

ZH_KASSATIONSGERICHT AA070025 vom 4. Juni 2007

Zh Kassationsgericht, 2007-06-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070025

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070025 du 4 juin 2007

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA070025 del 4 giugno 2007

Erwägungen

E. 1

X. stellte mit Eingabe vom 18. April 2006 beim Bezirksgericht ____ ein Eheschutzbegehren (ER act. 1). Mit Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren vom 21. September 2006 (recte: 26. September 2006 [OG act. 8]) wurde das erstinstanzliche Verfahren abgeschlossen (ER act. 47). Dabei verfügte die Einzelrichterin u.a., dass das gemeinsame Kind von X. (nachfolgend Beschwerdeführer) und Y. (nachfolgend Beschwerdegegnerin), Z., geb. ____ 2006, unter die Obhut der Beschwerdegegnerin gestellt (Disp.-Ziff. 2) und dem Beschwerdeführer ein Besuchsrecht (je vier Stunden am ersten und dritten Samstag pro Monat) eingeräumt werde (Disp.-Ziff. 3). Zudem wurde der Beschwerdeführer zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet (Disp.-Ziff. 6, 7).

E. 1.1

Die Vorbringen des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 8 f. Ziff. 1.2.1 bis 1.2.5) sind - soweit sie über allgemein gehaltene und appellatorische Kritik hinausgehen - nicht geeignet, einen Nichtigkeitsgrund darzutun. Die Vorinstanz hat das Verhalten der Beschwerdegegnerin in keiner Art und Weise bagatellisiert, sondern klar zum Ausdruck gebracht, dass eine Kontaktverweigerung zwischen Vater und Sohn nicht tolerierbar sei. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, aufgrund welcher Aktenstellen die Vorinstanz die Aussagen der Beschwerdegegnerin, sie habe Angst vor dem Beschwerdeführer, hätte anzweifeln müssen. Solche Ängste sind - insbesondere vor dem Hintergrund eines Paarkonfliktes - vielmehr häufig vorhanden, auch wenn dafür objektiv keine Anhaltspunkte vorliegen. Die Vorinstanz hat denn auch nicht die Meinung geäußert, dass die Ängste der Be-

- 8 - schwerdegegnerin begründet wären. Dass der Beschwerdeführer aus seiner subjektiven Sicht die vorinstanzliche Auffassung nicht zu teilen vermag, ist zwar nachvollziehbar und nahe liegend, begründet jedoch weder den Nichtigkeitsgrund der Aktenwidrigkeit noch denjenigen der Willkür.

E. 1.2

Zu den Ausführungen des Beschwerdeführers unter Ziff. 1.2.6 ist festzuhalten, dass der zitierten angefochtenen Erwägung nicht entnommen werden kann, inwiefern die Vorinstanz damit die tatsächlich erfolgte und festgestellte Kontaktverweigerung in Abrede stellen wollte (KG act. 1 S. 10). Es versteht sich sodann von selbst, dass die Vorinstanz zum Ausdruck brachte, es sei den eingereichten Unterlagen nicht zu entnehmen, dass sich die Beschwerdegegnerin einem Kontakt, unter den vom Gericht festgelegten Voraussetzungen bzw. den von der Beiständin als angebracht erachteten Modalitäten (und nicht gemäss den Wünschen des Beschwerdeführers), in den Weg stellen werde. Weder liegt ein Widerspruch vor, noch ist der Vorwurf der Willkür gerechtfertigt.

E. 1.3

Der Beschwerdeführer bemängelt im Weiteren die obergerichtliche Erwägung, dass davon auszugehen sei, die Beschwerdegegnerin kooperiere nunmehr mit den Behörden, sodass von einer eigentlichen Kontaktverweigerung nicht mehr gesprochen werden könne, als willkürlich (KG act. 1 S. 11 f. Ziff. 1.2.7). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, gestützt auf welche Aktenstellen davon auszugehen wäre, die Beschwerdegegnerin habe tatsächlich nicht mit den Behörden kooperiert. Dass die Beschwerdegegnerin auch direkt mit dem Beschwerdeführer kooperiere, hat die Vorinstanz nicht festgehalten. Hinzuweisen ist sodann auf Folgendes: Gemäss erstinstanzlicher Verfügung vom 26. September 2006 wurde dem Beschwerdeführer ein Besuchsrecht von 4 Stunden jeweils am ersten und dritten Samstag pro Monat eingeräumt, wobei die bereits angeordnete Beistandschaft zur Regelung der Modalitäten des Besuchsrechts beibehalten wurde (ER act. 47 S. 32 f., Disp.-Ziff. 3 bis 5). Aus den vom Beschwerdeführer vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen (OG act. 14/1-6) ergibt sich, dass es offenbar unterschiedlich interpretierte Modalitäten des Besuchsrechts waren, welche das Stattfinden des Kontaktes verhinderten. Vor diesem Hintergrund ist der Umstand, dass

- 9 - es erst am 20. Januar 2007 zum ersten Besuchskontakt kam, nicht geeignet, die obergerichtliche Schlussfolgerung willkürlich erscheinen zu lassen.

E. 1.4

In Bezug auf die Vorbringen unter Ziff. 1.2.8 der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 13) kann auf die vorstehenden Erwägungen zum Novenrecht im kantonalen Beschwerdeverfahren verwiesen werden. Weiterungen hiezu erübrigen sich. 2. Was der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dem psychischen Zustand der Beschwerdegegnerin vorbringt (KG act. 1 S. 13 f. Ziff. 1.3), genügt den Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes - soweit die Willkürerügere erhoben wird - nicht. Der Beschwerdeführer beschränkt sich darauf, seine eigene Meinung darzutun. Im Hinblick auf die zusätzlich erhobene Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist Folgendes festzuhalten: Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche - allenfalls stillschweigend - als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112-114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2). Die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz (KG act. 2 S. 18), unter Hinweis auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Sinne von § 161 GVG, genügen den vorerwähnten Anforderungen ohne Weiteres. Weder wurde der Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt, noch liegt eine Verletzung der Begründungspflicht vor.

- 10 - 3. a) Der Beschwerdeführer wendet sodann ein, die Annahmen der Vorinstanz zur Frage der Betreuungsfähigkeit seien aktenwidrig, willkürlich und falsch. Er habe von

Anfang an klar gemacht, dass Z. bei ihm in jeder Hinsicht allererste Priorität habe. Er könne seine Zukunftspläne situationsbedingt anpassen. Jedenfalls sei es vollkommen willkürlich, seine Betreuungsmöglichkeit allein aufgrund der Tatsache, dass er die Anwaltsprüfung abzulegen gedenke, etwas schlechter zu beurteilen. Willkürlich sei auch die tatsächliche Annahme, dass der Beschwerdeführer für die Betreuung auf Drittpersonen zurückgreifen müsse, habe er doch in seinen früheren Ausführungen stets klar dargelegt, dass er Z. alleine betreuen könne und werde (KG act. 1 S. 15). b) Die Vorinstanz erwog, die erste Instanz habe richtig festgestellt, dass der Beschwerdeführer im Falle der Obhutszuteilung an ihn auch auf Drittpersonen würde zurückgreifen müssen. Selbst wenn er seine Arbeit als Gerichtsschreiber per sofort aufgeben könnte und würde, würde er sich offenbar "nebenbei" auf die Anwaltsprüfung im Kanton Zug vorbereiten bzw. allenfalls von zu Hause aus Entscheide für das Bezirksgericht ____ auf Auftragsbasis redigieren. Dazu sei festzuhalten, dass der Beschwerdeführer trotz gutem Willen sichtlich den Betreuungsaufwand eines Kleinkindes sowie allenfalls auch den Aufwand für die Anwaltsprüfung verkenne. Es sei notorisch und von der Beschwerdegegnerin auch betreffend ____ bestätigt worden, dass Kleinkinder nur äusserst beschränkte Zeit selbstständig spielen könnten. Ausserdem könnten sie auch noch nicht völlig selbstständig essen. Hinzu trete, dass ____ scheinbar kein schläfriges Kind sei und denn auch keinen Mittagsschlaf mache (KG act. 2 S. 23 f.). Zusammenfassend hielt das Obergericht fest, die Möglichkeit und Bereitschaft der persönlichen Betreuung sei bei der Beschwerdegegnerin jedenfalls etwas besser vorhanden als beim Beschwerdeführer, der sich neben der Betreuung auch noch auf die Anwaltsprüfung vorbereiten wolle, während die Beschwerdegegnerin sich gänzlich ____ widme (KG act. 2 S. 24 f.). Als letztlich ausschlaggebend erachtete die Vorinstanz allerdings vorliegend die Stabilität in der Betreuung. Es könne nicht im Kindeswohl liegen, ein so kleines Kind, das ab Geburt quasi ausschliesslich von der Mutter in nicht zu beanstandender Weise betreut und umsorgt worden sei, nun dem Vater, den es kaum kenne zuzuteilen. Aus diesen Erwägungen geht

- 11 - hervor, dass die Frage, ob der Beschwerdeführer Z. vollumfänglich selber betreuen würde und könnte, nicht entscheidend war. Selbst wenn nämlich die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Kritik zuträfe und die Vorinstanz davon hätte ausgehen müssen, dass sich beide Elternteile vollumfänglich um Z. kümmern könnten und würden, änderte dies nichts am Entscheid über die Obhutszuteilung. Ein allfälliger Nichtigkeitsgrund wirkte sich nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers aus, weshalb der Einwand des Beschwerdeführers jedenfalls ins Leere zielt.

E. 2

Der Beschwerdeführer liess gegen den erstinstanzlichen Entscheid Rekurs erheben (OG act. 2). Mit Beschluss vom 16. Januar 2007 (vgl. zum berichteten Datum OG act. 35) hiess die I. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) den Rekurs des Beschwerdeführers teilweise gut, wobei es in Bezug auf die Zuteilung der Obhut über den Sohn Z. beim erstinstanzlichen Entscheid blieb (OG act. 32 bzw. KG act. 2).

E. 3

Gegen den Beschluss der I. Zivilkammer erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er zusammengefasst beantragt, der angefochtene Entscheid sei hinsichtlich der Obhutszuteilung und der damit zusammenhängenden Anordnungen aufzuheben (und nötigenfalls an die Vorinstanz zur Neuurteilung

zurückzuweisen) und das Kind Z. sei unter die elterliche Sorge (eventualiter: Obhut) des Beschwerdeführers zu stellen (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichts vom 22. Februar 2007 wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 8'000.-- angesetzt. Zudem wurde der Nichtigkeitsbeschwerde teil-

- 3 - weise aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7). Die Kautionsleistung erfolgte fristgemäss (KG act. 11). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10). Mit ihrer Beschwerdeantwort verlangt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 12 S. 2). Die Eingabe der Beschwerdegegnerin wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 13).

E. 4

a) Der Beschwerdeführer kritisiert die vorinstanzliche Erwägung, es gehe Z. offenbar sehr gut und die Befürchtungen betreffend die emotionale, geistige und motorische Entwicklung von Z. manifestierten sich in keiner Weise, als ak- tenwidrig, willkürlich und falsch. Aus der im obergerichtlichen Verfahren einge- reichten Aktennotiz ergebe sich klar, dass Z. von der Beschwerdegegnerin voll- kommen abgeschottet werde, Z. eine "gewisse Reizarmut" habe und man sogar seitens der Behörde mittels Familienbegleitung Z. "die Welt zu öffnen" gedenke. Die vorinstanzliche Würdigung stehe im diametralen Widerspruch zum tatsächlichen bedenklichen Zustand von Z. (KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 3). b) Die Vorinstanz hat sich zu den vom Beschwerdeführer genannten Äusse- rungen in der Aktennotiz (OG act. 27/1) geäußert und die darin enthaltenen Ein- schätzungen in nachvollziehbarer Weise gewürdigt. Allein dass der Beschwerde- führer anderer Meinung ist, lässt die vorinstanzliche Auffassung nicht willkürlich erscheinen. Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind nicht geeignet, einen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. 5.1 Nach dem vorstehend Gesagten ging die Vorinstanz ohne einen Nichtig- keitsgrund zu setzen von gleicher Erziehungsfähigkeit beider Elternteile aus. Bei dieser Sachlage geht der Einwand des Beschwerdeführers, das Kriterium der Stabilität könne nicht zur Anwendung gelangen (KG act. 1 S. 17 Ziff. 4.1), von vornherein ins Leere. 5.2 Soweit der Beschwerdeführer einwendet, auch er habe sich nach der Geburt um Z. gekümmert, ist aus der Beschwerdeschrift nicht ersichtlich, auf wel-

- 12 - che Aktenstelle sich der Beschwerdeführer stützt. Auf diesen Einwand kann des- halb nicht eingetreten werden. Was der Beschwerdeführer im Weiteren vorbringt, beschränkt sich weitest- gehend auf appellatorische Kritik. Immerhin ist auch an dieser Stelle - wie dies schon die Vorinstanz mehrfach zum Ausdruck brachte (KG act. 2 S. 20 ff.) - nochmals festzuhalten, dass es äusserst bedauerlich erscheint, wenn ein Eltern- teil dem Kind den Kontakt mit dem anderen Elternteil verunmöglicht. In diesem Sinne ist auch das Unverständnis des Beschwerdeführers nachvollziehbar. An der Tatsache, dass Z. seit der Geburt ausschliesslich durch die Beschwerdegegnerin betreut und umsorgt wurde, kann das Gericht jedoch bei allem Verständnis für den Unmut des Beschwerdeführers nicht vorbeisehen und ein allfälliges Fehlver- halten der Beschwerdegegnerin kann auch nicht dazu führen, dass dieses Ver- halten nun quasi "auf dem Rücken" des Kindes ausgetragen bzw. ausgeglichen werden soll. Weitere Bemerkungen zu der - wie bereits festgehalten - appellatorischen Kritik des Beschwerdeführers erübrigen sich.

E. 6

a) Das Obergericht erwog, vor dem Hintergrund der bisherigen Betreuung von Z. durch die Beschwerdegegnerin sei nicht zu beanstanden, wenn die Erstin- stanz ausführe, im (Baby-)Alter von Z. sei die elterliche Nähe und die intuitive Er- ziehung "vor allem von der Mutter" entscheidend für die frühkindliche Entwicklung. So habe das Bundesgericht einen natürlichen Vorrang der Mutter bislang nur be- treffend schulpflichtiger Kinder verneint sowie Kleinkindern, welche seit den er- sten Lebensmonaten neben der Mutter auch vom Vater intensiv betreut worden seien, was vorliegend nicht der Fall sei (KG act. 2 S. 24). b) Der Beschwerdeführer sieht in diesen Erwägungen eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes, indem für die Vorinstanz offensichtlich das Geschlecht massgebend für die Obhutzuteilung sei (KG act. 1 S. 19 Ziff. 5). c) Vorliegend kann offen bleiben, ob bzw. inwieweit welcher Elternteil für die frühkindliche Entwicklung entscheidend ist. Als wesentlich erweist sich vielmehr,

- 13 - dass die Vorinstanz - entgegen der Behauptung in der Beschwerde - nicht einen Vorrang der Mutter als ausschlaggebend für die Obhutzuteilung erachtete, son- dern, wie bereits vorstehend erwähnt, die Stabilität der Betreuung (KG act. 2 S. 25). Ein Nichtigkeitsgrund liegt somit jedenfalls nicht vor. 7.1 a) Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die vom Bundesgericht zu den Zuteilungskriterien entwickelten Grundsätze für das Eheschutzverfahren gewisse Modifizierungen erfahre, viel- mehr hätten im Eheschutzverfahren die gleichen Kriterien zu gelten wie im Schei- dungsverfahren (KG act. 1 S. 20 Ziff. 6.1 und 6.2). b) Wie in der Beschwerde aufgeführt, sind nach bundesgerichtlicher Recht- sprechung für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil im Eheschutzverfahren grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall anzuwenden (Bundes- gerichtssentscheid 5P.216/2005 vom 1. September 2005, Erw. 4.1). Bereits auf- grund dieses Wortlautes bzw. des Einschubes "grundsätzlich" ist klar, dass ge- wisse Modifizierungen, welche mit den Besonderheiten des Eheschutzverfahrens in Zusammenhang stehen, nicht ausgeschlossen werden sollen. Mit den konkre- ten Überlegungen der Vorinstanz sowie den erwähnten Literaturstellen (KG act. 2 S. 15 f.) setzt sich die Beschwerde im Übrigen mit keinem Wort auseinander. Der Beschwerdeführer dringt somit mit seinem Einwand nicht durch, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. 7.2 Weiter ist der Beschwerdeführer der Auffassung, die Vorinstanz sei will- kürlich von den im Scheidungsfall geltenden Kriterien abgewichen, indem sie die Stabilität zum zentralen Zuteilungskriterium des Eheschutzverfahrens erhoben habe (KG act. 1 S. 20 Ziff. 6.3). Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 19. Januar 2006 (5P.328/2005, Erw. 6.3) explizit festgehalten, der Einzelrichter habe, nachdem er von der Erziehungsfähigkeit beider Elternteile ausgegangen sei, zu Recht das weitere Augenmerk auf die Stabilität der familiären Verhältnisse gerichtet. Bereits angesichts dieses Hinweises erweist sich die - pauschale - Kritik des Beschwer- deführer als nicht stichhaltig.

- 14 - 7.3 a) Zudem bemängelt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe weitere Zuteilungskriterien, namentlich die Bildung, den sozialökonomischen Status und das soziale Umfeld der Parteien, unberücksichtigt gelassen und sich zu den ent- sprechenden beschwerdeführerischen Vorbringen nicht geäußert (KG act. 1 S. 21 Ziff. 6.4). b) Auf die Grundsätze zum Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. zur Be- gründungspflicht wurde vorstehend (Ziff. III.2.) bereits hingewiesen. Die Vorin- stanz hat sodann die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers nicht übersehen (vgl. KG act. 2 S. 13), vielmehr geht aus dem angefochtenen Ent- scheid klar hervor, dass die vom

Beschwerdeführer genannten Aspekte die Ob- hutzuteilung vorliegend nicht massgeblich beeinflussen. Diese Auffassung ist angesichts des Alters von Z. und des Umstandes, dass es sich bei Eheschutz- massnahmen in der Regel um vorübergehende Anordnungen handelt, keines- wegs zu beanstanden.

E. 8

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf die Obhutzuteilung keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag. Damit erübrigt sich selbstverständlich eine Neuregelung des Besuchsrechts (KG act. 1 S. 21 Ziff. II.). Die von der Vorinstanz getroffene Besuchsrechtsregelung wird nicht angefochten.

E. 9

Der Beschwerdeführer bringt im Zusammenhang mit der ihm auferlegten Unterhaltsverpflichtung vor, der obergerichtliche Entscheid verletze einerseits Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und andererseits das Verbot der reformatio in peius, da die Vorinstanz im Gegensatz zur Erstinstanz die Steuerlast in der Bedarfsberechnung nicht berücksichtigt habe (KG act. 1 S. 22 f. Ziff. III).

E. 9.1

a) Die Vorinstanz erwog, ob die Steuern im Rahmen der Notbedarfsbe- rechnung oder der Überschussaufteilung einbezogen würden, sei unerheblich, sofern der Grundsatz der Gleichbehandlung der Ehegatten gewahrt bleibe. Bei Mankofällen habe die Steuerlast bei der Berechnung des Notbedarfs indessen unberücksichtigt zu bleiben. Da vorliegend bei Ausklammerung der Steuern ledig- lich für Mai 2006 ein grösserer Freibetrag (Fr. 1'115.--) resultiere, während im Juni

- 15 - und September 2006 ein Manko bestehe und im Juli/August 2006 sowie ab Okto- ber 2006 bloss ein geringfügiger Freibetrag erhellte, rechtfertige es sich, nicht zu- letzt aus Gründen der Praktikabilität, die Steuerlast nicht in den Notbedarf aufzu- nehmen; dies entgegen der ersten Instanz, welche in den verschiedenen Zeitperi- oden die Steuerlast zum Teil berücksichtigt habe (KG act. 2 S. 34). b) Die bereits vorstehend erwähnte Beschränkung der kassationsgerichtli- chen Kognition auf klare Rechtsverstösse (Ziff. II.) zeigt sich auch im Zusammen- hang mit Entscheiden gemäss Art. 176 Ziff. 1 Abs. 1 ZGB (Unterhaltsbeitragsre- gelung im Rahmen des Eheschutzes), welche der Richter nach Recht und Billig- keit zu treffen hat. Solche Gesetzesvorschriften stellen an sich kein klares materi- elles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO dar. Jedenfalls kann es hier nicht Auf- gabe der Kassationsinstanz sein, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Vo- rinstanz zu setzen. Eine Verletzung klaren Rechts liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Vorderrichter das ihm zustehende Ermessen überschritten oder miss- braucht hat (vgl. ZR 90 Nr. 95; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 und 52a zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69 f.; ZR 99 Nr. 25 Erw. 2.4). c) Zunächst ist festzuhalten, dass sich weder der vom Beschwerdeführer angegebene Entscheid des Obergerichts (ZR 103 Nr. 8) noch der dort erwähnte Bundesgerichtsentscheid (BGE 128 III 257) ausdrücklich zur Bedarfsberechnung im Eheschutzverfahren äussert, vielmehr ging es um den Unterhalt für ein un- mündiges Kind (ZR-Entscheid) bzw. um Unterhaltsbeiträge gestützt auf Art. 153 und 151 aZGB in einem Abänderungsverfahren des Scheidungsurteils (BGE). Be- reits angesichts dieses Umstandes erscheint zumindest fraglich, ob sich daraus überhaupt Relevantes auf das vorliegende Verfahren ableiten liesse. Immerhin erscheint es unter Berücksichtigung der in aller Regel zeitlich beschränkten Gel- tung der Eheschutzmassnahmen - dies umso mehr,

als mittlerweile bereits nach zweijähriger Trennungszeit die Scheidung verlangt werden kann (Art. 114 ZGB) - durchaus als im Ermessensbereich des Sachrichters liegend, ob bei knappen finanziellen Verhältnissen die Steuerlast im Bedarf der Ehegatten zu berücksichtigen ist. Wie im bundesgerichtlichen Entscheid aufgeführt, ist die Berücksichtigung der Steuerlast selbst in Scheidungsverfahren auch keineswegs unbestritten (BGE

- 16 - 128 III 259). Insoweit kann deshalb nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe vorliegend klares materielles Recht verletzt, wenn sie die Steuerlast nicht berücksichtigt. d) Zu der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Verletzung des Verbotes der reformatio in peius ist Folgendes festzuhalten: Das Verschlechterungsverbot besagt, dass die Rechtsmittelinstanz das angefochtene Urteil nicht zu Ungunsten der beschwerdeführenden Partei abändern darf, es sei denn, die Gegenpartei habe ihrerseits ein Rechtsmittel ergriffen. Das Bundesgericht leitet diesen Grundsatz aus Art. 9 BV ab (BGE 129 III 417 S. 419). Das zürcherische Zivilprozessrecht leitet das Verbot der reformatio in peius aus dem Grundsatz der Antragsbindung, verankert in den §§ 54 Abs. 2, 270 und 280 Abs. 1 ZPO ab (Walter Egger, Die reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Diss. 1985, S. 86; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 22 und 23 zu § 54 ZPO). Nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts kommt es bei der Beurteilung einer Verletzung der Dispositionsmaxime, mithin beim Vergleich zwischen Klage (Rechtsbegehren) und Urteil, nicht auf die Begründung an, sondern ausschliesslich auf das Ergebnis (ZR 94 Nr. 16 Erw. V.). Massgebend ist somit insbesondere bei Unterhaltsbeiträgen der geltend gemachte Gesamtbetrag, nicht dessen rechnerische Begründung im einzelnen (Kass.-Nr. AA030024, Entscheid vom 20. September 2003 i.S. Sp., Erw. II.2.3). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dieser Grundsatz in Bezug auf das Verschlechterungsgebot nicht gelten sollte (vgl. auch Egger, a.a.O., S. 135 f.). Entsprechend ist ein Vergleich zwischen dem erstinstanzlichen und dem zweitinstanzlichen Unterhaltsbeitrag - unter Berücksichtigung der Rechtsbegehren - vorzunehmen. Wie in der Beschwerde dargelegt (KG act. 1 S. 22), gelangte die Vorinstanz letztlich zu einem tieferen Ehegattenunterhaltsbeitrag, als dies noch im erstinstanzlichen Entscheid der Fall war. Die Rüge der Missachtung des Verschlechterungsverbotes geht damit ins Leere.

E. 9.2

a) Die Vorinstanz hielt fest, da im vorliegenden Fall der nunmehr zufolge der Trennung erhöhte Gesamtbedarf der Parteien bei einer Reduktion des Arbeitspensums des Beschwerdeführers auf 60 % zur Vorbereitung auf die Anwaltsprüfung bei weitem nicht gedeckt wäre und der Beschwerdegegnerin jedenfalls

- 17 - im Rahmen dieses Eheschutzverfahrens mit Blick auf das Alter von Z. nicht zugemutet werden könne, eine (Teil-)Zeiterwerbstätigkeit aufzunehmen, sei der Erstinstanz beizupflichten, dass die familienrechtliche Unterhaltspflicht des Beschwerdeführers seinem Vorhaben betreffend Weiterbildung zumindest einstweilen vorgehen müsse (KG act. 2 S. 30). b) Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, diese obergerichtliche Überlegung sei willkürlich und verletze klares materielle Recht, da sein berufliches Fortkommen und seine Wirtschaftsfreiheit verletzt werde (KG act. 1 S. 24 Ziff. 2). c) Auch diesbezüglich genügt die Beschwerde den Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes nicht. Weder setzt sich der Beschwerdeführer mit der konkreten angefochtenen Erwägung auseinander, noch legt er dar, auf welches klare materielle Recht er seinen Einwand stützen will. Auf die Rüge ist demzufolge nicht einzutreten.

E. 10

a) Die Vorinstanz habe ein weiteres Mal das Verbot der reformatio in peius missachtet, bringt der Beschwerdeführer vor, indem sie ihn zur Herausgabe von Gegenständen verpflichtet habe, welche vom erstinstanzlichen Herausgabeentscheid nicht betroffen gewesen seien, nämlich den Wickeltisch und den Schrank, das Kinderbett sowie Tücher und Windeln (KG act. 1 S. 25 Ziff. IV.). b) Es trifft zu, dass die vom Beschwerdeführer genannten Gegenstände in Dispositiv-Ziffer 9 des erstinstanzlichen Entscheides nicht genannt werden (ER act. 47 S. 33 f.). Da die Beschwerdegegnerin gegen den erstinstanzlichen Entscheid kein Rechtsmittel erhob und im Rekursverfahren die Bestätigung der ergangenen Verfügung(en) beantragte (OG act. 21 S. 2), stellt die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Herausgabe anderer bzw. weiterer Gegenstände eine Verletzung des Verschlechterungsverbotes dar. Obschon die Gegenstände letztlich für den Sohn gebraucht werden dürften (Wickeltisch, Kinderbett, Schrank, Tücher und Windeln), handelt es sich um Hausrat, dessen Zuteilung im Eheschutzverfahren der Dispositionsmaxime und nicht der Officialmaxime untersteht. Die Rüge des Beschwerdeführers ist begründet.

- 18 -

E. 11

a) Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, das Obergericht gehe zu Unrecht von einer Mittellosigkeit der Beschwerdegegnerin aus. Insbesondere die Annahme, dass das Fahrzeug der Beschwerdegegnerin, ein VW Beetle, nur noch einen geringen Wert aufweise bzw. nur mit einem geringen Verkaufserlös zu rechnen wäre, sei willkürlich (KG act. 1 S. 25 f. Ziff. V.). b) Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin habe einen VW Beetle für Fr. 11'000.-- gekauft, wobei sie ihren Seat zum Eintausch gegeben und einen Aufpreis von Fr. 2'000.-- entrichtet habe. Die Beschwerdegegnerin habe, was den VW Beetle anbelange, glaubhaft zu machen vermögen, dass das Fahrzeug im April 2006 zerkratzt worden sei, was seinen Wert mindere. Gemäss Unterstützungsunterlagen des zuständigen Sozialamtes sei der Wert des Fahrzeuges denn auch bloss mit Fr. 3'600.-- beziffert worden. Dass bei einem Verkauf weniger resultieren würde, zumal der Händler auch noch etwas verdienen wolle, erscheine notorisch (KG act. 2 S. 45). c) Soweit der Beschwerdeführer angibt, ein allfälliger Vandalismusschaden wäre durch die Kaskoversicherung der Beschwerdegegnerin gedeckt, fehlt der Beschwerde ein Hinweis auf diejenige Aktenstelle, auf welche sich die Behauptung des Beschwerdeführers stützen könnte. Angesichts der vom Obergericht herangezogenen Bestätigung der A., wonach unübersehbare neue Kratzer an Motorhaube, Frontscheibe, Dachpartie sowie Heckklappe vorhanden seien (ER act. 35/11), erscheint denn auch die vorinstanzliche Annahme einer erheblichen Wertvermindung (offenbar analog Sozialamt auf einen Wert von nur noch Fr. 3'600.--) zwar eher hoch angesetzt, jedoch nicht unhaltbar. Die obergerichtliche Schlussfolgerung, die Beschwerdegegnerin habe ihre Mittellosigkeit glaubhaft gemacht, hält demzufolge der Willkürprüfung stand.

E. 12

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in einem Punkt begründet ist, was zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde führt.

- 19 - IV . 1. In Anwendung von § 291 ZPO kann die Kassationsinstanz, die einen Entscheid aufhebt, in der Sache selber einen neuen Entscheid fällen, wenn der Fall spruchreif ist. Das Kassationsgericht ist diesbezüglich nicht an Parteianträge gebunden (Kass.-Nr.

92/043, Entscheid vom 5. Juni 1992 i.S. B., Erw. I.5). Eine mündliche Verhandlung ist in diesen Fällen nur durchzuführen, wenn sich die Beschwerde gegen ein Urteil, nicht aber gegen einen Beschluss wendet (§ 292 Abs. 1 ZPO). 2. Nach dem vorstehend Gesagten (Ziff. III.10) ist die Herausgabepflicht auf Gegenstände zu beschränken, deren Herausgabe bereits im erstinstanzlichen Entscheid verfügt wurde. Demzufolge ist der Beschwerdeführer zur Herausgabe von folgenden Gegenständen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten: - Vorhangstange - Baby Spielmatte - Elefantengarderobe. 3. Angesichts der sich ergebenden minimalen Abweichung ist von einer Neuregelung der (nicht angefochtenen) Kosten- und Entschädigungsregelung der beiden vorinstanzlichen Verfahren abzusehen. V . 1. Schliesslich sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren festzulegen. Entsprechend der teilweisen Gutheissung der Beschwerde sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Obsiegen und Untertliegen zu treffen (§ 64 und 68 ZPO), mithin rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer 4/5 und der Beschwerdegegnerin 1/5 der Kosten des Kassationsverfahrens aufzuerlegen. Der Beschwerdeführer ist zudem zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Prozessentschädigung zu leisten. 2. Anzumerken bleibt, dass grundsätzlich die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 16. Januar 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides - 20 - (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG) läuft. Der Beschwerdeführer hat allerdings bereits Beschwerde erhoben (vgl. KG act. 9). Ob dem Beschwerdeführer die entsprechende Frist neu zu laufen beginnt und/oder er die bereits eingereichte Beschwerde ergänzen kann, wäre vom Bundesgericht zu entscheiden. Das Gericht beschliesst:

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