

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LP100006-O/U
damit vereinigt: LP100005

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. H.A. Müller und
Dr. M. Kriech sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 13. April 2012

in Sachen

A._____,

Beklagter und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

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

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfah-
ren am Bezirksgericht Meilen vom 7. Januar 2010 (EE090045)**

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Die Parteien standen seit dem 12. Juni 2009 bei der Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (vgl. Urk. 7/1 S. 1)

Mit Verfügung vom 7. Januar 2010 entschied die Vorinstanz unter anderem das Folgende (Urk. 3 S. 21 ff.):

- " 1. Das Gesuch der Klägerin um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
- 2. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
- 3. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und bereits seit 1. Oktober 2008 getrennt leben.
- 4. Die Kinder C._____, geb. tt.mm.2000, D._____, geb. tt.mm.2002 und E._____, geb. tt.mm.2005 werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.
- 5. (Besuchsrecht)
- 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'520.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Oktober 2008.
- 7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt der drei Kinder monatlich je Fr. 900.– (je zuzüglich allfällige gesetzliche und/oder vertragliche Kinderzulagen) pro Kind zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Oktober 2008.
- 8. Es wird festgestellt, dass der Beklagte an die gemäss den vorstehenden Dispositiv-Ziffern 6 und 7 für die Zeit vom 1. Oktober 2008 bis 31. Oktober 2009 geschuldeten Unterhaltsbeiträge bereits Fr. 4'000.– pro Monat bezahlt hat.
- 9.-13. (...)"

2. a) Mit fristgerechter Eingabe vom 21. Januar 2010 erhob die Klägerin und Rekursgegnerin (fortan Klägerin) Erstrekurs gegen die Verfügung vom 7. Januar 2010 und stellte die folgenden Anträge (LP100005: Urk. 2 S. 2):

1. Es sei Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 07.01.2010, Geschäfts-Nr.: EE090045, aufzuheben;
2. es sei der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,6 % Mwst. zu Lasten des Staates.

Ferner stellte sie den prozessualen Antrag, es sei ihr auch für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ zu bestellen (LP100005; Urk. 2 S. 2).

b) Gleichentags erhob der Beklagte und Rekurrent (fortan Beklagter) Zweitrekurs gegen die Verfügung vom 7. Januar 2010 und stellte dabei die folgenden Anträge (Urk. 2 S. 2):

1. Es sei in Aufhebung von Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung dem Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, mithin ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm eine unentgeltliche Rechtsvertreterin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ zu bestellen.
2. Es sei in Aufhebung von Ziff. 6 der angefochtenen Verfügung mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten von einer Verpflichtung zur Zahlung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin abzusehen.
3. Es sei in Aufhebung von Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung von einer Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen an die drei Kinder ab 1. November 2009 abzusehen, eventualiter seien diese angemessen, d.h. auf nicht mehr als Fr. 200.– pro Kind ab 1. November 2009 zu reduzieren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Rekursgegnerin.

Der Beklagte stellte sodann den prozessualen Antrag, es sei ihm die Frist zur Einreichung der ergänzten Rekursbegründung zu erstrecken (Urk. 2 S. 2).

c) Mit Präsidialverfügung vom 25. Januar 2010 wurde dem Beklagten die Frist zur Ergänzung der Rekursbegründung einmalig erstreckt bis am 10. Februar 2010 (Urk. 6 S. 2 Dispositivziffer 1). Die ergänzte Rekursbegründung vom 10. Februar 2010 erstattete der Beklagte innert Frist (Urk. 8).

d) Die Vorinstanz verzichtete am 25. Januar 2010 (LP100005; Urk. 7) bzw. am 15. Februar 2010 (Urk. 12) auf Vernehmlassungen zu den Rekursen der Parteien.

e) Innert Frist verzichtete der Beklagte mit Eingabe vom 10. Februar 2010 auf Erstattung der Rekursantwort zum Rekurs der Klägerin (LP100005; Urk. 10).

f) Mit fristgerechter Eingabe vom 8. März 2010 beantwortete die Klägerin den Rekurs des Beklagten. Sie stellte dabei folgende Anträge (Urk. 14 S. 2):

- " 1. Es sei der Rekurs des Rekurrenten vom 21.01.2010 respektive 10.02.2010 abzuweisen;
2. hingegen sei der Rekurs der Rekursgegnerin vom 21.01.2010 (LP100005) gutzuheissen;
3. unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,6 % Mwst. zu Lasten des Rekurrenten."

Ferner wiederholte sie den prozessualen Antrag, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben (Urk. 14 S. 2).

g) Am 24. November 2010 wurden die Parteien zur Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung auf den 17. Januar 2011 vorgeladen (Urk. 16). Dem Beklagten wurde dabei das persönliche Erscheinen erlassen. Seiner Rechtsvertreterin wurde hingegen aufgetragen sicherzustellen, dass er während der Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung telefonisch zu erreichen sei (Urk. 15 S. 2 Dispositivziffern 2 f.).

h) Zur Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 17. Januar 2011 erschienen Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ namens und mit Vollmacht des Be-

klagten sowie Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ namens und in Begleitung der Klägerin (Prot. S. 6).

Die Parteien schlossen anlässlich dieser Verhandlung folgende Vereinbarung (Urk. 17, Prot. S. 6 f.):

" 1. Die Parteien beantragen übereinstimmend, die angefochtenen Dispositivziffern 6 und 7 der vorinstanzlichen Verfügung vom 7. Januar 2010 seien durch folgende Fassung zu ersetzen:

" 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'650.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Oktober 2008.

7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt der drei Kinder monatlich je Fr. 750.– (je zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulagen [Kinder-/Ausbildungszulagen]) pro Kind zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Oktober 2008."

2. Die Parteien vereinbaren, die Kosten der Rekursverfahren LP100005 und LP100006 je zur Hälfte zu tragen. Sodann verzichten sie für diese beiden Rekursverfahren gegenseitig auf Prozessentschädigungen.

3. Diese Vereinbarung tritt in Kraft, sofern nicht eine Partei bis am 24. Januar 2011 (Datum des Poststempels) diese widerruft."

i) Innert Frist widerrief der Beklagte mit Eingabe vom 24. Januar 2011 die Vereinbarung vom 17. Januar 2011 (Urk. 18).

k) Mit Schreiben vom 14. Februar 2011 zeigte der Beklagte den Wechsel seines Rechtsvertreters an (Urk. 19A-B). Mit Schreiben vom 1. April 2011 erneuerte dieser das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 23).

l) Am 17. Juni 2011 ging hierorts eine Noveneingabe des Beklagten vom 16. Juni 2011 ein (Urk. 24-26/19).

m) Mit Eingabe vom 22. Juni 2011 beantragte die Klägerin, der Schriftsatz des Beklagten vom 16. Juni 2011 sei aus dem Recht zu weisen (Urk. 27). Mit Präsidialverfügung vom 24. Juni 2011 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um

zum Antrag der Klägerin vom 22. Juni 2011 Stellung zu nehmen (Urk. 28). Innert Frist stellte der Beklagte mit Eingabe vom 18. Juli 2011 den Antrag, es sei der Antrag der Klägerin abzuweisen und sein Schriftsatz vom 16. Juni 2011 im Recht zu belassen (Urk. 32).

n) Mit Eingabe vom 19. Juli 2011 machte die Klägerin Noven geltend (Urk. 33-35).

o) Mit Präsidialverfügung vom 10. August 2011 wurde die Eingabe des Beklagten vom 16. Juni 2011 im Recht belassen. Den Parteien wurde sodann Frist angesetzt, um zur jeweiligen Noveneingabe der Gegenseite Stellung zu nehmen (Urk. 36).

p) Mit fristgerechten Eingaben des Beklagten vom 30. August 2011 (Urk. 40) sowie der Klägerin vom 12. September 2011 (Urk. 41) nahmen die Parteien Stellung zur jeweiligen Noveneingabe der Gegenseite.

II. Prozessvereinigung

Für die beiden Rekurse wurden wie ausgeführt die Verfahren LP100005 und LP100006 angelegt. Es ist derselbe Entscheid der Vorderrichterin angefochten und es stehen sich in den beiden Rekursverfahren dieselben Parteien gegenüber. Es rechtfertigt sich daher, das Rekursverfahren LP100005 mit dem vorliegenden zu vereinigen und unter dieser Prozessnummer (LP100006) weiterzuführen. Das Rekursverfahren LP100005, dessen Akten als Urk. 48 zu denjenigen des vorliegenden Prozesses zu nehmen sind, ist daher durch Vereinigung erledigt abzuschreiben.

III. Einkommen des Beklagten

1. Auf die Ausführungen der Parteien ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidfindung notwendig ist.

2. Gemäss Art. 404 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der ZPO rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Somit sind vorlie-

gend nach wie vor das Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich (GVG/ZH) anwendbar.

3. Gemäss § 114 ZPO/ZH sind Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtschrift nicht vorgebracht haben. Davon ausgenommen sind gemäss § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH Tatsachen, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat. Ziff. 4 betrifft Tatsachen und Beweismittel, die nach der Officialmaxime zu berücksichtigen sind (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 114/115 N 11 m.w.H.). Der Kinderunterhalt unterliegt von Bundesrechts wegen der Officialmaxime (BGE 129 III 417 E. 2.1.1 S. 420 oben) und der Untersuchungsmaxime (Art. 176 Abs. 3 i.V.m. aArt. 280 Abs. 2 ZGB). Obwohl die Untersuchungsmaxime in erster Linie dem Interesse des Kindes dient, muss sie auch dem Schuldner der Unterhaltsbeiträge zugute kommen (BGE 128 III 411 E. 3.2.1 = Pra 92/2003 Nr. 5 E. 3.2.1). Vorliegend sind somit alle Eingaben der Parteien bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, auch diejenige des Beklagten vom 16. Juni 2011 (Urk. 24 bis Urk. 26/19) und der Klägerin vom 19./20. Juli 2011 (Urk. 33 bis Urk. 35).

4. Entgegen den Ausführungen des Beklagten (Urk. 24 S. 2, Urk. 32 S. 2 Ziff. 2) war ihm persönlich bekannt, dass am 17. Januar 2011 am Obergericht eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung stattfinden würde. So hatte seine vormalige Rechtsvertreterin doch sicherzustellen, dass er während dieser Verhandlung telefonisch erreichbar sein wird (Urk. 15 S. 2 Dispositivziffer 3).

5. a) Im vorliegenden Rekursverfahren ist in Bezug auf die Unterhaltspflichtung einzig das Einkommen des Beklagten umstritten. Die Vorinstanz führte hierzu das Folgende aus (Urk. 3 S. 15 ff.): Zunächst sei festzuhalten, dass für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge nicht auf das Einkommen abgestellt werden könne, das der Beklagte erzielt habe, als die Parteien in der Schweiz gelebt hätten. Die Parteien hätten sich 1999 in F._____ [Staat in Asien] kennengelernt. Zu diesem Zeitpunkt habe die Klägerin bereits vier Jahre in F._____ gelebt und sei

mit einem anderen Mann verheiratet gewesen (unter Verweis auf Prot. Vi S. 19 f.). Im Jahr 2000 seien die Parteien wegen der ersten Schwangerschaft der Klägerin in die Schweiz zurückgekehrt (unter Verweis auf Prot. Vi S. 20 und S. 38). Obschon die Klägerin vorgebracht habe, der Grund für diese Rückkehr seien die Kinder gewesen (unter Verweis auf Prot. Vi S. 20), seien die Parteien anfangs 2006 zusammen mit den drei Kindern (damals fünf und drei Jahre bzw. acht Monate alt) erneut nach F._____ ausgewandert, wobei die Klägerin gemäss ihren Schilderungen klar kommuniziert habe, dass sie in die Schweiz zurückkehren wolle, wenn die Kinder schulpflichtig seien (unter Verweis auf Prot. Vi S. 21). In F._____ hätten sie rund drei Jahre lang gemeinsam in der G._____ -Gemeinschaft gelebt, bevor sie sich getrennt hätten und die Klägerin zusammen mit den Kindern Ende September 2008 in die Schweiz zurückgekehrt sei. Alle drei Kinder seien in F._____ eingeschult worden (unter Verweis auf Prot. Vi S. 21 f. und S. 38). Die Parteien hätten das Leben in F._____ und die Regenzeit gekannt. Sie hätten genau gewusst, worauf sie sich einliessen, als sie zusammen mit den Kindern dorthin zurückgekehrt seien. Aufgrund dessen sei davon auszugehen, dass die Parteien anfangs 2006 mit der Absicht dauernden Verbleibens nach F._____ zurückgekehrt seien. Tatsächlich hätten sie drei Jahre lang dort gelebt. Dieser Entschluss habe es mit sich gebracht, dass der Beklagte – welcher über keine Ausbildung verfüge – seine Tätigkeit mit dem CD-Vertrieb aufgegeben habe. Für ihre Tätigkeit innerhalb der G._____ -Gemeinschaft in F._____ hätten die Parteien kein Einkommen erhalten, dafür Kost und Logis. Notwendige Ausgaben hätten sie aus ihrem Ersparten begleichen können, hätten sie doch vor ihrer Rückkehr nach F._____ ihre beiden Autos für insgesamt Fr. 50'000.– verkauft und hätten zusätzlich noch Vermögen aus erspartem Einkommen gehabt (unter Verweis auf Prot. Vi S. 42 ff.). Es könne daher heute, vier Jahre nach der Auswanderung der Parteien, nicht auf die zuvor in der Schweiz gelebten Verhältnisse und das damals vom Beklagten erzielte Einkommen abgestellt werden. Abgesehen davon sei die Höhe dieses Einkommens alles andere als klar. Die Klägerin gehe von einem Einkommen von weit über Fr. 20'000.– im Monat aus (unter Verweis auf Urk. 7/29 S. 5 f.), während der Beklagte von einem solchen von rund Fr. 5'000.– bis Fr. 6'000.– im Monat ausgehe (unter Verweis auf Prot. Vi S. 41). Gemäss den eingereichten

Steuererklärungen der Jahre 2000 bis 2005 sei ausgewiesen, dass die Parteien bzw. der Beklagte ein durchschnittliches Einkommen von rund Fr. 5'012.– pro Monat erzielt hätten. Im Jahr 2000 (unter Verweis auf Urk. 7/32/4) habe das Einkommen Fr. 38'000.– betragen, bzw. zusammen mit der Hauswartung rund Fr. 44'000.–, im Jahr 2001 habe der Beklagte rund Fr. 29'200.– verdient, im Jahr 2002 rund Fr. 71'200.–, im Jahr 2003 rund Fr. 74'300.–, im Jahr 2004 rund Fr. 70'200.– und im Jahr 2005 rund Fr. 72'000.– (unter Verweis auf Urk. 7/43/1/1-5). Diese Zahlen entsprächen bei weitem nicht dem Einkommen, das die Klägerin behaupte, auch wenn letztlich unklar bleibe, wie sich die Parteien damals eine Wohnung für rund Fr. 4'000.– pro Monat hätten leisten können (unter Verweis auf Urk. 7/30/1-3).

Wie erwähnt seien jedoch die damaligen Verhältnisse für den vorliegenden Entscheid nicht relevant; der zuletzt gelebte Lebensstandard beziehe sich auf die Zeit in F. _____. Es sei daher vielmehr von der aktuellen Einkommenssituation auszugehen bzw. dem Einkommen, das der Beklagte in F. _____ erziele. Das Einkommen des Beklagten aus dem Bücher- und allenfalls CD-Verkauf könne aufgrund der Angaben der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung kaum bestimmt werden, da die jeweiligen Behauptungen weit auseinander liegen würden. Zur Ermittlung des dem Beklagten anrechenbaren Einkommens sei daher auf die erst nach der Haupt- und Vergleichsverhandlung eingereichten Konto- und Kreditkartenauszüge abzustellen, woraus die aktuellen finanziellen Mittel der Parteien bzw. des Beklagten ersichtlich seien (unter Verweis auf Urk. 7/46/1-13). Die Kontoauszüge der H. _____ [Bank], Privatkonto, Konto Nr. ..., und Anlagesparkonto, Konto Nr. ..., wiesen in den Jahren 2006 bis 2009 keinen namhaften Saldo und kaum Kontobewegungen auf (unter Hinweis auf Urk. 7/43/2/33-38 und Urk. 7/43/3/8-9), mit Ausnahme des am 24. August 2007 gutgeschriebenen Betrages von Fr. 55'000.–, welcher am 27. August 2007 dem Konto sogleich wieder belastet worden sei (unter Verweis auf Urk. 7/43/2/30). Es könne sich dabei um den erwähnten Erlös für die beiden verkauften Autos handeln. Ganz anders verhalte es sich allerdings beim Konto Nr. ... bei der I. _____ [Bank]. Gemäss den entsprechenden Auszügen seien auf diesem Konto seit Beginn des Jahres 2006 – d.h. seit die Parteien wieder nach F. _____ ausgewandert seien – jährliche Gutschrif-

ten von rund Fr. 57'000.– (2006; Urk. 7/46/5), Fr. 54'200.– (2007; Urk. 7/46/6), Fr. 80'000.– (2008; Urk. 7/46/7) und Fr. 74'300.– (2009; Urk. 7/46/8) erfolgt. Mangels anderweitiger Angaben der Parteien, insbesondere des Beklagten, sei davon auszugehen, dass es sich dabei um Einkommen handle, zumal mehr oder weniger regelmässige Zahlungseingänge zu verzeichnen seien und nicht bloss die Überweisung eines einmaligen Betrages. Somit ergebe dies monatliche Einnahmen von Fr. 4'750.– im Jahr 2006, Fr. 4'517.– ($+ \text{Fr. } 55'000.- / 12 = \text{Fr. } 4'583.-$) im Jahr 2007, Fr. 6'667.– im Jahr 2008 und Fr. 6'192.– im Jahr 2009. Auffallend sei weiter, dass am 5. Oktober 2006 und am 26. September 2007 Beträge von je rund Fr. 39'000.–, am 3. Juni 2008 ein Betrag von rund Fr. 16'500.–, am 7. Juni 2008 ein Betrag von Fr. 10'000.–, am 12. Juni 2008 ein Betrag von rund Fr. 32'000.– und am 14. September 2009 ein solcher von Fr. 48'000.– von diesem Konto abgehoben worden seien (unter Verweis auf Urk. 7/46/5-8). Weiter sei zu bemerken, dass der Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung vom 29. September 2009 denjenigen Kontostand bei der I. _____ [Bank] belegt habe, der unmittelbar nach der zuletzt erwähnten Abhebung des Betrages von Fr. 48'000.– resultiert sei (unter Verweis auf Urk. 7/32/10). Da weder die Klägerin noch der Beklagte Angaben dazu machen würden, wofür dieses Geld verwendet worden sei, müsse davon ausgegangen werden, dass der Beklagte diesen Geldbetrag absichtlich kurz vor der Verhandlung abgehoben habe, um diese Mittel nicht offenlegen zu müssen. Weiter sei aus den vom Beklagten eingereichten Kontoauszügen teilweise ersichtlich, dass der Beklagte der Klägerin bis und mit Oktober 2009 monatlich Fr. 4'000.– überwiesen habe (unter Verweis auf Urk. 7/46/8). Aus obigen Schilderungen ergebe sich, dass der Beklagte den Unterhalt der Familie nicht wie behauptet lediglich aus dem Ersparten zu bestreiten gehabt habe, welches heute aufgebraucht sein soll.

Die eingereichten Kreditkartenauszüge des Beklagten würden im Jahr 2009 monatliche Ausgaben von durchschnittlich rund Fr. 800.– ergeben (unter Verweis auf Urk. 7/46/13).

Damit sei zusammengefasst davon auszugehen, dass der Beklagte aktuell über ein Einkommen von mindestens Fr. 7'000.– pro Monat verfüge. Dieses Ein-

kommen müsse sich der Beklagte – mangels ausreichender Glaubhaftmachung des von ihm behaupteten fehlenden Einkommens – anrechnen lassen.

b) Der Beklagte machte in seiner Rekursschrift vom 21. Januar 2010 hierzu geltend (Urk. 2 S. 4 f.), dass er von allem Anfang an vorgebracht habe, die Glaubensgemeinschaft in J. _____ werde von Spendern aus aller Welt unterstützt. Es gehöre unter anderem zu den Aufgaben eines Wanderpredigers, mithin auch seinen, diese Spendengelder bei den Auslandsreisen einzusammeln. Die Beträge bezahle er bei seinen jeweiligen Aufenthalten in der Schweiz alle paar Tage auf sein I. _____-konto ein. Teilweise würden ihm auch Spendengelder aus aller Welt auf dieses Konto direkt überwiesen. Vorgängig seiner Abreise nach F. _____ habe er diese Spendengelder jeweils von seinem Konto abgehoben und in J. _____ auf das Konto der V. _____ einbezahlt, damit die dortige Glaubensgemeinschaft und diverse damit in Zusammenhang stehende Projekte finanziert werden könnten. Hätte er dieses Geld für eigene Bedürfnisse verwendet, hätte er sich der Veruntreuung schuldig gemacht. Zusätzlich habe er sodann den Bruttoerlös aus dem Verkauf der CD und Bücher während seiner Aufenthalte in der Schweiz auf das I. _____-konto einbezahlt. Diesen Erlös hätte er für die Aufenthalte der gesamten Familie in der Schweiz und für den Kauf der CD und Bücher aufzuwenden gehabt, weshalb ebenfalls entsprechende Bezüge erfolgt seien.

Die Einzahlungen auf das Konto der I. _____ [Bank] im Jahr 2009 hätten von Spenden sowie teilweise auch aus den restlichen Ersparnissen der Parteien in F. _____ gestammt, welche er zwecks Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 4'000.– in F. _____ abgehoben und hier in der Schweiz auf sein I. _____-konto einbezahlt habe.

Hinzu komme, dass er im Frühjahr 2009 – gleich seinen drei Geschwistern – eine Schenkung seiner Mutter von Fr. 10'000.– erhalten habe, welche er gleichfalls auf das I. _____-konto einbezahlt habe.

Er habe sich im August/September 2009 in den K. _____ [Staat in Nordamerika] aufgehalten, und in der Folge seien ihm von der Glaubensgemeinschaft L. _____/K. _____ [Staat in Nordamerika] Spendengelder von insgesamt Fr.

22'585.75 mit Valuta 7. September 2009 auf sein Konto bei der I. _____ [Bank] einbezahlt worden (unter Hinweis auf Urk. 7/46/8).

Er habe seinem Bekannten M. _____ sodann ein Darlehen von Fr. 20'000.– zurückzuzahlen gehabt, habe ihm dieser doch die Unterhaltsbeiträge an die Klägerin während seiner Landesabwesenheit für die Dauer von fünf Monaten bezahlt.

Diese Beträge habe er mit weiteren Spendengeldern dementsprechend mit Datum vom 14. September 2009 auf seinem I. _____-konto im Gesamtbetrag von Fr. 48'000.– abgehoben, um diese zweckbestimmend zu verwenden, d.h. das Darlehen zurückzuzahlen und die restlichen Spendengelder von Fr. 28'000.– in bar nach F. _____ mitzunehmen und der V. _____ J. _____ zukommen zu lassen.

Betreffend die Kreditkartenabrechnungen sei anzufügen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit als Wanderpriester seine Reisekosten jeweils im Voraus zu bezahlen gehabt hätte, wobei sie ihm in der Folge vor Ort von den jeweiligen Glaubensgemeinschaften der G. _____-Zentren zurückbezahlt worden seien.

Zusammengefasst würde demnach feststehen, dass er keinesfalls über durchschnittliche monatliche Einkünfte von Fr. 7'000.– verfüge, sondern lediglich während der zweimonatigen Aufenthaltsdauer in der Schweiz monatliche Nettoeinkünfte von ca. Fr. 3'000.– erziele (unter Hinweis auf Prot. Vi S. 44 f.).

c) Ergänzende Vorbringen brachte der Beklagte in seinen Eingaben vom 10. Februar 2010 und 16. Juni 2011 vor (Urk. 8, Urk. 24).

6. a) Die Vorinstanz stützte sich für die Berechnung des Einkommens des Beklagten auf die Urk. 7/46/5-8 und Urk. 7/46/13.

Der Beklagte zahlte in den Jahren 2006 bis 2009 folgende Beträge in bar auf das auf seinen Namen lautende Geschäftskonto bei der schweizerischen I. _____ ein:

2006: Fr. 45'973.15 (Urk. 7/46/5)

2007: Fr. 52'000.– (Urk. 7/46/6)

2008: Fr. 52'100.– (Urk. 7/46/7)

2009: Fr. 37'330.– (für 10 Monate; Urk. 7/46/8)

In Bezug auf das Jahr 2008 ist anzufügen, dass es am 9. Juni 2008 höchstwahrscheinlich zu mehreren Fehlbuchungen gekommen ist. So wurden an diesem Tag laut Kontoauszug drei Mal Fr. 10'000.– auf das eigene Konto des Beklagten einbezahlt und ein Mal Fr. 10'000.– abgehoben (Urk. 7/46/7 S. 4). Zudem wurden zu einem späteren Zeitpunkt Fr. 10'000.– wieder storniert, aufgrund einer irrtümlich erfassten I._____card Einzahlung (Urk. 7/46/7 S. 5). Dem Beklagten ist daher für den 9. Juni 2008 eine Einzahlung von Fr. 10'000.– anzurechnen.

Neben diesen Zahlungen flossen auf dasselbe Konto auch Zahlungen von Dritten mit folgenden Mitteilungen: "... Piano N._____, inkl. Hocker gem. Vereinbarung", "O._____", "Sonnenschirm mit Huelle 2 Fernbed. Garage" (Urk. 7/46/5); "Staats- und Gemeindesteuern 2005 Rueckerstattung", "Rueckzahlung Bundessteuer Steuerjahr 2005" (Urk. 7/46/6). Auch wenn auf diesem Konto ebenfalls Zahlungen der P._____ AG, eine Zahlung mit der Mitteilung "Taxi + Zimmer im ... J._____" (Urk. 7/46/6 S. 10) eine Zahlung von Q._____ der V._____ J._____ (Urk. 7/46/7 S. 1) und ab 2009 mehrere Zahlungen im Zusammenhang mit der V._____ und J._____ (Urk. 7/46/8) erscheinen, ist aufgrund der vorgenannten Zahlungen nicht davon auszugehen, dass es sich um ein reines Geschäftskonto handelt. Bei den meisten spezifizierten Zahlungen, insbesondere bis Ende 2008, handelt es sich um Einzahlungen, die den Beklagten privat betreffen, so z.B. auch Zahlungen der Krankenkasse und von weiteren Versicherungen (Urk. 7/46/5 S. 4). Zudem zeigen auch die meisten Lastschriften keinen Geschäftsbezug auf; so z.B. "Coop", "Migros", "Manor", "Dipl. Ing. Fust AG", "Ristorante Fox Grill Mendrisio", "Mondo Bimbi SA", "Puma (Schweiz) AG", "Petit Bateau SA", "Hanro Factory Store", "Gucci Outlet", "Adidas Sport", "Nike Retail B.V.", "Minimarket", "Köstliches von Haas", "Wyss Pharma AG", "Naturathek Sihlcity AG", diverse Tankstellen (Urk. 7/46/6); "Beldona", "Ex Libris", "Müller Reformhaus Vital Shop" (Urk. 7/46/7); "Reebok Outlet Store", "Il Giochi di Malu", "Amavita Apotheke", "Papeterie Fischer AG" und "PAM Schweiz AG" (Urk. 7/46/8).

Es ist somit davon auszugehen, dass die vom Beklagten auf diese Konten getätigten persönlichen Einzahlungen sein Einkommen darstellen. Etwas anderes glaubhaft zu machen, gelang ihm nicht. Insbesondere unglaublich ist, dass der Beklagte Spenden, welche er im Ausland, zum Beispiel in den K._____ [Staat in Nordamerika] gesammelt haben soll, in bar in die Schweiz einführt, hier auf sein persönliches Konto einbezahlt, diese Gelder bei seiner Ausreise wieder abhebt und in bar nach F._____ mitnimmt, um sie dann dort auf das Konto der V._____ einzubezahlen (vgl. Urk. 2 S. 4 und Urk. 8 S. 3). Dieses Vorgehen ergibt keinen Sinn und widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, so könnte doch der Beklagte die angeblichen Barspenden auch direkt aus den K._____s auf das V._____ -Konto in F._____ einbezahlen.

b) Der Beklagte reichte diverse Spendenbestätigungen ein, mit welchen nachgewiesen werden soll, dass es sich bei den von ihm auf sein eigenes Konto bei der I._____ einbezahlten Geldern nicht um Einkommen, sondern um gesammelte Spenden handelt (vgl. Urk. 10/2-4, Urk. 26/13/1-9). Entgegen diesen Vorbringen des Beklagten gehen jedoch zum Beispiel aus der Urk. 10/2 Zahlungen an die V._____ hervor, die in keinem Zusammenhang mit dem schweizerischen I._____ -konto stehen können. So hat der Beklagte gemäss Bestätigung vom 5. Februar 2010 der V._____ in J._____ beispielsweise am 31. Mai 2007 einen Betrag von ... [Währung des Staates F._____] 40'000.– und am 22. Juni 2007 von ... [Währung des Staates F._____] 65'000.– übergeben (vgl. Urk. 10/2). Aus dem I._____ -konto ist jedoch ersichtlich, dass zwischen dem 20. Februar 2007 und dem 5. Juni 2007 keine Transaktion erfolgt ist, bzw. erst am 14. Juli 2007 vom Beklagten wieder Geld von seinem Konto abgehoben wurde (vgl. Urk. 7/46/6 S. 1). Sodann wurden vom I._____ -konto am 26. September 2007 Fr. 39'000.– abgehoben (vgl. Urk. 7/46/6 S. 10); Spenden zahlte der Beklagte bei der V._____ J._____ jedoch erst wieder am 8. November 2007, am 1. Dezember 2007 und am 4. Dezember 2007 ein (vgl. Urk. 10/2). Am 6. Oktober 2006 wurden Fr. 39'009.– vom I._____ -konto des Beklagten bezogen (vgl. Urk. 7/46/5 S. 9), wobei zwischen dem 6. Oktober 2006 und dem 31. Mai 2007 der Beklagte der V._____ J._____ oder R._____ hingegen keinen Betrag übergeben hatte (vgl. Urk. 10/2-3). Im Jahr 2008 erscheinen im Kontoauszug der I._____ sodann vier grosse Lastschriften im

Umfang von gesamthaft Fr. 73'601.05 mit Valuta am 5. April, 3., 7. und 12. Juni. Die erste Spendeneinzahlung des Beklagten persönlich bei V._____ nach dem 18. März 2008 erfolgte jedoch am 17. Juni 2008 in der Höhe von Fr. 973.60 (Urk. 10/2, Urk. 26/12). Alle durch den Beklagten einbezahlten Spenden zwischen dem 17. Juni 2008 und dem 18. Dezember 2008 ergeben sodann ein total von rund Fr. 17'600.– (Urk. 26/12), weshalb eine Differenz von Fr. 56'000.– zu den vorgenannten Belastungen in der Höhe von Fr. 73'601.05 resultiert. Schliesslich erscheint im Auszug des I._____kontos des Beklagten eine Lastschrift mit Valuta vom 14. September 2009 über Fr. 48'000.– (Urk. 7/46/8 S. 6). Zählt man in seiner Aufstellung Urk. 26/12 alle Spendenzahlung ab dem 17. Oktober 2009 zusammen, resultiert ein Betrag von rund Fr. 15'750.–, was eine Differenz zu Fr. 48'000.– in der Höhe von Fr. 32'250.– ergibt.

Ein direkter Zusammenhang zwischen den genannten Spendenbestätigungen – abgesehen von denjenigen in untenstehender lit. e genannten – und den Einzahlungen bzw. Auszahlungen auf dem I._____konto des Beklagten ist somit nicht ersichtlich. Dem Beklagten ist es nicht gelungen glaubhaft zu machen, dass es sich bei den Einzahlungen auf sein eigenes I._____konto nicht um persönliches Einkommen handelt.

c) Der Beklagte machte sodann geltend, dass ihm seine Mutter im Frühjahr 2009 eine Schenkung von Fr. 10'000.– gemacht habe, welche er gleichfalls auf das I._____konto einbezahlt habe (Urk. 2 S. 5, Urk. 8 S. 5). Diese Schenkung wurde sowohl von seiner Mutter (Urk. 26/2) wie auch seinem Bruder (Urk. 10/6) bestätigt. Beide führten in ihren Bestätigungen hierzu aus, dass die Schenkung mit Datum bzw. Valuta vom 6. Januar 2009 erfolgt sei.

Aus dem Kontoauszug der I._____ geht hingegen keine Einzahlung zwischen dem 14. November 2008 und dem 5. Februar 2009 hervor (vgl. Urk. 7/46/7 S. 7, Urk. 7/46/8 S. 1). Die erste Einzahlung im Jahre 2009, welche nicht benannt ist, erfolgte erst am 7. April 2009 in der Höhe von Fr. 8'000.–. Wieso er die Schenkung seiner Mutter erst am 16. bzw. 15. April 2009 hätte einbezahlen sollen, wie er selber geltend macht (Urk. 24 S. 3 Ziff. 5), erklärt er nicht. Ein Grund hierfür ist auch nicht ersichtlich. Ein Zusammenhang zwischen der Schenkung

vom 6. Januar 2009 und der drei Monate später erfolgten Einzahlung konnte daher nicht glaubhaft gemacht werden.

d) Was der Beklagte in Bezug auf sein Einkommen sodann aus den mit der Bezahlung seiner Unterhaltszahlungen in Verbindung stehenden Urk. 5/3 und 26/1 zu seinen Gunsten ableiten möchte, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu auch Urk. 8 S. 5, Urk. 24 S. 2 f. Ziff. 3). Aus diesen geht einzig hervor, dass die Unterhaltsbeiträge für die Klägerin und die Kinder durch M. _____ bezahlt wurden und der Beklagte sie dann M. _____ zu einem späteren Zeitpunkt wieder zurückzahlte. Hinsichtlich des Einkommens des Beklagten sind sie jedoch ohne Aussage.

e) Im Übrigen lassen sich aus den bei den Akten liegenden I. _____ Kontoauszügen keine weiteren wesentlichen Einnahmen des Beklagten entnehmen. Unklar bleiben im Jahre 2006 Gutschriften (Fr. 3'939.30, Fr. 100.-, Fr. 100.-; Urk. 7/46/5 S. 2 und 4), welche mit Einzahlungsscheinen einbezahlt wurden, da diesbezüglich aus dem Kontoauszug keine zusätzlichen Informationen zu entnehmen sind. Da nicht nachweisbar ist, von woher diese Gutschriften stammen, sind sie dem Beklagten nicht als Einkommen anzurechnen. Bei der Einzahlung von Q. _____ vom 20. März 2008 über Fr. 14'552.55 handelt es sich um eine Spende für karitative Projekte in F. _____ (Urk. 7/46/6 S. 1, Urk. 26/6). Auch die folgenden Gutschriften im Kontoauszug 2009 sind dem Beklagten nicht als Einkommen anzurechnen:

05.02.09	Fr. 1'236.73	accomodation SRS J. _____
17.04.09	Fr. 269.10	inscription voyage ...
04.05.09	Fr. 269.32	non communique
11.05.09	Fr. 268.69	séjour du 11 au 26 janvier 2010 a J. _____
22.05.09	Fr. 269.46	VIR
08.07.09	Fr. 540.25	réservation chambres janv J. _____
02.08.09	Fr. 273.01	-
21.09.09	Fr. 269.93	VIR
21.10.09	Fr. 269.15	réservation séminaire 11-26/01/10 J. _____
29.10.09	Fr. 269.35	voyage Mme ...
29.10.09	Fr. 269.01	facture

Bei den vorstehenden Beträgen handelt es sich um Einzahlungen von EUR 180.– oder einem Mehrfachen davon. Es ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um die Übernachtungskosten für das Guesthouse der V._____ J._____ handelt. Der Beklagte ist dort als Manager tätig, erzielt hierfür aber anscheinend kein Einkommen (vgl. Urk. 26/18). Dem Beklagten ebenfalls nicht als Einkommen anzurechnen sind die Fr. 22'585.75, welche am 7. September 2009 auf seinem I._____konto gutgeschrieben wurden. Auch bei ihnen handelt es sich um zweckgebundene Spenden für V._____ -Projekte in F._____ [Staat in Asien] (Urk. 7/46/8 S. 6, Urk. 10/1, Urk. 26/5). Bei den Fr. 10'106.10, welche dem Beklagten am 8. April 2009 überwiesen wurden, handelt es sich gemäss der bei den Akten liegenden Bestätigung anscheinend um eine Rückzahlung für von ihm an die V._____ Silicon Valley gelieferte Musikinstrumente (Urk. 7/46/8 S. 2, Urk. 26/14).

f) Am 24. August 2007 wurden auf das Privatkonto des Beklagten bei der H._____ [Bank] Fr. 55'000.– einbezahlt. Er liess sich diesen Betrag am 27. August 2007 nach J._____ überweisen (Urk. 7/43/2/30). Dies entgegen seinen Ausführungen im Rekursverfahren, wonach dieser Betrag bereits am 31. Januar 2007 von ihm abgehoben und nach F._____ mitgenommen worden sei (Urk. 24 S. 3 Ziff. 4). Die Vorinstanz führte hierzu aus, dass es sich dabei um den Erlös für zwei verkaufte Autos handeln könnte (Urk. 3 S. 17).

Der Beklagte reichte einen Kaufvertrag vom 1. Januar 2007 betreffend einen S._____ ein, aus dem hervorgeht, dass er dieses Fahrzeug zum Verkaufspreis von Fr. 15'000.– an M._____ verkauft hat. Er bestätigt dabei, diesen Betrag in bar erhalten zu haben (Urk. 26/4). Bei den Akten liegt sodann eine Stellungnahme von M._____ vom 27. Januar 2010, in welcher dieser bestätigt, dass er das Auto S._____ vom Beklagten gekauft habe und den Betrag von Fr. 15'000.– in Raten im Jahr 2006 bezahlt habe (Urk. 10/5). Aufgrund der Widersprüchlichkeit der beiden Urkunden sowie der Tatsache, dass die Fr. 55'000.– erst am 24. August 2007 auf das Bankkonto des Beklagten einbezahlt wurden, konnte eine Verbindung zwischen den Fr. 55'000.– und dem Autoverkauf über Fr. 15'000.– nicht glaubhaft gemacht werden. Nebenbei zu erwähnen bleibt, dass aus dem Auszug des I._____kontos im Jahre 2006 keine Einzahlungen von M._____ ersichtlich sind.

In Bezug auf das zweite Fahrzeug machte der Beklagte geltend, er habe den anderen S'._____ zum Preis von Fr. 35'000.– an einen Schwarzafrikaner veräussert, worüber keine Quittung bestehe (Urk. 8 S. 4). In einer späteren Eingabe führte er hierzu aus, dass er den S'._____ zum Preis von Fr. 30'000.– ins Ausland verkauft habe. Da dieser Verkauf unter der Hand erfolgt sei, gebe es keine Quittung dafür (Urk. 24 S. 4 Ziff. 6). Diese Behauptung ist nicht glaubhaft gemacht, nur schon weil die eigenen Aussagen des Beklagten in Bezug auf den Verkaufserlös nicht in sich stimmig sind. Zudem bleibt auch unklar, wann dieser Verkauf stattgefunden haben sollte. Schliesslich sagte der Beklagte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 29. September 2009 aus, dass er unter anderem aus dem Erlös des Fahrzeugverkaufs die Unterhaltsbeiträge an die Klägerin bezahlt habe (Prot. Vi S. 42). Kurz darauf führte er jedoch wieder aus, dass sie die Autos zu einem Verkaufspreis von Fr. 20'000.– und Fr. 30'000.– verkauft hätten. Der Erlös habe ihr Startkapital für das Leben in F._____ gebildet und sei mittlerweile aufgebraucht worden (Prot. Vi S. 43). Im Rekursverfahren behauptete der Beklagte dann wiederum, das Geld für die Alimentenzahlungen würde aus dem Verkauf der beiden Autos, welche die Parteien gefahren seien, als sie in der Schweiz gelebt hätten, stammen (Urk. 24 S. 4).

Fraglich ist ohnehin, ob die geleaste Fahrzeuge überhaupt verkauft werden konnten bzw. durften (vgl. Urk. 7/30/4/1-2, Urk. 7/43/1/5 letzte Seite).

Ferner gelang es dem Beklagten auch nicht glaubhaft zu machen, dass die Fr. 55'000.– zum Teil (Fr. 30'900.–) aus dem auf den Namen des Sohnes C._____ lautenden Anlagesparfonds stammten (Urk. 8 S. 4 f.), was die Klägerin bestritten hat (Urk. 14 S. 7). Zudem behauptet der Beklagte in seiner Noveneingabe vom 16. Juni 2011 neu, dass im Jahre 2005 die Fr. 30'900.– in Form von Guthaben auf Bankkonti vorhanden gewesen sei (Urk. 24 S. 3 Ziff. 4 unter Verweis auf Urk. 7/43/1/5). Wäre dem so gewesen, hätte er sie am 24. August 2007 nicht erneut auf sein Konto bei der H._____ [Bank] einbezahlen müssen.

Die erwähnten Fr. 55'000.– sind dem Beklagten demnach als Einkommen anzurechnen.

g) Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten sodann pro Monat als Einkommen zusätzlich Fr. 800.– an, welche sich aus den Kreditkartenauszügen des Beklagten vom Jahr 2009 ergeben hätten (Urk. 3 S. 18). Der Beklagte führte hierzu aus, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit als Wanderpriester seine Reisekosten jeweils im Voraus zu bezahlen hätte, wobei sie ihm in der Folge vor Ort von den jeweiligen Glaubensgemeinschaften der G.____-Zentren zurückbezahlt würden (Urk. 2 S. 5, Urk. 24 S. 5 Ziff. 8).

Aus den Kreditkartenabrechnungen des Jahres 2009 geht hervor, dass er mit seiner Kreditkarte hauptsächlich Flüge mit Swiss, Singapore Airlines, Qantas, Aer Lingus, Air Berlin, British Airways, United Airlines, Jet Airways, Delta Airlines und US Airways bezahlt hat (Urk. 7/46/13). Im Übrigen erscheinen auf den Abrechnungen nur noch ein Internet-Telefongespräch via Skype und Telefonkarten von Banana Call.

In Anbetracht der Bestätigungen diverser V.____-Zentren ist davon auszugehen, dass der Beklagte in der Tat die Reisekosten zu den einzelnen Veranstaltungen zuerst selber zu bezahlen hat und diese ihm erst im Nachhinein wieder von den einzelnen Zentren rückvergütet werden (vgl. Urk. 26/7-11, Urk. 26/15).

Es sind ihm somit die von der Vorinstanz berücksichtigten monatlichen Fr. 800.– nicht als Einkommen anzurechnen.

7. a) Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (Urteile des Bundesgerichts 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001, E. 3a, und 5A_364/2010 vom 29. Juli 2010, E. 2.1).

b) Unbestrittenermassen wanderten die Parteien anfangs 2006 zusammen mit den drei Kindern erneut nach F._____ aus. Zur Berechnung des Einkommens des Beklagten sind somit die Jahre ab 2006 zu Grunde zu legen. Im Jahre 2006 erzielte der Beklagte ein Einkommen von Fr. 45'973.–, im 2007 Fr. 107'000.–, im 2008 Fr. 52'100.– und im 2009 Fr. 37'330.– (für 10 Monate). Aufgrund keiner eindeutigen längerfristigen Tendenz in der Einkommensentwicklung und des zusätzlich einkommensmässig überdurchschnittlichen 2007 ist zur Berechnung des Lohndurchschnittes nicht von drei Jahren, sondern von drei Jahren und zehn Monaten auszugehen. Dies ergibt ein monatliches Durchschnittseinkommen des Beklagten von netto rund Fr. 5'270.– (entspricht [Fr. 45'973.– + Fr. 107'000.– + Fr. 52'100.– + Fr. 37'330.–] / 46 Monate).

Wie ausgeführt ist kein Bezug zwischen den meisten Spendenbestätigungen und den Einzahlungen des Beklagten auf sein eigenes I._____konto ersichtlich, weshalb entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 24 S. 5 f. Ziff. 10) vom soeben berechneten Durchschnittseinkommen auch keine Abzüge vorzunehmen sind. Insbesondere bleibt abschliessend zu betonen, dass aus keiner der Spendenbestätigungen hervorgeht, der Beklagte habe die Spenden in Barbeträgen nach F._____ gebracht, abgesehen von einer Spende in der Höhe von Euro 500.– an die Organisation T._____ (Urk. 26/13/6).

IV. Unterhaltsbeiträge

Es resultiert folgende Unterhaltsberechnung (vgl. Urk. 3 S. 18):

Einkommen Klägerin	Fr. 500.–
<u>Einkommen Beklagter</u>	<u>Fr. 5'270.–</u>
Total Einkommen	Fr. 5'770.–

Bedarf Klägerin	Fr. 5'876.–
<u>Bedarf Beklagter</u>	<u>Fr. 500.–</u>
Total Bedarf	Fr. 6'376.–
Fehlbetrag	Fr. 606.–
Bedarf Klägerin	Fr. 5'876.–
./. Einkommen Klägerin	Fr. 500.–
<u>./. Fehlbetrag</u>	<u>Fr. 606.–</u>
Unterhaltsbeitrag	Fr. 4'770.–

Es erscheint angemessen und den finanziellen Verhältnissen der Parteien entsprechend, vom Gesamtbetrag von Fr. 4'770.– den Anteil pro Kind auf Fr. 750.– (zuzüglich allfällige vertragliche und/oder gesetzliche Familienzulagen) festzusetzen und der Klägerin persönlich Fr. 2'520.– zuzusprechen.

V. Unentgeltliche Rechtspflege

Beide Parteien verfügen über kein nennenswertes Vermögen (Urk. 7/30/14-16, Urk. 7/43/2/38, Urk. 7/43/3/9, Urk. 7/46/8). Ihr gemeinsames Einkommen deckt zudem ihre beiden Bedarfe nicht. Die dem Beklagten von der Vorinstanz angerechneten Fr. 48'000.– (Urk. 3 S. 20 Ziff. 1.3) können nicht vollständig als sein Vermögen betrachtet werden, da davon auszugehen ist, dass er die beiden im Jahre 2009 auf sein I.____-konto einbezahlten Spenden in der Höhe von Fr. 10'106.10 und Fr. 22'585.75 sowie die einzelnen kleineren Beträge verschiedener Personen für die Unterbringung in J.____ zweckmässig weitergeleitet hat. Es ist den Parteien daher für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Die Rekurse der beiden Parteien waren sodann nicht aussichtslos. Es besteht deshalb im Rekursverfahren kein Anlass für einen (abweichenden) selbstständigen Entscheid im Sinne von § 90 Abs. 2 ZPO/ZH (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 90 N 3). Zudem sind der Klägerin für die Zeit bis zum 24. August 2009 Rechtsanwältin lic. iur. Y¹.____ und ab diesem Zeitpunkt Rechtsanwalt lic. iur. Y.____ als unentgeltliche Rechtsvertreter sowie dem Beklagten für die Zeit bis zum 4. Februar 2011 Rechtsanwältin lic. iur. Z.____ und ab diesem Zeitpunkt Rechtsanwalt lic. iur. X.____ als unentgeltliche Rechtsvertreter zu bestellen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Im gleichen Verhältnis hat die unterliegende Partei die Gegenpartei zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

Vorliegend rechtfertigt es sich aufgrund der zugesprochenen Unterhaltsbeiträge, die Kosten des Rekursverfahrens der Klägerin zu einem Viertel und dem Beklagten zu drei Vierteln aufzuerlegen. Der Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Rechtsvertreter der Klägerin für das Rekursverfahren eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.– zuzüglich die beantragten 7,6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Das Rekursverfahren LP100005 wird mit dem vorliegenden Rekursverfahren LP100006 vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt.
2. In teilweiser Gutheissung des Rekurses der Parteien werden Dispositivziffern 1, 2, 6 und 7 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 7. Januar 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- " 1. Der Klägerin wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, und es wird ihr für die Zeit bis zum 24. August 2009 Rechtsanwältin lic. iur. Y¹._____ und ab diesem Zeitpunkt Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Die Klägerin wird darauf hingewiesen, dass sie vom Gericht zur Nachzahlung der ihr erlassenen Gerichtskosten und der Auslagen für die Vertretung verpflichtet werden kann, wenn sie in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt (§ 92 ZPO/ZH).

2. Dem Beklagten wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, und es wird ihm bis 4. Februar 2011 Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.

Der Beklagte wird darauf hingewiesen, dass er vom Gericht zur Nachzahlung der ihm erlassenen Gerichtskosten und der Auslagen für die Vertretung verpflichtet werden kann, wenn er in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt (§ 92 ZPO/ZH).

6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'520.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Oktober 2008.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt der drei Kinder monatlich je Fr. 750.– (je zuzüglich allfällige gesetzliche und/oder vertragliche Familienzulagen) pro Kind zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Oktober 2008."

Im Übrigen wird der Rekurs des Beklagten abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

3. Dem Beklagten wird ab dem 5. Februar 2011 Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
5. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Klägerin zu einem Viertel und dem Beklagten zu drei Vierteln auferlegt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand der Klägerin für das Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– zuzüglich Fr. 190.– (7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an Rechtsanwältin lic. iur. Y¹. _____ im Dispositivauszug Ziffern 1 und 2.1, an Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ im Dispositivauszug Ziffern 1 und 2.2, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

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

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. April 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
ss