

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY170003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin Dr. D. Oser

## **Beschluss und Urteil vom 17. Mai 2017**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen  
Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. Dezember 2016 (FE140235-M)**

**Rechtsbegehren der Klägerin (Urk. 5/41 S. 2):**

Es sei Ziffer 3.7. lit. a und c des Urteils des Bezirksgerichtes Dietikon vom 17. Oktober 2012 (EE120069-M/U) aufzuheben und es sei der Beklagte zu verpflichten, an den Unterhalt der Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ pro Kind monatlich Fr. 850.– zuzüglich allfällige vertragliche und gesetzliche Kinderzulagen zu bezahlen.

**Rechtsbegehren des Beklagten (Urk. 5/62 S. 1):**

1. In Abänderung von Disp. Ziff. 3.7.a des eheschutzrichterlichen Urteils des Einzelgerichts des Bezirks Dietikon sei der Unterhaltsbeitrag für die beiden Kinder mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten mit Wirkung per 1. Mai 2016 aufzuheben, eventuell auf Fr. 150.– pro Kind/Monat zu reduzieren.

(...)

**Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 9. Dezember 2016 (Urk. 2 = Urk. 5/84):**

1. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.7.a) des Urteils vom 17. Oktober 2012 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon wird der Kinderunterhaltsanspruch wie folgt neu geregelt:

*"Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'800.– (zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 900.– (zuzüglich Kinderzulagen) für jedes Kind. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab Februar 2016."*

2. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.3. des Urteils vom 17. Oktober 2012 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon wird das Besuchsrecht wie folgt neu geregelt:

*"Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder an zwei Wochenenden pro Monat, am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen."*

3. Der Antrag auf Fristansetzung zur Stellungnahme zu einem Konventionsvorschlag wird abgewiesen.
4. Dispositiv-Ziffer 3.9. des Urteils vom 17. Oktober 2012 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon wird ersatzlos gestrichen.
5. Die Kostenregelung bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
6. ... (Schriftliche Mitteilung)
7. ... (Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

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

1. In Abänderung von Disp. Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. Dezember 2016 sei der Kindsvater zu verpflichten, mit Wirkung per Eintritt der Rechtskraft des Entscheids betreffend vorsorgliche Massnahmen, frühestens per 1. Januar 2017, die folgenden, monatlich im Voraus bezahlbaren Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
  - a) Fr. 450.– pro Kind und Monat, zahlbar im Voraus auf den Ersten des Monats.
  - b) Fr. 450.– pro Kind und Monat, zahlbar nachschüssig gegen Vorlage eines Belegs für entsprechende Betreuungsaufwendungen durch die Kindsmutter bzw. die Fürsorgebehörde, wenn und soweit das monatliche Nettoeinkommen des Kindsvaters den Betrag von Fr. 3'400.– übersteigt, im hälftigen Mehrbetrag bis zum Höchstbetrag von Fr. 450.– monatlich als Betreuungsunterhalt.

Diese Unterhalts- und Betreuungsanteilsverpflichtung sei auf folgende Grundlagen zu basieren:

Bedarf Kindsmutter und Kinder	Fr. 4'050.–
zuzüglich Kosten Fremdbetreuung Kinder	Fr. 930.–
Einkommen Kindsmutter inkl. FamZ	Fr. 3'250.–

Bedarf Kindsvater in Hausgemeinschaft	Fr. 2'400.–
Einkommen Kindsvater hypothetisch	Fr. 3'250.–
Einkommen Kindsvater effektiv	Fr. 2'070.–
angemessener Bedarf Kinder	Fr. 1'800.–

2. Der Berufung sei bezüglich Antrag Ziff. 1 aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Es sei dem Berufungskläger im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm die Unterzeichnete als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten bzw. gemäss Ausgang des Verfahrens.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren. Diesem ging ein Eheschutzverfahren voran. Mit Eheschutzurteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dietikon vom 17. Oktober 2012 wurde basierend auf der Vereinbarung der Parteien (Urk. 5/5/19) hinsichtlich des Unterhalts Folgendes geregelt (Urk. 5/5/22 S. 3 f.):

#### 3.7. a) Kinderunterhalt

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 740.– (zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 370.– (zuzüglich Kinderzulagen) für jedes Kind. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Juli 2013.

#### b) Ehegattenunterhalt

Beide Parteien verzichten mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge.

#### c) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Erwerbseinkommen Ehemann (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen, hypothetisch per 1. Juli 2013): Fr. 4'100.– netto;
- Erwerbseinkommen Ehefrau (inkl. variabler Bonus, inklusiv Kinderzulagen): Fr. 3'500.– netto;
- Vermögen Ehemann: Fr. 0.–
- Vermögen Ehefrau : Fr. 0.–
- Bedarf Ehemann (mit ausserehelicher Tochter in E. \_\_\_\_\_ [Staat in Europa]): Fr. 3'360.–
- Bedarf Ehefrau mit den Kindern: Fr. 4'200.–.

2. Mit Schreiben vom 5. Januar 2016 stellte die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) im Scheidungsverfahren ein Gesuch um vorsorgliche Abänderung der mit Eheschutzurteil vom 17. Oktober 2012 festgesetzten Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder D. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ (Urk. 5/41 S. 2). Auch der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) stellte an der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 9. Mai 2016 ein Begehren um Abänderung des Eheschutzurteils vom 17. Oktober 2012 (Urk. 5/62; Prot. I S. 24). Am 9. Dezember 2016 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2 = Urk. 5/84).

3. Dagegen erhob der Beklagte am 6. Januar 2017 rechtzeitig Berufung mit den vorne zitierten Anträgen (Urk. 1). Mit Präsidialverfügung vom 17. Januar 2017 wurde der Klägerin Frist zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung angesetzt (Urk. 6). Mit Schreiben vom 3. Februar 2017 beantragte die Klägerin die kostenfällige Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 10 S. 2). Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ (Urk. 10 S. 2). Mit Verfügung vom 23. Februar 2017 wurde der Berufung des Beklagten in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 1 für rückwirkend geschul-

dete Unterhaltsbeiträge von Fr. 900.– (zuzüglich Kinderzulagen) pro Kind bis und mit Dezember 2016 die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Übrigen wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 13). Mit Schreiben vom 3. März 2017 reichte der Beklagte eine freiwillige Stellungnahme ein, die der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-85). Da sich – wie zu zeigen ist – die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

4. Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 2 bis 5 der vorinstanzlichen Verfügung (Urk. 1 S. 2 f.). Sie sind daher in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO), wovon Vormerk zu nehmen ist.

5. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGer 4A\_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.4; 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Auf die Ausführungen des Beklagten ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als es für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

## II.

1.1. Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten das gleiche hypothetische Einkommen an, wie es von den Parteien bereits im Eheschutzentscheid vom 17. Oktober 2012 vereinbart worden war (Urk. 2 S. 11 ff.). Der Beklagte beanstandet berufsweise die Höhe des hypothetischen Einkommens von Fr. 4'100.–, da es ihm faktisch nicht möglich sei, ein solches zu erzielen. Vielmehr

sei sein monatliches hypothetisches Einkommen auf Fr. 3'250.– netto festzusetzen (Urk. 1 S. 2, S. 23).

1.2. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können (Urk. 2 S. 5 ff.). Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden. Ergänzend ist Folgendes zu bemerken: Die Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren abzuändern, sind eingeschränkt. Es gelten die gleichen Restriktionen, wie sie die Rechtsprechung für die Scheidungskonventionen umschrieben hat (BGE 142 III 518 E. 2.6 mit Hinweis auf BGer 5A\_688/2013 vom 14. April 2014, E. 8.2, und 5A\_187/2013 vom 4. Oktober 2013, E. 7.1). Eine Anpassung kann nur verlangt werden, wenn erhebliche tatsächliche Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Keine Anpassung an wesentlich und dauernd veränderte Verhältnisse gibt es hingegen bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. *caput controversum*), zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Vorbehalten bleiben neue Tatsachen, die klarerweise ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen liegen, welche aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen (BGE 142 III 518 E. 2.6.1). Im Bereich des *caput controversum* besteht zudem kein Raum für einen Irrtum; andernfalls würden gerade die Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich – mit dem Ziel einer endgültigen Regelung – geschlossen haben (BGE 142 III 518 E. 2.6.2 mit Hinweis auf BGE 130 III 49 E. 1.2; *OGer ZH vom 7.12.16, E. III. 2.1*).

1.3. Vorliegend wurde das hypothetische Einkommen des Beklagten in der Höhe von Fr. 4'100.– im vorangegangenen Eheschutzverfahren am 17. Oktober 2012 vergleichsweise vereinbart (Urk. 5/5/19 S. 2; Urk. 5/5 [Prot. S. 3 ff.]). Demnach handelt es sich in diesem Punkt um ein *caput controversum* der zugrundeliegenden Vereinbarung.

Die Gründe, die der Beklagte im vorliegenden Abänderungsverfahren anführt, um darzulegen, dass er faktisch kein Einkommen von Fr. 4'100.– erzielen könne, betreffen einerseits Tatsachen, die den Parteien zum Zeitpunkt des Vergleichs am 17. Oktober 2012 bekannt waren: Der Beklagte ist F.\_\_\_\_\_ [Staat in Lateinamerika] Staatsangehöriger ohne Berufsausbildung. Er hat in F.\_\_\_\_\_ lediglich die obligatorische Schulpflicht von sieben Jahren absolviert und beherrscht die deutsche Sprache unzureichend (Urk. 1 S. 4). Im Bereich des *caput controversum* besteht aber selbst im Falle eines Irrtums kein Abänderungsgrund (vgl. E. II. 1.2. [BGE 142 III 518 E. 2.6.2]). Folglich dringt der Beklagte mit seinen Vorbringen, er finde aufgrund der obigen Umstände keine oder nur (Temporär-)Stellen in schlecht bezahlten Branchen (vgl. Urk. 4/4) – und nicht etwa in der Baubranche – von vornherein nicht durch (Urk. 1 S. 4; S. 11).

Andererseits beruft sich der Beklagte auf eine aktuell schwierige Wirtschaftslage und eine erschwerte Stellensuche, da sich die Anzahl von Hilfsarbeitern aus dem EU-Raum durch die freizügigkeitsbedingte Marktöffnung erhöht habe (Urk. 1 S. 4; S. 11 f.). Damit verlangt der Beklagte eine Reduktion seines hypothetischen Einkommens aufgrund erheblicher tatsächlichen Veränderungen. Diese können aber nach der vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich des *caput controversum* nicht vorgebracht werden (E. II. 1.2. [BGE 142 III 518 E. 2.6.1]). Soweit der Beklagte mit seinen Ausführungen neue, unvorhersehbare Tatsachen im Sinne der zitierten Rechtsprechung geltend machen will (E. II. 1.2. [BGE 142 III 518 E. 2.6.1]), hat er diese Tatsachen im vorinstanzlichen Abänderungsverfahren weder substantiiert behauptet noch glaubhaft gemacht. Auch ist es nicht notorisch, dass sich die Wirtschaftslage im Grossraum Zürich gegenüber dem Jahr 2012 massiv verschlechtert hat. Es mag zwar zutreffen, dass im Vergleich zum Jahr 2012 mehr Hilfsarbeiter aus dem EU-Raum – insbesondere in der Baubranche – vorhanden sind. Dass es dem Beklagten aber nicht hätte möglich sein können, trotzdem eine geeignete Stelle zu finden, hat er nicht glaubhaft gemacht. So fehlt es bereits an Belegen für genügende Suchbemühungen: Für die Zeit vor seiner jetzigen Teilzeitstelle bei der G.\_\_\_\_\_ reichte der Beklagte nur zwei Bewerbungsschreiben vom Januar und März 2016 ein (Urk. 5/63/17/1-2). Für das Jahr 2015 legte er drei Bewerbungen, eine Eingangsbestätigung einer

Bewerbung und den Versand seines Lebenslaufs ins Recht (Urk. 5/24/17 S. 1-4; Urk. 5/71/4 S. 3). Weiter führte er aus, dass er sich um Anstellungen bemühe, indem er jeden Monat beim Temporärbüro anrufe sowie Freunden sein Bewerbungsdossier zu Händen ihrer Vorgesetzten mitgebe (Prot. I S. 39 f.). Damit ergibt sich aus den Akten, dass der Beklagte nicht glaubhaft machte, sich intensiv, aber erfolglos um eine adäquate Anstellung angestrengt zu haben. Insbesondere wäre es Sache des (anwaltlich vertretenen) Beklagten gewesen, die entsprechenden Belege für ausreichende Suchbemühungen vorzulegen, wie z.B. Bewerbungsschreiben, Eingangsbestätigungen der potentiellen Arbeitgeber, abschlägige Antwortschreiben oder andere (geeignete) Beweismittel (etwa eine Liste mit den vom Beklagten geltend gemachten persönlichen Kontakten). Auch im Berufungsverfahren hat der Beklagte weder aktuelle Bewerbungs-/Absageschreiben noch (substantiierte) Ausführungen zu mündlichen Bewerbungen eingereicht. Vor diesem Hintergrund ging die Vorinstanz zu Recht von unzureichenden Suchbemühungen aus (Urk. 2 S. 14). Dies zumal es sich um Kinderunterhaltsbeiträge handelt, hat doch ein zu Kinderunterhalt Verpflichteter die Pflicht, alle erdenklichen Anstrengungen zu unternehmen, um für den Bedarf seiner Kinder aufzukommen (vgl. BGE 137 III 118 E. 3.1). Gesundheitliche Beeinträchtigungen, die es dem Beklagten verunmöglichen würden, seine Arbeitskraft auszuschöpfen, bringt er nicht vor. Im Gegenteil bezeichnet sich der 35-jährige Beklagte als tüchtig, fleissig, athletisch, stark und körperlich wie auch mental in der Lage, ein volles Pensum zu bewältigen (Urk. 1 S. 19, S. 21). Die Rüge, wonach die Vorinstanz ihm zu Unrecht auch im Abänderungsverfahren weiterhin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'100.– anrechne, ist daher unbegründet.

2. Die Vorinstanz erhöhte die Kindesunterhaltsbeiträge ab Gesuchseinreichung der Klägerin und damit ab 1. Februar 2016 (Urk. 2 S. 21). Der Beklagte kritisiert diese rückwirkende Erhöhung. Sie sei nur aufgrund der rückwirkenden Annahme eines hypothetischen Einkommens möglich. Zwar habe die Vorinstanz argumentiert, dass es sich immer um dieselbe hypothetische Verpflichtung wie zum Zeitpunkt des Eheschutzentscheides handle. Dieses Argument lasse sich aber schon mit Rücksicht auf eine Zeitspanne von über vier Jahren seit dem eheschutzrichterlichen Entscheid kaum vertreten, da es um eine möglichst zeitnahe

Erfassung der finanziellen Situation der Parteien gehe. Es müssten die aktuellen Verhältnisse beim Bedarf und beim Einkommen möglichst umfassend und präzise neu erhoben werden. Der Beklagte könne nicht auf ein im Jahr 2012 im Rahmen von Vergleichsgesprächen vor einem anderen Hintergrund und mit einem anderen Rechtsvertreter festgesetztes hypothetisches Einkommen "behaftet" werden (Urk. 1 S. 8 f.).

Diese Argumentation geht mit Blick auf BGE 142 III 518 E. 2.6.2 bereits deswegen fehl, als dass es sich beim hypothetischen Einkommen des Beklagten um eine Tatsache handelt, die vergleichsweise definiert wurde. Sonst würden gerade die Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich – mit dem Ziel einer endgültigen Regelung – geschlossen haben (vgl. E. II. 1.2.). Vorliegend wurde zudem das hypothetische Einkommen des Beklagten nicht erhöht. Vielmehr senkte die Vorinstanz den Bedarf des Beklagten, indem sie einerseits seinen Grundbetrag reduzierte (Urk. 2 S. 16) und andererseits den bislang angerechneten Unterhaltsbeitrag an seine aussereheliche, in E.\_\_\_\_\_ lebende Tochter nicht mehr berücksichtigte (Urk. 2 S. 20). Zum Zeitpunkt der angefochtenen rückwirkenden Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge ist Folgendes anzufügen (vgl. Urk. 1 S. 12 f.): Entscheide, welche die Unterhaltsbeiträge abändern, können nach Ermessen des Massnahmegerichts auf den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs zurückbezogen werden (BGer 5P.385/2004 vom 23. November 2004, E. 1.1; 5A\_597/2013 vom 4. März 2014, E. 3.1; Six, Ehe-schutz, 2. Aufl. 2014, Rz. 4.09; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 179 N 14; Leu-enberger, FamKomm Scheidung, Anh. ZPO, Art. 276 N 10). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Beklagte bereits ab Februar 2016 zu höheren Unterhaltsbeiträgen verpflichtet wurde, zumal er um das Risiko einer rückwirkenden Heraufsetzung wusste und sich darauf einstellen konnte bzw. musste.

Der Beklagte macht in diesem Zusammenhang sodann geltend, eine rückwirkende Erhöhung mache keinen Sinn, da die Klägerin die höheren Unterhaltsbeiträge nicht rückwirkend bevorschussen lassen könnte, "harsche" Inkassomassnahmen (Betreibungen, Strafanzeigen) aber seinen langwierigen erwerblichen "Aufbauprozess" massiv "zurückwerfen" könnten (Urk. 1 S. 9 f.). Diese Ein-

wände bzw. Tatsachenbehauptungen gehen an der Sache vorbei, da sie für die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen nicht relevant sind. Die Berufung erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet.

3. Die Vorinstanz erwog hinsichtlich des Grundbetrages des Beklagten, dass er unbestrittenermassen bereits seit 2013 mit seiner neuen Partnerin zusammenlebe. Es bestünden keine Anhaltspunkte, die gegen einen Fortbestand dieser Beziehung sprechen würden, weshalb von einem andauernden Zustand auszugehen sei. Es liege eine Wohn- und Lebensgemeinschaft vor, die Einsparungen in den Lebenshaltungskosten wie in einer Ehe mit sich bringe. Der Beklagte habe selber angegeben, dass sie wie ein Ehepaar leben würden, aber jeder seine eigenen Verpflichtungen und Schulden habe (Prot. I S. 44 ff.). Infolge des Konkubinats kürzte die Vorinstanz daher den Grundbetrag des Beklagten auf Fr. 850.– (Urk. 2 S. 16).

Berufungsweise rügt der Beklagte, es sei unbillig, die Beziehung zwischen ihm und seiner neuen Partnerin solchen finanziellen Belastungen auszusetzen. Ein gefestigtes Konkubinats mit ehегattenähnlicher Unterstützungspflicht gegenüber den Stiefkindern liege insofern nicht vor, als dass seine Partnerin noch nicht für sich entschieden habe, ob ihr Zusammenleben mit dem Beklagten von Dauer sein werde. Auch sei die Beziehung zwar eng, aber ihr inneres Potential müsse sich noch entfalten, um gelingend und für beide überzeugend beständig zu werden. Es erscheine als etwas gar "schäbig", den Wohnpartnern für sich und die besuchsweise bei ihnen weilenden Kinder nur den Ehepaar-Grundbetrag (bzw. dem Beklagten nur Fr. 850.–) zusprechen zu wollen, während der Klägerin kumulierte Grundbeträge von Fr. 2'150.– zur Verfügung stünden (Urk. 1 S. 30 f.).

Diese Ausführungen des Beklagten überzeugen nicht. Zur Zeit besteht ein gefestigtes Konkubinats. Gegenteilige objektive Anhaltspunkte wurden nicht vorgebracht. Daher senkte die Vorinstanz praxisgemäss den Grundbetrag des Beklagten, was nicht zu beanstanden ist. Sollte das Konkubinats auseinanderbrechen, steht dem Beklagten das Abänderungsverfahren offen.

4. Schliesslich beantragt der Beklagte berufungsweise, dass von den zuzusprechenden Kinderunterhaltsbeiträgen die Kosten für die Fremdbetreuung (Hort/Mittagstisch) separat auszuweisen seien. Zudem wolle er diese Fremdbetreuungskosten an eine Mehrverdienstklausel knüpfen. Dies sei novenrechtlich zulässig. Es sei ihm daran gelegen, dass die Klägerin die berücksichtigten Fremdbetreuungskosten von Fr. 930.– nicht zu Gunsten kostengünstigerer, aber weniger kindgerecht aufgebauter "Betreuungsalternativen" faktisch einsparen könne und damit mehr Geld zur eigenen Verfügung habe. So habe sie entgegen ihrer Behauptung schon über eine häusliche Betreuung der Kinder durch eine Verwandte aus F.\_\_\_\_\_ "nachgedacht". Der Unterhaltsbeitrag sei daher in der Höhe von Fr. 900.– für die anfallenden Fremdbetreuungskosten durch den Hort/Mittagstisch bzw. allfällige Modifikationen des Betreuungsmanagements im Einvernehmen mit der Beiständin zu "reservieren" (Urk. 1 S. 15 f., S. 28).

Offen bleiben kann, ob dieser neue Antrag des Beklagten bzw. dessen Begründung novenrechtlich zulässig ist. In der Sache selbst ist der Antrag jedenfalls ohne Weiteres abzuweisen: Der Beklagte hat nicht glaubhaft gemacht, dass die Klägerin regelmässig auf eine alternative kostengünstigere Betreuung der Kinder zurückgreifen könnte und somit die zur Zeit vom Sozialamt übernommenen Fixkosten wegfallen würden. Die an sich unbestrittenen Kosten für die Fremdbetreuung sind folglich schon aus diesem Grund nicht separat aus dem Barunterhalt im Sinne von Art. 276 Abs. 2 nZGB auszuscheiden (vgl. nachstehend E. II. 5). Im Übrigen ist eine Separatregelung der Fremdbetreuungskosten nicht sachgerecht, da sie Teil des Barunterhalts der Kinder sind. Würden die Kinder dereinst durch eine Verwandte oder die Klägerin selber statt im Hort betreut werden, so wären diese Betreuungskosten in die Kinderunterhaltsbeiträge einzuschliessen. Da solche Kosten zur Zeit nicht absehbar/bestimmbar sind, ist der Beklagte für diesen Fall auf eine Abänderung zu verweisen. Der Antrag des Beklagten auf Einführung eines gestuften Unterhalts mit Mehrverdienstklausel ist schliesslich abzuweisen, da ihm weiterhin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'100.– anzurechnen ist.

5. Ergänzend ist Folgendes festzuhalten: Per 1. Januar 2017 ist das neue Kinderunterhaltsrecht in Kraft getreten. Es findet Anwendung auf die strittigen

Kinderunterhaltsbeiträge ab 1. Januar 2017 (Art. 407b ZGB; Art. 13c bis SchIT ZGB). Gemäss Art. 285 Abs. 1 und 2 nZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen. Der sogenannte Barunterhalt (Art. 276 Abs. 2 nZGB) deckt alle direkten Kosten des Kindes, wie beispielsweise Ernährung, Unterkunft, Bekleidung, Krankenkassenprämien, Fremdbetreuung, Schulauslagen, etc. Wird somit das Kind kostenpflichtig von Dritten betreut (z.B. Hort, Mittagstisch, Tagesmutter usw.), handelt es sich bei den dafür anfallenden Kosten um direkte Betreuungskosten, die zum Barunterhalt und nicht zum Betreuungsunterhalt des Kindes gehören (vgl. Botschaft Kindesunterhalt, BBI 2013, 529 ff., 551; Jungo/Aebi-Müller/Schweighauser, Der Betreuungsunterhalt: Das Konzept - die Betreuungskosten - die Unterhaltsrechnung, in: Fampra 2017, 163 ff., 171). Ist der verpflichtete Elternteil nicht in der Lage, den Barunterhalt des Kindes bzw. der Kinder zu finanzieren, so ist für jedes Kind einzeln das dadurch entstehende Manko (Differenz zwischen gebührendem Barunterhalt und effektiv zahlbarem Barunterhalt) festzuhalten (Art. 286a Abs. 1 nZGB).

Um den Bedarf im Sinne des neuen Unterhaltsrechts zu berechnen, sind ab 2017 die Bedarfspositionen der Kinder nicht mehr beim betreuenden Elternteil einzurechnen, sondern separat auszuweisen. Ausgehend von der Kalkulation der Vorinstanz (Urk. 2 S. 15 ff.) berechnen sich neu die Bedarfe der Klägerin und der beiden Kinder wie folgt:

	Klägerin	D.	C.	Total
Grundbetrag:	1'350.00	600.00	400.00	2'350.00
Wohnkosten:	820.00	300.00	300.00	1'420.00
Krankenkasse:	219.70			219.70
Kommunikation:	160.00			160.00
Mobiliar-/Haftpflichtversicherung:	26.60			26.60
Mobilitätskosten:	38.50			38.50
Fremdbetreuungskosten:		463.80	463.80	927.60
abzüglich Familienzulagen:		-200.00	-200.00	-400.00
Total:	2'614.80	1'163.80	963.80	4'742.40

Der mittellosen Klägerin ist (nach Abzug der Kinderzulagen) unbestrittenermassen ein Einkommen von Fr. 2'850.– anzurechnen (Urk. 2 S. 15). Ihr Bedarf beläuft sich auf Fr. 2'614.80 (Grundbetrag: Fr. 1'350.–; Wohnkosten: Fr. 820.–; Krankenkasse nach Abzug IPV: Fr. 219.70; Kommunikation: Fr. 160.–; Versicherungen: Fr. 26.60; Fahrkosten: Fr. 38.50). Damit resultiert ein Überschuss von Fr. 235.–. Der mittellose Beklagte weist einen Bedarf von Fr. 2'230.– auf (Urk. 2 S. 15). Ihm ist ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'100.– anzurechnen. Seine Leistungsfähigkeit beträgt Fr. 1'870.–. Berücksichtigt man die zuzusprechenden Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 1'800.–, so verbleibt ihm ein Überschuss von Fr. 70.–.

Der Grundbetrag für den 10-jährigen D.\_\_\_\_\_ beträgt Fr. 600.– und derjenige für die 7-jährige C.\_\_\_\_\_ Fr. 400.– (Ziffer II des Kreisschreibens des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009). Der Wohnkostenanteil der beiden Kinder beträgt rund die Hälfte der ausgewiesenen Kosten von Fr. 1'420.– und liegt daher bei je Fr. 300.–. Nach Abzug der individuellen Prämienverbilligung fallen bei den Kindern keine Krankenkassenkosten an (Urk. 2 S. 15, S. 17; Urk. 5/45/1). Die Fremdbetreuungskosten belaufen sich auf Fr. 463.80 pro Kind. Kinder- bzw. Familienzulagen (vgl. Botschaft S. 578 f.) sind für die Bezahlung der Lebenshaltungskosten des Kindes (das heisst seines Barbedarfes) bestimmt, weshalb die Familienzulagen vom Barbedarf des Kindes in Abzug zu bringen sind (vgl. auch BGE 137 III 59). Damit beläuft sich unter Berücksichtigung der Familienzulage der gebührende Barunterhalt von D.\_\_\_\_\_ auf Fr. 1'163.80, während sich derjenige von C.\_\_\_\_\_ auf Fr. 963.80 beläuft. Der vom Beklagten zu leistende Kinderunterhaltsbeitrag von je Fr. 900.– ist folglich mehr als gerechtfertigt. Zur Deckung des gebührenden Unterhalts von D.\_\_\_\_\_ fehlen monatlich Fr. 263.80 und von C.\_\_\_\_\_ Fr. 63.80. Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass die Klägerin einen Überschuss von Fr. 235.– aufweist. Räumt man ihr den gleichen Freibetrag in der Höhe von Fr. 70.– wie dem Beklagten ein, so verbleibt ihr noch ein Überschuss von Fr. 165.–. Dieser ist zur Deckung des Barbedarfes der beiden Kinder einzusetzen. Damit reduziert sich das Manko im Sinne von Art. 286a Abs. 1 nZGB von D.\_\_\_\_\_ auf Fr. 163.–, während C.\_\_\_\_\_ kein Manko mehr aufweist.

6. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als offensichtlich un begründet, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPOP). Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung ist zu bestätigen (Art. 312 Abs. 1 ZPO; Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

### III.

1. Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Für das vorliegende Berufungsverfahren rechtfertigt sich eine pauschale Entscheidegebühr von Fr. 2'000.– (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 1 ZPO; § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Diese ist vollumfänglich dem unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 95 ZPO). Überdies ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung für ihre Rechtsschrift zum Gesuch um aufschiebende Wirkung (Urk. 10) von Fr. 864.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 2 ZPO; § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 9, sowie § 13 Abs. 1 AnwGebV).

2. Beide Parteien ersuchten für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung (Urk. 1 S. 2; Urk. 10 S. 2). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die Berufung des Beklagten war aus den vorstehend dargelegten Gründen von vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO (dazu BGE 138 III 217 E. 2.2.4). Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist deshalb abzuweisen.

Das Gesuch der obsiegenden Klägerin um Befreiung von den Gerichtskosten ist als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Hingegen ist der mittellosen und rechtsunkundigen Klägerin Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

als unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, Urk. 12/2).

3. Weil der Beklagte mittellos ist (Urk. 9/1-4), kann davon ausgegangen werden, dass die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich ist. Es rechtfertigt sich daher, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Klägerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, die Parteientschädigung direkt aus der Gerichtskasse zuzusprechen unter Legalzession des Anspruchs auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2 - 5 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. Dezember 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsvertretung) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Das Gesuch der Klägerin im Berufungsverfahren um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist, und Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ zur unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Berufungsverfahren bestimmt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **und sodann erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. Dezember 2016 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 864.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsvertreterin der Klägerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung geht im Umfang von Fr. 864.– auf den Kanton über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Zwischenentscheid (betreffend Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege) im Sinne von Art. 93 BGG sowie ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 17. Mai 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Oser

versandt am:  
sf