

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ220013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietlispach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Paszehr

Beschluss vom 18. August 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Klägerinnen und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (Zuständigkeit)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 21. Februar 2022 (FK210134-L)**

Rechtsbegehren:

der Klägerinnen 1 und 2 (Urk. 5/2 S. 2):

1. Es sei der persönliche Verkehr zwischen dem Kind C._____, geb. tt.mm.2010, und dem Beklagten entsprechend den Empfehlungen im (derzeit in Bearbeitung stehenden) Gutachten von Dr. med. D._____, ... [Adresse], neu zu regeln.
2. Es sei der Beklagte in Abänderung von Disp. Ziff. 1 des Entscheids des Gerichtspräsidiums Baden vom 8. März 2011 zu verpflichten, an den Unterhalt der Tochter C._____ ab Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens und jeweils per 1. eines Monats einen im Vergleich zu diesem Entscheid angemessen erhöhten monatlichen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Beklagten."

des Beklagten (Urk. 5/41 S. 2 f.):

"Nicht-Eintreten:

1. Auf die Klage sei infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit nicht einzutreten.
2. *Eventualiter* sei auf die Klage der Klägerin 2 nicht einzutreten, da die Vertretungsbefugnis der Kindsmutter in Bezug auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und Regelungen des persönlichen Verkehrs von C._____ *ex lege* entfallen ist und ihr für sämtliche Verfahrenshandlungen sowie Verhandlungen betreffend Unterhalt und persönlichen Verkehr keine Vertretungsbefugnis zukommt.

Eventualantrag I: vorsorgliche Massnahmen [im Superprovisorium]

3. Eventualiter sei für den Fall des Eintretens auf die Klage und der Bejahung der Kompetenzattraktion durch das Bezirksgericht Zürich im Sinne einer vorsorglichen Massnahme der persönliche Verkehr wie folg zu regeln:

[...].

Eventualantrag II: Interessenkollision / Entfall der Vertretungsbefugnis *ex lege*

4. Eventualiter sei festzustellen, dass die Vertretungsbefugnis der Kindsmutter in Bezug auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und Regelung des persönlichen Verkehrs von C._____ entfallen ist, und Frau RA Dr. iur. Z._____ sei als vorsorgliche Massnahme bzw. verfahrensleitend als Kindsvetreterin von C._____ auch für Unterhaltsfragen und den persönlichen Verkehr einzusetzen.

5. Über Antrag Ziff. 3 und 4 sei superprovisorisch, mithin ohne Anhörung der Kindsmutter, zu entscheiden.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin 1."

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung,
vom 21. Februar 2022:
(Urk. 2 S. 6 f. = Urk. 5/54 S. 6 f.)

1. Es wird festgestellt, dass das Bezirksgericht Zürich zur Behandlung der Unterhaltsklage und der übrigen Kinderbelange zuständig ist.
2. Die Klägerin 2 wird – als superprovisorische Anordnung – unter die alternierende Obhut der Klägerin 1 und des Beklagten gestellt, indem die Klägerin 2 in den ungeraden Wochen vom Beklagten und in den geraden Wochen von der Klägerin 1 betreut wird. Die Übergabe der Klägerin 2 erfolgt jeweils am Montagmorgen mit Schulbeginn (die Klägerin 2 geht von derjenigen Partei, bei welcher sie die Vorwoche verbracht hat, zur Schule und kehrt nach Schulschluss zur jeweilig anderen Partei zurück).
3. Den Parteien läuft eine einmalig erstreckbare Frist von 10 Tagen ab Erhalt dieser Verfügung, um sich zur Frage der Bestellung einer Kindervertretung und zur Person einer allfälligen Kindervertretung zu äussern. Stillschweigen gilt als Verzicht auf Stellungnahme.
4. Die Parteien werden aufgefordert, dem Gericht mitzuteilen, wann eine Anhörung der Klägerin 2 möglich ist.
5. Die Parteien werden separat zu einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen.
6. [Mitteilungssatz]
7. [Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage]

Berufungsanträge:

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

"Nicht-Eintreten:

1. Es sei in Gutheissung der Beschwerde die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Februar 2022 [recte: 21. Februar 2022] aufzuheben und es sei auf die Klage infolge fehlender örtlicher Zuständigkeit, insbesondere infolge offensichtlichen Rechtsmissbrauchs, nicht einzutreten.
2. *Eventualiter* sei in Gutheissung der Beschwerde die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Februar 2022 [recte: 21. Februar 2022] aufzuheben und es sei die Angelegenheit zur Neu Beurteilung, insbesondere zufolge offensichtlichen Rechtsmissbrauchs, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. *Sub-Eventualiter* sei auf die Klage der Klägerin 2 nicht einzutreten, da die Vertretungsbefugnis der Kindsmutter in Bezug auf die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen und Regelungen des persönlichen Verkehrs von C._____ *ex lege* entfallen ist und ihr für sämtliche Verfahrenshandlungen sowie Verhandlungen betreffend Unterhalt und persönlichen Verkehr keine Vertretungsbefugnis zukommt.

Aufschiebende Wirkung:

4. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
5. Über Antrag Ziff. 4 sei superprovisorisch, mithin ohne Anhörung der Kindsmutter und der Tochter, zu entscheiden."

der Klägerinnen 1 und 2 und Berufungsbeklagten 1 und 2 (Urk. 16 S. 2):

"Es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventualiter sei diese vollumfänglich abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. B._____ (Klägerin 1 und Berufungsbeklagte 1, fortan Klägerin 1) und A._____ (Beklagter und Berufungskläger, fortan Beklagter) sind die unverheirateten Eltern der am tt.mm.2010 geborenen C._____ (Klägerin 2 und Berufungsbeklagte 2, fortan Klägerin 2). Am 27. August 2021 leitete die Klägerin 2 beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich, Kreise ... und ..., ein Verfahren betreffend Abän-

derung Unterhalt gegen den Beklagten ein (Urk. 5/1). Dieser bestritt die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Friedensrichteramtes und liess sich nicht auf die Verhandlung vom 28. Oktober 2021 ein, woraufhin die Klagebewilligung erteilt wurde (Urk. 5/1 S. 2). Am 4. November 2021 reichten die Klägerinnen 1 und 2 beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) eine Klage auf Unterhalt und Regelung der Kinderbelange gegen den Beklagten ein (Urk. 5/2). Zum Prozessverlauf vor Vorinstanz sowie die Verfahren vor der KESB Ausserschwyz bzw. dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 2 E. I) verwiesen werden. Die Vorinstanz erliess am 21. Februar 2022 die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 2).

2. Mit Eingabe vom 11. März 2022 (Urk. 1) erhob der Beklagte – im Sinne der unzutreffenden vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (vgl. Urk. 2 S. 7) – rechtzeitig (vgl. Urk. 5/55/2) Beschwerde gegen Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 21. Februar 2022 mit den oben aufgeführten Anträgen (Urk. 1 S. 2 f.), welche als Berufung entgegengenommen wurde (vgl. Urk. 4 S. 2). Er macht geltend, dass das Bezirksgericht Zürich zur Beurteilung der Klage örtlich nicht zuständig sei, insbesondere aufgrund offensichtlichen Rechtsmissbrauchs. Als Subeventualantrag stellt er sich auf den Standpunkt, dass auch deshalb ein Nichteintreten zu erfolgen habe, weil die Klägerin 1 wegen fehlender Vertretungsbefugnis infolge Interessenskollision für die Klägerin 2 gar nicht legitimiert gewesen sei, eine solche Klage einzureichen (Urk. 1).

3. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 5/1–61) wurden beigezogen. Mit Verfügung vom 14. März 2022 wurde auf das ebenfalls mit Eingabe vom 11. März 2022 (Urk. 1 S. 2) gestellte Gesuch des Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten (Urk. 4). Mit Eingabe vom 21. März 2022 ersuchten die Klägerinnen um vorzeitige Vollstreckung der angefochtenen Dispositiv-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 6). Mit Verfügung vom 22. März 2022 wurde auf das Gesuch der Klägerinnen nicht eingetreten (Urk. 9). Mit Verfügung vom 6. April 2022 wurde dem Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 4'000.– angesetzt (Urk. 10), welcher fristgerecht (vgl. Urk. 11) einging. Mit Verfügung vom 5. Mai 2022 wurde den Klägerinnen Frist zur Beantwortung der

Berufung angesetzt (Urk. 12 Dispositiv-Ziff. 1). Gleichzeitig wurde Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ aufgefordert, eine Vollmacht für das vorliegende Verfahren einzureichen (Urk. 12 Dispositiv-Ziff. 2), welche am 19. Mai 2022 einging (Urk. 14; Urk. 14A) und den Klägerinnen am 20. Mai 2022 zugestellt wurde (Prot. II S. 8; Urk. 15). Die Berufungsantwort ging fristgerecht am 8. Juni 2022 mit den oben aufgeführten Anträgen ein (Urk. 16) und wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 8. Juni 2022 (Urk. 17) zur Kenntnis gebracht. Die darauf folgende Stellungnahme des Beklagten datiert vom 23. Juni 2022 (Urk. 18). Sie wurde den Klägerinnen am 24. Juni 2022 zugestellt (Prot. II S. 10; Urk. 21). Weitere Eingaben der Parteien folgten nicht. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Allgemeines zur Berufung

1.1. 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).

1.2. In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise bean-

standet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung oder Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5; BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.) In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1), die in Verfahren wie dem vorliegenden, in welchem Kinderbelange zu beurteilen sind, zur Anwendung gelangt (Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO).

1.3. Neue Tatsachen und Beweismittel können in Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, bis zum Beginn der Urteilsberatungsphase unbeschränkt vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 147 III 301 E. 2.2).

2. Vollmacht

2.1. Die Klägerinnen machen zusammengefasst geltend, dass für den Zeitpunkt der Einreichung der Berufung am 11. März 2022, welche von Rechtsanwalt MLaw X2._____ unterzeichnet wurde, keine Vollmacht vorliege, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten sei (Urk. 16 Rz. 6–10). Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ bringt dagegen in der Eingabe vom 23. Juni 2022 vor, dass die Vollmacht mit Schreiben vom 17. Mai 2022 aufforderungsgemäss nachgereicht und in jenem Schreiben explizit erklärt worden sei, dass gleich eine neue Vollmacht ausgestellt worden sei, weil die vorherige Vollmacht noch auf seine bis 30. September 2021 gültige Adresse gelautet habe. Zudem sei der Kostenvorschuss durch den Beklagten beglichen worden. Somit sei die Berufung sowohl vom Beklagten selbst genehmigt als auch die Vollmacht eingereicht worden (Urk. 18 S. 2 f.).

2.2. Die Berufungsschrift vom 11. März 2022 wurde von Rechtsanwalt MLaw X2._____ unterzeichnet (Urk. 1 S. 3 und S. 20). In den Verfahrensakten liegt einzig eine vom Beklagten auf Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ ausgestellte Vollmacht, welche vom 13. Mai 2022 datiert (Urk. 14). Mit der Einreichung dieser Vollmacht im vorliegenden laufenden Verfahren sowie der Eingabe vom 23. Juni 2022 (Urk. 18) brachte Rechtsanwalt X1._____ unzweifelhaft zum Ausdruck, dass er die von Rechtsanwalt X2._____ eingereichte Berufungsschrift vom 11. März 2022 (Urk. 1) genehmigte. Zudem leistete der Beklagte den Kostenvorschuss (Valutadatum 19. April 2022) selbst (Urk. 11), womit er die Berufungsschrift auch persönlich genehmigte. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

III. Beurteilung der Berufung

1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit / Kompetenzattraktion

1.1. Die Vorinstanz bejahte ihre Zuständigkeit zur Beurteilung der eingereichten Klage auf Unterhalt und Regelung der weiteren Kinderbelange. Dies begründete sie damit, dass sich die Klägerin 1 in der Stadt Zürich angemeldet habe und seit dem 21. August 2021 in einer Eigentumswohnung im ...-Quartier lebe. Die Klägerin 2 habe in den letzten Wochen jeweils eine Woche bei der Klägerin 1 und in der nächsten Woche beim Beklagten gelebt. Die Klägerin 2 besuche eine internationale Schule in E._____/SZ. In der Woche, in welcher sie bei der Klägerin 1 sei, führe sie ihr Schulweg vom ... [Quartier in Zürich] nach E._____/SZ und nach Schulschluss wieder zurück. Es sei somit davon auszugehen, dass die Klägerinnen 1 und 2 tatsächlich in der Wohnung in der Stadt Zürich leben würden. Die von der Klägerin 1 angeführten Gründe für eine Wohnsitzverlegung in die Stadt Zürich seien durchaus plausibel. Es seien auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Klägerin 1 relativ schnell die Wohnung in der Stadt Zürich wieder verlassen würde. Es sei demnach davon auszugehen, dass die Klägerin 1 sich mit der Absicht dauernden Verbleibens in der Stadt Zürich niedergelassen und somit hier Wohnsitz begründet habe. Insoweit sei eine örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich zur Beurteilung der eingereichten Unterhaltsklage gegeben (Urk. 2 E. II. 1). Die Einreichung einer Unterhaltsklage beim Gericht führe

zu einer Kompetenzattraktion für alle (auch bereits bei der KESB) anhängigen Kinderbelange beim Gericht. Dies gelte umso mehr, als das Rechtsmittelverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mittlerweile (durch Nichteintreten) erledigt worden sei (Urk. 2 E. II. 3).

1.2. Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, dass plausible Gründe für die Wohnsitzverlegung vorliegen würden. Es sei lediglich ein Grund ersichtlich und dieser sei rechtsmissbräuchlich (Urk. 1 Rz. 6): Die Wohnsitznahme in Zürich und die Einreichung einer Klage auf Erhöhung des Unterhalts sei nur deswegen erfolgt, weil sich die Klägerin 1 vor den Behörden des Kantons Schwyz "unmöglich gemacht" habe und deshalb dringlich eine Kompetenzattraktion durch eine neue, andere Behörde habe erwirken müssen (Urk. 1 Rz. 7). Die Geschehnisse im Sommer 2021 würden zeigen, dass die Klägerin 1 frühestens nach der Kinderanhörung bei der KESB Ausserschwyz am 14. Juni 2021 begonnen habe, sich "neu zu organisieren" (Urk. 1 Rz. 8–16). Vor dem 13. August 2021 habe die Klägerin 1 keine Absicht eines Wohnsitzwechsels gehabt, da sie selbst sogar noch am 9. August 2021 in ihrer Rechtsschrift geschrieben habe, dass das Kontaktverbot zum Beklagten erforderlich sei, weil die Klägerin 2 direkt von zu Hause zur Schule müsse gehen können. Erst als das Gesuch um Anordnung des Kontaktverbotes am 13. August 2021 abgewiesen worden sei, sei dieser Plan ausgeheckt worden (Urk. 1 Rz. 7 und Rz. 16–18). Unverständlich sei, wie die Vorinstanz von "plausiblen Gründen" für die Wohnsitzverlegung sprechen könne (Urk. 1 Rz. 19).

1.3. Weiter vertritt der Beklagte die Ansicht, dass die Unterhaltsklage überhaupt keinen Sinn ergebe: Erstens sei der Unterhaltsvertrag von 2011 simuliert worden, weil die Klägerin 1 ihre finanziellen Verhältnisse (gemäss Bilanz Fr. 200.– Mio. bis Fr. 300.– Mio.) vor den Behörden nicht habe offenlegen wollen. Somit bestehe mangels eines feststehenden Unterhaltsanspruchs auch keine Basis für eine Unterhaltserhöhung (Urk. 1 Rz. 7 und Rz. 22; Urk. 18 S. 3 und S. 6). Zweitens habe die Klägerin 1 im Strafverfahren selbst ausgesagt, dass sie 2011 verbindlich mündlich auf Unterhaltszahlungen verzichtet habe (Urk. 1 Rz. 7 und Rz. 22; Urk. 18 S. 6). Drittens habe die Klägerin 1 nicht einmal Unterhalt für die Vergan-

genheit geltend gemacht, bevor sie eine Unterhaltserhöhung beantragt habe. Dies, weil jenes auf dem Wege der Betreuung zu erfolgen hätte, was aber keine Kompetenzattraktion in der Betreuungsregelung gebracht hätte (Urk. 1 Rz. 7 und Rz. 23 f.). Viertens mache der Zeitpunkt keinen Sinn, eine Unterhaltserhöhung zu verlangen, weil jetzt schon klar sei – nachdem die Behörden in Schwyz sowie das Bezirksgericht Zürich dies angeordnet hätten –, dass die Klägerin 2 alternierend betreut würde und damit der Betreuungsteil der Klägerin 1 auf jeden Fall abnehmen würde. Folglich sei bereits jetzt klar, dass die Unterhaltsklage abgewiesen würde. Der Klägerin 1 sei es somit einzig darum gegangen, eine Kompetenzattraktion in Bezug auf die Betreuungsregelung zu erwirken (Urk. 1 Rz. 7).

1.4. Die Klägerinnen lassen dagegen ausführen, dass es entgegen den Ausführungen des Beklagten zahlreiche plausible Gründe für die Wohnsitzverlegung nach Zürich gebe, mit welchen sich der Beklagte in seiner Berufung nicht auseinandersetze. Es genüge nicht, zusätzliche angeblich rechtsmissbräuchliche Gründe geltend zu machen, wenn daneben unangefochten weitere, plausible Gründe für die Wohnsitzverlegung vorliegen würden. Es liege kein offensichtlicher Rechtsmissbrauch vor, auch dann nicht, wenn als Nebeneffekt des Umzugs die Zuständigkeit von Behörden und Gerichten in einem anderen Kanton begründet werde (Urk. 16 Rz. 11 f. und Rz. 15–17). Die Klägerinnen hätten ihren Lebensmittelpunkt seit nunmehr bald einem Jahr und bis heute ausschliesslich in Zürich, wo sie sich seit dem 21. August 2021 nachgewiesenermassen ununterbrochen aufhielten und sich wohl fühlten. Seit dem 16. Juni 2021 sei die Klägerin 2 kein einziges Mal nach F._____ zurückgekehrt, nie mehr hätten die Klägerinnen dort übernachtet. Der weitere Verlauf der Wohnsitzverlegung bis heute mache klar, dass es sich um einen auf Dauer ausgelegten Umzug handle und die von den Klägerinnen vorgebrachten Gründe für die Wohnsitzverlegung plausibel, zutreffend und wo immer möglich belegt seien (Urk. 16 Rz. 18). Die Klägerin 1 bestreitet zudem, auf Unterhalt verzichtet zu haben. Auf Kinderunterhaltsbeiträge habe sie auch gar nicht rechtsgültig verzichten können (Urk. 16 Rz. 13 f.). Des Weiteren machen die Klägerinnen geltend, dass das Betreibungs- und Abänderungsverfahren einen völlig anderen Zweck hätten. Es stehe der Klägerin 1 frei, wann sie welche Verfahren gegen den Beklagten einleite. Die Betreuung sei erforderlich geworden,

weil der Beklagte seit Ende 2018 nach wie vor keine Anstalten mache, seiner Unterhaltspflicht endlich nachzukommen, auch nicht, nachdem er deswegen strafrechtlich belangt worden sei (Urk. 16 Rz. 30).

1.5. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehören insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, prüft das Gericht von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Für selbständige Unterhaltsklagen der Kinder gegen ihre Eltern ist das Gericht am Wohnsitz einer der Parteien zwingend zuständig (Art. 26 ZPO). Art. 298b Abs. 3 ZGB, Art. 298d Abs. 3 ZGB und Art. 304 Abs. 2 ZPO sehen zudem vor, dass das Gericht, bei welchem eine Unterhaltsklage hängig gemacht wird, auch für die Regelung der übrigen Kinderbelange zuständig wird. Das minderjährige Kind hat seinen Wohnsitz am Wohnsitz desjenigen Elternteils, unter dessen Obhut es steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 25 Abs. 1 ZGB). Der Wohnsitz einer erwachsenen Person befindet sich am Ort, an dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Es müssen zwei Merkmale (kumulativ) erfüllt sein: Ein objektives äusseres, der Aufenthalt, sowie ein subjektives inneres, die Absicht dauernden Verbleibens. Nach der Rechtsprechung kommt es nicht auf den inneren Willen, sondern darauf an, auf welche Absicht die erkennbaren Umstände objektiv schliessen lassen. Massgebend ist somit der Ort, wo sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet (BGer 9C_295/2019 vom 18. Juni 2019, E. 2.2.1, m.w.H.). Die nach aussen erkennbare Absicht muss auf einen dauernden Aufenthalt gerichtet sein. Auch ein von vornherein bloss vorübergehender Aufenthalt kann einen Wohnsitz begründen, wenn er auf eine bestimmte Dauer angelegt ist und der Lebensmittelpunkt dorthin verlegt wird. Die Absicht, einen Ort später (aufgrund veränderter, nicht mit Bestimmtheit voraussehender Umstände) wieder zu verlassen, schliesst eine Wohnsitzbegründung nicht aus (BGE 143 II 233 E. 2.5.2 m.w.H.; BSK ZGB I-Staehelin, Art. 23 N 7 m.w.H.).

1.6. Nach Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Abs. 1). Der offen-

bare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Abs. 2). Das Rechtsmissbrauchsverbot weist das Gericht an, besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Art. 2 Abs. 2 ZGB dient als korrigierender "Notbehelf" für Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Die Verwendung des Begriffs "offenbar" im Gesetzestext macht deutlich, dass Rechtsmissbrauch nur mit Zurückhaltung angenommen werden darf (BGer 5A_403/2019 vom 12. März 2020, E. 4.2, m.w.H.).

1.7. Die Klägerin 2 stand im Zeitpunkt der Klageeinleitung unter der alleinigen Obhut der Klägerin 1 (vgl. Urk. 5/5/4), sodass sich der Wohnsitz der Klägerin 2 nach dem Wohnsitz der Klägerin 1 bestimmt.

1.8. Die Vorinstanz hielt fest, dass die von der Klägerin 1 angeführten Gründe für die Wohnsitzverlegung durchaus plausibel seien. Damit meinte die Vorinstanz offensichtlich die von den Klägerinnen in ihren Eingaben vom 15. Dezember 2021 (Urk. 5/28 Rz. 14–23 und Rz. 39) sowie vom 24. Januar 2022 (Urk. 5/48 Rz. 7 f.) vorgebrachten Gründe (Bedrängung durch den Beklagten, Wohlbefinden in F._____, geschäftliche Aktivitäten, Oberstufeneintritt der Klägerin 2). Mit diesen setzt sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift nicht ausreichend auseinander, sondern belässt es im Wesentlichen dabei, die Geschehnisse im Sommer 2021 (Kinderanhörung, Schulabwesenheit, Mallorca, Kontaktverbot) aufzuzeigen (Urk. 1 Rz. 8–19). Die genauen Motive der Klägerin 1 für die Wohnsitzverlegung brauchen jedoch auch nicht weiter erörtert zu werden, denn selbst wenn es zutreffend wäre, dass sich die Klägerin 1 kurzerhand Mitte August 2021 dazu entschlossen hätte, mit der Klägerin 2 nach Zürich umzuziehen, um sich der Gewalt der Behörden des Kantons Schwyz zu entziehen, läge darin noch kein Rechtsmissbrauch. Ein solcher wäre allenfalls zu bejahen, wenn die Klägerinnen kurze Zeit nach der Klageeinleitung wieder zurück nach F._____, gezogen wären oder sich weiterhin hauptsächlich dort aufgehalten und damit nur vorgegeben hätten, in Zürich zu leben. Dies ist jedoch unbestrittenermassen nicht geschehen. So blieben die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach die Klägerinnen tatsächlich in der Wohnung in der Stadt Zürich leben würden und keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass sie relativ schnell die Wohnung in Zürich wieder

verlassen wollten, vom Beklagten unbeanstandet. Daran ändert auch nichts, wenn die Klägerin 2 – wie der Beklagte vorbringt (Urk. 18 S. 4) – hin und wieder nach schulischen Anlässen in F. _____ übernachten sollte. Folglich ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich die Klägerin 1 mit der Absicht dauernden Verbleibens in der Stadt Zürich niedergelassen und dort ihren Wohnsitz begründet hat. Dementsprechend befindet sich auch der Wohnsitz der Klägerin 2 in der Stadt Zürich, so dass die Unterhaltsklage dort anhängig gemacht werden konnte.

1.9. Auch die Vorbringen des Beklagten betreffend den simulierten Unterhaltsvertrag (Urk. 1 Rz. 7; Urk. 18 S. 3 f. und S. 6 f.) vermögen nicht zu überzeugen: Ob bereits ein Unterhaltsvertrag besteht oder nicht, hat Einfluss darauf, ob die Voraussetzungen der Abänderungsklage nach Art. 286 Abs. 2 ZGB erfüllt sein müssen oder nicht. Diese Frage wird im Hauptsachenprozess zu beantworten sein. Für die vorliegend zu beurteilende Zuständigkeitsfrage spielt dies jedoch keine Rolle. Denn selbst wenn der Unterhaltsvertrag simuliert gewesen wäre und damit ungültig sein sollte, stünde es der Klägerin 1 jederzeit frei, den Unterhalt für die Klägerin 2 in einem neuen Prozess regeln zu lassen, zumal auf Kinderunterhalt nicht gültig verzichtet werden kann (vgl. BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid, Art. 279 N 2 und N 4). Wenn die Klägerin 1 dies nun erst nach dem Umzug nach Zürich tat, liegt darin kein rechtsmissbräuchliches Verhalten, da mit einer Wohnsitzverlegung häufig Veränderungen im Bedarf des Kindes verbunden sind, welche eine Neureglung des Unterhalts notwendig machen kann.

1.10. Ebenfalls unbehelflich ist der Einwand des Beklagten, die Klägerin 1 habe nicht einmal die für die Vergangenheit geschuldeten Unterhaltsbeiträge mittels Betreuung eingefordert (Urk. 1 Rz. 7 und Rz. 23 f.; Urk. 18 S. 7). Es liegt in der Entscheidungsfreiheit der Klägerin 1, bereits fällige Unterhaltsbeiträge vom Beklagten einzufordern oder nicht. Im Verzicht auf Eintreibung der Unterhaltsbeiträge bei gleichzeitiger Einreichung einer Klage auf Erhöhung der Unterhaltsbeiträge ist kein Rechtsmissbrauch zu erblicken.

1.11. Zuletzt kann auch der Argumentation des Beklagten, wonach bereits jetzt klar sei, dass die Unterhaltsklage abzuweisen sei, da die alternierende Obhut über die Klägerin 2 angeordnet werde und der von ihm geschuldete Unterhaltsbei-

trag sich deshalb reduzieren und sicherlich nicht erhöhen werde (Urk. 1 Rz. 7), nicht gefolgt werden. Wie die Klägerin 2 künftig betreut und wie sich dies auf die Unterhaltspflicht des Beklagten auswirken wird, wird nach Durchführung des ordentlichen Prozesses zu entscheiden sein. Von einer offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Unterhaltsklage kann im jetzigen Zeitpunkt keine Rede sein.

1.12. Zusammengefasst kann der Klägerin 1 kein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, weil sie ihren Wohnsitz nach Zürich verlegte und die Klage auf Abänderung der Unterhaltsbeiträge sowie Regelung der weiteren Kinderbelange in Zürich anhängig machte. Das Bezirksgericht Zürich ist somit sowohl zur Beurteilung der Unterhaltsklage als auch für die Regelung der weiteren Kinderbelange zuständig. Hauptantrag sowie Eventualantrag des Beklagten sind entsprechend abzuweisen.

2. Fehlende Vertretungsbefugnis der Klägerin 1 infolge Interessenskollision

2.1. Die Vorinstanz verneinte einen bei der Klägerin 1 bestehenden Interessenkonflikt, der es der Klägerin 1 verunmöglicht hätte, für die Klägerin 2 eine Unterhaltsklage zu erheben. Sie erwog, eine Unterhaltsklage könne vom Elternteil, welcher die elterliche Sorge inne habe, in eigenem Namen eingereicht werden. Der Umstand, dass der andere Elternteil im Unterhaltsprozess die Gegenpartei sei, führe nicht ohne Weiteres zu einem Interessenkonflikt im Sinne von Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB. Inwiefern die Einreichung der Unterhaltsklage den Interessen der Klägerin 2 widersprechen sollte, sei nicht ersichtlich (Urk. 2 E. II. 2).

2.2. In seiner Berufungsschrift (Urk. 1 Rz. 29–39) gibt der Beklagte mit Ausnahme der Rz. 35–37 seine bereits vor Vorinstanz in der Stellungnahme vom 23. Dezember 2021 gemachten Ausführungen nahezu identisch wieder (vgl. Urk. 5/41 Rz. 28–34). Damit setzt er sich nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander. Auf die entsprechenden Ausführungen ist deshalb nicht weiter einzugehen. Neu wird vorgebracht, dass die Klägerin 2 den Beklagten bereits vor einem Jahr darum gebeten habe, von der Klägerin 1 wegzukommen. Dies versuche die Klägerin 1 nun mit allen Mitteln, inklusive der Kompetenzattraktion aufgrund rechtsmissbräuchlicher Unterhaltsklage, zu verhindern. Dies sei ein Inte-

ressenskonflikt. Die Klägerin 2 habe zu keinem Zeitpunkt ein Verfahren irgendeiner Art gegen den Beklagten angestrebt, sondern explizit um seine Hilfe gebeten (Urk. 1 Rz. 36 f.).

2.3. Die Klägerin 1 lässt ausführen, dass irrelevant sei, ob die manipulierte und instrumentalisierte Klägerin 2 gegen den Beklagten eine Unterhaltsklage führen möchte oder nicht, weil erstens nicht auf ihre Aussagen abgestellt werden könne und zweitens ein minderjähriges Kind ohnehin nicht über die Einreichung oder Nichteinreichung von Klagen zu entscheiden habe (Urk. 16 Rz. 13). Entgegen der Auffassung des Beklagten liege in Unterhaltsfragen auch keine Interessenskollision im Sinne von Art. 306 Abs. 3 ZGB vor, wenn das Kind zu Obhuts- und Betreuungsfragen eine andere Meinung äussere als der Elternteil, welcher die Festsetzung oder Erhöhung von Unterhaltsbeiträgen beantrage. Der Beklagte scheine weiter zu übersehen, dass die Wünsche des Kindes lediglich eines von mehreren Kriterien bei der Entscheidungsfindung sein könnten (Urk. 16 Rz. 13 und Rz. 35).

2.4. Die vorinstanzlichen rechtlichen Ausführungen zu Art. 306 Abs. 2 und Abs. 3 ZGB sind grundsätzlich zutreffend, auf diese kann verwiesen werden. Zu präzisieren ist, dass die Vertretungsbefugnis des die Klage einleitenden Elternteils bei bestehender Interessenskollision gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB zwar von Gesetzes wegen entfällt, dies jedoch nicht bedeutet, dass die Klageeinleitung dadurch ungültig würde und nicht auf die Klage einzutreten wäre. Dies hätte nämlich zur Folge, dass die Klage erneut durch eine zur Vertretung befugte Person eingeleitet werden müsste. Eine solche zeitliche Verzögerung ist nicht im Interesse des Kindeswohls. Daher ist der weggefallenen Vertretungsbefugnis mit der Bestellung eines Beistandes nach Art. 308 ZGB bzw. einer Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO zu begegnen und das Verfahren weiterzuführen bzw. auf die Klage einzutreten (vgl. SJZ 116/2020 S. 250 ff., S. 251; vgl. auch *OGer ZH LZ210014 vom 15.06.2021, E. III. 4.5*).

2.5. Vorliegend bedeutet dies, dass selbst im Falle eines konkret bestehenden Interessenskonflikts bei der Klägerin 1 dieser Mangel durch die von der Vorinstanz geplante (vgl. Urk. 2 E. III) Bestellung einer Kindesvertretung für die Klägerin 2 nach Art. 299 ZPO geheilt werden könnte. Alsdann wird es die Aufgabe

der Kindesvertretung sein, den Interessen der Klägerin 2 entsprechend zu handeln. Die Klägerin 1 konnte die Unterhaltsklage daher gültig einleiten: diesbezüglich liegt kein Grund für ein Nichteintreten vor. Folglich ist auch der Subeventualantrag des Beklagten abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 2, § 5 Abs. 1, § 9 Abs. 2 sowie § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten als unterliegender Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
2. Den Klägerinnen 1 und 2 ist bei diesem Ausgang des Verfahrens antragsgemäss (Urk. 16 S. 2) eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). In Anwendung von § 2, § 5 Abs. 1, § 10 Abs. 1 lit. a, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV ist diese auf Fr. 3'400.– zzgl. 7.7% MwSt., mithin insgesamt auf gerundet Fr. 3'661.80 festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 21. Februar 2022, bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen 1 und 2 für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'661.80 zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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. 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, 18. August 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Paszehr

versandt am:

jo