

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120085-O/U.doc

Mitwirkend: Die Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. M. Kriech
und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 14. März 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Fürsprecher X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht, Unterhalt), Kosten- und
Entschädigungsfolgen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dielsdorf vom 1. Oktober 2012 (EE120070)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 8. Juli 2012 getrennt leben.
2. Es seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.2008, und D._____, geb. tt.mm.2010, unter die Obhut der Klägerin zu stellen.
3. Es sei dem Beklagten ab Ablauf der Gewaltschutzmassnahmen ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
4. Es sei der Klägerin die eheliche Wohnung an der ...-Strasse ... in E._____ samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens zur Benutzung zuzuweisen.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für sich und die Kinder angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
6. Es sei die Gütertrennung anzuordnen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. Oktober 2012:

(Urk. 15 S. 20 ff.)

Es wird verfügt:

- "1. Der Klägerin wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
2. Das Rückforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Entscheid."

Es wird erkannt:

- "1. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und es wird davon Vormerk genommen, dass sie bereits seit 8. Juli 2012 getrennt leben.
2. Die eheliche Wohnung an der ...-Strasse ... in E. _____ wird für die Zeit der Trennung samt Hausrat und Mobiliar der Klägerin zur alleinigen Benutzung zugewiesen.
3. Die Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2008, und D. _____, geboren am tt.mm.2010, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
4. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2008, und D. _____, geboren am tt.mm.2010, an jedem ersten und dritten Wochenende im Monat jeweils samstags oder sonntags von 10.00 Uhr bis 17.00 zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 830.– zu bezahlen, nämlich Fr. 415.– für jedes Kind zuzüglich allfälliger Familienzulagen, zahlbar erstmals per 1. November 2012.
6. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab 23. August 2012 die Gütertrennung angeordnet.
7. Diesem Entscheid liegen folgende finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde:
Einkommen:
Nettoeinkommen der Klägerin: Fr. 0.–
Nettoeinkommen des Beklagten (hypothetisch): Fr. 3'500.–
Notbedarf:
Notbedarf der Klägerin: Fr. 4'280.–
Notbedarf des Beklagten (hypothetisch): Fr. 2'670.–
Es wird festgestellt, dass der Klägerin zur Deckung ihres nötigen Bedarfs monatlich Fr. 3'450.– (exkl. Familienzulagen) fehlen.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'400.–; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 150.– Dolmetscherkosten
Fr. 2'550.– Total
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
9. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.

10. Dem Rechtsvertreter der Klägerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zuzüglich Mehrwertsteuer zugesprochen.
11. (Schriftliche Mitteilung)
12. (Rechtsmittel: Berufung, 10 Tage)
13. (Hinweis kein Fristenstillstand)."

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 14 S. 2):

- "1. Der Berufungskläger/Beklagte sei in Anwendung von Art. 148 ZPO wieder in den Stand der Parteirechte vor dem 1. Oktober 2012 einzusetzen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 1. Oktober 2012 sei aufzuheben und in folgenden Ziffern wie folgt zu ändern:

Ziff. 4: Der Beklagte/Berufungskläger sei berechtigt zu erklären, die Kinder C._____, geb. tt.mm.2008, und D._____, geb. tt.mm.2010, an jedem ersten und dritten Wochenende im Monat jeweils von Samstagmorgen 8.00 Uhr bis Sonntagabend 17.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ferner sei er berechtigt zu erklären, mit den Kindern C._____, geb. tt.mm.2008, und D._____, geb. tt.mm.2010, drei Wochen pro Kalenderjahr auf eigene Kosten Ferien zu verbringen. Die Ausübung des Ferienrechts sei drei Monate im Voraus anzukündigen.

Ziff. 5: Es sei festzustellen, dass der Beklagte gegenwärtig nicht in der Lage ist, der Klägerin an den Unterhalt der beiden Kinder C._____, geb. tt.mm.2008, und D._____, geb. tt.mm.2010, Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Ziff. 7: Auf Grund der korrekten Berechnungen gem. Erwägungen des angerufenen Gerichts seien die Berechnungsgrundlagen für den zu leistenden Unterhaltsbeitrag entsprechend aufzunehmen.

Ziff. 9: Die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien je hälftig beiden Parteien zur Bezahlung aufzuerlegen.

3. Dem Berufungskläger sei für das vorliegende Verfahren das Recht zur unentgeltlichen Rechtspflege unter Beiordnung des unterzeichnenden Fürsprechers als amtlichen Anwalt zu gewähren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWSt zu Lasten der Berufungsbeklagten/Klägerin."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 24 S. 2):

"Die Berufungsanträge des Berufungsklägers seien abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8,0 % MwSt) zu Lasten des
Berufungsklägers."

"Es sei der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche
Prozessführung zu bewilligen und in der Person des Unterzeichneten ein unent-
geltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I. (Prozessgeschichte)

1. Am 24. August 2012 ging das Eheschutzbegehren der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) bei der Vorinstanz ein (Urk. 1-3). Am gleichen Tag wurden die Parteien auf den 1. Oktober 2012 zur Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 4), wobei der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) unentschuldigt nicht erschien (Prot. I S. 3). Nach Durchführung der Hauptverhandlung fällte die Vorinstanz am 1. Oktober 2012 das vorstehend wiedergegebene (Säumnis-)Urteil.

2. Mit Datum vom 10. Dezember 2012 (Datum Poststempel) erhob der inzwischen anwaltlich vertretene Beklagte innert Frist Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 14 S. 2). Gemäss gleichentags erfolgtem Schreiben ersuchte der Beklagte um Sistierung des Berufungsverfahrens, da er sein im Rahmen der Berufung gestelltes Gesuch um Wiederherstellung auch beim Bezirksgericht Dielsdorf eingereicht habe (Urk. 19 und 20).

Mit Verfügung vom 7. Januar 2013 wies der Vorderrichter in der Folge das Wiederherstellungsgesuch des Beklagten endgültig ab (Urk. 21). Gemäss Beschluss der Kammer vom 16. Januar 2013 wurde auf das Gesuch des Beklagten

um Wiederherstellung (erneute Vorladung zur Hauptverhandlung vor Erstinstanz) (mangels Zuständigkeit sowie Verspätung) nicht eingetreten und der Klägerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 23 S. 5).

Mit Eingabe vom 25. Januar 2013 erstattete die Klägerin fristwährend ihre Berufungsantwort mit den vorstehend wiedergegebenen Anträgen (Urk. 24). Gemäss präsidialer Verfügung vom 5. Februar 2013 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zu den von der Klägerin neu eingereichten Unterlagen (Urk. 26/1-4) und neu aufgestellten Behauptungen Stellung zu nehmen, insbesondere auch zur Frage, ob es sich dabei um zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO handle (Urk. 27). Rechtzeitig erreichte das Gericht sodann die mit "Replik" betitelte Eingabe des Beklagten vom 21. Februar 2013 (Urk. 28) samt Beilagen (Urk. 30/23-28). Eingabe und Beilagen wurden der Klägerin zur Kenntnis gebracht (Urk. 28; Prot. II S. 4).

II. (Prozessuales/Vorbemerkungen)

1. Die Vorinstanz fällte, wie erwähnt, ein Säumnisurteil. Der Beklagte wurde gehörig vorgeladen und die Vorladung, welche er am 27. August 2012 zugestellt erhielt, enthielt einen klaren Hinweis auf die Säumnisfolgen (vgl. Urk. 4). Es wäre seine Pflicht gewesen, sich rechtzeitig über den Inhalt der Vorladung, insbesondere die genaue Uhrzeit (nämlich 15.00 Uhr, Urk. 4 S. 1 unten) und die Säumnisfolgen kundig zu machen. Einem in der Schweiz lebenden Ausländer, welcher die (deutsche) Amtssprache nicht beherrscht, ist eine solche Pflicht, Erkundigungen einzuholen, denn auch zuzumuten (ZR 84 Nr. 63). Immerhin erschien der Beklagte am Verhandlungstag des 1. Oktobers 2012 vor Vorinstanz, allerdings verspätet. Solches hat er selber zu vertreten. Von einem leichten Verschulden kann jedenfalls keine Rede mehr sein. So liegt leichtes Verschulden lediglich dann vor, sofern eine Partei nur das nicht beachtet hat, was ein sehr sorgfältiger Mensch unter den gleichen Umständen auch nicht beachtet hätte (Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, 1. A., Zürich 2010, Art. 148 N 4, S. 283). Davon kann vorliegend aber nicht die Rede sein. Auf der Vorladung stand klar, wann die

Parteien zu erscheinen hatten, und der Beklagte hatte sich auch daran zu halten. Auf irgendwelche angeblichen, durch nichts belegten missverständlichen Angaben am Empfang (Urk. 14 S. 3 f.) konnte und durfte er sich dabei nicht verlassen. Als der Beklagte merkte, dass er die Verhandlung verpasst hatte, hätte er zudem sofort reagieren und allenfalls einen Anwalt aufsuchen müssen. Dass er damit einfach bis zur Mitteilung des Säumnisurteiles Ende November 2012 (Urk. 9) zuwartete, hat er nunmehr selber zu vertreten. Zufolge Verspätung und mangels entschuldbarem Verhalten kann mithin keine Wiedereinsetzung in den Stand vor der Hauptverhandlung erfolgen. Eine Rückweisung zwecks neuerlicher Durchführung der Hauptverhandlung ist unbegründet. Die Vorinstanz fällt somit zu Recht ein Säumnisurteil gestützt auf die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Klägerin, welche als unbestritten zu gelten hatten, allerdings unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO (Abklärungen von Amtes wegen) und Art. 272 ZPO (eingeschränkte Untersuchungsmaxime; Urk. 15 S. 3).

2. Nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1 (Getrenntleben), 2 (Zuteilung eheliche Wohnung), 3 (Zuteilung Obhut), 6 (Anordnung Gütertrennung) und 8 (erstinstanzliche Gerichtsgebühr) des Urteils des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 1. Oktober 2012. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil rechtskräftig, was vorzumerken ist.

3. Im Streit liegen das Besuchsrecht, die Kinderunterhaltsbeiträge sowie die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 15 S. 21, Dispositivziffern 4, 5, 7, 9 und 10 [sinngemäss]; Urk. 14 S. 2). Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die, wie vorliegend die Kinderbelange, der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Li-

teratur umstritten. Das Bundesgericht hat indes eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten (Praxisänderung zum vom Beklagten zitierten Prozess-Nr. LE110066, S. 7). Allerdings können die Parteien vorbringen, in der ersten Instanz sei die Untersuchungsmaxime verletzt worden, indem gewisse Fakten unberücksichtigt geblieben seien. Falls dies zutrifft, sind die entsprechenden Vorbringen zu berücksichtigen (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Auch hier können mit Vorbringen, wonach die Untersuchungsmaxime im erstinstanzlichen Verfahren verletzt worden sei, bisher unberücksichtigte Behauptungen vorgebracht werden (F. Hohl, a.a.O., Rz 2415). Im Ergebnis bedeutet dies, dass sowohl echte als auch unechte Noven vorgebracht werden können, allerdings sind die unechten Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. mit der Berufungsantwort vorzubringen. Dies gilt sowohl für die eigentlichen Kinderbelange, nämlich die Regelung der elterlichen Sorge bzw. Obhut, die Festlegung des Besuchsrechts und die Anordnung einer Beistandschaft, als auch für die Regelung der Unterhaltsbeiträge für die Kinder. Nach Berufungsbegründung und Berufungsantwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden. Sodann können nach Abschluss der Parteivorträge auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, keine neuen Behauptungen mehr vorgebracht werden (Bundesgericht, Urteil vom 30. Oktober 2012, 5A_452/2012, E 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172).

Weil vorliegend allerdings ein Säumnisurteil erging, kann der säumige Beklagte einzig noch geltend machen, die erste Instanz habe mit Blick auf den von der Klägerin vorgebrachten Prozessstoff die Untersuchungsmaxime verletzt und namentlich gewisse Fakten zu seinen Gunsten unberücksichtigt gelassen. Denn die Untersuchungsmaxime ändert bekanntlich nichts an der Behauptungs- und Substantiierungslast, welcher der Beklagte vor Vorinstanz eben unwiderruflich nicht nachgekommen ist. Sämtliche neuen Vorbringen und Unterlagen des Be-

klagten im Berufungsverfahren und insbesondere jene im Rahmen seiner "Replik" vom 21. Februar 2013, welche sich auf die Zeit vor dem angefochtenen Urteil vom 1. Oktober 2012 beziehen (vgl. Art. 229 Abs. 3 ZPO), können daher im Berufungsverfahren so oder anders nicht mehr gehört werden. Es sind einzig noch echte Noven und Beweismittel zu hören, welche sich nach diesem Zeitpunkt ereigneten.

4. Betreffend die summarische Natur des vorliegenden Verfahrens und das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung der strittigen Tatsachen ist sodann auf die zutreffenden Erörterungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 15 S. 3).

III. (Materielles)

A. Besuchsrecht

1. Mit Blick auf die Praxis bei Kleinkindern im Vorschulalter erklärte die erste Instanz den Beklagten für berechtigt, die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2010, an jedem ersten und dritten Wochenende im Monat jeweils samstags oder sonntags von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr mit sich auf Besuch zu nehmen. Auf ein Ferienbesuchsrecht wurde angesichts des noch jungen Alters der Kinder verzichtet (Urk. 15 S. 8, 21 Dispositivziffer 4).

2. a) Der Beklagte beantragt im Berufungsverfahren ein ausgedehnteres Besuchsrecht am ersten und dritten Wochenende im Monat jeweils von Samstagmorgen 8.00 Uhr bis Sonntagabend 17.00 Uhr sowie ein dreiwöchiges Ferienbesuchsrecht pro Kalenderjahr (Urk. 14 S. 2). Er hält dafür, das Besuchsrecht sei völlig einseitig zu seinen Lasten ausgestaltet worden. Entgegen den erstinstanzlichen Ausführungen handle es sich bei den Kindern der Parteien nicht um Kleinkinder, sondern um Kinder im Alter von knapp fünf und zweieinhalb Jahren. Er sei durchaus in der Lage, auch dann für die Kinder die gesamte Fürsorge sicherzustellen, wenn er die Kinder während eines Wochenendes inklusive Übernachtung

zu sich auf Besuch nehme. Anders entscheiden, hiesse die Beziehung zwischen den Kindern und dem Vater bewusst belasten zu wollen, indem der Kontakt auf ein unterdurchschnittliches Minimum reduziert würde. Aus der beiliegenden E-Mail der Klägerin an ihn vom 26. November 2012 gehe sodann hervor, dass keine Rede davon sein könne, dass die Beziehung des Vaters zu den Kindern nicht sehr intensiv sei, wie die Klägerin vor Vorinstanz behauptet habe (Urk. 14 S. 6 f.).

b) Die Klägerin lässt erwidern, seit der Eheschutzverhandlung habe es vier Besuche des Beklagten bei den Kindern gegeben. Meistens habe er die Kinder aber zu früh zurückgebracht, weil er habe arbeiten gehen müssen. Jedenfalls bei der noch nicht einmal dreijährigen D._____ handle es sich sodann klar noch um ein Kleinkind. Zudem sei die Wohnsituation des Beklagten unklar. Er sei wohl und insbesondere mangels entsprechender substantiierter Ausführungen kaum in der Lage, die Kinder während eines Wochenendes, inklusive Übernachtung, zu sich auf Besuch zu nehmen. Das vorinstanzliche Besuchsrecht sei daher zu bestätigen (Urk. 24 S. 5 f.).

3. Zunächst ist, um entbehrlichen Wiederholungen vorzubeugen, auf die zutreffenden rechtstheoretischen Ausführungen des Erstrichters betreffend das Besuchsrecht zu verweisen (Urk. 15 S. 7 f.). Insbesondere ist dem Vorderrichter beizupflichten, dass bei Kleinkindern im Vorschulalter praxisgemäss üblicherweise zwei Halbtage im Monat und kein Ferienbesuchsrecht gewährt werden (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Schulthess, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 36, N 2.16 mit weiteren Hinweisen), dies als minimale Konfliktregelung, von welcher die Parteien einvernehmlich abweichen können. C._____ ist gerade fünfjährig geworden und dürfte den ersten Kindergarten besuchen. D._____ wird Ende Mai dreijährig. Es handelt sich mithin um Kinder im Vorschulalter, bei D._____ sicherlich auch noch um ein Kleinkind. Das Besuchsrecht soll mit beiden Kindern zusammen ausgeübt werden. Etwas anderes wurde weder beantragt noch drängt sich solches auf. Jedenfalls für die (begrenzte) Dauer des Eheschutzverfahrens rechtfertigt sich somit das von der ersten Instanz verfügte Besuchsrecht von einem Tag (10.00 Uhr bis 17.00 Uhr, was schon mehr als ein Halbtag ist) jedes erste und dritte Wochenende im Monat jeweils samstags oder sonntags. Ob die Be-

ziehung zum Vater intensiv ist oder nicht, braucht in diesem Licht nicht geklärt zu werden, zumal denn auch die Klägerin mit der vorinstanzlichen Regelung einverstanden ist. Fest steht jedoch, dass C._____ den Vater sehen wollte (Urk. 18/6, echtes Novum; Urk. 14 S. 6), was jedenfalls für eine intakte Beziehung spricht. Mit der Vorinstanz ist zudem praxisgemäss im Eheschutzverfahren auch von der Einräumung eines Ferienbesuchsrechts abzusehen. Der vorinstanzliche Entscheid betreffend das Besuchsrecht (Urk. 15 S. 21, Dispositivziffer 4) ist somit in Abweisung der Berufung vollumfänglich zu bestätigen.

B. Kinderunterhaltsbeiträge

1. Bezüglich der rechtlichen Prämissen für die Zusprechung von (Kinder-) Unterhaltsbeiträgen während der Dauer des Getrenntlebens kann auf die zutreffenden Überlegungen des Erstrichters verwiesen werden (Urk. 15 S. 8 ff.).

Lediglich am Rande sei im Übrigen bemerkt, dass die Klägerin ursprünglich auch noch Unterhaltsbeiträge für sich persönlich verlangte (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz unterliess es indessen, im Urteilsspruch festzuhalten, dass solche mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten nicht zugesprochen werden könnten. Weil die Klägerin solches allerdings nicht rügt, hat es dabei sein Bewenden.

2. Einkommen Beklagter

a) Der Vorderrichter rechnete dem Beklagten ab 1. November 2012 ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 3'500.– netto an, wie der Beklagte es bei der Firma F._____ verdient habe. Aus den eingereichten Unterlagen der Klägerin sei nicht ersichtlich, ob der Beklagte über eine längere Zeit zwei Tätigkeiten nachgegangen sei, nämlich bei der Firma F._____ und der G._____ AG, und damit regelmässig mehr als 100 % gearbeitet habe oder ob es sich dabei nur um eine Ausnahme gehandelt habe. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne sodann ein Ehegatte nicht verpflichtet werden, einem Arbeitspensum von mehr als 100 % nachzugehen. Die Berechnung der Klägerin, wonach dem Beklagten Fr. 6'300.– Nettoeinkommen anzurechnen seien, sei unrealistisch (Urk. 15 S. 15 f., mit Hinweisen).

b) Im Berufungsverfahren lässt der Beklagte vorbringen, es stimme, dass er - auch im Rahmen einer Vermittlung durch ein Temporärarbeitsbüro - bei F._____ gearbeitet habe. Im Jahre 2011 habe er vom 9. April bis 31. Dezember 2011 einen Nettomonatslohn von durchschnittlich Fr. 3'555.- erzielt. Der Temporärvertrag für den Einsatz bei der F._____ sei jedoch per Anfang Mai 2012 einseitig durch die Arbeitgeberin beendet worden. Er sei aber einzig und zu 100 % bei F._____ angestellt gewesen. Bei der Anstellung durch die Stellenvermittlerin G._____ AG ab Mai 2012 handle es sich nicht um einen Zweitjob, sondern um die Nachfolgestellung. Durch diesen Stellenvermittler sei er in die Firma H._____ AG in E._____ entsandt worden, dort habe er durchschnittlich Fr. 2'229.40 im Monat verdient. In den Monaten Juli und August 2012 habe er nicht arbeiten können, da ihm keine Arbeit zugewiesen worden sei. Wenn die Vorinstanz ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'500.- anrechnen wolle, verkenne sie, dass mittels der Temporärarbeitsverträge das Risiko der schwankenden Auslastung eines Betriebes einseitig auf den Arbeitnehmer verlagert werde. Bei der Firma F._____ habe er schon durchschnittlich pro Monat Fr. 3'555.- verdient. Mit dem Wechsel zur H._____ AG sei sein Einkommen indessen drastisch auf Fr. 2'229.40 im Monat gesunken. Angesichts seiner mangelnden Deutschkenntnisse sei er kurzfristig nicht in der Lage, eine andere Arbeitsstelle anzunehmen, wo er deutlich mehr verdienen würde. Insbesondere dürfte es ihm angesichts der wirtschaftlichen Situation im Kanton Zürich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit unmöglich sein, eine Festanstellung zu finden. Es sei gerichtsnotorisch bekannt, dass sich für Festanstellungen in nichtqualifizierten Arbeitsstellen übermässig viele Bewerber auf eine freie Arbeitsstelle melden würden. Vorliegend könnte höchstens ein hypothetisches Monatseinkommen des Klägers von maximal Fr. 3'000.- anerkannt werden. Darin seien die Entschädigungen für Feiertage und Ferien sowie der anteilige 13. Monatslohn bereits enthalten. Wie aus den Lohnausweisen und der Bestätigung des heutigen Arbeitgebers ersichtlich sei, erhalte der Beklagte keine Familien- oder Kinderzulagen ausbezahlt (Urk. 14 S. 10 f).

c) Demgegenüber meint die Klägerin, massgebend sei nicht, was der Beklagte, der erst im Jahr 2010 in die Schweiz gekommen sei, im Jahr 2011 verdient habe, sondern was er unmittelbar vor der Trennung der Parteien verdient habe.

Bei der Firma F._____ habe er in einem weniger als 100 %-Pensum ein Gehalt von Fr. 3'787.– pro Monat bezogen. Gleichzeitig habe er noch in einem Teilzeitpensum bei der Temporärfirma G._____ AG gearbeitet, wo er zwischen dem 21. Mai 2012 und dem 3. Juni 2012 Fr. 1'000.– verdient habe, was einem zusätzlichen Pensum von 30 % entspreche. Der Arbeitsvertrag mit der Firma F._____ SA sei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gewesen. Es habe sich mithin nicht um eine befristete Temporäranstellung gehandelt. Bei der Stelle bei der Temporärfirma G._____ AG habe es sich nicht um eine Nachfolgestellung gehandelt, weil sie habe aktenkundig machen können, dass der Beklagte bereits (zumindest) ab dem 21. Mai 2012 dort gearbeitet habe, und zu dieser Zeit habe er noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit der Firma F._____ gestanden. Der Beklagte vermeide es, über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der Firma F._____ Aufschluss zu geben. Ihr sei aber bekannt, dass gegen den Beklagten in diesem Zusammenhang ein Strafverfahren eröffnet worden sei. Es treffe nicht zu, dass das Arbeitsverhältnis mit der F._____ bereits Anfang Mai 2012 aufgelöst worden sei. Bis mindestens Ende Mai 2012 habe der Beklagte von dieser Firma nämlich den vollen Lohn erhalten. Und noch am 6. August 2012 habe er Fr. 2'296.40 ausbezahlt erhalten. In den 13 Wochen zwischen dem 3. September und dem 2. Dezember 2012 habe der Beklagte lediglich durchschnittlich 27 Stunden pro Woche gearbeitet. Dies sei ein ungenügender Arbeitseinsatz. Der Beklagte habe sich aber nicht um eine andere zusätzliche feste oder temporäre Arbeitsstelle beworben. Abstrakte Ausführungen zum Arbeitsmarkt vermöchten den Nachweis von Arbeitsbemühungen nicht zu ersetzen. Sodann sei der Arbeitsmarkt in Zürich nicht so schlecht, wie er dargestellt werde. Für Hilfsarbeiten bedürfe es keiner perfekten Deutschkenntnisse. Zudem habe der Beklagte auch einen zweiten Job. So habe er selbst der Klägerin, als er die Kinder beim ersten Besuch am 27. November 2012 vorzeitig zurückgebracht habe, gesagt, er arbeite zusätzlich noch als Chauffeur und müsse für diesen Arbeitgeber eine zweite Fahrt durchführen. Seine finanzielle Situation könne auch nicht so schlecht sein, sonst hätte er nicht anfangs 2013 in die ... in die Ferien gehen können. In dieser Situation sei zweifellos auf ein hypothetisches Einkommen abzustellen. Gemäss der Lohnstatistik 2010 des Bundesamtes für Statistik betrage der Medianlohn für unqualifizierte Arbeit von Männern für die durchschnittliche Arbeitszeit von 41,6

Stunden Fr. 4'225.–. Wenn die Vorinstanz das hypothetische Einkommen auf Fr. 3'500.– netto festsetze, sei sie von einer für den Beklagten sehr wohlwollenden Einschätzung ausgegangen. Es bestehe denn auch nicht der geringste Anlass, den Betrag auf Fr. 3'000.– zu reduzieren. Sodann beziehe der Beklagte nicht einmal die Kinderzulagen, obschon er dies könnte. Er sei jedoch verpflichtet, sich für den Bezug der Kinderzulagen anzumelden (Urk. 24 S. 8 f.).

d) Mit der Vorinstanz erscheint kaum wahrscheinlich, dass der Beklagte über längere Zeit zwei Arbeitsstellen, einerseits bei der Firma F._____, andererseits bei der G._____ AG innehatte. Aufgrund der vor Vorinstanz vorhandenen Akten ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die fraglichen Tätigkeiten einzig im Mai 2012 überschneiden, als der Beklagte offenbar bereits am 21. Mai 2012 für die Temporärfirma G._____ AG tätig wurde und im Mai 2012 auch noch bei der F._____ angestellt war (Urk. 3/4/3; Urk. 3/5). Bei der F._____ war der Beklagte in einem Vollzeitpensum angestellt, betrug seine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit doch 42 Stunden (Urk. 3/2). Die Untersuchungsmaxime wurde mithin vorliegend seitens der Vorinstanz nicht verletzt. Die vom Beklagten im Berufungsverfahren neu eingereichten Unterlagen wie insbesondere die beiden Einsatzverträge für Temporärangestellte der G._____ AG ... vom 22. Mai 2012 und 29. August 2012 (Urk. 18/19, 20) können dabei allerdings zufolge Verspätung - sie hätten vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 1. Oktober 2012 eingereicht werden können und müssen - nicht mitberücksichtigt werden, was in der Sache jedoch nichts ändert. Das Nämliche gilt für die Lohnabrechnungen des Beklagten betreffend Mai bis und mit September 2012 (Sammelbeilage Urk. 18/21) ungeachtet des Umstandes, dass diese Unterlagen offenbar erst am 5. Dezember 2012 eingefordert wurden (Urk. 18/22), waren sie doch bereits vor dem erstinstanzlichen Entscheid erhältlich. Hingegen kann auf die Lohnabrechnungen betreffend Oktober 2012 und November 2012 (Sammelbeilage Urk. 18/21) abgestellt werden, weil es sich dabei um echte Noven handelt, welche sich nach dem angefochtenen Entscheid ereigneten und unverzüglich mit der Berufungsbegründung vorgebracht wurden (Art. 317 ZPO). Im Oktober 2012 verdiente der Beklagte Fr. 2'729.95 und im November 2012 Fr. 2'102.25 (Sammelbeilage Urk. 18/21; Urk. 14 S. 10). Es

rechtfertigt sich daher, aktuell von einem tatsächlichen durchschnittlichen Ein-
kommen von Fr. 2'416.- auszugehen.

Die neue Behauptung der Klägerin, wonach der Beklagte am 6. August 2012 noch Fr. 2'296.40 unter dem Titel "Saläreingang F. _____ SA" erhalten habe (Urk. 24 S. 9; K Urk. 26/1), erfolgt verspätet und kann nicht mehr berücksichtigt werden, weil der fragliche Kontoauszug, worauf die Klägerin sich dabei stützt, bereits am 1. September 2012 erstellt wurde (Urk. 26/1) und damit noch vor dem Entscheid der Vorinstanz vom 1. Oktober 2012 hätte vorgebracht werden können und müssen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Die Klägerin tut denn auch nicht dar, sie habe davon erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid vom 1. Oktober 2012 Kenntnis erhalten. In der Sache würde eine solche Nachzahlung ausstehender Lohnansprüche (vgl. Urk. 28 S. 7) allerdings ohnehin nichts ändern.

Im Ergebnis bleibt es somit dabei, dass nicht davon auszugehen ist, dass der Beklagte ab Beginn der Unterhaltsbeitragspflicht - gemäss Vorinstanz per November 2012 (Urk. 15 S. 21) - nebst seiner Tätigkeit für die H. _____ AG auch noch für die F. _____ arbeitstätig war.

Die Klägerin behauptet in ihrer Berufungsantwort vom 25. Januar 2013 schliesslich neu, der Beklagte habe einen zweiten Job. Er selbst habe ihr gesagt, er arbeite zusätzlich noch als Chauffeur. Dies habe er gesagt, als er die Kinder beim ersten Besuch am 27. November 2012 vorzeitig zurückgebracht habe. Er habe dies damit erklärt, dass er für diesen zweiten Arbeitgeber eine Fahrt durchführen müsse (Urk. 24 S. 9). Der Beklagte lässt Solches bestreiten. Er weise insbesondere den damit erhobenen indirekten Vorwurf der Schwarzarbeit entschieden zurück (Urk. 28 S. 7). Für die nicht näher substantiierte Behauptung der Klägerin bestehen keinerlei Hinweise, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

Der von der Klägerin neu gestellte Editionsantrag, wonach der Beklagte sämtliche Lohnabrechnungen aller durch ihn besetzten Stellen ab 1. Januar 2012 herauszugeben habe (Urk. 24 S. 9), ist einerseits teilweise novenrechtlich nicht mehr zulässig, andererseits ist diesem Antrag ohnehin nicht stattzugeben, da, nicht zuletzt unter dem summarischen Blickwinkel, genügend Unterlagen vorlie-

gen, um das massgebliche Einkommen des Beklagten zu ermitteln. Mit Blick auf die vom Beklagten verrichteten Hilfsarbeiten erscheinen seine ausgewiesenen Einkünfte im Übrigen durchaus realistisch.

Dem Leistungspflichtigen ist das Existenzminimum zu belassen (BGE 123 III 1 ff., 121 III 303). Die Garantie des Existenzminimums des Pflichtigen ist aber nicht absolut, da seine Leistungsfähigkeit gerade dann, wenn er das eigene Existenzminimum unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Unterhaltspflichten nicht erreicht, sich nicht nur nach seinen effektiven, sondern den erzielbaren Verhältnissen beurteilt, weshalb ihm zuzumuten ist, alle Ressourcen erhältlich zu machen (BSK ZGB I, Breitschmid, N 20 zu Art. 285). Der Beklagte hat in der jüngsten Vergangenheit (2011 bis 2012) im Rahmen seiner Anstellung bei der F._____ gezeigt, dass er in der Lage ist, einen Nettolohn von durchschnittlich rund Fr. 3'500.– zu verdienen (Urk. 3/2; Urk. 3/3; Urk. 3/4/1-3). Die allgemeine Arbeitsmarktlage hat sich seither nicht verschlechtert und der Beklagte, welcher gesund, mit seinen 35 Jahren noch jung und arbeitswillig ist, reichte keinerlei vergeblichen Suchbemühungen ein. Seine pauschalen Behauptungen, wonach es für ihn als der deutschen Sprache nicht mächtigen Ausländer quasi unmöglich sei, eine Festanstellung erhältlich zu machen, sind somit nicht zu hören. Die Erzielung eines Nettoeinkommens in dieser Höhe ist dem Beklagten möglich und insbesondere mit Blick auf die im Streit liegenden *Kinderunterhaltsbeiträge* auch zumutbar. Bei der aktuellen Anstellung bei der H._____ AG handelt es sich im Übrigen nicht um ein volles Pensum (vgl. Urk. 3/5; Urk. 18/4 [Stundenrapportblatt für den Monat Oktober 2012, wo von einem Teilzeitgrad von 80 % die Rede ist]), weshalb bei dieser Anstellung denn auch nicht von einem eigentlichen Lohneinbruch gesprochen werden kann. Ein hypothetisches Einkommen darf grundsätzlich nicht rückwirkend, sondern erst nach Ablauf einer angemessenen Übergangsfrist angerechnet werden. Der Beklagte musste seit dem erstinstanzlichen Entscheid, welchen er Ende November 2012 erhielt (vgl. Urk. 9 Beilage), damit rechnen, dass er einen höheren Verdienst würde erzielen müssen. Es rechtfertigt sich daher, ihm bereits ab Juni 2013 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

Zusammengefasst ist dem Entscheid somit von November 2012 bis und mit Mai 2013 ein tatsächliches durchschnittliches Einkommen von Fr. 2'416.– netto und ab Juni 2013 ein hypothetisches von Fr. 3'500.– netto (inklusive allfälliger Anteil 13. Monatslohn) zu Grunde zu legen.

3. Einkommen Klägerin

Die Klägerin ist jedenfalls seit der Geburt der Tochter im Jahr 2010 nicht mehr erwerbstätig (Prot. I S. 5). Mit Blick auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 115 II 6, 10; BGE 128 III 65) kann ihr angesichts ihrer Betreuungspflichten gegenüber den beiden noch jüngeren Kindern derzeit die Aufnahme einer (Teilzeit-)Erwerbstätigkeit nicht zugemutet und daher auch kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden (vgl. auch Urk. 15 S. 15). Das hat nun auch der Beklagte eingesehen (Urk. 14 S. 10 oben). Offenbar ist die Klägerin neuerdings indessen gleichwohl auf Stellensuche und bezog während 90 Tagen bis am 19. Dezember 2012 Arbeitslosentaggelder. Die durchschnittliche Monatsentschädigung von Fr. 1'770.70 brutto bzw. rund Fr. 1'630.– netto (Abzüge von zirka 8 %: Urk. 26/2 S. 2), welche sie in der Zeit vom 16. August 2012 bis 19. Dezember 2012 erhielt, ist ihr grundsätzlich als Einkommen anzurechnen (Urk. 24 S. 10 f.; Urk. 26/2, 3). Weil in dieser Zeit, wie darzutun sein wird, mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten aber ohnehin keine Unterhaltsbeiträge festgelegt werden können, sind auch diese Einkünfte der Klägerin nicht von Bedeutung.

4. Bedarf Beklagter

a) Die Vorinstanz berechnete einen beklagtischen Notbedarf von Fr. 2'670.– (Urk. 15 S. 13). Unbestritten sind folgende Positionen: Fr. 1'200.– Grundbetrag, Fr. 100.– Radio/TV-Gebühren/Internet und Fr. 20.– Versicherungen (Urk. 14 S. ; Urk. 24 S. 6-8).

b) Unter dem Titel Krankenkasse gestand die erste Instanz dem abwesenden Beklagten mangels Angaben einen gerichtsblichen Ansatz von Fr. 250.– zu (Urk. 15 S. 12 f.). Im Berufungsverfahren belegt der Beklagte tatsächliche monatliche Auslagen von rund Fr. 157.– per 1. Januar 2013 (Urk. 14 S. 9; Urk. 18/8 [Police vom 8. Oktober 2012, zulässiges echtes Novum]).

c) Der Vorderrichter berechnete dem Beklagten für eine Einzimmerwohnung im Bezirk I. _____ hypothetische Wohnkosten von Fr. 1'000.– (Urk. 15 S. 11, 13). Solches wird im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet (Urk. 14 S. 7; Urk. 24 S. 6 f.) und erscheint vorliegend denn auch angemessen, wenngleich mit Blick auf das Besuchsrecht der beiden Kinder eher knapp bemessen. Aus dem im Eheschutzverfahren geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz folgt im Übrigen, dass einer Partei, die sich bezüglich des Wohnkomforts einschränkt, hypothetisch derjenige (höhere) Betrag anzurechnen ist, der den an sich angemessenen Mietkosten entspricht (ZR 87/1988 Nr. 114); dies gilt ohne weiteres auch rückwirkend. Wenngleich der Beklagte aktuell tatsächlich lediglich Fr. 600.– für ein Zimmer in J. _____ bezahlt (Urk. 18/7, teilweise zulässige neue Belege), ist ihm somit gleichwohl stets der hypothetisch höhere Betrag von Fr. 1'000.– in Anrechnung zu bringen.

d) Für (hypothetische) Berufsauslagen berechnete die erste Instanz dem Beklagten einen Betrag von Fr. 100.–. Dabei handelt es sich um geschätzte Fahrtauslagen für den Arbeitsweg. Die Auslagen für auswärtige Verpflegung würden dem Beklagten bereits vom Bruttolohn abgezogen (Urk. 15 S. 12 f.; Urk. 3/4/1-3).

Im Berufungsverfahren macht der Beklagte neu Fr. 629.– unter dem Titel Kosten für den Arbeitsweg von J. _____ nach E. _____ zur Firma H. _____ AG (21,1 km x 2 während 21,3 monatlichen Arbeitstagen) bei einer Kilometerpauschale von 70 Rappen geltend. Da er unregelmässige Schichten arbeite, sei es ihm nicht möglich, die öffentlichen Verkehrsmittel zu benutzen (Urk. 14 S. 8 f.). Die Klägerin bestreitet die neuen Vorbringen des Beklagten. Sie hält zudem dafür, Arbeitswegkosten von Fr. 629.– monatlich seien bei einem geltend gemachten Lohn von Fr. 2'230.– im Monat in keiner Weise verhältnismässig. Der Beklagte möge vorübergehend relativ weit von seinem Arbeitsort wohnen, doch habe er effektiv auch nur Wohnkosten von Fr. 600.– und nicht wie von der Vorinstanz zugestilligt von Fr. 1'000.–; mit dieser Einsparung könne er die Fahrkosten ohne weiteres bestreiten. Sollte er tatsächlich eine eigene Wohnung mieten, müsste dies in

der näheren Umgebung seines Arbeitsortes sein, wodurch die Arbeitswegkosten massiv reduziert würden (Urk. 24 S. 7).

Die neue Behauptung des Beklagten, dass er Schichten arbeite und daher für den Arbeitsweg von J._____ nach E._____ auf ein Fahrzeug angewiesen sei, erfolgt verspätet, zumal er bereits vor dem angefochtenen Urteil bei der H._____ AG in E._____ angestellt war. Die beiden neu beigebrachten Einsatzverträge für Temporärangestellte der G._____ AG ... vom 22. Mai 2012 und 29. August 2012 (Urk. 18/19, 20) hätte er vor Vorinstanz beibringen können und müssen. Die Vorinstanz hatte aufgrund des ihr verfügbaren Aktenmaterials keinen Anlass, von Schichtarbeit auszugehen. Der Hinweis auf einen Sonntagszuschlag in der erstinstanzlich aktenkundigen Lohnabrechnung Mai 2012 (Urk. 3/5) allein reichte dafür jedenfalls nicht aus. Im Übrigen wurden die Schichten auch nicht substantiiert bzw. erst gänzlich verspätet im Rahmen der "Replik" (Urk. 28 S. 6), wobei dem Beklagten lediglich Frist anberaumt worden war, um zu den neuen Behauptungen und Unterlagen der Klägerin im Rahmen ihrer Berufungsantwort Stellung zu nehmen (Urk. 27). Ein zweiter Schriftenwechsel im Berufungsverfahren (Art. 316 Abs. 2 ZPO) wurde mitnichten ausnahmsweise angeordnet. Es bleibt daher bei den vom Erstrichter geschätzten Fahrtauslagen von Fr. 100.– monatlich. Wie die Klägerin richtig vortrug, hat der Beklagte sodann seine Einsparungen bei der Miete (Fr. 400.–) einstweilen für allfällige weitergehende Fahrtauslagen zu verwenden. Ansonsten ist es ihm mit Blick auf die äusserst knappen finanziellen Verhältnisse zuzumuten, eine Wohnung in der Nähe seines Arbeitsortes zu suchen. Solches rechtfertigt sich insbesondere auch mit Blick auf die im Streit liegenden Alimente für die beiden noch kleineren Kinder. Die geltend gemachten Fahrtkosten über Fr. 629.– sind den vorliegenden knappen Verhältnissen im Übrigen so oder anders nicht angemessen.

Im Berufungsverfahren macht der Beklagte sodann einen Zuschlag für auswärtige Verpflegung über Fr. 220.– im Monat geltend. Da er Schicht arbeite und er entgegen den Ausführungen der Vorinstanz gemäss den eingereichten Lohnabrechnungen keine Essensentschädigung ausbezahlt erhalte, sei der gerichtsübliche Ansatz von Fr. 10.– zu veranschlagen. Es sei ihm auf Grund der sehr knapp

bemessenen Arbeitspausen nicht möglich, von seinem Arbeitsplatz nach Hause zur Essenseinnahme zurückzukehren (Urk. 14 S. 8 f.). Die Klägerin bestreitet solche Auslagen. Der Beklagte lege auch nicht dar, welche Schichten er arbeite, und somit sei nicht glaubhaft gemacht, dass die Schichtarbeit Berufsauslagen hervorrufe. Würde er effektiv nur Fr. 2'200.– verdienen, wie er geltend mache, würde er auch gar nicht täglich Einsätze leisten. Zudem sei anzunehmen, dass die Firma H._____ AG über eine Kantine oder sonst wie gelagerte Verpflegungsmöglichkeiten für ihre Angestellten verfüge (Urk. 24 S. 7).

Als der Beklagte noch für die F._____ SA tätig war, wurden ihm rund Fr. 220.– für Verpflegung vom Lohn abgezogen (Urk. 3/4/1-3). Bei der H._____ AG ist das nun offenbar nicht mehr der Fall (Sammelbeilage Urk. 18/21, Lohnabrechnungen Oktober und November 2012, zulässige Noven). Der Vorinstanz lag bereits eine Lohnabrechnung der Temporärvermittlung G._____ AG betreffend Mai 2012 vor, worin kein Abzug für das Essen mehr erfolgte (Urk. 3/5). Sie verletzte somit die Untersuchungsmaxime, wenn sie dem Beklagten keinen Betrag für die notorischerweise anfallenden Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung zugestand. In diesem Licht rechtfertigt es sich, dem Beklagten jedenfalls einen Pauschalbetrag von wenigstens Fr. 100.– unter diesem Titel zuzugestehen, weil die üblichen Kosten für Nahrung bereits im Grundbetrag enthalten sind, weshalb bei der Position auswärtige Verpflegung nur Mehrkosten berücksichtigt werden können (vgl. Kreisschreiben, Ziffer III. 3.2.). Dabei sind 50 % des Grundbetrags für die Nahrungskosten vorgesehen (Kreisschreiben, Ziffer V.), vorliegend somit ca. Fr. 600.–. Davon sind ca. 55 %, mithin pro Tag ca. Fr. 11.– für das Mittagessen zu verwenden (Fr. 600.– : 30,5 x 0.55; vgl. ZR 84 Nr. 68). Die neuen diesbezüglichen Parteibehauptungen im Berufungsverfahren erfolgen demgegenüber verspätet.

e) Für die Abzahlungen von Schulden macht der Beklagte im Berufungsverfahren neu ein Betreffnis von Fr. 100.– monatlich geltend. Zuzufolge der überaus grossen Konsumbedürfnisse der Klägerin sei er in seinen Konten in den Minusstand geraten. So habe auf Drängen der Klägerin im Sommer 2012 ein ... [Automarke] angeschafft werden müssen. Er sei von der K._____ AG [Bank] angehal-

ten worden, eine Schuldanerkennung und eine Abzahlungsvereinbarung zu unterzeichnen. Seither bezahle er Fr. 100.– pro Monat an diese Schulden ab. Da mittels der entsprechenden Bezüge Konsumbedürfnisse der Klägerin und ihrer Kinder wie Kleider und Kinderausrüstungen finanziert worden seien, handle es sich um Kompetenzgüter, weshalb die monatlichen Abzahlungsraten in seinem Bedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 14 S. 8 f.).

Die Klägerin lässt bestreiten, dass der Beklagte auf seinen Konten in einen Minusstand geraten sei. Er habe seine finanzielle Situation nicht umfassend dargelegt und dokumentiert. Er verfüge über mehrere Konti bei der K._____. Es stimme sodann nicht, dass sie die Anschaffung des ... [Autos] erzwungen habe. Es bestehe in keiner Weise Veranlassung, Abzahlungskosten von Fr. 100.– in das Budget des Beklagten aufzunehmen. Der Beklagte tue auch nicht dar, welcher Zusammenhang zwischen der Kreditkartenschuld und dem Auto bestehe noch dass er irgendwelche Abzahlungsraten effektiv leiste. Er reiche bloss eine nicht unterzeichnete Schuldanerkennung sowie Zahlungsbelege über insgesamt Fr. 150.– ein (Urk. 24 S. 7 f.).

Bei Mankofällen wie dem Vorliegenden können praxismässig keine Kredit-schulden im Bedarf berücksichtigt werden, selbst wenn sie den Interessen der Familie dienen. Ob die neuen Behauptungen und Belege novenrechtlich überhaupt zulässig sind, kann daher dahingestellt bleiben. Dem Beklagten kann so oder anders nichts unter diesem Titel angerechnet werden.

f) Zusammengefasst präsentiert sich der beklagte Bedarf somit folgendermassen:

Grundbetrag	Fr. 1'200.–
Wohnkosten	Fr. 1'000.–
Krankenkasse	Fr. 157.–
Radio/TV-Gebühren/Internet	Fr. 100.–
Versicherungen	Fr. 20.–
Fahrtkosten	Fr. 100.–
Auswärtige Verpflegung	Fr. 100.–
Abzahlung Schulden	Fr. 0.–
Total	Fr. 2'677.–

5. Bedarf Klägerin

Die Vorinstanz bezifferte den Bedarf der Klägerin mit Fr. 4'279.– (Urk. 15 S. 13). Wie darzutun sein wird, braucht auf die Kritik der Parteien an diesem Bedarf nicht näher eingegangen zu werden, weil der Beklagte mit Blick auf die Wahrung seines Existenzminimums zu keinem Zeitpunkt in der Lage ist, wenigstens den unbestrittenen Grundbedarf der Klägerin mit den beiden Kindern in der Höhe von Fr. 2'150.– (Urk. 15 S. 10, 13) zu decken.

6. Unterhaltsberechnung

Von November 2012 bis Ende Mai 2013 kann der Beklagte mangels Leistungsfähigkeit (Fr. 2'416.– Einkommen Beklagter - Fr. 2'677.– Bedarf Beklagter) nicht zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet werden. Ab Juni 2013 ist von einer Leistungsfähigkeit des Beklagten im Umfang von Fr. 823.– auszugehen (Fr. 3'500.– hypothetisches Einkommen – Fr. 2'677.– Bedarf des Beklagten). Es rechtfertigt sich daher, die von der Vorinstanz zugesprochenen Kinderunterhaltsbeiträge von rund Fr. 415.– zuzüglich allfällige Familien- bzw. Kinderzulagen (Urk. 14 S. 21, Dispositivziffer 5) für jedes Kind ab diesem Zeitpunkt zu bestätigen.

7. Kinderzulagen

Als der Beklagte noch bei der F. _____ SA angestellt war, bezog er Kinderzulagen über Fr. 400.– (Urk. 3/4/1-3). Über die G. _____ AG bezieht er offenbar keine Familienzulagen (Urk. 18/21, 22). Weil er einen Anspruch auf diese Zulagen hat (vgl. Art. 4 lit. a FamZG vom 24. März 2006 [SR 836.2]) und die Klägerin mit den Kindern darauf angewiesen ist, ist der Beklagte jedoch von Amtes wegen zu verpflichten, sich um die rückwirkende und künftige Ausrichtung der Kinderzulagen zu bemühen und diese umgehend der Klägerin weiterzuleiten. Der angefochtene Entscheid ist entsprechend zu ergänzen.

8. Eckdaten

Die Vorinstanz listete im Urteilsdispositiv die finanziellen Eckdaten der Parteien auf (Einkommen/Notbedarfe) und hielt den Fehlbetrag bei der Klägerin ziffernmässig fest (Urk. 14 S. 21 f., Dispositivziffer 7, S. 16 f.). Der Beklagte macht

mit seiner Berufung geltend, aufgrund der korrekten Berechnungen seien die Berechnungsgrundlagen für den zu leistenden Unterhaltsbeitrag entsprechend aufzunehmen (Urk. 14 S. 2).

Art. 282 ZPO betreffend die notwendigen Angaben über die festgesetzten Unterhaltsbeiträge (Dokumentationspflicht) findet im Eheschutzverfahren grundsätzlich keine (analoge) Anwendung. Entsprechend muss vorliegend namentlich der von der Vorinstanz mit rund Fr. 4'280.– bezifferte, umstrittene Bedarf der Klägerin denn auch nicht überprüft werden. Einzig um das hier nicht relevante Manko der Klägerin zu ermitteln, rechtfertigt sich ein solcher Aufwand im Übrigen nicht. Dispositivziffer 7 des angefochtenen Urteils ist daher von Amtes wegen ersatzlos aufzuheben.

C. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Erstrichter auferlegte die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beklagten und verpflichtete ihn, dem Rechtsvertreter der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen (Urk. 15 S. 19 f. und Disp. Ziff. 9 und 10). Er erwog dabei, der Beklagte sei der Verhandlung vom 1. Oktober 2012 unentschuldigt ferngeblieben, weshalb die angedrohten Säumnisfolgen eintreten würden und der Beklagte kostenpflichtig werde (Art. 108 ZPO). Zudem habe die Klägerin mit ihren Anträgen vollumfänglich obsiegt, womit die Verfahrenskosten dem Beklagten aufzuerlegen seien. Die Parteientschädigung erweise sich in Anbetracht der vorliegend relativ einfachen Verhältnisse und der kurzen Verhandlungsdauer sowie der Tatsache, dass der Beklagte nicht zur Verhandlung erschienen sei, womit sämtliche Anträge der Klägerin unbestritten geblieben seien, als angemessen (Urk. 15 S. 19 f., 22, Dispositivziffer 10).

2. Der Beklagte beantragt, die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Die Vorinstanz habe die Verfahrenskosten einseitig zu seinen Lasten verlegt. Aus ihren eigenen Erwägungen hätte sie erkennen müssen, dass der Beklagte als prozessarm zu gelten habe. Zudem sei der Vorinstanz bekannt gewesen, dass er der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Aus diesen Gründen hätten die vorinstanzlichen Verfahrenskosten

mindestens beiden Parteien je hälftig zur Bezahlung auferlegt werden müssen (Urk. 14 S. 2, 11 f.).

3. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn namentlich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO), in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) sowie wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Bei der Verteilung der Kosten der familienrechtlichen Verfahren wird das Gericht, das von seiner Billigkeitskompetenz Gebrauch macht, unter anderem auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abstellen. Es ist aber hervorzuheben, dass auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO ist: Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 12, mit weiteren Hinweisen).

Vorliegend ist nicht einzusehen, weshalb vom Grundsatz der Kostenverteilung gemäss dem Ausgang des Verfahrens abgewichen werden sollte. Was die im Streit liegenden Kinderbelange im engeren Sinne, namentlich das Besuchsrecht, anbelangt, war der Standpunkt des abwesenden Beklagten vor Vorinstanz sodann nicht bekannt, weshalb sich denn auch nicht beurteilen liess, ob er gute Gründe dafür hatte, welche diesbezüglich praxisgemäss eine hälftige Kostenverlegung gerechtfertigt hätten. Die Klägerin ist mit ihren Anträgen (Urk. 1 S. 2) im Wesentlichen durchgedrungen, weshalb der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig wird. Etwas anderes rechtfertigt sich insbesondere auch mit Blick auf die nicht angefochtene, nicht sehr hohe erstinstanzlichen Gerichtsgebühr (Fr. 2'550.-; Urk. 15 S. 22, Dispositivziffer 8) und die beidseits schlechten finanziellen Verhältnisse, wobei dem Beklagten wenigstens das Existenzminimum verbleibt, nicht. Zudem wurde ihm in der Vorladung angedroht, dass eine Partei, die

der Verhandlung unentschuldigt fern bleibt, kostenpflichtig werde (Urk. 4 S. 2; Art. 108 ZPO).

Die Vorinstanz auferlegte die Verfahrenskosten somit zu Recht dem Beklagten und verpflichtete ihn richtigerweise zur Leistung einer Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zuzüglich Mehrwertsteuer, mithin insgesamt Fr. 1'728.– an die Gegenseite, welche betragsmässig unangefochten blieb (Urk. 14 S. 2, 11 f.). Dispositivziffern 9 und 10 des angefochtenen Urteils sind damit zu bestätigen.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen/unentgeltliche Rechtspflege)

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu regeln. Betreffend das Besuchsrecht rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten je hälftig aufzuerlegen, weil beiden Parteien - und insbesondere auch dem Beklagten - gute Gründe für ihre Rechtsstandpunkte zugestanden werden können (Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Was die den grösseren Aufwand verursachenden Unterhaltsbeiträge anbelangt, obsiegt die Klägerin, welche am angefochtenen Entscheid festhielt, betreffend Festlegung von Kinderunterhaltsbeiträgen in der Höhe von je Fr. 415.–. Allerdings erfolgt solches erst per Juni 2013. Ausgehend von einer rund zweijährigen Geltungsdauer dieser eheschutzrichterlich festgelegten Unterhaltsbeiträge obsiegt die Klägerin zu rund zwei Dritteln. Insgesamt rechtfertigt es sich, der Klägerin die Kosten des Berufungsverfahrens zu rund zwei Fünfteln und dem Beklagten zu drei Fünfteln aufzuerlegen. Dementsprechend ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine auf einen Fünftel reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist auf Fr. 400.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 24 S. 2), mithin insgesamt Fr. 432.– festzulegen. Weil insbesondere der Klägerin die unentgeltliche Rechtsvertretung auch im Berufungsverfahren zu bewilligen ist (vgl. unten), ist diese Prozessentschädigung gestützt auf Art. 122 Abs. 2 ZPO direkt ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter zuzusprechen, zumal sie beim Beklagten, der ebenfalls unentgeltlich prozessiert (vgl. sogleich), voraussichtlich nicht einbringlich

sein dürfte. Der Anspruch auf die uneinbringliche Prozessentschädigung geht dabei auf den Kanton über.

2. Beide Parteien ersuchten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung im Berufungsverfahren (Urk. 14 S. 2; Urk. 24 S. 2). Die Mittellosigkeit der Parteien ist ausgewiesen. Beim ... handelt es sich im Übrigen sichtlich um ein altes Fahrzeug (Kaufpreis: Fr. 2'990.– [Urk. 18/16]), welches zudem offenbar den Eltern der Klägerin übergeben und durch diese mittlerweile verkauft wurde (Urk. 24 S. 4 f.). Die Berufungsstandpunkte der Parteien präsentierten sich sodann nicht als aussichtslos. Ihre Gesuche sind daher gutzuheissen. Somit ist beiden Parteien für das Berufungsverfahren je die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und je in der Person der jeweiligen Rechtsvertretung ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositivziffern 1, 2, 3, 6 und 8 des Urteils des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 1. Oktober 2012 rechtskräftig sind.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Fürsprecher X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
4. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2008, und D._____, geboren am tt.mm.2010, an jedem ersten und dritten Wochenende im Monat jeweils samstags oder sonntags von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 830.– zu bezahlen, nämlich Fr. 415.– für jedes Kind zuzüglich allfällige Familien- oder Kinderzulagen, zahlbar erstmals per 1. Juni 2013.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, sich bei seiner Arbeitgeberin rückwirkend und betreffend die Zukunft um den Bezug der Kinderzulagen zu bemühen und diese umgehend der Klägerin weiterzuleiten.
4. Dispositivziffer 7 (finanzielle Eckdaten) des angefochtenen Urteils wird ersatzlos aufgehoben.
5. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Rechtsvertreter der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'728.– zu bezahlen.
7. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
8. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 2/5 der Klägerin und zu 3/5 dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung je einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
9. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 432.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Klägerin, Rechtsanwalt lic. iur.

Y._____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhätliche Prozessentschädigung geht im Umfang von Fr. 432.– auf die Gerichtskasse über.

10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf sowie die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 14. März 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
se