

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LP100082-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzooberrichterin lic. iur. R. Blesi sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschluss vom 23. Dezember 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Rekurrent und Anschlussrekursgegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin, Rekursgegnerin und Anschlussrekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge), unentgeltliche Prozessführung**

Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 (EE100024)

Erwägungen:

I.

1. Die Klägerin, Rekursgegnerin und Anschlussrekurrentin (nachfolgend nur noch Klägerin) machte mit Eingabe vom 15. April 2010 ein Eheschutzbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 9/1). Am 12. Oktober 2010 fällte die Vorinstanz den Endentscheid, der genaue Verfahrensgang kann dem betreffenden Entscheid entnommen werden. Das Dispositiv der Erstverfügungen lautet wie folgt (Urk. 3 S. 17):

- " 1. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Prozessführung wird bewilligt.
2. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
4. Ein Rekurs gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und mit Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8023 Zürich, eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen (§ 276 ZPO)."

Das Dispositiv der Zweitverfügungen hat folgenden Wortlaut (Urk. 3 S. 17 ff.):

- " 1. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit tt. Dezember 2009 getrennt leben und es wird den Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt.
2. Das Kind C._____, geb. tt.mm.2008, wird unter die elterliche Obhut der Klägerin gestellt.
3. Der Beklagte ist berechtigt, das Kind C._____ jeden Montag und Samstag am Morgen zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen. Ein weitergehendes Besuchsrecht regeln die Parteien untereinander und im Einverständnis mit dem Kind.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes C._____ während der Dauer des Getrenntlebens monatlich folgenden Unterhaltsbeitrag, zuzüglich allfälliger gesetzlich oder vertraglich geregelter Kinderzulagen, zu bezahlen:

- rückwirkend ab 1. Mai 2010 Fr. 650.-;
- ab 1. Januar 2011 Fr. 1'000.-.

Diese Beiträge sind jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus zahlbar. Rückwirkend zu leistende Unterhaltsbeiträge sind innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieser Verfügung zu zahlen.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich während der Dauer des Getrenntlebens monatlich folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

- rückwirkend ab 1. Mai 2010 Fr. 437.-;
- ab 1. Januar 2011 Fr. 1'011.-.

Diese Beiträge sind jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus zahlbar. Rückwirkend zu leistende Unterhaltsbeiträge sind innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieser Verfügung zu zahlen.

6. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung ab tt. Dezember 2009 die Gütertrennung angeordnet.
7. Die Vereinbarung der Parteien bezüglich der übrigen Nebenfolge des Getrenntlebens (Ziff. 4) wird genehmigt.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.-.
9. Die Kosten werden im Umfange von $\frac{3}{4}$ dem Beklagten und im Umfange von $\frac{1}{4}$ der Klägerin auferlegt. Im Falle der Klägerin werden die Gerichtskosten jedoch infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Das Nachforderungsrecht im Sinne von § 92 ZPO bleibt jedoch vorbehalten.
10. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 100.- zu bezahlen.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
12. Ein *Rekurs* gegen diese Verfügung kann innert 10 Tagen, von der Zustellung an, im Doppel und mit Beilage dieses Entscheides beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, eingereicht werden. In der Rekurschrift sind die Rekursanträge zu stellen und zu begründen (§ 276 ZPO).

Diese Frist steht während der Gerichtsferien nicht still."

2. Mit fristgerechter Eingabe vom 5. November 2010 erhob der Beklagte, Rekurrent und Anschlussrekursgegner (nachfolgend nur noch Beklagter) Rekurs und beantragte was folgt (Urk. 2 S. 2):

- " 1. Es sei dem Rekurrenten in Abänderung von Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 die unentgeltliche Prozessführung zu genehmigen.
2. Es sei der Rekurrent in Abänderung von Ziff. 4 der Verfügung dazu zu verpflichten, der Rekursgegnerin während der Dauer des Getrenntlebens für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes C._____ folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

rückwirkend ab 1. Mai 2010: CHF 523.–

ab 1. April 2011: CHF 510.–

3. Es sei der Rekurrent in Abänderung von Ziff. 5 der Verfügung zu verpflichten, der Rekursgegnerin keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
4. Es sei dem Rekurrenten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin."

3. Mit Präsidialverfügung vom 8. November 2010 wurde der Klägerin Frist zur Beantwortung des Rekurses angesetzt (Urk. 8). Mit Eingabe vom 3. Dezember 2010 erstattete die Klägerin rechtzeitig die Rekursantwort, strengte einen Anschlussrekurs an und beantragte folgendes (Urk. 13 S. 2):

- " 1. Der Rekurs sei abzuweisen.
2. Das Besuchsrecht gemäss Dispositiv Ziff. 3 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 sei abzuändern, indem der Rekurrent berechtigt erklärt werden soll, das Kind C._____ jedes 2. Wochenende zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen.
3. Die Verfügungen der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 sei im Übrigen zu bestätigen.
4. Der Rekurrentin sei in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
5. Eventuell sei dem Rekurrenten für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Pfäffikon die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Rekurrenten."

4. Unterm 21. März 2011 nahm der Beklagte zur Rekursantwort und zum Anschlussrekurs Stellung (Urk. 18). Die Eingabe wurde der Klägerin zur Kenntnis gebracht (Urk. 21 S. 2 f.). In der Folge liess sich die Klägerin mit Datum vom 8. April 2011 zur Eingabe des Beklagten vernehmen (Urk. 22).

5. Am 11. Februar 2011 zog die Klägerin ihren Anschlussrekurs zurück. Anzumerken ist, dass der betreffende Protokolleintrag mit 11. Februar 2010 datiert ist; aus den Akten und der fortlaufenden Datierung der einzelnen Protokollseiten erhellt jedoch ohne weiteres, dass es sich dabei um ein Versehen handelt und das zutreffende Datum der 11. Februar 2011 ist.

6. Am 11. April 2011 ging eine Noveneingabe bei der Kammer ein (Urk. 25). Diese wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 13. April 2011 zur Kenntnis gebracht (Urk. 28). Der Beklagte liess sich am 16. Mai 2011 zur Noveneingabe vernehmen (Urk. 30).

7. Am 28. September 2011 erkundigte sich der Beklagte nach dem Stand des Verfahrens und teilte mit, die Klägerin erwarte von ihrem neuen Partner ein Kind (Urk. 32).

8. Am 1. Dezember 2011 schlossen die Parteien anlässlich einer Referentenaudienz am Obergericht folgende Vereinbarung (Urk. 40; Prot. S. 7):

- " 1. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich, folgendes Besuchrecht des Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens festzulegen:
Der Beklagte ist berechtigt, das Kind C._____ (geb. tt.mm.2008)
- jedes zweite Wochenende, erstmals am Wochenende vom 2. Dezember 2011, von Freitag 18.30 Uhr bis Sonntag, 17.30 Uhr,
 - jedes vierte Wochenende, von Samstag 9.00 Uhr bis Sonntag, 17.30 Uhr,
 - 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.

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt, C. _____ während der Ferien für die Dauer von 2 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Beklagte verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens einen Monat im Voraus anzumelden.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache unter Berücksichtigung des Kindeswohls sind jederzeit möglich.

2. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich, folgende Unterhaltsregelung für die Dauer des Getrenntlebens festzulegen bzw. zu genehmigen:

a) Kinderunterhalt

Der Beklagte verpflichtet sich an den Unterhalt von C. _____ zu bezahlen:

- rückwirkend ab 1. Mai 2010 Fr. 400.– pro Monat,
- ab 1. Januar 2012 Fr. 1'000.– pro Monat, sofern keine Kinderzulagen bezogen werden können. Der Betrag verringert sich um allfällige Kinderzulagen.

Der Beklagte verpflichtet sich, die zukünftigen Kinderunterhaltsbeiträge im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zu bezahlen, erstmals auf den 1. Januar 2012.

Der Beklagte verpflichtet sich für den Monat Dezember 2011 Fr. 650.– zu bezahlen. Davon sind bereits Fr. 300.– bezahlt, Fr. 350.– werden per 15. Dezember 2011 fällig.

Der Beklagte hat die Unterhaltsbeiträge für die Periode vom 1. Mai 2010 bis 30. November 2011 bereits bezahlt.

b) Ehegattenunterhalt

Die Klägerin verzichtet aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit des Beklagten auf persönliche Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Getrenntlebens.

c) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

Erwerbseinkommen Klägerin : 0.–;

Erwerbseinkommen Beklagter: Fr. 4'250.– netto (hypothetisch; inkl. eines allfälligen 13. Monatslohnes);

Bedarf Klägerin mit C. _____ : Fr. 3'016.75;

Bedarf Beklagter: 3'499.–;

Vermögen Klägerin: 0.–

Vermögen Beklagter: 0.–

3. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, die Kosten des vorliegenden Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.
Die Parteien verzichten für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich gegenseitig auf eine Umtriebs- und Prozessentschädigung.
4. Der Beklagte zieht seinen Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vor der Vorinstanz zurück.
5. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, das vorliegende Verfahren im Weiteren als durch Vergleich vollumfänglich erledigt abzuschreiben."

II.

1. Das vorliegende Verfahren war bereits vor dem Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO am 1. Januar 2011 am hiesigen Gericht rechtshängig. Dementsprechend kommt auf dieses Verfahren gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO die kantonalzürcherische ZPO (fortan ZPO/ZH) sowie das kantonalzürcherische Gerichtsverfassungsgesetz (fortan GVG/ZH) zur Anwendung.

2.1. Die Erstverfügung der Vorinstanz wurde bezüglich deren Disp.-Ziff. 2, die Zweitverfügung bezüglich deren Disp.-Ziff. 3, 4 und 5 angefochten. Die unangefochten gebliebenen Ziffern der Verfügungen der Vorinstanz vom 12. Oktober 2010 sind daher mit Eingang der Rekursantwort-/Anschlussrekursschrift am 6. Dezember 2010 in Rechtskraft erwachsen (Urk. 13 S. 1). Dies ist vorzumerken.

2.2. Am 11. Februar 2011 zog die Klägerin ihren Anschlussrekurs zurück, entsprechend ist die Disp.-Ziff. 3 der Zweitverfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 am 11. Februar 2011 in Rechtskraft erwachsen (vgl. S. 5 Ziff. 5 hiavor und Prot. S. 3). Mit der Vereinbarung vom 1. Dezember 2011 beantragen die Parteien in dessen die Abänderung dieser Anordnung.

3.1. Die Vereinbarung der Parteien vom 1. Dezember 2011 ist zulässig und klar. Nach § 188 Abs. 3 ZPO/ZH kommt daher eine Erledigung des Prozesses aufgrund der Vereinbarung grundsätzlich in Betracht.

3.2. Soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange zu regeln sind, gilt die Untersuchungs- und Officialmaxime; das Gericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen, ist an die Parteianträge nicht gebunden und hat von sich aus die nötigen Vorkehren zu treffen. Eine von den Parteien getroffene Vereinbarung bezüglich dieser Punkte unterliegt daher der gerichtlichen Genehmigung (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 und N 117 zu Art. 176; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 159-180 ZGB, 2. Auflage, Bern 1999, N 41 zu Art. 176).

3.3. Sind sich die Eltern über die Zuteilung der Obhut einig, ist dies in der Regel ein Indiz dafür, dass das Kindeswohl gewahrt ist (Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 77 zu Art. 176 ZGB). Das beantragte Besuchsrecht entspricht weitgehend dem gerichtsblichen Besuchsrecht und nimmt auf die konkrete Situation der Parteien Rücksicht (Urk. 40 S. 1 Ziff. 1). Es bestehen keinerlei Anzeichen, dass die beantragte Regelung dem Kindeswohl nicht zuträglich ist. Dem gemeinsamen Antrag der Parteien ist daher zu folgen und das Besuchsrecht zu genehmigen.

3.4. Dem gemeinsamen Antrag, es sei der Beklagte zu verpflichten, für das Kind C._____ (geb. tt.mm.2008) Fr. 1'000.– abzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, kann ohne Weiteres entsprochen werden.

3.5. Bezüglich der weiteren, nicht Kinderbelange betreffende Streitpunkte gilt die Dispositionsmaxime, die Parteien können mithin über den Streitgegenstand verfügen. Da die Vereinbarung zulässig und klar ist, ist den gestellten Anträgen entsprechend zu verfahren.

III.

1.1. Die Vorinstanz hat der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt (Urk. 3 S. 17 f.). Zur Begründung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH; Urk. 3 S. 15 Ziff. IV.1. ff). Die Bewilligung gilt unter Vorbehalt eines Entzugs im Sinne von § 91 ZPO/ZH auch für das Rekursverfahren (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 3 zu § 90 und N 1 zu § 91). Ein Entzug fällt ausser Betracht, da keine Anzeichen bestehen, dass sich die finanzielle Situation der Klägerin verbessert hätte.

1.2. Im vorliegenden Verfahren beantragt die Klägerin, ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen (Urk. 13 S. 4).

Einer Partei wird gemäss § 87 ZPO/ZH ein unentgeltlicher Rechtsvertreter gewährt, wenn die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss § 84 Abs. 1 ZPO/ZH gegeben sind und die Partei eines Rechtsbeistandes bedarf, um den Prozess gehörig zu führen.

Wie erwähnt sind die Voraussetzung gemäss § 84 Abs. 1 ZPO/ZH erfüllt (vgl. Ziff. 1.1. hiavor; Urk. 3 S. 15); die rechtlichen und tatsächlichen Probleme des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens und der Umstand, dass auch der Beklagte anwaltlich vertreten ist, rechtfertigen den Beizug eines Anwaltes. Der Klägerin ist daher für das Rekursverfahren vor dem Obergericht in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtbeistand zu bestellen.

2.1. Der Beklagte hat seinen Antrag, es sei ihm für das Verfahren vor der Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, zurückgezogen. Davon ist Vormerk zu nehmen.

2.2. Der Beklagte hat ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Gewährung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ für das Rekursverfahren gestellt (Urk. 2 S. 2).

2.3. Gemäss § 84 Abs. 1 ZPO/ZH hat eine Person Anspruch auf die unentgeltliche Prozessführung, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und der Prozess nicht aussichtslos erscheint. Sind die Voraussetzungen gemäss § 84 Abs. 1 ZPO/ZH erfüllt, wird der Person gemäss § 87 ZPO/ZH auf Ersuchen auch ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zur Seite gestellt, sofern ein solcher zur gehörigen Prozessführung nötig ist.

a) Nach der Rechtsprechung gilt als bedürftig, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, deren er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedarf. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung spielt es für den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege – Rechtsmissbrauchstatbestände vorbehalten – keine Rolle, ob der Gesuchsteller seine Armut verschuldet habe oder nicht gewillt sei, an seiner finanziellen Situation etwas zu ändern, weil er einen Prozess im Armenrecht zu führen wünscht (BGE 108 Ia 108 ff., BGE 104 Ia 34 und BGE 99 Ia 438 ff.). Von einem hypothetischen Einkommen ist demzufolge nur ausnahmsweise auszugehen, beispielsweise wenn der Gesuchsteller seine frühere Stelle nur deshalb aufgegeben oder eine neue nur aus dem Grunde nicht angetreten hat, weil er einen Prozess im Armenrecht zu führen wünscht (BGE 99 Ia 438ff., Erw. 3. c).

Da sich der Kläger in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen muss (vgl. Urk. 40 S. 3 und S. 7 hiervor), ist zu prüfen, ob ein Missbrauchstatbestand vorliegt und sich der Kläger auch in Hinblick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen muss.

Aus den Steuererklärungen der Jahre 2008 bis 2009 geht hervor, dass der Beklagte im Jahr 2008 insgesamt Einkünfte von ca. Fr. 29'322.– (Urk. 10/9/11/2 S. 2 f.) sowie im Jahr 2009 von ca. Fr. 38'872.– (Urk. 10/9/11/1 S. 2 f.) erwirtschaften konnte. Dies würde für die Jahre 2008 bis 2009 ein monatliches Netto-

einkommen von durchschnittlich rund Fr. 2'841.40 indizieren. In gewissem Widerspruch dazu steht, dass – wie die Vorinstanz zutreffend errechnete (Urk. 3. S. 6) – der Beklagte alleine durch die Vermietung seiner Arbeitskraft an Kanalreinigungsunternehmen im betreffenden Zeitraum Nettoeinnahmen von rund Fr. 4'000.– pro Monat (2008) bzw. rund Fr. 4'400.– pro Monat (2009) erwirtschaften konnte. Es ist der Vorinstanz dabei auch zuzustimmen, dass aufgrund der Belege des Beklagten zu seiner selbständigen Tätigkeit wenig geschlossen werden kann (Urk. 3 S. 6). Insbesondere lässt sich nicht eruieren, wofür welche Mittel verbraucht wurden. Auch sind die Belege nicht leicht mit den Steuererklärungen bzw. mit den in diesen ausgewiesenen Erträgen und Abzügen in Einklang zu bringen (Urk. 3 S. 7).

Im vorliegenden Verfahren sind nun aber weitere Unterlagen seitens des Beklagten eingereicht worden. Von Bedeutung sind dabei die Bankunterlagen, welche darauf hinweisen, dass der Beklagte tatsächlich nur geringe Umsätze – der Jahresumsatz auf dem zwischenzeitlich saldierten Kontokorrent bei der D._____ [Bank] betrug maximal Fr. 13'183.45 – erzielt (Urk. 20/1 insbesondere letztes Blatt). Weiter ist zu beachten, dass über den Beklagten bereits zwei Mal der Konkurs eröffnet werden musste, wobei beide Verfahren mangels Aktiven wieder eingestellt wurden, letztmals am 15. Juli 2011 (Urk. 39). Da im Konkurs die Vermögenssituation des Konkursiten von Amtes wegen erhoben wird (Art. 221 SchKG) und der Konkursit unter Strafandrohung verpflichtet ist zu kooperieren (Art. 222 SchKG, Art. 163 StGB und Art. 323 StGB), ist dieser Umstand als starker Indikator, dass der Beklagte nicht über nennenswerte und verwertbare Vermögenswerte verfügt, zu werten.

Bei gesamthafter Betrachtung aller Umstände ist glaubhaft, dass der Beklagte tatsächlich nur über ein tiefes Einkommen und kaum liquides Vermögen verfügt. Zudem bestehen keine Anzeichen, dass der Beklagte in Hinblick auf den vorliegenden Prozess sein Einkommen reduzierte, um in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu kommen, vielmehr war seine finanzielle Lage bereits zwei Jahre vor Beginn des vorliegenden Prozesses angespannt. Es ist daher von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen und dem Beklagten in Bezug auf die unentgeltliche Rechtspflege kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Wie so-

gleich aufgezeigt wird, kann darauf verzichtet werden, zu überprüfen, ob der Beklagte tatsächlich nur den in der Steuererklärung ausgewiesenen Ertrag erwirtschaften konnte.

Berücksichtigt man im monatlichen Zwangsbedarf des Beklagten nur die allgemeinen und gängigen Positionen, also zunächst den Grundbetrag gemäss dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 in der Höhe von Fr. 1'200.–, die ausgewiesenen Mietkosten in der Höhe von Fr. 1'400.– (inkl. Nebenkosten; Urk. 20/4), die gerichtsblichen Kosten für Telefon/TV/Radio von Fr. 169.– (inkl. Billag), die Krankenkassenkosten von Fr. 367.50 (Urk. 36 f.) sowie die üblichen Kosten für eine Haftpflicht- und Hausratversicherung für eine Person von Fr. 15.– sowie die Unterhaltsverpflichtung von Fr. 1'000.– resultiert bereits ein monatlicher Zwangsbedarf von Fr. 4'151.–. Selbst wenn vollumfänglich auf die Nettoeinnahmen aus der Vermietung der eigenen Arbeitskraft abgestellt – durchschnittlich Fr. 4'200.– pro Monat während der Jahre 2009 bis 2010 (S. 11 oben hiavor) – und keine weiteren Aufwände berücksichtigt würden, könnte der Beklagte den vorliegenden Prozess nicht finanzieren.

Bei ganzheitlicher Betrachtung der Verhältnisse ist es daher glaubhaft, dass der Beklagte nicht über die nötigen Mittel verfügt, den vorliegenden Prozess zu finanzieren.

b) Die Rechtsbegehren des Beklagten waren nicht aussichtslos, konnte er doch auf dem Vergleichsweg eine deutliche Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung erreichen.

c) Vor dem Hintergrund der Selbstständigkeit des Beklagten und aufgrund des Streitgegenstandes sind nicht anspruchlose Sach- und Rechtsfragen zu klären, deren Beantwortung überdies in persönlicher Hinsicht eine grosse Tragweite hat. Der Beizug einer Rechtsvertreterin ist daher angebracht.

2.4. Dem Beklagten ist somit die unentgeltlich Prozessführung für das vorliegende Verfahren zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zur Seite zu stellen.

3. Der gegenseitige Verzicht der Parteien auf Umtriebs- und Prozessentschädigungen für das Rekursverfahren ist vorzumerken.

4. Die Höhe der Kosten des Rekursverfahrens ist gemäss § 23 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2010 unter Anwendung der § 13, § 4 Abs. 3 und 4 sowie § 5 Abs. 3 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 auf Fr. 2'500.– festzulegen.

5. Vereinbarungsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, jedoch zufolge gewährter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Kommt eine Partei in günstige wirtschaftliche Verhältnisse, so ist sie zur Nachzahlung der ihr erlassenen Gerichtskosten und Auslagen für die Vertretung verpflichtet (§ 92 ZPO/ZH).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Entscheid der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 mit Ausnahme von Disp.-Ziff. 2 der Erstverfügung und Disp.-Ziff. 3, 4 und 5 der Zweitverfügung am 6. Dezember 2010 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Es wird vorgemerkt, dass der Anschlussrekurs der Klägerin zurückgezogen wurde und die Disp.-Ziff. 3 der Zweitverfügung des Entscheids der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 am 11. Februar 2011 in Rechtskraft erwachsen ist.
Das Rekursverfahren wird diesbezüglich als durch Rückzug erledigt abgeschlossen.

3. Vom Rückzug des Antrags des Beklagten, es sei ihm vor der Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung zu genehmigen, wird Vormerk genommen. Entsprechend ist die Disp.-Ziff. 2 der Erstverfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 am 1. Dezember 2011 in Rechtskraft erwachsen.

Das Rekursverfahren wird diesbezüglich als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.

4. Disp.-Ziff. 3 der Zweitverfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- " Der Beklagte ist berechtigt, das Kind C._____ (geb. tt.mm.2008)
- jedes zweite Wochenende, erstmals am Wochenende vom 2. Dezember 2011, von Freitag 18.30 Uhr bis Sonntag, 17.30 Uhr,
 - jedes vierte Wochenende, von Samstag 9.00 Uhr bis Sonntag, 17.30 Uhr,
 - 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.

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt, C._____ während der Ferien für die Dauer von 2 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Beklagte wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens einen Monat im Voraus anzumelden.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache unter Berücksichtigung des Kindeswohls sind jederzeit möglich.

5. Disp.-Ziff. 4 der Zweitverfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" Der Beklagte wird verpflichtet an den Unterhalt von C. _____ zu bezahlen:

- rückwirkend ab 1. Mai 2010 Fr. 400.– pro Monat,
- ab 1. Januar 2012 Fr. 1'000.– pro Monat, sofern keine Kinderzulagen bezogen werden können. Der Betrag verringert sich um allfällige Kinderzulagen.

Diese Beiträge sind jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus zahlbar, erstmals auf den 1. Januar 2012.

Der Beklagte wird verpflichtet für den Monat Dezember 2011 Fr. 650.– zu bezahlen. Davon sind bereits Fr. 300.– bezahlt, Fr. 350.– werden per 15. Dezember 2011 fällig.

Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte die Unterhaltsbeiträge für die Periode vom 1. Mai 2010 bis 30. November 2011 bereits bezahlt hat."

6. Disp.-Ziff. 5 der Zweitverfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 12. Oktober 2010 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
" Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit des Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens auf persönliche Unterhaltsbeiträge verzichtet."
7. Der Klägerin wird für das Rekursverfahren Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
8. Dem Beklagten wird für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
9. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–.
10. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge gewährter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen

auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.

11. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien gegenseitig auf Umtriebs- und Prozessentschädigungen für das Rekursverfahren verzichtet haben.
12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

13. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc