

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ190008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos  
Würgler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

## **Beschluss vom 27. Juni 2019**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt M.A.HSG in Law, lic. phil. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Unterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 25. Januar 2019 (FK180008-F)**

### **Rechtsbegehren:**

#### Der Klägerin (Prot. I S. 14):

- "1. Der Gesuchsgegner bzw. Beklagte sei zu verpflichten, einen Unterhalt für C.\_\_\_\_\_ zu bezahlen in Höhe von Fr. 960.– Barunterhalt und mindestens Fr. 400.– Betreuungsunterhalt.
2. Im Übrigen halte ich am bereits gestellten Antrag um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin in meiner Person fest."

#### Des Beklagten (Urk. 13 S. 2):

- "1. Es sei zwischen den Parteien die Betreuung des gemeinsamen Sohns C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016, (bzw. der persönliche Verkehr des Kindsvaters mit ihm) zu regeln.
2. Eventualiter, soweit die Parteien eine Vereinbarung betreffend die Betreuung des gemeinsamen Sohns C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016, (bzw. den persönlichen Verkehr des Kindsvaters mit ihm) treffen können, sei diese Vereinbarung gerichtlich zu genehmigen.
3. Es sei der Kinderunterhalt für den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_ zu regeln.
4. Eventualiter, soweit die Parteien eine Vereinbarung betreffend den Kindesunterhalt für den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_ treffen können, sei diese Vereinbarung gerichtlich zu genehmigen.
5. Im Verfahren: Es sei dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_, ... [Ortschaft], als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

#### Modifiziertes Rechtsbegehren des Beklagten (Urk. 48 S. 2):

- "1. Es sei der Unterhalt für den Sohn durch das Bezirksgericht zu entscheiden.
2. Es [sei] die Betreuung (Obhut, Betreuungsregelung, inkl. Ferien/Feiertage) für den Sohn durch das Bezirksgericht zu regeln.
3. Eventualiter, falls das Bezirksgericht davon ausgehen sollte, es sei für einen Entscheid nach Ziff. 2 hiervor nicht zuständig, sei eine anfechtbare Nichteintretensverfügung diesbezüglich zu erlassen."

**Urteil und Verfügungen des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Horgen vom 25. Januar 2019**

(Urk. 55 S. 29 ff. = Urk. 67 S. 29 ff)

**Es wird verfügt:**

1. Auf die Anträge der Parteien hinsichtlich der Betreuungsregelung für den Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2016, wird unter Hinweis auf die Rechtshängigkeit des Rekursverfahrens beim Bezirksrat Horgen nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an den Bezirksrat Horgen und an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Sodann wird verfügt:**

[...]

**Es wird erkannt:**

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin rückwirkend ab 1. Mai 2017 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung des Sohnes C.\_\_\_\_\_ monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Barunterhaltsbeiträge von Fr. 950.–, zuzüglich allfälliger Familien-, Kinder- oder Ausbildungszulagen, zu bezahlen.
2. Zur Deckung des gebührenden Unterhalts von C.\_\_\_\_\_ fehlen derzeit monatlich Fr. 377.– Betreuungsunterhalt.
3. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositiv-Ziffer 1 sind auch über die Volljährigkeit bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit von C.\_\_\_\_\_ hinaus an die Klägerin zu bezahlen, solange C.\_\_\_\_\_ im Haushalt der Klägerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Beklagten stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.
4. Diese Unterhaltsbeiträge (Basisunterhaltsbeiträge) basieren auf dem Landesindex für Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Dezember 2018 mit 101.5 Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Sie werden jeweils auf den 1. Januar eines jeden Kalenderjahres, ausgehend vom jeweiligen Indexstand per Ende November des Vorjahres, erstmals auf den 1. Januar 2021, nach folgender Formel angepasst:

$$\text{neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{ursprünglicher Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{101.8}$$

Fällt der Index unter den Stand von Ende Dezember 2018, berechtigt dies nicht zu einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge.

5. Der Beklagte wird berechtigt, von den Unterhaltsbeiträgen gemäss Dispositiv-Ziffer 1 die für diese Zeiträume bereits erbrachten Leistungen (einschliesslich allfällige Direktzahlungen) in Abzug zu bringen. Es wird insbesondere vorgemerkt, dass der Beklagte bereits folgende Unterhaltszahlungen an die Klägerin geleistet hat:

- vom 1. Mai 2017 bis zum 31. Dezember 2017: Fr. 2'050.–
  - vom 1. Januar 2018 bis zum 31. Mai 2018: Fr. 3'300.–
6. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'570.– festgesetzt.
  7. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, die Anteile beider Parteien jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
  8. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
  9. (Schriftliche Mitteilung)
  10. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 30 Tage; Beschwerde betr. Kosten- und Entschädigungsfolgen, Frist 30 Tage)

### **Berufungsanträge:**

#### **des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 66 S. 2):**

- "1. Es sei Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen FK180008 vom 25. Januar 2019 aufzuheben, wonach auf die Anträge der Parteien hinsichtlich der Betreuungsregelung für den Sohn C.\_\_\_\_\_ nicht eingetreten wird, unter Hinweis auf die Rechtshängigkeit des Rekursverfahrens beim Bezirksrat Horgen.
2. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Horgen FK18008 vom 25. Januar 2019 betreffend Kindesunterhalt aufzuheben, unter Ausnahme von Ziff. 1 ff. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an beide Parteien, und es sei die Sache zu neuer Prüfung und neuem Urteil in der Sache an das Bezirksgericht Horgen zurückzuweisen.
3. Es sei das Bezirksgericht Horgen anzuweisen, zwischen den Parteien die Obhut und die Betreuung des gemeinsamen Sohns C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016, zu regeln, unter Berücksichtigung des am 6. Januar 2019 (Eingang: 14. Februar 2019) bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen eingereichten Gesuchs der Berufungsbeklagten betreffend Zustimmung des Sohns C.\_\_\_\_\_, nach Deutschland (Kompetenzattraktion).
4. Im Verfahren: Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_, ... [Ortschaft], als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 74 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 1 der Berufung vom 8. März 2009 [recte: 2019] zu bestätigen, mithin die Nichteintretensverfügung der Vorinstanz aufzuheben und die Vorinstanz unter Übernahme der Kosten hinsichtlich sämtlicher Kinderbelange für zuständig zu erklären.
2. Im Übrigen sei die Berufung abzuweisen, mithin sei der von der Vorinstanz festgelegte Kinderunterhalt vollumfänglich zu bestätigen.
3. Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung der Unterzeichnenden als unentgeltlicher Rechtsvertreterin zu bewilligen.
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

I.

**A. Sachverhalt / Prozessgeschichte**

1. Die Parteien sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_, geboren tt.mm.2016. Sie verfügen über die gemeinsame elterliche Sorge. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) hat die alleinige Obhut inne. Mit Beschluss vom 11. Dezember 2017 (Beschluss-Nr. 2017-A2-514; Urk. 14/18) verfügte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen (fortan KESB des Bezirks Horgen) den Verbleib von C.\_\_\_\_ in der alleinigen Obhut der Klägerin und regelte den persönlichen Verkehr zwischen C.\_\_\_\_ und dem Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagter) unter Anordnung einer Besuchsrechtsbeistandschaft. Gegen die Besuchsregelung erhob die Klägerin Beschwerde beim Bezirksrat Horgen (Urk. 14/19), welche aktuell hängig ist (Prot. II S. 2; Urk. 73 S. 4). Die Beistandschaft erwuchs in Rechtskraft. Mangels einvernehmlicher Lösung zum Kindesunterhalt (Urk. 3/2) machte die Klägerin mit Eingabe vom 17. April 2018 eine entsprechende Klage bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1), worauf der Beklagte im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens die eingangs wiedergegebenen Begehren zum Kinderunterhalt und zur Betreuungsregelung von C.\_\_\_\_ stellte (Urk. 13 S. 2; Urk. 48 S. 2). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 67 S. 2 ff.). Mit Urteil und Verfügungen vom 25. Januar 2019 trat der Vorderrichter auf die Anträ-

ge der Parteien hinsichtlich der Betreuungsregelung für den gemeinsamen Sohn unter Hinweis auf die Rechtshängigkeit des Rekurs- [recte: Beschwerde-] verfahrens beim Bezirksrat Horgen nicht ein. Ferner sprach er der Klägerin monatliche Barunterhaltsbeiträge von Fr. 950.– zu, rückwirkend ab 1. Mai 2017 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung (Urk. 55 S. 29 ff. = Urk. 67 S. 29 ff.).

2. Dagegen erhob der Beklagte am 8. März 2019 rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 66 S. 2). Am 15. April 2019 fand auf Ersuchen der KESB des Bezirks Horgen ein telefonischer Meinungs austausch zur Zuständigkeit betreffend ein vom Beklagten beantragtes Ferienbesuchsrecht statt (Prot. II S. 3). Gleichentags erging die Verfügung zur Einholung der Berufungsantwort (Urk. 72). Letztere datiert vom 20. Mai 2019 (Urk. 74) und wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt. Dessen Replikeingabe ging am 19. Juni 2019 ein (Urk. 81). Mit Eingabe vom 26. Juni 2019, hier eingegangen am 27. Juni 2019 (vorab per Fax am 26. Juni 2019; Urk. 84A) reichte die Klägerin einen Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Massnahme ein mit dem Antrag, es sei über den mit Berufungsantwort vom 20. Mai 2019 gestellten Antrag zu Ziff. 1 betreffend Zuständigkeit für die zu erteilende Genehmigung des Wegzuges von C.\_\_\_\_\_ aufgrund Dringlichkeit im Wege einer superprovisorischen Verfügung zu entscheiden (Urk. 84B S. 2; Beilagen Urk. 85/1-2). Mit dem heutigen Entscheid in der Sache wird dieser Antrag obsolet.

Mit Schreiben vom 18. März 2019 überwies die KESB des Bezirks Horgen einen bei ihr hängigen Antrag der Klägerin auf Bewilligung des Aufenthaltsortswechsels von C.\_\_\_\_\_ und einen Antrag des Beklagten u.a. um Regelung seines Ferienbesuchsrechts für die Zeit vom 22. bis 30. April 2019 an die Vorinstanz, welche mit Verfügung vom 5. April 2019 auf diese Anträge nicht eintrat und die Verfahrensakten an die KESB des Bezirks Horgen zurücküberwies (LZ190012-O, Urk. 7/66, Urk. 2 S. 8). Daraufhin wies die KESB des Bezirks Horgen das Begehren um Regelung des Ferienbesuchsrechts mit Beschluss vom 16. April 2019 ab (Urk. 73). Gegen diesen Beschluss erhob der Beklagte Beschwerde beim Bezirksrat (LZ190012-O, Urk. 1 S. 8). Zudem erhob er Berufung gegen den Nichteintre-

tensentscheid der Vorinstanz vom 5. April 2019, auf welche mit Beschluss der Kammer vom 27. Juni 2019 nicht eingetreten wurde (LZ190012-O, Urk. 9).

## **B. Prozessuales**

1. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 569 E. 2.3.3). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen sind im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unabhängig der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

In der Berufungsschrift sind Berufungsanträge zu stellen. Mit den Anträgen ist bestimmt zu erklären, welche Änderungen im Dispositiv des angefochtenen Entscheids verlangt werden. Die Berufungsanträge sind so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung der Berufung zum Urteil erhoben werden können. Aufgrund der reformatorischen Wirkung der Berufung genügt es nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen. Vielmehr muss neben dem Aufhebungsantrag ein Antrag zur Sache gestellt werden. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, soweit für Kinderbelange die Offizial- und Untersuchungsmaxime gilt. Die auf Geldzahlung ge-

richteten Berufungsanträge sind zu beziffern (Art. 296 Abs. 3 ZPO; BGE 137 III 617). 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 (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 16, 20). Eine Rückweisung an die erste Instanz hat indes grundsätzlich die Ausnahme zu bleiben (Art. 318 Abs. 1 ZPO; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBl 2006 7376 Ziff. 5.23.1). Für die Prüfung, ob hinreichende Anträge vorliegen, ist neben den formellen Anträgen auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung abzustellen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 26).

2. Der Beklagte verlangt mit Berufungsantrag Ziffer 1 die Aufhebung von Ziffer 1 der angefochtenen Erstverfügung (Nichteintreten auf Betreuungsregelungsanträge) und mit Berufungsantrag Ziffer 3 die Regelung von Obhut und Betreuung des gemeinsamen Sohnes durch die Vorinstanz, neu unter Berücksichtigung des klägerischen Gesuchs um Bewilligung des Aufenthaltsortwechsels von C.\_\_\_\_\_ nach Deutschland (Urk. 66 S. 2, 6 f.). Damit nimmt der Beklagte eine Klageänderung im Berufungsverfahren vor (Art. 317 Abs. 2 ZPO).

Die Klägerin stellte das Gesuch um Bewilligung des Aufenthaltsortwechsels von C.\_\_\_\_\_ nach Erlass des angefochtenen Entscheids (Urk. 66 S. 6; Urk. 70/8). Es handelt sich demnach um eine neue Tatsache, die zudem unmittelbar Einfluss auf die Beurteilung des strittigen Kindesunterhalts sowie der weiteren Kinderbelange hat und daher mit dem bisherigen Anspruch in engem sachlichen Zusammenhang steht. Die Voraussetzungen für eine zulässige Klageänderung sind damit ohne Weiteres gegeben (Art. 317 Abs. 2 ZPO) und der neue Antrag sowie die dazugehörigen neuen Tatsachenbehauptungen im Berufungsverfahren zuzulassen.

3. Mit Berufungsantrag Ziffer 2 beantragt der Beklagte die Aufhebung des angefochtenen Urteils betreffend Kindesunterhalt und Rückweisung der Sache zu neuer Prüfung und neuem Urteil an die Vorinstanz. Materielle Anträge hierzu stellt er nicht (Urk. 66 S. 2). In der Berufungsbegründung führt er zum Kindesunterhalt im Wesentlichen aus, die Vorinstanz habe aufgrund der Interdependenz zwischen der Frage des Wegzugs und derjenigen des Unterhalts zwingend auch den Un-

terhalt neu zu überprüfen. Ein Entscheid der Kammer über den Wegzug des Kindes sei nicht zulässig, da dies eine bundesrechtswidrige Verkürzung des kantonalen Rechtsmittelwegs zur Folge hätte (Urk. 66 S. 7). Weiter bringt er verschiedene Rügen gegen die vorinstanzliche Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit und seiner Bedarfsberechnung vor, beziffert aber die Höhe des seiner Ansicht nach zu leistenden Kindesunterhalts nicht (Urk. 66 S. 8 ff.). Es bleibt somit offen und ergibt sich nicht aus der Begründung der Berufung, wie der von der Vorinstanz festgesetzte Kindesunterhalt aus Sicht des Beklagten berufsungsweise anzupassen wäre. Auch unter Einbezug der Berufungsbegründung fehlt es somit an materiellen Anträgen in dieser Sache.

Auf Anträge in der Sache kann einzig dann verzichtet werden, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann. Dies ist für einen allfälligen künftigen Kindesunterhaltsanspruch der Fall, der aufgrund der erstinstanzlich zu klärenden Fragen betreffend Wechsel des Aufenthaltsorts resp. Obhutsumteilung zu beurteilen sein wird (vgl. dazu nachstehend E. II.B). Nicht zutreffend ist es hingegen für den von der Vorinstanz aufgrund der bisherigen Verhältnisse rückwirkend ab 1. Mai 2017 festgesetzten Kindesunterhalt. Hierzu wurde das erstinstanzliche Verfahren vollständig durchgeführt und wäre eine Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz möglich. Dass weitere Abklärungen zum bisherigen Kindesunterhalt vorzunehmen seien, insbesondere dessen Anpassung aufgrund der beantragten, von der Vorinstanz zu beurteilenden Betreuungsregelung zu erfolgen habe, macht der Beklagte selbst nicht geltend (Urk. 66). Das Berufungsverfahren ist daher bezüglich des bisherigen Kindesunterhalts spruchreif. Da materielle Anträge dazu fehlen, ist auf die Berufung in diesem Umfang zufolge ungenügender Rechtsbegehren nicht einzutreten (vgl. BGE 137 III 617 E. 6.4).

## II.

### A. Annexzuständigkeit für Betreuungsregelung

1. Die Vorinstanz erwog zur Frage ihrer Zuständigkeit für die Festlegung der Betreuungsregelung, die KESB des Bezirks Horgen habe mit Beschluss vom 11. Dezember 2017 (Beschluss-Nr. 2017-A2-514; Urk. 14/18) den persönlichen

Verkehr zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ geregelt. Die dagegen erhobene Beschwerde beim Bezirksrat Horgen sei noch hängig. Zwar sähen Art. 298b Abs. 3 ZGB und Art. 304 Abs. 2 ZPO im Falle einer Unterhaltsklage die Zuständigkeit des Gerichts infolge Kompetenzattraktion auch für die Regelung der elterlichen Sorge und der weiteren Kinderbelange vor. Vorliegend sei aber während laufendem Rechtsmittelverfahren beim Bezirksrat auf Kindesunterhalt beim Gericht geklagt worden, weshalb die Zuständigkeit abweichend zu beurteilen sei. Würde nämlich auch in der geschilderten Konstellation die Kompetenzattraktion bejaht, hätte dies zur Folge, dass der Bezirksrat als zuständige Rechtsmittelinstanz dem angerufenen Gericht weichen müsse und dessen eigentliche Zuständigkeit bei bereits ergangenen Entscheiden der KESB ausgehebelt würde. Dies sei nicht Sinn und Zweck der Kompetenzattraktion durch das Gericht, die gemäss einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, dem Kindeswohl und der Prozessökonomie zu dienen habe. Die II. Zivilkammer halte fest, die Überweisung eines im zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahren stehenden Obhuts- und Betreuungstreits an ein erstinstanzliches Gericht widerspreche diesen Grundsätzen (OGer ZH PQ170081 vom 2. März 2018, E. 2.2). Gleiches – so die Vorinstanz weiter – müsse im vorliegenden Fall gelten, auch wenn die strittige Betreuungsregelung nicht bereits in einem zweitinstanzlichen, sondern noch im Stadium des erstinstanzlichen Rechtsmittelverfahrens zu beurteilen sei. Eine Überweisung sei nicht prozessökonomisch und widerspreche dem Kindeswohl. Deshalb habe die Entscheidkompetenz hinsichtlich der angefochtenen Belange in solchen Fällen beim Bezirksrat als Rechtsmittelinstanz zu verbleiben (Urk. 67 S. 5 ff.).

2. Der Beklagte rügt berufsungsweise, die Vorinstanz habe durch ihr Nichteintreten auf die Anträge betreffend Betreuungsregelung für C.\_\_\_\_\_ klare gesetzliche Bestimmungen verletzt. Auch wenn es aus prozessökonomischen Gründen in gewissen Situationen eher wenig sinnvoll sein könne, einen im zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahren stehenden Obhutsstreit an ein erstinstanzliches Gericht zu überweisen, könne dies nicht verallgemeinert werden. Selbst wenn, wie vorliegend, ein erstinstanzlicher Entscheid nur von einer Partei und nur in Nebenpunkten angefochten werde, müsse gewährleistet sein, dass die Rechtsmittelinstanz die Kinderbelange umfassend prüfe und regle. Das von der Vorinstanz zitierte Ur-

teil des Obergerichts des Kantons Zürich habe sich sodann auf einen Entscheid der KESB bezogen, der noch vor Inkrafttreten der neuen Kinderunterhaltsbestimmungen ergangen sei (Urk. 66 S. 5).

Die Klägerin geht mit dem Beklagten einig, dass vorliegend das Gericht, nicht die Kindesschutzbehörde für die Regelung sämtlicher Kinderbelange zuständig sei. Sinn und Zweck der Kompetenzattraktion sei die Vermeidung möglicher Doppelspurigkeiten zwischen Gericht und Kindesschutzbehörde, da die Bewertung von Kinderbelangen eine gesamthafte Betrachtung erforderten. Eine isolierte Beurteilung von Besuchskontakten sei nicht möglich, wenn die Frage der Obhut und der Unterhaltshöhe ungeklärt sei, und gelte auch für den Fall eines bereits vorliegenden Entscheids der Kindesschutzbehörde, welcher aufgrund erfolgter Anfechtung nicht rechtskräftig geworden sei. Nur mittels Kompetenzattraktion könne sichergestellt werden, dass die Beurteilung sämtlicher Kinderbelange durch ein und dieselbe Behörde erfolge und nur so könne eine rasche Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung des Kindeswohls gewährleistet werden. Durch den Wechsel der Zuständigkeiten stehe den Parteien eine weitere Instanz zur Verfügung, was im Gegenzug zu einer nicht hinnehmbaren Verkürzung des Instanzenzuges keinen Nachteil darstelle. Der Behördenwechsel von der KESB zum Gericht sei aufgrund des Wortlauts Art. 298 Abs. 3 ZGB zwingend und dieser mangels Regelungslücke nicht auslegungsfähig (Urk. 74 S. 3 ff.).

3.1. Die Kindeschutzbehörde regelt gemäss Art. 298b Abs. 3 ZGB zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge die übrigen strittigen Punkte. Vorbehalten bleibt die Klage auf Leistung des Unterhalts an das zuständige Gericht; in diesem Fall entscheidet das Gericht auch über die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange (Kompetenzattraktion). Unter die weiteren Kinderbelange fallen jedenfalls die Regelung der Obhut, der Betreuungsanteile und des persönlichen Verkehrs (Art. 298b Abs. 3<sup>bis</sup> und Art. 298d Abs. 2 ZGB).

Zu prüfen ist, ob Art. 298b Abs. 3 ZGB im Falle einer Unterhaltsklage dann eine Ausnahme von der Kompetenzattraktion zulässt, wenn die Kindesschutzbehörde bereits einen Entscheid zu den weiteren Kinderbelangen gefällt hat und sich dieses Verfahren vor Rechtsmittelinstanz befindet.

3.2. Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung ist der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist er klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, darf von diesem nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut zielt am "wahren Sinn", d.h. am Rechtssinn der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), ihr Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit andern Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (BGE 142 V 402 E. 4.1; BGE 140 II 80 E. 2.5.3 mit Hinweisen; vgl. auch ZK-Dürr, Art. 1 ZGB N 147 ff.; BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 207 ff.).

3.3. Der Wortlaut von Art. 298b Abs. 3 ZGB hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichts ist klar: Die Annexkompetenz gilt für die weiteren Kinderbelange, sobald eine Unterhaltsklage am Gericht anhängig gemacht wird. Ausnahmen sieht er nicht vor.

Systematisch ist Art. 298b ZGB im Abschnitt "Die elterliche Sorge" unter der Marginalie "A<sup>quater</sup>. Anerkennung und Vaterschaftsurteil" aufgeführt und betrifft mithin die Regelung der Kinderbelange bei unverheirateten Eltern. Für eherechtliche Verfahren wurde mit der Kindesunterhaltsnovelle (AS 2015 4299) unter der Marginalie "C. Kindesschutz" eine weitere Regelung betreffend die Zuständigkeit eingeführt: Art. 315a Abs. 3 ZGB sieht für Kindesschutzmassnahmen eine Ausnahme von der Annexzuständigkeit des Gerichts vor, wenn das Kindesschutzverfahren vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitet wurde resp. bei Dringlichkeit. Dann bleibt die Kindesschutzbehörde trotz grundsätzlich gerichtlicher Zuständigkeit in Ehescheidungs- und Eheschutzverfahren für die Anordnung von Schutzmassnahmen zuständig. Es stellt sich die Frage der analogen Anwendung dieser Ausnahme-Zuständigkeit auf Unterhaltsprozesse (vgl. BK-Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N 377). Sie wird von der Lehre für Kindesschutzmassnahmen bejaht (vgl. Zogg, FamPra.ch 2019, 5). Hinweise auf eine Ausdehnung der Ausnahmeregelung auf "weitere Kinderbelange" aber liegen keine vor. Vielmehr erscheint es aufgrund der Gesetzessystematik und des klaren Wortlauts angezeigt, die analoge Anwendung von Art. 315a ZGB für Unterhaltsklagen auf

Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB zu beschränken, weshalb die Bestimmung für die vorliegende Konstellation nicht einschlägig ist.

Auch den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber weitere Ausnahmen von der Annexzuständigkeit des Gerichts bei hängiger Unterhaltsklage beabsichtigt hätte. Die Botschaft bietet sich nicht als Auslegungshilfe an, da die Kompetenzattraktion gemäss Art. 298b Abs. 3 ZGB ihren Weg ins Gesetz erst in der parlamentarischen Beratung gefunden hat ([www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20130101/N1%20D.pdf](http://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20130101/N1%20D.pdf)). Aus den Ratsprotokollen erhellt, dass mit Art. 298b, Art. 298d ZGB und Art. 304 ZPO die Beseitigung einer Doppelspurigkeit zwischen dem Gericht und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde angestrebt wurde, mit dem Ergebnis, dass jeweils nur eine Stelle für die Regelung aller offenen und streitigen Fragen zuständig sei (AB NR 2014 N 1219).

Zweck der Kompetenzattraktion ist mithin die Bündelung der Verfahren bei einer Behörde. Sie ermöglicht einen ausgewogenen Entscheid über die weiteren Kinderbelange, unter Einbezug sämtlicher, zueinander in Abhängigkeit stehender Aspekte der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuungsregelung und des Kindesunterhalts. Dies entspricht zweifellos dem Kindeswohl, das im Zentrum aller Überlegungen im Kindesrecht zu stehen hat (vgl. Leitfaden neues Unterhaltsrecht, Obergericht des Kantons Zürich, gerichtsübergreifenden Arbeitsgruppe neues Unterhaltsrecht, S. 2). Die Vorinstanz setzt diesem Zweck unter Verweis auf einen Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts Zürich vom 2. März 2018 (OGer ZH PQ170081 vom 2. März 2018, E. 2.2) die Prozessökonomie entgegen. Sie argumentiert unter anderem damit, eine Kompetenzattraktion im Rechtsmittelverfahren würde es den Parteien ermöglichen, einen nicht genehmen Endentscheid der Kindesschutzbehörde der Überprüfung durch die gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelinstanz zu entziehen und statt dessen die betreffenden Kinderbelange in einem Gerichtsverfahren neu anhängig zu machen. Es ist ihr darin beizupflichten, dass ein möglichst rasch gefällter und verbindlicher Entscheid über die Kinderbelange zu einer Konfliktberuhigung beiträgt, welche sich begünstigend auf die Lebensumstände des Kindes auswirkt. Die KESB des Bezirks Horgen hat vorliegend als sachlich zuständige Behörde eine Betreuungsregelung getroffen

(Urk. 14/18). Allerdings ist zu beachten, dass der Entscheid der Kindesschutzbehörde – wird er denn mit Beschwerde angefochten – vorbehältlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung nicht vollstreckbar ist (Art. 450c ZGB). Die Beschwerde an den Bezirksrat ist ein ordentliches Rechtsmittel. Mit ihr können im Sinne der §§ 64 ff. EG KESR i.V.m. den Art. 450-450c ZGB eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, Unangemessenheit sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung gerügt werden (vgl. Art. 450a ZGB). Es kommen – da Kinderbelange zu beurteilen sind – die Untersuchungs- und die Officialmaxime zum Tragen (vgl. § 65 EG KESR, Art. 446 Abs. 1 ZGB sowie Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO und Urteil des BGer 5A\_528/2015 vom 21. Januar 2016, E. 2). Mithin ist die Beschwerdeinstanz grundsätzlich befugt, ohne Bindung an die Parteianträge und deren Vorbringen nochmals neu zu entscheiden. Vor diesem Hintergrund verliert das Argument an Gewicht, wonach bei Bejahung der Kompetenzattraktion für ein im Rechtsmittelverfahren stehendes Verfahren der Kindesschutzbehörde wiederum gänzlich neue Tatsachen vorgebracht werden könnten, was zu Verzögerungen führte. Beide Verfahren, dasjenige vor Bezirksgericht wie auch vor Bezirksrat, sind der Untersuchungs- und Officialmaxime unterworfen, beide Behörden verfügen über volle Kognition und wenden dasselbe materielle Recht an. Darüber hinaus sind für die Anordnungen der weiteren Kinderbelange stets die aktuellen Gegebenheiten massgebend; sie wirken – anders als die Festsetzung von Unterhalt – stets für die Zukunft, nicht rückwirkend. Weiter ist es dem Gericht im Rahmen der Untersuchungsmaxime unbenommen, sämtliche Abklärungen der Kindesschutzbehörde in ihren Entscheid miteinzubeziehen, was das von der Kindesschutzbehörde geführte Verfahren nicht obsolet macht. Schliesslich ist ein Wechsel der Zuständigkeiten im Laufe eines Prozesses über Kinderbelange nicht systemfremd, wie ein Blick auf Verfahren betreffend den Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes zeigt (Art. 301a Abs. 2 ZGB). Die Bündelung der Verfahren bei einer Behörde ermöglicht angesichts der klaren Abhängigkeit der verschiedenen Rechtsfragen voneinander (Obhut, Unterhalt, Betreuungsregelung) einen ausgewogenen Entscheid über sämtliche Kinderbelange. Die durch die Kompetenzattraktion vermiedene Doppelspurigkeit durch Entscheide verschiedener Behörden liegt zweifellos im Interesse des Kindeswohls und ist Sinn und Zweck der anzuwendenden Bestimmung. Dies muss auch dann gelten, wenn das Verfahren der

Kindesschutzbehörden bereits vor Rechtsmittelinstanz steht, zumal eine Sistierung des Unterhaltsprozesses bis zum Entscheid der Rechtsmittelbehörden betreffend die weiteren Kinderbelange ebenfalls zu Verzögerungen führt. Die Problematik des "Aushebelns" der Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz (Urk. 67 S. 6) fällt angesichts der Vorteile einer Gesamtschau über sämtliche Kinderbelange und eines "Urteils aus einer Hand" deutlich weniger ins Gewicht. Inwiefern darüber hinaus in objektiver Hinsicht eine Beurteilung der Sache durch das Gericht statt durch den Bezirksrat das Kindeswohl tangierte, erschliesst sich nicht.

3.4. Der Wortlaut von Art. 298b Abs. 3 ZGB ist klar und deckt sich mit dessen Auslegung nach den verschiedenen Auslegungskriterien. Es gibt somit keinen Anlass zur Annahme, der Wortlaut ziele am Rechtssinn der Regelung vorbei. Mit Blick auf die zu einem klaren Ergebnis führende Auslegung der Gesetzesbestimmung kann ferner das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke ausgeschlossen werden. Folglich ist nicht davon auszugehen, der Gesetzgeber habe für den Fall, dass das Verfahren der Kindesschutzbehörde bereits im Rechtsmittelverfahren steht, von einer Annexkompetenz der Gerichte abweichen wollen. Vielmehr ist auch in dieser Konstellation die Annexkompetenz der Vorinstanz zu bejahen.

## **B. Annexzuständigkeit für Bewilligung des Aufenthaltsortswechsels**

1.1. Die Klägerin ersuchte während laufender Berufungsfrist mit Eingabe vom 6. Februar 2019 bei der KESB des Bezirks Horgen um Zustimmung zum Wechsel des Aufenthaltsortes von C.\_\_\_\_\_ nach Deutschland (Urk. 66 S. 6; Urk. 70/8). Der Beklagte verweigerte die Einwilligung zum Wegzug und beantragte seinerseits die Obhut für C.\_\_\_\_\_ (LZ190012-O, Urk. 7/67/109 S. 2). Der Antrag der Klägerin wurde von der KESB des Bezirks Horgen zusammen mit den Anträgen des Beklagten auf Festlegung einer Betreuungsregelung von 22. April 2019 bis 30. April 2019 an die Vorinstanz überwiesen, welche nicht auf sie eintrat (LZ190012-O, Urk. 2 und 5/4). Sie tat dies mit der Begründung, die Kompetenzattraktion beim Gericht habe nicht zum Zweck, für jene Fälle, in welchen der Entscheid über die Unterhaltsansprüche bei oberen Rechtsmittelinstanzen noch hängig sei, eine parallele Kompetenz zwischen dem mit der Sache nicht mehr befassten erstinstanzlichen Gericht und der prioritär zuständigen KESB für die Dauer der Rechtsmittelverfahren zu schaffen (LZ190012-O, Urk. 2 S. 6).

1.2. Im vorliegenden Berufungsverfahren beantragen nunmehr beide Parteien die Beurteilung des Antrags auf Bewilligung des Aufenthaltsortswechsels von C.\_\_\_\_\_ durch die Vorinstanz, zusammen mit der Regelung der weiteren Kinderbelange (Urk. 66 S. 2, 6 ff.; Urk. 74 S. 2 ff.).

2.1. Der Entscheid über die Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes C.\_\_\_\_\_ (Relocation) richtet sich nach Art. 301a Abs. 2 ZGB. Zuständig ist die Kindeschutzbehörde oder das Gericht.

2.2. Das Gesetz ordnet – wie erwähnt – im Rahmen eines hängigen Unterhaltsprozesses in Art. 298b Abs. 3 ZGB, Art. 298d Abs. 3 ZGB und Art. 304 Abs. 2 ZPO die gerichtliche Kompetenzattraktion für "die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange" an. Vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich aufgeführt wird die Annexzuständigkeit des Unterhaltungsgerichts für den Entscheid über die Bewilligung eines Aufenthaltsortswechsels des Kindes (Art. 301a Abs. 2 ZGB) oder für Kindeschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB). Dass sich die Kompetenzattraktion des Unterhaltungsgerichts auch darauf beziehen muss, wird von der Lehre durchwegs bejaht (vgl. BSK ZPO-Moret/Steck, Art. 304 N 6a betr. Kindeschutzmassnahmen; Senn, FamPra.ch 2017, 984 f. betr. Art. 301a ZGB). Der Zweck von Art. 301a Abs. 2 ZGB besteht denn auch nicht darin, den Umzug eines Elternteils zu verhindern, sondern die Eltern dazu zu bewegen, vor einem Umzug dessen Auswirkungen auf die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge zu prüfen und wenn nötig die bestehende Regelung über die Kinderbelange anzupassen. Die Verlegung des Aufenthaltsortes ist bei Uneinigkeit der Eltern ausgerichtet am Kindeswohl zu beantworten (Art. 301a Abs. 5 ZGB; BBI 2011 9108 zu Art. 301a). Dabei wird das bisher gelebte Betreuungsmodell faktisch den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden. Zudem sind weitere Facetten der konkreten Situation zu beachten, namentlich die Erziehungsfähigkeit und die Betreuungsmöglichkeit der Eltern, sprachliche Intergration und inwiefern der Umzug in eine wirtschaftlich und sozial abgesichertes Umfeld erfolgt, welches eine gewisse Stabilität der Verhältnisse garantiert. Die Konturen des Wegzuges müssen für die Beurteilung feststehen, weil der behördliche Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes auf konkreten Grundlagen fussen muss. Aus dem gesetzlichen Konzept ergibt sich sodann, dass die entscheidende Behörde – mit

Wirkung ab dem tatsächlichen Wegzug des auswandernden Elternteils – die Betreuung-, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung anzupassen hat (Art. 301a Abs. 5 ZGB). Materiell bildet die Regelung im Sinn von Art. 301a Abs. 5 ZGB ein notwendiger Bestandteil des Entscheides über den Wegzug (BGE 142 III 502 E. 2.6). Wie das Bundesgericht dazu feststellte, lassen sich diese Fragen im internationalen Verhältnis auch aus prozessualen Gründen nicht abspalten, weil mit dem Wegzug des Kindes in der Regel die schweizerische Entscheidzuständigkeit in Bezug auf die Ausgestaltung der Eltern-Kind-Beziehung verloren geht. Die legislatorischen Motive würden unterlaufen, wenn ausschliesslich über die Frage des Wegzuges des Kindes befunden und dem zurückbleibenden Elternteil zugemutet würde, notwendige Anpassungen in Bezug auf die Eltern-Kind-Beziehung im Ausland einzuklagen (BGE 142 III 481 E. 2.3 und 2.8 mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 2 HKsÜ und Art. 5 Ziff. 2 lit. a und c LugÜ). Wird die Bewilligung für den Wechsel des Aufenthaltsortes erteilt, ist daher auch über die Anpassung aller Kinderbelange gemäss Art. 301a Abs. 5 ZGB zu befinden. Zudem gilt zu beachten, dass der Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsortes faktisch definitiven Charakter hat, ist doch mit der Bewilligung der transnationalen Verlegung des Aufenthaltsortes des Kindes - wie erwähnt - auch ein Wechsel der Jurisdiktion in Bezug auf die Kinderbelange verbunden. Die Kompetenzattraktion erscheint daher aufgrund des engen Sachzusammenhangs der Themen und dem Grundsatz der "Einheit des Wegzugentscheids" (Art. 301a Abs. 5 ZGB) geradezu zwingend. Folglich ist die Annexkompetenz des mit dem Kindesunterhalt befassten Gerichts für den Entscheid über den Aufenthaltsortswechsel zu bejahen.

### C. Fazit

1. Nach Auslegung von Art. 298b Abs. 3 ZGB ist nicht davon auszugehen, der Gesetzgeber habe für den Fall, dass das Verfahren der Kindesschutzbehörde bereits im Rechtsmittelverfahren steht, von der Kompetenzattraktion abweichen wollen. Vielmehr ist die Annexkompetenz der Vorinstanz zur Regelung der weiteren Kinderbelange auch in dieser Konstellation zu bejahen. Dies gilt zunächst für die vor Vorinstanz gestellten Anträge auf Regelung der Betreuung des Sohnes. Was die Zuständigkeit zur Beurteilung eines Aufenthaltsortswechsels im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB anbelangt, ergibt sich aus dem gesetzlichen Konzept, dass die entscheidende Behörde – mit Wirkung ab dem tatsächlichen Wegzug des auswandernden Elternteils – die Betreuungs-, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung zu regeln bzw. anzupassen hat (Art. 301a Abs. 5 ZGB). Da die Regelung im Sinn von Art. 301a Abs. 5 ZGB notwendiger Bestandteil des Entscheides über den Wegzug ist, ist die sachliche Zuständigkeit des Unterhaltsgerichts auch für den Entscheid über die Bewilligung eines Aufenthaltsortswechsels von C.\_\_\_\_\_ nach Deutschland zu bejahen. Daran ändert nichts, dass auf die Berufung gegen das angefochtene Unterhaltsurteil nicht einzutreten ist, dieses damit (mit Ausnahme der Kosten- und Entschädigungsfolgen; Dispositiv Ziffer 6 bis 8) in Rechtskraft erwächst und die Vorinstanz mit der ursprünglichen Unterhaltsklage nicht mehr befasst ist. Über die Anpassung des Unterhaltsbeitrages gemäss Art. 301a Abs. 5 ZGB kann die Kindesschutzbehörde gemäss Art. 298d Abs. 3 ZGB bei einem Wechsel des Aufenthaltsortes nämlich nicht befinden (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 301a N 26; BK-Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 301a N 40). Dass eine solche Anpassung mit Blick auf den beabsichtigten Wegzug der Klägerin nach Deutschland zumindest zu prüfen sein wird, ist – entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 74 S. 9) – absehbar (vgl. Urk. 66 S. 7, S. 11 f.), auch wenn der Beklagte noch keinen Antrag zur Höhe des Beitrags gestellt hat. Der Bezirksrat Horgen und die KESB des Bezirks Horgen sind von dieser Auffassung der Kammer in Kenntnis zu setzen. Hinsichtlich des angefochtenen Kindesunterhalts ist die Sache betreffend die bisherigen Unterhaltsbeiträge spruchreif. Da der Beklagte dazu in der Berufung keinen Sachantrag gestellt hat, fehlt es insofern an

einem ausreichenden Rechtsmittelbegehren. Insofern ist auf die Berufung nicht einzutreten.

2. Die Berufung erweist sich demzufolge als teilweise begründet. Sie ist gutzuheissen, soweit auf sie einzutreten ist.

3. Das Verfahren ist nicht spruchreif. Mit Ausnahme des Kindesunterhalts wurde zu den weiteren Kinderbelangen sowie dem neuen Antrag betreffend Bewilligung zum Aufenthaltsortswechsel von C.\_\_\_\_\_ resp. Obhutswechsel erstinstanzlich kein (vollständiges) Verfahren durchgeführt. Insofern rechtfertigt sich daher eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

Folglich ist Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Erstverfügung aufzuheben. Weiter ist auf die Berufung betreffend den Kindesunterhalt mangels ausreichendem Rechtsmittelbegehren nicht einzutreten. Das angefochtene Urteil erwächst mithin in Rechtskraft, wobei die Vorinstanz im Rahmen der Beurteilung des Antrags auf Aufenthaltsortswechsel resp. auf Obhutsunteilung eine Anpassung der Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 289d Abs. 3 ZGB zu prüfen haben wird. Die Sache ist zur Vervollständigung des Sachverhalts gemäss den vorstehenden Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### III.

#### A. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Beide Parteien haben für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (Urk. 66 S. 2; Urk. 74 S. 2).

2. Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Unter denselben Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Beklagte bezog im Jahre 2018 ein Krankentaggeld von monatlich Fr. 4'835.– (Urk. 8/4; Urk. 66 S. 9 f.). Nach Wiederaufnahme seiner Erwerbstätigkeit (im Februar 2019, Urk. 70/5) zu 60% ist zusammen mit dem mutmasslich ausbezahlten Krankentag-

geld von monatlich Fr. 1'208.– (Urk. 66 S. 10) und einem Bruttolohn von Fr. 3'504.– (inkl. 13. Monatslohn; Urk. 70/5) von einem Nettoeinkommen von rund Fr. 4'217.– auszugehen (Urk. 66 S. 9 f.; Urk. 70/5, Urk. 70/6, Urk. 70/11). Diesen Einkünften stehen – unter Berücksichtigung der erhöhten Krankenkassenprämie (Urk. 70/7) – glaubhaft gemachte, monatliche Ausgaben von Fr. 3'900.– gegenüber (Urk. 67 S. 17 ff). Dazu kommen die geschuldeten, allerdings unregelmässig bezahlten monatlichen Kindesunterhaltsbeiträge von Fr. 950.–. Weiter erscheint glaubhaft, dass der Beklagte über kein nennenswertes Vermögen verfügt (Urk. 8/11), weshalb er als mittellos zu gelten hat. Dies gilt auch für die Klägerin, die derzeit keiner Erwerbstätigkeit nachgeht und Sozialhilfe bezieht (Urk. 74 S. 9; Urk. 76/1). Die Prozessstandpunkte der Parteien im Berufungsverfahren können nicht als aussichtslos bezeichnet werden und beide waren auf rechtlichen Beistand angewiesen. Somit ist ihnen für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und dem Beklagten in der Person von Rechtsanwalt M.A. HSB in Law, lic. phil. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand, der Klägerin in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

## **B. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 und § 5 Abs. 1 und 2 GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.
2. Die Verteilung der Prozesskosten und die Regelung der Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bleiben dem dafür massgeblichen vorinstanzlichen Endentscheid vorbehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Dies gilt auch für die erstinstanzlich erhobenen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 6, 7 und 8; Urk. 67 S. 31), welche aufzuheben und von der Vorinstanz neu festzusetzen und zu verlegen sind.

### **Es wird beschlossen:**

1. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und der Klägerin wird Rechtsanwältin Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_ als

unentgeltliche Rechtsbeiständin, dem Beklagten Rechtsanwalt M.A. HSG in Law, lic. phil. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

2. Die Erstverfügung (Nichteintreten auf Betreuungsregelungsanträge) sowie die Dispositiv-Ziffern 6 bis 8 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 25. Januar 2019 werden aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Auf den Berufungsantrag Ziffer 2 betreffend Kinderunterhalt wird nicht eingetreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Verteilung der Prozesskosten samt Regelung der Entschädigungsfolgen des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 81-83/12+13, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 84B und 85/1-2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen, an den Bezirksrat Horgen sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen unverzüglich an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Dispositiv Ziffer 2) und ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG (Dispositiv Ziffer 3).

Es handelt sich um eine teilweise vermögensrechtliche Angelegenheit (Unterhalt) mit einem Fr. 30'000.– übersteigenden Streitwert.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 27. Juni 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:  
bz