisch ist, wenn Unterhaltsbeiträge unbestrittenermassen nicht beglichen wurden, ergibt sich aus BGer 5A_803/2010 E. 3.2.1 und 3.2.2.

5. Lediglich der Vollständigkeit halber – und ohne dass es darauf ankäme – sei noch kurz erwähnt, dass die Berücksichtigung der neuen Beweisanerbieten im Rahmen der Berufungsantwort/Anschlussberufung zu keinem anderen Ergebnis führen würden. Die Beklagte hat Bezirksrichter Dr. D._____ als Zeugen angeru-

fen; sie hat im Nachgang zusätzlich ein Schreiben von Bezirksrichter Dr. D. _____ vom 18. Mai 2016 (act. 58/1) eingereicht, in dem – offenbar als Antwort auf ein (nicht beigelegtes) Schreiben des ehemaligen Rechtsvertreters der Beklagten – Folgendes ausgeführt wird: "[...] Es ist zutreffend, dass im Prozess FE130075 die Scheidungskonventionen keine Saldoklausel enthalten. Ob und inwieweit Betreibungen im Zusammenhang mit offenen Unterhaltsbeiträgen eine Rolle gespielt haben, weiss ich nicht mehr. Aus den Akten geht hervor, dass sich die Parteien zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der 2. Scheidungsvereinbarung vom 2. September 2014 noch nicht umfassend geeinigt hatten, weshalb das Gericht mit Verfügung vom 3. September 2015 über noch offene Unterhaltsbeiträge während des Scheidungsverfahrens einen Entscheid fällen musste. Es wies das Begehren der Beklagten um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen ab (es ging dabei unter anderem um die Höhe der zu zahlenden Unterhaltsbeiträge des Beklagten an die Klägerin) [...]". Unabhängig von der geäusserten Rechtsauffassung kann sich Bezirksrichter Dr. D. _____ an die Betreibung gesetzte Forderung nicht mehr erinnern, so dass – selbst wenn es darauf ankäme – auf seine Einvernahme in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden könnte. Schliesslich ist im Zusammenhang mit dem nach Abschluss der Teilvereinbarung erwähnten, noch pendenten Massnahmeverfahren auf BGer 5A_608/2010 E. 3.2.2 hinzuweisen. Dort hat das Bundesgericht angeführt, dass in dieser Situation über solche Massnahmen nicht mehr entschieden werden dürfe und das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben sei, weil es infolge des zuvor erklärten Verzichts nichts mehr zu entscheiden geben könne.

Was die verlangten Parteibefragungen und Beweisaussagen anbelangt, würden diese – angesichts der in BGer 5A_803/2010 dargelegten Rechtslage – selbst dann nichts ändern, wenn sich ergäbe, dass hinsichtlich der rückständigen Unterhaltbeiträge keine Einigung erzielt wurde.

Zu den übrigen Beweisanerbieten ist vorab anzumerken, dass nicht dargelegt wird, warum sie nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten angerufen werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Ausserdem sind sie aus folgenden Gründen ohnehin nicht tauglich:

- NE160002 act. 55/Beilage 1 S. 54 (= NE160002 act. 56/1): Dass der Kläger behauptet, der Unterhaltspflicht im Betrage von Fr. 100'000 nachgekommen zu sein und dass er seiner Meinung nach nichts zu befürchten habe, wenn die Betreuung weitergezogen werden, wäre nicht zum Beweis zu verstellen, weil der Kläger auch im vorliegenden Verfahren betreffend negative Feststellung sagt, er habe den in Betreuung gesetzten Betrag (mehr als) bezahlt (act. 28 S. 3, S. 12).
- NE160002 act. 55/Beilage 1 S. 87 ff. (act. 56/1: Dispositiv des Scheidungsurteils vom 30. September 2014): Aufgrund der bereits vorher bei den Akten liegenden Teilvereinbarung vom 16. April 2014 ist der Kammer ihr Wortlaut ohnehin bekannt.
- NE160002 act. 55/Beilage 2 S. 7; Replik vom 16.04.2014, Rz 70: Dass die Beklagte die Fr. 100'000.– in der Verhandlung vom 16. April 2014 thematisierte und den Bezug aus dem nachmaligen Verkaufserlös verlangte, hat in der Teilvereinbarung vom 16. April 2014 keinen sichtbaren Niederschlag gefunden. Hinsichtlich einer Einigung ergibt sich daraus nichts.
- NE160002 act. 55/Beilage 1 S. 89: In der Teilvereinbarung vom 16.04.2014 sind die Unterhaltsbeiträge tatsächlich nicht erwähnt, was per se weder für noch gegen eine Einigung spricht. Die Berechnung ist aufgrund der in die Vereinbarung aufgenommenen Zahlen nicht nachvollziehbar, insbesondere auch nicht, wie der Betrag von Fr. 195'000.–, den der Kläger vorab aus dem Verkaufserlös der gemeinsamen Liegenschaft beziehen kann (Ziff. 4 der Vereinbarung), berechnet wurde. Waren die Fr. 100'000.– ein Thema und wurde keine Einigung erzielt, so hätte umso mehr Anlass bestanden, keine Verzichtserklärung zu unterzeichnen.

Hinsichtlich der von der Beklagten nochmals später eingereichten (lediglich auszugsweise kopierten) Dokumente (act. 58/2 und /3), bei denen es sich offenbar um eine Eingabe im Scheidungsverfahren sowie um die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 7. November 2013 handelt, ist weder ersichtlich noch wird erklärt, warum sie erst am 31. Mai 2016 (Poststempel unleserlich) bei der Kammer eingereicht wurden und wofür.

6. Führt der Verzicht in der Teilvereinbarung vom 16. April 2014 dazu, dass die Beklagte nichts mehr zu fordern hat, ist auch nicht mehr näher zu prüfen, wie es sich mit dem vom Kläger beanstandeten vorinstanzlichen Entscheid betreffend die Anrechnung der Hälfte der Schulkosten 2010 - 2012 von Fr. 33'237.15 (Fr. 10'691.20, Fr. 15'046.–, Fr. 7'500.–) verhält. Die Vorinstanz ist davon ausge-

gangen, dass die ganzen Schulkosten mit der Teilvereinbarung erledigt worden seien, wobei allerdings lediglich die von der Beklagten aus Erbschaft bezahlten Fr. 15'900.– daraus ersichtlich sind. Müsste die Frage der Schulkosten unabhängig vom Verzicht in der Teilvereinbarung entschieden werden, so müsste zunächst feststehen, ob es eine Vereinbarung der Parteien (die solidarische Verpflichtung gegenüber Dritten ist nicht entscheidend) oder eine Entscheidung zur Tragung dieser wohl ausserordentlichen Kosten gemäss Art. 286 Abs. 3 ZGB gibt. Erst wenn feststünde, wer die Kosten zu tragen hat, könnte geklärt werden, inwieweit die aus der Aufstockung der Hypothek auf dem Miteigentumsgrundstück finanzierten Schulgeldzahlungen den Anteil des einen oder des anderen Elternteils betreffen.

Die Beklagte wendet sich gegen den vorinstanzlichen Entscheid betreffend die Anrechnung von Miete. Der Kläger habe in den Monaten August bis Oktober 2013 je Fr. 3'315.– Miet- sowie Nebenkosten, insgesamt Fr. 10'571.45 bezahlt. Dass die Nichtanrechnung richtig gewesen wäre, begründet sie bei der Miete v.a. damit, dass der Kläger der von ihr ausgesprochenen Wohnungskündigung nicht zugestimmt habe, diese gegen ihren Willen bezahlt und damit verhindert habe, dass sie infolge einer ausserordentlichen Kündigung aus dem Vertrag über die für sie viel zu teure Miete hätte aussteigen können. Hielte man das für stichhaltig, wäre zusätzlich in Betracht zu ziehen, wie sich die Tatsache, dass die Klägerin noch über längere Zeit (bis Juni 2015, NE160003 act. 38 S. 4) in dieser Wohnung geblieben ist, obwohl sie sich vom Gericht zur selbständigen Kündigung hätte ermächtigen lassen können, ausgewirkt hätte. Beim Steuerbetreffnis für 2010 wird die Tilgung durch den Kläger vor allem deshalb in Frage gestellt, weil er dafür Mittel verwendet habe, die aus der Vermietung der Miteigentumsliegenschaft stammten. Weil er diese auf sein Konto überwiesen und er die Steuern ab seinem Konto bezahlt habe, seien es letztlich nicht seine Mittel gewesen, die er verwendet habe (act. 24 Rz 35). Diesbezüglich müsste gegebenenfalls bedacht werden, dass dem Kläger gemäss der Bedarfberechnung des Bezirksgerichts Pfäffikon, die als act. 2/f/68/2 (= NE160002 act. 56/3) eingereicht wurde, die ganzen Nettoeinnahmen aus der Vermietung der Miteigentumsliegenschaft als eigenes Einkommen angerechnet wurden, was dazu führen musste, dass er die gemeinsa-

men Mittel (auch) zur Deckung der Unterhaltszahlungen an die Klägerin und andere Zahlungen für die Klägerin verwenden durfte und musste, weil er sonst mit einem monatlichen Einkommen von Fr. 7'500.– einen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 8'692.– hätte leisten müssen

7. Zusammenfassend gilt was folgt:

a) Die Berufung des Klägers ist gutzuheissen, soweit er den vorinstanzlichen Entscheid angefochten hat, und es ist festzustellen, dass die in Betreuung gesetzte Forderung im Betrage von Fr. 87'887.20 nicht besteht.

b) Die Berufung der Beklagten ist im Betrage von Fr. 87'887.20 abzuweisen.

c) Die Anschlussberufung der Beklagten ist abzuweisen.

d) Entsprechend diesem Verfahrensausgang ist die Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, im Betrag von Fr. 87'887.20 aufzuheben. Diese definitive Anordnung ersetzt die vorläufige Einstellung dieser Betreuung gemäss Beschluss vom 4. April 2016 (NE160002 act. 46 S. 10, Dispositiv-Ziff. 2).

e) Auf das Begehren der Beklagten um Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 1 des Beschlusses vom 4. April 2016 (NE160002 act. 46 S. 10), mit der der Eintritt der Rechtskraft im Betrage von Fr. 12'204.80 vorgemerkt wurde, ist nicht einzutreten. Diese Anordnung der Kammer kann im laufenden Verfahren nicht angefochten werden. Ausserdem ist nicht ersichtlich, welches Interesse die Beklagte daran haben könnte.

f) Das Begehren der Beklagten um Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 2 des Beschlusses vom 4. April 2016 (NE160002 act. 46 S. 10), mit dem die teilweise Aufhebung der vorläufige Einstellung angefochten wird, ist zufolge des vorliegenden Sachentscheides gegenstandslos geworden.

IV.

Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren wurde mit Beschluss vom 4. April 2016 (NE160002, act. 46 S. 10, Dispositiv-Ziff. 4) für das Verfahren NE160002 abgewiesen, ebenso für das Verfahren NE160003 (Beschluss vom 4. April 2016, NE160003, act. 46 S. 11, Dispositiv Ziff. 1). Das mit der Anschlussberufung erhobene Gesuch (NE160002 act. 55 S. 3 und 17 ff.) ist abzuschreiben (vgl. oben E. I./7.).

Die Verfahrenskosten sind den Parteien entsprechend ihrem Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Von dem von der Vorinstanz beurteilenden Betrag von Fr. 100'202.– hat der Kläger den vorinstanzlichen Entscheid im Betrage von Fr. 12'204.80 nicht angefochten, im Restbetrag, d.h. Fr. 87'997.20, hat er obsiegt, was einem Verhältnis von rund 1 : 7 entspricht. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 8'760.– ist entsprechend neu zu verlegen, so dass auf den Kläger Fr. 1'095.– und auf die Beklagte Fr. 7'665.– entfallen.

Für das zweitinstanzliche Verfahren ist von einem – um den nicht angefochtenen Teil reduzierten – Streitwert von Fr. 87'997.20 auszugehen und im diesbezüglich vollen Umfang unterliegt die Beklagte. Die Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.– für das zweitinstanzliche Verfahren ist ihr daher vollumfänglich aufzuerlegen.

Kostenvorschüsse wurden wie folgt geleistet: Vom Kläger im vorinstanzlichen Verfahren Fr. 8'760.–, vom Kläger in der Berufung Fr. 4'200.–, von der Beklagten in der Berufung Fr. 5'800.–. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind aus dem Vorschuss des Klägers zu beziehen; die Beklagte hat ihm diesen jedoch im Betrage von Fr. 7'665.– (7/8) zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind die Kosten von Fr. 8'000.– aus dem von der Beklagten geleisteten Vorschuss von Fr. 5'800.– zu beziehen; der vom Kläger geleistete Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 4'200.– ist im zusätzlich noch erforderlichen Betrage von Fr. 2'200.– zur Deckung der Kosten heranzuziehen. Im Betrag von Fr. 2'200.– hat ihm die Beklagte den Vorschuss zu ersetzen.

Der Kläger, der nicht anwaltlich vertreten war, hat in beiden Verfahren die Zusprechung einer Entschädigung verlangt. Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO kann nicht vertretenen Parteien in begründeten Fällen eine Umtriebsentschädigung zugesprochen werden (vgl. KuKo ZPO-Schmid [2. Auflage 2014], N. 8 zu Art. 105). Mangels einer Begründung ist davon abzusehen.

Es wird beschlossen:

1. Geschäft Nr. 160003 wird mit Geschäft Nr. 160002 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt. Geschäft Nr. 160003 wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Das in der Anschlussberufung gestellte Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass die Forderung in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, im Betrag von Fr. 87'997.20 nicht besteht.
2. Die Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Pfannenstiel, Zahlungsbefehl vom 5. Dezember 2013, wird im Umfang von Fr. 87'997.20 aufgehoben.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 8'760.– wird bestätigt und dem Kläger im Betrage von Fr. 1'095.– und der Beklagten im Betrage von Fr. 7'665.– auferlegt.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'760.– bezogen.

Die Beklagte wird jedoch verpflichtet, dem Kläger die Gerichtskosten im Umfang von Fr. 7'665.– zu ersetzen.

6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss im Betrage von Fr. 5'800.– und im Umfang von Fr. 2'200.– mit vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss im Betrage von Fr. 4'200.– verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 2'200.– zu ersetzen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien,
 - an den Kläger unter Beilage des Doppels von NE160002 act. 55, act. 56/1-3 und act. 57 sowie von NE160003 act. 38,
 - an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren,
 - im Auszug Dispositiv-Ziffern 1 und 2 an das Betreibungsamt Pfannenstielje gegen Empfangsschein.

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

9. 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 nicht vermögensrechtliche mietrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 88'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: