

# **ZH\_OBERGERICHT LZ230007 vom 31. März 2023**

ZH Obergericht, 2023-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ230007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ230007)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ230007 du 31 mars 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ230007 del 31 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Klägerin 2 und Berufungsklägerin (fortan Klägerin 2) und der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) sind die unverheirateten Eltern des Klägers 1 und Verfahrensbeteiligten (fortan Kläger 1), geb. am tt.mm.2017. Die Parteien stehen sich seit dem 24. September 2018 vor der Vorinstanz in einem Verfahren betreffend Unterhalt und weitere Kinderbelange gegenüber (Urk. 6/1). Mit Eingabe vom 19. März 2020 beantragte die Klägerin 2 superprovisorisch die Aufhebung der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten für die Dauer des Verfahrens (Urk. 6/226 S. 1). Der weitere Prozessverlauf kann der angefochtenen Verfügung entnommen werden (Urk. 2 S. 5 f.). Mit Verfügung vom 17. Januar 2023 entschied die Vorinstanz das Folgende (Urk. 2 S. 28 ff.): "1. Die Betreuungsregelung gemäss Verfügung vom 6. Mai 2019 des hiesigen Gerichts wird wie folgt angepasst: Der Kläger 1 wird vorsorglich und für die weitere Dauer des Verfahrens wie folgt durch den Beklagten betreut: - Der Beklagte holt den Kläger 1 am Donnerstagabend innerhalb der Abholzeiten in der gewählten Kindertagesstätte ab und betreut diesen anschliessend bis Samstagabend. Am Samstagabend bringt der Beklagte den Kläger 1 um 17.30 Uhr zur Klägerin 2; - Die Übergaben am Samstag sind zu begleiten, sofern und solange dies die Beiständin als notwendig erachtet; - Der Beklagte ist berechtigt, C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Verfahrens jährlich

### **E. 2**

Der Klägerin 2 und dem Beklagten wird vorsorglich für die weitere Dauer des Verfahrens die Weisung erteilt und diese werden verpflichtet, den Kläger 1 jeweils am Donnerstag in einer Kindertagesstätte im Bezirk Pfäffikon anzumelden und für eine dortige Betreuung besorgt zu sein. Der Beklagte hat den Kläger 1 am Donnerstagabend innerhalb der Abholzeiten in der entsprechenden Kindertagesstätte abzuholen.

### **E. 3**

Die Anträge betreffend Kompensation ausgefallener Betreuungstage, amtliche Dokumente und Einwilligung in medizinische Eingriffe werden abgewiesen.

### **E. 4**

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 an den Unterhalt des Klägers 1 während der Dauer des Verfahrens wie folgt Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällig durch ihn bezogener Familienzulagen, zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines Monats: - CHF 1'178.50 von November 2018 bis Februar 2019 - CHF 551.50 von März 2019 bis April 2019 - CHF 501.00 von Mai 2019 bis September 2019 - CHF 771.00 von Oktober 2019 bis Februar 2020 - CHF 571.00 März 2020 - CHF 627.00 von April 2020 bis April 2021 - CHF 863.00 ab Mai 2021 für die weitere Dauer des Verfahrens. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, bisherige und nachgewiesene Zahlungen an die Klägerin 2 für den

Unterhalt des Klägers 1 von den obgenannten Beträgen bzw. der aufgelaufenen Summe in Abzug zu bringen.

#### **E. 5**

Sämtliche übrigen Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen werden abgewiesen.

#### **E. 6**

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.

#### **E. 7**

(Mitteilungen)

- 5 -

#### **E. 8**

(Rechtsmittelbelehrung)" 2. Mit Eingabe vom 5. Februar 2023 erhob die Klägerin 2 Berufung gegen die Verfügung vom 17. Januar 2023 und stellte die folgenden Anträge (Urk. 1 S. 2): "1. Dispositiv Ziffer 1, 2 und 4 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der nachstehenden Ausführungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. 2. In Abänderung von Disp. Ziff. 8 Abs. 3 der angefochtenen Verfügung und gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO sei der vorliegenden Berufung mit Bezug auf Disp. Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollstreckung bis zur Rechtskraft des Entscheids im Berufungsverfahren aufzuschieben. 3. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren seien für die finanziellen Kinderbelange ausgangsgemäss dem Beklagten und Berufungsbeklagten und für die übrigen Kinderbelange der Klägerin 2 und dem Beklagten je hälftig aufzuerlegen. Entsprechend sei der Beklagte zur Bezahlung einer angemessenen, reduzierten Parteientschädigung (zzgl. 7,7% MwSt.) an die Klägerin 2 und Berufungsklägerin zu verpflichten." 3. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 9. Februar 2023 abgewiesen (Urk. 7, Dispositiv-Ziffer 1). Mit Verfügung vom

#### **E. 10**

Februar 2023 wurde der Klägerin 2 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 5'500.– angesetzt (Urk. 8, Dispositiv-Ziffer 1), welcher fristgerecht einging (Urk. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-442). Da sich die Berufung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – als offensichtlich unzulässig erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO). II. 1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt – entgegen der Ansicht der Klägerin 2 (vgl. Urk. 1 Rz. 21.d) – über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1; BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

- 6 - 2. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im

Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1). 3. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. In der Berufungseingabe sind Rechtsbegehren zu stellen. Das Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.2 f.; BGer 5A\_775/2018 vom 15. April 2019, E. 3.4). Die Berufung ist ein vollkommenes und reformatorisches Rechtsmittel. Aufgrund der reformatorischen Wirkung der Berufung sind daher in aller Regel bestimmte Rechtsbegehren in der Sache zu stellen. Dies gilt auch im Bereich der Officialmaxime (BGE 137 III 617 E. 4.3 und 4.5; ZK-Reetz/Theiler, Art. 311 ZPO N 34; Hungerbühler/Bucher, DIK- E-Komm-ZPO, Art. 311 ZPO N 20). Auf Berufung hin bestätigt die Berufungsinstanz das angefochtene Urteil oder entscheidet neu. Eine Rückweisung an die erste Instanz hat grundsätzlich die Ausnahme zu bleiben (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBl 2006 S. 7376). Ein blosser Aufhebungsantrag, verbunden mit einem Rückweisungsantrag, aber ohne Antrag zur Sache, kommt nur dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (vgl. dazu die Rechtsprechung der hiesigen Kammer: OGer ZH LD220005 vom 03.08.2022, E. II/3; OGer ZH LA140005 vom 09.04.2014, E. II/2; OGer ZH LE140011 vom 3.4.2014, E. 3.1; Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 ZPO N 20). Dabei ist die Zulässigkeit des Rechtsbegehrens nicht an diesem selbst zu messen, sondern an den vorgetragenen Beanstandungen. So genügt beispielsweise ein Aufhebungs- und Rückweisungsantrag, wo eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in seinem Teilgehalt des Anhörungsrechts gerügt wird (BGer 5A\_485/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 2).

- 7 - 4. Die Klägerin 2 stellt lediglich einen Aufhebungs- und Rückweisungsantrag, hingegen keinen Antrag in der Sache selbst. Auch aus der Begründung lässt sich kein Antrag in der Sache erstellen. Sie verlangt vielmehr ausdrücklich, dass das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Es sei nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, die vielen Fälle unrichtiger tatsächlicher Feststellungen und unrichtiger Rechtsanwendung zu korrigieren, auch weil den Parteien sonst der kantonale Instanzenzug verkürzt würde (Urk. 1 Rz. 32). Ein neuer Entscheid in der Sache durch die Berufungsinstanz erweise sich insbesondere für die Bemessung des Kinderunterhalts für die Zeit von bald viereinhalb Jahren als unpraktikabel (Urk. 1 Rz. 33). Da die kantonale Berufungsinstanz – wie aufgezeigt (vgl. E. II/1) – volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen besitzt (Art. 310 ZPO) und vorliegend aufgrund der umfassenden Untersuchungsmaxime neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorgebracht werden können (vgl. E. II/2), könnte ein allfällig unvollständig festgestellter Sachverhalt durch das hiesige Gericht ergänzt werden. Das Verfahren könnte ohne Weiteres zur Spruchreife geführt und ein Entscheid in der Sache gefällt werden. Die Klägerin 2 ist anwaltlich vertreten. Sie musste daher wissen, dass im Rahmen der vorliegenden Berufung – allenfalls nach Abnahme weiterer Beweise durch die Berufungsinstanz (vgl. Art. 316 Abs. 3 ZPO) – auch reformatorisch entschieden werden kann (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Klägerin 2 durfte nicht davon ausgehen, dass nur ein kassatorischer Entscheid in Frage komme. Soweit die Klägerin 2 an diversen Stellen eine unrichtige Rechtsanwendung und unvollständige Sachverhaltserstellung geltend macht, wäre diesbezüglich ein (Eventual-)Antrag in der Sache erforderlich gewesen. Insoweit ist der allein gestellte Aufhebungs- und Rückweisungsantrag unzulässig. 5. In der Berufungsschrift macht die Klägerin 2 weiter geltend, dass die Vorinstanz in ihren Erwägungen erkläre, dass aufgrund des Umfangs der

Betreuung durch die Klägerin 2 und den Beklagten ohne Weiteres von einer alternierenden Obhut auszugehen sei (Urk. 1 Rz. 21). Indem die Vorinstanz eine solche Änderung der Obhutsregelung ohne ausdrückliche Anordnung in einer berufungsfähigen Dispositiv-Ziffer vornehme, unterlasse sie es, den Parteien die Möglichkeit einer Anfechtung auf dem Rechtsmittelweg zu eröffnen. Die Unterlassung einer kla-

- 8 - ren, berufungsfähigen Anordnung über die Änderung der Obhutsregelung im Dispositiv der angefochtenen Verfügung verletze wesentliche zivilprozessrechtliche Grundsätze (Urk. 1 Rz. 21.b). Weder die Klägerin 2 noch der Kläger 1 oder der Beklagte hätten in ihren Anträgen vor Vorinstanz die Einführung einer alternierenden Obhut beantragt. Die Einführung einer alternierenden Obhut ohne Antrag einer Partei verletze Bundesrecht (Art. 298 Abs. 2ter ZGB; Urk. 1 Rz. 21.c). Es lasse sich weder aus den Akten noch aus der Prozessgeschichte entnehmen, dass die Parteien jemals aufgefordert worden wären, zu einer solchen Abänderung der Obhutsregelung Stellung zu nehmen. Dadurch verletze die vorinstanzliche Einführung einer alternierenden Obhut den Anspruch auf rechtliches Gehör. Eine solche Verletzung der formellen Natur des Gehörsanspruchs lasse sich vorliegend auch nicht von der Rechtsmittelinstanz heilen, denn sie stelle eine gravierende Verletzung des rechtlichen Gehörs dar (Urk. 1 Rz. 21.d). Mit diesen Vorbringen dringt die Klägerin 2 nicht durch. Zutreffend ist, dass die Vorinstanz in ihren Erwägungen festhält, aufgrund des Umfangs der Betreuung durch die Klägerin 2 und den Beklagten sei ohne Weiteres von einer alternierenden Obhut auszugehen sei (Urk. 2 S. 17, E. II/2.4). Wie die Klägerin 2 jedoch selbst festhält (vgl. Urk. 1 Rz. 21.b), sind grundsätzlich nur die Anordnungen im Dispositiv, nicht aber die Erwägungen eines gerichtlichen Entscheids anfechtbar (ZK ZPO-Reetz, Vorb. zu den Art. 308-318 N 33 m.w.H.). Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung keine alternierende Obhut angeordnet. Soweit die Rügen der Klägerin 2 die alternierende Obhut betreffen, sind diese somit unbeachtlich. Weiter kann der Vorinstanz eine Unterlassung einer berufungsfähigen Anordnung bereits deshalb nicht vorgeworfen werden, weil keine Partei einen entsprechenden Antrag (auf Anordnung der alternierenden Obhut) gestellt hat. Zudem legt die Klägerin 2 nicht dar, inwiefern sie durch die beanstandete vorinstanzliche Erwägung rechtliche oder tatsächliche Nachteile erleidet. Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten, den Kläger 1 jede Woche von Donnerstagabend innerhalb der Abholzeiten in der gewählten Kindertagesstätte bis Samstagabend um 17.30 Uhr zu betreuen (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 1). Für ein Betreuungsverhältnis im vorliegenden Umfang kann nach aktuellem Stand der Lehre und Rechtsprechung sowohl alternierende als auch alleinige Obhut vorliegen (vgl. BGer 5A\_117/2021 vom 9. März 2022, E. 4; BGer 5A\_373/2018 vom 8. April

- 9 - 2019, E. 3.1; BGer 5A\_722/2020 vom 13. Juli 2021, E. 3.1.2; Aeschli-mann/Bähler/Schweighauser/Stoll, Berechnung des Kinderunterhaltes – Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichtes vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A\_311/2019; FamPra.ch 2021, S. 277 mit weiteren Hinweisen). Sodann hat, wie die hiesige Kammer bereits mit Beschluss vom 18. März 2020 er-wog, der Begriff der Obhut keinen Einfluss auf die Höhe des Kinderunterhaltes, sondern der Unterhalt ist vielmehr unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse und des Betreuungsumfangs festzusetzen (Urk. 6/225, E. III/3.2 = OGer ZH LZ190030 vom 18.03.2020, E. III/3.2; vgl. auch BGer 5A\_117/2021 vom 9. März 2022, E. 4.3). Aus diesen Gründen hat die vorinstanzliche Erwägung, wonach von einer alternierenden Obhut auszugehen sei, weder Einfluss auf das

verfügte Be- treuungsverhältnis (Urk. 1, Dispositiv-Ziffer 1) noch auf den festgesetzten Unter- halt (Urk. 1, Dispositiv-Ziffer 4). Ebenfalls zeitigt sie keine Auswirkung hinsichtlich der erteilten Weisung (Urk. 1, Dispositiv-Ziffer 2). Demzufolge kann überhaupt keine gravierende Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen, welche zwingend einen kassatorischen Entscheid zur Folge haben müsste. Es bleibt dabei, dass ein (Eventual-)Antrag in der Sache erforderlich gewesen wäre, da das Berufungs- gericht einen reformatorischen Entscheid fällen könnte. 6. Schliesslich rügt die Klägerin 2 eine weitere Gehörsverletzung durch die Vo- rininstanz. Die Beiständin des Klägers 1 habe mit Eingabe vom 17. November 2022 einen Antrag auf Anpassung der bisherigen Kindesschutzmassnahmen gestellt und um die Installierung eines begleiteten Besuchstreffs ersucht. Die Parteien seien erst mit Schreiben der Vorinstanz vom 30. Januar 2023 über die Eingabe der Beiständin informiert worden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb diese Eingabe in der vorinstanzlichen Verfügung nicht behandelt werde und wieso diese erst nach Erlass der Verfügung vom 17. Januar 2023 den Parteien zugestellt wor- den sei. Die Vorinstanz habe damit ihrem Entscheid nicht alle in der Sache vorlie- genden und relevanten Tatsachen zugrunde gelegt. Das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sei unter diesen Umständen am 17. Januar 2023 nicht spruchreif gewesen (Urk. 1 Rz. 30). Die Vorinstanz hätte den Parteien vor Erlass ihrer Verfügung die Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen müssen und ohne Weiteres einräumen können. Indem sie das unterlassen habe, sei der Anspruch

- 10 - der Parteien auf rechtliches Gehör in erheblicher Weise verletzt worden (Urk. 1 Rz. 31). Die Vorinstanz hat die Eingabe der Beiständin (Urk. 5/C) in ihrem Entscheid nicht berücksichtigt. Soweit die Klägerin 2 einen unvollständiger Sachverhalt und fehlende Spruchreife geltend macht, kann auf die vorherige Erwägung verwiesen werden (vgl. E. II/4). Spruchreife bedeutet, dass der Spruchkörper sämtliche Ent- scheidgrundlagen hat, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des gel- tend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichteintretensentscheid zu erlassen. Zudem muss das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren ordnungsge- mäss durchgeführt worden sein (ZK ZPO-Staehelin, Art. 236 N 15; Kriech, DIKE- Komm-ZPO, Art. 236 N 9). Abgesehen von der Verletzung des rechtlichen Gehörs zeigt die Klägerin 2 nicht auf, inwiefern das Verfahren nicht spruchreif war. Die Klägerin 2 übergeht mit ihrer Rüge namentlich den Umstand, dass die Berufungs- instanz auch bei fehlendem oder unvollständigem Sachverhalt keineswegs ver- pflichtet ist, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, sondern gemäss Art. 316 Abs. 3 ZPO notwendige Beweise selber erheben könnte. Die Vorinstanz hat die Eingabe der Beiständin vom 17. November 2022 den Parteien erst nach der angefochtenen Verfügung zugestellt (Urk. 5/C). Damit hat sie das rechtliche Gehör der Klägerin 2 verletzt. Nachdem die Vorinstanz die Ein- gabe der Beiständin jedoch in ihrem Entscheid nicht berücksichtigte und offen- sichtlich als nicht entscheidrelevant erachtete, wiegt die Verletzung des rechtli- chen Gehörs nicht besonders schwer. Eine nicht besonders schwerwiegende Ver- letzung des rechtlichen Gehörs kann als geheilt gelten, wenn die betroffene Per- son die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die so- wohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 137 I 195 E. 2.3.1). Die Klägerin 2 hat sich in der Berufungsbegründung kurz zur Ein- gabe der Beiständin geäußert (vgl. Urk. 1 Rz. 31). Die Kammer besitzt umfas- sende Kognition sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht. Im Falle ei- ner materiellrechtlichen Beurteilung hätte die Verletzung des rechtlichen Gehörs demnach geheilt werden können. Eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Fort- setzung des Verfahrens und Fällung eines

neuen Entscheids käme damit einem

- 11 - formalistischen Leerlauf gleich und würde nur zu unnötigen Verzögerungen führen. 7. Zusammenfassend legt die Klägerin 2 nicht dar, dass das Obergericht im Falle der Begründetheit ihrer Einwendungen nicht reformatorisch entscheiden könnte. Es genügt in diesem Zusammenhang nicht, auf die Grundsätze der "double instance" zu verweisen oder zu behaupten, es wäre unpraktikabel, wenn das Obergericht selber entscheiden würde (vgl. dazu BGer 5A\_775/2018 vom 15. April 2019, E. 3.4). Vielmehr spricht vorliegend das zeitliche Element (seit der Klageerhebung vom 24. September 2018 sind mittlerweile viereinhalb Jahre vergangen) – entgegen der Ansicht der Klägerin 2 – für einen reformatorischen Entscheid. Damit reicht es nicht aus, lediglich einen kassatorischen Entscheid zu verlangen. Der alleine gestellte Aufhebungs- und Rückweisungsantrag ist unzulässig. Im Ergebnis ist auf die Berufung nicht einzutreten. III. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Klägerin 2 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 5'500.– zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin 2 zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), dem Beklagten und dem Kläger 1 mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

- 12 - Es wird beschlossen:

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