

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ210014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber MLaw M. Wild

Beschluss und Urteil vom 15. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

3. **E.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2, 3 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge B. _____

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 17. Februar 2021
(FK200124-L)**

Rechtsbegehren:

des Beklagten und Berufungsklägers zum Prozessgegenstand (Urk. 8/16 S. 1):

- "1. Auf die Klage vom 20. Oktober 2020 sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Klage abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten zum Prozessgegenstand (Urk. 8/18 S. 2):

- "1. Die vom Beklagten anlässlich der Einigungsverhandlung vom 22. Januar 2021 gestellten Anträge seien allesamt abzuweisen und es sei auf die Klage vom 20. Oktober 2020 einzutreten.

Eventualiter: Es sei eine Berichtigung der Parteibezeichnung vorzunehmen, namentlich indem im Rubrum die Kinder als Kläger, vertreten durch die Kindsmutter, aufzuführen sind.

Subeventualiter: Es sei mit Zustimmung des Beklagten ein Parteiwechsel vorzunehmen, indem neu die Kinder als Kläger, vertreten durch die Kindsmutter, aufzunehmen sind.

2. Dem Beklagten sei unter Säumnisandrohung unverzüglich eine einmalige, nicht erstreckbare Frist von längstens 30 Tagen anzusetzen, um eine schriftliche Klageantwort zu den Eingaben der Klägerin vom 20. Oktober 2020 und 12. Januar 2021 im Doppel einzureichen.
3. Es sei zur Hauptverhandlung auf den 23. April 2021 vorzuladen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten des Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 17. Februar 2021:**

(Urk. 8/19 = Urk. 2 S. 15 f.)

1. Es wird festgestellt, dass die Klägerin zur Klage nach Art. 279 ZGB aktivlegitimiert ist.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.

3. Dem Beklagten wird eine **einmalig erstreckbare Frist von 30 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um zur Klagebegründung schriftlich und im Doppel Stellung zu nehmen. Verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, sind zusammen mit der Stellungnahme und zusätzlich je als Kopie für die Gegenseite einzureichen.

Im Säumnisfall werden die Parteien zur Verhandlung vorgeladen.

4. [Mitteilungssatz]
5. [Rechtsmittel: Berufung; Frist: 30 Tage]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Es seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Zwischenentscheids des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Februar 2021 (Geschäfts-Nr. FK200124) aufzuheben und auf die Klage vom 20. Oktober 2020 sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Zwischenentscheids des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Februar 2021 (Geschäfts-Nr. FK200124) aufzuheben und die Klage vom 20. Oktober 2020 sei abzuweisen.
3. Subeventualiter seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Zwischenentscheids des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Februar 2021 (Geschäfts-Nr. FK200124) aufzuheben und die Sache zur Entscheidung über den beschränkten Gegenstand (Eintretensfrage, evtl. Frage der Aktivlegitimation) nach Durchführung eines rechtskonformen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die Prozesskosten (Gerichts- und Parteikosten [zzgl. 7.7 % MWST]) des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen."

Erwägungen:

I.

1. Die Beklagte und die Klägerin sind die unverheirateten Eltern der drei Kinder C._____, geboren tt.mm.2014, D._____, geb. tt.mm.2016 und E._____, geboren tt.mm.2019 (Verfahrensbeteiligte). Mit Eingabe vom 20. Oktober 2020 reichte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) eine Klage betreffend Aufenthaltswechsel, Obhut, Besuchsrecht und Kindesunterhalt bei der Vorinstanz ein (Urk. 8/1). Im Rahmen der Instruktionsverhandlung vom 22. Januar 2021 stellte der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) oben genannte Anträge sowie nachfolgende prozessualen Anträge (Urk. 8/16 S. 1):

- "1. Das Verfahren sei auf die Frage der Prozessführungsbefugnis der Klägerin resp. der Zulässigkeit der Prozessstandschaft zu beschränken.
2. Sollte das Gericht die Prozessführungsbefugnis resp. die Zulässigkeit der Prozessstandschaft bejahen, sei darüber ein Zwischenentscheid zu fällen."

2. Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 22. Januar 2021 wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen des Beklagten angesetzt (Prot. I S. 8). Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 8. Februar 2021 stellte die Klägerin die oben genannten Anträge (Urk. 8/18). Am 17. Februar 2021 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO (Urk. 8/19 = Urk. 2).

3. Dagegen erhob der Beklagte am 22. März 2021 rechtzeitig (vgl. Urk. 8/20/2) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 8/1-25). Da sich die Berufung - wie nachstehend zu zeigen ist - sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

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, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). 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 bzw. an einem der genannten Fehler leidet. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). 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 insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Sodann ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (sog. Motivsubstitution; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.w.H.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1507).

2. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen grundsätzlich nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien auch im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO gilt somit nicht für Verfahren, in welchen Kinderbelange zu beurteilen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

III.

1. Der Beklagte machte vor Vorinstanz in erster Linie geltend, dass in Bezug auf die Kindesunterhaltsforderung der Klägerin mangels gesetzlicher Grundlage die Prozessführungsbefugnis als Prozessstandschafterin der Kinder fehle und mangels Aktivlegitimation auf die gesamte Klage nicht einzutreten respektive diese abzuweisen sei (Urk. 2 S. 4 ff.).

2. Die Vorinstanz setzte sich in ihrem Zwischenentscheid mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Prozessstandschaft auseinander und hielt zusammengefasst fest, dass dieser grundsätzlich und auch bezogen auf den konkreten Fall zu folgen und das eingeleitete Kindesunterhaltsverfahren weiterzuführen sei (Urk. 2 S. 9 ff.). Die Klägerin könne die Unterhaltsansprüche der Kinder im eigenen Namen als Prozessstandschafterin zusammen mit den anderen Begehren gerichtlich geltend machen und sei hierfür aktivlegitimiert. Ob eine Verfahrensbeistandschaft im Sinne von Art. 299 ZPO anzuordnen sei, sei nach Rechtskraft des Zwischenentscheids zu entscheiden, wobei eine solche in casu wohl angezeigt erscheine (Urk. 2 S. 14).

3.1. Der Beklagte macht in seiner Berufung zunächst geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, sich mit seinen einzelnen Vorbringen zur Unzulässigkeit der Prozessstandschaft auseinanderzusetzen (Urk. 1 S. 7). In der Folge wiederholt er die von einem Teil der Lehre angebrachte Kritik am Instrument der Prozessstandschaft im Zusammenhang mit vermögensrechtlichen Kindesangelegenheiten mit dem Fazit, dass einerseits keine gesetzliche Grundlage vorliege und andererseits auch keine Notwendigkeit bestehe, eine Prozessstandschaft in casu zuzulassen, weshalb die Klägerin nicht zur Geltendmachung der eingeklagten Unterhaltsansprüche berechtigt gewesen sei (Urk. 1 S. 7-11).

3.2. Trotz Kritik aus der Lehre hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Prozessstandschaft der Eltern in vermögensrechtlichen Angelegenheiten des unmündigen Kindes seit dem Leitentscheid BGE 136 III 365 auch in aktuellen Entscheiden wiederholt bestätigt (vgl. BGE 142 III 78 E. 3.2,

BGer 5A_617/2019 vom 27. August 2019, E. 4.3; BGer 5A_459/2019 vom 26. November 2019, E. 5.4; BGer 5A_926/2019 vom 30. Juni 2020, E. 1.2). So wird dem Inhaber der elterlichen Sorge gestützt auf Art. 318 ZGB die Befugnis zuerkannt, die Rechte des minderjährigen Kindes in vermögensrechtlichen Angelegenheiten (insbesondere betreffend Unterhaltsbeiträge) in eigenem Namen auszuüben und vor Gericht selber geltend zu machen, indem der Sorgerechtsinhaber persönlich als Partei und damit als Prozessstandschafter des Kindes handelt. Er ist deshalb für die entsprechenden Klagen neben dem minderjährigen Kind aktiv- und passivlegitimiert (BGE 136 III 365 E. 2). Als Voraussetzung für das Annehmen der elterlichen Prozessstandschaft ist gemäss Bundesgericht das Bestehen der elterlichen Sorge (BGE 142 III 78 E. 3.2), welche die Klägerin unbestrittenermassen innehat. Entgegen den Ausführungen des Beklagten besteht somit eine rechtliche Grundlage, weshalb von einer Einzelfallbeurteilung abgesehen und die rein theoretische Frage der Notwendigkeit einer Prozessstandschaft offen gelassen werden kann. Die Rüge des Beklagten ist unbegründet.

4.1. Sodann rügt der Beklagte, dass, selbst wenn man von der Zulässigkeit einer Prozessstandschaft ausgehen würde, die Vertretungsbefugnis angesichts der Interessenkollision auf Seiten der klagenden Partei von Gesetzes wegen entfallen würde. Aufgrund der unterschiedlichen Interessen der Klägerin und der Kinder in Bezug auf die Kindesunterhaltsbeiträge sowie den Wegzug nach München falle die gesetzliche Vertretungsbefugnis und damit auch die Prozessführungsbefugnis der Klägerin gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB dahin. Dieser Interessenkollision könne auch nicht mit einem ZPO-Verfahrensbeistand oder einer ZGB-Beistandschaft begegnet werden. Ohnehin habe es die Vorinstanz unterlassen, vor Erlass des Zwischenentscheids einen Verfahrensbeistand zu bestellen (Urk. 1 S. 12-14).

4.2. Ein Teil der Lehre sieht bei der Prozessstandschaft neben der elterlichen Sorge als zusätzliche negative Voraussetzung das Fehlen einer Interessenkollision auf Seiten des prozessführenden Elternteils vor, da gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB eine solche ex lege auch zum Entfallen der gesetzlichen Vertretungsbefugnisse des betreffenden Elternteils führe (Lötscher, Das Kind im

Unterhaltsprozess, in: Jungo/Fountoulakis, Der Familienprozess, S. 110; Zogg, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, S. 408). Das Bundesgericht hat sich zur Frage der Interessenkollision im Zusammenhang mit der Prozessstandschaft im Kindesunterhaltsprozess noch nicht geäußert.

4.3. Laut Art. 304 ZGB haben die Eltern von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge (Abs. 1). Sind beide Eltern sorgeberechtigt, so dürfen gutgläubige Drittpersonen voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelte (Abs. 2). Art. 306 ZGB bestimmt für den Fall, dass die Eltern am Handeln verhindert sind oder in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen, dass die Kindesschutzbehörde einen Beistand ernennt oder diese Angelegenheit selber regelt (Abs. 2). Die elterliche Vertretungsmacht entfällt von Gesetzes wegen, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen (Abs. 3). Im Bereich der prozessualen Vertretung des Kindes sind Spezialbestimmungen zu beachten, unter anderem Art. 299 f. ZPO, Art. 9 Abs. 3 BG-KKE und Art. 314a^{bis} ZGB (BSK ZGB-Schwenzer/Cottier, Art. 306 N 7a).

4.4. Zur Interessenkollision nach Art. 306 Abs. 3 ZGB hinsichtlich der Vertretungsmacht eines Elternteils in selbständigen Kindesunterhaltsverfahren führte das Bundesgericht im Leitentscheid BGE 145 III 393 (bestätigt in BGer 5A_446/2019 vom 5. März 2020, E. 3.3) aus, dass die Grundsätze des Art. 299 ZPO analog anzuwenden seien, mithin nur eine Kindsvertretung zu bestellen sei, wenn dies im konkreten Fall notwendig erscheine (E. 2.7.4). Es bestehe im Kindesunterhaltsprozess im Normalfall keine relevante Interessenkollision zwischen dem vertretenden Elternteil und dem vertretenen Kind (E. 2.7.2). Handlungsbedarf für das zuständige Gericht bestehe erst, wenn ein konkreter Interessenkonflikt vorliege oder die Handlungen des vertretenden Elternteils ungenügend erscheinen (E. 2.7.3). Diese Rechtsprechung zur Vertretungsmacht der Eltern muss auch für die Prozessstandschaft gelten. Ihr folgend kann der Interessenkollision im Rahmen eines Gerichtsverfahrens nämlich ohne Weiteres mit einem Kindsverfahrensbeistand nach Art. 299 ZPO begegnet werden. Die

Aktivlegitimation der Eltern ist von einem allfälligen Interessenskonflikt nicht betroffen, anderenfalls der Gesetzgeber die Vertretung des Kindes durch einen Beistand in sämtlichen die Eltern betreffenden Gerichtsverfahren zur Regel hätte erklären müssen. Dies ist folgerichtig, wird dem Hauptzweck von Art. 306 Abs. 3 ZGB, dem Verhindern möglicher Nachteile für das Kind (vgl. BK ZGB-Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 306 Rz. 36), doch bereits mit der sowohl im eherechtlichen als auch im selbständigen Kindesunterhaltsprozess geltenden Untersuchungs- und Officialmaxime Rechnung getragen (vgl. Art. 296 ZPO). Nach der Rechtsprechung gilt das von Amtes wegen zu schützende Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts (BGE 141 III 328 E. 5.4). Sodann kann die Frage, ob im Rahmen eines Gerichtsverfahrens überhaupt eine Interessenkollision vorliegt, in der Regel auch erst dann beantwortet werden, wenn die Parteien ihre Rechtsbegehren gestellt und begründet haben. Entgegen der vom Beklagten zitierten Lehrmeinung fällt die Prozessführungsbefugnis respektive die Aktivlegitimation eines Elternteils bei Vorliegen einer Interessenkollision deshalb nicht einfach dahin, weshalb das Fehlen einer Interessenkollision auch keine zusätzliche negative Voraussetzung für die Zulässigkeit der Prozessstandschaft darstellen kann.

4.5. Nach dem Gesagten ist für die Einleitung eines gerichtlichen Kindesunterhaltsverfahrens durch einen Elternteil als Prozessstandschafter des Kindes unerheblich, ob eine Interessenkollision nach Art. 306 Abs. 3 ZGB besteht. Wenn sich eine konkrete Interessenkollision im Verlaufe des Gerichtsverfahrens manifestiert, kann der Gefahr von Amtes wegen mit einer Kindsvertretung nach Art. 299 ZPO begegnet werden. Da die Sachlegitimation nicht betroffen ist, ist weder eine rückwirkende Genehmigung der Klageeinleitung erforderlich noch erweist sich die im Schlichtungsverfahren an den klagenden Elternteil ausgestellte Klagebewilligung als ungültig. Die Rüge des Beklagten ist unbegründet und seine Ausführungen zum Vorliegen einer Interessenkollision zwischen der Klägerin und den Kindern für die Frage der Aktivlegitimation unbeachtlich.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin die Klage auch in Bezug auf die Kindesunterhaltsforderung als Prozessstandschafterin der Kinder

einleiten konnte, sie mithin aktivlegitimiert war. Da sich der vorinstanzliche Zwischenentscheid auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin beschränkt und sich die Frage einer konkreten Interessenkollision wenn dann im Zusammenhang mit dem Unterhalt und dem Wegzug nach München stellt, bedurften die Kinder bisher noch keiner Verfahrensvertretung nach Art. 299 ZPO. Die Vorinstanz wird dies jedoch nach Abschluss dieses (Zwischen-)Verfahrens überprüfen müssen, was sie auch bereits in Aussicht stellte (vgl. Urk. 2 S. 14).

6.1. Der Beklagte macht weiter gelten, die Vorinstanz habe ihm die Stellungnahme der Klägerin vom 8. Februar 2021 nicht zugestellt und direkt den vorliegend angefochtenen Zwischenentscheid gefällt. Dadurch sei der Entscheid unter Verletzung der Vorschriften des vereinfachten Verfahrens und seines rechtlichen Gehörs ergangen, weshalb das Verfahren zurückzuweisen sei (Urk. 1 S. 15 f.).

6.2. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör. Diese Garantie umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht: BGE 133 I 98 E. 2.1). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn, und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. zum Ganzen: BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

6.3. Es ist zutreffend, dass die Stellungnahme der Klägerin vom 8. Februar 2021 dem Beklagten nicht zugestellt wurde, mithin er sein Replikrecht nicht ausüben

konnte (vgl. Urk. 18). Wie jedoch einleitend ausgeführt, verfügt die Berufungsinstanz im vorliegenden Verfahren über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen (E. II.1). Der Beklagte konnte sich in seiner Berufungsschrift somit umfassend äussern, weshalb eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich möglich ist. Die von ihm vorgebrachten Rügen betreffen sodann einzig Rechtsfragen, welche das Berufungsgericht gemäss dem Grundsatz *iuris novit curia* ohnehin von Amtes wegen zu prüfen hat. Des Weiteren führt der Beklagte in seiner Berufungsschrift nicht aus, welchen Nachteil ihm durch die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs erwachsen sein soll respektive welche Vorbringen er bei Gewährung des rechtlichen Gehörs in das vorinstanzliche Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese einen Einfluss auf den angefochtenen Zwischenentscheid gehabt hätten (vgl. BGer 5A_561/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.3 m.w.H.). Eine Rückweisung würde deshalb zu einer unnötigen Verfahrensverzögerung führen. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist aus diesen Gründen unbegründet.

7. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung insgesamt als unbegründet. Sie ist abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen.

IV.

1. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 sowie § 9 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Der Beklagte stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt MLaw

X._____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 1 S. 3). Da sich seine Berufung aus den vorstehend dargelegten Gründen von vornherein als aussichtslos erweist, fehlt mindestens eine der beiden notwendigen Voraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts (Art. 117 ZPO). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ist daher abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die angefochtene Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 17. Februar 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel der Urk. 1, 4, 5/3-16, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 15. Juni 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. D. Scherrer

MLaw M. Wild

versandt am:
Im