

# ZH\_OBERGERICHT LP100055 vom 30. September 2011

ZH Obergericht, 2011-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LP100055](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LP100055)

FR: ZH\_OBERGERICHT LP100055 du 30 septembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT LP100055 del 30 settembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 10. Mai 2010 stellte die Klägerin und Rekursgegnerin (nachfolgend Klägerin) beim Bezirksgericht Zürich ein Begehren um Erlass von Eheschutzmassnahmen (Vi Urk. 1). Nachdem zunächst der Beklagte und Rekursgegner (nachfolgend Beklagter) und in der Folge auch die Klägerin einen Rechtsvertreter bzw. eine Rechtsvertreterin beigezogen hatten, liessen beide Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung beantragen (Vi Urk. 7, Vi Urk. 17, Vi Urk. 25 S. 1, Vi Urk. 27 S. 2). Nach vollständig durchgeführter Hauptverhandlung schloss die Einzelrichterin mit Verfügungen vom 22. Juli 2010 das erstinstanzliche Eheschutzverfahren ab (Vi Urk. 31 = Urk. 3). Der Klägerin wurde die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und eine unentgeltliche Rechtsvertreterin beigegeben (Urk. 3 Erstverfügung Dispositiv-Ziffer 1). Das diesbezügliche Gesuch des Beklagten wurde abgewiesen (Urk. 3 Erstverfügung Dispositiv-Ziffer 2). Sodann wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt und davon Vormerk genommen, dass sie seit dem 7. Mai 2010 getrennt leben (Urk. 3 Zweitverfügung Dispositiv-Ziffer 1). Hinsichtlich der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten gegenüber der Klägerin entschied die Vorinstanz wie folgt (Urk. 3 Zweitverfügung Dispositiv-Ziffer 3): "3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 860.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend und anteilmässig per 7. Mai 2010." Schliesslich wurden die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren vollumfänglich dem Beklagten auferlegt (Urk. 3 Zweitverfügung Dispositiv-Ziffer 6) und er wurde verpflichtet, der Rechtsvertreterin der Klägerin eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.– zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer zu bezahlen (Urk. 3 Zweitverfügung Dispositiv-Ziffer 7).

### E. 1.1

Der Beklagte beantragt auch für das Rekursverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und die Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 2 S. 3). Zur Begründung bringt er vor, er befinde sich in einer finanziellen Notlage und sei auf einen Rechtsbeistand angewiesen, da er neben den ungenügenden Deutschkenntnissen mit der hiesigen Rechtsordnung wenig vertraut sei und seine Rechte deshalb selbst nicht genügend geltend machen könne (Urk. 2 S. 7). Wie aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, hat sich das Einkommen des Beklagten ab 1. März 2011 auf netto Fr. 3'975.– monatlich verringert. Der verbleibende Freibetrag von Fr. 150.– erweist sich als zu gering, um damit innert angemessener Frist die im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren anfallenden Kosten zu bestreiten. Das Verfahren erschien überdies nicht aussichtslos und der Beklagte war auf rechtlichen Beistand angewiesen. Vor diesem Hintergrund ist die Mittellosigkeit des Beklagten deshalb zu bejahen und es ist ihm für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als

unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

- 21 -

### **E. 1.2**

Die der Klägerin von der Vorinstanz bewilligte unentgeltliche Prozessführung sowie die ihr gewährte unentgeltliche Rechtsvertretung (vgl. Urk. 3 S. 10 Erstverfügung Dispositiv-Ziffer 1) gilt auch für das Rekursverfahren, da vorliegend keine Gründe für einen selbständigen Entscheid der Rechtsmittelinstanz bestehen (§ 90 Abs. 2 ZPO/ZH). 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens

### **E. 1.3**

Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens bilden unter anderem die von der Vorinstanz für die Dauer des Getrenntlebens festgesetzten Unterhaltsbeiträge des Beklagten an die Klägerin, wobei insbesondere die Einkommens- und Bedarfsverhältnisse des Beklagten umstritten sind. Der Streit über die geschuldeten Ehegattenunterhaltsbeiträge unterliegt der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime gemäss § 54 ZPO/ZH. Zur Verhandlungsmaxime gehört das Recht und die Pflicht der Parteien, dem Gericht die für die Beurteilung erheblichen Tatsachen zu unterbreiten und die dafür erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 ff. zu § 54 ZPO/ZH). Die Dispositionsmaxime bedeutet, dass das Gericht auch im Rechtsmittelverfahren an die Parteianträge gebunden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 ff. zu § 54 ZPO/ZH). Das Gericht kann mithin weder mehr zusprechen, als eine Partei verlangt, noch weniger, als eine Partei anerkannt hat (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH). Weiter bilden die von der Vorinstanz festgelegten Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung des Beklagten im Verfahren vor Vorinstanz Gegenstand des Rekursverfahrens.

### **E. 1.4**

Noven sind im Rekursverfahren gemäss § 278 ZPO/ZH in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO/ZH und § 115 ZPO/ZH beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig. Im summarischen Verfahren ist dies namentlich dann der Fall, wenn neue Behauptungen durch neu eingereichte Urkunden sofort glaubhaft gemacht werden können (RB 1996 Nr. 104). Es genügt damit bereits, wenn das Ge-

- 5 - richt aufgrund der neu vorgelegten Urkunden den Eindruck erhält, es bestehe eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der damit untermauerten neuen Behauptung (Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich 2000/316 vom 24. Dezember 2000 S. 12). Nach Massgabe von § 115 ZPO/ZH ist im Rekursverfahren auch die nachträgliche Bezeichnung und Beibringung von Beweismitteln zu beurteilen (§ 278 ZPO/ZH in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO/ZH und § 138 ZPO/ZH).

### **E. 1.5**

Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur soweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. 2. Unterhalt

### **E. 2**

Es sei Ziff. 2 (betr. Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes) der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es

sei der Unterschreibende als unentgeltlicher Rechtsbeistand für das erstinstanzliche Verfahren zu bestellen und es sei dem Rekurrenten die unentgeltliche Prozessführung für das bezirksgerichtliche Verfahren zu gewähren.

### **E. 2.1**

Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren zu regeln. Der Beklagte unterliegt mit seinen Anträgen zur Unterhaltsregelung grösstenteils und bezüglich der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie in der Frage zur unentgeltlichen Prozessführung rund zur Hälfte. In der Gesamtbetrachtung ist die Unterhaltsfrage gegenüber den übrigen Streitpunkten mit drei Viertel zu gewichten. In der Gesamtbetrachtung obsiegt der Beklagte zu rund 10%. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich damit, die Kosten des Rekursverfahrens zu 9/10 dem Beklagten und zu 1/10 der Klägerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH).

### **E. 2.2**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 GerGebV, § 5 Abs. 1 GerGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 3 GerGebV und § 5 Abs. 3 GerGebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Als Folge der Kostenverlegung ist der Beklagte schliesslich zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Klägerin eine auf 4/5 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 und § 89 Abs. 1 ZPO). Die volle Prozessentschädigung ist auf Fr. 3'000.– festzulegen (§ 4 Abs. 1 und Abs. 3 AnwGebV in Verbindung mit § 3 Abs. 4 und Abs. 5 AnwGebV und § 12 AnwGebV). Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006). Es wird beschlossen: 1. Dem Beklagten wird für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

- 22 - 2. In teilweiser Gutheissung des Rekurses des Beklagten wird Dispositiv-Ziffer 2 der Erstverfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 22. Juli 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgewiesen. Dem Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt." 3. In teilweiser Gutheissung des Rekurses des Beklagten werden die Dispositiv-Ziffern 3, 6 und 7 der Zweitverfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 22. Juli 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend und anteilmässig: - ab 7. Mai 2010 Fr. 860.– - ab 1. März 2011 Fr. 785.– 6. Die Kosten werden zu drei Viertel dem Beklagten und zu einem Viertel der Klägerin auferlegt, der auf die Klägerin entfallende Anteil wird einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachforderung im Sinne von § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.

### **E. 2.3**

Einkommen der Klägerin Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz erzielt die Klägerin bei einem Arbeitspensum von 50% ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 3'032.– (inkl. 13. Monatslohn und Kinderzulagen). Für ihre beiden Kinder erhält sie überdies Alimentenzahlungen von Fr. 1'400.–, was ein monatliches Gesamteinkommen von rund Fr. 4'432.– ergibt, welches vom Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren anerkannt wurde

(Urk. 3 S. 6, Vi Prot. S. 9). Im Eheschutzverfahren ist grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen. Eine Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur zu bejahen, wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushaltes gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel - allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen - trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse zumutbar ist (BGE 130 III 542 E. 3.2; Schwenger, FamKomm Scheidung, 2. Auflage, Bern 2011, N 16 zu Art. 125 ZGB) Eine Einkommenssteigerung kann schliesslich nur dort verlangt werden, wo anhand konkreter Tatsachen (berufliche Qualifikation, Ausbildung einerseits, Arbeitsmarktsituation und durchschnittliche Verdienstmöglichkeiten andererseits) aufgezeigt werden kann, weshalb und inwiefern sie realistisch erscheint. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Hausheer/Reusser/Geisser, Berner Kommentar, Bd. 2: Das Familienrecht, Abt. 1: Das Eherecht, Teilbd. 2.: Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen; Art. 159-180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999, N 19a zu Art. 176 ZGB mit Hinweisen). Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens ist eine Pflicht eines Ehegatten zur Ausdehnung seiner Erwerbstätigkeit grundsätzlich zurückhaltender anzunehmen als im Zusammenhang mit der Festsetzung des nahehelichen Unterhalts (Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007 S. 1223 ff., S. 1239). Der Unterhalt der Familie wird unter dem Titel "Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen" in den Art. 163 ff. ZGB geregelt. Auch nach Aufhebung des gemeinsa-

- 10 - men Haushaltes in einem Eheschutzverfahren behält der Unterhaltsanspruch seine Grundlage in diesen Gesetzesbestimmungen. Bei der Festsetzung von Geldbeträgen des einen Ehegatten an den anderen nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB geht das Gericht grundsätzlich von den bisherigen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilung und Geldleistung aus, die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben haben (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Angesichts des provisorischen Charakters der Eheschutzmassnahmen sollen solche ehelichen Strukturen hinsichtlich des während des Getrenntlebens geschuldeten Unterhalts nicht ohne Not umgestossen werden. Die Klägerin hat während des ehelichen Zusammenlebens zu einem Pensum von 50% gearbeitet, was im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten war (vgl. Vi Urk. 2/2, 2/6 und 26/2; Vi Prot. S. 11). Der Beklagte stellte sich indes schon dort auf den Standpunkt, die Klägerin könne ihr Arbeitspensum problemlos erhöhen, da sich die Situation merklich geändert habe (vgl. Vi Prot. S. 14). Im Rekursverfahren bringt er zur Begründung seines Antrages betreffend die gänzliche Befreiung von einer Unterhaltsverpflichtung der Klägerin gegenüber vor, um eine allfällige finanzielle Lücke zu decken, könne die Klägerin bis zu 80% arbeiten, sei sie doch jung, dynamisch, intelligent und habe sehr gute Berufserfahrung. Ihre beiden Kinder D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ seien 16 und 14 Jahre alt (Urk. 2 S. 4). Die Klägerin lässt zu ihrer finanziellen Situation unter Verweis auf bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Belege ausführen, dass sie auf Unterhaltsbeiträge des Beklagten angewiesen sei, da sie weder auf eine Sparquote noch auf Vermögen zurückgreifen könne, um ihren Lebensbedarf zu decken. Ihr Einkommen reiche dazu nicht aus und in der Lebenshaltung könnten keine Abstriche mehr gemacht werden. Ein zusätzliches Einkommen zu erzielen sei ihr überdies nicht möglich, da sie einerseits ihre beiden 14 und 16 Jahre alten Söhne aus erster Ehe betreuen müsse und

andererseits eine Aufstockung ihres Arbeitspensums zur Zeit nicht möglich sei (Urk. 12 S. 3). Ausserdem habe der Beklagte während der Ehe gewollt, dass sie zu Hause bleibe und nicht arbeiten gehe (Vi Prot. S. 14).

- 11 - Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann einer Frau, welche bis anhin die Kinder betreute, grundsätzlich erst dann, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr absolviert hat, die Aufnahme einer Vollzeitstelle zugemutet werden (vgl. Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 22 zu Art. 125 mit Hinweis auf BGE 115 II 10 und BGE 115 II 432; Schwenger, a.a.O., N 62 zu Art. 285 mit Hinweis auf BGE 115 II 10 und weitere; Haus- heer/Spycher/Kocher/Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz 05.104 zit. BGE 115 II 6 ff.; Pra 92/2003 Nr. 175 E.2.3.1.). Die Klägerin arbeitet in einem 50% Pensum bei der F.\_\_\_\_\_. Ihre Kinder sind 14 und 16 Jahre alt. Es handelt sich dabei zwar nicht um gemeinsame Kinder mit dem Beklagten, jedoch haben die beiden im ehelichen Haushalt gelebt und wurden während des Zusammenlebens der Parteien von der Klägerin betreut. Solange das jüngere der beiden Kinder das 16. Altersjahr nicht zurückgelegt hat, ist sie deshalb nicht zu verpflichten, ihre bisherige Erwerbstätigkeit auszudehnen. Der Beklagte hat im Übrigen auch nicht substantiiert ausgeführt, in welchem Bereich die Klägerin ihr Arbeitspensum konkret erhöhen können soll.

#### **E. 2.4**

Bedarf des Beklagten Die Vorinstanz errechnete beim Beklagten einen Notbedarf von Fr. 3'814.– (Urk. 3 S. 7). Mit seinem Rekurs ficht der Beklagte diese Notbedarfsbemessung an und beantragt eine Erhöhung bei einzelnen Bedarfspositionen, während er für die auswärtige Verpflegung einen tieferen Betrag berücksichtigen möchte (Urk. 2 S. 4 f.). a) Miete Für die Miete wurde dem Beklagten von der Vorinstanz der hypothetische Betrag von Fr. 1'500.– eingesetzt, obwohl er zum damaligen Zeitpunkt mit seinem Bruder und dessen Mitbewohner zusammen gewohnt und lediglich Fr. 800.– Mietanteil bezahlt hat (Prot. I S. 10, Urk. 3 S. 7 f.). Der Beklagte macht rekursweise geltend, er habe inzwischen eine Wohnung für Fr. 1'787.– mieten können und reicht einen entsprechenden Untermietvertrag für eine möblierte Wohnung vom 26. Juli 2010 ein (Urk. 2 S. 4 und Urk. 4). Zur Höhe des Mietzinses lässt der Beklagte ausführen, dass er zur Beschaffung von neuem

- 12 - Mobiliar und Hausrat mindestens Fr. 250.– monatlich benötigte, weshalb der höhere Mietzins für eine bereits möblierte Wohnung gerechtfertigt sei (Urk. 2 S. 5 f.). Die Klägerin lässt hierzu in ihrer Rekursantwort ausführen, die vom Beklagten lediglich 4 Tage nach der Hauptverhandlung vor Vorinstanz gemietete 4-Zimmerwohnung werde gar nicht von ihm bewohnt und überdies sei der Mietzins von Fr. 1'787.– zu hoch für eine Einzelperson, weshalb dem Beklagten für die Miete Fr. 1'200.– im Notbedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 12 S. 4 Ziff. 11 und Ziff. 13). Überdies habe der Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz nichts von dieser Wohnung erwähnt, obwohl zu diesem Zeitpunkt bestimmt schon Gespräche gelaufen seien, schliesslich miete man eine Wohnung nicht von einem Tag auf den anderen (Urk. 12 S. 4 Ziff. 11). Ob die 4-Zimmerwohnung an der ...str. ... in ... G.\_\_\_\_\_. tatsächlich vom Beklagten bewohnt wird oder nicht, kann letztlich dahingestellt bleiben. Fest steht in diesem Zusammenhang lediglich, dass der von ihm geltend gemachte Mietzins von Fr. 1'787.– für eine Einzelperson zu hoch ist, selbst wenn es sich um eine bereits möblierte Wohnung handelt. Dies vor allem auch im Hinblick auf den während der Ehe gelebten Standard, welcher nicht so hoch

gelegen hat. Ein Blick auf das Immobilienportal [www.homegate.ch](http://www.homegate.ch) zeigt, dass zum heutigen Zeitpunkt für einen Mietzins zw. Fr. 1'000.– und Fr. 1'200.– im Kanton Zürich 193 Objekte angeboten werden. Unter Berücksichtigung der äusserst angespannten finanziellen Verhältnisse der Parteien sowie des Umstandes, dass die Klägerin zusammen mit zwei Kindern einen Mietzins von Fr. 1'650.– bezahlt (Vi Urk. 25 S. 3, Urk. 26/3 und 26/4), ist dem Beklagten deshalb der Betrag von Fr. 1'200.– im Bedarf zu berücksichtigen. Es bleibt ihm zwar unbenommen, sich eine Wohnung für Fr. 1'787.– monatlich zu mieten, indes kann dieser hohe Mietzins nicht zu Lasten seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin gehen. Um den nicht in seinem Bedarf berücksichtigten Betrag für die Miete aufbringen zu können, hat der Beklagte sich entweder eine günstigere Wohnung zu mieten oder er könnte beispielsweise ein Zimmer seiner jetzigen Wohnung untervermieten. b) Auswärtige Verpflegung Entsprechend seinem angeblich reduzierten Arbeitspensum macht der Beklagte für auswärtige Verpflegung neu einen Betrag von Fr. 225.– monatlich geltend

- 13 - (Urk. 2 S. 5). Seine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit beträgt laut Vertrag 28.6 Stunden und der Beklagte arbeitet an 46 Wochenenden im Schichtbetrieb (Urk. 31). Davon ausgehend, dass der Beklagte an durchschnittlich vier Wochenenden pro Monat arbeitet, macht er pro Wochenende einen Betrag für auswärtige Verpflegung von rund Fr. 56.– geltend (Fr. 225.– / 4). Bei einer Aufteilung der vertraglich festgelegten Arbeitszeit von 28.6 Stunden auf drei Schichten à 9.5 Stunden ergibt dies einen Betrag von Fr. 18.75 pro Mahlzeit. Gemäss dem Kreis Schreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 sind im Grundbetrag die Kosten für Nahrung grundsätzlich bereits berücksichtigt, so dass es angemessen erscheint, dem Beklagten für die ihm zusätzlich entstehenden Kosten der auswärtigen Verpflegung Fr. 10.– pro Mahlzeit in den Bedarf einzurechnen. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen ergibt dies pro Monat Fr. 120.–, die im Bedarf des Beklagten zu berücksichtigen sind. c) Steuern Schliesslich lässt der Beklagte ausführen, er müsse ca. 10% seines Einkommens an Steuern bezahlen und rügt die von der Vorinstanz errechnete monatliche Steuerbelastung von Fr. 292.–. Diese bewege sich entsprechend dem Einkommen des Beklagten vielmehr in der Höhe von Fr. 432.– (Urk. 2 S. 6, Urk. 3 S. 7 f.). Einen Beleg über die tatsächliche Steuerbelastung oder eine Steuererklärung lässt der Beklagte indes zur Belegung seiner Behauptungen nicht einreichen, sondern verweist pauschal auf die Hilfsblätter des Steueramtes (Urk. 2 S. 6). In seiner Eingabe vom 10. März 2011 macht der Beklagte schliesslich geltend, von seinem Bruttolohn werde die Quellensteuer von rund Fr. 219.– monatlich abgezogen (Urk. 30 S. 1, Urk. 28/3). Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens ist die inskünftig anfallende steuerliche Belastung nicht exakt zu berechnen, sondern in Ausübung pflichtgemässen Ermessens zu schätzen (Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, Teilband II 1c: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159 - 180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1998, N 118 A II Ziffer 12 zu Art. 163 ZGB, mit weiteren Hinweisen). Die Vorinstanz hat die monatliche

- 14 - Steuerbelastung des Beklagten aufgrund seiner im Verfahren geltend gemachten Bedarfswerte und mit Hilfe des in der Praxis weit verbreiteten Unterhaltsberechnungsprogrammes von Martin Farner ([www.farnerlaw.ch](http://www.farnerlaw.ch)) ermittelt. Diese Berechnung erscheint angemessen und der Kläger vermochte im Rekursverfahren eine höhere Steuerbelastung nicht genügend glaubhaft zu machen, weshalb die von der Vorinstanz festgelegte steuerliche Belastung bis 28. Februar 2011 mit rund Fr. 292.– im Bedarf des

Beklagten zu berücksichtigen ist. Ab 1. März 2011 macht der Beklagte eine monatliche steuerliche Belastung von rund Fr. 219.– geltend (Urk. 28/3, Urk. 30), was von der Gegenseite – zumindest, was die Berechnung betrifft (vgl. Urk. 36) – nicht bestritten wurde und deshalb im genannten Umfang zu berücksichtigen ist. Da die Quellensteuer dem Beklagten direkt vom Lohn abgezogen wird, ist sie ab 1. März 2011 auch dort zu berücksichtigen und nicht gesondert im Bedarf aufzuführen. d) Bedarf Der Bedarf des Beklagten setzt sich aufgrund der vorstehenden Ausführungen somit wie folgt zusammen: Grundbetrag Fr. 1'200.– Miete Fr. 1'200.– Krankenkasse Fr. 230.– Telefon/Radio/TV Fr. 150.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 21.– Mobilität öV Fr. 120.– auswärtige Verpflegung Fr. 120.– Steuern (bis 28. Februar 2011) Fr. 292.– TOTAL Bedarf (bis 28. Februar 2011) Fr. 3'333.– (ab 1. März 2011) Fr. 3'041.–

### **E. 2.5**

Bedarf der Klägerin Die von der Vorinstanz für die Klägerin angestellte Notbedarfsberechnung bestreitet der Beklagte nicht, weshalb diese unverändert zu übernehmen ist. Das zu deckende Existenzminimum der Klägerin präsentiert sich somit wie folgt:

- 15 - Grundbetrag Fr. 1'350.– Grundbetrag Kind 1 Fr. 600.– Grundbetrag Kind 2 Fr. 600.– Miete Fr. 1'650.– Krankenkasse Fr. 287.– Telefon/Radio/TV Fr. 150.– Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 21.– Mobilität öV Fr. 57.– auswärtige Verpflegung Fr. 140.– Steuern (geschätzt) Fr. 213.– TOTAL Bedarf (gerundet) Fr. 5'068.–

### **E. 2.6**

Unterhaltsberechnung Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf beider Parteien ergibt folgendes Bild:

### **E. 2.7**

Die Vorinstanz hat den Beklagten verpflichtet, der Klägerin Unterhaltsbeiträge von Fr. 860.– monatlich zu bezahlen, wozu er aufgrund der vorstehenden Ausführungen zu seinen finanziellen Verhältnissen bis Ende Februar 2011 ohne Weiteres in der Lage ist. Die Klägerin benötigt zur Deckung ihres Notbedarfs Fr. 636.– (Bedarf Fr. 5'068.– ./). Einkommen Fr. 4'432.–). Ab 1. März 2011 resultiert aufgrund der obigen Berechnung – unter Berücksichtigung des hälftigen Anteils am Freibetrag – ein Unterhaltsbeitrag an die Klägerin von Fr. 785.–. Damit ist ihr Bedarf auch ab 1. März 2011 weiterhin gedeckt. Der Beklagte ist somit in teilweiser Bestätigung der vorinstanzlichen Regelung zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer vom 7. Mai 2010 bis zum 28. Februar 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 860.– und ab 1. März 2011 von Fr. 785.– zu bezahlen. 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens

## **E. 3**

Es sei der Rekurrent zu keinen Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten.

### **E. 3.1**

Fällt die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so setzt sie im Rahmen der Rechtsmittelanträge auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Massgabe von § 64 ZPO/ZH fest (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 23 zu § 64 ZPO/ZH). Diese sind nach dem Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Parteien zu regeln (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist grundsätzlich von den vor Vorinstanz gestellten

Parteienanträgen und dem nun im Rekursverfahren getroffenen Entscheid auszugehen. Sind in zweiter Instanz jedoch nicht mehr alle im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Rechtsbegehren

- 17 - streitig, so ist über die Verlegung von Kosten und Entschädigungen für jede Verfahrensstufe getrennt zu befinden (ZR 72 [1973] Nr. 15). In seiner Rekurschrift macht der Beklagte geltend, er sei im vorinstanzlichen Verfahren lediglich mit einem von insgesamt sechs Anträgen unterlegen und die Klägerin habe ihrerseits nur in einem Punkt obsiegt. Die restlichen Anträge der Parteien hätten entweder gleich gelautet oder man sei sich anlässlich der Verhandlung einig geworden. Er sei somit nur zu einem Drittel unterlegen, weshalb die Klägerin die Gerichtskosten zu zwei Dritteln zu tragen habe. Im gleichen Verhältnis sei sodann auch die Prozessentschädigung an die Vertreterin der Klägerin festzusetzen (Urk. 2 S. 6). Die Klägerin verzichtete unter Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz auf Ausführungen hierzu (Urk. 12 S. 5).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat dem Beklagten die Gerichtskosten vollumfänglich auferlegt und ihn verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen (Urk. 3 S. 10).

### **E. 3.3**

Im Verfahren vor Vorinstanz war das Getrenntleben der Parteien zu regeln, sodann die Zuteilung der ehelichen Wohnung, die Rückgabe der Schlüssel zur ehelichen Wohnung, die Entfernung der persönlichen Effekten des Beklagten aus der Wohnung sowie die Unterhaltszahlung während des Getrenntlebens. Zudem stellten beide Parteien einen übereinstimmenden Antrag auf Anordnung der Gütertrennung per 22. Juli 2010 (Vi Prot. S. 13). Einzig über die Höhe der Unterhaltsbeiträge wurden sich die Parteien nicht einig, während die restlichen Punkte anlässlich der Verhandlung einvernehmlich geregelt werden konnten respektive die Anträge der Parteien schon von Beginn weg gleich lauteten (Vi Urk. 25 und Vi Urk. 27). Die Berechnung der Unterhaltsbeiträge im vorinstanzlichen Verfahren ist bei der Bestimmung von Obsiegen und Unterliegen mit der Hälfte zu gewichten, während die restlichen Punkte die andere Hälfte ausmachten. Diese Kosten sind den Parteien je zur Hälfte – mithin also zu je einem Viertel – aufzuerlegen. Bezüglich der Unterhaltsbeiträge unterliegt der Beklagte vollumfänglich, weshalb er diese Kosten zu tragen hat. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 6 der angefochtenen Zweitverfügung vom 22. Juli 2010 sind die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens damit zu drei Vierteln dem Beklagten und zu einem Viertel der Klägerin auf-

- 18 - zuerlegen. Die Höhe der Prozessentschädigung wurde von den Parteien nicht angefochten und erscheint überdies angemessen. Entsprechend der Kostenregelung ist in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 7 der angefochtenen Zweitverfügung vom 22. Juli 2010 der Beklagte somit zu verpflichten, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine Prozessentschädigung von Fr. 1'250.– (1/2 von Fr. 2'500.–) zuzüglich Fr. 95.– (7.6% Mehrwertsteuer), also total Fr. 1'345.–, zu bezahlen. 4. Unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung im vorinstanzlichen Verfahren

### **E. 4**

Es sei dem Beklagten [recte wohl: Rekurrenten] ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person des Unterschreibenden für das Obergericht Verfahren zu bestellen und es sei ihm die

unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin [recte wohl: Rekursgegnerin]." In ihrer innert erstreckter Frist erstatteten Rekursantwort vom 6. September 2010 schloss die Klägerin auf vollumfängliche Abweisung des Rekurses und Bestätigung der angefochtenen Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (Urk. 12 S. 2). Im Weiteren liess auch sie für das Rekursverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin stellen (Urk. 12 S. 2). Der Beklagte liess daraufhin mit Eingaben vom 15. September 2010 sowie vom 11. Oktober 2010 diverse weitere Unterlagen nachreichen (Urk. 13, Urk. 15/1-3, Urk. 17, Urk. 18), zu welchen die Klägerin mit Eingabe vom 28. Oktober 2010 Stellung nahm und ihrerseits weitere Urkunden einreichte (Urk. 20, Urk. 21). Zu einer weiteren Eingabe des Beklagten vom 4. November 2010 (Urk. 23) nahm die Klägerin mit Eingabe vom 12. November 2010 schliesslich unaufgefordert nochmals Stellung (Urk. 25). Zu den mit Schreiben vom 3. bzw. 10. März 2011 vom Beklagten neu eingereichten Unterlagen (Urk. 27 und Urk. 28/1-3, Urk. 30 und 31) nahm die Klägerin schliesslich mit Eingabe vom 4. April 2011 Stellung (Urk. 36). 3. Nach dem Verzicht der Vorinstanz auf Vernehmlassung zum Rekurs des Beklagten (Urk. 6) erweist sich das Verfahren nunmehr als spruchreif. II. 1. Vorbemerkungen

#### **E. 4.1**

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung sowie insbesondere das Erfordernis der Mittellosigkeit wurden von der Vorinstanz zutreffend dargestellt (Urk. 3 S. 9). Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann vorab auf diese vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH). Anzuführen ist in prozessualer Hinsicht, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss § 84 Abs. 2 ZPO/ZH eine beschränkte Officialmaxime gilt. Danach sind die Voraussetzungen für die Gewährung des Armenrechts grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen, sofern ein entsprechender Antrag gestellt wird und unter Vorbehalt gewisser Mitwirkungspflichten der gesuchstellenden Partei (ZR 90 [1991] Nr. 57; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 ff. zu § 84 ZPO/ZH; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 BV], Basel 2008, S. 77). Aufgrund der beschränkten Officialmaxime sind im Rechtsmittelverfahren auch Noven uneingeschränkt zulässig (§ 115 Ziff. 4 ZPO/ZH in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO/ZH und § 278 ZPO/ZH).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat dem Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege nicht stattgegeben mit der Begründung, dass ihm in der Bedarfsrechnung ein hypothetischer Mietzins von Fr. 1'500.– eingesetzt worden sei, obwohl er seit der Trennung von seiner Ehefrau bis zum Finden einer neuen Wohnung effektiv nur Fr. 800.– für seinen Mietanteil bezahle. Die dadurch zu seinen Gunsten entstehende Differenz von Fr. 700.– zuzüglich des ihm zu Verfügung stehenden Freibetrages von rund Fr. 222.– ergebe (bis zum Auszug des Beklagten in eine neue Wohnung) einen monatlichen Überschuss von Fr. 922.–. Demzufolge sei es

- 19 - ihm ohne Weiteres möglich, aus dem laufenden Einkommen für die Prozesskosten - falls nötig in Form von Ratenzahlungen - aufzukommen (Urk. 3 S. 10).

#### **E. 4.3**

In seiner Rekurschrift bringt der Beklagte vor, nicht über genügend finanzielle Mittel zu verfügen, um einen Rechtsvertreter zu bezahlen. Es läge auf der Hand, dass er weder die hohen Anwalts- noch die Gerichtskosten zahlen könne, schon gar nicht könne er den Vorschuss von Fr. 5'000.– für seinen Rechtsvertreter aufbringen. Ratenzahlung sei bei seinem Rechtsvertreter nicht möglich, und es sei überdies vom tatsächlichen Einkommen des Beklagten auszugehen und nicht von seinem durchschnittlichen Einkommen im Jahr 2009, wie dies die Vorinstanz gemacht habe. Der Beklagte spreche sodann nicht genügend gut Deutsch, um sich ohne Rechtsvertreter vor Gericht zu behaupten, wobei er sich nicht nur gegenüber der Gegenseite, sondern auch gegenüber der Vorinstanz, welche ihn unter Druck zu setzen versuchte, habe behaupten müssen (Urk. 3 S. 6 f.). Die Klägerin liess sich zu diesen Vorbringen des Beklagten nicht vernehmen und verwies auf die Begründung der Vorinstanz in der Verfügung vom 22. Juli 2010 (Urk. 12 S. 5 Ziff. 20).

#### **E. 4.4**

Zunächst ist festzuhalten, dass der Beklagte seit der Trennung von der Klägerin unbestrittenermassen lediglich Fr. 800.– für seinen Mietkostenanteil bezahlt hat. Selbst wenn dem Beklagten nur Fr. 1'200.– an Mietkosten in den Bedarf eingerechnet werden, entsteht ihm ein Überschuss von Fr. 400.– monatlich (Differenz zw. hypothetischen Mietkosten von Fr. 1'200.– und tatsächlich bezahlten Mietkosten von Fr. 800.–), welchen er - wie die Vorinstanz in ihren Erwägungen zutreffend festgehalten hat - zur Bestreitung der anfallenden Prozesskosten verwenden kann. Zudem wurde dem Beklagten gemäss dem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 der Grundbetrag für eine alleinstehende Person von Fr. 1'200.– in den Bedarf eingerechnet, obwohl er in einer Haushaltgemeinschaft mit erwachsenen Personen gelebt hat respektive lebt, was einen weiteren Überschuss ergibt. Sodann hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, der dem Beklagten aufgrund der vorgenommenen Bedarfsberechnung zu Verfügung stehende Freibetrag sei ebenfalls zur Bestreitung der Prozesskosten zu verwenden. Wie die vorstehenden Erwägungen zu

- 20 - den finanziellen Verhältnissen des Beklagten zeigen, bleibt ihm ein Freibetrag von Fr. 465.– für die Zeit bis 28. Februar 2011. Damit sowie mit dem erwähnten Überschuss aus den Mietkosten sollte es ihm innert nützlicher Frist möglich sein, zumindest die Gerichtskosten – möglicherweise in Raten – abzuführen. Hingegen ist dem Beklagten die unentgeltliche Prozessführung für das vorinstanzliche Verfahren zu bewilligen und es ist ihm Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

#### **E. 4.5**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass in teilweiser Gutheissung des Rekurses des Beklagten Dispositiv Ziffer 2 der Erstverfügung der Vorinstanz vom 22. Juli 2010 aufzuheben und durch eine entsprechende Fassung zu ersetzen ist. III. 1. Unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung im Rekursverfahren

#### **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 8**

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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt höher als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 30. September 2011

\_\_\_\_\_ OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH I.  
Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. B. Demuth versandt am: js

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.