

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ150007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

Beschluss und Urteil vom 13. Juli 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge C. _____

betreffend **Unterhalt / Besuchsrecht**

Berufung gegen ein Teilurteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 6. Januar 2015 (FP140158-L)

Rechtsbegehren der Klägerin:

(act. 25 S. 2 sinngemäss)

In teilweiser Abänderung des Vorschlags einer Vereinbarung vom 16. September 2014 [act. 8] sei folgendes anzuordnen:

1. Es sei der Mutter der Klägerin die gesetzliche Obhut [Ziff. 1a] zuzusprechen.
2. Es seien die Betreuungsanteile [Ziff. 1b] wie folgt zu regeln: Betreuung durch die Mutter der Klägerin
 - jeden Dienstag von 18.00 Uhr bis Freitag 18.00 Uhr;
 - sowie jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntag 18.00 Uhr;
 - sowie in Jahren mit ungerader Jahreszahl jeweils am 24. und 25. Dezember und in Jahren mit gerader Jahreszahl (31. Dezember hierfür massgebend) von Sylvester bis 2. Januar sowie an Ostern;
 - sowie während 50% der Ferien, wobei ab Eintritt in den Kindergarten während 50% der Ferien des Kindes und vor Eintritt in den Kindergarten je vier Wochen (wovon maximal einmal zwei Wochen am Stück); welche jeweils mindestens vier Monate im Voraus bekannt zu geben sind.
3. [...]
4. Alles unter Kostenfolgen zulasten des Beklagten.

Rechtsbegehren des Beklagten:

(act. 21 S. 2 ff., Prot. S. 24 f.; je sinngemäss)

In teilweiser Abänderung des Vorschlags einer Vereinbarung vom 16. September 2014 [act. 8] sei folgendes anzuordnen:

1. Es sei der Mutter der Klägerin die gesetzliche Obhut [Ziff. 1a] zuzusprechen.
2. Es seien die Betreuungsanteile [Ziff. 1b] wie folgt zu regeln: Betreuung durch die Mutter der Klägerin
 - jeweils von Mittwoch 18.00 Uhr und jede zweite Woche (nachdem der Vater das Kind am Wochenende betreut hat) bereits am Dienstag 18.00 Uhr bis Freitag 18.00 Uhr;
 - sowie jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntag 18.00 Uhr;
 - sowie in Jahren mit ungerader Jahreszahl jeweils am 24. und 25. Dezember und in Jahren mit gerader Jahreszahl (31. Dezember hierfür massgebend) von Sylvester bis 2. Januar sowie an Ostern;

- sowie während 50% der Ferien, wobei ab Eintritt in den Kindergarten während 50% der Ferien des Kindes und vor Eintritt in den Kindergarten je vier Wochen (wovon maximal einmal zwei Wochen am Stück); welche jeweils mindestens vier Monate im Voraus bekannt zu geben sind.
3. [...]
 4. Überdies sei die Erziehungsfähigkeit der Mutter durch die KESB oder ein unabhängiges Fachinstitut zu überprüfen.
 5. Im Übrigen Abweisung der klägerischen Begehren.

Teilurteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 6. Januar 2015:

1. Der Antrag des Beklagten auf psychologische Abklärung der Mutter der Klägerin wird abgewiesen.
2. Die Tochter B._____, geboren am tt.mm.2012, wird unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien [recte: des Beklagten und der Mutter der Klägerin] belassen.
3. Die Obhut für die Tochter B._____, geboren am tt.mm.2012, wird bei den Parteien [recte: dem Beklagten und der Mutter der Klägerin] mit wechselnder Betreuung übertragen. Die Tochter wird bei der Mutter wohnen.
4. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 11. Dezember 2014 wird im Übrigen genehmigt. Sie lautet wie folgt:

"1. Obhut und Betreuung

a) *Sorge und Obhut*

Es wird bestätigt, dass die Mutter und der Vater von B._____, geboren am tt.mm.2012, gemäss Verfügung der KESB der Stadt Zürich Nr. 1957 vom 19. März 2013 die elterliche Sorge gemeinsam innehaben.

Die Eltern beantragen, es sei ihnen beiden die Obhut für die Tochter mit wechselnder Betreuung zu übertragen. Die Tochter wird bei der Mutter wohnen.

Die Eltern vereinbaren, sich über die Wahl der Kindertagesstätte, Schule etc. abzusprechen.

b) *Betreuungsanteile*

Die Eltern einigen sich über die Aufteilung der Betreuung der Tochter wie folgt:

Betreuung durch die Mutter:

- *jeweils von Mittwoch 18.00 Uhr und jede zweite Woche (nachdem der Vater das Kind am Wochenende betreut hat) bereits am Dienstag 18.00 Uhr bis Freitag 18.00 Uhr*
- *sowie jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntag 18.00 Uhr*
- *sowie in Jahren mit ungerader Jahreszahl jeweils am 24. und 25. Dezember und in Jahren mit gerader Jahreszahl (31. Dezember hierfür massgebend) von Sylvester bis 2. Januar sowie an Ostern*
- *sowie während 50% der Ferien, wobei ab Eintritt in den Kindergarten während 50% der Ferien des Kindes und vor Eintritt in den Kindergarten je vier Wochen (wovon maximal einmal zwei Wochen am Stück); welche jeweils mindestens vier Monate im Voraus bekannt zu geben sind.*

Betreuung durch den Vater:

- *jeweils von Sonntag 18.00 Uhr bis Dienstag 18.00 Uhr und jede zweite Woche (nachdem die Mutter das Kind am Wochenende betreut hat) bis Mittwoch 18.00 Uhr*
- *sowie jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntag 18.00 Uhr*
- *sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl jeweils am 24. und 25. Dezember und in Jahren mit ungerader Jahreszahl (31. Dezember hierfür massgebend) von Sylvester bis 2. Januar sowie an Ostern*
- *sowie während 50% der Ferien, wobei ab Eintritt in den Kindergarten während 50% der Ferien des Kindes und vor Eintritt in den Kindergarten je vier Wochen (wovon maximal einmal zwei Wochen am Stück); welche jeweils mindestens vier Monate im Voraus bekannt zu geben sind.*

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

2. Beistandschaft

Die Eltern beantragen dem Gericht, es sei für die Tochter B._____, geboren am tt.mm.2012, eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB zu errichten. Dem Beistand seien die folgenden Aufgaben zu übertragen:

- *Vermittlung und Unterstützung bei allfälligen Problemen bei der Übergabe des Kindes;*
- *Unterstützung der Eltern bei der Erziehung mit Rat und Tat;*
- *Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten das Kind betreffend;*
- *Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange z.B. durch Moderation von gemeinsamen Gesprächen mit den Eltern.*

3. Vorsorgliche Massnahmen

Die vorstehenden Ziffern dieser Vereinbarung treten sinngemäss als vorsorgliche Massnahmen umgehend in Kraft.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten dieses Teilvergleichs je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung."

5. Für die Klägerin B._____, geboren am tt.mm.2012, wird eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet. Dem Beistand/Der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:
 - Vermittlung und Unterstützung bei allfälligen Problemen bei der Übergabe des Kindes;
 - Unterstützung der Eltern bei der Erziehung mit Rat und Tat;
 - Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten das Kind betreffend;
 - Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange z.B. durch Moderation von gemeinsamen Gesprächen mit den Eltern.Die Kindesschutzbehörde Zürich wird ersucht, die Errichtung der Beistandschaft vorzunehmen.
6. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
7. Die Kosten des Teilurteils werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
8. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
9. (Mitteilungssatz).
10. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage).

Berufungsanträge:

(sinngemäss, Urk. 40)

1. Es sei die Erziehungsfähigkeit der Mutter der Klägerin durch eine unabhängige psychologische Institution abzuklären.
2. Basierend auf dieser Abklärung sei die elterliche Sorge sowie die Obhut über die Tochter B._____ neu zu evaluieren sowie die Genehmigung der Teilvereinbarung der Parteien vom 11. Dezember 2014 zu überprüfen.

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Klägerin) ist die gemeinsame Tochter des Beklagten und Berufungsklägers (nachfolgend: Beklagter) und C._____ (nachfolgend: Mutter der Klägerin). Mit Verfügung vom 19. März 2013 übertrug die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend: KESB) dem Beklagten und der Mutter der Klägerin die gemeinsame elterliche Sorge über die Klägerin und genehmigte deren Vereinbarung betreffend die Betreuungsanteile und die Verteilung der Unterhaltskosten (Urk. 6/1a; Urk. 6/1c). Nach der Trennung der Eltern konnte zwischen ihnen keine Einigung bezüglich der Betreuungsanteile sowie des Kindesunterhalts erzielt werden, woraufhin die Klägerin am 26. Mai 2014 ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise 7 und 8, und hernach Klage beim Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, als Einzelgericht (nachfolgend: Vorinstanz) einreichte (Urk. 1 und 2). Dabei beantragt sie die Regelung der elterlichen Obhut, der Betreuungsanteile sowie des Kindesunterhalts (Urk. 1 und 2). Nach durchgeführter Hauptverhandlung vom 16. September 2014, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. I S. 20; Urk. 9 bis 15), schlossen die Parteien anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 11. Dezember 2014 eine Teilvereinbarung betreffend Obhut und Betreuung der Klägerin (Urk. 27). Der Kindesunterhalt blieb strittig (Prot. I S. 38). Mit Teilurteil vom 6. Januar 2015 wies die Vorinstanz den Antrag des Beklagten auf Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Mutter der Klägerin ab und genehmigte die Teilvereinbarung der Parteien (Urk. 31 = 41).

2. Mit Teilurteil vom 5. Februar 2015 (Endentscheid) wies die Vorinstanz sodann die Klage der Klägerin auf Abänderung der Unterhaltsregelung ab (Urk. 37). Im Weiteren kann für die Prozessgeschichte und den detaillierten Verlauf vor Vorinstanz auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 41 E. I).

3. Der Beklagte erhob mit Eingabe vom 20. April 2015 rechtzeitig (vgl. Urk. 39) Berufung gegen das vorinstanzliche Teilurteil vom 6. Januar 2015 und stellte die

eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 40). Mit Schreiben vom 29. April 2015 teilte der Beklagte der Kammer mit, dass er die Mutter der Klägerin noch nicht über die Berufung informiert habe. Sollte eine solche Information vorgenommen werden, würde er sich über ein präventives Schutzkonzept für die Klägerin freuen (Urk. 44). Nachdem dem Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt worden war (Urk. 45), stellte er ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 46), woraufhin ihm mit Verfügung vom 26. Mai 2015 die Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses einstweilen abgenommen wurde (Urk. 49). Diese Verfügung konnte dem Beklagten nicht zugestellt werden (vgl. Urk. 50). Mit Eingabe vom 17. Juni 2015 reichte der Beklagte weitere Unterlagen seine finanziellen Verhältnisse betreffend ein (Urk. 51 und 52/1-4). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, erübrigt sich das Einholen einer Berufungsantwort (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Vorab stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz für die Regelung der Kinderbelange neben dem Kindesunterhalt sachlich zuständig war. Die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gericht ist eine solche der Prozessvoraussetzungen und damit von Amtes wegen zu prüfen (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO in Verbindung mit Art. 60 ZPO).

2. Der Beklagte und die Mutter der Klägerin waren nicht miteinander verheiratet. Damit kommen vorliegend nicht die Normen betreffend Scheidungsverfahren (Art. 111 ff. ZGB), sondern die allgemeinen Bestimmungen betreffend die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB) zur Anwendung. Weigert sich bei unverheirateten Eltern ein Elternteil, die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge abzugeben, kann der andere gemäss Art. 298b Abs. 1 ZGB die KESB anrufen. Zusammen mit dem Entscheid über die elterliche Sorge ist die KESB für die Regelung der Obhut (und des persönlichen Verkehrs) beziehungsweise für die Regelung der Betreuungsanteile (Art. 298b Abs. 3 ZGB) zuständig. Im Rahmen dieses Verfahrens haben die Eltern auch die Möglichkeit, eine Unterhaltsverein-

barung zu schliessen, die mit der Genehmigung durch die KESB verbindlich wird (Art. 287 Abs. 1 ZGB). Besteht jedoch Uneinigkeit hinsichtlich des Unterhaltsbeitrages, muss eine Unterhaltsklage beim Gericht eingereicht werden (Art. 298b Abs. 3 ZGB). Die gleiche Zuständigkeitsordnung gilt bei einer Veränderung der Verhältnisse (Art. 298d ZGB). Damit wurde – im Vergleich zur Regelung, die bei geschiedenen Eltern gilt – bei unverheirateten Eltern eine unterschiedliche Zuständigkeitsordnung eingeführt. Demnach regelt die KESB mit Ausnahme des Unterhalts sämtliche strittigen Punkte. Eine mit Art. 134 Abs. 4 ZGB (Scheidungsverfahren) vergleichbare Norm, die eine Behandlung aller strittigen Fragen durch das Gericht zulassen würde, findet sich im Gesetz nicht.

3. Das Fehlen einer solchen Regelung wird in der Lehre allgemein kritisiert (vgl. Fassbind, in: ZKE 2014 S. 95 Rz. 51 f.; Leitfaden gemeinsame elterliche Sorge, Obergericht des Kantons Zürich, gerichtส์übergreifende Arbeitsgruppe gemeinsame elterliche Sorge, September 2014, Ziff. 5.2 [zit.: Leitfaden gemeinsame elterliche Sorge]; B chler/Marante, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rz. 51 ff.; B chler, in: Schnittstellen zur Sozialhilfe und Neuerungen im Kinderschutz, Referat vom 14.05.2014, Ziff. 6, Referat abrufbar auf: www.hslu.ch/fachtagung-kes; Bericht BJ, Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, Mai 2014, S. 9). Zum Teil wird postuliert, dass die KESB in analoger Anwendung von Art. 298c Abs. 1 (Vaterschaftsklage) sowie Art. 134 Abs. 4 ZGB (Scheidungsverfahren) die Regelung sämtlicher Kinderbelange an das Gericht delegieren solle, das für die Regelung des Kindesunterhalts zuständig sei (Fassbind, a.a.O., Rz. 51 f.; B chler/Marante, a.a.O., Rz. 51 ff.). Andere Stimmen halten dagegen – ohne sich mit der Frage einer möglichen Analogie auseinanderzusetzen – fest, dass das Gesetz Parallelverfahren vorsehe (Schwenzer/Cottier, in: Basler Kommentar ZPO, 2014, Art. 298b N. 14), welche es zu koordinieren gälte (Leitfaden gemeinsame elterliche Sorge, a.a.O., Ziff. 5.1, Bericht BJ, Inkraftsetzung Revision elterliche Sorge, a.a.O., S. 9).

4. Vorauszuschicken ist, dass die vorliegend genauer zu betrachtenden Art. 298b und 298d ZGB im Zusammenhang mit der Änderung des Schweizeri-

schen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 20. März 2015 (BBI 2015 2723) ergänzt werden. Die Änderungen lauten wie folgt:

nArt. 298b Abs. 3 zweiter Satz E-ZGB

"³ (...) 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."

nArt. 298d Abs. 3 E-ZGB

"³ Vorbehalten bleibt die Klage auf Änderung des Unterhaltsbeitrags an das zuständige Gericht; in diesem Fall regelt das Gericht nötigenfalls die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange neu."

Die Referendumsfrist betreffend das Bundesgesetz vom 20. März 2015 ist am 9. Juli 2015 abgelaufen, der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten der Änderung (BBI 2015 2723, 2728).

5.1 Da das Bundesgesetz vom 20. März 2015 noch nicht in Kraft gesetzt wurde, vermag das neue Recht im vorliegend interessierenden Kontext nur dann eine gewisse Vorwirkung erzeugen, wenn durch es das geltende System nicht grundsätzlich geändert, sondern einzig eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustands angestrebt oder eine Lücke des geltenden Rechts ausgefüllt werden soll. Nur in solchen Fällen kann eine zukünftige Gesetzeslage zur Auslegung des aktuellen Rechts mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 124 II 193 E. 5d; BGE 125 III 401 E. 2a; BGer 5A_793/2011 vom 3. Februar 2012 E. 6.8.3; BGer 5A_863/2013 vom 18. März 2014 E. 3).

5.2 Auch die von der Lehre zum Teil geforderte analoge Anwendung von Art. 134 Abs. 4 ZGB – mit welchem Artikel der Gesetzgeber für veränderte Verhältnisse nach der Scheidung eine Kompetenzattraktion beim Gericht ausdrücklich vorgesehen hat – kommt nur in Frage, wenn die Regelungen in Art. 298b und Art. 298d ZGB lückenhaft sind.

6.1 Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder

nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (vgl. BGE 139 II 404 E. 4.2; BGE 138 II 1 E. 4.2; BGE 135 III 385 E. 2.1). Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte (BGE 129 II 401 E. 2.3). Der Umstand, dass sich eine bestimmte Regelung im Gesetz nicht findet, bedeutet nicht ohne Weiteres, dass eine Lücke im Rechtssinne vorliegt, die nach Art. 1 Abs. 2 ZGB zu füllen wäre (BGE 140 III 206 E. 3.5 mit weiteren Hinweisen).

6.2 Als lückenhaft kann das Gesetz vorliegend nur gelten, wenn sich ergibt, dass es hinsichtlich der Kompetenzen zwischen dem Gericht und der KESB keine abschliessende Ordnung aufstellt, sondern der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen. Ist die gesetzliche Regelung hinsichtlich der Frage, wer für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit betreffend Unterhalt sowie weiterer Kinderbelange zuständig ist, aufgrund der Auslegung demgegenüber als abschliessend zu betrachten, ist das Fehlen einer gesetzlich geregelten Kompetenzattraktion beim Gericht folgerichtig und es liegt keine Gesetzeslücke vor.

6.3 Ob die Regelung als abschliessend zu betrachten ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Zwar ist dabei eine historisch orientierte Auslegung insoweit von besonderer Bedeutung, als nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergibt) aufzuzeigen vermag. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen bleiben verbindliche Richtschnur des Gerichts. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 139 II 404 E. 4.2; BGE 138 II 217 E. 4.1; BGE 137 III 217 E. 2.4.1). Das Gesetz muss sich in erster Linie aus sich selbst heraus ergeben. Das heisst, dass es nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden muss. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methoden-

pluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 140 III 206 E. 3.5)

7.1 Vor der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 21. Juni 2013 (Elterliche Sorge), in Kraft seit 1. Juli 2014, bestand die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge bei unverheirateten Personen nur auf gemeinsamen Antrag und nur bei Abschluss einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten (vgl. Art. 298a aZGB). Für eine spätere Neuzuteilung der elterlichen Sorge aufgrund wesentlicher Veränderungen der Verhältnisse war die KESB zuständig (vgl. Art. 298a Abs. 2 aZGB). Eine Unterhaltsklage war damals beim Gericht zu erheben (vgl. Art. 286 ZGB). Unter altem Recht wäre es bei der vorliegenden Streitigkeit somit zu Parallelverfahren gekommen.

7.2 In der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011 wird ausgeführt, dass die Neuregelung die Chance zur Vereinfachung und Klärung der Zuständigkeiten bei Kinderbelangen biete. Das Gericht solle für die Regelung der elterlichen Sorge immer dann zuständig sein, wenn sich die Frage in einem eherechtlichen Verfahren stelle. In den übrigen Fällen solle die Zuständigkeit grundsätzlich bei der Kindesschutzbehörde liegen. So werde entgegen dem Vernehmlassungsentwurf aufgrund der eingegangenen Kritik darauf verzichtet, alle strittigen Fälle dem Gericht zuzuweisen, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein eherechtliches Verfahren handle oder nicht. Gemäss Botschaft wäre es widersprüchlich, von den Kindesschutzbehörden auf der einen Seite mehr Professionalität zu verlangen, um ihr fast gleichzeitig Entscheidbefugnisse wegzunehmen und auf das Gericht zu übertragen. Deshalb und da bei Fragen um das Wohl des Kindes öffentliches Recht und privates Recht kaum mehr zu unterscheiden seien, sei es sinnvoll, die Verfahren möglichst bei der fachlich kompetenten KESB zu konzentrieren (BBI 2011 9094 Ziff. 1.5.3).

Im Zusammenhang mit dem Scheidungsrecht sah der bundesrätliche Entwurf vor, dass bei Änderungen der elterlichen Sorge im Anschluss an eine Scheidung nicht mehr das Gericht, sondern grundsätzlich die KESB entscheiden solle.

Dies deshalb, damit diejenige Behörde über die Abänderung entscheide, die bereits nach (damals) geltendem Recht über Abänderungen des persönlichen Verkehrs befände. Keine Änderung sah der bundesrätliche Entwurf bezüglich des Unterhalts vor. Dort sollte bei strittigen Verhältnissen weiterhin das Gericht zuständig sein. Weiter sah der Entwurf eine Kompetenzattraktion zugunsten des Gerichts vor, wenn es die Änderung des Unterhaltbeitrages regelt (BBI 2011 9101 Ziff. 2.1).

7.3 Der heute geltende Art. 298b Abs. 3 ZGB entspricht dem Wortlaut des bundesrätlichen Entwurfs und wurde diskussionslos angenommen (AB 2012 N. 1647; AB 2013 S. 12). Art. 298d ZGB wurde mit seinem heutigen Wortlaut von der Kommission an der ständerätlichen Sitzung beantragt. Begründet wurde dieser Antrag damit, dass es diesen Artikel benötige, um eine drohende Lücke im Vergleich zu verheirateten Paaren zu verhindern (Kommissionssprecherin Anne Seydoux-Christe AB 2013 S. 12). Der Antrag der Kommission wurde diskussionslos angenommen (AB 2013 S. 12; AB 2013 N. 703). Die Räte setzten sich damit jedoch nicht mit der vorliegend interessierenden Frage auseinander, ob das Gericht bei strittigem Unterhalt auch über die weiteren Kinderbelange entscheidet.

Zu mehr Diskussionen führte die Kompetenzenregelung im Nachgang an ein Scheidungsverfahren. Bundesrätin Simonetta Sommaruga erklärte, dass die neue Regelung für die Fälle gedacht sei, in welchen es nur um die Frage der Änderung der Elternrechte oder der Elternpflichten gehe. Für jene Fälle solle die KESB zuständig sein. Sobald der Unterhalt strittig sei, falle die Zuständigkeit auch nach dem bundesrätlichen Entwurf an das Gericht (vgl. Art. 134 Abs. 3 E-ZGB; AB 2012 N. 1639). Die neue Regelung führe zu einer Parallelität zwischen verheirateten und unverheirateten Personen (AB 2013 S. 9). Die Mehrheit wollte dagegen an der geltenden Regelung festhalten, da sich diese bewährt habe. Zudem wurde – trotz der im bundesrätlichen Entwurf vorgesehenen Kompetenzattraktion zuhanden des Gerichts bei strittigem Unterhalt – verschiedentlich festgehalten, dass eine geteilte Zuständigkeit, nämlich jene des Gerichts bei strittigem Unterhalt und ansonsten jene der KESB, nicht prozessökonomisch sei. Es seien Parallelverfah-

ren zu befürchten (so Votum Nationalrat Christian Lüscher AB 2012 N. 1640, Votum Nationalrätin Gabi Huber AB 2013 N 700).

7.4 Aus den Materialien lässt sich damit kein eindeutiger Wille des Gesetzgebers herleiten, wonach die Kompetenzenregelung in Art. 298b bzw. Art. 298d ZGB abschliessend geregelt wäre und der Gesetzgeber eine Kompetenzattraktion, wie sie bei geschiedenen Personen vorliegt, ausschliessen wollte. Auch geht nicht hervor, dass es dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte, mit den neuen Bestimmungen bei unverheirateten Eltern Parallelverfahren auszulösen. Es liegt somit kein planmässiges Vorgehen des Gesetzgebers vor. Vielmehr ist von einem gesetzgeberischen Versehen auszugehen, und dieses Versehen wird nun mit dem Bundesgesetz vom 20. März 2015 behoben (vgl. E. II.4 und E. II.7.6). Dafür sprechen auch die Voten anlässlich der Ratssitzungen, wonach es Doppelspurigkeiten zu verhindern gälte. Diese Voten fielen zwar im Zusammenhang mit der Diskussion um die Änderung von Art. 134 ZGB, können aber auch bei der vorliegenden Auslegung berücksichtigt werden. Anlässlich der Sitzungen wurde der Prozessökonomie grossen Wert beigemessen. Parallelverfahren beim Gericht und bei der KESB sind jedoch nicht prozessökonomisch. Dies umso weniger, als die beiden Verfahren in einem sehr nahen Verhältnis stünden bzw. gar voneinander abhängen würden. Auch die Ausführungen der Bundesrätin, wonach eine Vereinfachung der Zuständigkeiten angestrebt werde, spricht gegen die Annahme eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers.

7.5. Weiter lässt auch die systematische Auslegung nicht auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers schliessen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass er unverheirateten Parteien zwei gleichzeitig verlaufende Parallelverfahren vor zwei verschiedenen Behörden aufbürden wollte, wohingegen sich verheiratete oder geschiedene Eltern jeweils an eine Behörde wenden können.

7.6. Zu beachten gilt schliesslich, dass die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) die Zuständigkeitsproblematik zwischen den KESB und den Gerichten im Zusammenhang mit nicht miteinander verheirateten Eltern bereits vor Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Juli 2014 erkannt und eine Kompetenzattraktion zugunsten des Gerichts für die Fälle geschaffen hat, in welchen

hinsichtlich des Unterhaltsbeitrages Uneinigkeit besteht (vgl. Medienmitteilung RK-N vom 28.05.2014). Dementsprechend hat die RK-N in den Sitzungen bezüglich der Revision Kindesunterhalt die Aufnahme der Art. 298b Abs. 3 zweiter Satz sowie Art. 298d Abs. 3 ZGB beantragt (vgl. vorstehend in E. II.4). Diese Anträge wurden vom Nationalrat diskussionlos (AB 2014 N. 1245) und vom Ständerat nach einer redaktionellen Anpassung angenommen (vgl. Kommissionssprecher Stefan Engeler AB 2014 S. 1126; AB 2015 N. 86).

8. Die Auslegung von Art. 298b und 298d ZGB ergibt damit, dass nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers bezüglich einer Kompetenzattraktion auszugehen ist. Vielmehr liegt eine Lücke vor, welche es in Analogie zu nArt. 298d Abs. 3 E-ZGB bzw. Art. 134 Abs. 4 ZGB zu schliessen gilt (vgl. dazu vorstehend E. II.5.1 f.). Dementsprechend war die sachliche Zuständigkeit bei der Vorinstanz und ist sie auch bei der Berufungsinstanz gegeben.

Da die Vorinstanz für die Regelung der strittigen Kinderbelange sachlich zuständig war, war sie dies auch, um über das Gesuch des Beklagten auf psychologische Abklärung der Mutter der Klägerin sowie über die Genehmigung der während des Verfahrens geschlossenen Vereinbarung zu befinden.

III.

1. Die Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheids blieb unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Davon ist Vormerk zu nehmen.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilserwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen aufzeigt, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) liegt. Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vor Vorinstanz

eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt oder gar lediglich auf die Rechtschriften in den Vorakten verweist. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen. Die Berufungsinstanz ist nicht verpflichtet, den angefochtenen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, es sei denn, diese träten offen zu Tage (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; CAN 2012 Nr. 75 S. 206 f. sowie – mit weiteren Hinweisen – Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N. 893 ff., insb. N. 896; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 311 ZPO N. 36; Kunz, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 311 ZPO N. 92).

3.1 Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt auch für das Vorlegen neuer Beweismittel, die aufzeigen sollen, dass die Beweiswürdigung der ersten Instanz aufgrund des ihr vorliegenden Beweismaterials unzutreffend war (Marti, in: Berner Kommentar ZPO, Band II, 2012, Art. 317 N. 10). Das Bundesgericht hat eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bei Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgebend sei (BGE 138 III 625 E. 2.2). Dies gilt auch in Verfahren betreffend Kinderbelange, in denen gemäss Art. 296 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist und keine Bindung an die Anträge besteht. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden (Hohl, a.a.O., Rz. 1214 und 2414). Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E. 4.2; Hohl, a.a.O., Rz. 1172).

3.2 Der Beklagte hat mit der Berufung die Urk. 43/2-7 eingereicht. Urk. 43/2 sowie Urk. 43/5-7 befinden sich bereits in den vorinstanzlichen Akten (Urk. 5, Urk. 14, Urk. 22/2.2-2.3). Ein Teil der Email-Konversation in Urk. 43/3 wurde erst

im Berufungsverfahren eingereicht, ist jedoch vor dem angefochtenen Entscheid entstanden. Weshalb dieser Email-Verkehr nicht bereits bei der Vorinstanz eingebracht wurde, erklärt der Beklagte nicht. Der mit Urk. 43/3 neu eingebrachte Emailverkehr ist damit nicht zu berücksichtigen. Auch das Exposé von D. _____ vom 2. März 2015 (Urk. 43/4) kann vorliegend nicht berücksichtigt werden. Dieses stellt ein neues Beweismittel dar, mit welchem der Beklagte die Notwendigkeit einer weiteren Abklärung der Mutter der Klägerin darlegen will. Dies hätte er jedoch bereits vor Vorinstanz tun können. Das Exposé wurde zwar erst nach Fällung des vorliegend angefochtenen Entscheids erstellt, hätte jedoch bereits vorher angefertigt werden können. Weshalb er das Exposé erst nach dem vorinstanzlichen Verfahren erstellen liess, legte der Beklagte nicht dar. Damit kann das Exposé unter Berücksichtigung der obgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Beurteilung der Frage, ob die Vorinstanz zu Recht keine weitere Abklärung die Mutter der Klägerin betreffend vorgenommen hat, nicht berücksichtigt werden. Selbst wenn jedoch dabei von einem zulässigen neuen Beweismittel ausgegangen würde, wäre es nicht als taugliches Beweismittel zur Glaubhaftmachung einer Gefährdung zu erachten, da es sich dabei um eine Ferndiagnose handelt, das heisst, die Schreibende nicht mit der Klägerin persönlich gesprochen hat, sondern die Annahmen einzig auf den Angaben des Beklagten beruhen (vgl. dazu Urk. 43/4 S. 3 und 13). Es handelt sich um ein Parteigutachten, welchem kein Beweiswert zukommt.

IV.

1. Der Beklagte wehrt sich mit Ziffer 1 seiner Berufung gegen die Abweisung seines Antrages auf psychologische Abklärung der Mutter der Klägerin (Urk. 40 S. 2). Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids stellt einen prozessleitenden Entscheid dar, welcher mit dem vorliegenden Teilurteil angefochten werden kann.

2. Nach der Trennung des Beklagten und der Mutter der Klägerin wurde mit Hilfe der Elternberatungsstelle ... versucht, eine Vereinbarung betreffend die Be-

treuung der Klägerin sowie den Unterhalt zu erzielen. Im Rahmen dieser Beratung machten die Eltern der Klägerin Aussagen, welche Frau E. _____ von der Beratungsstelle dazu veranlassten, einen Antrag auf Überprüfung des Kindeswohls der Klägerin bei der KESB zu stellen. In der Folge fertigte das Sozialzentrum ... im Auftrag der KESB einen Abklärungsbericht an. Darin wurde eine Kindesgefährdung verneint und festgehalten, dass die Kindsmutter ein feinfühliges und adäquates Verhalten gegenüber der Klägerin aufzeige und das Bindungsverhalten zwischen der Klägerin und der Mutter sicher sei. Die Verfasserinnen des Berichts sahen demzufolge von weiteren Abklärungen ab (Urk. 29). Der Beklagte äusserte vor Vorinstanz trotz Vorliegens dieses Berichts wiederholt, sich Sorgen um die Klägerin zu machen, und ersuchte um ein entsprechendes Gutachten (u.a. in Prot. I S. 11, S. 19, S. 24). Trotz dieser Vorbehalte unterzeichnete er die Vereinbarung vom 11. Dezember 2014, ihm wurde dabei aber vom Vorderrichter erklärt, dass sich das Gericht bezüglich der Erziehungsfähigkeit der Mutter der Klägerin mit der KESB in Verbindung setzen werde (Prot. I S. 38).

3. Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid fest, dass sich aus den gesamten Vorbringen und eingereichten sowie eingeholten Unterlagen keine Hinweise auf eine Gefährdung des Kindeswohls ergeben würde. Die Tagesmutter habe dementiert, die vom Beklagten vorgebrachten Äusserungen getätigt zu haben. Weiter sei bezüglich der Reklamationen der Nachbarn festzuhalten, dass eine Überforderung bei einem schreienden Kind in einem gewissen Rahmen als normal anzusehen und an sich nicht besorgniserregend sei. Es sei zudem nicht ersichtlich, dass sich die Rückführungen der Kindsmutter zur Problembewältigung negativ auf die Klägerin auswirken würden. Vielmehr bestehe dabei wohl eine "weltanschauliche" Differenz zwischen den Eltern. Bezüglich des vom Beklagten eingereichten USB-Sticks sei zu berücksichtigen, dass es sich bei der Klägerin um ein sehr junges Kind handle, dieses jeweils erst nach mehrmaligem Nachfragen auf die Frage der Herkunft der blauen Flecken geantwortet und aufgrund der wiederholten Befragungen unter Umständen bereits gewusst habe, welche Antwort zu geben sei. Auch könne eine suggestive Befragung durch den Beklagten nicht ausgeschlossen werden. Schliesslich sei zu bedenken, dass Kinder in diesem Alter oft umfallen würden, was die Flecken ohne Weiteres erklären würde.

Schliesslich würden sich keine Anhaltspunkte dafür zeigen, dass die Beziehung der Klägerin zu einem Elternteil beeinträchtigt wäre, und eine Gefährdung des Kindeswohls sei nicht erkennbar. Auch fänden sich für den Vorwurf der Borderline-Erkrankung der Mutter der Klägerin keine Anhaltspunkte (Urk. 41 E. II.4).

4. Im Berufungsverfahren bringt der Beklagte sinngemäss vor, es liege eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz vor. Die Vorinstanz habe, ohne eine Abklärung bezüglich der von ihm geltend gemachten bzw. befürchteten Borderline-Erkrankung der Mutter der Klägerin vorgenommen zu haben, festgestellt, dass keine Gefährdung der Klägerin bestehe (Urk. 40 S. 2). Zudem zweifle er das ärztliche Zeugnis von Dr. med. F._____, der Psychotherapeutin der Mutter der Klägerin, an, da die "Mutter der Beklagten [recte: Klägerin] eine andere Ausgangssituation und Zielsetzung vor der behandelnden Ärztin in vorangegangenen Sitzungen inszeniert habe als in der Realität" (Urk. 40 S. 3). Die Psychotherapeutin der Mutter der Klägerin sei dabei nicht im Bilde gewesen über die Schreiattacken der Mutter der Klägerin, deren Wutausbrüche mit Beschädigungen von Autos und Einrichtungen sowie darüber, dass die Mutter der Klägerin glaube, ihre Probleme bestünden aufgrund von Erfahrungen in vergangenen Leben und könnten nur durch Rückführungen gelöst werden (Urk. 40 S. 3). Zu berücksichtigen sei nicht das Zeugnis von Dr. med. F._____, sondern vielmehr das Exposé der Borderline-Expertin D._____. Bei dessen Erstellung seien, im Gegensatz zum Zeugnis von Dr. med. F._____, die Tagebuchaufzeichnungen der Mutter der Klägerin berücksichtigt worden. Weiter habe er in Bezug auf die Tagesmutter keine falschen Angaben gemacht. Es sei auch fraglich, wie die Tagesmutter und deren Ehemann eine Stellungnahme zu seinem Schreiben (gemeint ist wohl Urk. 5) hätten geben können, ohne sein Schreiben überhaupt gelesen zu haben. Schliesslich erklärt er, dass er die Klägerin als sehr einfach empfinde. Wieso die Klägerin dabei über einen längeren Zeitraum schreien müsse, sodass Nachbarn aktiv würden, sei für ihn nicht nachvollziehbar (Urk. 40 S. 5).

5.1 Ein Gutachten kann eingeholt werden, soweit das Gericht dies als notwendig erachtet (Art. 183 Abs. 1 ZPO), was dann der Fall ist, wenn besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, welche das Gericht nicht hat. Ist dagegen ein Gut-

achten für den Entscheid in der Sache nicht notwendig, kann auf die Einholung verzichtet werden.

5.2 Die Vorinstanz hielt eine weitere Abklärung der Mutter der Klägerin nicht für notwendig, da keine Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bestünden. Sie stützte sich bei ihrer Begründung auf den durch das Sozialzentrum angefertigten Abklärungsbericht, die eingereichten Unterlagen, die Stellungnahme der Tagesmutter sowie die Ausführungen des Beklagten und der Mutter der Klägerin. Die Argumente des Beklagten vermögen dieser überzeugenden Begründung nichts entgegenhalten. Mit ihrer Stellungnahme zur Klage (Urk. 14) hielt die Tagesmutter fest, dass der Beklagte "zum Teil falsch wiedergegebene Aussagen von uns herangezogen hat, um seine Zweifel an der Erziehungsfähigkeit von Frau B._____ zu begründen. Hierzu möchte ich festhalten, dass wir weder Zweifel an der Erziehungsfähigkeit von Frau B._____ haben noch uns je dahingehend geäußert haben." Damit bringen sie und ihr Ehemann zum Ausdruck, dass – ihrer Ansicht nach – keine Gefährdung der Klägerin besteht. Für diese Meinungsäußerung mussten sie nicht über den genauen Inhalt der beklagtischen Eingabe im Bilde sein. Essentiell ist, dass sie das Kindeswohl der Klägerin als gewahrt betrachten. Zum geäußerten Zweifel des Beklagten am Zeugnis von Dr. med. F._____ ist festzustellen, dass nicht bekannt ist, ob die Psychologin über alle Gegebenheiten und damit auch über den Inhalt der Tagebucheinträge etc. informiert war. Das ist bei solch privat ausgestellten Zeugnissen jedoch immer der Fall. Auch beim vom Beklagten neu eingereichten Exposé besteht die Gefahr, dass die Schreibende nicht über alle wesentlichen Punkte informiert war. Dies umso mehr, als das Exposé nur auf den Aussagen des Beklagten beruht. Aus diesem Grunde ist auch nicht lediglich auf ein solches Zeugnis abzustellen und stellte auch die Vorinstanz nicht ausschliesslich auf dieses Zeugnis ab; vielmehr berücksichtigte sie auch die weiteren Unterlagen. Immerhin ist auch darauf hinzuweisen, dass es sich bei Dr. med. F._____ um eine Fachperson handelt und diese im direkten Gespräch mit der Mutter der Klägerin stand. Bezüglich der blauen Flecken ist auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 41 E. II.4), mit welcher sich der Beklagte ungenügend auseinandersetzt. Die genannten blauen Flecken

befanden sich an für Kleinkinder üblichen Stellen. Dem widerspricht denn auch der Beklagte nicht (vgl. Urk. 40 S. 6).

Der Beklagte stört sich an der Feststellung der Vorinstanz, wonach keine Anhaltspunkte für eine Borderline-Erkrankung der Mutter der Klägerin bestünden. Er ist der Ansicht, dass eine solche Feststellung ohne eine entsprechende Abklärung nicht erfolgen könne, da diese Erkrankung selbst für Psychologen nur schwer erkennbar sei. Bestehen aber keine Anhaltspunkte für eine Erkrankung, erscheint auch die entsprechende Abklärung nicht als notwendig. Zu prüfen war von der Vorinstanz, ob das Kindeswohl gefährdet ist. Dies hat sie verneint und deshalb bestand für sie auch kein Anlass für weitere Abklärungen. Weiter wirft der Beklagte der Vorinstanz vor, die vorhandenen Unterlagen (insbesondere den Abklärungsbericht, die eingereichten Unterlagen inkl. Notizen und Tagebucheinträge) nicht ausreichend analysiert zu haben, da das Urteil lediglich zwei Werktage (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) nach dem Eintreffen des Abklärungsberichts gefällt worden sei (Urk. 40 S. 6; der Abklärungsbericht ging beim Gericht am 18. Dezember 2014 ein, der angefochtene Entscheid stammt vom 6. Januar 2015). Hierzu ist der Beklagte darauf hinzuweisen, dass die Gerichte auch während den "Gerichtsferien" grundsätzlich arbeiten. Lediglich gewisse Fristen stehen in dieser Zeit still (vgl. Art. 145 ZPO), und es finden weniger Verhandlungen statt (Art. 146 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 145 ZPO). Dass sich die Vorinstanz eingehend mit dem Abklärungsbericht auseinandergesetzt hat, ergibt sich zudem aus der ausführlichen Begründung. Der Umstand, dass die Vorinstanz das Tagebuch nicht explizit erwähnt, bedeutet nicht, dass sie sich damit nicht befasst hätte. In diesem Tagebuch (Urk. 22/6) hielt die Mutter der Klägerin Gedanken im Zusammenhang mit den vom Beklagten als "Rückführungen" bezeichneten Vorgängen zur Problembewältigung (vgl. Urk. 21 S. 7) fest. Zu diesen "Rückführungen" führte die Vorinstanz aus, dass nicht ersichtlich sei, inwiefern die Klägerin durch diese gefährdet sein soll. Vielmehr dürfte es sich um eine "weltanschauliche" Differenz zwischen den Kindseltern handeln (Urk. 41 E. II.4 S. 9). Mit dieser Begründung setzt sich der Beklagte nicht auseinander, weshalb es dabei bleibt.

Mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 41 E. II.4 S. 11) ist im Übrigen auf die angeordnete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB hinzuweisen (Urk. 41 Dispositivziffer 5), mit welcher die Eltern eine Unterstützung in der Erziehung und allgemein eine Ansprechperson bei Streitigkeiten die Klägerin betreffend erhalten werden.

6.1 In Übereinstimmung mit der Vorinstanz kann somit festgehalten werden, dass aufgrund der vorliegenden Akten das Kindeswohl der Klägerin nicht gefährdet erscheint, wobei im Weiteren auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (Urk. 41 E. II). Dementsprechend konnte die Vorinstanz auch auf weitere Abklärungen verzichten. Im Berufungsverfahren machte der Beklagte keine neuen – das heisst nach dem angefochtenen Entscheid vorgefallenen und damit von der Vorinstanz noch nicht gewürdigten – Situationen (wie Wutausbrüche der Mutter der Klägerin oder ähnliches) geltend, in welchen er das Kindeswohl der Klägerin als gefährdet betrachtet. Der Beklagte ist jedoch darauf hinzuweisen, dass er sich für den Fall, dass sich neue Situationen und neue Beweismittel ergeben sollten, welche seine Bedenken bestärken, damit an den Beistand bzw. an die KESB wenden kann. Der Berufungsantrag in Ziffer 1 ist entsprechend abzuweisen. Damit sind auch die übrigen Berufungsanträge abzuweisen, da diese lediglich für den Fall einer angeordneten Abklärung gestellt wurden. Dementsprechend ist der vorinstanzliche Entscheid bezüglich den Dispositivziffern 1 bis 4 zu bestätigen (vgl. Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

6.2 Mangels einer Gefährdungssituation der Klägerin ist folglich auch auf die Anordnung von Schutzmassnahmen bei Verkündung des vorliegenden Entscheids (vgl. Eingabe des Beklagten vom 29. April 2015 [Urk. 44]) zu verzichten. Dies umso mehr, als die Mutter der Klägerin bereits Kenntnis vom vorliegenden Berufungsverfahren hat (vgl. Urk. 54).

V.

1. Die Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Vorinstanz wurde vom Beklagten im Berufungsverfahren nicht beanstandet (Urk. 40). Ausgangsgemäss ist sie zu bestätigen (vgl. Urk. 41 E. IV).
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen. Mangels relevantem Aufwand ist der Klägerin für das Berufungsverfahren keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.
- 3.1 Der Beklagte stellt für das Berufungsverfahrens ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 46). Gemäss 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).
- 3.2 Mittellos ist eine Person, welche die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt. Bei der entsprechenden Prüfung ist die gesamte finanzielle Lage der gesuchstellenden Partei zu berücksichtigen. Sie muss sämtliche finanziellen Verpflichtungen sowie Einkommens- und Vermögensverhältnisse von ihr und gegebenenfalls ihren Familienangehörigen angeben und soweit möglich belegen. Schuldverpflichtungen können nur berücksichtigt werden, wenn sie tatsächlich erfüllt werden. Der Teil der finanziellen Mittel, welcher das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige überschreitet, muss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens verglichen werden, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist

selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, 2001, S. 182 f. und 185).

3.3 Der Beklagte begründet sein Gesuch damit, monatlich über einen Betrag von Fr. 6'379.– zu verfügen (Entschädigung der Arbeitslosenkasse abzüglich Steuern von monatlich Fr. 878.25) und dabei einen Bedarf von Fr. 5'804.– aufzuweisen. Bei seinem Bedarf stützt er sich mehrheitlich auf die Ausführungen der Vorinstanz im Teilurteil vom 5. Februar 2015 (Urk. 48/6). Es resultiere ein Überschuss von monatlich Fr. 575.–. Hierbei müsse jedoch berücksichtigt werden, dass in dem von ihm aufgestellten Bedarf noch nicht alle seine Ausgaben enthalten seien (Urk. 46 S. 3).

3.4 Aus seiner Bedarfsberechnung ergibt sich, dass der Beklagte zum von ihm selber festgehaltenen Bedarf von Fr. 5'804.– zusätzliche Kosten von monatlich Fr. 231.– (Fr. 315.– abzüglich Fr. 84.–) für das Generalabonnement, von Fr. 481.– (Fr. 831.– abzüglich Fr. 350.–) für die Kreditkosten der Wohnung in Frankreich sowie von Fr. 844.– (Fr. 2'530.– abzüglich Fr. 1686.–) für die Wohnkosten geltend macht (Urk. 46 S. 2 f.). Zu den Wohnkosten ist auszuführen, dass die Vorinstanz lediglich Fr. 1'886.– im Bedarf des Beklagten berücksichtigte, da der Klägerin ein Anteil von 1/3 anzurechnen sei (Urk. 37 S. 30 Ziff. 2 und S.12). Da der Beklagte den Kindsbedarf von Fr. 1'200.– (vgl. dazu auch Urk. 37 E. III.2.2) in seiner Aufflisung auch zu seinem Bedarf schlägt (Urk. 46 S. 3), kann dieser Anteil an den Wohnkosten nicht nochmals berücksichtigt werden. Die vom Beklagten geltend gemachten Kreditkosten von insgesamt Fr. 831.– enthalten Amortisationszahlungen (vgl. Urk. 7/8). Bei Amortisationszahlungen handelt es sich um Ersparnisse, welche nicht berücksichtigt werden können (vgl. BGer 8C_777/2012 vom 7. Januar 2013 E. 5.1; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 117 N. 11). Wird im Übrigen auf den vom Beklagten selber geltend gemachten Bedarf abgestellt und werden zudem die Kosten für das Generalabonnement

berücksichtigt, ist von einem Bedarf des Beklagten von Fr. 6'035.– auszugehen und dem Beklagten bleibt ein monatlicher Überschuss von Fr. 344.–. Damit ist er in der Lage, die vorliegenden Gerichtskosten im Umfang von Fr. 1'500.– innert angemessener Frist zu begleichen. Dazu muss er nicht einmal auf sein Vermögen zurückgreifen, weshalb sich Ausführungen zu seiner Liegenschaft erübrigen. Dementsprechend ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 5 des Teilurteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 6. Januar 2015 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Begehren des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositivziffern 1 bis 4 sowie 6 bis 8 des Teilurteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 6. Januar 2015 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 1'500.– 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 die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 40 und Urk. 42 bis 43/2-7, 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, 13. Juli 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Schaffitz

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:

mc