

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ230049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. B. Schärer
sowie Gerichtsschreiberin MLaw I. Aeberhard

Beschluss und Urteil vom 19. August 2024

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge C._____,

1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____,

2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____,

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 14. Dezember 2023

(FK230079-L)

Rechtsbegehren:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 6/37 S. 1):

- "1. Es sei auf die Unterhaltsklage der Klägerin 2 vom 17. August 2023 sowie auf deren Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 16. November 2023 von Amtes wegen nicht einzutreten.

Eventualiter sei das Verfahren vorerst auf die Eintretensfrage zu beschränken und dem Beklagten die mit Verfügung vom 28. November 2023 angesetzten Fristen bis zur Klärung der Zuständigkeit abzunehmen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Klägerin 2."

Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 14. Dezember 2023:

(Urk. 2 S. 5 f. = Urk. 6/38 S. 5 f.)

1. Der Antrag des Beklagten auf Nichteintreten wird abgewiesen. Das Verfahren wird gemäss Verfügung vom 28. November 2023 fortgesetzt.
2. Über die Kosten wird im Endentscheid befunden.
3. [Schriftliche Mitteilung]
4. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 3 f.):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Dezember 2023 (Geschäfts-Nr. FK230079) vollständig aufzuheben und es sei auf die Unterhaltsklage der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten 2 vom 17. August 2023 sowie auf deren Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 16. November 2023 von Amtes wegen nicht einzutreten.

Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Dezember 2023 (Geschäfts-Nr. FK230079) vollständig aufzuheben, das Verfahren vor Vorinstanz vorerst auf die Eintretensfrage zu beschränken und dem Berufungskläger die mit Verfügung vom 28. November 2023 angesetzten Fristen bis zur Klärung der Zuständigkeit abzunehmen.

Subeventualiter seien dem Berufungskläger die mit Verfügung vom 28. November 2023 angesetzten Fristen bis 20 Tage nach Vorliegen des rechtskräftigen Entscheids des Obergerichts des Kantons Zürich über die vorliegende Berufung zu erstrecken.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten 2."

des Klägers 1 und Berufungsbeklagten 1 (Urk. 13; sinngemäss):

Die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers abzuweisen.

der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten 2 (Urk. 9 S. 2):

- "1. Die Berufung des Berufungsklägers vom 21. Dezember 2023 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, innert zehn Tagen das Gesuch der Berufungsbeklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 16. November 2023 zu beantworten.

Eventualiter seien die Berufungsbeklagten zu verpflichten, dem Bezirksgericht Zürich eine Klagebewilligung nachzureichen.

Subeventualiter sei festzustellen, dass das Verfahren vor Bezirksgericht Zürich mit Geschäftsnummer FK230079 und sämtliche im Rahmen dieses Verfahrens erlassenen Entscheide aufzuheben sind.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Berufungsklägers"

Prozessualer Antrag:

der Klägerin 2 und Berufungsbeklagten 2 (Urk. 9 S. 2):

"Es sei der Berufungsbeklagten 2 die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichnende eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Klägerin 2 und Berufungsbeklagte 2 (fortan Klägerin) und der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) sind die unverheirateten Eltern des Klägers 1 und Berufungsbeklagten 1, geboren am tt.mm.2021 (fortan B.____;);

Urk. 6/7/1-3). Sie trennten sich Ende des Jahres 2022. Die Parteien versuchten sich ausserbehördlich zu einigen, was nicht gelang, worauf sie eine Elternberatung bei D._____, Fachstelle Elternschaft und Unterhalt, in Anspruch nahmen (Urk. 1 Rz. 12, Urk. 6/17/1, Urk. 6/16 Rz. 4, Urk. 6/25 Rz. 3 und Urk. 6/27 Rz. 9). Nachdem der Beklagte angekündigt hatte, bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (fortan KESB) einen Antrag auf Betreuungsregelung zu stellen, stoppte D._____ die Beratung per 22. März 2023 (Urk. 6/17/3 S. 1). In der Folge wandte sich zunächst die Klägerin und schliesslich auch der Beklagte an die KESB (Urk. 6/7/6-7 und Urk 6/7/10). Diese erteilte dem Sozialzentrum E._____ einen Abklärungsauftrag (Urk. 6/7/9). Noch vor Vorliegen des Abklärungsberichts orientierte die Klägerin die KESB darüber, dass sie betreffend Unterhalt ans Gericht gelangen wolle. Sie ersuchte um Ausstellung eines Schreibens der KESB, dass keine Einigung bei der Fachstelle Elternschaft und Unterhalt habe gefunden werden können (Urk. 6/7/16). Ein solches Schreiben stellte die KESB nach Rücksprache mit D._____ am 7. Juni 2023 aus (Urk. 6/3/2 = Urk. 6/7/18 und Urk. 6/7/17).

2. Mit Eingabe vom 17. August 2023 machte die Klägerin das Verfahren bei der Vorinstanz unter Beilage des erwähnten Schreibens der KESB hängig (Urk. 6/1 und Urk. 6/3/2). Hinsichtlich des Prozessverlaufs vor Vorinstanz kann auf die angefochtene Verfügung vom 14. Dezember 2023 verwiesen werden (Urk. 2 E. I).

3. Gegen diese erhob der Beklagte mit Eingabe vom 21. Dezember 2023 fristgerecht Berufung, stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge und ersuchte um aufschiebende Wirkung der Berufung, soweit sie sich auf die (mangelnde) Zuständigkeit der Vorinstanz zur Beurteilung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen der Klägerin vom 16. November 2023 beziehe (Urk. 1 und Urk. 6/39/2; Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2023 wurde auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten und dem Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'000.– angesetzt (Urk. 5 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Dieser ging innert Frist ein (angehefteter Rückschein zu Urk. 5 und Urk. 7), worauf der Klägerin und der Kindsvertreterin mit Verfügung vom 2. Februar 2024 Frist angesetzt wurde, um Berufungsantworten einzureichen (Urk. 8). Nach Eingang der rechtzeitig erfolgten Berufungsantworten (angeheftete

Empfangsscheine zu Urk. 8, Urk. 9 und Urk. 13) wurden diese dem Beklagten sowie der Klägerin und Kindsvertreterin je gegenseitig zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 14). Der Beklagte und die Klägerin liessen sich je noch einmal vernehmen (Urk. 15 und Urk. 20).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1-39/1-2). Das Verfahren erweist sich als spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom 5. Juli 2024 mitgeteilt wurde (Urk. 22).

II. Prozessuales

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; siehe 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 genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuieren Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, die der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 2.2).

III. Berufung

1. Mangelhafte Delegation an die Fachstelle Elternschaft und Unterhalt

1.1. Gemäss Vorinstanz weise die KESB mit Schreiben vom 7. Juni 2023 aus, dass sich die Parteien bezüglich der Regelung der Betreuungsanteile nicht hätten einigen können und somit auch keine Unterhaltsvereinbarung für B. _____ habe abgeschlossen werden können. Die KESB berufe sich dabei auf die Rückmeldung der Fachstelle Elternschaft und Unterhalt, die offensichtlich in delegierter Weise Vermittlungsversuche vornehme. Entsprechend sei die Klägerin dahingehend belehrt worden, dass sie sich für eine formelle Regelung des Unterhalts an das zuständige Bezirksgericht unter Beilage dieses Schreibens zu wenden habe, wobei auf Art. 198 lit. b^{bis} ZPO verwiesen werde (Urk. 2 E. II.3.1).

1.2. Der Beklagte rügt, dass eine Delegation der KESB an die Fachstelle Elternschaft und Unterhalt nur erfolgen könne, wenn bereits ein KESB-Verfahren hängig sei (Urk. 1 Rz. 29). Es sei erstellt, dass das strittige KESB-Verfahren erst am 24. März 2023 von der Klägerin eingeleitet worden sei und damit nachdem die freiwilligen Beratungsgespräche in Bezug auf die Betreuungsregelung nicht gefruchtet hätten (Urk. 1 Rz. 31). Die KESB habe die Parteien bis zur Ausstellung der Klagebewilligung (und auch danach) nie zu einem Vermittlungsgespräch aufgefordert (Urk. 1 Rz. 22). Angesichts des geforderten minimalen Vermittlungselements der Behörde reiche es gerade nicht aus, wenn einzig auf eine dem KESB-Verfahren vorgelagerte, freiwillige Elternberatung bzw. deren Ergebnis abgestellt und gestützt darauf eine angebliche fehlende (Unterhalts-)Einigung in einem (einseitig herbeigeführten und damit nicht mehr freiwilligen) Schlichtungsverfahren antizipiert werde (Urk. 1 Rz. 23).

1.3. Das Schlichtungsverfahren entfällt bei Klagen über den Unterhalt des Kindes und weitere Kinderbelange, wenn vor der Klage ein Elternteil die Kindesschutzbehörde angerufen hat (Art. 198 lit. b^{bis} ZPO). Wie die Klägerin zutreffend ausführte (Urk. 9 Rz. 11), entschied die hiesige Kammer, dass im Unterhaltspunkt ein Schlichtungsverfahren nicht erforderlich ist, wenn diesbezüglich bereits ein Vermittlungsversuch bei der KESB oder einer anderen Fachstelle stattgefunden hat (OGer

ZHLZ190010 vom 05.09.2019, E. IV.1.3). Auch Zogg vertritt die Ansicht, dass eine Vermittlungstätigkeit einer der KESB unter- oder nebengeordneten Behörde oder Fachstelle dem Ausnahmetatbestand von Art. 198 lit. b^{bis} ZPO genügen müsse. Solche Stellen würden im Sinne dieses Artikels als «Kindesschutzbehörde» handeln (Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen, FamPra.ch 2019, S. 1-35, 7). Die Fachstelle Elternschaft und Unterhalt ist als eine solche Fachstelle zu qualifizieren (vgl. Urk. 4/2 S. 1). Ob die Fachstelle freiwillig vor oder nach Einleitung des Verfahrens bei der KESB in deren Auftrag angerufen wird, kann für das Entfallen des Schlichtungsobligatoriums nicht entscheidend sein. Mit dem im Rahmen der parlamentarischen Beratung eingefügten Art. 198 lit. b^{bis} ZPO sollten nämlich Doppelspurigkeiten von Schlichtungsversuchen vermieden werden (noch weitergehend die ZPO-Revision, mit der Streitigkeiten über den Unterhalt des Kindes und weitere Kinderbelange generell vom Schlichtungsobligatorium ausgenommen werden; BBl 2020 2697, 2753 f.). Die durch den Beklagten geforderte Differenzierung würde zu einem, nach der Intention des Gesetzgebers zu vermeidenden, formalistischen Leerlaufe führen. Überdies wird aus den Rechtsschriften des Beklagten deutlich, dass er einer Einigung keine ernsthaften Chancen mehr beimass: Die zwei ausserberördlichen und sämtliche Einigungsbestrebungen von D._____ seien aufgrund der renitenten Weigerungshaltung der Klägerin gescheitert (Urk. 6/25 Rz. 6 f.) bzw. es habe trotz mehrerer freiwilliger Beratungsgespräche mit verschiedenen Fachpersonen aufgrund des anhaltenden Elternkonflikts über Monate keine Lösung gefunden werden können (Urk. 1 Rz. 37).

2. Keine Thematisierung des Unterhalts bei der Fachstelle Elternschaft und Unterhalt

2.1. Die Vorinstanz erwog, der Standpunkt des Beklagten, dass die Klagebewilligung der KESB vom 7. Juni 2023 nicht als solche zu betrachten sei, weil nie über den Unterhaltspunkt gesprochen worden sei, erscheine sehr konstruiert. So habe der Beklagte selbst Unterlagen eingereicht, aus welchen hervorgehe, dass die Parteien bereits schon am 16. Januar 2023 zu einem Gespräch auf die Fachstelle Elternschaft und Unterhalt eingeladen worden seien. Was in dieser ganzen Zeit im Rahmen der Beratung bei der Fachstelle Elternschaft und Unterhalt besprochen

worden sei, sei weder belegt noch dargetan. Die Behauptung allein, dass dabei das Thema Unterhalt nie zu Sprache gekommen sei, vermöge die eindeutigen Aussagen im Schreiben der KESB in keiner Weise in Frage zu stellen. Tatsache sei vielmehr, dass Betreuungs- und Unterhaltsfragen offen seien (Urk. 2 E. II.4).

2.2. Der Beklagte moniert, er habe aufgezeigt, dass die Unterhaltsthematik bis zum telefonischen Gesuch um Ausstellung der Klagebewilligung durch die Klägerin gar nie (strittiges) Thema gewesen sei und demzufolge vor der KESB (auch) im Unterhaltspunkt nie ein (obligatorischer) Schlichtungsversuch stattgefunden habe (Urk. 1 Rz. 23). Es sei nur um die (strittige) Betreuungsregelung über B. _____ gegangen (Urk. 1 Rz. 33). Bis zum Zeitpunkt der (vermeintlichen) Klagebewilligung habe er der Klägerin einen äusserst grosszügigen Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 4'417.– bezahlt, sodass die Unterhaltsthematik erstelltermassen nicht strittig gewesen sei und die Klägerin im Zeitpunkt des Gesuchs um Ausstellung der Klagebewilligung auch kein Rechtsschutzinteresse an der gerichtlichen Unterhaltsfestsetzung gehabt habe (Urk. 1 Rz. 35 und Urk. 15 S. 1).

2.3. Die Klägerin erwidert, der Beklagte behaupte aktenwidrig und gegen Treu und Glauben, dass die Parteien lediglich die Obhut und Betreuung von B. _____ diskutiert hätten. Mit D. _____ sei die Unterhaltsregelung kontrovers diskutiert worden und es habe keine Unterhaltsregelung vereinbart werden können. Auf Wunsch der Parteien habe D. _____ Unterhaltsberechnungen erstellt, die er ihnen zugestellt habe (Urk. 9 Rz. 3). Gestützt auf diese Berechnungen habe der Kläger am 28. März 2023, 27. April 2023 und 31. Mai 2023 Fr. 4'417.– bezahlt (Urk. 9 Rz. 5). Da die Zahlungen per 3. Juli 2023 aber lediglich Fr. 2'000.– und per 2. August 2023 Fr. 800.– betragen hätten, habe sie die Unterhaltsklage einreichen müssen (Urk. 9 Rz. 6). Ohne Unterzeichnung und Genehmigung durch die KESB sei der Unterhaltsbeitrag ungeregelt geblieben. Bei den Zahlungen habe es sich um einen freiwilligen Unterhaltsbeitrag gehandelt (Urk. 20 S. 1).

2.4. Damit die Ausnahme des Schlichtungsobligatoriums nach Art. 198 lit. b^{bis} ZPO greift, bedarf es zwingend eines Vermittlungsversuchs vor der KESB oder einer anderen Fachstelle und zwar hinsichtlich der Thematik, für die ansonsten das Schlichtungsverfahren obligatorisch ist, d.h. im Unterhaltspunkt (*OGer ZH*

LZ210024 vom 25.01.2022, E. 5.4; OGer ZHLZ190010 vom 05.09.2019, E. IV.1.3). Aus den Akten geht ohne Weiteres hervor, dass die Höhe des Kinderunterhalts und der Einfluss der Betreuungsanteile bzw. der alternierenden Obhut auf den Unterhalt mehrfach thematisiert wurden (vgl. Urk. 6/17/2 S. 1 f. und Urk. 12/2-4). Der Beklagte bezahlte zwar zeitweise Fr. 4'417.– Unterhalt, reduzierte diesen ab dem 3. Juli 2023 indessen wieder (Urk. 12/5 und Urk. 17/4-5). Eine Unterhaltsvereinbarung, mit der die Klägerin B.____s Unterhaltsansprüche vollstrecken könnte, wurde nicht abgeschlossen. Ohne verbindliche Regelung bleibt die Klägerin dem Goodwill des Beklagten ausgesetzt, der die Unterhaltszahlungen bisher nach seinem Belieben anpasste. Es besteht somit durchaus ein Rechtsschutzinteresse seitens Klägerin an einer gerichtlichen Unterhaltsfestsetzung.

3. Fazit

Die Rügen des Beklagten betreffend die mangelhafte Delegation an die Fachstelle Elternschaft und Unterhalt sowie die fehlende Thematisierung des Unterhalts verfangen nicht. Der für die Ausnahme des Schlichtungsobligatoriums erforderliche Vermittlungsversuch vor einer Fachstelle im Unterhaltspunkt wurde vorgenommen und die von der KESB ausgestellte "Klagebewilligung" vom 7. Juni 2023 erweist sich als genügend. Es kann offenbleiben, ob das Verhalten des Beklagten in einem deutlichen Spannungsverhältnis zum Verfahrensgrundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) steht (Urk. 2 E. II.4) bzw. die Berufung bloss trölerischer Natur ist und keinen Rechtsschutz verdient (Urk. 13). Die Berufung ist abzuweisen. Für die (sinn- gemäss) eventualiter beantragte Rückweisung verbleibt kein Raum (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

IV. Vorinstanzlicher Fristenlauf

1. Der Beklagte stellt den Subeventualantrag, die mit Verfügung vom 28. November 2023 angesetzten Fristen um 20 Tage zu erstrecken, weil es ihm nicht zugemutet werden könne, trotz vorliegender Berufung und dem damit einhergehenden Schwebezustand der Zuständigkeit eine vollständige Stellungnahme bezüglich des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen zu verfassen (Urk. 1 S. 3 und Rz. 44).

2. Demgegenüber fordert die Klägerin, dass der Beklagte zu verpflichten sei, innert zehn Tagen ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 16. November 2023 zu beantworten, ohne diesen Antrag zu begründen (Urk. 9).

3. Nachdem mit Präsidialverfügung vom 22. Dezember 2023 darauf hingewiesen wurde, dass der Berufung von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was bedeutet, dass die angefochtene vorinstanzliche Verfügung insgesamt – auch hinsichtlich der Bestimmung, dass das Verfahren gemäss (vorinstanzlicher) Verfügung vom 28. November 2023 fortgesetzt werde – nicht vollstreckbar ist (Urk. 5 S. 2), wird die Vorinstanz dem Beklagten die mit ihrer Verfügung vom 28. November 2023 (Urk. 6/32) angesetzten Fristen neu anzusetzen haben. Die Länge der Fristen liegt im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz (vgl. BSK ZPO-Benn, Art. 142 N 5), in das nicht einzugreifen ist.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz hielt fest, dass über die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid befunden werde (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 2). Dies blieb unangefochten (Urk. 1 S. 3 f.) und ist zu bestätigen (Art. 104 Abs. 3 ZPO).

2.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 und § 5 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Hinzu kommen die Kosten der Vertretung des Kindes in der Höhe von Fr. 775.– (Urk. 24; Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO).

2.2. Gemäss ständiger Praxis der Kammer sind die Kosten des Verfahrens in Bezug auf Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Beklagten und der Klägerin je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, sofern sie unter dem Gesichtspunkt des Kindsinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (vgl. *OGer ZH LZ200002 vom 30.12.2020, E. IV.1.3.*). Nachdem der Beklagte der Klägerin vor Vorinstanz mehrfach vorwarf, den damaligen Zuständigkeitswechsel von der KESB zur Vorinstanz bloss zwecks zeitlicher Verzögerung herbeigeführt zu haben (Urk. 6/16 Rz. 23 f. sowie Urk. 6/25 Rz. 12 f., Rz. 43 und Rz. 49), torpediert

nun er einen im Kindsinteresse liegenden beförderlichen Verfahrensgang mit seiner funktionalen Zuständigkeitsfrage und der diesbezüglich erhobenen Berufung. Mit der Kindsvertreterin ist davon auszugehen, dass die Berufung nicht im Interesse von B._____ liegt (Urk. 13). Die Gerichtskosten sind daher ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– (Urk. 7) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2.3. Als unterliegende Partei ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. In Anwendung von § 2, § 5, § 10 Abs. 1 lit. a, § 11 Abs. 1 bis Abs. 3 und § 13 AnwGebV erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'800.– zuzüglich 8.1 % Mehrwertsteuer, mithin von insgesamt Fr. 1'945.80 angemessen.

2.4. Da der Klägerin keine Gerichtskosten auferlegt werden und ihr eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen wird (vgl. E. V.2.2 und E. V.2.3), die einbringlich erscheint (vgl. Urk. 6/26/23), ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (*OGer ZH RT220206 vom 04.05.2023, E. III.3.2; OGer ZH LE200034 vom 28.10.2020, E. IV.3.3.*).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin 2 um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und Satz 1 der Dispositiv-Ziffer 1 sowie die Dispositiv-Ziffer 2 werden bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf:

Fr. 2'000.00 ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 775.00 Honorar Kindsvertreterin

Fr. 2'775.00 Total

3. Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als Kindsvertreterin für das Berufungsverfahren mit Fr. 775.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'945.80 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Vorinstanz und die Obergerichtskasse je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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. 92 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, 19. August 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Huizinga

MLaw I. Aeberhard

versandt am:
st