

# ZH\_OBERGERICHT LE190017 vom 12. August 2019

ZH Obergericht, 2019-08-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE190017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE190017)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE190017 du 12 août 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LE190017 del 12 agosto 2019

## Erwägungen

### E. 1

Oktober 2017, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats; Dispositiv- Ziffer 3.6.). Mit Eingabe datierend vom 4. September 2017 gelangte der Gesuch- steller an die Vorinstanz und ersuchte um Abänderung der Eheschutzmassnah- men und stellte im weiteren Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens schliesslich eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren (Urk. 1, 2 und 118). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 143 S. 10 bis 13). Die Vorinstanz fällte am 22. Februar 2019 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 135 = Urk. 143).

- 12 -

### E. 1.1

Die Gesuchsgegnerin ersucht für das Rechtsmittelverfahren um unent- geltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ (Urk. 150 S. 2). Zur Begründung führt die Gesuchsgegnerin an, dass sie gemäss angefochtenem Entscheid der Vorinstanz (monatlich) Fr. 1'590.– verdie- ne. Ihr Armenrechtsgesuch sei sowohl im Abänderungs- als auch im Scheidungs- verfahren gutgeheissen worden. An ihren finanziellen Verhältnissen habe sich seitdem nichts geändert. Daher sei ihr Armenrechtsgesuch auch im Rechtsmittel- verfahren gutzuheissen (Urk. 162 S. 5).

### E. 1.2

Der Gesuchsteller machte daraufhin geltend, die Gesuchsgegnerin ha- be weder einen Antrag auf Prozesskostenvorschuss gestellt noch explizit darge- legt, weshalb sie auf einen solchen verzichtet habe. Daher sei ihr Gesuch um un- entgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung abzuweisen. Die Gesuchs- gegnerin verfüge gemäss dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz denn auch über einen Überschussanteil von monatlich Fr. 819.70 (Urk. 143 E. 6.13.4) und sei somit nicht bedürftig (Urk. 164 S. 5).

1.3.1. Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkom- men kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf, wobei die gesamte wirtschaft- liche Situation, d.h. einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen und anderer- seits die Einkünfte sowie die Vermögenssituation des Gesuchstellers zu berück- sichtigen sind (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 6 m.H.). In zeitlicher Hinsicht ist die wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung des Ge- suchs massgeblich. Steht aber fest, dass der Gesuchsteller im Zeitpunkt des Ent- scheids nicht bzw. nicht mehr bedürftig ist, kann auf diese Verhältnisse abgestellt werden. Dies ergibt sich aus Art. 123 ZPO, wonach die Partei zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie "dazu in der Lage ist" (BGer 5A\_124/2012 vom 28. März 2012, E. 3.3). Soweit die finanziellen Mittel des Gesuchstellers den Be- trag überschreiten, dessen er zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse be- darf, ist dieser

Überschuss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird: Dabei

- 21 - sollte der monatliche Überschuss es ihm ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen binnen eines Jahres, bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (BGer 5A\_810/2011 vom 7. Februar 2012, E. 2.3 m.H.; BGer 5A\_849/2014 vom 30. März 2015, E. 2.2). 1.3.2. Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. m.H.). Davon kann nur abgesehen werden, wenn im konkreten Fall die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten gleichsam offensichtlich bzw. augenfällig ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, eine formale Erörterung der Aussichtslosigkeit eines Prozesskostenvorschussgesuches zu verlangen (BGer 5A\_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.).

#### **E. 1.4**

Gemäss angefochtenem Entscheid führte der Gesuchsteller anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz vom 17. September 2018 aus, er könne keinen Prozesskostenbeitrag leisten (Urk. 143 S. 46 unter Verweis auf Prot. I S. 32). Die Vorinstanz wies das Gesuch der Gesuchsgegnerin, es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, ihr einen angemessenen Prozesskostenbeitrag von einstweilen Fr. 15'000.– zu bezahlen, mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers ab (Urk. 143 S. 47 und S. 51). Vor diesem Hintergrund ist es vorliegend nicht zu beanstanden, wenn die Gesuchsgegnerin vor Berufungsinstanz darauf verzichtete, ein weiteres Mal ein Gesuch um einen Prozesskostenbeitrag zu stellen und zu begründen.

#### **E. 1.5**

Obschon die Ausführungen der Gesuchsgegnerin zu ihren finanziellen Verhältnissen sehr rudimentär ausfallen, erscheint es vorliegend glaubhaft, dass sie nicht über nennenswertes, liquides Vermögen verfügt (Urk. 74; Urk. 143 Dispositiv-Ziffer 5 am Ende; Urk. 143 S. 48 und Urk. 44/10, 40/33-39). Was den vom Gesuchsteller erwähnten Überschuss anbelangt, ist es zwar zutreffend, dass die-

- 22 - ser in dem der vorliegenden Berufung zugrunde liegenden Eheschutzurteil vom 22. Februar 2019 betreffend Abänderung des Urteils vom 16. März 2017 so festgehalten wurde (Urk. 143 S. 42). Jedoch betrifft dieses Urteil die Vergangenheit, wurde es doch mit Massnahmeentscheid vom 20. Mai 2019 erneut abgeändert, und der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ab dem 1. Dezember 2018 bis 31. Dezember 2019 monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 3'230.– und danach für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatlich Fr. 1'910.– zu bezahlen (Urk. 7/112 Dispositiv-Ziffer 6 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Der Gesuchsgegnerin würde gemäss Vorinstanz bis am 31. Dezember 2019 ein Freibetrag von monatlich Fr. 855.95 und danach von Fr. 1'295.95 pro Monat zur Verfügung stehen (Urk. 7/112 S. 31 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Der zugesprochene Unterhalt ist jedoch Gegenstand eines Berufungsverfahrens, in welchem der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin noch bis zum 30. September 2019 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'885.– zugesteht und den Ehegattenunterhalt danach aufgehoben wissen möchte (Urk. 1 S. 2). Da somit für die hier relevante Periode

zweitinstanzlich noch nicht über die Unterhaltsbeiträge entschieden worden ist, kann auch kein genügender Überschuss zur Verneinung der Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin herangezogen werden. Gemäss aktuell geltender Unterhaltsregelung verfügt die Gesuchsgegnerin über ein Einkommen von monatlich Fr. 1'764.– (Urk. 7/112 Dispositiv-Ziffer 8 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Damit ist ihre Mittellosigkeit glaubhaft gemacht und es ist ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

## **E. 2**

Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsteller am 1. April 2019 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 142 S. 2). Mit Verfügung vom 11. April 2019 wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 149 Dispositiv-Ziffer 1); dem Gesuchsteller wurde Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses angesetzt (Dispositiv-Ziffer 4). Nach Eingang der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 25. April 2019 (Urk. 150) sowie des Gerichtskostenvorschusses (Urk. 151) wurde der Berufung des Gesuchstellers mit Verfügung vom 24. Mai 2019 im beantragten Umfang von Fr. 57'098.80 die aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 155 Dispositiv-Ziffer 1). Nach Vorlage einer rechtsgenügenden, auf Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ lautenden Vollmacht der Gesuchsgegnerin (Urk. 160) wurde dieser mit Verfügung vom 12. Juni 2019 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 161). Die Berufungsantwort datiert vom 24. Juni 2019 (Urk. 162) und wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 25. Juni 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 163). Mit Eingabe vom 3. Juli 2019 machte der Gesuchsteller von seinem Replikrecht Gebrauch (Urk. 164). Seine Stellungnahme wurde der Gesuchsgegnerin am 11. Juli 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 165). Es erfolgten keine weiteren Eingaben. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 bis 5 sowie 8 bis 11 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich dessen Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 sowie 8 bis 11 am 2. April 2019 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 136). Aufgrund einer Berichtigungsverfügung vom 18. April 2019 erwuchs die Dispositiv-Ziffer 3 erst am

### **E. 2.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen. Ausgangsgemäss sind die Kosten von der Gesuchsgegnerin zu tragen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

- 23 -

### **E. 2.2**

Entsprechend der Kostenverteilung ist die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 2'477.10 (Fr. 2'300.– zuzüglich 7,7 % MwSt.)

festzusetzen. Es wird beschlossen:

## E. 7

Mai 2019 in Rechtskraft (Urk. 140 f.). Die Rechtskraft der unangefochtenen Dispositiv-Ziffern ist vorzumerken. 2. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht oder zu Unrecht feststellte, der vom Gesuchsteller anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 17. September 2018 gestellte Antrag auf Feststellung der aus-

- 13 - stehenden Unterhaltsschuld (Urk. 102 S. 3) sei verspätet und auf den mit Eingabe vom 10. Dezember 2018 gestellten Antrag auf Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge (Urk. 118 S. 3) sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten, oder ob die bereits bezahlten Beträge an die rückwirkend geschuldeten Unterhaltsbeiträge anzurechnen sind (Urk. 143 S. 15 f.). Die Parteien sind diesbezüglich gegensätzlicher Ansicht: Der Gesuchsteller spricht sich dafür aus, dass bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen bereits erbrachte Zahlungen anzurechnen seien und der Unterhaltsschuldner nicht zu Zahlungen von Unterhalt verpflichtet werden dürfe, die bereits geleistet worden seien. Im Umfang der bereits erbrachten Leistungen sei die entsprechende Verpflichtung untergegangen und dürfe der Unterhaltsschuldner nicht zur abermaligen Leistung verpflichtet werden (Urk. 142 S. 4 ff.). Dagegen hält die Gesuchsgegnerin mit der Vorinstanz dafür, dass der Antrag verspätet gestellt worden sei und – da das Scheidungsverfahren bereits hängig sei – im Rahmen vorsorglicher Massnahmen vorgebracht werden könne. Sodann fehle es am notwendigen Feststellungsinteresse (Urk. 162 S. 2 ff.). 3.1. Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Soweit der Untersuchungsgrundsatz gilt, können neue Tatsachen und Beweismittel (echte und unechte Noven) im ordentlichen Verfahren noch bis zur Urteilsberatung vorgetragen werden und sind sie auch zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Art. 229 Abs. 3 ZPO gilt analog auch für das (summarische) Eheschutzverfahren (vgl. hierzu BK ZPO-Killias, Art. 229 N 22 f. und BK ZPO-Spycher, Art. 272 N 7, mit Hinweis auf die Botschaft; Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 229 N 23). Sodann zeichnet sich die im Eheschutzverfahren geltende beschränkte Untersuchungsmaxime gerade dadurch aus, dass Tatsachen, die von keiner Partei behauptet wurden, berücksichtigt und Beweise, welche keine Partei beantragt hat, abgenommen werden können (BK ZPO-Spycher, Art. 272 N 3; OGer ZH LE160021 vom 23.10.2016, E. II./B./4.4.). 3.2. In Anwendung des soeben Ausgeführten kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wonach das Begehren des Gesuchstellers vom 17. September 2018 auf Feststellung der ausstehenden Unterhaltsschuld verspätet sei (Urk. 143

- 14 - S. 16). Neben dem Umstand, dass im Eheschutzverfahren gemäss dem soeben Ausgeführten der beschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt, ist vorliegend auch Kinderunterhalt strittig, für den gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO sogar der strenge Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt (vgl. Urk. 142 S. 8). Im Ergebnis können selbst unechte Noven bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden und sind sie zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1.). Obwohl die Untersuchungsmaxime in erster Linie dem Interesse des Kindes dient, muss sie auch dem Schuldner der Unterhaltsbeiträge zugute kommen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1; damit braucht auf die Frage, inwieweit die Vorinstanz den anlässlich der ersten Verhandlung nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsteller diesbezüglich mittels richterlicher Fragepflicht hätte unterstützen müssen, nicht eingegangen zu werden; vgl. Urk. 142 S. 8). 4.1. Zwar kann der Antrag des Gesuchstellers vom 17. September 2018, wonach in Abänderung von

Dispositiv-Ziffer 3.6 des Eheschutzurteils festzuhalten sei, dass sich die vom 1. Februar 2016 bis zum 30. September 2018 ausstehende Unterhaltsschuld auf Fr. 3'600.– belaufe (Urk. 102 S. 3 Ziff. 7), für sich alleine missverstanden werden. Mit Blick auf die Begründung (Urk. 102 S. 22) wird jedoch klar, dass es ihm bereits damals um die Anrechenbarkeit der bereits geleisteten Unterhaltbeiträge ging. Damit ist der Einwand der Gesuchsgegnerin, dem Gesuchsteller fehle ein Feststellungsinteresse, nicht zutreffend. Vorliegend geht es um die Frage, inwiefern jemand zu einer Leistung verpflichtet werden kann, die er bereits getilgt hat. 4.2. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind die tatsächlich bereits erbrachten Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (ZK-Bräm, Art. 163 ZGB N 150; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 173 ZGB N 23; ZR 107 Nr. 60). Das Eheschutzgericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Wird der Unterhaltsschuldner unter Vorbehalt von bereits beglichenen Unterhaltsleistungen zu rückwirkenden Unterhaltszahlungen verpflichtet, ohne dass aus

- 15 - dem Eheschutzurteil hervorgeht, welche Unterhaltszahlungen bereits geleistet wurden, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses Urteil in einem allfälligen Vollstreckungsverfahren keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. Der Vollstreckungsrichter hat davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind. Somit hat er Behauptungen betreffend die Tilgung einer auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur soweit zu beachten, als die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Sämtliche vor Erlass des Eheschutzurteils behaupteten Tilgungen sind demgegenüber (entgegen der Gesuchsgegnerin, Urk. 162 S. 2 f.) vom Eheschutzgericht zu berücksichtigen. Wenn somit ein Unterhaltsschuldner behauptet, der Unterhaltsgläubigerin seit der Trennung der Ehegatten bereits Unterhaltsleistungen bezahlt zu haben, dann ist es notwendig, dass das Eheschutzgericht über die Beträge entscheidet, die an die ausstehende Schuld angerechnet werden können, und zwar gestützt auf die Behauptungen und die im Verfahren offerierten Beweise (ZR 107 Nr. 60, E. II.2.4; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1). 5.1. Es geht vorliegend nicht um die Frage der Zuständigkeit (immerhin hat das mit der Abänderung befasste Eheschutzgericht die neuen Unterhaltsbeiträge unbefristet zugesprochen), sondern um die Frage, ob die nach Einleitung des Scheidungsverfahrens im Eheschutzverfahren für die Festsetzung des Unterhalts geltende Rechtsprechung, wonach lediglich Tatsachen bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens berücksichtigt werden dürfen, mit Blick auf die Vollstreckung auch für die Frage der Anrechnung bereits geleisteter, rückwirkend geschuldeter Unterhaltsbeiträge zu gelten hat. Hintergrund dieser novenrechtlichen Fragestellung ist der folgende: Die Kinder C.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ lebten bis im Sommer 2017 unter der geteilten Obhut der Parteien. Seit Sommer 2017 wohnt F.\_\_\_\_\_ ausschliesslich beim Gesuchsteller, worauf dieser am 5. September 2017 das vorliegende Abänderungsverfahren (Eheschutz) anstrengte (Urk. 1 f.). Am 2. Februar 2018 machte der Gesuchsteller zudem die Scheidungsklage vor Vorinstanz anhängig (vorinstanzliche Geschäfts-Nr.:

- 16 - FE180035-I; Urk. 7/1 im Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LY190026). Seit Herbst 2018 lebt auch C.\_\_\_\_\_ beim Vater. Infolgedessen stellte der Gesuchsteller am 10. Dezember 2018 im Scheidungsverfahren ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Er machte geltend, es sei unklar, ob das Gericht, welches mit der Abänderung des Eheschutzurteils befasst sei, Noven auch über die Einreichung der Scheidung hinaus berücksichtigen werde. Damit ihm aufgrund der unklaren Rechtslage keine Rechtsnachteile entstünden, sehe er sich gezwungen, die seit Einreichung der Scheidungsklage ergangenen Noven nicht nur im Verfahren betreffend Abänderung des Eheschutzurteils einzubringen, sondern auch beim Scheidungsgericht um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu ersuchen. Sollte das Gericht die Noven im Abänderungsverfahren als zulässig erachten, so könne das Massnahmenbegehren voraussichtlich zurückgezogen werden (Urk. 7/66 S. 4 f. in der Geschäfts-Nr. LY190026). 5.2. Die Vorinstanz handelte die wesentliche Sachverhaltsänderung im Hinblick auf F.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren ab und hielt fest, die weitere vorgebrachte Sachverhaltsänderung im Hinblick auf C.\_\_\_\_\_ werde im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren beurteilt (Urk. 143 S. 15). Dieses Vorgehen blieb unbeanstandet. Deshalb braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden, ob an der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung der urteilenden Kammer, wonach Tatsachen, die sich erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignen bzw. erst in einem Zeitpunkt danach wirksam werden, nicht mehr in die materielle Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einfliessen dürfen (weshalb für die Berücksichtigung solcher Tatsachen das Massnahmegericht in der Scheidung anzurufen ist), festzuhalten ist (Urk. 143 S. 14 unter Verweis auf OGer ZH LE170039 vom 14.03.2018, E. II.A.3.1.). Solange kein Kompetenzkonflikt (vgl. ebenda, E. II.A.3.2.) besteht – und ein solcher bestand vorliegend bis zum 10. Dezember 2018 nicht –, erscheint die Rechtsprechung überdenkenswert (vgl. BGer 5A\_316/2018 vom 5. März 2019, E. 3; vgl. KGer SG FS.2018.25 vom 20. Juni 2019, E. 3b). Das Massnahmegericht kann jedenfalls im Scheidungsverfahren die Abänderung der Unterhaltsbeiträge grundsätzlich frühestens auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, d.h. vorliegend auf den

#### **E. 10**

Dezember 2018, zurückbeziehen (Urk. 164 S. 3; BGer 5A\_501/2015 vom

- 17 -

#### **E. 12**

Januar 2016, E. 4.1.; BGer 5A\_274/2015 vom 25. August 2015, E. 3.5; Zogg, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra.ch 2018 S. 47, 58). So hielt die Vorinstanz im Massnahmeentscheid denn auch fest, dass die Unterhaltsbeiträge ab dem 10. Dezember 2018 anzupassen seien, wobei es sich aus Praktikabilitätsgründen rechtfertige, den 1. Dezember 2018 als Stichtag zu verwenden (Urk. 7/112 S. 16 in der Geschäfts-Nr. LY190026). Die Vorinstanz merkte im Massnahmeverfahren vor, dass der Gesuchsteller seit 1. Dezember 2018 (eigentlich: seit 10. Dezember 2018) folgende Unterhaltszahlungen an die Gesuchgegnerin geleistet hat: je Fr. 4'330.– am 31. Dezember 2018, 1. Februar 2019, 1. März 2019 und 1. April 2019 (Urk. 7/112 S. 36 in der Geschäfts-Nr. LY190026, Dispositiv-Ziffer 7). 5.3. Soweit dem Eheschutzgericht die Kompetenz zusteht, Unterhaltsbeiträge auch für die Zeit nach Einleitung des Scheidungsverfahrens zuzusprechen, muss es auch in seine Kompetenz fallen, über die während dieser Zeit bereits geleisteten Unterhaltszahlungen zu befinden (vgl. Urk. 164 S.

3). Vorliegend verlangt der Gesuchsteller die Berücksichtigung von Unterhaltszahlungen ab dem 31. August 2017 bis am 3. Dezember 2018 im Gesamtbetrag von Fr. 57'098.80 (Urk. 142 S. 6). Es kann nicht sein, dass Unterhaltsleistungen unbefristet zugesprochen werden und zugleich bei den anzurechnenden Zahlungen die zeitliche Novenschranke der Scheidungseinleitung gelten soll mit dem Ergebnis, dass nur Zahlungen angerechnet werden könnten, die vor Anhebung der Scheidung erfolgten (vgl. Urk. 164 S. 4). Wie bereits erwähnt, wurden im Massnahmeverfahren nur die ab dem 10. Dezember 2018 geleisteten Unterhaltsbeiträge angerechnet. Damit würde der Gesuchsteller für die zwischen dem 2. Februar bis 10. Dezember 2018 geleisteten Unterhaltszahlungen "zwischen Stuhl und Bank fallen", da sie der Vollstreckungsrichter (wie in E. 4.2. erwähnt) nicht mehr berücksichtigen dürfte. Die vom 31. August 2017 bis 2. Februar 2018 – mithin vor Einleitung des Scheidungsverfahrens – bezahlten Unterhaltsbeiträge wären sowieso anzurechnen gewesen.

6.1. Die vom Gesuchsteller belegten Zahlungen (Urk. 103/11 und 119/14) werden von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten. Vielmehr anerkennt sie implizit, - 18 - dass der Gesuchsteller vom 31. August 2017 bis 10. Dezember 2018 Unterhaltszahlungen von total Fr. 57'098.80 leistete, und macht nicht geltend, dass es sich dabei um Unterhaltszahlungen für andere Perioden handle (Urk. 162 S. 3 und Urk. 164 S. 3). Aus den bei den Überweisungen angegebenen Zahlungszwecken ergibt sich zudem entweder der Monat, für den die Unterhaltszahlungen geleistet wurden ("Unterhaltszahlung Februar 2018", analoges für März, April und September 2018), oder dass es sich um die monatlichen Unterhaltszahlungen handelte ("Monatl. Unterhaltszahlung" bzw. "Monatliche Unterhaltszahlung" (Urk. 103/11 und 119/14; vgl. Urk. 142 S. 9 f.). Zwar hat der Gesuchsteller gemäss (originärer) Eheschutzvereinbarung noch ausstehende Abzahlungsverpflichtungen. Hat der Schuldner jedoch mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will (Art. 86 Abs. 1 OR). Dies hat der Gesuchsteller mit den eben erwähnten Zahlungsbeträgen getan. Er ist damit seinen jeweils aktuellen Zahlungsverpflichtungen nachgekommen.

6.2. Schliesslich macht die Gesuchsgegnerin geltend, bei Beilage 4 (gemeint ist Urk. 146/3), welche Zahlungen im Betrag von Fr. 57'098.80 an sie belegen, handle es sich um einen Gesamtbetrag. Es werde nicht aufgeschlüsselt, welcher Teil auf C.\_\_\_\_\_ als Bar- und Betreuungsunterhalt und welcher Betrag auf den persönlichen Unterhaltsbeitrag der Gesuchsgegnerin anzurechnen sei. Der Antrag sei daher unbestimmt und damit abzuweisen bzw. es sei mangels Bestimmtheit darauf nicht einzutreten (Urk. 162 S. 3 f.). Dieser Einwand verfängt nicht. Der Gesuchsteller musste seine Unterhaltszahlungen nicht in solche für C.\_\_\_\_\_ und solche für die Gesuchsgegnerin aufschlüsseln. Einerseits macht er zu Recht geltend, bis zum Entscheid der Vorinstanz über die rückwirkend festgesetzten (gemeint: abgeänderten) Unterhaltsbeiträge habe er noch gar nicht gewusst, wie hoch der Kinder- bzw. der Ehegattenunterhalt ausfallen würde (Urk. 164 S. 4). Andererseits ergibt sich die Reihenfolge der Unterhaltsverpflichtungen aus dem Gesetz. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind geht den anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vor (Art. 276a Abs. 1 ZGB). Beim Kinderunterhalt wiederum geht der Bar- dem Betreuungsunterhalt vor (BSK ZGB I-Fountoulakis, Art. 276a N 6 mit Hinweisen). Es ist somit

- 19 - klar, wie die Zahlungen des Gesuchstellers auf seine Unterhaltsverpflichtungen anzurechnen sind. 7. Die Vorinstanz sprach im angefochtenen Entscheid die Unterhaltsbei-

träge unbefristet zu. Der Gesuchsteller fordert in seiner vorliegenden Berufung vom 1. April 2019, es seien an seine Unterhaltspflicht vom 1. September 2017 bis zum 31. Dezember 2018 die bereits geleisteten Zahlungen im Umfang Fr. 57'098.80 anzurechnen (Urk. 142 S. 2 und S. 6). Die von der Vorinstanz im Massnahmeentscheid vorgemerkten Unterhaltszahlungen betreffen die Unterhaltsschulden ab dem 1. Januar 2019 (die Zahlung vom 31. Dezember 2018 betrifft den Januar 2019). Der Gesuchsteller wusste im Zeitpunkt der Berufungserhebung noch nicht, ab welchem Zeitpunkt das Massnahmegericht die Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ abändern würde. Der Kompetenzkonflikt bestand ab dem 10. Dezember 2018. In diesem Zeitpunkt war der Unterhaltsbeitrag für Dezember 2018 bereits fällig und vom Gesuchsteller am 3. Dezember 2018 bezahlt worden. Damit ist die Anrechnung für die Unterhaltsdauer bis 31. Dezember 2018 (wobei die Pflicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_\_ gemäss Massnahmeentscheid vom 20. Mai 2019 nur bis 30. November 2018 dauerte) vorzunehmen. Der Gesuchsteller schuldet gemäss dem vorliegend angefochtenen Urteil und dem Massnahmeentscheid vom 20. Mai 2019 (Dispositiv-Ziffer 5, Urk. 7/112 in der Geschäfts-Nr. LY190026) für die Zeit vom 1. September 2017 bis 30. November 2018 für C.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 43'200.- ([15 x Fr. 2'630.- = Fr. 39'450.-] + [15 x Fr. 250.- Familienzulagen = Fr. 3'750.-]). Die Familienzulagen werden nach wie vor vom Gesuchsteller bezogen (Urk. 21/25-45; Urk. 105/4 in der Geschäfts-Nr. LY190026) und waren damit zusätzlich geschuldet. Damit ist festzuhalten, dass der Gesuchsteller den rückwirkend zu zahlenden Kindesunterhalt für C.\_\_\_\_\_ gemäss Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils für die Zeit vom 1. September 2017 bis 30. November 2018 bereits vollumfänglich beglichen hat. Weiter ist festzuhalten, dass er den rückwirkend zu zahlenden Ehegattenunterhalt gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils für die Zeit vom 1. September 2017 bis 31. Dezember 2018 bereits im Umfang von Fr. 13'898.80 beglichen hat.

- 20 - III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.