

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120079-O/U.doc

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 15. März 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung (Nichteintreten)**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich,
10. Abteilung, vom 7. August 2012 (CG110163)**

Rechtsbegehren:

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 195'600.00 nebst Zins zu 5 % seit 3. April 2007 bis 1. November 2010 auf den Betrag von CHF 113'000 und Zins zu 5 % seit 2. November 2010 auf den Betrag von CHF 195'600.00 zu bezahlen;

unter Kosten- (inkl. Kosten von CHF 600.00 des Friedensrichteramtes C._____) und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten des Beklagten."

(Erst-)Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. August 2012:

1. Auf die Klage wird im Umfang von Fr. 175'900.-- im Sinne der Erwägungen ("Unterhalt" Tochter) nicht eingetreten.
2. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird insoweit es sich auf die Ansprüche für "Unterhalt" der Tochter bezieht (Fr. 175'900.--) abgewiesen.
3. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 5'900.-- festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.-- zu bezahlen.
6. [Schriftliche Mitteilung]
7. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge der Klägerin (Urk. 40 S. 2):

1. Der Beschluss der Vorinstanz sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren fortzusetzen;
 2. Der Beschluss der Vorinstanz über die teilweise Bewilligung des Gesuchs der Klägerin um unentgeltliche Prozessführung sei für die gesamte Klageforderung zu bewilligen und es sei der Klägerin für die gesamte Klageforderung in der Person von Rechtsanwalt Dr. X._____, ... [Adresse], ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1. Sachverhaltsüberblick

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: die Klägerin) und der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: der Beklagte) sind die unverheirateten Eltern von D._____, geboren am tt.mm.1992. Bereits am 9. Juni 1992 anerkannte der Beklagte das von der Klägerin erwartete Kind (Urk. 23/1).
2. Ab 1992 lebten die Parteien im Konkubinat. Ab 1998 kam es zu Trennungen und Wiedervereinigungen. Im Jahr 2001 trennten sich die Parteien definitiv. Im Zusammenhang mit der Auflösung des Konkubinats unterzeichneten die Parteien ein Dokument (Urk. 4/3 Blatt 1) mit dem Titel

\$\$\$ Commitment frm B._____ to A._____ ... & D._____
(Life Energy & Abundance for us as a spiritual familiy)

Agreement of Nov 9/10, 2000.

sowie das Zusatzdokument (Urk. 4/3 Blatt 2) mit dem Titel

Addendum to commitment of Nov 9/10,2000
frm B._____ to A._____ ... & D._____

Agreement of May 10, 2001, valid right away.

Mit dem "Commitment" versuchten die Parteien, ihre finanzielle Situation und diejenige der gemeinsamen Tochter D._____ für die Zeit nach der Aufhebung des Konkubinats zu regeln. Das "Addendum" hat im Wesentlichen die Regelung des persönlichen Kontakts zwischen dem Beklagten und der Tochter D._____ zum Inhalt. Die Unterhaltsansprüche der gemeinsamen Tochter D._____ wurden weder gerichtlich (Art. 279 ff. ZGB) noch in einem von der Kindesschutzbehörde (vormals Vormundschaftsbehörde) genehmigten Unterhaltsvertrag festgesetzt (Art. 287 ZGB).

2. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 21. Oktober 2011 verlangte die Klägerin vom Beklagten gestützt auf das obgenannte "Commitment" die Bezahlung von Fr. 195'600.00 zuzüglich Zins (Urk. 2). Nach mehrmaligen Fristerstreckungen (Urk. 10, 12, 14 und 19) und einem Anwaltswechsel (Urk. 14) erstattete der Beklagte am 9. März 2012 die Klageantwort und beantragte die vollumfängliche Abweisung der Klage (Urk. 21).

2. Mit Verfügung vom 24. April 2012 teilte der erstinstanzliche Referent den Parteien mit, dass es sich bei der eingeklagten Forderung zumindest teilweise - gemäss der Darstellung des Beklagten im Umfang von Fr. 175'700.00 (Urk. 24 S. 2 mit Hinweis auf Urk. 22 Rz. 60, 64 und 74) - um eine Forderung auf Kinderunterhalt handeln könnte. Für Streitigkeiten bezüglich Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten sei gemäss § 24 lit. d GOG das Einzelgericht - und nicht das Bezirksgericht als Kollegialgericht - sachlich zuständig (Urk. 24 S. 2 f.). Der Klägerin wurde daher eine Frist angesetzt zu spezifizieren (substantiiieren), welcher Teil ihrer Forderung von Fr. 195'600.00 Kinderunterhalt und welcher Teil der Klage "vertraglichen Unterhalt" für die Klägerin persönlich umfasse. Im Säumnisfall werde von der Darstellung des Beklagten ausgegangen, dass $\frac{3}{4}$ der Beträge für "LifeStyle A.____ & D.____" und das gesamte "Capital for growth" im Betrag von Fr. 56'000.00 auf die Tochter D.____ entfalle (Urk. 24 S. 3).

3. Mit Stellungnahme vom 29. Mai 2012 hielt die Klägerin im Wesentlichen fest, dass die Klägerin ihre Forderung auf die Vereinbarung "\$\$\$commitment frm B.____ to A.____ ... & D.____" stütze und dass es sich dabei nicht um eine familienrechtliche Angelegenheit und auch nicht um eine Unterhaltsforderung, sondern um eine vertraglich geregelte und formulierte Forderung handle (Urk. 30 S. 2 Rz. 2). Diese vertragliche Forderung ergebe sich aus der "Auflösung einer einfachen Gesellschaft" (Urk. 30 S. 4 Rz. 10). Da die Forderung vertraglicher Natur sei, stehe die gesamte Klageforderung der Klägerin persönlich und nicht der Tochter D.____ zu, weshalb das Bezirksgericht als Kollegialgericht und nicht das Einzelgericht zuständig sei (Urk. 30

S. 5 Rz. 11 f.). Zur Frage, welcher Teil ihrer Forderung von Fr. 195'600.00 auf Kinderunterhalt entfalle, äusserte sich die Klägerin in ihrer Stellungnahme nicht.

4. Mit Beschluss vom 7. August 2012 trat die Vorinstanz mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Forderung im Umfang von Fr. 175'900.00 ("Unterhalt" Tochter) nicht ein (Urk. 41, Dispositiv-Ziffer 1); die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, dieser Betrag entfalle auf die Tochter D._____ und betreffe Kinderunterhalt, wobei für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten das Einzelgericht sachlich zuständig sei (§ 24 lit. d GOG). Ferner wies die Vorinstanz das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege zufolge Aussichtslosigkeit ab, soweit es sich auf Ansprüche für "Unterhalt" der Tochter beziehe (Urk. 41, Dispositiv-Ziffer 2).
5. Mit Berufung vom 14. September 2012 beantragte die Klägerin einerseits, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren fortzusetzen (Urk. 40 S. 2 Antrag Ziffer 1). Andererseits focht sie den Entscheid betreffend teilweise Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege an und verlangt, dass ihr die unentgeltliche Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren für die gesamte Klageforderung zu gewähren sei.
6. Soweit sich die "Berufung" gegen die teilweise Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege richtet, wurde das Rechtsmittel als Beschwerde entgegengenommen (Art. 121 ZPO) und ein separates Beschwerdeverfahren angelegt (RB120043); alsdann trat das Obergericht auf die Beschwerde nicht ein, weil die Frist von 10 Tagen (Art. 314 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 119 Abs. 3 ZPO) nicht eingehalten war (Urk. 42 in RB120043). Dieser Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen.
7. Im vorliegenden Berufungsverfahren wurde auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet, weil sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist (Art. 312 Abs. 1 ZPO), wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

3. Prozessuales

1. Die Klägerin leitete das Verfahren als Forderungsprozess - und nicht als Kinderunterhaltsklage - ein. Die Klage war in erster Instanz daher im ordentlichen Verfahren zu beurteilen (Art. 221 ff. ZPO). Im ordentlichen Verfahren gilt die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (Art. 55 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber wäre eine selbständige Kinderunterhaltsklage im vereinfachten Verfahren zu behandeln (Art. 295 f. ZPO), und es wäre die Untersuchungs- und Officialmaxime zu beachten (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).
2. Gegen den Entscheid der Vorinstanz steht eine Berufung zur Verfügung (Art. 308 ff. ZPO). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden (Art. 310 ZPO). Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nur beschränkt zulässig, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).
3. Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG). Allerdings darf die Begründung kurz ausfallen, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, N. 54 zu Art. 318 ZPO). Insbesondere ist es zulässig, auf die schriftliche Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (BGE 126 III 353 E. 1 S. 355 mit Hinweisen).

4. Materielles

1. Im vorliegenden Berufungsverfahren ist über die Frage zu entscheiden, ob die Vorinstanz ihre sachliche Zuständigkeit für die Forderung im Umfang von Fr. 175'900.00 zu Recht verneinte. Die Vorinstanz erwog, dass ein Teil der eingeklagten Forderung (Fr. 175'900.00) Unterhaltsansprüche des Kindes betreffe, für welche das Einzelgericht - und nicht das Kollegialgericht - sach-

- lich zuständig sei. Die Klägerin hält wie schon im erstinstanzlichen Verfahren auch im Berufungsverfahren daran fest, dass insgesamt ein vertraglicher Anspruch im Zusammenhang mit der Auflösung des früheren Konkubinats eingeklagt worden sei, für den das Bezirksgericht als Kollegialgericht sachlich zuständig sei (Urk. 40 S. 4 Rz. 6, S. 5 Rz. 8).
2. Die Frage der Rechtsnatur des eingeklagten Anspruchs ist eine "doppelrelevante Tatsache", die sowohl für die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes als auch die Begründetheit der Klage erheblich ist. Nach einem allgemeinen prozessualen Grundsatz ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit primär auf den von der klägerischen Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen (BGE 137 III 32 E. 2.2 S. 34). Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann; in diesem Fall ist vorab über die Zuständigkeit zu entscheiden (BGE 137 III 32 E. 2.3 S. 34, mit zahlreichen weiteren Hinweisen).
 3. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Behauptung der Klägerin im vorliegenden Fall von Vornherein "fadenscheinig", es werde ausschliesslich ein vertraglicher Anspruch im Zusammenhang mit der Auflösung des Konkubinats - und kein Unterhaltsanspruch des Kindes - eingeklagt.
 - a) Vorab kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, dass mit der vorliegenden Klage unter anderem Beiträge des Beklagten an die Lebenskosten der gemeinsamen Tochter D._____ eingeklagt würden, weshalb letztlich Unterhaltsbeiträge für D._____ zu beurteilen seien (Urk. 41 S. 4 E. 4). Ebenfalls zutreffend hielt die Vorinstanz fest, dass es nach den eigenen Vorbringen der Klägerin um die Deckung der Lebenskosten von D._____ gehe und dass auch die Klägerin ausdrücklich von "Unterhaltsbeiträgen" bzw. "Unterhaltsverpflichtungen" spreche (Urk. 41 S. 4 E. 4). In Ergänzung dazu kann festgehalten werden, dass auch die Befristung der im

"Commitment" festgesetzten Unterhaltszahlungen bis im Juli 2010, in welchem Zeitpunkt die am tt.mm.1992 geborene D._____ 18-jährig und damit mündig wurde, für die Regelung von Kinderunterhaltsbeiträgen spricht.

- b) Trotz dieser klaren Ausgangslage und der selbst verwendeten Formulierung vertritt die Klägerin auch im Berufungsverfahren die Auffassung, der gesamte, eingeklagte Anspruch basiere auf einer vertraglichen Einigung im Zusammenhang mit der Auflösung des Konkubinats. Es mag zutreffen, dass allfällige Ansprüche *der Klägerin persönlich* möglicherweise auf vertraglicher Grundlage beruhen. Anders verhält es sich jedoch mit den Ansprüchen der gemeinsamen *Tochter D._____*. Der Unterhaltsanspruch der gemeinsamen Tochter beruht auf gesetzlicher Grundlage (Art. 285 ZGB); zwar kann auch der Unterhaltsanspruch vertraglich geregelt werden, doch handelt es sich dabei um ein spezielles genehmigungsbedürftiges familienrechtliches Rechtsgeschäft (Art. 287 ZGB), das den gesetzlichen Unterhaltsanspruch des unmündigen Kindes gegenüber den Eltern lediglich *konkretisiert* (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, S. 473, Rz. 06.200). Soweit sich das Commitment nicht auf Ansprüche der Klägerin persönlich, sondern auf den Unterhaltsanspruch der Tochter D._____ bezieht, liegt daher kein vertraglicher, sondern ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch vor.
- c) Im Übrigen ist für die Qualifikation des für die Tochter D._____ bestimmten Teils der Forderung gleichgültig, ob der Beklagte die Tochter D._____ schon am 9. Juni 1992 vor deren Geburt (so zutreffend die Vorinstanz in Urk. 41 S. 4 mit Hinweis auf Urk. 23/1; vgl. auch Art. 11 Abs. 2 ZStV [SR 211.112.2]) oder erst nach dem Abschluss des Commitments am 9./10. November 2000 anerkannte (so die Klägerin in Urk. 40 S. 6 Rz. 13), weil die Anerkennung das Kindesverhältnis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt begründet (BSK ZGB I-

Schwenzer, 4. Aufl., Basel 2010, Art. 260 N 21; BK-Hegnauer, Bern 1984, Art. 260 N 170; Stettler, SPR III/2, Basel 1992, S. 41 f.).

- d) Nachdem sich aufgrund aller massgebenden Umstände ergeben hat, dass ein wesentlicher Anteil der eingeklagten Forderung Kinderunterhalt betrifft, verneinte das Bezirksgericht zu Recht im entsprechenden Umfang seine sachliche Zuständigkeit, weil für Kinderunterhaltsansprüche das Einzelgericht - und nicht das Bezirksgericht als Kollegialgericht - sachlich zuständig ist (§ 24 lit. d GOG). Soweit sich die Klage der Klägerin auf Kinderunterhalt bezieht, fehlt es an der Prozessvoraussetzung der sachlichen Zuständigkeit; eine fehlende Prozessvoraussetzung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen (Art. 60 ZPO), und die Vorinstanz ist daher zutreffend auf die Klage - soweit sie Kinderunterhalt betrifft - nicht eingetreten (Art. 59 ZPO).
- e) Diese Lösung ist auch im Ergebnis sinnvoll, auch wenn es auf den ersten Blick unbefriedigend erscheinen mag, dass über ein Teil der Ansprüche aus dem Commitment im vereinfachten Verfahren vor Einzelgericht (Kinderunterhalt auf gesetzlicher Grundlage) und über den anderen Teil der Ansprüche (vertragliche Ansprüche der Klägerin) im ordentlichen Verfahren vor Bezirksgericht (bei einem Streitwert über Fr. 30'000.00) zu entscheiden sein wird. Die Klägerin räumt selbst ein, dass das Einzelgericht gemäss § 24 lit. d GOG sachlich zuständig wäre wenn die Klägerin *alleine* Unterhaltsansprüche der Tochter D._____ geltend machen würde (Urk. 40 S. 5 Rz. 8); es kann daher nichts anderes gelten, wenn die Parteien in einer "unüblichen" Vereinbarung (so die Klägerin in Urk. 2 S. 7 Rz. 20) Kinderunterhalt *und* vertragliche Ansprüche der Klägerin regeln. Weiter ist auch zu beachten, dass die unterhaltsberechtigten Töchter die Verfahrenserleichterungen des vereinfachten Verfahrens (Art. 295 f. ZPO) mit Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO) verlieren würde, wenn das Kollegialgericht im ordentlichen Verfahren über ihre Ansprüche befinden würde.

4. Nachdem sich ergeben hat, dass die Vorinstanz ihre sachliche Zuständigkeit für den Anteil der Klage, der Kinderunterhalt betrifft, zu Recht verneinte, ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz den auf die Tochter D._____ entfallenden Unterhaltsbeiträge zutreffend auf Fr. 175'900.00 bezifferte und in diesem Umfang auf die Klage nicht eintrat.
- a) Vorauszuschicken ist, dass das Bezirksgericht im erstinstanzlichen Verfahren die Forderungsklage im ordentlichen Verfahren unter Beachtung des Verhandlungs- und Dispositionsgrundsatzes zu beurteilen hatte (Art. 55 Abs. 1 und Art. 58 Abs. 1 ZPO); es wäre also Sache der Klägerin gewesen, die wesentlichen Behauptungen aufzustellen und die Sachdarstellung der Gegenpartei substantiiert zu bestreiten. Weiter ist speziell für das Berufungsverfahren das bereits erwähnte eingeschränkte Novenrecht in Erinnerung zu rufen (Art. 317 ZPO).
- b) Die Vorinstanz führte unter Hinweis auf ihre Verfügung vom 24. April 2012, welche die Aufforderung zur Substantiierung der auf die Tochter D._____ entfallenden Unterhaltsansprüche enthielt (Urk. 24), aus, dass sich die Klägerin nicht zum Anteil der auf D._____ entfallenden Unterhaltsbeiträge geäußert habe, weshalb androhungsgemäss davon auszugehen sei, dass $\frac{3}{4}$ der Beiträge "LifeStyle A._____&D._____" und der gesamte Betrag "Capital for growth" von Fr. 56'000.00 auf D._____ entfalle bzw. Kinderunterhalt betreffe; im Umfang von Fr. 175'900.00 sei daher auf die Klage nicht einzutreten (Urk. 41 S. 5 E. 5 a.E.).
- c) Unbegründet ist die Auffassung der Klägerin, die Verfügung der Vorinstanz vom 24. April 2012 sei nur darauf ausgerichtet gewesen, die Klägerin zu einem teilweisen Klagerückzug zu bewegen bzw. zu erklären, inwieweit sie ihre eigene Klage als unbegründet beurteile (Urk. 40 S. 4 Rz. 7). Richtig ist, dass die erwähnte Verfügung dem Zweck diene zu ermitteln, welcher Anteil des eingeklagten Anspruchs Kinderunterhalt betrifft, für welchen die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts als Kollegialgericht nicht gegeben ist.

- d) Weiter macht die Klägerin in der Berufung geltend, die Vorinstanz habe ohne erklärbare Begründung erwogen, dass "androhungsgemäss" davon auszugehen sei, dass $\frac{3}{4}$ der Beträge "LifeStyle A. _____ & D. _____" und der gesamte Betrag "Capital for growth" von Fr. 56'000.00 auf die Tochter entfalle bzw. Kinderunterhalt betreffe (Urk. 40 S. 4 Rz. 6); es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz "androhungsgemäss" von den angedrohten Säumnisfolgen ausgegangen sei, nachdem sich die Klägerin mit Eingabe vom 29. Mai 2012 zur Verfügung vom 24. April 2012 geäussert habe und folglich nicht säumig gewesen sei (Urk. 40 S. 4 Rz. 8). Dazu ist zu bemerken, dass der Beklagte in der Klageantwort die Behauptung aufgestellt hatte, dass die eingeklagte Forderung von Fr. 195'600.00 im Umfang von Fr. 175'700.00 Ansprüche auf Kinderunterhalt für D. _____ betreffe (Urk. 24 S. 2 mit Hinweis auf Urk. 21 S. 15 Rz. 60). Diese Auffassung begründete der Beklagte ausführlich (Urk. 21 S. 19 f. Rz. 71-73) und fasste sie alsdann tabellarisch zusammen (Urk. 21 S. 20 Rz. 74). Mit der Verfügung vom 24. April 2012 wurde die Klägerin aufgefordert, die detaillierten beklaglichen Behauptungen substantiiert zu bestreiten. Mit dem Wort "androhungsgemäss" brachte die Vorinstanz lediglich zum Ausdruck, dass bei unterlassener Bestreitung die vom Beklagten behaupteten Tatsachen als unbestritten zu gelten hätten. Im Ergebnis wurde damit nichts anderes als die Konsequenz der Verhandlungsmaxime aufgezeigt, wonach eine nicht bestrittene Behauptung als anerkannt zu gelten habe (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Dass die Vorinstanz die gleichen Konsequenzen auch androht und schliesslich "androhungsgemäss" von den Sachdarstellungen des Beklagten ausging, ist nicht zu beanstanden.
- e) Im Übrigen enthält die Berufungsschrift der Klägerin verschiedene Vorbringen, die aufgrund der Verfügung vom 24. April 2012 bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten erhoben werden können und die daher neu und unzulässig sind (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Neu und unzulässig ist die Behauptungen, der Kläger habe Leistungen für die Tochter D. _____ freiwillig erbracht (Urk. 40 S. 5 Rz. 9 und 10). Neu macht die

Klägerin auch geltend, die vom Beklagten behauptete Zahlung von Fr. 316.25 für ... und "Zahlungen im fünfstelligen Bereich" seien bestritten (Urk. 40 S. 5. f. Rz. 11). Nicht zu hören ist die Klägerin sodann auch mit ihrer neuen Behauptung, es sei nicht nachvollziehbar, was die vom Beklagten behaupteten Naturalleistungen mit Kinderunterhalt zu tun haben sollen (so Urk. 40 S. 6 Rz. 12 Abs. 1). Das gleiche gilt auch, soweit die Klägerin neu geltend macht, die vom Beklagten erwähnten Leistungen von Fr. 50'322.75 seien ausdrücklich vom "Commitment" ausgenommen worden (Urk. 40 S. 6 Rz. 12 S. 6 Abs. 2).

- f) Grundsätzlich ist die Auffassung der Vorinstanz somit nicht zu beanstanden, dass die eingeklagte Forderung im Umfang von Fr. 175'900.00 Kinderunterhalt betrifft. Allerdings ist zu beachten, dass der Beklagte den Kinderunterhalts-Anteil auf Fr. 175'700.00 bezifferte (Urk. 21 S. 15 Rz. 60 und S. 20 Rz. 74) und die Vorinstanz auch in ihrer Verfügung vom 24. April 2012 von diesem tieferen Betrag ausging (Urk. 24 S. 2). Aus diesen Gründen ist auf die Klage im Umfang von Fr. 175'700.00 nicht einzutreten.
5. Im Sinn einer kurzen Alternativbegründung wäre die Klage auch in der Sache im Umfang von Fr. 175'700.00 abzuweisen, wenn nach der Theorie der "doppelrelevanten Tatsachen" die von der Klägerin behauptete sachliche Zuständigkeit hinzunehmen und der eingeklagte Anspruch materiell zu prüfen wäre (vgl. E. 2). Wie ausführlich erläutert, betrifft der eingeklagte Anspruch teilweise Kinderunterhalt (vgl. E. 3), nämlich im Umfang von Fr. 175'700.00 (vgl. E. 4). Der von der Klägerin eingeklagte Anspruch wäre aus drei Gründen im genannten Umfang abzuweisen. Erstens könnte aus einem Kinderunterhaltsvertrag, der entgegen Art. 287 ZGB nicht von der Kinderschutzbehörde (vormals Vormundschaftsbehörde) genehmigt wurde, nicht auf Erfüllung geklagt werden (BGE 126 III 49 insbes. E. 3c und d S. 53 ff. und Abs. 2 der Regeste). Zweitens wäre der Unterhaltsvertrag auch unbeachtlich, weil er nicht zwischen dem Kind und dem unterhaltsverpflichteten Elternteil abgeschlossen wurde (BSK ZGB I-Breitschmid, 4. Aufl., Ba-

sel 2010, Art. 287 N 4; BK-Hegnauer, Bern 1997, Art. 287/288 N 27 ff.; Stettler, SPR III/2, Basel 1992, S. 331). Und drittens würde es der Klägerin an der Aktivlegitimation fehlen, weil die unterdessen mündige Tochter D._____ einen angeblichen Unterhaltsanspruch selbst einklagen müsste (vgl. Urk. 41 S. 6 E. 3, auf welche Begründung verwiesen werden kann). Nur nebenbei erwähnt erscheint diese materielle Lösung als sinnvoll, weil die Klägerin bis zuletzt davon auszugehen scheint, dass der eingeklagte Anspruch ihr persönlich zustehe; Kinderunterhalt ist aber für das Kind und nicht für einen Elternteil bestimmt.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen; unentgeltliche Rechtspflege

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen.
2. Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 175'700.00. Bei diesem Streitwert beläuft sich die Grundgebühr auf Fr. 11'800.00 (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung des geringen Zeitaufwandes im Berufungsverfahren (§ 4 Abs. 2 GebV OG), der Unterhaltsbeiträge als "wiederkehrender Leistungen" (§ 4 Abs. 3 GebV OG) und der Erledigung ohne Anspruchsprüfung (§ 10 Abs. 1 GebV OG) rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'500.00 festzusetzen.
3. Da die Klägerin unterliegt, sind ihr die Kosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hingegen ist keine Prozessentschädigung zuzusprechen, weil keine Berufungsantwort eingeholt wurde.
4. Die Klägerin ersucht auch für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie bedürftig ist und wenn ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Nach ständiger Rechtsprechung gelten Rechtsbegehren bzw. Rechtsmittel als aussichtslos, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können, nicht aber, wenn die

Gewinnaussichten und die Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder wenn jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftigen Überlegungen zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 133 III 614 E. 5 S. 616, 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f., je mit Hinweisen). Nachdem die Berufung verschiedene unzulässige Noven enthält und im Übrigen im Wesentlichen mit den Argumenten der Vorinstanz abzuweisen ist, erweist sie sich insgesamt als aussichtslos im Sinn der erwähnten Rechtsprechung. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Auf die Klage wird im Umfang von Fr. 175'700.00 im Sinne der Erwägungen ("Unterhalt" Tochter) nicht eingetreten.
3. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffer 3 bis 5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 40, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege) bzw. ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 175'700.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. März 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc