

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ200006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N.A. Gerber

Beschluss und Urteil vom 18. Mai 2020

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin 1

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

sowie

B. _____,

weitere Verfahrensbeteiligte und Berufungsklägerin 2

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

C. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Bülach vom 28. November 2019 (FK190009-C)**

Rechtsbegehren:

A. Der Klägerin resp. der Verfahrensbeteiligten:

Ursprüngliches Rechtsbegehren (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Kindsmutter für das gemeinsame Kind A. _____ (geb. tt.mm.2008) angemessene Unterhaltsbeiträge, rückwirkend ab Klageeinleitung, zahlbar jeweils im Voraus, auf den ersten eines jeden Monats zu bezahlen.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie seine Lebenshaltungskosten offen zu legen zwecks Bezifferung der Unterhaltszahlungen.
3. Es sei das Besuchsrecht zwischen A. _____ und dem Beklagten zu regeln.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Zuletzt aufrecht erhaltene Rechtsbegehren (Urk. 38 S. 1):

- "1. Ziffer 1.2. und Ziffer 2 der Vereinbarung betreffend Unterhalt etc. vom 12. September 2019 seien nicht zu genehmigen.
2. Es sei das gemeinsame Kind der Parteien A. _____ unter der Obhut der Klägerin zu belassen.
3. Es sei der Beklagte zu verpflichten, A. _____ jeden Mittwoch zu betreuen sowie jedes zweite Wochenende zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, für A. _____ monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe der Kinderrenten von Fr. 1'119.– zu bezahlen."

B. Des Beklagten:

Ursprüngliches Rechtsbegehren (Urk. 10 S. 2):

- "1. Es sei die Obhut über A. _____, geb. tt.mm 2008, dem Beklagten zuzuteilen.
2. Es sei das Besuchsrecht zwischen der Klägerin und der Kindsmutter, B. _____, gerichtsüblich zu regeln.
3. Im Übrigen sei die Klage abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten der Klägerin."

Zuletzt aufrecht erhaltenes Rechtsbegehren (Urk. 40; sinngemäss):

Es sei die Vereinbarung vom 12. September 2019 betreffend Unterhalt etc. zu genehmigen.

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht
Bülach vom 28. November 2019 (Urk. 77 = Urk. 86):**

1. Die Tochter A. _____, geboren am tt.mm 2008, wird unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Eltern belassen.
2. Die Vereinbarung der Parteien vom 12. September 2019 wird im Übrigen vorgemerkt und genehmigt. Sie lautet wie folgt:

1. Elterliche Sorge und Betreuung

- 1.1. Elterliche Sorge

Die Eltern beantragen dem Gericht, die gemeinsame elterliche Sorge für die Tochter A. _____, geboren tt.mm 2008, zu belassen.

Entsprechend sind die Eltern verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien **[recte: den Eltern]** ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Tochter der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und dem Kind hat.

- 1.2. Betreuung

Die Parteien **[recte: die Eltern]** beantragen, es sei eine wechselnde Betreuung für die Tochter festzulegen. Die Tochter wird den zivilrechtlichen Wohnsitz beim Vater haben.

Der Vater soll die Tochter von Sonntagabend bis Mittwoch, 17:00 Uhr, betreuen (inkl. Übernachtungen).

Von Mittwochabend, 17:00 Uhr, bis und mit Freitag, 19:00 Uhr, wird die Tochter von der Mutter betreut (inkl. Übernachtungen).

Die Mutter soll berechtigt sein, die Tochter am ersten und dritten Wochenende jedes Monats jeweils ab Freitagabend, 19:00 Uhr, bis Sonntagabend, 19:00 Uhr, zu betreuen.

Die Mutter soll berechtigt sein, die Tochter für fünf Wochen jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen. Die restliche Schulferienzeit soll die Tochter mit dem Vater verbringen.

Die Schulferienbetreuung ist mindestens drei Monate im Voraus anzukündigen.

Eine abweichende Betreuung nach gegenseitiger Absprache bleibt vorbehalten.

1.3. Erziehungsgutschriften

Die Parteien **[recte: die Eltern]** vereinbaren, dass die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten den Parteien **[recte: den Eltern]** je zur Hälfte angerechnet werden. Die Parteien **[recte: die Eltern]** werden die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung informieren.

2. Kinderunterhalt

Die Parteien verzichten gegenseitig auf Kinderunterhaltsbeiträge.

Die Parteien halten dabei fest, dass die Kinderrente (bezogen durch den Vater) und die Kinderzulagen (bezogen durch die Mutter) beim jeweils beziehenden Elternteil verbleiben und zur Deckung des Barunterhalts von A. _____ zu verwenden sind.

Die Parteien **[recte: die Eltern]** übernehmen diejenigen Kosten für die Tochter, die während der Zeit anfallen, die sie beim betreuenden Elternteil verbringt (insb. Verpflegung, Anteil Miete) jeweils selber.

Der Vater verpflichtet sich, die Alltagskleidung, die Krankenkassenprämien und die Hobbies der Tochter aus der Kinderrente zu finanzieren.

Darüber hinaus verpflichtet sich der Vater ab Auszug aus der gemeinsamen Wohnung der Mutter bis und mit Juli 2020 einen monatlichen Betrag von Fr. 275.– zu bezahlen, welcher von der Mutter für den Barbedarf von A. _____ zu verwenden ist. Ab August 2020 reduziert sich dieser Betrag auf Fr. 250.– pro Monat bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung.

Darüber hinausgehende ausserordentliche Kinderkosten (mehr als Fr. 300.– pro Ausgabe-position, z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen etc.) übernehmen die Parteien **[recte: die Eltern]** je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich die Parteien **[recte: die Eltern]** vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

3. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde von folgenden finanziellen Verhältnissen ausgegangen:

Einkommen Mutter: Fr. 3'700.– (Netto Berufseinkommen)

Einkommen Vater: Fr. 3'340.– (IV- und BV-Rente)

Einkommen A. _____ :

	von	bis und mit	Bemerkung
Fr. 1'319.–	-	30. Juni 2020	Familienzulage und Kinderrente
Fr. 1'369.–	1. Juli 2020	-	Familienzulage und Kinderrente

Vermögen:

Mutter	kein Vermögen
Vater	kein Vermögen
A. _____	kein Vermögen

Bedarfsberechnung:

Vater	Fr. 3'300.–
Mutter	Fr. 3'650.–
A. _____	Fr. 1'278.–

4. Rückwirkende Kinderzulagen

Die Parteien [**recte: die Eltern**] vereinbaren, die rückwirkend bezogenen Kinderzulagen für A. _____ (bisher Fr. 4'800.–; Fr. 5'600.– noch ausstehend) auf ein auf die Tochter lautendes Konto bei der Raiffeisenbank einzuzahlen, wobei sicherzustellen ist, dass beide Parteien [**recte: die Eltern**] nur gemeinsam über das Konto verfügen können.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien [**recte: die Eltern**] übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

Verlangt eine Partei die Begründung des Urteils, trägt sie die dadurch entstehenden Mehrkosten allein.

3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'100.–; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 592.50 Dolmetscherkosten

Fr. 2'692.50 Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

4. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten und der weiteren Verfahrensbeteiligten je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen. Die Mehrkosten für ein begründetes Urteil trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.
5. Vom gegenseitigen Verzicht auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
6. (Mitteilungssatz)
7. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Klägerin / Berufungsklägerin 1 und der Verfahrensbeteiligten / Berufungsbe-
klagten 2 (Urk. 85 S. 2 f.):

- "1. Es sei in Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom 28. November 2019 die Vereinbarung der Parteien vom 12. September 2019 bezüglich der Ziffern 1.2 und 2 nicht zu genehmigen.
2. Es sei das gemeinsame Kind der Parteien A._____ (geb. tt.mm.2008) unter der Obhut der weiteren Verfahrensbeteiligten zu belassen.
3. Es sei der Berufungsbeklagte berechtigt zu erklären, A._____ jeden Mittwoch inklusive Übernachtung zu betreuen sowie jedes zweite Wochenende zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ferner sei der Berufungsbeklagte überdies berechtigt zu erklären, 8 der 13 Schulferienwochen, nach vorgängiger Absprache mit der Berufungsklägerin, mit A._____ zu verbringen.
4. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, für A._____ monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe der Kinderrenten von CHF 1'119.- zu bezahlen.
5. Im Übrigen sei die Vereinbarung der Parteien vom 12. September 2019 zu genehmigen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten."

Prozessuale Anträge:

- "1. Es sei der Inhaberin der elterlichen Gewalt, der Berufungsklägerin als weiterer Verfahrensbeteiligten, die unentgeltliche Rechtspflege zu ge-

währen und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2. Es sei die Hemmung der Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils anzuordnen."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 95 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin 2."

Prozessualer Antrag:

"Es sei dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeistandin zur Seite zu stellen."

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) und die Verfahrensbeteiligte und Berufungsklägerin 2 (fortan Verfahrensbeteiligte) sind die unverheirateten Eltern der Klägerin und Berufungsklägerin 1 (fortan Klägerin), geb. am tt.mm 2008. Mit Eingabe vom 12. März 2019 reichte die Klägerin vor Vorinstanz eine Klage auf Unterhalt und Regelung des persönlichen Verkehrs ein (Urk. 2). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 77 E. 1 = Urk. 86 E. 1). Hervorzuheben ist, dass die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. September 2019 eine Vereinbarung schlossen (Urk. 27). Nach durchgeführter Kinderanhörung der Klägerin (vgl. Prot. I S. 26 ff.) beantragten die Klägerin bzw. die Verfahrensbeteiligte, damals noch vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____, mit Eingabe vom 30. Oktober 2019 (Urk. 38) die Nichtgenehmigung der Ziffern 1.2 und 2 der Vereinbarung vom 12. September 2019, während der Beklagte mit Eingabe vom 31. Oktober 2019 (Urk. 40) um Genehmigung der Vereinbarung ersuchte. Am 28. November 2019 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene, zunächst unbegründete Urteil (Urk. 52). Die begründete Fassung des Ent-

scheides (Urk. 77 = Urk. 86) wurde den Parteien am 21. Januar 2020 zugestellt (vgl. Urk. 79).

2. Hiergegen erhob Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ mit Eingabe vom 20. Februar 2020 explizit im Namen der Klägerin und der Verfahrensbeteiligten innert Frist Berufung mit den oben aufgeführten Anträgen (Urk. 85 S. 2 f.). Auf das gleichzeitig gestellte Gesuch um Anordnung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 27. Februar 2020 nicht eingetreten (Urk. 91). Die Berufungsantwort des Beklagten datiert vom 16. April 2020 (Urk. 95). Sie wurde den Gegenparteien mit Verfügung vom 22. April 2020 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 98). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

II.

1. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Unangefochten blieben die Dispositiv-Ziffern 1 und 2.1.1 (elterliche Sorge) sowie 2.1.4 (Rückwirkende Kinderzulagen) des vorinstanzlichen Urteils. Dies ist vorzumerken. Im Übrigen (Betreuung, Erziehungsgutschriften, Kinderunterhalt und Grundlagen der Unterhaltsberechnung) stellt die Vereinbarung ein untrennbares Ganzes dar und erfolgt hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen keine Vormerknahme der Teilrechtskraft.

2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genann-

ten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.).

3. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die von den Parteien erstmals im Berufungsverfahren eingereichten Urkunden sowie die daraus abgeleiteten Vorbringen der Parteien sind somit im Berufungsverfahren zu berücksichtigen.

III.

1. Die Berufung richtet sich primär gegen die vorinstanzliche Genehmigung von Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. September 2019, welche eine wechselnde Betreuung für die Klägerin vorsieht (Urk. 77, Dispositiv-Ziffer 2), und es wird die Zuteilung der alleinigen Obhut über die Klägerin an die Verfahrensbeteiligte sowie die Betreuung der Klägerin durch den Beklagten an jedem Mittwoch, an jedem zweiten Wochenende sowie während acht der dreizehn Schulferienwochen beantragt (Urk. 85, Berufungsanträge 1-3).

2.1. Die Vorinstanz erwog, was den von der Klägerin geäusserten Wunsch betreffe, sei zunächst zu beachten, dass die Klägerin 11-jährig sei und damit an der Grenze zur Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Obhutsfrage stehe. Weiter sei der Klägerin von den Eltern die in der Vereinbarung vorgesehene Betreuungsregelung offensichtlich unzutreffend erklärt worden, sei sie doch davon ausgegangen, dass sie mehrheitlich beim Vater sein würde, während sich die Betreuungsanteile der Eltern gemäss Vereinbarung tatsächlich in etwa die Waage halten würden. Schliesslich sei aufgrund der Kinderanhörung nicht davon auszugehen, dass der von der Klägerin zunächst geäusserte Wunsch (Obhut bei der Mutter) tatsächlich ihrem Willen entspreche. Die Art und Weise, wie die Klägerin diesen Wunsch geäussert habe, habe sich nicht mit ihrem sonstigen Auftreten während des Gesprächs gedeckt. Stattdessen sei der starke Eindruck entstanden, dass ihr aufgetragen worden sei, dies so gegenüber dem Gericht auszuführen. Auch habe sich im weiteren Gespräch auf Nachfrage hin gezeigt, dass sie eigentlich einen grösseren Betreuungsanteil durch den Vater begrüssen würde und eine hälftige Aufteilung der Betreuung aus ihrer Sicht funktionieren könnte. Auch der Wunsch der Klägerin selber spreche somit nicht gegen eine alternierende Obhut (Urk. 77 E. 3.10).

2.2. Mit diesen nachvollziehbaren vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich die Verfahrensbeteiligte (respektive die Klägerin) in der Berufungsschrift nicht hinreichend auseinander. Vielmehr belässt sie es in Rz. 14 f. der Berufungsschrift (Urk. 85) dabei, ihren bereits in der Stellungnahme zum Protokoll der Kinderanhörung vom 30. Oktober 2019 vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt, wonach

die vereinbarte Betreuungsregelung nicht dem Kindeswille entspreche (vgl. Urk. 38 S. 2), wörtlich zu wiederholen. Insofern genügen ihre Ausführungen den in Erwägung II.2 genannten Anforderungen an eine hinreichende Berufungsbegründung im Sinne von Art. 311 ZPO nicht. Dasselbe gilt, soweit die Verfahrensbeteiligte in Rz. 16 der Berufungsschrift (Urk. 85) bloss im Protokoll der Kinderanhörung vom 23. Oktober 2019 wiedergegebene Aussagen der Klägerin zitiert, welche von der Vorinstanz in der vorstehend dargelegten Erwägung eingehend gewürdigt wurden. Ohnehin sind selbst diese von der Verfahrensbeteiligten - wie der Beklagte in Rz. 16.4 der Berufungsantwort (Urk. 95) zu Recht moniert - aus dem Zusammenhang gerissenen Zitatstellen der Kinderanhörung ohne Weiteres mit einer hälftigen Betreuung der Klägerin durch beide Elternteile zu vereinbaren; dass sich die Klägerin eine primäre Betreuung durch die Verfahrensbeteiligte (im Sinne einer alleinigen Obhut der Verfahrensbeteiligten) wünscht, lässt sich daraus - entgegen der Verfahrensbeteiligten - keineswegs ableiten.

2.3. Der Vollständigkeit halber bleibt hinsichtlich des Vorbringens der Verfahrensbeteiligten, wonach Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. September 2019 nicht zu genehmigen sei, da sie nicht dem Kindeswille entspreche und damit nicht im Kindeswohl liege (Urk. 85 Rz. 15 f.), Folgendes festzuhalten: Zwar gilt es insbesondere bei älteren Kindern einen konstant und nachdrücklich geäusserten Willen ernst zu nehmen und bei der Entscheidfindung zu berücksichtigen (vgl. BGE 122 III 401 E. 3b; BGer 5A_107/2007 vom 16. November 2007, E. 3.2). Indes steht es gemäss der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung letztlich nicht im Belieben des Kindes zu entscheiden, bei welchem Elternteil es aufwachsen möchte (vgl. BGE 134 III 88 E. 4; BGer 5A_764/2009 vom 11. Januar 2010, E. 5.5; BGer 5A_799/2013 vom 2. Dezember 2013, E. 5.7). Weiter bildet - wovon die Vorinstanz zutreffenderweise ausging (vgl. Urk. 77 E. 3.5) - der vom Kind geäusserte Wille nicht das alleinige Element bei der richterlichen Entscheidfindung betreffend Obhutsregelung, andernfalls der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt würde, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen können (BGer 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014, E. 4.4; BGer 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016, E. 5.2). Insbesondere kann es nicht darum gehen, dem Kind die Verantwortung für die Regelung der Obhutzuteilung zu übertragen.

Schliesslich erscheint auch widersprüchlich, wenn die Verfahrensbeteiligte einerseits vorbringen lässt, Ziffer 1.2 der Vereinbarung vom 12. September 2019 entspreche nicht dem Kindeswille und damit dem Kindeswohl, gleichzeitig aber ein ausgedehntes Besuchsrecht des Beklagten von jedem Mittwoch inklusive Übernachtung, jedem zweiten Wochenende und acht von dreizehn Schulferienwochen beantragen lässt (Urk. 85, Berufungsantrag 3), welches sich mithin im Umfang nicht wesentlich von der in der Vereinbarung getroffenen Betreuungsregelung unterscheidet.

3. Die Verfahrensbeteiligte macht im Berufungsverfahren neu geltend, die Situation habe sich in den vergangenen vier Monaten verschärft. Das Verhältnis der Klägerin zum Beklagten habe sich merklich verschlechtert. Die Klägerin sehe den Beklagten ab und zu noch, habe aber seit drei Monaten nicht mehr bei ihm übernachtet (Urk. 85 Rz. 17).

Die Verfahrensbeteiligte beschränkt sich auf dieses unsubstantiierte Vorbringen und unterlässt es konkret darzutun, aus welchen Gründen sich die Beziehung der Klägerin zum Beklagten nunmehr in eine negative Richtung entwickelt haben und es zu einer massiven Reduktion der Kontakte gekommen sein soll. Gründe dafür sind denn auch nicht ersichtlich. Die Verfahrensbeteiligte selbst hob nämlich während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens stets die guten Vaterqualitäten des Beklagten hervor (vgl. Urk. 2 S. 6; Urk. 24 S. 4; Prot. I S. 6) und führte auch noch an der Hauptverhandlung vom 12. September 2019 - wie im Übrigen auch der Beklagte (Prot. I S. 15) - aus, die Beziehung der Klägerin zum Beklagten sei sehr gut (Prot. I S. 21). Die im Schreiben von lic. phil. Z. _____ vom 15. Januar 2020 (Urk. 89/17) - auf das die Verfahrensbeteiligte in Rz. 18 ihrer Berufungsschrift (Urk. 85) verweist - wiedergegebenen Vorwürfe der Klägerin an die Adresse des Beklagten, wonach sie sich von ihm kontrolliert fühle und nicht mehr zu ihm gehen wolle, u.a. weil er sie an den Ohren ziehe und sie am Arm festhalte, wenn sie nicht mache, was er von ihr verlange, wurden vom Beklagten - unter Hinweis auf eine entsprechende Beeinflussung der Klägerin durch die Verfahrensbeteiligte - in Abrede gestellt (vgl. Urk. 95 Rz. 17.1). Es fällt sodann auf, dahingehend ist mit dem Beklagten einig zu gehen, dass vor Vorinstanz weder von

der Verfahrensbeteiligten noch von der Klägerin (im Rahmen der nur knapp drei Monate zuvor erfolgten Kinderanhörung vom 23. Oktober 2019) derartige Vorhaltungen gemacht wurden. Gegenüber den in diesem Schreiben festgehaltenen Ausführungen der Klägerin sind ohnehin Vorbehalte angebracht. Nicht nur geht aus dem Schreiben hervor, dass es auf Wunsch der Verfahrensbeteiligten zu Beweis Zwecken ("z.H. der Polizei") erstellt wurde; auch war die Verfahrensbeteiligte bei der entsprechenden Konsultation der Klägerin bei lic. phil. Z. _____ zugezogen, weshalb offen bleibt, inwieweit sich die Klägerin frei äusserte. Das Schreiben wurde zudem kurz nachdem den Parteien das unbegründete vorinstanzliche Urteil vom 28. November 2019 zugestellt (vgl. Urk. 53) und eine Begründung des Entscheides (vgl. Urk. 59) verlangt worden war, in Auftrag gegeben. Die im Schreiben von lic. phil. Z. _____ aufgeführte Äusserung der Klägerin, sie sei vor der Urteilsverkündung nicht angehört worden, widerspricht im Übrigen schlicht den Tatsachen, fand die Kinderanhörung doch bereits am 23. Oktober 2019 statt (vgl. Prot. I S. 26 ff.). Ausgeschlossen werden kann im Übrigen auch nicht, dass es sich bei solchen starken Willensbekundungen der Klägerin gegenüber Dritten bloss um sich aus Emotionen heraus ergebende momentane Empfindungen handelt. So äusserte sich die Klägerin, wie aus der Verfügung des Kommunalen Polizeikorps des Kantons Zürich vom 29. August 2019 (Urk. 32 S. 3) hervorgeht, bereits am 15. August 2019 gegenüber den involvierten Polizisten dahingehend, dass sie auf keinen Fall beim Beklagten bleiben wolle. Gleichwohl ergibt sich aus der ausführlichen Kinderanhörung vom 23. Oktober 2019 (Prot. I S. 26 ff.) eindeutig ihr ungetrübtes Verhältnis zum Beklagten und ihr Bedürfnis, viel Zeit mit ihm verbringen zu können.

4. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht ersichtlich, was im Rahmen einer - von der Verfahrensbeteiligten in Rz. 21 der Berufungsschrift (Urk. 85) thematisierten - erneuten Anhörung der Klägerin im jetzigen Verfahrensstadium an zusätzlichen Erkenntnissen zu gewinnen wäre, zumal eine inquisitorische Befragung bei der Kinderanhörung nicht am Platz ist und diese im Grundsatz nur dann wiederholt durchgeführt werden sollte, wenn es unumgänglich erscheint (vgl. BGE 134 III 88 E. 4; BGE 133 III 553 E. 4). Mit derselben Begründung ist auch von der Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens abzusehen.

5. Eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils (vgl. E. II.2) lässt die Verfahrensbeteiligte auch vermessen, wenn sie in Rz. 23 f. der Berufungsschrift (Urk. 85) erneut ihre aktuellen Arbeitszeiten vorträgt und auf deren Abänderbarkeit sowie auf das Angebot des Mittagstisches für die Klägerin hinweist (vgl. Urk. 2 S. 4 f.; Urk. 24 S. 2; Prot. I S. 21 f.). Genau damit hat sich die Vorinstanz nämlich befasst und ist zum Ergebnis gelangt, dass die von der Verfahrensbeteiligten begehrte Zuteilung der alleinigen Obhut nicht dem Kindeswohl entspreche und nicht angeordnet werden könne. Insbesondere, so die Vorinstanz, lasse sich eine alleinige Obhut nicht mit dem Arbeitspensum der Verfahrensbeteiligten von rund 80% (50% bei D. _____ zzgl. 12-16 Stunden pro Woche bei E. _____) vereinbaren, zumal die Arbeitstätigkeit nicht nur die Mittagszeiten, sondern auch Randstunden am Morgen (04:00 Uhr bis 08:00 Uhr) und Abend (18:00 Uhr bis 21:00 Uhr) betreffe, bei welchen eine Fremdbetreuung nicht möglich oder zumindest nicht dem Kindeswohl entsprechend erscheine. Auch seien keine Gründe ersichtlich, welche es mit dem Kindeswohl vereinbaren liessen, dass die Klägerin aus der bisher gelebten und stabilen wechselnden Betreuung gerissen und einer alleinigen Obhut zugeführt werde (Urk. 77 E. 3.12). Damit hat es sein Bewenden.

6. Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Berufung hinsichtlich der Betreuungsregelung als unbegründet. Demzufolge ist auch auf den Antrag der Verfahrensbeteiligten, der Beklagte habe ihr als Obhutsinhaberin die Kinderrente von Fr. 1'119.- zu überweisen (Urk. 85 Berufungsantrag 4, Rz. 25), nicht weiter einzugehen.

Da der Berufung ohnehin kein Erfolg beschieden ist, kann offen bleiben, ob Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ im Berufungsverfahren auch die Klägerin rechtmässig in den weiteren Kinderbelangen (Obhut- respektive Betreuungsregelung) vertreten kann. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass der in Rz. 21 der Berufungsantwort (Urk. 95) erhobene Einwand des Beklagten, wonach Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ aufgrund der offenkundigen Interessenkollision zwischen den Interessen der Klägerin und der Verfahrensbeteiligten bezüglich der Betreuung nicht beide vertreten könne, nicht von der Hand gewiesen werden kann (vgl. Art. 306 Abs.

2 und 3 ZGB; Zogg, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, in: FamPra.ch 2019, S. 27 f.; OGer ZH RU180014 vom 29. Mai 2018, E. 2.4 f.). Der in Rz. 11 der Berufungsschrift (Urk. 85) zitierte Entscheid des Bundesgerichtes (BGE 145 III 393) erweist sich für diese Fragestellung im Übrigen als nicht einschlägig, da darin die Interessenkollision in einem reinen Unterhaltsprozess besprochen wird. Allerdings wird diesem Umstand bei der Kostentragung Rechnung zu tragen sein.

7. Die Berufung ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist, und Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils ist, soweit nicht in Rechtskraft erwachsen, zu bestätigen.

IV.

1. Ausgangsgemäss ist auch die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen (Urk. 77, Dispositiv-Ziffern 3-5).

2.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 und § 5 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– angemessen.

2.2. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 ZPO), wobei nach Praxis der entscheidenden Kammer in Verfahren der vorliegenden Art Kindern keine Prozesskosten auferlegt werden (vgl. OGer ZH LZ190022 vom 20.11.2019, E. D.2). Die Verfahrensbeteiligte unterliegt vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.3. Als Folge der Kostenverteilung hat die Verfahrensbeteiligte den Beklagten für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 2, § 5 Abs. 1, § 11

Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV]) ist die Verfahrensbeteiligte zu verpflichten, dem Beklagten eine volle Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzusatz von 7.7%, Fr. 154.-, geschuldet (vgl. Urk. 95 S. 2). Die Parteientschädigung ist voraussichtlich uneinbringlich. Zwar prozessiert die Verfahrensbeteiligte vorliegend wegen Aussichtslosigkeit nicht im Armenrecht (vgl. sogleich nachfolgend E. IV.3.1), ihr wurde jedoch im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Urk. 52, Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung) und aufgrund der im Berufungsverfahren ins Recht gelegten Unterlagen (vgl. insb. Urk. 89/3-9) ist erstellt, dass sich ihre finanziellen Verhältnisse nicht verbessert haben. Deshalb ist die Parteientschädigung der Rechtsvertreterin des Beklagten aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs gegenüber der Verfahrensbeteiligten auf den Kanton (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO).

3.1. Die Verfahrensbeteiligte ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren (Urk. 85 S. 1).

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Da der Rechtsstandpunkt der Verfahrensbeteiligten als aussichtslos zu qualifizieren ist (vgl. vorstehende E. III) ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

3.2. Der Beklagte erneuert für das Berufungsverfahren ebenfalls sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (Urk. 95 S. 2).

Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens werden vollumfänglich der Verfahrensbeteiligten auferlegt. Sodann wird die Verfahrensbeteiligte verpflichtet, dem Beklagten eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. vorstehend

E. IV.2.3). Damit ist das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos und abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Unter Hinweis auf Art. 122 Abs. 2 ZPO ist sein Gesuch um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin trotz zugesprochener voller Parteientschädigung zu behandeln (vgl. BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2; OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II.C.2). Angesichts seiner - nach wie vor bestehenden (vgl. Urk. 13) - Mittellosigkeit (vgl. Urk. 97/1-4) und der fehlenden Aussichtlosigkeit seiner Begehren und des Umstandes, dass nicht gesagt werden kann, die anwaltliche Vertretung sei zur Wahrung seiner Rechte nicht notwendig gewesen, zumal auch die Gegenseite anwaltlich vertreten ist, ist dem Beklagten auch für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 und 2.1.1 (elterliche Sorge) sowie 2.1.4 (Rückwirkende Kinderzulagen) des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 28. November 2019 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Gesuch der Verfahrensbeteiligten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
4. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Dispositiv-Ziffern 2 (soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen) sowie 3-5 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 28. November 2019 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Verfahrensbeteiligten auferlegt.
4. Die Verfahrensbeteiligte wird verpflichtet, dem Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'154.- zu bezahlen. Diese Parteientschädigung wird Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ direkt aus der Gerichtskasse bezahlt. Der Anspruch des Beklagten geht in diesem Umfang auf den Kanton über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Einwohnerkontrolle F._____ mit Formular sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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, 18. Mai 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:
am