

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050117 vom 19. Dezember 2005

Zh Kassationsgericht, 2005-12-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA050117](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA050117)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050117 du 19 décembre 2005

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA050117 del 19 dicembre 2005

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 1. Juli 2003 liess der Kläger, Rekurrent, Anschluss- rekursgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) am Be- zirksgericht Uster ein Eheschutzbegehren anhängig machen (ER act. 1). Mit Ver- fügung vom 15. Februar 2005 verpflichtete der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks Uster den Beschwerdeführer, rückwirkend ab 1. Juli 2003 bis zum 31. Oktober 2004 der Beklagten, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) an den Unterhalt der drei gemeinsamen minderjährigen Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 2'000.--, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, sowie für die Beschwerdegegnerin persönlich von Fr. 5'100.-- zu bezahlen. In den übrigen Punkten (Unterhaltsbei- träge ab 1. November 2004, Kinderbelange, Zuteilung der ehelichen Liegenschaft, Anweisung) wurde zufolge zwischenzeitlich (nämlich am 1. November 2004) ein- getretener Rechtshängigkeit des gemeinsamen Scheidungsbegehrens der Partei- en auf das Eheschutzbegehren nicht eingetreten und dieses insoweit dem Richter im ordentlichen Verfahren zur Behandlung als vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren überwiesen (ER act. 47 = OG act. 3).

### E. 2

Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer, der (für die vom Eheschutzrichter noch zu beurteilende Zeitspanne) die Festsetzung niedrige- rer Unterhaltsbeiträge verlangt hatte, mit Eingabe vom 4. März 2005 fristgerecht Rekurs erheben (OG act. 2). Die Beschwerdegegnerin erhob mit ihrer Rekursant- wort vom 15. April 2005 Anschlussrekurs (OG act. 11). Mit Beschluss vom 14. Ju- ni 2005 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Bewilligung der unentgeltlichen Pro- zessführung und Verbeiständung für das Rekursverfahren ab. Sodann reduzierte sie die Kinderunterhaltsbeiträge für den fraglichen Zeitraum vom 1. Juli 2003 bis zum 31. Oktober 2004 auf je Fr. 1'500.-- (zuzüglich Kinderzulagen) pro Monat und die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin persönlich auf Fr. 3'450.--.

- 3 - Schliesslich änderte sie auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das er- stinstanzliche Verfahren. Im Übrigen wies die Vorinstanz sowohl den Anschluss- rekurs als auch den Rekurs – soweit auf diesen eingetreten werden konnte – ab (OG act. 22 = KG act. 2).

### E. 3

Gegen diesen ihm am 20. Juli 2005 zugestellten (vgl. OG act. 23/3) obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, fristwahrend eingereichte (vgl. § 287 ZPO und § 140 Abs. 2 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwer- deführers vom 19. August 2005, mit

welcher dieser die folgenden Anträge stellen lässt (KG act. 1, insbes. S. 2): "1. Dispositiv Ziffer 2 (sowie Ziffern 4 und 5) des Beschlusses vom 14. Juni 2005 der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben und zur Neuurteilung im Sinne der nachstehenden Ausführungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Beschwerdegegnerin."

#### **E. 4**

Mit Präsidialverfügung vom 22. August 2005 wurde die Beschriftung der Vorinstanz zur Vernehmlassung sowie der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung zugestellt. Ausserdem wurde der Beschwerdeführer in Anwendung von § 75 ZPO verpflichtet, innerhalb von 14 Tagen eine Prozesskaution von Fr. 3'000.-- zu leisten (KG act. 6).

#### **E. 5**

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer innert Frist (vgl. KG act. 6 und 7/2) eingereichten Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers (KG act. 10). Die Prozesskaution wurde vom Beschwerdeführer fristgerecht geleistet (KG act. 7/1 und 9).

- 4 - II. 1. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beanstandet der Beschwerdeführer einzig die Höhe des ihm von der Vorinstanz – im Zusammenhang mit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge – angerechneten Einkommens. Er ist der Ansicht, dass die Vorinstanz sein monatliches Einkommen um Fr. 2'083.-- zu hoch angesetzt habe, indem sie "willkürlich und aktenwidrig" eine Aufrechnung von Krankentaggeldern vorgenommen habe (KG act. 1 S. 3 ff., insbes. S. 4). Eventuell macht er geltend, die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO, das rechtliche Gehör (§ 56 Abs. 1 in Verbindung mit § 55 ZPO) sowie die Dispositions- und die Officialmaxime (§ 54 und § 142 Abs. 1 ZPO) verletzt (KG act. 1 S. 5 f.). 2. a) Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Rekursentscheid, der zufolge Anfechtung einer eheschutzrichterlichen Verfügung des erstinstanzlichen Einzelrichters im summarischen Verfahren ergangen ist. Als solcher fällt er unter die in § 281 ZPO erwähnten "Rekursentscheide", womit seine Beschwerdefähigkeit zu bejahen ist (statt vieler Kass.-Nr. AA050069, Beschluss vom 20.9.2005 i.S. W.c.W., Erw. II/2.1; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 5; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 10 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62). b) Mit Blick auf § 285 ZPO ist sodann vorzuschicken, dass der angefochtene Beschluss betreffend Eheschutzmassnahmen, zu denen insbesondere auch die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen an den Ehegatten und die unmündigen Kinder nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3 ZGB gehört, nach zwar verschiedentlich kritisiert (vgl. z.B. Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. Aufl., Bern 1999, N 24 f. zu Art. 180 ZGB; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 13 Rz 147; s.a. die weiteren Hinweise in BGE 127 III 476 f.), aber nach wie vor gefestigter und auch unter der Herrschaft des neuen Scheidungs-

- 5 - rechts ausdrücklich bestätigter höchstrichterlicher Praxis nicht der eidgenössischen Berufung (Art. 43 ff. OG) unterliegt, da er keinen Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG darstelle (BGE 127 III 474 ff. m.w.Hinw.; 116 II 22 ff., Erw. 1; Urteil des BGer 5P.345/2003 vom 13.1.2004, Erw. 1.2; s.a. Kass.-Nr. 2003/090, Beschluss vom 22.7.2003 i.S. G.c.G., Erw. II/1/c). Das hat zur Folge, dass im Kassationsverfahren grundsätzlich auch Rügen zulässig sind, mit denen eine Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht wird, wobei das Kassationsgericht eine gerügte Verletzung bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften (wie z.B. Art. 145 ZGB) frei (vgl. Kass.-Nr. AA040172, Beschluss vom 17.2.2005 i.S. W.c.W., Erw. II/1.3/a), eine Verletzung materiellen Bundesrechts dagegen nur mit (im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO auf klare Rechtsverstösse) beschränkter Kognition prüfen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 76 f.). (Eine – vorliegend allerdings nicht relevante – Ausnahme hinsichtlich der kassationsgerichtlichen Prüfungsbefugnis besteht immerhin mit Bezug auf die in Art. 68 OG aufgeführten Rügen, welche das Bundesgericht im Rahmen der – gegen Entscheide der vorliegend angefochtenen Art grundsätzlich zulässigen [BGE 95 II 71; Urteil des BGer 5P.112/2001 vom 28.8.2001, Erw. 1/a] – eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde mit freier Kognition beurteilen kann.) 3. a) Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, dass ihm von der Vorinstanz angerechnete monatliche Nettoeinkommen von rund Fr. 13'620.-- errechnen sich aus einem angenommenen jährlichen Einkommen von Fr. 163'400.--. Dieses beruhe seinerseits auf der willkürlichen und aktenwidrigen Annahme, er habe auch im Jahr 2004 Taggelder bezogen. Das Obergericht habe (zunächst noch) korrekt erwogen, auf Grund des Jahresabschlusses und der Steuererklärung 2004 sei bei ihm aus seiner Tätigkeit als selbständig erwerbender Arzt von einem jährlichen Einkommen von rund Fr. 150'000.-- auszugehen. Ebenfalls (noch) richtig sei die Feststellung der Vorinstanz, dass davon die hälftigen Pensionskassenbeiträge im Betrag von Fr. 11'600.--, welche er nicht über die Praxis abrechne, abzuziehen seien. Erstellt – so der Beschwerdeführer – sei damit für die massgebliche Periode ein Jahreseinkommen von Fr. 138'400.--, was einem Monatseinkommen von Fr. 11'533.-- entspreche. Willkürlich und aktenwidrig habe die Vorinstanz jedoch eine Aufrechnung von Krankentaggeldern im Gesamtbetrag

- 6 - von Fr. 25'000.-- vorgenommen und dazu Folgendes ausgeführt: "Hinzu kommen Krankentaggelder im Gesamtbetrag von Fr. 25'000.-- (...). Warum diese bei unverändertem Krankheitsbild des Klägers im Jahre 2004 nicht mehr angefallen sein sollen, legt der Kläger nicht schlüssig dar. ... Somit ist beim Kläger im fraglichen Zeitraum von einem monatlichen Nettoeinkommen von rund Fr. 13'620.-- auszugehen." Nachdem ihm – so der Beschwerdeführer weiter – in den Jahren 2002 und 2003 Taggelder im Gesamtbetrag von rund Fr. 21'000.-- bzw. Fr. 25'000.-- ausbezahlt worden seien, seien 2004 keine weiteren Taggeldzahlungen mehr erfolgt, weshalb von ihm auch keine weiteren Krankentaggeld-Abrechnungen hätten eingereicht werden können und eingereicht worden seien; es gelte der Grundsatz "negativa non sunt probanda". Aus den von ihm eingereichten fortlaufenden Taggeldabrechnungen der A.-Krankenkasse und der B.-Krankenkasse gehe eindeutig hervor, dass die Zahlungen konkret im Zusammenhang mit einem Krankheitsfall vom 20. Juli 2002 erfolgt seien und per Ende März 2003 eingestellt worden seien. Beide Kassen hätten eine "Endabrechnung" bzw. "Schlussabrechnung" per Ende März 2003 erstellt, die B.-Krankenkasse am 29. April 2003, die A.-Krankenkasse am 12. Mai 2003 (mit Verweis auf ER act. 39/10+11). Damit sei aktenmässig erstellt, dass im Jahr 2004 keine Krankentaggelder mehr angefallen seien, und zwar unabhängig von der Tatsache, dass er weiterhin unter den Krankheitsfolgen leide. Vor Obergericht habe er in seiner

Eingabe vom 4. März 2005 den fraglichen Sachverhalt der erhaltenen Taggelder dargelegt. Insbesondere habe er auch ausgeführt, dass er im Jahr 2004 keine solchen Leistungen mehr erhalten habe. Die Erwägung der Vorinstanz, er lege nicht schlüssig dar, warum die Taggelder "bei unverändertem Krankheitsbild des Klägers im Jahre 2004 nicht mehr angefallen sein sollen", sei daher aktenwidrig und willkürlich, was gleichermassen auch für die Aufrechnung von Krankentaggeldern gelte. Die vorliegende Beschwerde sei somit bereits gestützt auf den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO gutzuheissen (KG act. 1 S. 3-5). Teile das Kassationsgericht diese Auffassung nicht, d.h. verneine es eine aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme hinsichtlich des Bezugs

- 7 - von Taggeldern, habe die Vorinstanz jedenfalls die für die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen geltende Officialmaxime (gemeint wohl: Untersuchungsmaxime) (§ 142 Abs. 1 ZPO) verletzt, nach welcher der Sachverhalt von Amtes wegen hätte festgestellt werden müssen. Statt ex officio weitere Abklärungen vorzunehmen, habe sich die Vorinstanz jedoch auf eine (blosse) Hypothese beschränkt (KG act. 1 S. 6, 2. Abschnitt). b) Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO liegt vor, wenn Bestandteile der Akten, die im Zeitpunkt des fraglichen Entscheides dem Gericht vorlagen, überhaupt nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wurden und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO; ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6). Das trifft vorliegend nicht zu, hat die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer erwähnten Taggeld-Abrechnungen und deren Inhalt doch durchaus zur Kenntnis genommen, die darin enthaltenen Angaben jedoch nicht im Sinne der klägerischen Vorbringen und Behauptungen gewürdigt (vgl. KG act. 2 S. 12). c) aa) Bei der willkürlichen tatsächlichen Annahme wird demgegenüber der Akteninhalt richtig wiedergegeben, aber in unrichtiger bzw. unvertretbarer Weise gewürdigt. Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt jedoch nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denker als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28; ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; RB 2002 Nr. 11). Entsprechendes gilt dort, wo – wie im Eheschutzverfahren – kein strikter Beweis, sondern lediglich Glaubhaftmachung gefordert wird: Hier liegt Willkür im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO vor, wenn der Sachrichter in unvertretbarer Würdigung der Glaubhaftmachungsmittel zum (deshalb unhaltbaren) Schluss gelangt ist, eine bestimmte Tatsache sei glaubhaft gemacht. bb) Aus den bei den Akten liegenden ("End-" bzw. "Schluss"-)Abrechnungen der B.-Krankenkasse und der A.-Krankenkasse ergibt sich, dass die dem

- 8 - Beschwerdeführer ausgerichteten Taggelder im Betrag von rund Fr. 46'000.-- (vgl. dazu ER act. 38 S. 29 f.) einen Krankheitsfall vom 20. Juli 2002 betreffen und für den Zeitraum vom 20. Juli 2002 bis zum 31. März 2003 geleistet wurden. Sodann war bereits in der Klagebegründung vom langfristig reduzierten Gesundheitszustand und chronischen zunehmenden Rückenschmerzen die Rede (ER act. 12 S. 5), wobei sich diese gemäss Replik vom 12. Oktober 2004 sogar "dramatisch verschlechtert" hätten: Die heftigen Schmerzschübe würden immer häufiger auftreten und hätten den Beschwerdeführer wiederholt zur Arbeitsniederlegung gezwungen (ER act. 38 S. 16). In der Rekursschrift wurde ebenfalls auf den "dramatisch verschlechterten" Gesundheitszustand des

Beschwerdeführers hingewiesen und die in der Replik erwähnten Beschwerden erneut beschrieben (OG act. 2 S. 4 f.). cc) Im Lichte dieser Aktenlage ist es zwar durchaus nachvollziehbar, dass die Vorinstanz von einem unveränderten Krankheitsbild beim Beschwerdeführer ausging, was von diesem im Übrigen auch nicht in Abrede gestellt wird. Im Gegenteil wird in der Beschwerdeschrift ausdrücklich eingeräumt, dass der Beschwerdeführer weiterhin unter den Krankheitsfolgen leide (KG act. 1 S. 4). Für einen unbefangenen Denkenden unhaltbar und damit willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO erscheint es indessen, wenn die Vorinstanz allein aufgrund des unveränderten Krankheitsbildes annimmt, es sei trotz gegenteiliger, mit zwei Abrechnungen untermauerter Behauptung des Beschwerdeführers (vgl. ER act. 38 S. 29 f. [Ziff. 1.17]; OG act. 2 S. 5; ER act. 39/10 und 39/11) nicht schlüssig dargestellt (d.h. nicht glaubhaft gemacht), dass dieser für das Jahr 2004 keine Taggelder (mehr) bezogen habe, und ihm gestützt darauf bei der Ermittlung seines Einkommens weiterhin Taggeldleistungen (in der bisherigen Höhe) anrechnet: Diesbezüglich ist vorweg daran zu erinnern, dass es (auch im Geltungsbereich der Offizial- bzw. Untersuchungsmaxime gemäss Art. 145 ZGB) nach den allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung bzw. – hier – über die Verteilung der Glaubhaftmachungslast nicht dem Beschwerdeführer obliegt, glaubhaft zu machen (bzw. "schlüssig darzulegen"; vgl. KG act. 2 S. 12), dass er im Jahre 2004 keine Taggelder mehr erhielt. Gegenteils hat die Beschwerdegegnerin, die daraus Rechte (auf höhere Unterhaltsbeiträge) ableitet, glaubhaft zu

- 9 - machen, dass der Beschwerdeführer auch in der beurteilten Zeitspanne (1. Juli 2003 bis 31. Oktober 2004) weiterhin Taggelder bezogen hat (vgl. Art. 8 ZGB). Folglich ist es die Beschwerdegegnerin, welche die Folgen fehlender Glaubhaftmachung des weiteren Taggeld-Bezuges zu tragen hat, und es geht insbesondere nicht an, (anstelle der beweis- bzw. "glaubhaftmachungsbelasteten" Beschwerdegegnerin) den Beschwerdeführer die rechtlichen Konsequenzen rechtserheblicher Bedenken hinsichtlich der Verwirklichung dieses Sachverhalts (d.h. der Beweislosigkeit bzw. fehlenden Glaubhaftigkeit desselben) tragen zu lassen. Erste Zweifel an der Glaubhaftigkeit des weiteren Bezugs von Taggeldern erscheinen in casu schon deshalb angebracht, weil die Beschwerdegegnerin die gegenteilige Behauptung des Beschwerdeführers weder im erstinstanzlichen noch im Rekursverfahren substantiiert bestritten hat, obwohl sie im Falle, dass sie dessen Behauptung keinen Glauben schenken wollte, dazu Anlass gehabt hätte und ihr dies auch zuzumuten gewesen wäre. Vielmehr hat sie in ihren Parteivorträgen der Sache nach lediglich Auskunft über den aktuellen und künftigen Bezug von Taggeldern verlangt und gefordert, die Taggelder, soweit sie tatsächlich anfallen bzw. angefallen sind, dem Beschwerdeführer als Einkommen anzurechnen (vgl. ER Prot. S. 17; OG act. 11 S. 14; s.a. Kass.-Nr. 162/85, Beschluss vom 10.9.1985 i.S. S.c.N., Erw. 5; aber auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 35 zu § 54 ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 168). Mithin hat sie selbst den fortwährenden Bezug von Taggeldern nicht einmal behauptet, geschweige denn glaubhaft dargetan. Ausserdem – und dies ist vorliegend entscheidend – steht die vorinstanzliche Auffassung in ungeklärtem Widerspruch zu den vom Beschwerdeführer zur Untermauerung seiner Behauptung ins Recht gereichten Taggeld-Abrechnungen (vom 29. April 2003 bzw. 12. Mai 2003) jener beiden Kassen, die ihm in den Jahren 2002 und 2003 die als Einkommen angerechneten Taggeldleistungen (im Gesamtbetrag von rund Fr. 21'000.-- bzw. Fr. 25'000.--) ausgerichtet haben. Diese Abrechnungen, denen im vorliegenden Zusammenhang durchaus Beweisqualität bzw. -tauglichkeit zukommt, sind – im

Unterschied zu den ebenfalls im Recht liegenden, unter früheren Daten erstellten "Zwischenabrechnungen" (vgl. ER act.

- 10 - 39/10 Blätter 2 ff. und 39/11 Blatt 2) – ausdrücklich als "Endabrechnung" (ER act. 39/10 Blatt 1) bzw. "Schlussabrechnung" (ER act. 39/11 Blatt 1) bezeichnet, was ein überaus starkes Indiz dafür darstellt, dass die vom Beschwerdeführer bezogenen Taggeldleistungen tatsächlich per 31. März 2003 eingestellt wurden. Dafür spricht auch der Umstand, dass es sich bei Taggeldern – im Unterschied zu Renten – um Ersatzeinkommen handelt, welches grundsätzlich nur vorübergehend, d.h. zeitlich befristet ausgerichtet wird (vgl. Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, § 44 Rz 1), und zwar auch dann, wenn die Taggelder aufgrund einer Summenversicherung(svereinbarung) geleistet werden (vgl. ER act. 38 S. 29; OG act. 2 S. 5). Sodann finden sich in den Akten – soweit ersichtlich – keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Beschwerdeführer wegen des unveränderten Krankheitsbildes auch nach dem 31. März 2003 (von denselben oder anderen Versicherern) weitere Taggeldzahlungen zugekommen sind. Wenn die Vorinstanz ungeachtet dieser Abrechnungen (letztlich allein aufgrund der fortbestehenden gesundheitlichen Beschwerden) angenommen hat, es sei plausibel und damit glaubhaft, dass der Beschwerdeführer auch im Jahre 2004 Taggelder in der Höhe von Fr. 25'000.-- bezogen habe, verfiel sie damit in Willkür bzw. liegt darin eine unhaltbare Würdigung der aktenkundigen Glaubhaftmachungsmittel. Entgegen vorinstanzlicher Auffassung ist aufgrund des heutigen (bzw. im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Entscheidung bestehenden) Aktenstandes nämlich nicht nur nicht glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdeführer auch nach dem 31. März 2003 weiterhin Taggelder bezogen hat – ein Umstand, dessen Folgen aufgrund der Beweislastverteilung von der Beschwerdegegnerin zu tragen sind; vielmehr ist auf der Grundlage der heute verfügbaren Akten glaubhaft gemacht (wenn nicht sogar bewiesen), dass der Beschwerdeführer ab April 2003 keine Taggeldzahlungen mehr erhalten hat (vgl. zum Begriff der Glaubhaftmachung insbes. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 110 ZPO; Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 10 Rz 26 [je m.w.Hinw.]; Leuenberger, Glaubhaftmachen, in: ders. [Hrsg.], Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 108 ff.; Heeb, Problematik der Beweisbeschränkung im summarischen Verfahren in Ehesachen, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 79 f. und 90).

- 11 - Bei dieser Sachlage (fehlende Plausibilität des weiteren Bezugs von Taggeldern aufgrund der Aktenlage) wäre die Vorinstanz, wenn sie der Behauptung des Beschwerdeführers betreffend Wegfall der Taggeldzahlungen trotz der von ihm beigebrachten, den Wegfall indizierenden End- bzw. Schlussabrechnungen keinen Glauben schenken wollte, sondern Zweifel an der Richtigkeit dieser Behauptung hatte, zumindest verpflichtet gewesen, zu diesem Punkt von Amtes wegen weitere Abklärungen zu treffen (wie der Beschwerdeführer ebenfalls rügt; KG act. 1 S. 6). Das hätte namentlich die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 145 Abs. 1 ZGB) verlangt, die – wenn (wie vorliegend) Kinderbelange zu regeln sind – auch im Eheschutzverfahren gilt (ZR 101 Nr. 59, Erw. 3/b; 102 Nr. 18, Erw. 2/a; 79 Nr. 64; Urteil des BGer 5P.112/2001 vom 27.08.2001, Erw. 4/a; Breitschmid, Kind und Scheidung der Elternehe, in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 107 [und 109]; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 9 zu Art. 145 ZGB) und nach welcher (im Rahmen der den Parteien obliegenden Mitwirkungspflicht) auch Tatsachen von Amtes wegen zu berücksichtigen und allenfalls (hier: im Sinne einer Glaubhaftmachung) abzuklären sind,

welche sich zu Gunsten des Unterhaltspflichtigen und zu Ungun- sten des Kindes auswirken (ZR 100 Nr. 49, Erw. II/5; BGE 128 III 414). Nachdem der Beschwerdeführer vor den Vorinstanzen explizit behauptet (und durch Bei- bringung schlüssiger Urkunden auch dokumentiert) hat, dass er im Jahre 2004 keine Taggelder mehr bezogen habe, kann ihm in diesem Zusammenhang auch nicht vorgeworfen werden, seiner Obliegenheit, die entscheiderelevanten Tatsa- chen substantiiert zu behaupten und mit verfügbaren Beweismitteln zu belegen (vgl. BGE 128 III 313 f. m.w.Hinw.), nicht nachgekommen zu sein. Vielmehr wäre es aufgrund seiner Ausführungen bei verbliebenen Zweifeln am Wegfall der Tag- geldleistungen notwendig gewesen, von Amtes wegen weitere Abklärungen zu treffen, gilt doch allgemein, dass aufgrund der Untersuchungsmaxime dann eine bundesrechtliche Verpflichtung des Gerichts zu weiteren Abklärungen besteht, wenn sich aufgrund der Akten entsprechende Anhaltspunkte ergeben (Sut- ter/Freiburghaus, a.a.O., N 11 zu Art. 145 ZGB; Guldener, a.a.O., S. 169; s.a. ZR 79 Nr. 64 und zum Ganzen Kass.-Nr. AA040029, Beschluss vom 10.5.2004 i.S. S.c.S., Erw. II/3).

- 12 - d) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vorinstanz mit ihrer Annahme, der Beschwerdeführer habe auch im Jahre 2004 Krankentaggelder be- zogen, die aktenkundigen Glaubhaftmachungsmittel willkürlich gewürdigt (oder zumindest die Untersuchungsmaxime verletzt) und somit den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO (bzw. § 281 Ziff. 1 ZPO) gesetzt hat. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet. Dementsprechend ist sie gutzuheissen, der an- gefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vo- rinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO). 4. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, die weiteren in der Beschwer- deschrift erhobenen Rügen (vgl. KG act. 1 S. 5 und 6, Ziff. 4.1-4.3) näher zu prü- fen. III. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Kassationsverfahrens ge- mäss der (auch im Rechtsmittelverfahren geltenden) allgemeinen Regel der mit ihren (Rechtsmittel-)Anträgen unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem an- waltlich vertretenen Beschwerdeführer eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 und § 69 ZPO), deren Höhe sich nach den Vorschriften der AnwGebV richtet (insbes. §§ 2, 5 und 7 AnwGebV). Das Gericht beschliesst:

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