

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RV230009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## Urteil vom 21. August 2023

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_, Dr.,  
Gesuchsteller und Beschwerdeführer

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht  
Zürich vom 12. April 2023 (EZ230001-L)**

### Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 23. Dezember 2022 stellte der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) beim Bezirksgericht Zürich ein Gesuch um

Vollstreckung der gemäss Urteil des Einzelgerichts der 5. Abteilung am Bezirksgericht Zürich vom 16. Dezember 2022 genehmigten bzw. vorgemerkten Trennungsvereinbarung vom 6. Dezember 2022 mit folgendem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 1):

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin anzuweisen, Ziffer 2. C) Abs. 8 S. 2 der durch Urteil vom 16. Dezember 2022 anerkannten Trennungsvereinbarung vom 6. Dezember 2022 zu erfüllen und dem Gesuchsteller mitzuteilen, zu welchen Zeiten die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage ist, die Betreuung der gemeinsamen Kinder selber zu übernehmen und ihm so die Möglichkeit zu geben, die Betreuung in diesen Zeiten zu übernehmen. Der Gesuchsgegnerin sei bei Nichterfüllung wegen Missachtung eines gerichtlichen Urteils eine Zwangsmassnahme gem. Art. 343 ZPO anzudrohen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Die Gesuchsantwort der Gesuchs- und Beschwerdegegnerin (fortan Gesuchsgegnerin), worin sie ein Nichteintreten auf das Vollstreckungsbegehren, eventualiter dessen Abweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers beantragen liess, datiert vom 1. März 2023 (Urk. 14). Dazu äusserte sich der Gesuchsteller mit Zuschrift vom 15. März 2023 (Urk. 19). Darin präzisierete er sein Rechtsbegehren dahingehend, dass die Gesuchsgegnerin lediglich die Gerichtskosten zu tragen habe und er auf eine Parteientschädigung verzichte (Urk. 19 S. 4). Die detaillierte Prozessgeschichte ergibt sich im Übrigen aus dem angefochtenen Entscheid (Urk. 21 = Urk. 24 S. 2). Die Eingabe des Gesuchstellers vom 15. März 2023 (Urk. 19) wurde der Gesuchsgegnerin samt Beilagen (Urk. 20/1-6) mit dem angefochtenen Endentscheid zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 24 S. 6, Dispositivziffer 4).

Mit Urteil vom 12. April 2023 wies die Vorinstanz das Vollstreckungsgesuch ab, auferlegte die auf Fr. 750.– festgesetzte Gerichtsgebühr dem Gesuchsteller und verpflichtete ihn, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen (Urk. 24 S. 6, Dispositivziffern 1-3).

2. Dagegen erhob der Gesuchsteller rechtzeitig (vgl. Urk. 22a) mit Eingabe vom 15. April 2023 Beschwerde und stellte sinngemäss folgende Anträge (Urk. 23 S. 1, 5 und Urk. 23 A):

Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

Den ihm mit Präsidialverfügung vom 27. April 2023 auferlegten Kostenvorschuss für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'200.– leistete der Gesuchsteller fristgerecht (Urk. 27 und 28). Die rechtzeitig elektronisch erstattete Beschwerdeantwort (vgl. Art. 143 Abs. 2 ZPO; Urk. 29 und Urk. 30A: Abgabebequittung vom 22. Juni 2023) datiert vom 22. Juni 2023 (Urk. 30). Darin beantragt die Gesuchsgegnerin die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers (Urk. 30 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 18. Juli 2023 wurde dem Gesuchsgegner die Beschwerdeantwort zur Kenntnis gebracht (Urk. 32). Dieser liess sich nicht mehr verlauten. Das Verfahren ist spruchreif.

**3.** Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Was in der Beschwerde (oder in der Beschwerdeantwort) nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.). Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. Besondere Bestimmungen des Gesetzes bleiben vorbehalten (Art. 326 Abs. 1 und 2 ZPO).

**4.** Der nicht anwaltlich vertretene Gesuchsteller, welcher selbst Jurist ist (Dr. iur.), rügt mit seiner Beschwerde, die Vorinstanz habe das Vorliegen der Bedingungen für die Leistungsklage fehlerhaft beurteilt und ihm so ein Urteil in der eigentlichen Sachfrage verwehrt, weshalb der erstinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen sei (Urk. 23 S. 1, 5). Kann die Rechtsmittelinstanz, wie vorliegend, wegen fehlender Spruchreife (Urk. 19 wurde der Gesuchsgegnerin nicht vorgängig, sondern erst mit dem angefochtenen Endentscheid zugestellt) nur kassatorisch entscheiden, genügt ein

blosser Aufhebungs- und Rückweisungsantrag. Materielle Anträge in der Sache sind nicht vonnöten (vgl. BGer 5A\_485/2016 vom 19. Dezember 2016, Erw. 2; BGer 5A\_775/2018 vom 15. April 2019, Erw. 3.4). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

**5.1.** Vorliegend geht es um die Vollstreckung von Ziffer 2.c) Abs. 8 der mit Urteil des Eheschutzgerichts vom 16. Dezember 2022 genehmigten Trennungsvereinbarung der Parteien vom 6. Dezember 2022 (vgl. Urk. 1 S. 1). Diese lautet wie folgt (Urk. 6/4 S. 3):

"Ist ein Elternteil aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan selber zu übernehmen, ist er verpflichtet, für eine angemessene Betreuung der Kinder durch Drittpersonen auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine vorgängige Anfrage an den anderen Elternteil ist erforderlich; dieser ist jedoch nicht verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen."

Grundlage ist der vereinbarte Betreuungsplan, welcher vorsieht, dass die Parteien die Kinder wochenweise alternierend betreuen mit Wechsel am Montag, 8.00 Uhr (Urk. 6/4 S. 3 Ziffer 2.c) Abs. 1). Unbestritten ist, dass beide Parteien im Vollzeitpensum als Kaderpersonen erwerbstätig sind und die drei 7-, 9- und 11-jährigen Kinder entsprechend tagsüber fremdbetreut werden, nämlich beim Gesuchsteller durch den Hort und von 18 bis 19 Uhr bei Bedarf ad hoc durch eine Nanny (C.\_\_\_\_\_) und bei der Gesuchsgegnerin durch den Hort, eine Nanny (D.\_\_\_\_\_) sowie ihre Mutter (E.\_\_\_\_\_; vgl. Urk. 1; Urk. 14 S. 3, 5; Urk. 19; Urk. 20/3/1-3, /5; Urk. 30 S. 8).

**5.2.** Der Gesuchsteller vertrat vor Vorinstanz den Standpunkt, er habe die Gesuchsgegnerin am 9. Dezember 2022 zu den Betreuungszeiten angefragt, an denen er 2023 voraussichtlich die Kinder nicht selbst betreuen könne, und umgekehrt gebeten, dass die Gesuchsgegnerin ihm die Zeiten mitteile, zu denen sie die Kinder nicht betreuen werde (Nächte, Abende sowie Nachmittage). Gemäss der Trennungsvereinbarung seien die Parteien verpflichtet, eine vorgängige Anfrage an den anderen Elternteil zu stellen, wenn ein Elternteil seine Betreuungspflichten nicht selbst übernehmen könne. Der Vorrang der Eigenbetreuung durch einen Elternteil gelte namentlich auch tagsüber. Dies auch deshalb, weil die Betreuung durch F.\_\_\_\_\_ ausgeschlossen sei. Nachdem die Gesuchsgegnerin dieser Auf-

forderung nicht nachgekommen sei, verlange er nun die Vollstreckung der genannten Bestimmung (Urk. 1 S. 1 ff.). Auf Wunsch der Parteien sei ausdrücklich eine Pflicht zur Anfrage und nicht eine "Kann"-Formulierung aufgenommen worden. Hätten die Parteien die Pflicht auf Abende oder Nächte beschränken wollen, hätten sie das in der Formulierung tun können. Eine Schikane liege nicht vor, zumal es hier um drei bis fünf Nachmittage im Jahr gehe, was organisatorisch kein Problem wäre. Es gebe zwischen den Parteien keine abgesprochenen Betreuungspersonen. Bereits in seiner ersten E-Mail vom 9. Dezember 2022 habe er der Gesuchsgegnerin angeboten, die Betreuung in seinen Zeiten auch tagsüber übernehmen zu können, wenn sie frei habe, und um das entsprechende Angebot der Gesuchstellerin ihm gegenüber gebeten (Urk. 19 S. 1 ff.).

**5.3.** Die Gesuchsgegnerin war vor Vorinstanz demgegenüber der Ansicht, sie habe dem Gesuchsteller mit E-Mail vom 16. Dezember 2022 bereits mitgeteilt, dass es zurzeit keine Daten gebe, an welchen sie nicht in der Lage wäre, die Kinder selbst oder durch die erprobten und abgesprochenen Betreuungshilfen zu betreuen. Die Anfragepflicht beziehe sich lediglich auf aussergewöhnliche Fremdbetreuungsfälle, in denen in Abweichung vom regulären Betreuungsplan Drittpersonen zur Betreuung eingesetzt werden müssten, so insbesondere während einer längeren Abendveranstaltung oder einer Abwesenheit über Nacht. Alles andere sei weder praktikabel noch gewollt. Es werde insbesondere bestritten, dass die Parteien bewusst den Vorrang der Eigenbetreuung auch tagsüber gewählt hätten. Der Gesuchsteller verwende die zugegebenermassen unglückliche standardisierte Formulierung der fraglichen Klausel in der Trennungsvereinbarung nunmehr zu ihrer Schikanierung bzw. zur systematischen Torpedierung der Beziehung der Kinder zu ihrer Grossmutter mütterlicherseits. Das Begehren des Gesuchstellers sei somit bereits vor Anhängigmachung der Klage erfüllt gewesen, weshalb auf das Gesuch zufolge fehlendem Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten bzw. dieses eventualiter abzuweisen sei (Urk. 14 S. 3 ff.).

**5.4.** Die Vorinstanz erwog, der Entscheid über eine bedingte Leistung könne erst vollstreckt werden, wenn das Vollstreckungsgericht festgestellt habe, dass die Bedingung eingetreten sei. Die Beweislast für den Nichteintritt der Bedingung tra-

ge die Vollstreckungsbeklagte. Gemäss dem Wortlaut der strittigen Klausel der Trennungsvereinbarung hänge die Anfragepflicht davon ab, ob ein Elternteil aus jedwelchen Gründen nicht in der Lage sei, die Betreuung der Kinder nach dem in der Trennungsvereinbarung vereinbarten Betreuungsplan selbst zu übernehmen. Damit liege eine Leistungspflicht vor, die abhängig sei vom Eintritt einer Suspensivbedingung. Die Gesuchsgegnerin bringe unter anderem vor, sie habe dem Gesuchsteller mit E-Mail vom 16. Dezember 2022 bereits mitgeteilt, dass es zurzeit keine Daten gebe, an welchen sie nicht in der Lage wäre, die Kinder selbst zu betreuen. Damit wende sie sinngemäss den Nichteintritt der besagten Bedingung ein, weshalb deren Eintritt nunmehr festzustellen sei oder nicht. Der Gesuchsteller äussere sich in seinem Gesuch nicht zum Eintritt der Bedingung. Er verkenne damit, dass die in der Trennungsvereinbarung festgehaltene Anfragepflicht des anderen Elternteils nicht ohne Weiteres bestehe, sondern nur dann, wenn (in der vorliegenden Konstellation) die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage sei, die Betreuung der Kinder nach dem in der Trennungsvereinbarung vereinbarten Betreuungsplan selbst zu übernehmen. Aus dem Umstand, dass der Gesuchsteller an gewissen Tagen die persönliche Betreuung der Kinder nicht wahrnehmen könne und der Gesuchsgegnerin deshalb die entsprechenden Daten mitgeteilt habe, ergebe sich nicht automatisch, dass dies bei der Gesuchsgegnerin ebenso der Fall wäre. Aus dem Gesuch und den Beilagen ergäben sich keine konkreten Anhaltspunkte (wie beispielsweise ausserordentliche berufliche Verpflichtungen, Abendveranstaltungen oder sonstige Termine, längere Abwesenheiten, gesundheitliche Probleme, etc.), wonach die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage wäre, die Betreuung der Kinder gemäss dem in der Trennungsvereinbarung vereinbarten Betreuungsplan selbst wahrzunehmen, und in der Folge verpflichtet wäre, den Gesuchsteller vor einer Drittbetreuung anzufragen. Vielmehr lasse sich der E-Mail ihrer Rechtsvertreterin vom 20. Dezember 2022 entnehmen, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller jeweils frühzeitig diejenigen Daten mitteilen werde, an denen es ihr nicht möglich sein werde, die persönliche Betreuung zu gewährleisten. Momentan gebe es jedoch keine solche Daten, die dem Gesuchsteller in Erfüllung der Vereinbarung mitzuteilen wären. Zwar handle es sich dabei um eine blosser Behauptung der Gesuchsgegnerin. Allerdings obliege ihr vorliegend der Beweis

einer sogenannten negativen Tatsache, mithin des eigenen Nicht-in-der-Lage-Seins. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei in solchen Fällen von der Gegenpartei eine Mitwirkung an der Beweisführung und damit an der Aufklärung des Sachverhalts zu verlangen und ein allfälliges Ausbleiben an der Mitwirkung als nachteiliges Indiz bei der Beweiswürdigung mitzubersichtigen. Der Gesuchsteller nehme sodann auch in seiner Stellungnahme vom 15. März 2023 nicht konkret Bezug auf den Bedingungseintritt und trage damit nichts zur Klärung dieser ausschlaggebenden Frage bei. Vielmehr scheine er selbst davon auszugehen, dass die Bedingung gar nicht eingetreten sei, indem er ausführe, die Gesuchsgegnerin habe "ihn künftig anzufragen, [...] sobald sie absehen kann, wann sie selbst nicht zur persönlichen Betreuung der Kinder in der Lage ist". Vor diesem Hintergrund könne das angerufene Vollstreckungsgericht mangels konkreter Anhaltspunkte, welche darauf hindeuteten, dass die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage wäre, die Betreuung der Kinder an bestimmten Daten nach dem in der Trennungsvereinbarung vereinbarten Betreuungsplan persönlich zu übernehmen, den Eintritt der sich in der zu vollstreckenden Klausel enthaltenen Bedingung nicht feststellen. Folglich sei das Gesuch abzuweisen (Urk. 24 S. 2 ff.).

**6.1.** Mit seiner Beschwerde rügt der Gesuchsteller, die Vorinstanz übersehe, dass nicht der die potentielle Leistungspflicht begründende Sachverhalt unter den Parteien strittig sei, sondern die Auslegung der Vertragsklausel in der Trennungsvereinbarung. Die Anfragepflicht umfasse nicht nur die Betreuung in den Abendstunden, sondern vielmehr auch tagsüber. Die Gesuchsgegnerin, welche unstrittig im Vollzeitpensum als Managing Director der G.\_\_\_\_\_ erwerbstätig sei, lasse die Kinder tagsüber unbestrittenermassen fremdbetreuen, nämlich durch den Hort, ihre Mutter (E.\_\_\_\_\_) und die Nanny (D.\_\_\_\_\_). Damit seien die Bedingungen für die Anfragepflicht erfüllt und ausreichend nachgewiesen. Im von der Vorinstanz unvollständig zitierten Schreiben der Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin vom 20. Dezember 2022 stehe wörtlich, die Gesuchsgegnerin werde die Daten gerne mitteilen, an denen es ihr nicht möglich sei, die Betreuung zu den vereinbarten Zeiten "selbst oder durch die erprobten und abgesprochenen Betreuungshilfen zu gewährleisten". Er habe vor Vorinstanz ausdrücklich bestritten, dass es solche "erprobte und abgesprochene Betreuungshilfen" gebe. Die Gesuchsgegnerin sa-

ge entgegen den Ausführungen der Vorinstanz eben nicht, dass es zurzeit keine Daten gebe, an welchen sie nicht in der Lage sei, die Kinder selbst zu betreuen, sondern nur, dass es keine Daten gebe, an denen weder sie noch eine ihrer Betreuungsgehilfen betreuen könne. Das habe die Vorinstanz offensichtlich falsch interpretiert. Solches sei in der Trennungsvereinbarung auch nicht enthalten. Die Vorinstanz verkenne komplett den eigentlichen Kern des Streits. Die strittige Frage unter den Parteien sei nur, ob die Klausel eine solche Anfragepflicht auch tagsüber begründe oder nicht. Der Sachverhalt der Drittbetreuung tagsüber sei unstrittig, was die Vorinstanz offensichtlich verkannt und weitere falsche Beweisschlüsse gezogen habe. Die Vorinstanz habe das Vorliegen der Bedingungen für die Leistungsklage fehlerhaft beurteilt und ihm so ein Urteil in der eigentlichen Sachfrage verwehrt (Urk. 23 S. 1 ff.).

**6.2.** Die Gesuchsgegnerin räumt ein, insofern ein gewisses Verständnis für die Unzufriedenheit des Gesuchstellers zu haben, als auch sie sich gewünscht hätte, die Vorinstanz hätte sich expliziter zur Auslegung der strittigen Klausel geäußert. Bevor geprüft werden könne, ob eine Bestimmung erfüllt bzw. noch zu vollstrecken sei, müsse man zunächst den Inhalt dieser Bestimmung definieren bzw. auslegen. Allerdings gebe die Vorinstanz schon zu erkennen, wie sie die strittige Klausel verstehe, wenn sie in Erw. 2.8. festhalte, es würden "keine konkreten Anhaltspunkte (wie beispielsweise ausserordentliche berufliche Verpflichtungen, Abend-Veranstaltungen oder sonstige Termine, längere Abwesenheiten, gesundheitliche Probleme, etc.) [vorliegen], wonach die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage wäre, die Betreuung der Kinder gemäss dem in der Trennungsvereinbarung vereinbarten Betreuungsplan selbst wahrzunehmen, und in der Folge verpflichtet wäre, den Gesuchsteller vor einer Drittbetreuung anzufragen". Mit ihrer Feststellung, dass nur "ausserordentliche" künftige Ereignisse, die ein Einhalten des vereinbarten Betreuungsplans (wöchentlich alternierend) verunmöglichen würden, zu einer Anfragepflicht führen würden, bestätige die Vorinstanz im Wesentlichen die Position der Gesuchsgegnerin, dass Drittbetreuung im Rahmen des vereinbarten Betreuungsplans, d.h. Betreuung durch die schon während der ganzen Ehe- und Trennungsdauer eingesetzten Drittbetreuer, wie Schule, Hort, Nanny, keine Anfragepflicht zur Folge habe. Im Ergebnis sei der Entscheid der Vorinstanz aus

zwei Gründen richtig. Was die fehlende Vollstreckbarkeit anbelange, liege eine Bedingung über einen künftigen Sachverhalt vor, die einem Beweis gar nicht zugänglich sei. Niemand könne die Zukunft vorhersagen. Wenn die Gesuchsgegnerin gegenüber dem Gesuchsteller festgehalten habe, dass es im fraglichen Zeitraum "keine solchen Daten" gebe, was sie mit E-Mail vom 20. Dezember 2022 getan habe, dann sei das gemäss ihrem aktuellen Kenntnisstand so und damit die Anfrage beantwortet und die Bedingung erfüllt. Mit Bezug auf künftige Tatsachen, wie beispielsweise eine noch nicht bekannte kurzfristige Verhinderung, sei die Voraussetzung der Vollstreckbarkeit gar nicht erfüllt. Hinzu komme, dass der Gesuchsgegner zunächst mit seiner E-Mail vom 16. Dezember 2022 von der Gesuchsgegnerin lediglich verlangt habe, ihm die Daten für Januar und Februar 2023 bekannt zu geben. In seinem Vollstreckungsbegehren vom 23. Dezember 2022 habe er dann unspezifisch verlangt, es sei ihm mitzuteilen, zu welchen Zeiten die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage sei, die Betreuung der gemeinsamen Kinder selber zu übernehmen. Ein solches Vollstreckungsbegehren sei mangels Bestimmtheit (konkreter Zeitraum, für den Daten anzugeben seien) ohnehin nicht vollstreckbar. Was den Inhalt der Vereinbarung anbelange, seien sich die Parteien trotz des missverständlichen Wortlauts der Bestimmung einig gewesen, dass einzig eine Betreuung durch eine bisher unerprobte Person oder von einer gewissen Dauer ausserhalb der üblichen Drittbetreuungszeiten eine Anfragepflicht auslöse und nicht auch jede kurzzeitige Drittbetreuung bzw. die seit Jahren erprobten Formen der Drittbetreuung. Dies erhelle aus der E-Mail-Korrespondenz der Parteien unmittelbar nach Abschluss der Vereinbarung. Von einem normativen Konsens gewissermassen im Sinne einer Call-Option in jedem einzelnen Fall von Drittbetreuung sei nach Treu und Glauben nicht auszugehen. Die dahingehende Interpretation der Vereinbarung durch den Gesuchsteller sei faktisch vollkommen unpraktikabel und würde zu einer täglichen, umfangreichen Korrespondenz der Parteien führen. Dies könne nicht dem Parteiwillen entsprochen haben, zumal beiden Elternteilen bewusst gewesen sei, dass sie mit verantwortungsvollen Jobs und drei Kindern ohnehin ausgelastet seien und sich darüber hinaus in derselben Vereinbarung darauf geeinigt hätten, die gegenseitige Kommunikation auf ein Minimum zu beschränken. Auch die systematische Auslegung spreche somit gegen

eine künftige tägliche Kommunikation über (nicht dringliche) Betreuungsfragen bzw. -zeiten. Es gehe schliesslich nicht nur um die strittige Anfragepflicht für die Betreuung tagsüber, sondern um die Grundsatzfrage, ob bisher akzeptierte, reguläre Formen der Fremdbetreuung eine Anfragepflicht auslösen würden oder nicht. Es sei offensichtlich, dass die etablierten Formen der Drittbetreuung wie Schule, Hort oder Nanny als Teil der "Selbstbetreuung" gemäss der Trennungsvereinbarung verstanden worden seien. Beim vorliegenden Vollstreckungsverfahren handele es sich um eine blosser Zwängerei. Im Übrigen habe sie das Scheidungsverfahren am 19. Juni 2023 eingeleitet und werde dafür sorgen, dass die missverständliche Bestimmung bei der Regelung der Nebenfolgen der Scheidung gestrichen bzw. so eindeutig formuliert werde, dass sie keinen Interpretationsspielraum mehr zulasse (Urk. 30 S. 3 ff.)

**6.3.** Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide zutreffend festgehalten. Ebenso ging sie korrekt von einer suspensiv bedingten Leistungspflicht aus (Urk. 56 S. 3 f. m.H.). Bedingung für die Anfragepflicht ist, dass die betreffende Partei für einen bestimmten Zeitraum innerhalb ihrer Betreuungszeit die persönliche Betreuung der Kinder nicht übernehmen kann (oder will). Über den Eintritt dieser Bedingung hat gemäss Art. 342 ZPO das Vollstreckungsgericht ohne Einschränkung und ungeachtet der Liquidität zu entscheiden (BGer 5A\_685/2016 vom 31. März 2017, Erw. 4.1). Wann die Bedingung eingetreten sein muss bzw. wann die Anfragepflicht auszuüben ist, sagt die Vereinbarung der Parteien nicht, ebenso wenig, ob alle Fremdbetreuungszeiten gemeint sind oder nur solche von einer gewissen Dauer. Das räumt der Geschworenen selbst ein, wenn er vorschlägt, nur bei Fremdbetreuung ab 2 bis 3 Stunden anzufragen (Urk. 19 S. 2). Die Vollstreckung scheidet daher bereits an der zeitlichen Bestimmtheit.

**6.4.** Strittig ist zudem, ob die Bedingung auch eintreten kann, wenn die Kinder tagsüber während der Zeit, in der die Parteien ihrer Vollzeiterwerbstätigkeit nachgehen, fremdbetreut werden. Die Vorinstanz äusserte sich dazu nicht explizit, ging jedoch stillschweigend davon aus, dass die Anfragepflicht nur für ausserordentliche Betreuungsfälle (und damit nicht auch für die reguläre Drittbetreuung

tagsüber) gelten soll (Urk. 24 S. 5, wo explizit auf ausserordentliche berufliche Verpflichtungen, Abendveranstaltungen oder sonstige Termine, längere Abwesenheiten, gesundheitliche Probleme etc. hingewiesen wird).

Das Vollstreckungsgericht ist an den Inhalt des zu vollstreckenden Urteils gebunden. Ihm steht nur ein ganz eng bemessener Spielraum zu, Unklarheiten des Entscheides im Zuge der Vollstreckung zu bereinigen (BK-Kellerhals, Art. 341 N 37 und 39 mit weiteren Hinweisen). Eine Konkretisierung der Leistungspflicht durch das Vollstreckungsgericht ist nicht ausgeschlossen, doch ist seine Kompetenz, das zu vollstreckende Urteil auszulegen, begrenzt (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 341 N 18 mit Hinweisen). Ein gerichtlicher Vergleich muss nach den allgemeinen Grundsätzen ausgelegt werden. Zu ermitteln ist der tatsächliche Parteiwille. Kann der wirkliche Wille nicht mehr festgestellt werden, sind die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen und ist die vergleichsweise Einigung gegebenenfalls nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen. Ausgangspunkt ist der Wortlaut. Der klare Wortlaut hat den Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiterer Umstände als nur scheinbar klar (BGer 5A\_685/2016 vom 31. März 2017, Erw. 5.1).

Gemäss dem klaren Wortlaut der vorliegend umstrittenen Klausel soll die Anfragepflicht greifen, wenn eine Partei aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage ist, die Betreuung gemäss dem vereinbarten Betreuungsplan *selber* zu übernehmen. Von einer die Anfragepflicht nicht auslösenden Fremdbetreuung durch "erprobte und abgesprochene Betreuungshilfen" tagsüber (vgl. Urk. 14 S. 7; Urk. 30 S. 7 unten; Urk. 2/2 S. 2) ist nicht die Rede. Der Wortlaut geht mithin unzweideutig von einer Anfragepflicht bei fehlender Möglichkeit der Eigenbetreuung durch die Parteien selbst aus, sei dies nun tagsüber oder abends bzw. nachts.

Der Wortlaut der Vereinbarung ist aber nur *ein* Auslegungsmittel. Was die zweckorientierte Auslegung der Vereinbarung anbelangt, lässt sich ein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, auch nicht mit Blick auf die E-Mailkorrespondenz der Parteien nach Abschluss der Vereinbarung (vgl. Urk. 2/1;

Urk. 20/3/4-6). Wenn der Gesuchsteller argumentiert, er sei nur bereit gewesen, sich in der Fremdbetreuung der Kinder einschränken zu lassen (betreffend F. \_\_\_\_\_), wenn dies wechselseitig geschehe und so die Betreuungszeiten bei beiden Elternteilen ungefähr gleichverteilt bleiben könnten (Urk. 1 S. 2), übersieht er, dass solches mit seiner Betrachtungsweise gerade nicht mehr gewährleistet wäre, da ein Elternteil jederzeit die Betreuung in Fremd-Betreuungszeiten des andern übernehmen könnte, wenn er dazu in der Lage wäre (also auch bei Arbeitslosigkeit, unbezahltem Urlaub etc.). Nach dem Vertrauensprinzip dürften vernünftige Parteien die Vereinbarung indes wohl dahingehend verstehen, dass die Anfragepflicht nur in Fällen der ausserordentlichen Betreuung greift (normativer Konsens), wobei die Gesuchsgegnerin diesbezüglich, wie die Vorinstanz richtig feststellte (vgl. Urk. 24 S. 5), keinen Betreuungsbedarf hat. Alles andere ist kaum praktikabel, würde zu dauernden Wechseln im installierten festen Betreuungssystem führen und entspricht damit auch nicht dem Kindeswohl.

Weil die zweckorientierte Auslegung kaum dem Verständnis der Vereinbarung des Gesuchstellers entspricht bzw. zumindest kein klares Ergebnis liefert, ist das Vollstreckungsbegehren auch deshalb abzuweisen (vgl. Huber, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 22, Zürich/St. Gallen 2016, S. 31 Rz 58).

**6.5.** Zusammengefasst ist die Beschwerde nach dem Gesagten somit abzuweisen und der angefochtene Entscheid betreffend Abweisung der Vollstreckung im Ergebnis zu bestätigen.

**7.** Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 1'200.– festzulegen (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG), dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen und mit seinem Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– (Urk. 28) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Überdies ist der Gesuchsteller zur Leistung einer angemessenen Parteientschädigung an die anwaltlich vertretene Gesuchsgegnerin zu verpflichten. Diese ist auf Fr. 750.– (einschliesslich 7.7 % MwSt.) festzulegen (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– verrechnet.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 750.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. August 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
ya