

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi

Urteil und Beschluss vom 3. August 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 15. September 2011 (EE100141)**

Rechtsbegehren (Urk. 2, sinngemäss):

1.
 - 1.1. Der Klägerin sei das Getrenntleben sofort zu bewilligen.
 - 1.2. Der Beklagte habe die eheliche Wohnung unverzüglich zu verlassen.
 - 1.3. Die bisherige eheliche Wohnung an der C.____-Strasse ..., ... D.____, sei folgerichtig der Klägerin samt Hausrat und Mobiliar, zusammen mit den beiden Kindern E.____ und F.____, zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
2.
 - 2.1. Die beiden Kinder E.____, geb. tt.mm.2000, und F.____, geb. tt.mm.2003, seien unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
 - 2.2. Dem Beklagten sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.
3.
 - 3.1. Der Beklagte sei richterlich zu verpflichten, der Klägerin an die Unterhaltskosten der Kinder E.____ und F.____ einen monatlich vorschüssigen und angemessenen gerichtsblichen Unterhaltsbetrag zu bezahlen, evtl. zuzüglich allfällig bezogener Kinderzulagen, Beweisergebnis ausdrücklich vorbehalten.
 - 3.2. Der Beklagte sei sodann zu verpflichten, der Klägerin an ihren persönlichen Unterhalt einen monatlich vorschüssigen und angemessenen gerichtsblichen Unterhaltsbetrag zu bezahlen, Beweisergebnis ausdrücklich vorbehalten.
4.
 - 4.1. Der Beklagte sei in Anwendung von Art. 170 ZGB richterlich zu verpflichten, über dessen Einkommen und Vermögen vollständig Auskunft zu erteilen.
 - 4.2. Die Klägerin behält sich ausdrücklich vor, weitere (Beweis-) Anträge im Zusammenhang mit Art. 170 ZGB zu stellen, je nach Beweisergebnis.
5. Es sei richterlich gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB per Eintritt Litispendenz des vorliegenden Eheschutzverfahrens die Gütertrennung anzuordnen.
6. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.– zu bezahlen. Eventualiter ist der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der Unterzeichnete als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter richterlich einzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

**Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dietikon vom 15. September 2011 (Urk. 63):**

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt, und es wird davon Vormerk genommen, dass sie seit 12. Dezember 2010 getrennt leben.
2. Die Kinder E._____, geboren am tt.mm.2000, und F._____, geboren am tt.mm.2003, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die elterliche Obhut der Klägerin gestellt.
3. Für die Kinder E._____ und F._____ wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet. Dem Beistand oder der Beiständin werden folgende Aufgaben übertragen:
 - die Erziehung und weitere Entwicklung der Kinder zu begleiten und zu überwachen
 - Unterstützung der Eltern in Erziehungsfragen und Vermittlung bei Konflikten
 - vermittelnde Anlaufstelle zu sein für die Parteien bei Konflikten oder Problemen im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts.
4. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 19. Juli bzw. 9. August 2011 wird hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird davon Vormerk genommen. Die Teilvereinbarung lautet wie folgt:

"1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes (Art. 175 ZGB)

Die Parteien vereinbaren, seit 12. Dezember 2010 und weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt zu leben.

2. Elterliche Obhut und elterliche Sorge (Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 301 ZGB)

Die Kinder E._____, geboren am tt.mm.2000, und F._____, geboren am tt.mm.2003, seien für die Dauer des Getrenntlebens unter die elterliche Obhut der Klägerin zu stellen. Die Kinder werden demzufolge bei der Klägerin wohnen.

Die elterliche Sorge bleibt dagegen für die Dauer des Getrenntlebens bei beiden Elternteilen. Entsprechend sind sie verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung der Kinder miteinander abzusprechen.

3. Besuchsrecht (Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 273 ff. ZGB)

Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder E._____ und F._____ jedes zweite Wochenende von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt, die Kinder E._____ und F._____ am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in den Jahren mit ungerader Jahreszahl über Ostern (Ostersamstag bis und mit Ostermontag) und am 1. Mai sowie in den Jahren mit gerader Jahreszahl über Pfingsten (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag) und am Auffahrtstag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt, die Kinder E._____ und F._____ während der Schulferien für die Dauer von drei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Beklagte verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Klägerin abzusprechen.

4. Beistandschaft (Art. 176 Abs. 3 ZGB, Art. 308 ZGB)

Die Parteien beantragen, es sei für die Kinder E._____ und F._____ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB anzuordnen und es seien dem Beistand oder der Beiständin die folgenden Aufgaben zu übertragen:

- die Erziehung und weitere Entwicklung der Kinder zu begleiten und zu überwachen
- Unterstützung der Eltern in Erziehungsfragen und Vermittlung bei Konflikten
- vermittelnde Anlaufstelle zu sein für die Parteien bei Konflikten oder Problemen im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts.

5. Wohnung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)

Der Beklagte überlässt der Klägerin und den Kindern die eheliche Wohnung an der C.____-Strasse ... in ... D.____ zur alleinigen Benützung. Der Beklagte hat die eheliche Wohnung unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten bereits verlassen.

Die Klägerin wird dafür besorgt sein, dass der Mietvertrag für die eheliche Wohnung sowie der Mietvertrag für den Kiosk künftig auf sie alleine übertragen wird. Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin seinen Schlüssel für die eheliche Wohnung auf erstes Verlangen herauszugeben.

6. Mobiliar und Hausrat (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB)

Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung. Die Klägerin verpflichtet sich, dem Beklagten auf erstes Verlangen die Fachliteratur und die Steuerunterlagen (für die Anfertigung von Kopien) herauszugeben.

Die Klägerin verpflichtet sich, für den Internetanschluss in der ehelichen Wohnung mit Cablecom einen neuen Vertrag abzuschliessen.

7. Benutzung des Fahrzeuges

Der Beklagte überlässt der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens das Fahrzeug der Marke "... " zur alleinigen Benutzung.

8. Gütertrennung (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

Die Parteien beantragen gemeinsam, es sei zwischen ihnen per 1. Dezember 2010 die Gütertrennung anzuordnen."

5. Zwischen den Parteien wird per 1. Dezember 2010 der Güterstand der Gütertrennung angeordnet.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'370.– zu bezahlen, nämlich Fr. 1'050.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für jedes der beiden Kinder und Fr. 1'270.– für die Klägerin persönlich. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus bezahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. Januar 2011.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'700.– (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten werden zu zwei Fünfteln der Klägerin und zu drei Fünfteln dem Beklagten auferlegt.
9. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 600.– zu bezahlen.
10. [Mitteilungssatz]
11. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 62 S. 2):

- "1. Es sei die eheschutzrichterliche Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 15.09.2011 in Dispo. Ziff. 6 aufzuheben und durch folgende Regelung zu ersetzen: "Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 2'614.– zu bezahlen, nämlich CHF 800.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für jedes der beiden Kinder und CHF 1'014.– für die Klägerin persönlich. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. Januar 2011."
2. Vorbehalten bleibt eine Änderung der Unterhaltsbeiträge bei einer Reduktion oder Aufhebung von variablen Boni resp. Lohnelementen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 69 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

2.
 - 2.1. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu entziehen und in Anwendung von Art. 315 Abs. 2 ZPO die vorzeitige Vollstreckung von Ziff. 6 der vorinstanzlichen Eheschutzverfügung im Umfang des vorinstanzlich zugesprochenen Unterhaltsbetrags von CHF 3'370.– (CHF 1'050.– je für die beiden Töchter und CHF 1'270.– für die Berufungsbeklagte) richterlich zu bewilligen.
 - 2.2. Diese Verfügung gemäss Ziff. 2.1. sei im Sinne von Art. 265 ZPO vorsorglich sofort zu erlassen.
3. Der Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Prozesspflege zu bewilligen und der Unterzeichnete als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter richterlich einzusetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet. Sie haben zwei Kinder: E._____, geboren am tt.mm.2000, und F._____, geboren am tt.mm.2003. Mit Eingabe vom 3. November 2010 gelangte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) an das Bezirksgericht Dietikon und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 2). Betreffend des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 63 S. 3ff.). Mit Erstverfügung vom 15. September 2011, vorab in unbegründeter Form ergangen, wurde der Antrag der Klägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages und ihr Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen (Urk. 54; Urk. 63 je Dispositivziffern 1 und 2 der Erstverfügung). Gleichentags bewilligte die Vorinstanz den Parteien in der Zweitverfügung das Getrenntleben und regelte die damit verbundenen Nebenfolgen (Urk. 54; Urk. 63). Unter anderem wurde der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagte) dazu verpflichtet, der Klägerin erstmals rückwirkend auf den 1. Januar 2011 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'370.– zu bezahlen, nämlich Fr. 1'050.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für

jedes der beiden Kinder und Fr. 1'270.– für die Klägerin persönlich (Urk. 63 Dispositivziffer 6).

2. Gegen die Zweitverfügung vom 15. September 2011 hat der Beklagte fristgerecht die Berufung erhoben (Urk. 61/2; Urk. 62). Er stellte die vorab angeführten Anträge. Nach Eingang des vom Beklagten verlangten Vorschusses von Fr. 3'000.– (Urk. 65; Urk. 66) wurde seitens der Klägerin die Berufungsantwort erstattet (Urk. 69). Darin ersuchte sie einerseits um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters und reichte zu diesem Themenbereich zahlreiche Unterlagen ein (Urk. 69 S. 2 Rechtsbegehren Ziffer 3; Urk. 70/1-14). Andererseits verlangte sie (unter anderem) die "sofortige vorsorgliche vorzeitige" Vollstreckung von Dispositivziffer 6 der Zweitverfügung im Umfang des vorinstanzlich zugesprochenen Unterhaltsbetrags von Fr. 3'370.– (Urk. 69 S. 2 Rechtsbegehren Ziffer 2). Auf letzteres Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 16. März 2012 nicht eingetreten (Urk. 71 Dispositivziffer 1). Am 3. Juli 2012 fand ein Referentenwechsel statt. Dem Kläger wurde die Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 73). Auf die Einholung einer Stellungnahme zu den neuen Behauptungen und neu eingereichten Unterlagen mit Bezug auf das von der Klägerin im Berufungsverfahren gestellte Armenrechtsgesuch kann verzichtet werden (Art. 119 Abs. 3 ZPO).

3. Für das Berufungsverfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren vor Bezirksgericht unterstand demgegenüber noch der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH; Urk. 63 S. 6 Ziff. 1). Bei der Überprüfung der Verletzung von Verfahrensvorschriften ist somit im neurechtlichen Berufungsverfahren zu prüfen, ob die Bestimmungen der ZPO/ZH korrekt angewendet wurden. Dies gilt insbesondere bezüglich der Frage, ob der Beklagte seine Behauptungen glaubhaft machte. Hingegen stellt die eidgenössische Zivilprozessordnung dieselben Anforderungen an die Glaubhaftmachung. So darf das Gericht weder blosse Behauptungen genügen lassen, noch einen stichhaltigen Beweis verlangen. Im Unterschied zu anderen summarischen Verfahren gilt im Eheschutzverfahren die Untersuchungsmaxime. Das Gericht stellt den Sachver-

halt mithin von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Es handelt sich dabei allerdings lediglich um eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime, welche nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen den Parteien greift. Das Gericht hat sich deshalb bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (Sutter-Somm/Lazic in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 272 N 12 ff.).

II.

1. Mit der Berufung wurden nur die von der Vorinstanz für die Kinder und die Klägerin persönlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge angefochten. Der Beklagte beantragt, er sei zu verpflichten, für die Kinder je einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 800.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) und für die Klägerin einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'014.–, mithin total Fr. 2'614.–, zu bezahlen.

2. Was die allgemeinen Erwägungen zum familienrechtlichen Unterhalt anbelangt, kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 S. 13f.). Insbesondere gehen auch die Parteien übereinstimmend davon aus, es sei angesichts der vorliegenden finanziellen Verhältnisse in methodischer Hinsicht angezeigt, den geschuldeten Unterhalt durch Bestimmung des Grundbedarfs der Klägerin inklusive der Kinder und mit Aufteilung des verbleibenden Überschusses zu ermitteln.

3. Die Klägerin führt in selbständiger Stellung einen Kioskbetrieb in D._____. Die Vorinstanz legte ihr Einkommen auf Fr. 3'000.– netto pro Monat fest (Urk. 63 S. 14f.). Dies wird von den Parteien anerkannt (Urk. 62 S. 3; Urk. 69 S. 3 und 7). Der Beklagte arbeitet seit dem 16. März 2010 als Systems Analyst bei der G._____ AG. Die Vorinstanz legte sein Einkommen auf Fr. 9'000.– netto pro Monat fest (Urk. 19/4; Urk. 62 S. 15f.). Auch dies wird von den Parteien anerkannt (Urk. 62 S. 3; Urk. 69 S. 3). Im Weiteren ist der von der Vorinstanz für die Klägerin

und die Kinder E._____ und F._____ ermittelte Bedarf von Fr. 4'770.– im Berufungsverfahren mit Bezug auf die Ermittlung der vom Beklagten zu leistenden Unterhaltsbeiträge unbestritten (Urk. 62 S. 3; Urk. 63 S. 16f.; Urk. 69 S. 3).

4.1. Umstritten ist der Bedarf des Beklagten. Die Vorinstanz ging beim Beklagten von folgendem massgeblichen Bedarf aus (Urk. 63 S. 18ff.):

Grundbetrag	Fr. 1'200.–
Mietzins	Fr. 1'563.–
Krankenkasse	Fr. 164.05
Selbstbehalt/Franchise	Fr. –.–
Telekommunikation	Fr. 150.–
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr. 50.–
auswärtige Verpflegung	Fr. 350.–
Arbeitsweg	Fr. 170.–
Wohnungsreinigung etc.	Fr. –.–
erhöhter Kleiderbedarf	Fr. 60.–
Steuern	Fr. 1'100.–
Total Bedarf (gerundet)	Fr. 4'800.–

4.2. Der Beklagte verlangt mit der Berufung die Berücksichtigung von monatlich Fr. 100.– für Selbstbehalt/Franchise in seinem Bedarf (Urk. 62 S. 3f.). Dem widersetzt sich die Klägerin (Urk. 69 S. 4).

Dem Umstand von grösseren notwendigen Auslagen für Arztbesuche und Arzneien ist durch eine zeitweise Erhöhung des Existenzminimums Rechnung zu tragen. Ferner sind die Kosten für den Selbstbehalt gemäss KVG zu berücksichtigen (Kreisschreiben des Obergerichts betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziff. 5.3.; fortan Kreisschreiben). Derartige Kosten können hingegen nur berücksichtigt werden, wenn glaubhaft erscheint, dass sie effektiv anfallen. Der Beklagte führte vor Vorinstanz aus, er befinde sich nicht in regelmässiger ärztlicher Behandlung. Er sei gesund (Prot. Vi S. 29). In der Berufung macht er nun geltend, auch wenn er nicht in einer ständigen ärztlichen Behandlung sei, würden sich pro Jahr in der Regel drei bis vier Arztkonsultationen mit zusätzlichen Laborkosten ergeben. Da-

bei handle es sich einerseits um Routine- bzw. Vorsorgeuntersuchungen und andererseits um Arztkonsultationen zwecks Ausstellung eines Arztzeugnisses zuhanden des Arbeitgebers bei Krankheit (Urk. 62 S. 3). Für die Glaubhaftmachung einer Tatsache genügt es nicht, sie bloss zu behaupten. Der Beklagte unterlässt es, auch nur einen seiner angeblichen Arztbesuche der letzten Jahre betreffend Zeitpunkt, Zweck der Konsultation oder der angefallenen Kosten konkret zu schildern. Sodann legt er keinen einzigen Beleg ins Recht (z.B. Terminvereinbarung mit einem Arzt, Rechnung eines Arztes, Zusammenstellung der Kosten durch seine Krankenkasse), welcher seine Behauptungen belegen würde. Damit sind die Behauptungen nicht glaubhaft. Zudem ist zu beachten, dass im Bedarf der Klägerin und der gemeinsamen Kinder kein Betrag für Selbstbehalt/Franchise eingesetzt wurde (Urk. 63 S. 16), weshalb es das Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass beide Parteien allfällige diesbezügliche Auslagen aus dem Freibetrag bestreiten. Die Fr. 100.– Selbstbehalt/Franchise sind im Bedarf des Beklagten nicht zu berücksichtigen.

4.3. Weiter verlangt der Beklagte in der Berufung die Erhöhung der ihm von der Vorinstanz zugesprochenen Fr. 350.– für auswärtige Verpflegung auf Fr. 550.– (Urk. 62 S. 4). Dem widerspricht die Klägerin (Urk. 69 S. 4f.).

Bei einem Nachweis von Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung kann für jede Hauptmahlzeit Fr. 5.– bis Fr. 15.– zuerkannt werden (Kreisschreiben Ziff. 3.2.). Die Vorinstanz ging davon aus, der Beklagte könne sich nicht in einer Kantine verpflegen. Sie sprach ihm, gestützt auf seine Aussagen, dass er in der Regel von 7.30 Uhr bis 18.00 Uhr und nur manchmal etwas länger arbeiten müsse (Handprotokoll S. 23), monatliche Auslagen für auswärtige Verpflegung von Fr. 350.– zu. Es sei davon auszugehen, dass sich der Beklagte im Regelfall nur über Mittag auswärts zu verpflegen habe. Für die dadurch verursachten Mehrkosten sowie die gelegentliche Verpflegung am Abend und an einzelnen Samstagen erscheine dieser Betrag als insgesamt angemessen (Urk. 63 S. 19).

Der Beklagte macht in der Berufung geltend, seit März 2011 sei er in ein äusserst umfangreiches und arbeitsintensives Projekt involviert. Er komme nur noch selten vor 20 Uhr aus dem Büro, oftmals werde es 21.00 Uhr oder gar 22.00 Uhr. Seine

Arbeitsbelastung sei im Jahre 2011 markant angestiegen. Späte Arbeitseinsätze und Wochenendeinsätze seien an der Tagesordnung. Seine projektbezogene Arbeit beinhalte sodann Arbeitseinsätze an den unterschiedlichsten Orten inklusive Auslandeinsatz. Daher ergäben sich auch öfters längere Arbeitswege, was es ihm erschwere bzw. verunmögliche, sich abends zu hause zu verpflegen bzw. regelmässig Lebensmittel einzukaufen. Es müsse daher oft drei Mahlzeiten auswärts einnehmen. Sodann müsse er öfters mit Kunden Mahlzeiten einnehmen, welche Kosten er teils selbst zu tragen habe (Urk. 62 S. 4).

Der Beklagte führte im Januar 2011 vor Vorinstanz aus, er arbeite in der Regel von 7.30 Uhr bis 18.00 Uhr, manchmal, wenn er kurzfristig einspringen müsse, arbeite er auch länger. Es komme aber nicht oft vor, dass er bis um 22.00 Uhr arbeiten müsse (Handprotokoll S. 23). Die nunmehr behauptete Ausweitung der Arbeitszeiten seit März 2011 belegt der Beklagte nicht. Sie ergibt sich insbesondere nicht glaubhaft aus dem Schreiben seiner Arbeitgeberin vom 8. Juli 2011 (Urk. 53 = Urk. 64). Darin wird lediglich festgehalten, dass es für den Beklagten als Unternehmensberater erforderlich sei, unregelmässig und teilweise auch unvorhersehbar spät am Abend oder auch an Wochenenden zu arbeiten. Das Schreiben sagt nichts aus über die konkreten Arbeitszeiten des Beklagten (Urk. 64). Es hätte am Beklagten gelegen, geeignete Dokumente zur Belegung seiner Behauptungen einzureichen (z.B. Arbeitszeiterfassungen, Quittungen der auswärts eingenommenen Mahlzeiten, Quittungen für die Geschäftsessen und nicht vergütete Speisen). Kommt hinzu, dass im vorgenannten Schreiben explizit angeführt wird, die zusätzliche Arbeitstätigkeit könne wie vertraglich vereinbart abgegolten werden (Urk. 64). Gemäss Arbeitsvertrag des Beklagten vom 1./3. März 2011 geschieht die Abgeltung in Form der Kompensation als Freizeit oder mittels Ausbezahlung (Urk. 19/4 S. 2 Ziff. 6 "Arbeitszeit"). Arbeitet der Beklagte somit derzeit in der Tat so viel, wie er behauptet, ist gestützt auf seinen Arbeitsvertrag davon auszugehen, dass er diese Überzeit entweder finanziell vergütet erhält, dann kann er die Mehrauslagen für die auswärtige Verpflegung aus diesen zusätzlichen Einnahmen bezahlen, oder er kann die Überzeit kompensieren. Während dieser Kompensationstage fallen die ihm von der Vorinstanz zugesprochenen Mehrauslagen nicht an. Es findet auch diesbezüglich ein Ausgleich statt. Zudem ist nicht nach-

vollziehbar, wieso es in der heutigen Zeit, in welcher vor allem in der Region Zürich an den Bahnhöfen, Tankstellen etc. zahlreiche Lebensmittelgeschäfte bis spät abends geöffnet haben, gerade dem Beklagten nicht möglich sein sollte, die notwendigen Einkäufe zu tätigen. Die von der Vorinstanz veranschlagten Fr. 350.– für auswärtige Verpflegung sind angemessen.

4.4. Sodann beantragt der Beklagte die Berücksichtigung von Fr. 560.– in seinem Bedarf für "Wohnungsreinigung und Besorgung der Wäsche" (Urk. 62 S. 4f.). Die Klägerin widersetzt sich auch dem (Urk. 69 S. 5).

Bezüglich der Behauptung des Beklagten seine erhöhte Arbeitsbelastung betreffend kann auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen werden. Es ist nicht glaubhaft, dass er derart viel arbeitet, dass ihm die Besorgung des Haushaltes und der Wäsche neben der Arbeitstätigkeit nicht mehr zumutbar wäre. Es kann in diesem Zusammenhang auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 63 S. 20). Sodann ist zu erwähnen, dass die Klägerin gemäss unbestrittener Aussage zirka zehn Stunden pro Tag in ihrem Kiosk arbeitet. Am Montag hat sie frei. Am Samstag arbeitet sie von 8.00 Uhr bis 16.30 Uhr und am Sonntag von 9.00 bis 14.00 Uhr. Nebenbei hat sie noch die beiden Kinder zu betreuen. Wenn dem Beklagten eine Haushaltshilfe zugestanden würde, müsste eine solche auch im Bedarf der Klägerin berücksichtigt werden. Die beantragten Fr. 560.– sind nicht zu berücksichtigen.

4.5. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen sind die im Bedarf des Beklagten von der Vorinstanz festgelegten Beträge für die Steuern nicht zu erhöhen.

4.6. Der Bedarf des Beklagten beläuft sich auf (gerundet) Fr. 4'800.–.

5. Die von der Vorinstanz vorgenommene Aufteilung des Überschusses, 35 % an den Beklagten und 65 % an die Klägerin sowie die Kinder, erging in Übereinstimmung mit den in der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen, weshalb sie nicht zu beanstanden ist (Urk. 62 S. 6; Urk. 69 S. 5f.). Dass die Vorinstanz in einem den Parteien gemachten Vergleichsvorschlag noch

eine Aufteilung von 40 % an den Beklagten und 60 % an die Klägerin vorgeschlagen hat, ändert daran nichts.

6. Bezüglich der Berechnung des Unterhaltsanspruches für die Klägerin und die Kinder kann auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 63 S. 22). Der Beginn der Unterhaltspflicht per 1. Januar 2011 ist unbestritten. Sodann ist bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen die von der Vorinstanz vorgenommene Aufteilung, dass je Fr. 1'050.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) den Kindern und die restlichen Fr. 1'270.– der Klägerin persönlich zugesprochen werden, nicht zu beanstanden (Urk. 62 S. 7). Für E._____ fallen monatliche Kosten von total (mindestens) Fr. 1'275.– an (Fr. 600.– Grundbetrag, Fr. 40.– Krankenkasse, Fr. 20.– Anteil Telekommunikation, Fr. 250.– Anteil Miete sowie Fr. 365.– [= 15 %] Anteil Freibetrag; Urk. 63 S. 16). Daraus erhellt, dass die festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge auch zuzüglich der Kinderzulage von Fr. 200.– angemessen sind.

7. Die vom Beklagten erhobene Berufung ist somit abzuweisen und die Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Entscheides zu bestätigen.

8. Im Berufungsverfahren ist eine Klageänderung unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie nach dem Aktenschluss (Leuenberger in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 227 ZPO N 30). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Der Beklagte weiss seit der Unterzeichnung seines Arbeitsvertrages mit der G._____ AG, dass der monatliche "Performance Pay" sowie der jährliche "Company Bonus" Bestandteil seines Jahresgehaltes sind (Urk. 19/4 Ziffer 2 und 3). Mithin hätte er problemlos bereits vor Vorinstanz den Antrag stellen können, es müsse ihm die Möglichkeit gewährt werden, selbst bei einer geringfügigen und nicht erst bei einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung dieser beiden Lohnelemente im Sinne von Art. 179 ZGB eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge zu verlangen (Urk. 62 S. 3). Der in diesem Zusammenhang im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Antrag (Urk. 62

S. 2 Rechtsbegehren Ziffer 2) ist verspätet und damit unzulässig. Es ist nicht darauf einzutreten.

III.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Damit wird das von der Klägerin gestellte Begehren um Befreiung von den Gerichtskosten gegenstandslos. Es ist abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

2. Der Beklagte hat der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Gestützt auf die § 6 Abs. 1 bis 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2000 erscheint eine Entschädigung von Fr. 2'000.– als angemessen. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wird nicht verlangt.

3.1. Die Klägerin stellt im Berufungsverfahren sodann ein Gesuch um die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Urk. 69 S. 2, Rechtsbegehren Ziffer 3). Unangefochten blieb die Erstverfügung des Vorderrichters, mit welcher sowohl der Antrag der Klägerin auf die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten als auch ihr Eventualbegehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen wurden.

3.2. Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zu den familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflichten (Emmel in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 117 ZPO N 5). Die Klägerin hat es vorliegend unterlassen, einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag vom Beklagten zu verlangen, weshalb ihr Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ohne Weiterungen abzuweisen ist. Insbesondere braucht nicht auf die von der Klägerin in der Berufung aufgestellten Behauptungen zu ihrem Bedarf und die hierzu eingereichten Unterlagen eingegangen zu werden (Urk. 69 S. 7ff.; Urk. 70/1-14).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Befreiung von den Gerichtskosten wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit dem nachfolgenden Erkenntnis.
4. 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 beträgt in der Hauptsache mehr als Fr. 30'000.-. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

und sodann erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Dispositivziffer 6 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 15. September 2011 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'000.- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. R. Blesi

versandt am: js