

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110018-O/U01.doc

Mitwirkend: die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. H. A. Müller und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss und Urteil vom 27. Januar 2012

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 7. Dezember 2010 (EE100029)**

Erwägungen:

1. Die Parteien standen seit 9. März 2010 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung (Prot. Vi S. 4 ff.), zwei Kindsanhörungen (Prot. Vi S. 23 ff., 32 ff.) sowie diverse misslungene Vergleichsbemühungen (Urk. 16, 21-30, 67, 71, Prot. Vi S. 41 ff.) erging am 29. November 2010 eine Verfügung betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 73). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2010, den Parteien zugegangen am 1. März 2011 (Urk. 74), entschied die Vorinstanz sodann bezüglich der stritten Unterhaltszahlungen wie folgt (Urk. 82 S. 35 f.):

"5. Der Beklagte wird für die Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von jeweils Fr. 4'900.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 3'400.– für sie persönlich und Fr. 1'500.– für das Kind C._____, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals (rückwirkend) per 1. März 2010. Dies unter Anrechnung der vom Beklagten für die Klägerin sowie für C._____ in der Zeit seit März 2010 nachweislich geleisteten Zahlungen (siehe Erw. E, Ziff. 7.4.1 - 7.4.2). Im übrigen Umfang wird das Begehren abgewiesen.

9. Die Kosten werden zu einem Viertel der Klägerin und zu drei Vierteln dem Beklagten auferlegt.

10. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 4'000.– zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen."

2. Dagegen erhob der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) mit Eingabe vom 11. März 2011 fristgerecht Berufung mit nachfolgenden Anträgen und stellte überdies ein Begehren um "rückwirkende Aufhebung" der vorsorglichen Massnahmen (Urk. 81 S. 2):

"1. Disp. Ziff. 5 sei aufzuheben, und der Beklagte und Appellant sei zu verpflichten, der Klägerin und Appellatin ab 1. März 2010 für die Dauer der getrennten Haushalte monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1500.00 für den Sohn C._____ und Fr. 2500.– für die Appellatin persönlich zu bezahlen, zuzüglich Kinderzulagen, unter

Anrechnung nach Belegung aller bis anhin an die Appellatin direkt geleisteten Zahlungen und aller Zahlungen, welche der Beklagte anstelle der Appellatin geleistet hat, welche jedoch die Appellatin infolge dem Verbleib im ehelichen Heim und infolge der Ehetrennung ab dem 11. März 2010 selber hätte leisten müssen, nämlich:

- direkte Unterhaltszahlungen bisher
 - alle Zahlungen an die Hypothekarschulden und für Unterhalt, Reparaturen etc. des Einfamilienhauses der Parteien
 - alle anstelle der Appellatin geleisteten Krankenversicherungs- und sonstigen Versicherungszahlungen
 - alle vom Appellanten noch für die Appellatin übernommenen Telefon-, Billag-, Kabel- und Internetrechnungen
 - alle im Zusammenhang mit dem derzeit von der Appellatin genutzten PW BMW vorgenommenen Zahlungen
2. Die Verfügung des Einzelrichteramtes vom 29. November 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen sei mit sofortiger Wirkung und rückwirkend auf den 1. März 2010 aufzuheben.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen seien für die erste und zweite Instanz nach Ausgang Instanz zu regeln."

Ferner stellte der Beklagte den folgenden prozessualen Antrag (Urk. 81 S. 2):

"Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen oder es seien Replik und Duplik in einer Verhandlung entgegenzunehmen."

Nach rechtzeitigem Eingang der letzten Ratenzahlung für den Kostenvorschuss (Urk. 90) und der Berufungsantwort der Klägerin (Urk. 92) wurde dem prozessualen Antrag des Beklagten auf Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels resp. Vortrags mit Verfügung vom 18. August 2011 nicht stattgegeben, ihm indes Gelegenheit zur Stellungnahme zu den neuen Behauptungen in der Berufungsantwort gegeben, welche er mit Eingabe vom 15. September 2011 wahrnahm (Urk. 97, 98/1-2).

II.

A. Prozessuales

1. Am 1. Januar 2011 trat die neue eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft. Der angefochtene Entscheid wurde den Parteien nach diesem Zeitpunkt eröffnet (Urk. 74). Während sich das Eheschutzverfahren vor Vorinstanz noch nach bisherigem Recht (ZPO/ZH) beurteilte, ist auf das Berufungsverfahren daher die neue Prozessordnung anwendbar (Art. 404 f. ZPO).

2.1. Der Beklagte verlangt mit seiner Berufungsschrift "die Aufhebung" der Verfügung vom 29. November 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen mit sofortiger Wirkung und rückwirkend per 1. März 2010 (Urk. 81 S. 2). Zur Begründung führt er an, er könne die ihn treffenden Steuernachzahlungen und Zahlungen provisorischer Rechnungen nicht vollständig aus seinem Einkommen decken und sei darauf angewiesen, dass er für die Zeit ab 1. März 2010 bis heute - für welche er anerkannte grosse Akontozahlungen geleistet habe - nicht noch weitere rückwirkende Zahlungen ausführen müsse. Die Klägerin schliesst auf Abweisung des Antrages (Urk. 92 S. 14 f.)

2.2. Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 29. November 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen, den Parteien zugestellt am 15. Dezember 2010 (Urk. 73), stand das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde offen. Mit dieser hätte die Verfügung - im Rahmen der geltend zu machenden Nichtigkeitsgründe - vor zweiter Instanz überprüft werden können. Weder die Klägerin noch der Beklagte hat indes ein entsprechendes Rechtsmittel ergriffen, vielmehr hat der Beklagte mit Eingabe vom 12. Januar 2011 ausdrücklich auf ein solches verzichtet (Urk. 1/75). Die formell rechtskräftige Verfügung vom 29. November 2010 ist somit im Rahmen des ordentlichen Instanzenzuges, mithin im vorliegenden Berufungsverfahren, keiner Überprüfung mehr zugänglich.

2.3. Rechtskräftig gewordene Anordnungen betreffend vorsorgliche Massnahmen stehen unter gewissen Voraussetzungen der Abänderung offen. Gegen eine entsprechende Auslegung des Berufungsantrages Ziffer 2 spricht jedoch, dass der Beklagte ausdrücklich um rückwirkende "Aufhebung" ersucht und dies damit be-

gründet, er könne für die Zeit vom 1. März 2010 bis heute neben den bereits geleisteten grossen Akontozahlungen nicht noch weitere Zahlungen leisten. Vorsorgliche Massnahmen sind indes gemäss konstanter Praxis der urteilenden Kammer nur für die Zukunft, das heisst mit Bezug auf Unterhaltsbeiträge frühestens auf den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens hin abänderbar (vgl. auch BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 14 zu Art. 179 ZGB). Überdies wäre für die Abänderung denn auch nicht die urteilende Kammer, sondern vielmehr die Vorinstanz sachlich zuständig.

2.4. Auf den Berufungsantrag Ziffer 2 des Beklagten betreffend Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen ist daher aus den dargelegten Gründen nicht einzutreten.

3. Der Beklagte bringt mit seiner Berufungsschrift zahlreiche neue Behauptungen im Zusammenhang mit seiner Einkommens- und Bedarfsdarstellung vor, namentlich betreffend eine Steuernachforderung der Bundessteuerbehörde sowie eine Steuerschuld bei der Stadt D._____ (Urk. 81 S. 7 f.), und reicht neue Urkunden ins Recht (Urk. 84/2-7). Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig, mithin neuer Tatsachenvorbringen, welche 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 Verfahren unter - wie vorliegend - eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO), ist doch eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren abzulehnen, da diese der im Gesetz eigens vorgesehenen abweichenden Regelung von Art. 317 ZPO entgegensteht. Auch die "Natur" des vorliegenden Verfahrens (vgl. Botschaft, S. 7338) bzw. die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gebieten kein uneingeschränktes Novenrecht in zweiter Instanz (BGE 107 II 233 Erw. 3, 118 II 50 Erw. 2a; ZR 100 Nr. 14; ZR 101 Nr. 39; ZR 97 Nr. 96). Als echte Noven zu qualifizieren sind vorliegend die eingereichten Steuererklärungen 2009 (nunmehr "definitiv") und 2010 (Urk. 84/2, 84/6/1+2) sowie die Bilanz- und Erfolgsrechnung der Einzelunternehmung des Beklagten des Jahres 2010 mit Kontoblatt (Urk. 84/3, 84/5). Was die Stundungsvereinbarung mit dem Steueramt der Stadt D._____ (Urk. 84/4) anbelangt, ist zwar mit der Klägerin festzuhalten, dass die

fragliche Steuernachforderung bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens bekannt gewesen sein dürfte (Urk. 92 S. 8). Die Stundungsvereinbarung an sich stellt indes ein echtes Novum dar, weshalb diese Urkunde entgegenzunehmen ist. Darüber hinaus sind die neuen Behauptungen verspätet und entsprechend nicht zuzulassen (Mietverträge Beklagter, Urk. 84/7).

4. Mit der Berufungsschrift lässt der Beklagte die vor Vorinstanz umstrittene Obhutszuteilung, das Besuchsrecht und die Zuteilung des ehelichen Eigenheims unangefochten, weshalb die vorinstanzliche Verfügung in diesen Punkten (wie auch betreffend die unstrittige Berechtigung zum Getrenntleben und die Anordnung der Gütertrennung) in Rechtskraft erwachsen ist. Davon ist Vormerk zu nehmen.

B. Unterhaltsbeiträge

1. Hinsichtlich der Grundlagen und Bemessungskriterien für Unterhaltsbeiträge im Eheschutz kann auf die zutreffenden Erläuterungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 82 S. 19).

2.1. Die Vorinstanz setzte den erweiterten Bedarf der Klägerin mit Fr. 7'230.– und denjenigen des Beklagten mit Fr. 5'630.– fest und stellte diesen das klägerische Nettoeinkommen von monatlich Fr. 4'000.– (Anstellung mit 100%-Pensum bei der E._____) und dasjenige des Beklagten aus selbständiger Tätigkeit von monatlich Fr. 12'172.– gegenüber. Nach hälftiger Teilung des Freibetrages bezifferte der Vorderrichter den monatlichen Unterhaltsbeitrag mit Fr. 4'900.–, welchen er der Klägerin im Betrag von Fr. 3'400.– persönlich und im Betrag von Fr. 1'500.– für das Kind C._____ zusprach (Urk. 82 S. 21ff., 26ff.), unter Anrechnung der vom Beklagten nachweislich geleisteten Zahlungen (Urk. 82 S. 30 f., 35 f.).

2.2. Der Beklagte beantragt, die monatlichen Unterhaltsbeiträge seien auf Fr. 4'000.– herabzusetzen, mithin auf Fr. 1'500.– für den Sohn C._____ und Fr. 2'500.– für die Klägerin persönlich (Urk. 81 S. 4 ff.). In Abweichung des angefochtenen Entscheides sei das monatliche Einkommen des Beklagten mit Fr. 12'000.– (Urk. 81 S. 6), dessen Bedarf mit Fr. 7'250.– sowie denjenigen der Klägerin mit Fr. 5'420.– (Urk. 81 S. 12) zu veranschlagen, woraus sich ein monat-

licher Unterhaltsanspruch von Fr. 3'640.– errechne. In Würdigung aller Umstände sei daher ein Unterhaltsbeitrag an die Klägerin von Fr. 4'000.– mehr als angemessen (Urk. 81 S. 13). Demgegenüber hält die Klägerin dafür, das monatliche Einkommen des Beklagten sei mit Fr. 14'000.– zu veranschlagen (Urk. 92 S. 6). Ihren monatlichen Bedarf will sie mit Fr. 7'250.–, denjenigen des Beklagten bei Fr. 3'550.– angerechnet wissen (Urk. 92 S. 11). Obwohl nach Gegenüberstellung dieser Positionen und hälftiger Teilung des Freibetrages ein massgeblich höherer Unterhaltsanspruch der Klägerin von Fr. 6'850.– resultiere, beantrage sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 92 S. 12).

3. Einkommen Beklagter

3.1. Die Vorinstanz hielt die Vorbringen des Beklagten für überzeugend, wonach für die Bestimmung seines Einkommens lediglich auf die Steuerklärung aus dem Jahre 2009 abzustellen sei. Hingegen berücksichtigte sie die von ihm geltend gemachten und seines Erachtens in Abzug zu bringenden Berufsauslagen (Fr. 23'324.–) nicht, da sämtliche Auslagen bereits in der Erfolgsrechnung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2009 veranschlagt worden seien. Entsprechend legte sie ihren Berechnungen ein monatliches Nettoeinkommen des Beklagten von Fr. 12'172.– zu Grunde (Urk. 82 S. 28 f.).

3.2. Auch in der Berufungsschrift hält der Beklagte fest, die Buchhaltungen seiner Einzelunternehmung der Jahre 2007 und 2008 würden höhere Geschäftsgewinne ausweisen und seien fehlerhaft. So seien Materialaufwendungen und Personal- oder Unterakkord-Löhne nicht vollständig erfasst worden. Neu macht er für das Jahr 2010 ein Erwerbseinkommen von Fr. 144'897.–, mithin von monatlich (gerundet) Fr. 12'000.– geltend (Urk. 84/3). Zwar werde er sein Einkommen 2011 und 2012 nicht auf diesem Niveau halten können, da er bis Juni 2011 AHV-Nachforderungen an seine Einzelunternehmung bezahlen müsse und 2010 beendete Auftragsverhältnisse mit kleineren Aufträgen kompensiert worden seien. Trotzdem sei derzeit von diesem Einkommen auszugehen (Urk. 81 S. 5 f). Demgegenüber bestreitet die Klägerin pauschal die Richtigkeit dieser Angaben. Es sei sodann auf das durchschnittliche Einkommen des Beklagten der letzten drei Jahre abzustellen, weshalb längerfristig von einem Einkommen von deutlich über

Fr. 14'000.–, zur Berechnung der Unterhaltsverpflichtung aber von monatlich Fr. 14'000.– auszugehen sei (Urk. 92 S. 5 f.).

3.3. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist bei der Ermittlung des Einkommens eines Selbständigerwerbenden grundsätzlich auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer - in der Regel der letzten drei - Jahre abzustellen. Ferner können auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (Entscheid des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2001, 5P.342/2001 mit Verweis auf u.a. Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, N 73 ff. zu Art. 163 ZGB; Isenring/Kessler, Basler Kommentar, 2010, N 26 zu Art. 163 ZGB).

3.4. In den Jahren 2008 und 2007 erwirtschaftete der Beklagte mit seiner Einzelunternehmung gemäss den entsprechenden Abschlüssen einen Gewinn von Fr. 222'418.– (2008, Urk. 9/3e) resp. Fr. 205'543.– (2007, Urk. 9/2e). Dieser reduzierte sich im Geschäftsjahr 2009 auf Fr. 146'065.– (Urk. 9/4f, 84/2) und im Jahre 2010 auf Fr. 144'897.– (Urk. 84/3). Ein Vergleich der Abschlüsse 2008 und 2009 ergibt, dass der Gewinnrückgang im Jahre 2009 auf einen (moderaten) Betriebsertragsrückgang von rund Fr. 16'000.–, mehrheitlich jedoch auf die massgebliche Erhöhung des Betriebsaufwandes 2009 zurückzuführen ist, welche sich namentlich beim "Personalaufwand" (Erhöhung um rund Fr. 18'000.–) und bei verschiedenen Positionen der Rubrik "sonstiger Betriebsaufwand" niederschlug (Miete, Fahrzeugaufwand, Telefon/Kommunikation, Beratungs- und Rechtskosten, insgesamt Erhöhung von rund Fr. 30'000.–; Urk. 9/3e, 9/4f, 84/2). Dass sodann die Erfolgsrechnung des Jahres 2007 gegenüber 2009 trotz erheblich geringerem Betriebsertrag (Differenz rund Fr. 42'500.–) einen klar höheren Jahresgewinn ausweist, ist auf den im Jahr 2007 veranschlagten, vergleichsweise tiefen Betriebsaufwand (Differenz rund Fr. 100'000.–) zurückzuführen, welcher insbesondere bei der Position "Personalaufwand" zu Buche schlägt (Urk. 9/3e). Vor diesem Hintergrund erscheint die Darstellung des Beklagten glaubhaft, die Buchhaltungen 2007 und 2008 würden zu Unrecht höhere Gewinne ausweisen, weil vom dazumal be-

auftragten Treuhänder diverse Aufwendungen nicht vollständig erfasst worden seien (Urk. 81 S. 4, 7 S. 6). Dies gilt umso mehr, als sich die im Jahre 2006 gegründete Einzelunternehmung (Urk. 4 S. 2) in diesem Zeitraum erfahrungsgemäss erst im Aufbau befunden hat. Entsprechend erscheint es sachgerecht, die Abschlüsse der Jahre 2007 und 2008 bei der Einkommensermittlung des Beklagten ausser Acht zu lassen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beklagte sein monatliches Nettoeinkommen im Zusammenhang mit einer Finanzierungsfrage im Januar 2010 selbst mit Fr. 14'000.– bezifferte (Urk. 6/11, Urk. 92 S. 5), ist doch ohne Weiteres denkbar, dass ihm die - wesentlich tieferen - Zahlen des Abschlusses 2009 zu jenem Zeitpunkt noch nicht vorlagen. Für das Jahr 2010 ist sodann von einem Jahresgewinn von Fr. 144'897.– auszugehen (Urk. 84/3), was einem monatlichen Einkommen von rund Fr. 12'070.– entspricht. Anhaltspunkte, wonach sich das Einkommen zukünftig nicht auf diesem Niveau wird halten können, macht der Beklagte weder hinreichend geltend noch ergeben sie sich aus den eingereichten Geschäftsunterlagen. So wurden denn auch für die behaupteten einkommensreduzierenden AHV-Nachforderungen bereits Rückstellungen gebildet (Urk. 81 S. 9). Dem Beklagten ist nun insofern beizupflichten, als sich das Einkommen eines Selbständigerwerbenden nicht auf Fr. 100 genau erfassen lässt (Urk. 81 S. 6). Da sich sein Einkommen im Jahre 2010 nur unwesentlich verringerte, erscheint es daher sachgerecht, für die Berechnung des Unterhaltsanspruches das von der Vorinstanz gestützt auf die Erfolgsrechnung 2009 ermittelte monatliche Nettoeinkommen von Fr. 12'170.– (Urk. 82 S. 29) zugrunde zu legen.

4. Einkommen Klägerin

Das im Vorentscheid veranschlagte Nettoeinkommen der Klägerin von monatlich Fr. 4'000.– (inkl. 13. Monatslohn) blieb unangefochten, weshalb auch vorliegend darauf abzustellen ist (Urk. 82 S. 29, 81 S. 6 f., 92 S. 6).

5. Bedarf Beklagter

Vom von der Vorinstanz berücksichtigten Bedarf des Beklagten von Fr. 5'630.– (Urk. 82 S. 21) sind folgende Positionen im Berufungsverfahren umstritten:

5.1. Zu seinen Wohnkosten führt der Beklagte aus, er bewohne zusammen mit seiner mündigen und erwerbstätigen Tochter eine kleine 3-Zimmerwohnung in F._____, welche auch als Büro diene, da er sein Büro in der ehelichen Liegenschaft nicht mehr nutzen könne. Ihm sei der nämliche Wohnanspruch wie der Klägerin zuzubilligen (monatlich Fr. 2'200.–), welcher mit der ehelichen Liegenschaft zusammen mit ihrem Sohn fünfeinhalb Zimmer und ein riesiger Garten zur Verfügung stehe. Selbst bei einem allfälligen Auszug der Tochter benötige er wegen des Geschäftes mehr Zimmer (Urk. 81 S. 10). Die Klägerin verweist dahingegen auf die tatsächlichen Mietkosten des Beklagten von monatlich Fr. 1'680.–, welche teilweise bei den Geschäftsunkosten verbucht werden könnten, da er seine Geschäftsadministration von der Wohnung aus erledige. Entsprechend seien ihm maximal Fr. 1'100.– im Bedarf anzurechnen. Nicht zu beanstanden sei indes, dass er den Mietzinsanteil der Tochter übernehme (Urk. 92 S. 7).

Da jede Partei mit je einem gemeinsamen Kind zusammenlebt und der Klägerin die eheliche Liegenschaft zugewiesen wurde, erscheint es im Hinblick auf die komfortablen finanziellen Verhältnisse der Parteien und zur Weiterführung des bisherigen Lebensstandards des Beklagten sachgerecht, auch ihm einen entsprechenden Betrag für Wohnkosten zuzugestehen. Dem Beklagten steht die eheliche Liegenschaft zur Nutzung des Büros nicht mehr zur Verfügung, weshalb insofern eine Einschränkung vorliegt. Selbst wenn sein Geschäft, wie er nunmehr selbst behauptet, ausgesprochen wenig Administration und vor allem wenig Platz erfordert, mithin bei den Wohnkosten keinen Abzug für Geschäftsunkosten auslöst, ist zumindest von einem leicht erhöhten Raumbedarf auszugehen (Urk. 97 S. 4, 92 S. 7). Insgesamt rechtfertigt es sich daher, im Bedarf des Beklagten im Sinne der Gleichbehandlung für Wohnkosten monatlich Fr. 2'200.– anzurechnen.

5.2. Der Beklagte will in seinem Bedarf eine Position von Fr. 2'500.– für Steuerabzahlungen der Jahre 2008 und 2009 angerechnet wissen, seien doch die nun in Abzahlung begriffenen Reststeuern gemeinsame, im Zeitpunkt der Trennung bereits fällige, nicht aufschiebbare Schulden der Parteien (Urk. 81 S. 7 ff.). Für die laufenden Steuern seien dagegen beim Beklagten statt wie im angefochtenen Urteil Fr. 2'500.– lediglich Fr. 1'166.– einzusetzen (Urk. 81 S. 9). Demgegenüber hält die Klägerin dafür, die Steuernachforderungen seien im Rahmen der güter-

rechtlichen Auseinandersetzung, nicht bei der Berechnung des laufenden Unterhaltes zu berücksichtigen. Zudem sei der Umfang der Nachforderung kein zu beachtendes Novum (Urk. 92 S. 7 f.). Schliesslich sei dem Beklagten für die laufenden Steuern nach Berücksichtigung der zu zahlenden Unterhaltsleistungen nur ein Betrag von Fr. 1'100.- anzurechnen (Urk. 92 S. 8).

Mit der Klägerin ist festzuhalten, dass die Steuernachforderung dem Beklagten bereits vor Vorinstanz bekannt war (Urk. 92 S. 8), zumal er selbst anlässlich seiner persönlichen Befragung darauf hinwies (vgl. Prot. VI S. 41). Mit der eingereichten Stundungsvereinbarung betreffend die Staats- und Gemeindesteuern 2008 ist diese Schuld indes in ihrer (neuen) Fälligkeit nunmehr ausgewiesen (Urk. 84/4). Es rechtfertigt sich daher, die Vorbringen des Beklagten in diesem Zusammenhang als echte Noven zu qualifizieren. Dies gilt ohne Weiteres auch für Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit der Steuerschuld des Jahres 2009, zumal die entsprechende Steuererklärung selbst erst vom 21. Februar 2011 datiert (Urk. 84/2, vgl. insgesamt vorstehend S. 5 f.).

Im Unterhaltsbedarf der Parteien sind grundsätzlich die laufenden Steuern zu berücksichtigen (Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1998, N 118A Ziff. II/12 zu Art. 163 ZGB). Für frühere Jahre geschuldete Steuern sind dagegen bei der Festlegung des aktuellen Bedarfs nicht massgeblich und somit grundsätzlich nicht in die Berechnung einzubeziehen. Für die aus der gemeinsamen Steuerpflicht der Parteien herrührenden Staats- und Gemeindesteuern 2008 allerdings liegt mit der aktenkundigen Stundungsvereinbarung ein Beleg im Recht, wonach die entsprechende Schuld von Fr. 29'515.45 vom Beklagten im Zeitraum vom 31. Januar 2011 bis 30. September 2011 abbezahlt war (Urk. 84/4). Da somit glaubhaft ist, dass der Beklagte diese Gesamtsteuerschuld tatsächlich getilgt hat, rechtfertigt es sich angesichts der vorliegenden finanziellen Verhältnisse, die Steuerschuld im Zeitraum der Abzahlung anteilmässig im Bedarf des Beklagten zu berücksichtigen. Unbestritten - und bezüglich der Tilgung als echtes Novum zu qualifizieren - ist ferner die Behauptung, dass der Beklagte im gleichen Zeitrahmen Bundessteuern in der Höhe von Fr. 14'525.10 abbezahlt hat (Urk. 81 S. 8, 92 S. 7). Es erscheint daher angemessen, die tatsächlich getilgten Steuerschulden 2008 im Zeitraum von Januar 2011

bis September 2011 mit einem Anteil von monatlich Fr. 1'000.– in den Bedarf des Beklagten aufzunehmen. Nicht erstellt und vom Beklagten selbst nicht behauptet ist dagegen, dass er die Steuerschuld 2009 im heutigen Zeitpunkt getilgt hat (Urk. 81 S. 8), weshalb diese Schuld im Sinne der erwähnten ständigen Praxis der erkennenden Kammer keine Berücksichtigung in der Unterhaltsberechnung findet. Die hierzu vom Beklagten allfällig geleisteten Zahlungen werden im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu beurteilen sein. Lediglich angemerkt sei sodann, dass sich die finanzielle Belastung des Beklagten bereits im Spätsommer 2011 auch hinsichtlich der - das Geschäft des Beklagten betreffenden und somit für die Unterhaltsberechnung irrelevanten - Prämiennachzahlungen und AHV-Zahlungen entspannte, zumal diese bis Ende Juli 2011 abgeschlossen und ohnehin aus Rückstellungen finanziert worden waren (Urk. 81 S. 9).

Für die laufenden Steuern ist beim Beklagten gestützt auf den Jahresabschluss 2010 (Urk. 84/3) sowie unter Berücksichtigung der abzugsberechtigten Unterhaltsleistungen (Urk. 92 S. 8) von einer jährlichen Steuerbelastung von rund Fr. 13'000.– (Staatssteuern Fr. 10'800.–, Bundessteuern Fr. 2'150.–), mithin monatlich Fr. 1'100.– auszugehen.

5.3. Von der Klägerin anerkannt sind die nunmehr geltend gemachten, aufgrund des Prämienanstiegs erhöhten Krankenkassenkosten des Beklagten von monatlich Fr. 200.– (Urk. 81 S. 11, 92 S. 10), weshalb diese der Bedarfsrechnung zugrunde zu legen sind.

5.4. Die übrigen Bedarfspositionen sind unbestritten geblieben. Damit ergibt sich folgender zur berücksichtigender Bedarf des Beklagten:

	1. März 2010 - 31. Dezember 2010 und ab 1. Oktober 2011	1. Januar 2011 bis 30. September 2011
Grundbetrag	1'100.00	1'100.00
Wohnkosten	2'200.00	2'200.00
Krankenkasse	200.00	200.00
Hausrat-/ Haftpflichtversicherung	50.00	50.00
laufende Steuern	1'100.00	1'100.00
Steuerabzahlungen		1'000.00
Total Bedarf Beklagter	4'650.00	5'650.00

6. Bedarf Klägerin

Die Vorinstanz setzte den Bedarf der Klägerin auf Fr. 7'230.– fest (Urk. 82 S. 21). Folgende Positionen sind bestritten:

6.1. Während der Beklagte für die Bedarfsberechnung der Klägerin beim Grundbetrag Fr. 1'300.– einsetzt (Urk. 81 S. 12), wird dieser für Alleinerziehende ohne Haushaltsgemeinschaft im Kreisschreiben der Verwaltungskommission der Obergerichts mit Fr. 1'350.– veranschlagt und ist damit in diesem Betrag ausgewiesen.

6.2. Sodann werden die Wohnkosten der Klägerin von Fr. 2'700.– bestritten. Die Hypothekarkosten würden sich monatlich auf etwas mehr als Fr. 1'700.– belaufen. Unter Berücksichtigung der üblichen Gebühren und Abgaben, wobei auf die ausgewiesenen pauschalierten Abgaben in der Steuererklärung hinzuweisen sei, seien der Klägerin nicht mehr als monatlich Fr. 2'200.– zuzugestehen (Urk. 81 S. 11). Die Klägerin hält die Wohnkosten von Fr. 2'700.– für angemessen (Urk. 92 S. 9), während sie sie vor Vorinstanz noch mit Fr. 2'400.– bezifferte (Prot. VI S. 11).

Die Klägerin reicht ein an ihren Rechtsvertreter gerichtetes Schreiben des Gegenanwaltes ins Recht, wonach in den im angefochtenen Urteil angerechneten Wohnkosten die Hypothekenamortisation enthalten sei (Urk. 94/1, 92 S. 9). Die Amortisation von Hypothekarschulden dient der Schuldenreduktion und somit der Vermögensbildung. Sie kann daher gemäss ständiger Praxis der urteilenden Kammer nicht Eingang in die Bedarfserhebung finden. Aus dem von der Klägerin eingereichten Schreiben geht hervor, dass es ihre Wohnkosten sind, in denen ein Anteil von monatlich Fr. 500.– für die Amortisationszahlung enthalten ist (Urk. 94/1). Dies ist denn auch insofern nachvollziehbar, als sich ihre Wohnkosten aus den Hypothekarzinsen (zuzüglich Abgaben und Gebühren) der im Eigentum befindlichen Liegenschaft errechnen. Obwohl der Beklagte im Rahmen der einst strittigen Zuteilung der ehelichen Liegenschaft für den Fall, dass ihm das Haus zugeteilt werde, Fr. 2'700.– Wohnkosten für sich geltend machte (Urk. 7 S. 8, 54 S. 8), sind die Amortisationskosten zwingend in Abzug zu bringen, wodurch mo-

natliche Wohnkosten von Fr. 2'200.– resultieren. Dieser Betrag erscheint auch vor folgendem Hintergrund angemessen. Wie sich die Differenz von Fr. 950.– zwischen dem von der Vorinstanz zugrunde gelegten monatlichen Hypothekarzins von durchschnittlich rund Fr. 1'750.– und den vom Vorderrichter angerechneten Wohnkosten von Fr. 2'700.– zusammensetzt, ist nicht ersichtlich. Für öffentlich-rechtliche Abgaben und durchschnittliche Unterhaltskosten erscheint der Betrag jedenfalls zu hoch, zumal diesbezüglich auch vor Vorinstanz keine substantiierten Angaben gemacht wurden (Urk. 7 S. 7, Prot. Vi S. 11). In Ermangelung einer klaren Bezifferung der neben den Hypothekarkosten anfallenden Liegenschaftskosten kann hilfsweise ein durchschnittlicher Unterhaltsaufwand von 20% des in der Steuererklärung angegebenen Eigenmietwerts angerechnet werden (20% von Fr. 25'600.– = Fr. 5'120.–, Urk. 84/2 S. 2, Ziffer 6.2.), wodurch ein monatlicher Anteil von rund Fr. 450.– resultiert. Addiert zu den durchschnittlichen Hypothekarzinsen von Fr. 1'750.– ergibt sich ein Betrag von monatlich Fr. 2'200.– für klägerische Wohnkosten.

6.3. Die unter Hinweis auf den allgemeinen Prämienanstieg geltend gemachten erhöhten Kosten für die Krankenversicherung der Klägerin und des Sohnes im Betrag von Fr. 270.– sind anerkannt (Urk. 81 S. 11, 92 S. 10).

6.4. Bestritten sind dagegen die Kosten von monatlich Fr. 500.– für die Benutzung des Autos. Die Klägerin sei weder für den Arbeitsweg (Fussdistanz fünf Minuten), noch für den täglichen oder wöchentlichen Einkauf (Distanz zu den Läden und zur Post zwischen 0.5 und 1.0 Kilometer) auf das Fahrzeug angewiesen und könne dieses kostenlos in der eigenen Garage einstellen (Urk. 81 S. 12). Diese Darstellung wird von der Klägerin anerkannt, angesichts der guten finanziellen Verhältnisse seien ihr die Kosten indes in den erweiterten Notbedarf einzurechnen (Urk. 92 S. 10).

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind Fahrzeugkosten grundsätzlich nur dann in die Bedarfsberechnung aufzunehmen, wenn der Ehegatte aufgrund des Arbeitsweges, der Arbeitszeit oder anderer spezieller Umstände auf das Fahrzeug angewiesen ist (Urk. 82 S. 24). Allerdings blieb unbestritten, dass dem Beklagten für Geschäfts- und private Fahrten ein Audi-Kombi zur Verfügung steht, während

die Klägerin das Auto Marke BMW benützt (Urk. 81 S. 12, 92 S. 10, 97 S. 7). Angesichts der guten finanziellen Verhältnisse und im Sinne der Gleichbehandlung rechtfertigt es sich, die Ausgaben zur Nutzung des Fahrzeugs der Klägerin zur Weiterführung des bisherigen Lebensstandards im Bedarf anzurechnen und sie hierfür nicht auf den Freibetrag zu verweisen. Der von der Vorinstanz eingesetzte Betrag von Fr. 500.– erscheint angemessen.

6.5. Ferner sind die vom Beklagten als zu hoch gerügten Telefonkosten für die Klägerin und den Sohn von monatlich Fr. 180.– (Urk. 81 S. 12) den finanziellen Verhältnissen der Parteien durchaus angemessen.

6.6. Schliesslich will der Beklagte den in der Bedarfsberechnung der Klägerin eingesetzten Betrag für laufende Steuern mit monatlich Fr. 800.– angerechnet wissen (Urk. 81 S. 8). Die Klägerin hält an den eingesetzten Fr. 1'500.– fest (Urk. 92 S. 11).

Unter Berücksichtigung der neben dem Erwerbseinkommen ebenfalls zu versteuernden Unterhaltsleistungen ist bei der Klägerin von einer jährlichen Steuerbelastung von rund Fr. 9'600.– (Staatssteuern Fr. 8'500.–, Bundessteuern Fr. 1'100.–), mithin monatlich Fr. 800.– auszugehen.

6.7. Damit stellt sich der Bedarf der Klägerin wie folgt dar:

Grundbetrag	1'350.00
Kinderzuschlag	600.00
Wohnkosten	2'200.00
Tel./Radio/TV	180.00
Krankenkasse	270.00
Hausrat-/ Haftpflichtversicherung	50.00
Auto	500.00
Schulung des Kindes	100.00
laufende Steuern	800.00

Total Bedarf Klägerin **6'050.00**

7. Konkrete Unterhaltsberechnung

7.1. Der gemeinsame Freibetrag entspricht dem Überschuss der gemeinsamen Einkünfte über dem gemeinsamen Bedarf:

	1. März 2010 - 31. Dezember 2010 und	1. Januar 2011 - 30. Sep- tember 2011
--	---	--

	ab 1. Oktober 2011	
Nettoeinkünfte Beklagter	Fr. 12'170.-	Fr. 12'170.-
Nettoeinkünfte Klägerin	Fr. 4'000.-	Fr. 4'000.-
Total Einkünfte	Fr. 16'170.-	Fr. 16'170.-
Bedarf Beklagter	Fr. 4'650.-	Fr. 5'650.-
Bedarf Klägerin	Fr. 6'050.-	Fr. 6'050.-
Total Bedarf	Fr. 10'700.-	Fr. 11'700.-
Freibetrag	Fr. 5'470.-	Fr. 4'470.-

7.2. Für die Zeit ab 1. März 2010 bis 31. Dezember 2010 sowie ab 1. Oktober 2011 resultiert ein Freibetrag von Fr. 5'470.-. Der Beklagte rügt mit seiner Berufung irrtümlicherweise die Zuweisung des Freibetrages an die Klägerin im Umfang von zwei Dritteln (Urk. 81 S. 13), wurde doch im angefochtenen Entscheid eine hälftigen Teilung vorgenommen (Urk. 82 S. 30). Diese Teilung ist sachgerecht. Für den Zeitraum von Januar 2011 bis September 2011 ergibt sich ein - ebenfalls hälftig zu teilender - Freibetrag von Fr. 4'470.-. Die Unterhaltsberechnung präsentiert sich daher wie folgt:

	1. März 2010 - 31. Dezember 2010 und ab 1. Oktober 2011	1. Januar 2011 - 30. September 2011
Bedarf Klägerin	Fr. 6'050.-	Fr. 6'050.-
Freibetragsanteil Klägerin	Fr. 2'735.-	Fr. 2'235.-
./. Einkünfte Klägerin	Fr. 4'000.-	Fr. 4'000.-
Unterhaltsanspruch	Fr. 4'785.-	Fr. 4'285.-

7.3. Die der Officialmaxime unterliegenden Kinderunterhaltsbeiträge (Art. 296 ZPO) sind unangefochten geblieben (Urk. 81 S. 2) und bei der vorliegenden Berechnung mit Fr. 1'500.- zuzüglich allfälliger Familienzulagen zu veranschlagen.

7.4. Demzufolge ist der Beklagte in teilweiser Guttheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin für sie und den Sohn C. _____ monatliche, gerundete Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

- März 2010 bis Dezember 2010 Fr. 4'800.-
- Januar 2011 bis September 2011 Fr. 4'300.-

- ab Oktober 2011

Fr. 4'800.–

davon Fr. 1'500.– zuzüglich vertragliche oder gesetzliche Familienzulagen für den Sohn C._____.

7.5. Die mit Berufungsantrag Ziffer 1 beantragte Anrechnung derjenigen Zahlungen an die Unterhaltsbeiträge, welche bis anhin an die Klägerin direkt sowie an ihrer Stelle geleistet worden seien und welche sie infolge des Verbleibs im ehelichen Heim und infolge der Ehetrennung hätte selber leisten müssen (Urk. 81 S. 2), wurden vom Beklagten mit keinem Wort begründet (Urk. 81). Lediglich in der zu den Noven eingeholten Stellungnahme verdeutlicht er seinen Antrag dahingehend, er ersuche nicht um ziffernmässige Feststellung, sondern lediglich um Spezifikation der Art der anzurechnenden Zahlungen (Urk. 97 S. 8).

Auch unter der Geltung der (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime sind die Parteien gehalten, den entscheidrelevanten Sachverhalt in den Prozess einzubringen. Indem der Beklagte keinerlei Ausführungen zu seinem Antrag machte, die offenbar bereits getätigten Zahlungen mithin weder näher bezeichnete noch Belege beibrachte, ist er seiner Behauptungslast nicht nachgekommen. Mangels jedwelcher Behauptung greift denn auch die richterliche Fragepflicht nicht (Art. 56 ZPO), weshalb der Antrag ohne Weiteres abzuweisen ist. Allerdings ist auf die unbeanstandet gebliebene Erwägung im Vorentscheid hinzuweisen (Urk. 82 S. 31 f.), wonach vom Beklagten belegte Zahlungen in der Zeit seit März 2010, welche von der Klägerin zu zahlen gewesen wären, an die rückwirkend festgesetzten Unterhaltsbeiträge angerechnet werden können. Ebenfalls unangefochten blieben ferner die vom Vorderrichter im einzelnen bezeichneten, seit März 2010 an die Unterhaltsbeiträge anzurechnenden Zahlungen (Hypothekarzinsen, Krankenkasse, Billag, Cablecom, Elektrizitätswerk G._____) von Fr. 2'336.25 (März 2010), Fr. 2'229.65 (April 2010), Fr. 2'845.95 (Mai 2010), Fr. 2'411.25 (Juni 2010), Fr. 2'460.65 (Juli 2010), Fr. 2'196.70 (August 2010) sowie Fr. 1'749.30 (September 2010, Urk. 82 S. 30 f.), wovon im Dispositiv Vormerk zu nehmen ist.

IV.

1. Der Beklagte beantragt, die Kosten beider Instanzen seien nach dem Ausgang des Verfahrens aufzuerlegen (Urk. 81 S. 2, 14), während die Klägerin um Bestätigung der Kosten- und Entschädigungsregelung des angefochtenen Entscheides ersucht resp. beantragt, die Kosten des Berufungsverfahrens seien vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen (Urk. 92 S. 2, 15).
2. Fällt die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so setzt sie auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens fest (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz auferlegte dem Beklagten die Kosten des Verfahrens zu drei Vierteln und der Klägerin zu einem Viertel und verpflichtete den Beklagten zur Bezahlung einer reduzierten Prozessentschädigung an die Klägerin von Fr. 4'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer. Diese Prozesskostenverteilung ist angesichts des Ausgangs des Berufungsverfahrens nicht zu beanstanden, obsiegt der Beklagte doch hinsichtlich der vor zweiter Instanz strittigen Unterhaltsbeiträge nur in geringem Umfang und unterlag hinsichtlich der Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich. Die Höhe der Prozessentschädigung blieb sodann unangefochten (Urk. 81 S. 14), weshalb sie zu bestätigen ist.
3. Im Berufungsverfahren obsiegt der Beklagte hinsichtlich des Unterhaltsanspruches zu einem Viertel und unterliegt hinsichtlich des Begehrens zu den vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich. Es rechtfertigt sich daher, dem Beklagten die Kosten für das Berufungsverfahren zu vier Fünfteln und der Klägerin zu einem Fünftel aufzuerlegen. Im selben Verhältnis hat er der Klägerin eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. Dezember 2010 in folgenden Punkten in Rechtskraft erwachsen ist:

- "1. Es wird festgestellt, dass die Parteien auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien bereits seit dem 8. März 2010 getrennt leben.
 2. Das Kind C._____, geboren am tt.mm.1995, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
 3. Die Parteien regeln das Besuchsrecht in Absprache mit C._____ von Fall zu Fall selbst. Im Konfliktfall soll Folgendes gelten:
Der Beklagte ist berechtigt, das Kind C._____ jeweils während den ungeraden Kalenderwochen von Mittwoch Abend 19:00 Uhr bis Sonntag Abend 19:00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Beklagte ist zudem berechtigt, das Kind C._____ in den geraden Jahren über Ostern und in den ungeraden Jahren über Pfingsten sowie jedes Jahr am zweiten Weihnachtsfeiertag (26. Dezember) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Beklagte ist ferner berechtigt, das Kind C._____ jährlich während vier Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Beklagte teilt der Klägerin mindestens drei Monate im Voraus mit, wann er sein Ferienbesuchsrecht ausüben will.
 4. Die eheliche Liegenschaft an der ...strasse ... in H._____ samt Hausrat und Mobiliar sowie der Personenwagen der Marke BMW werden der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen.
 - ...
 6. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab dem 9. März 2010 die Gütertrennung angeordnet.
 7. Auf den Antrag des Beklagten auf Fristansetzung zur Stellungnahme betreffend die noch offenen Steuerforderungen wird nicht eingetreten.
 8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'000.-. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten."
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Der Beklagte wird für die Dauer des Getrenntlebens verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich und den Sohn C._____ folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) zu bezahlen:

- a) ab 1. März 2010 bis 31. Dezember 2010: Fr. 4'800.–
- b) ab 1. Januar 2011 bis 30. September 2011: Fr. 4'300.–
- c) ab 1. Oktober 2011: Fr. 4'800.–,
- davon jeweils Fr. 1'500.– für den Sohn C._____, zahlbar im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats. Dies unter Anrechnung der vom Beklagten für die Klägerin sowie für C._____ in der Zeit seit März 2010 nachweislich geleisteten Zahlungen.
2. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte an die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 1 Zahlungen geleistet hat im Umfang von Fr. 2'336.25 (März 2010), Fr. 2'229.65 (April 2010), Fr. 2'845.95 (Mai 2010), Fr. 2'411.25 (Juni 2010), Fr. 2'460.65 (Juli 2010), Fr. 2'196.70 (August 2010) und Fr. 1'749.30 (September 2010).
 3. Auf den Berufungsantrag Ziffer 2 betreffend vorsorgliche Massnahmen wird nicht eingetreten.
 4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden zu einem Viertel der Klägerin und zu drei Vierteln dem Beklagten auferlegt.
 5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 4'000.– zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.
 6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
 7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten zu vier Fünfteln und der Klägerin zu einem Fünftel auferlegt. Die dem Beklagten auferlegten Gerichtskosten werden mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
 8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 900.– zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Januar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. G. Ramer Jenny

versandt am: js