

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RT210171-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Urteil vom 24. Februar 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____

gegen

Stadt Zürich,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Alimentenstelle des Sozialdepartementes der Stadt Zürich

betreffend **Rechtsöffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 28. Juli 2021 (EB210706-L)**

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Mit Urteil vom 28. Juli 2021 erteilte die Vorinstanz der Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gesuchstellerin) definitive Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 10 (Zahlungsbefehl vom 28. Januar 2021) für Fr. 3'792.– nebst Zins zu 5 % seit 28. Januar 2021. Sie auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 300.– dem Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Gesuchsgegner) und sprach keine Parteientschädigungen zu (Urk. 14 S. 12 = Urk. 18 S. 12). Dem Rechtsstreit liegt als definitiver Rechtsöffnungstitel das Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2012 zugrunde, mit welchem der Gesuchsgegner unter anderem verpflichtet wurde, für seine Tochter B. _____ gerichtsüblich indexierte monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zu bezahlen (Urk. 4/3 S. 41; Urk. 18 S. 2 f.). Die Gesuchstellerin macht gemäss Art. 289 Abs. 2 ZGB auf sie übergegangene Kinderunterhaltsansprüche geltend und verlangte vor Vorinstanz Rechtsöffnung für bevorschusste und betriebene Kinderunterhaltsbeiträge für die Zeit von 1. September 2020 bis 31. Dezember 2020 von insgesamt Fr. 3'792.– (4 x Fr. 948.–) nebst Verzugszins (Urk. 18 S. 2, Urk. 1 S. 3, Urk. 2 und Urk. 4/4).

2. Gegen das Rechtsöffnungsurteil vom 28. Juli 2021 erhob der Gesuchsgegner am 13. September 2021 innert Frist (siehe Urk. 15b) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 17 S. 2 f.):

"1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 28.07.2021 (Geschäfts-Nr.: EB210706) aufzuheben und wie folgt neu zu entscheiden:

1.1. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um definitive Rechtsöffnung vom 03.06.2021 in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 10 (Zahlungsbefehl vom 28.01.2021) sei abzuweisen, sofern darauf einzutreten ist.

1.2. Die Entscheidgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens sei der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. gesetzlicher MWST) für das erstinstanzliche Verfahren zu bezahlen.

2. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzlicher MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin bzw. Gesuchstellerin."*

3. In seiner Beschwerde ersuchte der Gesuchsgegner zudem um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 17 S. 3). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 15. September 2021 abgewiesen. Zugleich wurde dem Gesuchsgegner Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 450.– zu leisten; dieser ging rechtzeitig hierorts ein (Urk. 21 f.). Am 9. November 2021 reichte der Gesuchsgegner ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. September 2021 betreffend Vernachlässigung von Unterhaltspflichten nach (Urk. 23; Urk. 25/1). Mit Schreiben vom 21. Dezember 2021 übermittelte der Gesuchsgegner sodann einen Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Dezember 2021 betreffend Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Urk. 26 f.).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–16). Da sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Beschwerdeantwort verzichtet werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

II. Materielle Beurteilung

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei in ihrer schriftlichen Beschwerdebegründung konkret mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, das heisst, an einem der genannten Mängel leidet (BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je mit Hinweisen auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen oder enthält er eine Haupt- und eine Eventualbegründung, muss sich die beschwerdeführende Partei in der Beschwerdeschrift mit allen Begründungen auseinander-

setzen (BGer 4A_133/2017 vom 20. Juni 2017, E. 2.2; *OGer ZH RT200158 vom 20.01.2021, E. 2*). Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Vorbehalten sind offensichtliche Mängel, die geradezu ins Auge springen (*OGer ZH RE180009 vom 24.08.2018, E. 2.2; OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2*).

1.2.1. Im Beschwerdeverfahren sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO; *OGer ZH RT200156 vom 17.11.2020, E. 2.2*). Dies gilt für echte und unechte Noven (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheltdt, Art. 326 N 4). Eine Ausnahme gilt für Noven, zu denen erst der Entscheid der Vorinstanz Anlass gegeben hat (BGE 139 III 466 E. 3.4 [S. 471]; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1), sowie für solche, welche die Prozessvoraussetzungen bezüglich eines Rechtsmittels (beispielsweise die Beschwer) betreffen (*OGer ZH RT120172 vom 12.06.2013, E. 2.2*). Unbeschränkt zulässig sind sodann neue rechtliche Vorbringen: Diesbezüglich hat die Beschwerdeinstanz volle Kognition, weil sie das Recht von Amtes wegen anwenden muss (Art. 57 ZPO; *OGer ZH RT150086 vom 17.08.2015, E. 4.1; OGer ZH RT180059 vom 24.05.2018, E. II.4.1*). Es ist darzulegen, inwiefern eine Ausnahme vom Novenverbot vorliegt (*OGer ZH RT190179 vom 24.08.2020, E. 2.3.1.*).

1.2.2. Der Gesuchsgegner macht geltend, dass er am 11. September 2021 zufällig darauf gestossen sei, dass die Kindsmutter alleinige Gesellschafterin der C._____ GmbH sei. Dies sei eine neue Tatsache, die beachtet werden müsse (Urk. 17 S. 5). Vorliegend richte sich das Verfahren nämlich nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz und nicht in jeder Hinsicht nach der Zivilprozessordnung. So seien beispielsweise neue Tatsachen bei einem Weiterzug des Entscheids des Konkursgerichts erlaubt. Gleiches müsse für Entscheide des Rechtsöffnungsgerichts gelten (Urk. 17 S. 4 f.).

Gemäss Art. 1 lit. c ZPO richtet sich das Verfahren für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach der Zivilprozessordnung. Auch die Rechtsöffnung ist erfasst (BGE 142 III 599 E. 2.4.2; BGer

5D_23/2017 vom 8. Mai 2017, E. 4.3.3; BGer 1C_40/2021 vom 22. April 2021, E. 4.1). Dies schliesst nicht aus, dass Vorschriften des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts hinsichtlich der Noven als *lex specialis* anwendbar sind (Art. 326 Abs. 2 ZPO); Art. 84 SchKG enthält indessen – im Gegensatz zu Art. 174 SchKG bezüglich der Konkurseröffnung – keine spezielle Novenregelung (siehe auch ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 5). Tatsachen, die aus dem Handelsregister hervorgehen, gelten als notorisch (BGE 139 III 293 E. 3.3). Ob dies eine Ausnahme vom Novenverbot rechtfertigt, kann jedoch vor dem Hintergrund der nachstehenden Erwägungen (E. II.2.3. f.) offenbleiben.

1.2.3. Der Gesuchsgegner bringt vor, dass das Bezirksgericht Zürich im Strafverfahren betreffend Vernachlässigung von Unterhaltspflichten in seinem Urteil vom 30. September 2021 festgehalten habe, dass es vorliegend nicht um eine Verrechnung nach Art. 120 ff. OR gehe. Es handle sich um eine Vorauszahlung im Sinne der Art. 85 ff. OR, wobei die zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge auf künftige Unterhaltszahlungen anzurechnen seien. Dieses *Novum* sei zu berücksichtigen, da sich das vorliegende Verfahren nicht in jeder Hinsicht nach der Zivilprozessordnung richte. Zudem handle es sich insbesondere auch um rechtliche Überlegungen (Urk. 23). Wie erwähnt, gilt Art. 326 Abs. 1 ZPO mit den vorbeschriebenen Ausnahmen. Soweit die Ausführungen im Strafurteil vom 30. September 2021 rechtlicher Natur sind, können sie berücksichtigt werden. Indessen setzte sich das Strafgericht nur vorfrageweise mit der Tilgung auseinander (Urk. 25/1 S. 12 f.); zudem waren weder das Kind noch die Gesuchstellerin Partei in jenem Verfahren (siehe Urk. 25/1 S. 1). Aus diesen Gründen ist das Strafurteil für die Kammer nicht bindend.

2. Materielle Voraussetzungen für die Bevorschussung

2.1. Die Vorinstanz erwog, dass der Gesuchsgegner die Bevorschussungsentscheide wegen inhaltlicher Mängel als nichtig erachte. Diese erblicke er darin, dass die zuständige Behörde von unzutreffenden Vermögens- und Einkommensangaben ausgegangen sei und die gesetzlichen Grenzwerte für eine Bevorschussung überschritten habe. Es sei nicht Aufgabe des Rechtsöffnungsgerichts, die den Bevorschussungsentscheiden zugrunde liegenden Berechnungen im Detail

nachzuprüfen (Urk. 18 S. 5). Die Vollstreckung sei nur zu verweigern, wenn die inhaltlichen Mängel derart gravierend seien, dass sie offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar seien (Urk. 18 S. 5 f.). Dies sei vorliegend nicht der Fall. Die Behauptungen des Gesuchsgegners stützten sich in Bezug auf die Liegenschaft der Kindsmutter in Griechenland auf reine Mutmassungen. In Bezug auf das Einkommen der Kindsmutter komme der Gesuchsgegner nach ausführlichen Berechnungen zum Ergebnis, dass dieses sich im Zeitpunkt der Antragstellung pro rata temporis bis August 2020 auf Fr. 36'025.90 belaufen habe. Darin enthalten seien Ehegattenunterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 8'602.–, welche der Gesuchsgegner bis Juli 2020 an die Kindsmutter bezahlt habe. Die letzte, für den Monat Juli bestimmte Zahlung in Höhe von Fr. 2'084.– sei am 1. Juli 2020 erfolgt. Dies stehe in Einklang mit den Angaben der Kindsmutter in deren Bevorschussungsantrag vom 18. September 2020. Dass danach bis Ende Januar 2021 keine Zahlungen mehr erfolgt seien, räume der Gesuchsgegner selber ein. Für die erstmalige Ermittlung des Bevorschussungsanspruchs seien die anrechenbaren Einnahmen im jeweiligen Zeitpunkt massgeblich (mit Verweis auf § 16 Abs. 1 AlimV). Daher seien die zwar geschuldeten, aber seit August 2020 bis Januar 2021 nicht mehr bezahlten Ehegattenunterhaltsbeiträge bei der Berechnung der Einnahmen nicht zu berücksichtigen. Im Zeitpunkt der Gesuchstellung habe die Kindsmutter über aktuelle Einnahmen von insgesamt Fr. 41'137.– pro Jahr bzw. Fr. 3'428.– pro Monat verfügt. Dem seien anrechenbare Lebenskosten in Höhe von Fr. 53'900.– pro Jahr, entsprechend Fr. 4'491.65 pro Monat, gegenüber gestanden (mit Verweis auf § 20 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. a AlimV). Selbst wenn die Bevorschussungsentscheide anhand der massgeblichen Alimentenverordnung einer Überprüfung unterzogen würden, liessen sich diese nicht als fehlerhaft qualifizieren. Offensichtliche oder zumindest leicht erkennbare inhaltliche Mängel habe der Gesuchsgegner somit nicht glaubhaft gemacht. Von einer Nichtigkeit könne keine Rede sein (Urk. 18 S. 6 f.).

2.2. Der Gesuchsgegner wendet ein, dass die Kindsmutter einzige Gesellschafterin der C._____ GmbH sei, welche ein Stammkapital von Fr. 20'000.– aufweise. Selbst wenn man davon ausginge, dass die Liegenschaft in Griechenland nicht mehr als den Wert in der Steuererklärung 2019 aufweise, sei die Vermö-

gensgrenze von Fr. 105'000.– mit dem Vermögen der Steuererklärung 2019 über Fr. 91'533.– und dem Stammkapital von Fr. 20'000.– klar überschritten (Urk. 17 S. 6). Die Vorinstanz gehe sodann willkürlich davon aus, dass die bis Juli 2021 erhaltenen Ehegattenunterhaltsbeiträge ganz aus der Berechnung auszublenden seien und vom Jahresdurchschnitt 2020 auszugehen sei. Dies würde bedeuten, dass auf Zahlen abgestellt würde, die im Zeitpunkt des Bevorschussungsantrags noch gar nicht vorgelegen hätten. Ebenso willkürlich sei die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass die Kindsmutter lediglich über aktuelle Einnahmen von Fr. 41'137.– bzw. monatlich Fr. 3'428.– verfüge, was sogar deutlich weniger sei als das, was die Kindsmutter in ihrem Antrag selber als Einkommen angegeben habe (Urk. 17 S. 6 f.). Die anerkannten Lebenshaltungskosten für acht Monate betrügen Fr. 35'933.35 bzw. Fr. 4'491.65, wie die Gesuchstellerin richtig ausführe. Diesen anrechenbaren Lebenshaltungskosten stünden anrechenbare Einnahmen von Fr. 4'503.25 pro Monat gegenüber, womit bei Einreichung des Antrags der Kindsmutter kein Anspruch auf Alimentenbevorschussung bestanden habe. Es liege ein offensichtlicher Mangel im Bevorschussungsentscheid vor, der zur Nichtigkeit führen müsse (Urk. 17 S. 8).

2.3. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid zunächst damit, dass es nicht ihre Aufgabe sei, die den Bevorschussungsentscheiden zugrunde liegenden Berechnungen im Detail nachzuprüfen. Vorliegend bestünden keine derart gravierende Mängel, dass sie offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar seien (Urk. 18 S. 5 f.). Eventualiter führte sie aus, selbst wenn die Bevorschussungsentscheide überprüft würden, seien sie nicht als fehlerhaft zu qualifizieren (Urk. 18 S. 7). Der Gesuchsgegner äussert sich nicht zur Haupt-, sondern nur zur Eventualbegründung und behauptet pauschal, dass ein offensichtlicher Mangel vorliege. Damit genügt er den Begründungsanforderungen nicht, weshalb auf seine Rügen nicht einzutreten ist (E. II.1.1.).

2.4. Darüber hinaus erweisen sie sich auch inhaltlich als unbegründet: Nichtigkeit liegt im Einklang mit der Vorinstanz (Urk. 18 S. 5) vor, wenn der dem Entscheid anhaftende Mangel besonders schwer ist, er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der

Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel eines Entscheides führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit (BGE 138 II 501 E. 3.1; BGer 5A_630/2015 vom 9. Februar 2016, E. 2.2.2; BGer 5A_317/2018 vom 24. August 2018, E. 4.2). Nach Ansicht des Gesuchsgegners standen den anrechenbaren Lebenshaltungskosten von Fr. 4'491.65 monatlich anrechenbare Einnahmen (Erwerbseinkommen, Kinderzulagen, Rente SUVA, Rente Pensionskasse Post, Nachehelicher Unterhalt, 1/15 Vermögensverzehr) von Fr. 4'503.25 monatlich gegenüber, weshalb kein Anspruch auf Alimentenbevorschussung bestanden habe (Urk. 17 S. 7 f.). Wenn man die Vorbringen des Gesuchsgegners als zutreffend ansähe, hätte die Kindsmutter monatlich um Fr. 11.60 zu hohe Einkünfte gehabt (siehe § 21 Abs. 2 KJHG). Bei einem derart kleinen Betrag läge kein besonders schwerer Mangel vor. Es kann daher offenbleiben, ob der nacheheliche Unterhalt mitzuberechnen ist oder nicht. Zudem äussert sich der Gesuchsgegner nicht zum Erfordernis, wonach die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht erheblich gefährdet sein darf; damit genügt er den Begründungsanforderungen erneut nicht. Dasselbe gilt auch für die Rüge im Zusammenhang mit der Vermögensgrenze von Fr. 105'000.– (Urk. 17 S. 6). Selbst wenn man den neu eingereichten Handelsregisterauszug berücksichtigen müsste (siehe E. II.1.2.2.), wäre er darüber hinaus nicht geeignet, zu beweisen, dass die Vermögensgrenze überschritten ist: Anrechenbar ist nämlich der Betrag, welcher nach kantonalem Recht der Vermögenssteuer unterliegt (§ 25 Abs. 1 AlimV). Dabei handelt es sich um den Verkehrswert des Stammkapitals (§ 39 Abs. 1 StG) bzw. – wenn man es als Geschäftsvermögen qualifiziert – den Einkommenssteuerwert (§ 39 Abs. 2 StG); im Handelsregister ist jedoch der Nennwert aufgeführt (Art. 73 Abs. 1 lit. i HRegV). Folgte man dennoch der Auffassung des Gesuchsgegners, wäre die Vermögensgrenze von Fr. 105'000.– um lediglich Fr. 91'533.– + Fr. 20'000.– - Fr. 105'000.– = Fr. 6'533.– überschritten (siehe Urk. 17 S. 6); dies wäre nicht als besonders schwerer Mangel zu qualifizieren.

2.5. Zusammenfassend erweisen sich die Rügen im Zusammenhang mit den materiellen Voraussetzungen der Alimentenbevorschussung als unbegründet, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

3. Bevorschussung und rechtliches Gehör des Gesuchsgegners

3.1. Die Vorinstanz erwog, dass der Gesuchsgegner nicht zu den massgebenden Personen im Sinne von § 18 AlimV zähle. Parteien des Bevorschussungsverfahrens seien ausschliesslich die dort genannten Personen. Der unterhaltspflichtige Elternteil gehöre nicht dazu. Entsprechend sei er im Bevorschussungsverfahren weder anzuhören noch stehe ihm gegen die betreffenden Entscheide ein Rechtsmittel zur Verfügung. Im Übrigen sei auch nicht ersichtlich, inwiefern der Gesuchsgegner durch die Bevorschussungsentscheide beschwert wäre. Seine (unbestrittene) Unterhaltspflicht gegenüber der Tochter sei in einem vollstreckbaren Gerichtsentscheid begründet. Ob er die Kinderunterhaltsbeiträge an die Kindsmutter oder an die Gesuchstellerin zu bezahlen habe, beeinflusse seine Leistungspflicht nicht und sei daher rechtlich irrelevant (Urk. 18 S. 7).

3.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass es zur vorliegenden Situation gekommen sei, weil er sich gegen die Bevorschussung nicht habe wehren können. Er habe nämlich die Kinderunterhaltsbeiträge (und im Übrigen auch den Ehegattenunterhaltsbeitrag) bereits vor der Beantragung vorausbezahlt. Die Kindsmutter habe dies der Gesuchstellerin natürlich nicht mitgeteilt. Letztere habe ihn in der Folge betrieben. Deshalb habe er Anspruch darauf, dass die Entscheidungsgrundlagen für die Bevorschussung zumindest summarisch im vorliegenden Verfahren überprüft würden. Sollte die Rechtsöffnung nicht verweigert werden, würde er zu einer Doppelzahlung verpflichtet, was nicht im Sinne des Gesetzes sein könne (Urk. 17 S. 8 f.).

3.3. Gemäss § 26 Abs. 3 KJHG regelt eine Verordnung die Einzelheiten des Bevorschussungsverfahrens. Die Betreuung betrifft die Kinderunterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. September 2020 bis zum 31. Dezember 2020 (Urk. 1 S. 3; Urk. 2 = Urk. 4/1). Diese Periode wird durch den Bevorschussungsentscheid vom 27. November 2020 abgedeckt (Urk. 4/4; siehe Urk. 4/5). Massgebend ist

daher die Verordnung über die Alimentenhilfe in der Fassung vom 1. April 2016 (abrufbar unter [http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/9A64F73DC42C68BBC1257F7900372DA4/\\$File/852.13_21.11.12_92.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/9A64F73DC42C68BBC1257F7900372DA4/$File/852.13_21.11.12_92.pdf), besucht am 2. Februar 2022). Weder §§ 2 ff. AlimV noch §§ 10 ff. AlimV noch §§ 34 ff. AlimV sehen vor, dass der Unterhaltsschuldner miteinzubeziehen ist (§ 34 Abs. 2 AlimV ist vorliegend nicht einschlägig).

3.4. Die Alimentenbevorschussung (Art. 289 Abs. 2 ZGB) ist eine Form der Legalzession (BGE 137 III 193 E. 2.1; BGE 143 III 177 E. 6.3.1). Nach dem Grundsatz "*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*" ("niemand kann einem anderen mehr Rechte übertragen als er selber hat") setzt sie eine Forderung voraus. Hat der Schuldner die Forderung bereits getilgt, bevor sie auf das Gemeinwesen "übergang", so muss sich dies der Rechtsnachfolger entgegenhalten lassen (siehe Art. 169 Abs. 1 OR). Die Legalzession bewirkt nämlich nicht, dass eine getilgte Forderung wieder entstehen würde. Somit ist der Gesuchsgegner durch den Bevorschussungsentscheid nicht beschwert. Er kann die Tilgung im Rechtsöffnungsverfahren geltend machen (Art. 81 Abs. 1 SchKG), wie wenn er von der ursprünglichen Gläubigerin betrieben worden wäre.

3.5. Zusammenfassend wurde das rechtliche Gehör des Gesuchsgegners beim Erlass des Bevorschussungsentscheids nicht verletzt. Erst recht ist kein krasser Verfahrensfehler (E. II.2.4.) ersichtlich, welcher es rechtfertigen würde, den Entscheid als nichtig zu qualifizieren.

4. Vorzeitige Tilgung und Verrechnung

4.1. Die Vorinstanz erwog, dass der Gesuchsgegner der damals berechtigten Kindsmutter von Juni 2017 bis April 2020 zu hohe Unterhaltsbeiträge geleistet habe. Er habe nach eigener Darstellung die im Scheidungsurteil und der Urteilsberichtigung vorgesehene Staffelung der Ehegattenunterhaltsbeiträge, welche ab Juni 2017 eine Reduktion auf Fr. 1'084.– vorgesehen habe, erst im Mai 2020 zur Kenntnis genommen. Bis dahin bzw. bis Ende März 2020 habe er weiterhin insgesamt Fr. 2'450.– pro Monat bezahlt, nämlich Fr. 1'450.– für die Kindsmutter

gemäss dem mit Verfügung vom 26. Februar 2013 berichtigten Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2012 und Fr. 1'000.– für die Tochter gemäss dem Scheidungsurteil. Da sich der Unterhaltsbeitrag für die Tochter durchgehend auf Fr. 1'000.– belaufe, habe sich der Differenzbetrag auf den Unterhaltsanspruch der Kindsmutter bezogen. Damit seien die zu hohen Unterhaltszahlungen, welche gemäss den Berechnungen des Gesuchsgegners von Juni 2017 bis Juli 2020 Fr. 13'133.35 betragen hätten, erfolgt, um den vermeintlichen Unterhaltsanspruch der Kindsmutter zu tilgen. Dies habe auch der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme bestätigt. Diese klare Zweckbestimmung der Mehrzahlungen schliesse es aus, diese nachträglich als Vorauszahlung der Kinderunterhaltsbeiträge für die Monate September 2020 bis Dezember 2020 zu deklarieren (Urk. 18 S. 9). Zudem habe die Gesuchstellerin die Kinderunterhaltsbeiträge für die Monate September bis Dezember 2020 bevorschusst, womit der entsprechende Anspruch infolge Legalzession auf die Gesuchstellerin übergegangen sei. Damit sei es dem Gesuchsgegner ohnehin verwehrt gewesen, dieser gegenüber frühere Mehrzahlungen an die Kindsmutter als Vorauszahlung künftiger Unterhaltsbeiträge geltend zu machen. Aus seinem Schreiben an die Gesuchstellerin vom 22. März 2021 (Urk. 13/9) könne der Gesuchsgegner somit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Erst recht sei ohne Belang, welchen Zahlungszweck der Gesuchsgegner den zu viel geleisteten Unterhaltszahlungen jetzt, im Rechtsöffnungsverfahren, zuordne. Soweit die Mehrzahlungen die nicht vorgenommene Indexierung betreffen, habe es der Gesuchsgegner unterlassen, den daraus resultierenden Betrag betreffend den Kinderunterhalt zu beziffern, weshalb er daraus bereits mangels Substantiierung nichts zu seinen Gunsten herleiten könne (Urk. 18 S. 9 f.). Wolle der Schuldner im definitiven Rechtsöffnungsverfahren Tilgung durch Verrechnung geltend machen, so müsse die Gegenforderung durch eine Urkunde belegt sein, die ihrerseits zur definitiven oder zumindest zur provisorischen Rechtsöffnung berechtige (Urk. 18 S. 10). Soweit der Gesuchsgegner höhere als die im Urteil festgesetzten Ehegattenunterhaltsbeiträge bezahlt habe, begründeten weder das Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2012 noch die Berichtigungsverfügung vom 26. Februar 2013 eine Gegenforderung in Höhe des Differenzbetrages, welche zur Verrechnung gestellt werden könnte. Entscheidend sei sodann, dass eine Verrechnung

die Gegenseitigkeit der jeweiligen Forderungen voraussetze (Art. 120 Abs. 1 OR). Dies sei vorliegend nicht der Fall: Gläubiger der in Betreuung gesetzten Forderung sei zunächst die Tochter des Gesuchsgegners gewesen und nach erfolgter Bevorschussung die Gesuchstellerin infolge Legalzession; demgegenüber betreffe die zur Verrechnung gestellte Gegenforderung den der Kindsmutter zustehenden Unterhaltsanspruch. Bereits aus diesem Grund scheidet eine Verrechnungsmöglichkeit des Gesuchsgegners aus (Urk. 18 S. 10 f.).

4.2. Der Gesuchsgegner rügt, dass er seit Juni 2017 zu viel Unterhalt bezahlt habe (Urk. 17 S. 9 in Verbindung mit Urk. 11 S. 10 ff.). Die Beschwerdegegnerin (gemeint wohl: Vorinstanz) gehe willkürlich davon aus, dass der Kinderunterhalt seit 2017 Fr. 1'000.– betragen habe. Aufgrund der im Scheidungsurteil vorgesehenen Indexierung sei auch ein reduzierter Kinderunterhaltsbeitrag geschuldet (Urk. 17 S. 9). Nicht nur der Ehegatten-, sondern auch der Kinderunterhaltsbeitrag habe sich reduziert. Ab August 2020 habe er die zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge (Kinder- und Ehegattenunterhalt) von den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen (Kinder- und Ehegattenunterhalt) für die Monate ab August 2020 bis Januar 2021 abgezogen, bis der zu viel bezahlte Betrag wieder ausgeglichen gewesen sei. Er habe also klar den Kinderunterhalt und den Ehegattenunterhalt für die Monate August bis Dezember 2020 bereits im Zeitpunkt der Bevorschussung vollständig bezahlt (Urk. 17 S. 10). Was die Verrechnung anbelange, seien die Kinderunterhaltsbeiträge bis zur Volljährigkeit der Tochter an die Kindsmutter zu leisten. Gläubigerin sei somit die Kindsmutter und nicht die Tochter (Urk. 17 S. 11).

4.3. Grundsätzlich kann der Schuldner schon vor dem Verfalltag erfüllen (Art. 81 Abs. 1 OR). Dies setzt indessen den Willen voraus, eine Forderung vor deren Verfalltag tilgen zu wollen (BGer 4A_115/2019 vom 17. April 2019, E. 9; im Ergebnis anders BezGer Zürich GG210202-L vom 30.09.2021, E. III.2.1.3 ff. [= Urk. 25/1 S. 12 f.]). Die Rechtsfolge besteht darin, dass die Forderung erlischt (Art. 114 Abs. 1 OR). Wer indessen irrtümlich mehr Unterhalt bezahlt, als er gemäss dem Urteil müsste, erwirbt einen Anspruch auf Rückzahlung aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 63 Abs. 1 OR; Lorenz Sieber, Gedanken zur Rücker-

stattung von urteilsmässig festgelegten ehelichen und nachehelichen Unterhaltsleistungen, ZBJV 157/2021, S. 143 ff., S. 154; siehe BGer 5A_159/2014 vom 22. Januar 2015, E. 2 und 3.2.2). Als Rechtsfolge bleiben die zukünftigen Unterhaltsforderungen bestehen. Aus Art. 125 Ziff. 2 OR wird abgeleitet, dass Unterhaltsbeiträge an die Kinder von der Verrechnung ausgeschlossen sind (BSK OR I-Müller, Art. 125 N 7), es sei denn, der Gläubiger (bzw. dessen Vertreter oder Rechtsnachfolger) stimme zu. Gläubiger der Kinderalimente ist gemäss Art. 289 Abs. 1 ZGB das Kind, auch wenn die Unterhaltsbeiträge an den gesetzlichen Vertreter bezahlt werden (BGer 5D_103/2009 vom 20. August 2009, E. 1.3 a.E.).

4.4. Der Gesuchsgegner wurde mit Scheidungsurteil vom 13. Dezember 2012 verpflichtet, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– sowie persönliche Unterhaltsbeiträge an die Kindsmutter zu bezahlen (Urk. 4/3 S. 41). Letztere wurden am 26. Februar 2013 auf Fr. 1'450.– bzw. für den Zeitraum ab 1. Juni 2017 auf Fr. 1'084.– berichtigt (Urk. 13/10 S. 5). Beide Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Oktober 2012 mit 99.4 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2014, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen (Urk. 4/3 S. 41 f.). Der Landesindex wird fortlaufend vom Bundesamt für Statistik publiziert und kann jederzeit im Internet abgerufen werden (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/preise/landesindex-konsumentenpreise/indexierung.html>, besucht am 2. Februar 2022); er ist gerichtsnotorisch (*OGer ZH RT150043 vom 28.04.2015, E. V.2.2*). Der Gesuchsgegner machte vor Vorinstanz geltend, er habe übersehen, dass er ab Juni 2017 nicht mehr Fr. 2'450.– [nämlich Fr. 1'000.– Kinderunterhalt und Fr. 1'450.– persönlichen Unterhalt], sondern nur noch grundsätzlich insgesamt Fr. 2'084.– pro Monat habe bezahlen müssen, welche sich aufgrund der Indexierung im Jahr 2017 auf Fr. 2'041.95, im Jahr 2018 auf Fr. 2'057.25, im Jahr 2019 auf Fr. 2'076.35 und im Jahr 2020 auf Fr. 2'074.45 reduziert hätten. Deshalb habe er von Juni 2017 bis März 2020 zu viel Unterhalt bezahlt. Erst danach habe er bemerkt, dass nur noch ein reduzierter Unterhaltsbeitrag geschuldet gewesen wäre (Urk. 11 S. 10 f.). Der Gesuchsgegner tätigte die zu hohen Zahlungen somit nicht,

um zukünftige Alimente frühzeitig zu bezahlen; vielmehr ging er irrtümlich davon aus, monatliche Beträge in der bezahlten Höhe zu schulden. Damit konnte hinsichtlich der Alimente ab dem 1. August 2020 keine Tilgungswirkung eintreten. Vielmehr erwarb der Gesuchsgegner einen Anspruch auf (teilweise) Rückerstattung. Entsprechend verlangte er nach eigener Darstellung von der Kindsmutter zunächst die Rückzahlung der zu viel bezahlten Beträge (Urk. 11 S. 11 f.). Der Einwand des Gesuchsgegners, wonach der Kinderunterhalt seit 2017 aufgrund der Indexierung weniger als Fr. 1'000.– betragen habe (Urk. 17 S. 9), ist korrekt: Den Fr. 1'000.– wurde nämlich der Landesindex der Konsumentenpreise von 99.4 Punkten zugrunde gelegt. In der Phase, für welche der Gesuchsgegner geltend macht, zu viel bezahlt zu haben, lag der Index durchgehend tiefer (November 2016: 97.4 Punkte; November 2017: 98.1 Punkte; November 2018: 99.0 Punkte; November 2019: 98.9 Punkte). Wie es sich aber im Einzelnen verhält, kann vorliegend offenbleiben. Die Betreibungsforderung betrifft nämlich Kinderalimente (Urk. 1 S. 3; Urk. 2). Diesbezüglich ist eine Verrechnung gegen den Willen des Gläubigers, wie dargelegt wurde, generell ausgeschlossen (Art. 125 Ziff. 2 OR). Dass eine Zustimmung zur Verrechnung vorgelegen hätte, machte der Gesuchsgegner vor Vorinstanz nicht geltend (siehe Urk. 11 S. 11 f.). Der grösste Teil der zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge betrifft sodann die Kindsmutter: So bezahlte der Gesuchsgegner (ohne Berücksichtigung der Indexierung) weiter monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'450.– (siehe Urk. 13/9/1–30 und Urk. 13/9/41–45), obwohl seit 1. Juni 2017 nicht mehr persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'450.–, sondern solche von Fr. 1'084.– geschuldet waren (Urk. 13/10 S. 5). Soweit die zu viel bezahlten Alimente den persönlichen Unterhalt der Kindsmutter betreffen, ist eine Verrechnung – wie die Vorinstanz zutreffend bemerkte (Urk. 18 S. 11) – im vorliegenden Verfahren auch infolge fehlender Gegenseitigkeit ausgeschlossen (Art. 120 Abs. 1 OR; vgl. dazu E. II.4.3. und E. II.3.4.). Und schliesslich weist die Vorinstanz korrekt darauf hin (Urk. 18 S. 10), dass die Verrechnungsforderung aus einer Urkunde hervorgehen müsste, die ihrerseits zur definitiven oder zumindest provisorischen Rechtsöffnung berechtigen würde (BGer 5A_65/2019 vom 26. November 2019, E. 4.2; BGer 5A_49/2020 vom 6. Mai 2020, E. 4.1). Weder das angerufene Scheidungsurteil vom

13. Dezember 2012 noch die Berichtigungsverfügung vom 26. Februar 2013 sprächen dem Gesuchsgegner Ansprüche zu (Urk. 18 S. 10 f.). Zu diesem Punkt äussert sich der Gesuchsgegner in seiner Beschwerde nicht (siehe Urk. 17 S. 11 f.), weshalb die Verrechnung auch aus prozessualen Gründen scheitert (E. II.1.1.).

4.5. Die Rügen des Gesuchsgegners im Zusammenhang mit der Tilgung erweisen sich somit als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Wenn der Gesuchsgegner "im Übrigen" auf seine Gesuchsantwort verweist (Urk. 17 S. 11), genügt er den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.1.). Darüber hinaus ist der dort aufgeführte Einwand, wonach die Kindsmutter den Bedarf der Tochter auch ohne die Unterhaltsbeiträge des Gesuchsgegners habe decken können (Urk. 11 S. 13), im vorliegenden Verfahren irrelevant (siehe Art. 81 Abs. 1 SchKG).

5. Ergebnis

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem mit seinen Rechtsmittelanträgen unterliegenden Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 3'792.– (siehe Urk. 17 S. 2; Urk. 18 S. 12).

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 450.– festzusetzen (Art. 48 Abs. 1 GebV SchKG in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG) und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe (Urk. 22) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und der Gesuchstellerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 450.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 17, Urk. 19, Urk. 20/2, Urk. 23, Urk. 24, Urk. 25/1, Urk. 26 und Urk. 27, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 3'792.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. Februar 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
Im