

ZH_OBERGERICHT LQ100048 vom 11. Juli 2012

ZH Obergericht, 2012-07-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LQ100048

FR: ZH_OBERGERICHT LQ100048 du 11 juillet 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LQ100048 del 11 luglio 2012

Erwägungen

E. 1

Die Parteien stehen seit dem 14. April 2009 vor der Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren. Über den detaillierten Verfahrensgang vor der Vorinstanz gibt deren Verfügung vom 23. Juni 2010 Auskunft (Urk. 3). Mit der erwähnten Verfügung wurde die Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juli 2006 (Prozess Nr. EE060141) wie folgt geändert (Urk. 3 S. 16 f.): (...)

E. 1.1

Vorliegend ist die Abänderung von Unterhaltspflichten, die im Eheschutzverfahren festgelegt worden waren, umstritten. Die Voraussetzungen zur Abänderung von Eheschutzmassnahmen hat die Vorinstanz zutreffend und vollständig umschrieben. Auch die Parteien brachten gegen die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz nichts vor. Es ist daher in Anwendung von § 161 GVG auf die entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (Urk. 3 S. 8 Ziff. 3.1 ff.).

E. 1.2

Die zentralen Streitpunkte sind der Bedarf und die Leistungsfähigkeit der Parteien. Die Uneinigkeit besteht sowohl in Bezug auf die Zeit, während welcher der Gesuchsteller arbeitslos war, als auch in Bezug auf die Zeitspanne, seit er im Ausland tätig ist. Nachfolgend werden die massgeblichen Grundlagen erwo-gen. Dabei wird im Detail auf die Parteivorbringen und Erwägungen der Vorinstanz eingegangen, soweit dies zur Entscheidungsfindung notwendig ist. 2.1. Vorliegend muss die Abänderung bereits festgelegter Unterhaltspflichten geprüft werden. Während in materieller Hinsicht sowohl bei der erstmaligen Festlegung als auch bei der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen ähnliche Fragen zu beantworten sind, bestehen in formeller Hinsicht Unterschiede. Weiter sind bezüglich der ebenfalls umstrittenen Thematik des hypothetischen Einkommens Besonderheiten zu berücksichtigen. Bei der erstmaligen Festlegung von Unterhaltspflichten muss zunächst die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten geklärt werden. Für den Fall, dass diese nicht ausreicht, um den Bedarf der Unterhaltsberechtigten zu decken, ist zu prüfen, ob dem Unterhaltsverpflichteten eine Steigerung seiner Leistungsfähigkeit zugemutet und in der Folge ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden muss. In Bezug auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens muss dem Unterhaltsverpflichteten dabei nachgewiesen werden, dass er seinen Verdienst steigern kann. Wurde aber bereits einmal eine Unterhaltsverpflichtung festgelegt und will der Unterhaltsverpflichtete diese abändern lassen, ist es an ihm, nicht nur darzulegen, dass er tatsächlich ein tiefere (finanzi-

- 10 - elle) Leistungsfähigkeit hat, sondern auch, dass er nicht im Stande ist, durch vermehrte Anstrengung die ursprüngliche Leistungsfähigkeit zu erhalten bzw. wieder zu

erreichen. 2.2. Vorliegend macht der Gesuchsteller eine sehr stark verminderte Leistungsfähigkeit geltend. Wie soeben dargelegt, obliegt es daher ihm, glaubhaft zu machen, dass er nicht mehr die frühere Leistungsfähigkeit hat. Sollte es also dem Gesuchsteller gelingen, die von ihm behauptete geringe Leistungsfähigkeit im Ausland glaubhaft zu machen, muss er zusätzlich darlegen, dass er in der Schweiz nicht mehr verdienen könnte. Es rechtfertigt sich daher, zunächst zu klären, ob der Gesuchsteller eine adäquat entlohnte Anstellung in der Schweiz finden kann. 2.3.1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Gesuchsteller fähig sei, spätestens zum Zeitpunkt der Aussteuerung aus der Arbeitslosenversicherung per 9. Juni 2010 wieder eine Anstellung zu finden. In Bezug auf das mögliche Einkommen des Gesuchstellers stellte die Vorinstanz auf statistisches Datenmaterial ab und ermittelte ein mögliches monatliches Einkommen von Fr. 7'200.– netto (Urk. 3 S. 10 ff.). 2.3.2. Im Grundsatz kann dem Vorgehen der Vorinstanz zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers zugestimmt werden. Zur besseren Übersicht sind kurz die Besonderheiten des Rechtsinstitutes des hypothetischen Einkommens und die Voraussetzungen zur Anrechnung eines solchen zusammenzufassen: Das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens wurde durch höchstrichterliche Praxis begründet (vgl. statt vieler BGE 128 II 6 E. 4a). Bestehen familiäre Unterhaltsverpflichtungen, muss der Unterhaltsverpflichtete das ihm Zumutbare unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen. Insbesondere um den Unterhalt von Minderjährigen sicherzustellen, sind grosse Anstrengungen vom Verpflichteten zu erwarten (BGE 137 III 118 E. 3.1.). In diesem Umfang ist der Unterhaltsverpflichtete in seiner Lebensgestaltung eingeschränkt. Kann ein Unterhaltsverpflichteter aufgrund eines zu tiefen Einkommens seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen, gilt es in sämtlichen Matrimonialsachen zu prüfen, ob dem Verpflichteten ein hypotheti-

- 11 - sches Einkommen anzurechnen ist (BGE 128 II 6 E. 4a). Dem Verpflichteten wird dabei auferlegt, dasjenige Einkommen zu erzielen, welches mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein pönaler Zweck verfolgt, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten sicherzustellen. Dabei ist unbeachtlich, dass das wirtschaftliche Überleben in der Schweiz stets durch die Fürsorgepflicht des Staates sichergestellt ist, denn familiäre Unterhaltsansprüche gehen der Sozialhilfe vor. Diese ist daher bei der Berechnung der Unterhaltsverpflichtung (und in diesem Zusammenhang bei der Frage, ob ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist) grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Konkret ist als erstes die Rechtsfrage zu beantworten, ob dem Gesuchsteller zuzumuten ist, ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen zu erwirtschaften. Gegebenenfalls ist in einem Folgeschritt die Höhe dieses Einkommens zu bestimmen. Hernach ist als zweites die Tatfrage, ob dieses Einkommen tatsächlich erzielbar ist, zu beantworten. Dabei ist auf entsprechende Tatsachenfeststellungen oder die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen (BGE 128 III 4 E. 4a ff.). Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung können bei der Beantwortung dieser Fragen statistische Daten angewendet werden. Diese müssen aber in so differenzierter Form vorliegen, dass die individuellen Umstände wie Alter, Ausbildung, bisherige Berufserfahrung etc. des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigt werden können (BGE 137 III 118 E. 3.2). 2.3.3. Nicht umstritten ist vorliegend, dass dem Gesuchsteller ein volles Arbeitspensum zuzumuten ist. 2.3.4. Der Gesuchsteller stammt von F._____ und verfügt über die Niederlassungsbewilligung C in der Schweiz. Er ist Informatiker von Beruf. Am Col- lege

G._____ hat er die Ausbildung zum Informatiker durchlaufen und mit Diplom am tt. Februar 1993 abgeschlossen. Danach erwarb er am tt. Dezember 1999 den Titel eines Bachelor of Science an der H._____ University (Urk. 5/24/8). Englisch und Italienisch beherrscht er in Schrift und Sprache, hat aber keine vertieften Deutschkenntnisse (Urk. 5/24/18 Blatt 20; vgl. auch Urk. 5/24/26).

- 12 - Gemäss eigenen Angaben arbeitete er in den Neunzigerjahren in I._____ [Bundesstaat in Amerika] bei einer Versicherung als Computertechniker, nach Abschluss seines Studiums dann als Programmierer (J2EE Developer). Er sei vorwiegend in der Finanzbranche in F._____, O._____ sowie der Schweiz beschäftigt gewesen und habe dabei hauptsächlich Java angewendet (Urk. 5/24/18, insbesondere letzte zwei Seiten). Java sei eine sehr weit verbreitete Programmiersprache. Dass der Gesuchsteller in den letzten Jahre stets als "Contractor" bzw. "Freelancer" – also befristet und im Stundenlohn – angestellt war und nie zum Kader gehörte, blieb unbestritten (Prot. I S. 25). Insgesamt ist der Gesuchsteller also gut ausgebildet und verfügt über beachtliche Berufserfahrung im internationalen Umfeld der Finanzbranche. Insbesondere ist der Gesuchsteller kein Quereinsteiger, sondern kann eine solide Grund- und Spezialisierungsausbildung in Kombination mit einschlägiger Erfahrung aufweisen. Wohl nicht gänzlich ausser Acht gelassen, aber auch nicht überbewertet werden darf, dass der Gesuchsteller nicht über einen Masterabschluss verfügt. Er war bei verschiedenen Unternehmen in mehreren Ländern sowohl als Techniker als auch als Programmierer beschäftigt. Neben den spezifischen Fähigkeiten und Erfahrungen im Programmieren verfügt er daher auch über vielfältige Kenntnisse von Strukturen, Entscheidungswegen, Unternehmenskulturen, etc. Dies ist für Arbeitgeber von grossem Wert, insbesondere können jüngere (nicht zwingend) billigere Arbeitnehmer keine solchen Erfahrungen bieten. Es kann daher auch nicht gesagt werden, dass das Alter des Gesuchstellers von ... bzw. ... Jahren grundsätzlich ein Problem sei. Eine gewisse Manko besteht bei der deutschen Sprachkompetenz, dabei ist aber zu beachten, dass sowohl in der Finanzbranche als auch in der Informatik sehr häufig die Arbeitssprache Englisch ist. Englischkenntnissen kommt mitunter gar eine grössere Wichtigkeit als Deutschkenntnissen zu. So ist denn auch das vom Gesuchsteller eingereichte Stelleninserat der Universität J._____ in Englisch verfasst (Urk. 5/24/18 Blatt 18 f.). Überdies war er im Stande, in K._____ zu marktüblichen Konditionen eine Stelle zu finden, obwohl er die Sprache L._____ nicht unter seinen Sprachkenntnissen anführt. Von Bedeutung ist weiter, dass sich der Gesuchsteller nichts zu Schulden kommen lassen hat, sondern aufgrund von Sparmassnahmen bzw. nach einer unfall-

- 13 - bedingten Arbeitsunfähigkeit sein Arbeitsvertrag nicht mehr verlängert wurde (Urk. 5/23 S. 15, Urk. 5/24/12-15, Urk. 9 S. 9 Ziff. 7). 2.3.5. Der Beschäftigungsstatistik des Bundesamtes für Statistik (BESTA, Tabelle T5a, abrufbar auf der Homepage des Bundesamtes für Statistik [www.besta.bfs.admin.ch]) kann entnommen werden, dass im Jahr 2009 im Bereich Informationstechnologische Dienstleistungen bzw. Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistung (den Arbeitsbereichen des Gesuchstellers) die Anzahl der offenen Stellen bis zum dritten Quartal abnahm, das Minimum war im 2. bzw. 3. Quartal 2009 erreicht. Hernach stieg die Anzahl der offenen Stellen wieder an und sank in der Folge nie mehr auf das Niveau des 2. und 3. Quartals 2009 ab. Die Anzahl der offenen Stellen ging also just zu Beginn der Arbeitslosigkeit des Gesuchstellers zurück, was die Stellensuche erschwerte. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass dennoch stets zumindest 1'800 Stellen im informationstechnologischen Bereich und 3'400 Stellen in der

Finanzbranche offen waren und ab dem 4. Quartal 2010 die Anzahl der offenen Stellen wieder deutlich und stetig anstieg. Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass die Schweiz und insbesondere der Kanton Zürich ein wichtiger Wirtschaftsstandort ist, an welchem neben grossen und grössten Unternehmen aus der Finanzbranche einer international renommierten technischen Hochschule (ETH) auch viele bedeutende Unternehmen aus der Technologiebranche bzw. der Informatik insbesondere mit Forschungs- und Entwicklungsabteilungen präsent sind. Diese Unternehmen sind grundsätzlich attraktive Arbeitgeber für qualifizierte Informatiker. Überdies wird in fast allen Lebensbereichen – nicht nur in der Finanzbranche – die Informatik immer wichtiger, so in der Kommunikation (z. B. soziale Medien, Email, IP-Telefonie), im Dienstleistungs- und Handelsbereich für Private (z. B. Onlineshopping, E-Banking, IP-Fernsehen), im Bildungswesen (Digitalisierung von Literatur und Onlinerecherchen, E-Learning) und in der Verwaltung (z. B. das Projekt eGov, Internetsteuererklärung). Java ist eine sehr weitverbreitete Programmiersprache, entsprechend kommt sie bei der Entwicklung vieler der soeben erwähnten Technologien und

- 14 - Dienstleistungen zum Einsatz. Dementsprechend besteht grundsätzlich Bedarf an Programmierern, welche diese Sprache beherrschen. 2.3.6. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist es angebracht, nach dem Verlust der Arbeitsstelle in einem ersten Schritt zu versuchen, eine möglichst ähnliche Anstellung zu finden und so auch das Lohnniveau zu halten. Erweist sich die Suche aber nach einiger Zeit als erfolglos, muss die Suche ausgeweitet werden und unter Umständen ein tieferes Lohnniveau akzeptiert werden (Urk. 3 S. 11). Auch einem gut ausgebildeten Unterhaltsverpflichteten muss dabei zugemutet werden, Arbeiten auszuüben, welche nicht seinen Wunschvorstellungen entsprechen. Bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen sind sogar Erwerbsmöglichkeiten im Tieflohnbereich in Betracht zu ziehen (BGE 137 III 118 E. 3.1). 2.3.7. Die soeben dargelegten Umstände deuten stark darauf hin, dass es dem Gesuchsteller möglich ist, in der Schweiz eine gehörig entlohnte Stelle zu finden. 2.3.8. Zur Entkräftung der angeführten Indizien bringt der Gesuchsteller zunächst vor, dass er stets die Arbeitslosenunterstützung erhalten habe. Diese wäre ihm nicht ausgerichtet worden, hätte er nicht redliche Arbeitsbemühungen getätigt (Urk. 9 S. 4). Dem ist entgegenzuhalten, dass die höchstrichterliche Praxis klar festhält, dass bei der Bestimmung eines hypothetischen Einkommens die Voraussetzungen zum Erhalt von Arbeitslosenunterstützung nicht unbesehen übernommen werden können (BGE 137 III 118 Regeste und E. 3.1). Diese Praxis wird verständig, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es sich beim Verfahren vor der Arbeitslosenversicherung um ein anderes, ein verwaltungsrechtliches Verfahren handelt: Die Voraussetzungen sind anders definiert, die Prüfdichte ist verschieden und die Entscheidungen werden zumindest zunächst von Verwaltungsbehörden und nicht von Gerichten getroffen. Häufig müssen gerade zur Prüfung, ob genügende Arbeitsbemühungen unternommen wurden, anstelle der eigentlich aussagekräftigeren qualitativen Kriterien aufgrund der hohen Arbeitslast eher quantitative Kriterien angewandt werden. Im familienrechtlichen Verfahren vor dem Zivilgericht

- 15 - richt hingegen steht der einzelne, individuell-konkrete Fall im Mittelpunkt. Das Zivilgericht muss – neben quantitativen Kriterien – vor allem qualitative Kriterien berücksichtigen. Dass die Arbeitslosenunterstützung ausgerichtet wurde, kann daher im familienrechtlichen Verfahren nur als Indiz gewertet werden, dass die unterhaltsverpflichtete Person Arbeitsanstrengungen unternommen hat. Dass die

Arbeitsbemühungen im familienrechtlichen Sinn genügend waren, kann aufgrund der ausgerichteten Arbeitslosenunterstützung nicht geschlossen werden. Zum Nachweis seiner Arbeitsbemühungen reichte der Gesuchsteller eine undatierte Liste ein, die offene Stellen und den an diesen zu erwartenden Verdienst enthält. Der Autor der Liste ist nicht ersichtlich. Dieser Liste kann entnommen werden, dass zum Jahreswechsel 2008/9 zumindest 17 auf das Profil des Gesuchstellers passende Stellen zu besetzen waren. Die Liste indiziert, dass geeignete Stellen offen waren, etwas anderes lässt sich ihr nicht entnehmen. Sie untermauert den Standpunkt des Gesuchstellers daher nicht. Weiter wurde E-Mailkorrespondenz vom 22. Oktober 2008 bis zum 6. Februar 2009 ins Recht gelegt (Urk. 5/24/18). Diese Korrespondenz enthält zu einem grossen Teil Anfragen zu verschiedenen inserierten Stellen, häufig mit der Bitte um ein Gespräch, um Genaueres zu erfahren. Eine eigentliche Bewerbung oder übliche Beilagen wie Motivationsschreiben, Lebenslauf, Arbeitszeugnisse etc. wurden weder zu den Akten gereicht, noch lassen sich solche der erwähnten Korrespondenz entnehmen. Auch finden sich Emailschriften an die N.____ AG und M.____ AG in den Akten, in denen nach Arbeitsmöglichkeiten gefragt wird. Aus einem Mail der M.____ AG geht sodann hervor, dass sich der Gesuchsteller bei der M.____ AG beworben hat und seine Bewerbung (Application) bzw. sein Profil geprüft wurde (Urk. 5/24/18 Blatt 23). Für die restliche Dauer der Arbeitslosigkeit von rund 15 Monaten lassen sich den Akten bezüglich Arbeitsbemühungen keine Unterlagen, also weder weitere Korrespondenz zur Abklärung von Arbeitsmöglichkeiten noch konkrete Bewerbungen oder gar Spontanbewerbungen entnehmen. Auch werden keine konkreten und substantiierten Behauptungen über weitere Arbeitsbemühungen aufgestellt. Es fällt zudem auf, dass kaum Absageschreiben (insbesondere keine formellen Absageschreiben) sowie keine Folgekor-

- 16 - respondenz mit potentiellen Arbeitgebern im Recht liegen. Es wird weder behauptet, noch ist aus den Akten ersichtlich, dass der Gesuchsteller die Hilfe des Regionalen Arbeitsvermittlungszentrums (Beratung zur Stellenwahl, zur Gestaltung von Bewerbungen, etc.) in Anspruch genommen oder sich anderweitig beraten und unterstützen lassen hätte. Wohl sind die Bewerbungsverfahren in verschiedenen Branchen unterschiedlich stark formalisiert und geniesst insbesondere die Informatikbranche immer noch (ob dies nach wie vor zutreffend ist, kann hier offen gelassen werden) den Ruf, "lockerer" und informeller als andere Branchen zu sein. Trotzdem müssen die dokumentierten Arbeitsbemühungen selbst unter Berücksichtigung des erwähnten Rufes in quantitativer und insbesondere in qualitativer Hinsicht als klar ungenügend bewertet werden. Aufgrund der fehlenden Absageschreiben kann überdies nicht geschlossen werden, dass der Gesuchsteller schlicht keine Stellenangebote erhalten hat. Dass aufgrund der dokumentierten Arbeitsbemühungen in der Schweiz keine Anstellung gefunden wurde, vermag daher die hiervor angeführten Umstände (vgl. Ziff. III. 2.3.5. ff.), die einen für qualifizierte Informatiker intakten Arbeitsmarkt anzeigen, nicht zu widerlegen. Die weiteren Argumente des Gesuchstellers sind entweder sehr allgemein gehalten und nicht ausreichend substantiiert oder durch die vorangehende Argumentation bereits widerlegt. So wurde insbesondere dargetan, dass das Alter des Gesuchstellers aufgrund seiner bisherigen Laufbahn nicht problematisch ist (vgl. Ziff. III. 2.3.4. hiervor). Weiter ist auch der Vorinstanz zuzustimmen, dass der allgemeine Verweis auf die in der Folge der Finanz- und Bankenkrise seit 2007 angespannte Wirtschaftslage für sich alleine von nur geringer Aussagekraft ist und daher die oben angeführten Umstände nicht zu entkräften vermag. Dies auch vor dem Hintergrund, dass das Land K.____ ebenfalls von dieser Krise getroffen wurde, es

- 17 - dem Gesuchsteller aber dort möglich war, eine Stelle zu Konditionen, die er als marktüblich qualifiziert, zu finden. Soweit sich der Gesuchsteller darauf beruft, dass es aufgrund der dynamischen Entwicklung in der Informatik mit zunehmender Dauer der Arbeitslosigkeit schwieriger werde, eine Stelle zu finden, ist zu entgegnen, dass der Gesuchsteller nicht jahrelang arbeitslos war oder nach mehrjähriger Tätigkeit in einem anderen Gebiet zu seinem ursprünglichen Beruf zurückkehren musste, sondern es sich um einen Zeitraum von weniger als zwei Jahren handelt. Das Bundesgericht erachtete es diesbezüglich gar als nicht willkürlich, einer 58 Jahre alten Informatikerin, welche seit rund 10 Jahren nicht mehr auf ihrem Beruf gearbeitet hatte und überdies gemäss IV zu 73 % invalid war, die rasche Arbeitsaufnahme zuzumuten und von ihr zu verlangen, ein Jahreseinkommen in der Höhe von Fr. 21'978.– zu erwirtschaften (BGer vom 7. Januar 2004, 5P.388/2003 E. 2.2 ff.). Zudem bringt der Gesuchsteller vor, sich auch während der Arbeitslosigkeit fortgebildet zu haben, macht er doch hierfür Fr. 300.– pro Monat geltend (Urk. 5/23 S. 25). Überdies erklärte er, während der Arbeitslosigkeit eigene Entwicklungen betrieben zu haben, also nach wie vor mit der Materie befasst gewesen zu sein (Urk. 5/23 S. 26). Alsdann legt der Gesuchsteller dar, in der Vergangenheit sei der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin an seinen Arbeitgeber gelangt und habe um Auszahlung ausstehender und inskünftiger Unterhaltsbeiträge direkt an die Gesuchstellerin ersucht. Auch habe ihn die Gesuchstellerin verschiedentlich am Arbeitsplatz angerufen, sei dort sogar erschienen und habe durch ihr Verhalten irritiert (Urk. 5/23 S. 30; Urk. 9 S. 10 f., Urk. 23/21 f.). Dies habe ihm die Arbeitssuche weiter erschwert. Die behaupteten Vorfälle liegen weit zurück, auch hat der Gesuchsteller zwischenzeitlich bei einem anderen Unternehmen gearbeitet. Es wird überdies nicht behauptet, dass der Geschäftsbetrieb erheblich gestört oder gar ein Schaden angerichtet wurde. Diesen Vorfällen kann daher kaum mehr Gewicht als einem peinlichen, aber temporären und inzwischen irrelevant gewordenem Ärgernis beigegeben werden.

- 18 - 2.3.9. Zusammenfassend ist es dem Gesuchsteller nicht geglückt, glaubhaft zu machen, dass es für ihn bei redlicher Anstrengung unmöglich ist, eine Stelle in der Schweiz zu finden. 2.3.10. Die Vorinstanz ermittelte gestützt auf die Angaben des Gesuchstellers sowie auf das statistische Jahrbuch des Kantons Zürich 2010, dass es dem Gesuchsteller möglich sein müsste, einen monatlichen Nettolohn von Fr. 7'200.– (inkl. 13. Monatslohn) zu erzielen (Urk. 3 S. 12 f. mit Verweis auf das Statistische Jahrbuch des Kantons Zürich, 20. A., Zürich 2010, abzurufen unter http://www.statistik.zh.ch/internet/justiz_inneres/statistik/de/statistiken/veroeffentlichungen/jahrbuch.html). Das statistische Jahrbuch des Kantons Zürich gibt den Durchschnittslohn für die Gruppe "Informatik, Forschung und Entwicklung und Dienstleistungen für Unternehmen" ohne weitere Differenzierungen an. In dieser Gruppe dürften neben Java-Developern beispielsweise auch Unternehmensberater, Steuerexperten, Werber, Rechtsanwälte, Ingenieure, etc. erfasst werden. Sodann wird zwar nach Geschlecht, aber nicht nach Alter und Ausbildung/Erfahrung unterschieden. Diese Datenbasis erfüllt das Kriterium der Differenziertheit gemäss der unter Ziff. III. 2.3.2. hiervor erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht. 2.3.11. Daten mit der nötigen Differenziertheit können den Lohnbüchern entnommen werden. Das Lohnbuch 2010 listet für einen 40 bis 44 Jahre alten Applikations-Entwickler, unter welcher Berufsbezeichnung ein Java-Developer subsumiert werden kann, einen Medianlohn von Fr. 7'700.– brutto bzw. unter Berücksichtigung eines branchenüblichen 13. Monatslohnes/Bonus ca. Fr. 7'260.– netto auf (Mülhauser P., Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und branchenübliche

Löhne in der Schweiz, Zürich 2010, S. 266). Anzumerken ist, dass der Medianlohn nicht ein reiner Durchschnittslohn ist, sondern dass die Hälfte der Arbeitnehmer weniger, die andere Hälfte mehr verdient. Er blendet also die Verzerrung durch einzelne sehr tiefe oder sehr hohe Einkommen etwas aus und ist daher zur Bestimmung eines erzielbaren Einkommens geeigneter als ein reiner Durchschnittslohn (Mülhauser P. a.a.O., S. 28). Anderes statistisches Material, wie beispielsweise das bereits erwähnte statistische Jahrbuch, indizieren z. T.

- 19 - höhere Einkommen. Die Daten im Lohnbuch basieren auf statistischen Erhebungen, Regelwerken wie Gesamtarbeitsverträgen, Lohnempfehlungen und auch auf empirischen Umfragen (Mülhauser P. a.a.O., S. 27 f. und S. 267). Sie mögen daher vielleicht den Verdienst von bereits (lange) in der jeweiligen Branche tätigen Arbeitnehmern nicht ganz exakt abzubilden, sie entsprechen aber besser dem tatsächlich und aktuell auf dem Arbeitsmarkt angebotenen Lohn für die betreffende Tätigkeit. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Gesuchstellerin auf substantiierte Behauptungen bezüglich des von ihr erwähnten Onlinelohnrechners verzichtet, vor allem wird nicht dargelegt, welcher Lohn von diesem errechnet wird (Urk. 2 S. 4). Insgesamt – in Bezug auf den möglichen Lohn für die Tätigkeit als Java-Developer – lässt sich das Ergebnis der Vorinstanz somit durch differenziertes Datenmaterial stützen. 2.3.12. Der Vorinstanz ist sodann auch zuzustimmen, dass der Gesuchsteller, wenn es ihm nicht möglich ist, eine Stelle als Java-Developer zu finden, seine Suchbemühungen auf andere Stellen ausdehnen muss. Unter Ziff. III. 2.3.4. hiervor wurde die Laufbahn des Gesuchstellers dargelegt. Aufgrund seiner Ausbildung und vielfältigen Erfahrung ist es dem Gesuchsteller möglich, andere Tätigkeiten als "reines" Java-Development auszuüben. Als Beispiel wäre es denkbar, dass der Gesuchsteller eine Tätigkeit als Schnittstellen-Spezialist ausübt, wobei ähnliche Löhne wie als Entwickler erzielt werden können (Mülhauser, a.a.O., S. 266). Auch eine Beschäftigung im Bereich Informatik-Controlling wäre in Betracht zu ziehen, wobei mit etwas tieferem Einkommen gerechnet werden müsste (Fr. 7'100.– brutto, rund Fr. 6'690.– netto inkl. 13. Monatslohn; Mülhauser, a.a.O., S. 269). Auch eine Beschäftigung als Test-Ingenieur wäre zu prüfen, mit der ein monatlicher Verdienst von Fr. 6'869.– brutto, bzw. rund Fr. 6'475.– netto inkl. 13. Monatslohn zu erwarten wäre (Mülhauser P., Das Lohnbuch 2011, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2011, S. 312). 2.3.13. Die hohen Einkommen in den letzten Jahren erzielte der Gesuchsteller als "Freelancer". Dieses Beschäftigungsmodell bietet für den Arbeitnehmer

- 20 - grössere Verdienstmöglichkeiten, aber auch weniger Sicherheit. Dies bringt es mit sich, dass das Einkommen eines "Freelancers" stark schwanken kann bzw. unter Umständen nach einer Periode mit sehr hohem Einkommen für eine gewisse Zeit nur ein deutlich tieferes oder gar kein Einkommen erwirtschaftet werden kann. Es rechtfertigt sich daher nicht, davon auszugehen, der Gesuchsteller könne auch weiterhin ununterbrochen ein Einkommen in der Höhe der letzten Jahre vor der Arbeitslosigkeit erwirtschaften. Vielmehr ist das diesem Arbeitsmodell innewohnende Risiko zu berücksichtigen. Ausserdem strebt der Gesuchsteller eine Festanstellung an, was im Hinblick auf ein sicheres und regelmässiges Einkommen zur Begleichung seiner Unterhaltspflichten nicht zu beanstanden ist. 2.3.14. Die Gesuchstellerin bringt zwar vor, es sei allenfalls eine Lohnreduktion von 10% anzunehmen (Urk. 2 S. 4), untermauert aber dieses Vorbringen nicht mit substantiierten Behauptungen und produziert auch keine schlüssige Begründung. Es ist der Kammer daher nicht möglich nachzuvollziehen, weshalb eine entsprechende Reduktion

vorzunehmen sei. 2.3.15. Im Ergebnis ist daher von den unter Ziff. III. 2.3.11. f. hiervor erwähnten Durchschnittszahlen auszugehen. Dem Umstand, dass der Gesuchsteller allenfalls auch eine Tätigkeit, die nicht seiner Kernkompetenz als Java-Developer entspricht, ausüben muss, ist dabei Rechnung zu tragen. Ganz grundsätzlich ist die Höhe eines hypothetischen Einkommens zurückhaltend und vorsichtig festzulegen, um so den jeder Voraussage und Schätzung innewohnenden Unabwägbarkeiten gerecht zu werden. Das hypothetische Einkommen ist daher am unteren Rand der Bandbreite der möglichen Einkommen zu verorten. Die Kammer muss sich an jener Tätigkeit, welche die tiefsten Einkommensmöglichkeiten bietet, orientieren. So besteht denn eine gewisse "Sicherheitsreserve", dass das hypothetische Einkommen tatsächlich erzielt werden kann bzw. dass Unerwartetes wie beispielsweise ein ausgefallener Bonus kompensiert werden kann. Dieses Vorgehen steht mit der höchstrichterlichen Praxis, dass der unterhaltsverpflichteten Partei stets und immer das volle Existenzminimum zu gewährleisten ist, in Einklang (BGE 135 III 66 Regeste und E. 10) und wird letztlich auch dem

- 21 - Umstand gerecht, dass mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine strafbewehrte Pflicht festgelegt wird (Art. 217 StGB). Unter Hinweis auf die vorangehend erläuterten Zahlen sowie der soeben dargelegten Erwägungen ist das monatliche hypothetische Einkommen des Gesuchstellers in der Schweiz in Ausübung pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 6'500.-- netto (inkl. 13. Monatslohn) festzulegen. Grundsätzlich – zumindest im erstinstanzlichen Verfahren – ist ein hypothetisches Einkommen nicht rückwirkend anzurechnen. Von diesem Grundsatz kann insbesondere dann abgewichen werden, wenn es für den Unterhaltsverpflichteten voraussehbar war, dass er seine Lebensumstände anpassen muss oder wenn er sich gar unredlich verhalten hat (BGer vom 10. Juni 2004, 5P.79/2004 E. 4.3.; BGer vom 7. Januar 2004, 5P.388/2003 E. 2.1; BGer vom 22. November 2011, 5A_317/2011 E. 6.2). Vorliegend wusste der Gesuchsteller schon seit langem um seine Unterhaltsverpflichtungen, war er doch mit Entscheid des Eheschutzrichters vom

E. 3

Dispositiv-Ziffern 4./6.1 und 4/6.b der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juli 2006 (Prozess Nr. EE060141) werden wie folgt abgeändert: " Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende monatliche Unterhaltsbeiträge, zahlbar jeweils im voraus auf den Ersten eines jeden Monats, die Kinderunterhaltsbeiträge (inklusive allfälliger Zulagen) zu Händen von C._____, zu bezahlen: - rückwirkend vom 22. April 2009 bis 8. Juni 2010: Fr. 4'075.--, nämlich Fr. 1'200.-- Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich Kinder-, Familienzulagen) und Fr. 2'875.-- persönliche Unterhaltsbeiträge; und - ab 9. Juni 2010 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens: Fr. 3'635.--, nämlich Fr. 1'200.-- Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich Kinder-, Familienzulagen) und Fr. 2'435.-- persönliche Unterhaltsbeiträge."

E. 4

Innert erstreckter Frist reichte die Gesuchstellerin am 13. September 2010 die Anschlussrekursantwortschrift ein. Dabei beantragte sie Folgendes (Urk. 14 S. 2): " 1. Es sei der Anschlussrekurs vollumfänglich abzuweisen; 2. Eventualiter sei der Rekursgegner zu verpflichten, der Rekurrentin einen monatlichen im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag vom 1. August 2010 bis zum 31. Januar 2011 von CHF 3'165.00, mithin CHF 925.00 für C._____ zuzüglich allfällige Kinder- respektive Ausbildungszulagen und CHF 2'240.00 für

sie per-

- 4 - sönlich und danach ab 1. Februar 2011 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens: CHF 5'490.00, nämlich CHF 1'200.00 [recte: CHF 2'000.-] Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich Ausbildungs- und Familienzulage) sowie CHF 3'490.00 für die Rekurrentin; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten des Gesuchstellers, Massnahmeklägers, Rekursgegners und Anschlussrekurrenten." In prozessualer Hinsicht beantragte die Gesuchstellerin auch für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung sowie die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtvertreterin.

E. 5

Mit Verfügung vom 16. September 2010 wurde dem Gesuchsteller eine Frist angesetzt, sich zu allfälligen Noven zu äussern sowie Belege bezüglich seiner Mietverhältnisse, Adresse, Wohnsitz, seiner Bedarfpositionen und seines Einkommens einzureichen (Urk. 17 S. 2 f.). Innert erstreckter Frist liess sich der Gesuchsteller vernehmen (Urk. 21) und reichte Unterlagen ins Recht (Urk. 23/1-23). Er teilte dabei insbesondere mit, eine neue Stelle in D. _____ [Stadt in Europa] gefunden zu haben. Er machte in der Folge neue Bedarfszahlen geltend und bestritt Vorbringen der Gesuchstellerin.

E. 5.1

Auch die Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin ist vorliegend umstritten. Sowohl die Vorinstanz (Urk. 3 S. 14 Ziff. 5) als auch die Parteien gingen von einem Invaliditätsgrad von 70% ab dem 1. Oktober 2009 aus. Diese Angabe beruht auf der Auskunft der SVA Zürich vom tt. März 2010 in einem Begleitschreiben zu einer die Gesuchstellerin betreffenden IV-Verfügung vom tt. Februar 2010 (Urk. 5/34 1. Seite). Dieser kann aber entnommen werden, dass der Invaliditätsgrad seit 1. Oktober 2009 100% beträgt. Als Abklärungsergebnis wurde ausdrücklich festgehalten, der Gesuchstellerin sei aus gesundheitlichen Gründen keine Arbeitsfähigkeit zuzumuten (Urk. 5/34 S. 2 f.). Die Angabe des Invaliditätsgrades von 70% im Begleitschreiben zu dieser Verfügung erweist sich als wohl nicht zutreffend (vgl. auch die Noveneingabe vom 25. Mai 2012; Urk. 72 f.) sowie die Noveneingabe vom 3. und 4. Juli 2012; Urk. 79 ff., der Gegenpartei zugestellt am 9. Juli 2012).

E. 5.2

Das Verfahren der IV zur Abklärung der Invalidität ist streng. Es wird von Fachpersonen durchgeführt, es erfolgen im allgemeinen vertrauens- bzw. fachärztliche Begutachtungen, überdies werden die Akten gründlich gewürdigt. In jüngerer Zeit mehrt sich sogar die Kritik, die Zusprechung von IV-Renten erfolge zu restriktiv. Im Rahmen des summarischen Massnahmeverfahrens ist daher grundsätzlich auf den Entscheid der IV abzustellen, es sei denn, es lägen klare Anzeichen vor, dass dieser falsch sein könnte (BGer vom 7. Januar 2004, 5P.388/2004 E. 2.1).

E. 5.3

Vorliegend besteht kein offensichtlicher Grund, an der Richtigkeit der IV-Verfügung zu zweifeln, es ist daher von einer vollumfänglichen Erwerbsunfähigkeit der Gesuchstellerin seit dem 1. Oktober 2009 auszugehen. Der Gesuchsteller brachte sodann keine substantiierten Behauptungen vor, dass sich der Gesundheitszustand der Gesuchstellerin seither verbessert habe. In seiner Eingabe vom 19. Juni 2012 führte er zwar aus, dass die

betreffende IV-Verfügung schon zwei Jahre alt sei und zwischenzeitlich Revisionen stattgefunden haben müssen, er legte aber keine Gründe dar, wieso die Revisionen zu Ungunsten der Gesuch-

- 27 - stellerin ausgegangen sein sollten. Es kann daher darauf verzichtet werden, weitere Auskünfte über das Verfahren der IV einzuholen. Soweit der Gesuchsteller das neu eingereichte Schreiben des die Gesuchstellerin behandelnden Psychologen als Gefälligkeit bzw. auf einer einseitigen Aufnahme der Anamnese beruhend kritisiert (Urk. 68 S. 1 ff.), ist anzumerken, dass das Dokument sich mit der Einschätzung der IV deckt und überdies vor dem Hintergrund der betreffenden IV-Verfügung nur von marginaler Relevanz ist (Urk. 66/1).

E. 5.4

Umstritten sind auch die Umstände der Tätigkeit der Gesuchstellerin in einem Café. Der Gesuchsteller macht gestützt auf den betreffenden Arbeitsvertrag geltend, das Arbeitsverhältnis sei – wenn überhaupt – nicht korrekt zu Ungunsten der Gesuchstellerin aufgelöst worden (Urk. 9 S. 8 Ziff. 6, Urk. 5/46). Aufgrund der Aktenlage und der Natur des vorliegenden Verfahrens kann die arbeitsrechtliche Zulässigkeit des Vorgangs (insbesondere ist nicht klar, ob die Gesuchstellerin im Stundenlohn angestellt war) an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Nachdem die IV von der Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin ausgeht, scheinen ihre Vorbringen, dass sie die Stelle nach nur zwei Monaten wieder verloren hat, glaubhaft. Die Arbeitstätigkeit war daher von so kurzer Dauer (zwei Monate) und der Verdienst von so geringer Höhe (Fr. 656.– netto inkl. Ferienentschädigung pro Monat [Urk. 5/48/1]), dass dieser bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge nicht zu berücksichtigen ist.

E. 5.5

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien in Bezug auf die Restarbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin muss somit nicht weiter eingegangen werden, beruhen diese doch auf der offensichtlich falschen Grundlage, dass die Gesuchstellerin nach Einschätzung der IV zu 30% arbeitsfähig sei. Den weiteren Erwägungen ist als einziges regelmässiges Einkommen der Gesuchstellerin somit die IV-Rente in der Höhe von Fr. 208.– pro Monat zu Grunde zu legen (Urk. 5/34).

E. 6

In der Folge wurde der Gesuchstellerin Frist gesetzt, sich zu den neu eingereichten Unterlagen zu äussern (Urk. 24). Die entsprechende Stellungnahme erfolgte innert erstreckter Frist am 11. November 2010 (Urk. 26). Die Gesuchstellerin bestritt in dieser hauptsächlich die Vorbringen des Gesuchstellers und stellte sich auf den Standpunkt, dass es sich zu einem grossen Teil nicht um echte Noven handle, diese seien nicht mehr zu berücksichtigen.

E. 6.1

Die Vorinstanz verzichtete auf die genaue Berechnung des Bedarfes der Gesuchstellerin, da selbst bei Anrechnung eines teilweise hypothetischen Einkommens in der Höhe von Fr. 800.– von einem Mankofall auszugehen sei (Urk. 3 S. 8 Ziff. 2 [der Verweis der Vorinstanz auf Ziff. 4.6 scheint irrtümlich erfolgt zu sein, richtig wäre wohl ein Verweis auf Ziff. 5]). Sie schloss daher, dass

- 28 - die Unterhaltsbeiträge der gesamten Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers entsprechen müssen. Gegen diese Argumentationsweise brachte der Gesuchsteller zu Recht nichts Grundsätzliches vor. Zumindest sinngemäss machte er aber geltend, dass der Bedarf der Gesuchstellerin nach dem Auszug der gemeinsamen Tochter per 31. Juli 2010 gesunken sei (Urk. 56 S. 1 ff.).

E. 6.2

Nachdem der Auszug der gemeinsamen Tochter aus der Wohnung der Gesuchstellerin per 31. Juli 2010 aufgrund des Schreibens der Einwohnerkontrolle ohne weiteres glaubhaft gemacht ist (Urk. 59), kann nicht mehr unbesehen davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin ein die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers übersteigendes Existenzminimum hat. Dieses ist daher zu berechnen. Dabei gelten die gleichen Voraussetzungen wie unter Ziff. III. 2.4.1. dargelegt.

E. 6.3

Der Gesuchstellerin ist gemäss Ziff. II. 1.2 des Kreisschreibens ein Grundbetrag von Fr. 1'200.– anzurechnen. Sodann sind ihr angemessene Mietkosten zuzugestehen. Für die Gesuchstellerin zusammen mit der Tochter waren Wohnungskosten von Fr. 1'700.– angemessen (Urk. 5/27/21). Für die Gesuchstellerin alleine sind diese aber zu hoch. Nach dem Auszug der Tochter sind die Wohnungskosten zu senken. Unter Berücksichtigung der bereits erwähnten angespannten Marktlage für Mietwohnungen, der beeinträchtigten Gesundheit der Gesuchstellerin, ihrer ungünstigen finanziellen Situation, ihrer mangelnden Sprachkenntnisse, der Arbeitslosigkeit, der gängigen Kündigungsfristen von drei Monaten auf ortsübliche Termine – September, März und Juni – gemäss Art. 266a Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 266c OR und da auch dem Gesuchsteller nicht nur das absolute Minimum an denkbaren Wohnungskosten angerechnet wurde, rechtfertigt es sich, der Gesuchstellerin ermessensweise eine längere Übergangsfrist zu gewähren. Diese ist bis zum Auszug aus der betreffenden Wohnung zu gewähren, also bis Ende April 2011 (Urk. 58 f.). Für die folgenden Monate, für die sie eine Kostengutsprache der Sozialhilfe in der Höhe von Fr. 1'100.– für eine Pension (inkl. Frühstück) erhielt, ist bereits der Mietzins für die Wohnung, welche sie per 1. August 2011 (Urk. 59) beziehen konnte, in der Höhe von Fr. 1'059.– einzusetzen. Dies rechtfertigt sich, obwohl während dieser Zeit

- 29 - geringfügig höhere Wohnungskosten entstanden, da in diesen Wohnkosten auch ein Frühstück inbegriffen war (Urk. 58 f.). Die aktuellen Wohnkosten in der Höhe von Fr. 1'059.– sind angemessen im Sinne von Ziff. III. 1.1 des Kreisschreibens (Urk. 59). Die Kosten für Swisscom / Radio / TV sind gleich wie beim Gesuchsteller mit Fr. 120.– zu bemessen. Die Kosten der Krankenkasse von rund Fr. 340.– (inkl. VVG/UVG im Betrag von Fr. 52.50), sind belegt (Urk. 5/24/22). Grundsätzlich werden im betriebsrechtlichen Existenzminimum nur die Versicherungen gemäss KVG berücksichtigt, also die Grundversicherung. Da die Gesuchstellerin nicht arbeitstätig und entsprechend nicht über den Arbeitgeber unfallversichert ist, sind ihr die Kosten einer solchen Versicherung zuzugestehen. Aufgrund der ausgewiesenen gesundheitlichen Probleme der Gesuchstellerin wäre es ihr nach einer Kündigung der Zusatzversicherungen kaum je mehr möglich, eine solche wieder abzuschliessen, zumindest nicht ohne weitgehende Versicherungsausschlüsse. In Hinblick auf den vorsorglichen Charakter des Eheschutzes und den glaubhaft gemachten allgemein schlechten Gesundheitszustand der Gesuchstellerin sind ihr daher auch die Zusatzversicherungen im betriebsrechtlichen

Existenzminimum zu belassen. Aus den Akten erhellt, dass die Gesuchstellerin in den Jahren 2008 und 2009 im Durchschnitt rund Fr. 150.– pro Monat aufwenden musste, um Gesundheitskosten, welche aufgrund des Selbstbehalts und der Franchise nicht von der Krankenkasse übernommen wurden, zu begleichen (Urk. 5/27/25 f.). Da nichts darauf hindeutet, dass sich ihr Gesundheitszustand gebessert hat, sind ihr diese Kosten im Existenzminimum anzurechnen. Zahlungen zur Schuldentilgung sowie Steuern können in vorliegender Konstellation nicht im Existenzminimum berücksichtigt werden. Insgesamt beträgt das betriebsrechtliche Existenzminimum für die Gesuchstellerin allein bis Ende April 2011 Fr. 3'510.–, hernach Fr. 2'869.–. Wie sogleich unter Ziff. III. 6.4.1 ff. hiernach aufgezeigt wird, ist das betriebsrechtliche Existenzminimum der Gesuchstellerin persönlich während der Zeit, als die gemeinsame Tochter noch minderjährig war und bei der Gesuchstellerin wohnte – sogar wenn nur die Positionen für die Gesuchstellerin alleine berücksichtigt werden – höher als die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers (abzüglich der nicht umstrittenen Unterhaltsbeiträge für die gemeinsame Tochter). Es

- 30 - kann daher darauf verzichtet werden, im einzelnen auf die zusätzlichen Bedarfspositionen der gemeinsamen Tochter einzugehen. 6.4.1. Vom Bedarf der Gesuchstellerin ist ihre IV-Rente in der Höhe von Fr. 208.– abzuziehen (Urk. 73). Sie benötigt daher zur Deckung ihres Existenzminimums bis zum 30. April 2011 Fr. 3'302.– und ab 1. Mai 2011 Fr. 2'661.–. 6.4.2. Die maximale Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers beträgt bis zum 31. Juli 2010 Fr. 4'215.–. Von dieser Leistungsfähigkeit sind die für die betreffende Zeitspanne nicht angefochtenen Unterhaltsbeiträge für die gemeinsame Tochter in der Höhe von Fr. 1'200.– abzuziehen, es verbleibt somit eine Leistungsfähigkeit von Fr. 3'015.–. Nach dem 31. Juli 2010 beträgt die Leistungsfähigkeit Fr. 2'880.– (Vgl. Ziff. III. 4. und 2.4.2. hiervor). 6.4.3. Im Ergebnis, ist der Gesuchsteller zu einem Unterhaltsbeitrag für die Gesuchstellerin persönlich von Fr. 3'015.– pro Monat für die Zeit vom 22. April 2009 bis zum 31. Juli 2010 zu verpflichten. Vom 1. August 2010 bis zum 29. April 2011 ist eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Gesuchstellerin von Fr. 2'880.– festzulegen. Ab 1. Mai 2011 benötigt die Gesuchstellerin Fr. 219.– weniger als die maximale Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers; der Überschuss ist hälftig auf die Eheleute aufzuteilen. Der Gesuchsteller ist daher ab 1. Mai 2011 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zu einem Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 2'771.– pro Monat zu verpflichten.

E. 7

Am 18. November 2010 wurde dem Gesuchsteller Frist zur freigestellten Vernehmung zur Stellungnahme der Gesuchstellerin angesetzt (Urk. 27). Innert erstreckter Frist liess sich der Gesuchsteller vernehmen und reichte weitere Unterlagen ins Recht (Urk. 29 ff.). Der Gesuchsteller bestritt die Vorbringen der Gesuchstellerin und betonte, dass keine Situation vorliege, in welcher ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei.

E. 7.1

Die gemeinsame Tochter ist am tt. September 2009 mündig geworden (Art. 14 ZGB). Mit Erreichen der Mündigkeit basiert die elterliche Unterhaltspflicht auf Art. 277 Abs. 2 ZGB. Gegenüber einer Mündigen besteht eine Unterhaltspflicht, wenn sie sich noch in Ausbildung befindet und dem Unterhaltsverpflichteten die Unterhaltsleistungen nach den gesamten Umständen zugemutet werden können. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Rangfolge zwischen Ehegatten- und Unmündigenunterhalt noch nicht vollends

geklärt, entschieden wurde aber, dass der Mündigenunterhaltsanspruch dem Unterhaltsanspruch des Ehe-

- 31 - gatten nachgeht (BGE 132 III 209 E. 2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 6 S. 33 f.). Das Bundesgericht hat sodann in einem jüngeren Entscheid die Berücksichtigung von Mündigenunterhaltsverpflichtungen im erweiterten Notbedarf des Unterhaltsverpflichteten bei der Berechnung von Ehegattenunterhalt gar als willkürlich qualifiziert (BGE 132 III 209 E. 2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 6 S. 33 f., bestätigt und verdeutlicht in BGer 5C.40/2007 vom 6. Juni 2007 E. 4.). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist als Richtlinie davon auszugehen, dass die Zumutbarkeit gegeben ist, wenn dem Unterhaltsverpflichteten noch Mittel zur Verfügung stehen, die seinen erweiterten Grundbedarf um rund 20% übersteigen. Von dieser Richtlinie ist nach unten abzuweichen, wenn es die Umstände rechtfertigen (BGE 118 II 97 E. 4b) = Pra 82 [1993] Nr. 32 110 f.). Dies ist insbesondere bei jungen Erwachsenen zwischen 18 und 20 Jahren der Fall, die innert absehbarer Zeit ihre Ausbildung abschliessen werden und danach für sich selber aufkommen können. In einer solchen Konstellation kann dem Unterhaltsverpflichteten für einen absehbaren Zeitraum sogar die Einschränkung auf das betriebsrechtliche Existenzminimum zugemutet werden.

E. 7.2

Die Höhe der Unterhaltsbeiträge für die gemeinsame Tochter für die Zeit bis zum 9. Juni 2010 ist nicht umstritten (Urk. 2 S. 2, Urk. 9 S. 2). Der Gesuchsteller beantragt aber eine Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung für die Zeit ab 1. August 2010; so sei auf einen Unterhaltsbeitrag für die Gesuchstellerin zu verzichten und jener für die gemeinsame Tochter auf Fr. 925.– zu senken (Urk. 9 S. 2). Aus der Begründung des Gesuchstellers geht hervor, dass er anstrebt, zu Unterhaltsbeiträgen von insgesamt nicht mehr als Fr. 925.– pro Monat verurteilt zu werden, und diese Unterhaltsbeiträge der gemeinsamen Tochter zuzusprechen seien.

E. 7.3

Aus den Ausführungen unter Ziff. III. 6.4.1. ff. sowie unter Ziff. III. 4. hiervor geht ohne weiteres hervor, dass nicht genügend Mittel vorhanden sind, um diesem Antrag – neben der Festsetzung eines existenzsichernden Unterhaltsbeitrages für die Gesuchstellerin – stattzugeben. Da der Unterhaltsanspruch der Tochter jenem der Gesuchstellerin nachgeht, können weitere Abklärungen, insbe-

- 32 - sondere bezüglich der Ausbildungssituation der Tochter, unterbleiben, fehlen doch schlicht die Mittel für einen solchen Unterhaltsbeitrag. IV. 1. Die Vorinstanz hat den Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung bewilligt (Urk. 3 S. 16). Auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH; Urk. 3 S. 15 f.). 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). 2. Es erhellt ohne weiteres, dass sich die finanzielle Situation der Parteien seit dem Entscheid der Vorinstanz verschlechtert hat, unter diesem Gesichtspunkt fällt somit ein Entzug ausser Betracht. Die Rechtsbegehren der Parteien konnten nicht als zum Voraus aussichtslos bezeichnet werden. Die Komplexität der vorliegend zu behandelnden Sach- und Rechtsfragen rechtfertigt den Beizug einer Anwältin. 3. Die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung ist somit nicht zu entziehen. V. 1. Die Vorinstanz hat den

Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten, weshalb sich eine Regelung für das vorinstanzliche Verfahren erübrigt (vgl. § 71 ZPO/ZH; Urk. 3 S. 17 Dispositivziffer 5). 2. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 zu bestimmen (GerGebV; vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 sowie Ziff. II. 1. hiervor). Konkret sind § 5 Abs. 1 GerGebV, § 7 GerGebV sowie § 4 Abs. 3 GerGebV zu beachten. Unter Berücksichtigung der vorliegend zu beurteilenden

- 33 - strittigen Punkte und den damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen sowie der zahlreichen Noveneingaben ist die Gebühr auf Fr. 6'000.– festzusetzen. 3. Die Kosten des Rekursverfahrens sind gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Gesuchstellerin verlangte für die Zeit vom 22. April 2009 bis zum 8. Juni 2010 eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge um rund Fr. 700.– sowie für die Zeit nach dem 9. Juni 2010 für die Dauer des Scheidungsverfahrens eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge um rund Fr. 1'900.–. Demgegenüber verlangte der Gesuchsteller, den Rekurs bezüglich des Zeitraumes vom 22. April 2009 bis 8. Juni 2010 abzuweisen, und für die Zeit nach dem 1. August 2010 eine Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung um rund Fr. 2'700.–. Im Ergebnis werden die Unterhaltsbeiträge für die erste Periode um Fr. 140.– angehoben. In Bezug auf diesen Zeitabschnitt obsiegt die Gesuchstellerin zu 1/5. Für die zweite Periode ist zunächst anzumerken, dass der Gesuchsteller in seinem Anschlussrekurs eine Senkung ab 1. August 2010 beantragt, während die Gesuchstellerin eine Erhöhung ab dem 9. Juni 2010 fordert. Der Unterschied zwischen diesen Daten ist zu klein, als dass er auf die Frage des Obsiegens und Unterliegens einen Einfluss hätte, er kann daher nachfolgend unbeachtet bleiben. Da die Unterhaltsverpflichtung des Gesuchstellers schrittweise um rund Fr. 755.– bzw. rund Fr. 865.– gesenkt wird, unterliegt die Gesuchstellerin mit ihrer Forderung, die Unterhaltsbeiträge seien um rund Fr. 1'900.– zu erhöhen, vollumfänglich. Andererseits darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Gesuchsteller eine wesentlich stärkere Senkung seiner Unterhaltspflicht, nämlich in der Höhe von Fr. 2'700.– beantragte, sich mithin auch zu einem beachtlichen Teil nicht durchsetzen konnte. So wurde nur eine Senkung von durchschnittlich rund 30 % der angebehrten Höhe gutgeheissen. Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet weicht das Ergebnis um rund Fr. 2'000.– vom Antrag des Gesuchstellers und um rund Fr. 2'700.– vom Antrag der Gesuchstellerin ab. Das Verhältnis dieser Zahlen

- 34 - legt daher in Bezug auf die zweite Periode ein Obsiegen des Gesuchstellers zu 3/5 nahe. Schliesslich sind die beiden Perioden zueinander ins Verhältnis zu setzen. Dabei ist die erste Periode weniger stark zu gewichten, da es sich um einen begrenzten Zeitraum handelt und auch die Höhe der beantragten Änderung deutlich kleiner ist als bezüglich des zweiten Zeitraumes. Da nicht bestimmt ist, wie lange sich die Änderung der Unterhaltsbeiträge auswirken wird, beträgt gemäss § 21 ZPO/ZH der Streitwert in Bezug auf den zweiten Zeitabschnitt das Zwanzigfache des Wertes der einjährigen Leistung, mithin ein Vielfaches des Wertes der Leistung während des ersten Zeitraumes. Es ist daher angebracht, von einem Obsiegen des Gesuchstellers zu 3/5 für das ganze Verfahren auszugehen. Im Ergebnis sind die Kosten daher dem Gesuchsteller zu 2/5 und der Gesuchstellerin zu 3/5 der Gesuchstellerin aufzuerlegen. 4. Die Prozessentschädigung wird gemäss § 69 ZPO/ZH vom Gericht nach Ermessen festgesetzt, wobei bei anwaltlich vertretenen Parteien das Ermessen in dem Sinne beschränkt ist, als die

Prozessentschädigung im Rahmen der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) festzusetzen ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., ZPO § 69 N 2). In vorliegendem Fall ist auf die AnwGebV vom 21. Juni 2006 abzustellen (§ 25 der AnwGebV vom 8. September 2010 sowie Ziff. II. 1 hiervor). In Anwendung von § 2 Abs. 1 und 2 AnwGebV, § 4 Abs. 1 AnwGebV, § 3 Abs. 5 AnwGebV, § 7 AnwGebV und § 12 Abs. 2 und 5 AnwGebV sowie § 6 Abs. 2 lit. c AnwGebV und unter Berücksichtigung der doch recht umfangreichen Eingaben und Beanspruchung des Novenrechts ist die Prozessentschädigung für das Rekursverfahren im vorliegenden Fall auf Fr. 7'000.– festzulegen. Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH hat jede Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Demzufolge ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Gesuchstellers (§ 89 Abs. 1 ZPO/ZH) eine auf 1/5 reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 1'400.–, zuzüglich MwSt. von 7.6% bzw. 8 % je auf Fr. 700.–, also insgesamt Fr. 1'509.20 zu bezahlen.

- 35 - 5. Der Gesuchsteller ist der guten Ordnung halber darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerin den Prozessgewinn abzüglich einer allfälligen Parteientschädigung in der Höhe der ab dem 1. August 2010 erhaltenen Unterstützungsleistungen an die sozialen Dienste Z._____ abgetreten hat. Die Gesuchstellerin hat überdies den Gesuchsteller angewiesen, Nachzahlungen auf das PC-Konto ... der sozialen Dienste Z._____ zu überweisen mit dem Vermerk "A._____" und "PN-Nr. ..." (Urk. 19 f.). Es wird beschlossen: 1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses der Gesuchstellerin und des Anschlussrekurses des Gesuchstellers wird Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung (Proz. Nr. FE090443) vom 23. Juni 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: " 3. Dispositiv-Ziffern 4./6.a und 4./6.b der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 18. Juli 2006 (Prozess Nr. EE060141) werden wie folgt abgeändert: " Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin folgende monatliche Unterhaltsbeiträge, zahlbar jeweils im voraus auf den Ersten eines jeden Monats, die Kinderunterhaltsbeiträge (inklusive allfälliger Zulagen) zu Händen von C._____, zu bezahlen: - rückwirkend vom 22. April 2009 bis 31. Juli 2010: Fr. 4'215.–, nämlich Fr. 1'200.– Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich Kinder-, Familienzulagen) und Fr. 3'015.– persönliche Unterhaltsbeiträge; und - ab 1. August 2010 bis zum 30. April 2011 Fr. 2'880.– persönliche Unterhaltsbeiträge; sowie - ab 1. Mai 2011 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens Fr. 2'771.– persönliche Unterhaltsbeiträge." Im Übrigen wird der Rekurs der Gesuchstellerin sowie der Anschlussrekurs des Gesuchstellers abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'000.–.

- 36 - 3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Gesuchstellerin zu 3/5 und dem Gesuchsteller zu 2/5 auferlegt, aufgrund der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. 4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, Rechtsanwältin Y._____ für das Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'509.20 zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich,

E. 8

In der Verfügung vom 20. Dezember 2010 wurde sodann erwogen, dass die Belege des Gesuchstellers nicht vollständig seien bzw. gewisse Belege

- 5 - fehlen. Der Gesuchsteller wurde daher aufgefordert, seine finanziellen Verhältnisse, insbesondere sein effektives Einkommen und seine effektiven Zahlungen, lückenlos zu belegen. Konkret wurde er verpflichtet, Folgendes einzureichen (Urk. 32 insbesondere S. 3 f.). " a) sämtliche Auszüge über sämtliche Konti, auf die Zahlungen (Arbeitslosenentschädigung, Lohn etc.) zu seinen Gunsten erfolgten, für die Zeit von Januar 2009 bis Ende November 2010; einzureichen sind die vollständigen Auszüge, aus denen sämtliche Gutschriften und Belastungen in der erwähnten Zeitphase lücken-/übergangslos ersichtlich sind (ohne Abdeckungen o.Ä.); zusätzlich b) Belege über sämtliche effektiven Zahlungen (Lohn etc.) zugunsten des Gesuchstellers für die Zeit von Juli 2010 bis Dezember 2010, insbesondere sämtliche Lohnabrechnungen; zusätzlich c) Belege über sämtliche effektiven regelmässigen monatlichen Zahlungen/Notbedarfspositionen für die Zeit von Juli 2010 bis Dezember 2010 (Quittungen etc., auch wenn die Zahlungen bereits aus den Kontoauszügen gemäss lit. a hiervor ersichtlich sind); insbesondere sind die in Urk. 9 S. 14 und in Urk. 21 S. 11 aufgeführten Notbedarfspositionen/Auslagen lückenlos zu belegen." Für den Fall, dass der Gesuchsteller dieser Aufforderung nicht fristgerecht oder unvollständig nachkäme, wurde ihm angedroht, sein Verhalten würde nach § 148 ZPO gewürdigt und es würde aufgrund der Akten entschieden. Hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege würde ein solches Verhalten als Verletzung der Mitwirkungspflicht gewürdigt. Der Gesuchsteller liess sich daraufhin innert erstreckter Frist vernehmen (Urk. 34) und reichte weitere Unterlagen ins Recht (Urk. 35/1-27 und 37).

E. 9

Am 25. Januar 2011 wurde der Gesuchstellerin die Stellungnahme nebst Unterlagen zur Kenntnis gebracht und Frist zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt (Urk. 38 S. 2). Innert zweimalig erstreckter Frist liess sich die Gesuchstellerin am 24. Februar 2011 vernehmen (Urk. 41). Die entsprechende Eingabe wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 8. März 2011 zur Kenntnis gebracht (Urk. 42).

E. 10

Unterm 20. April 2011 erfolgte eine Noveneingabe der Gesuchstellerin. Sie brachte die Vermutung vor, der Gesuchsteller lebe mit seiner Freundin in Hausgemeinschaft, was einen veränderten Bedarf bewirke (Urk. 43).

- 6 - Die Noveneingabe wurde in der Folge mit Verfügung vom 27. April 2011 dem Gesuchsteller zur Kenntnis gebracht (Urk. 45). Der Gesuchsteller liess sich am 30. April 2010 vernehmen, bestritt die Vermutung der Gesuchstellerin und reichte neue Unterlagen ins Recht (Urk. 46 ff.). Die Eingabe nebst Beilagen wurden wiederum der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 5. Mai 2011 zur Kenntnis gebracht (Urk. 49).

E. 11

Mit Eingabe vom 8. September 2011 teilte der Gesuchsteller mit, dass er eine neue Wohnung zu einem Mietzins von EUR 1'200.– pro Monat haben müsste, dass er nicht wisse, ob sein Arbeitsvertrag verlängert werde, sowie dass die gemeinsame Tochter seit mehreren Monaten bei ihrem Freund in E._____ wohne und sich weigere mitzuteilen, was sie tue (Urk. 51 ff.). Am 27. September 2011 nahm die Gesuchstellerin unaufgefordert zur Eingabe vom 8. September 2011 Stellung und teilte mit, dass sie ihre ursprüngliche Wohnung haben verlassen müssen, sowie dass die gemeinsame Tochter zu ihrem Freund ausgezogen sei (Urk. 54). Hierzu nahm der Gesuchsteller ebenfalls von sich aus mit Schreiben vom 7. Oktober 2011 Stellung und reichte ein Schreiben des Zürcher

Personenmeldeamtes ein, welcher über den Auszug von C. _____ informiert (Urk. 57).

E. 12

Mit Eingabe vom 16. November 2011 teilte die Gesuchstellerin mit, sie wohne seit 1. August 2011 in einer Wohnung, welche Fr. 1'059.– brutto koste, und belegte dies mit einem Brief des Sozialzentrum ... (Urk. 58 f.).

E. 13

Weiter reichte der Gesuchsteller am 26. November 2011 Unterlagen über die Verlängerung seines Arbeitsvertrages bis Ende Jahr und über Zahlungen an die Sozialen Dienste Z. _____ ins Recht (Urk. 60 f.).

E. 14

Der Gesuchsteller reichte am 12. März 2012 eine Noveneingabe ins Recht, mit welcher er geltend machte, dass die mündige Tochter nun ein Erwerbseinkommen erziele, was bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen sei. Ausserdem reichte er eine Verlängerung seines Arbeitsvertrages bis zum 12. April 2012 ins Recht (Urk. 62 f.).

- 7 -

E. 15

Unterm 14. März 2012 teilte die Gesuchstellerin mit, dass sie weiterhin nicht arbeitsfähig sei, und reichte entsprechende Unterlagen ein (Urk. 64 f.).

E. 16

Mit Eingabe vom 25. Mai 2012 wies die Gesuchstellerin unter anderem auf die Befristung des Arbeitsvertrages des Gesuchstellers hin und teilte mit, dass sie gemäss Verfügung der IV vom 23. Februar 2010 zu 100% arbeitsunfähig sei (Urk. 72 f.).

E. 17

Mit Datum vom 19. Juni 2012 liess sich der Gesuchsteller erneut vernehmen, reichte Unterlagen, unter anderem einen neuen Arbeitsvertrag, ein und merkte an, die von der Gesuchstellerin produzierte IV-Verfügung sei bereits zwei Jahre alt. Zwischenzeitlich hätten Revisionen stattfinden müssen. Er beantragte daher, die Gesuchstellerin sei aufzufordern, die entsprechenden Verfügungen zu edieren. (Urk. 75 ff.).

E. 18

Juli 2006 (Urk. 5/6/1) schon zu Unterhaltszahlungen verpflichtet worden. Sodann kannte er den Ausbildungswunsch seiner Tochter, Ärztin zu werden, und befürwortete diesen (Urk. 5/23 S. 8). Es musste ihm daher klar sein, dass seine Tochter noch lange auf seine Unterstützung angewiesen sein würde. Zunächst mit dem begründeten Vergleichsvorschlag der Vorinstanz vom 9. März 2010 (Urk. 35) und sodann mit der Verfügung der Vorinstanz vom 23. Juni 2010 (Urk. 3) wurde klar aufgezeigt, dass auch weiterhin Unterhaltsleistungen des Gesuchstellers benötigt und von ihm entsprechend verstärkte Arbeitsbemühungen erwartet werden. Ganz ausser Acht gelassen werden kann auch nicht, dass der Gesuchsteller stets die finanzielle Hauptlast für die Familie trug und kein Anlass bestand, davon auszugehen, dass sich dies mit der Trennung unmittelbar und grundlegend ändern würde. Weiter ist insbesondere im Rechtsmittelverfahren zu beachten, dass für den Fall, dass die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens durch Beschreiten des Rechtsmittelweges hinausgezögert werden könnte, falsche Anreize zur Erhebung von Rechtsmitteln gesetzt

würden.

- 22 - Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände ist dem Gesuchsteller mit der Vorinstanz rückwirkend auf das Ende der Arbeitslosigkeit ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Nachdem der Gesuchsteller noch für den Juli 2010 die Arbeitslosenunterstützung erhielt, ist ihm das hypothetische Einkommen ab dem 1. August 2010 anzurechnen (Urk. 23/18, letzte zwei Seiten). 2.3.16. Die Festsetzung der Höhe des tatsächlichen Einkommens des Gesuchstellers während seiner Arbeitslosigkeit auf rund Fr. 7'640.– pro Monat blieb schliesslich unangefochten und steht mit den Akten in Einklang (Urk. 3 S. 12 Ziff. 4.4.1, Urk. 23/17 f.). Nachdem feststeht, dass das dem Gesuchsteller anzurechnende hypothetische Einkommen tiefer ist als die Arbeitslosenentschädigung, erübrigen sich – zumindest aus Sicht der Unterhaltsberechtigten – Abklärungen, ob dieses bereits vor Ende der Arbeitslosigkeit anzurechnen ist. 2.4.1. Zur Bestimmung der Leistungsfähigkeit eines Unterhaltsverpflichteten muss sein Bedarf berücksichtigt werden. Zur Berechnung des Bedarfes, der dem soeben errechneten hypothetischen Einkommen gegenüberzustellen ist, kann zunächst von den bisher geltend gemachten Zahlen ausgegangen werden. Bei der Bemessung dieser Kosten ist zu beachten, dass es sich teilweise um hypothetische Kosten handelt, die zur Zeit aufgrund der Landesabwesenheit des Gesuchstellers nicht tatsächlich anfallen. Soweit dabei nicht auf konkrete und glaubhafte Belege abgestellt werden kann, sind die Zahlen – gleich wie das hypothetische Einkommen – zurückhaltend nach pflichtgemässen Ermessen zu schätzen. Insbesondere ist dabei auf die Praxis der Kammer und (gerichts-)notorische Zahlen abzustellen. Zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass gibt der Grundbetrag von Fr. 1'200.– gemäss Ziff. II. 1.2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend nur noch Kreisschreiben). Die vom Gesuchsteller geltend gemachten Miet- und Nebenkosten in der Höhe von mehr als Fr. 2'300.– (Urk. 5/23 S. 24) sind nicht angemessen im Sinne von Ziff. III. 1. des Kreisschreibens. Unter Berücksichtigung der bereits seit einigen Jahren für Mieter sehr ungünstigen Lage

- 23 - des Wohnungsmarktes im Kanton Zürich, des Umstandes, dass der Gesuchsteller nur eine Wohnung für sich alleine benötigt, da ein Besuchsrecht seiner mündigen Tochter nicht zur Diskussion steht, ihm aber durch Betreibungsregistereinträge und Arbeitslosigkeit bei der Anmietung einer Wohnung Nachteile erwachsen, erscheint es angemessen, ihm mit der Vorinstanz Fr. 1'400.– für das Wohnen (inkl. Nebenkosten) anzurechnen. Dabei ist zu beachten, dass der Gesuchsteller schon seit langem um seine Unterhaltsverpflichtungen wusste. Es rechtfertigt sich daher, gleich wie die Vorinstanz bereits ab 22. April 2010 nur noch Fr. 1'400.– für den Mietzins anzurechnen. Diesbezüglich kann in Anwendung von § 161 GVG/ZH auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 3 S. 13 Ziff. 4.5). Die Kosten für Swisscom / Radio / TV von Fr. 120.– sind nicht zu beanstanden. Die Kosten für die Krankenkasse von rund Fr. 360.– sind belegt (Urk. 23/13). Soweit der Gesuchsteller geltend macht, er habe nach seinem Unfall Selbstbehalte und Franchise für die Heilung bezahlen müssen, ist darauf hinzuweisen, dass er zu jenem Zeitpunkt noch bei der P. _____ angestellt war, mithin aufgrund seines Vollpensums über den Arbeitgeber unfallversichert gewesen sein musste (Urk. 5/24/10 S. 1 Ziff. 3). In dieser Konstellation werden in der Regel die gesamten Kosten von der Unfallversicherung übernommen. Nur im Fall, dass ein Versicherungsnehmer seine Unfallversicherung bei einer privaten

Krankenkasse hat, ist bei Unfällen mit Selbstbehalten bzw. Franchisen zu rechnen. Da aus den ein- gereichten Unterlagen nichts Gegenteiliges hervorgeht, können dem Gesuchstel- ler die diesbezüglich geltend gemachten Kosten von Fr. 100.– nicht zugestanden werden, zumal seine Franchise nur Fr. 300.– beträgt (Urk. 23/13). Es kann offen- gelassen werden, ob der Erhalt einer Prämienverbilligung gerichtsnotorisch ist oder nicht, denn eine solche erzielte der Gesuchsteller nur, wenn sein steuerba- res Einkommen kleiner als Fr. 37'200.– pro Jahr wäre (Urk. 4/2). Zwar werden die geleisteten Unterhaltsbeiträge bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens berücksichtigt, wie aber sogleich aufgezeigt wird, können diese aufgrund des Existenzminimums des Gesuchstellers nicht auf mehr als Fr. 34'800.– pro Jahr bemessen werden. Bei einem hypothetischen Nettoeinkommen von ca. Fr. 78'000.– kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass der Gesuchstel- ler die Schwelle erreicht, ab welcher er eine Prämienverbilligung erhält. Da dies-

- 24 - bezüglich keine substantiierten Behauptungen aufgestellt und belegt wurden, ist dem Gesuchsteller keine Prämienverbilligung anzurechnen. Die Kosten für das Fitnessabo sind nicht belegt, überdies wurde nicht dargelegt, dass dieses aus medizinischen Gründen wirklich nötig ist. Sie können daher nicht berücksichtigt werden (Urk. 5/24/24). Für die Hausrat/Haftpflichtversicherung ist die belegte und gerichtsnotorische Summe von Fr. 25.– einzusetzen (Urk. 5/24/26). Um die Grundmobilität unter anderem für den Arbeitsweg sicherzustellen, kann dem Ge- suchsteller ein ZVV-Netzpass für den Kanton Zürich zugestanden werden; dane- ben erscheinen die Kosten für ein zusätzliches Halbtax-Abo nicht nötig. Dem Ge- suchsteller sind daher Fr. 164.– pro Monat anzurechnen (Urk. 5/24/27 Blatt 3). Kosten für Weiterbildung, welche notwendig ist, die Arbeit auszuüben, sind grundsätzlich gemäss Art. 327a OR vom Arbeitgeber zu übernehmen (BSK OR I- Portmann Art. 327a N 3 f.). Soweit eine Weiterbildung der Erhaltung des Ein- kommens bzw. des Wertes auf dem Arbeitsmarkt dient, können die entsprechen- den Kosten in angemessenem Rahmen berücksichtigt werden (BSK SchKG I- Vonder Mühl, Art. 93 N. 28 lit. f; Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, hrsg. von Ch. Schöbi, Beitrag von A. Bühler, S. 174, Bern 2001). Vom Gesuchsteller wird verlangt, eine qualifizierte und an- spruchsvolle Arbeit zu leisten; es erscheint daher nicht unangemessen, ihm einen gewissen Betrag zuzugestehen, damit er seinen Wissensstand und seine Fähig- keiten auf dem aktuellen Stand halten kann, auch wenn dies nicht direkt die von ihm konkret auszuführende Arbeit betrifft. Der geltend gemachte Betrag von Fr. 300.– pro Monat ist aber weder seiner finanziellen Lage noch seinem ange- rechneten Einkommen angemessen (Urk. 5/23 S. 25). Aus den Belegen, welche der Gesuchsteller einreicht, wird zwar ersichtlich, dass er im Jahr 2009 eine be- achtliche Summe für Hardware/Computer – eine für einen Programmierer sinnvol- le Investition – ausgeben musste. Dass so hohe Kosten laufend und jedes Jahr anfallen, wurde aber nicht belegt (Urk. 5/24/28). Der Betrag ist daher wie auch schon von der Vorinstanz auf Fr. 200.– zu kürzen (Urk. 3 S. 6 Ziff. III. 1.2). Da dem Gesuchsteller eine Tätigkeit von 100% zugemutet wird, ist zu prüfen, ob ihm gemäss Ziff. III. 3.2 des Kreisschreibens Mehrauslagen für auswärtige Verpfle- gung zuzugestehen sind. Der dabei bestehenden Unsicherheit über die tatsächli-

- 25 - chen Umstände, also ob der Arbeitgeber eine Kantine hat oder ob der Gesuch- steller allenfalls gar über Mittag nach Hause gehen kann, ist durch einen gemittel- ten Betrag zu begegnen. Dem Gesuchsteller sind daher Fr. 150.– pro Monat zu- zugestehen. Eine Position für Ferien und Freizeit (Urk. 5/23 S. 25) kann grund- sätzlich im betriebsrechtlichen Existenzminimum nicht berücksichtigt werden, diese Kosten müssen aus dem Grundbetrag

bewältigt werden. Wie sogleich aufgezeigt wird, liegt bei Berücksichtigung der Steuerlast ein Mankofall vor. Aufgrund der klaren und konstanten höchstrichterlichen Rechtsprechung kann daher die Steuerlast nicht berücksichtigt werden. Die Parteien müssen sich um einen entsprechenden Steuererlass bzw. Stundung bemühen (Bähler, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, S. 781 f., Rz 12.71 m. H. a. BGE 126 III 353, 356 E. 1a/aa ff., ausdrücklich bestätigt in BGer vom 28. Feb. 2008, 5A_525/2007 E. 7). 2.4.2. Insgesamt steht dem hypothetischen Einkommen des Gesuchstellers ein Bedarf – ähnlich wie von der Vorinstanz für die Zeit der Arbeitslosigkeit berechnet (Urk. 3 S. 14) – von rund Fr. 3'620.– gegenüber. Die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers beträgt diesfalls rund Fr. 2'880.– (Fr. 6'500.00 - Fr. 3'620.00). 3. Die Gesuchstellerin hat den Bedarf des Gesuchstellers für die Zeit der Arbeitslosigkeit als zu hoch gerügt. Sie kritisierte die Nichtberücksichtigung der Prämienverbilligung, die Anrechnung von Weiterbildungskosten und die Berücksichtigung eines Betrages von Fr. 140.– für die Steuern (Urk. 2 S. 3 f.). Auf diese Positionen wurde unter Ziff. III. 2.4.1. hiervor bereits eingegangen, auf diese Erwägungen ist zu verweisen. Entsprechend ist einzig in Bezug auf die Steuern von der Bedarfsberechnung der Vorinstanz abzuweichen. Der von der Vorinstanz für die Zeit der Arbeitslosigkeit seit 22. April 2009 berechnete Bedarf in der Höhe von Fr. 3'565.– ist daher um Fr. 140.– auf Fr. 3'425.– zu kürzen (Urk. 3 S. 12 und 14). 4. Im Ergebnis ist daher vom 22. September 2009 bis zum 31. Juli 2010 von einem durchschnittlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 7'640.– pro Monat - 26 - (netto), einem Bedarf von Fr. 3'425.- und einer Leistungsfähigkeit von Fr. 4'215.– auszugehen.

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