

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080124 vom 16. Februar 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-02-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080124

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080124 du 16 février 2009

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080124 del 16 febbraio 2009

Erwägungen

E. 1

A.,

E. 2

Gegen die erstinstanzliche Obhutsuteilung, das den Parteien eingeräumte Besuchsrecht, die sofortige Anordnung einer Beistandschaft für die Tochter A., die Unterhaltsregelung und die Festsetzung der Nebenfolgen erhob der Beschwerdeführer unter dem 15. Januar 2007 rechtzeitig Rekurs (OG act. 2), den er mit Eingabe vom 19. März 2007 ergänzend begründete (OG act. 10). Dabei verlangte er unter anderem die Unterstellung beider Töchter, eventualiter nur A.s, unter seine Obhut und die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen. Mit zweitinstanzlicher Präsidialverfügung vom 26. März 2007 wurde dem Rekurs hinsichtlich der erstinstanzlichen Dispositiv-Ziffern 3 und 4 (betreffend Obhutsuteilung) antragsgemäss die aufschiebende Wirkung wieder erteilt; hingegen wurde der Entzug des Suspensiveffekts bezüglich der Dispositiv-Ziffern 5-9 des erstinstanzlichen Entscheids (mit Modifikationen hinsichtlich des Besuchsrechts) bestätigt (OG act. 13). Am 30. April 2007 erstattete die Beschwerdegegnerin ihre Rekursantwort mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung des Rekurses und Bestätigung der erstinstanzlichen Verfügung, eventualiter unter moderater Modifikation des in Dispositiv-Ziffer 3 festgesetzten Datums (OG act. 23). Im Verlaufe des Rekursverfahrens ergingen weitere prozessuale Entscheide (insbes. betreffend vorsorgliche Massnahmen; vgl. z.B. OG act. 31, 34 und 148), und die Parteien reichten zahlreiche weitere Eingaben ein (vgl. insbes. OG act. 36, 40, 44, 47, 52, 57, 65, 68, 73, 79, 82, 88, 90, 91, 94, 98, 103, 107, 110, 113, 118, 121, 123, 125, 129, 134, 137, 140, 144 und 146). Anlässlich der auf den 15. November

- 4 - 2007 anberaumten Referentenaudienz konnte keine Einigung erzielt werden (vgl. OG act. 1 S. 13 f.). Mit Beschluss vom 10. Juli 2008 (OG act. 151 = KG act. 2) hob die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) in teilweiser Gutheissung des Rekurses die erstinstanzlichen Dispositiv-Ziffern 3, 5, 7, 8, 10, 11, 17 und 18 auf und entschied in diesen Punkten neu (Disp.-Ziff. 1 Abs. 1). Dabei stellte sie die Tochter A. unter die Obhut des Beschwerdeführers (Disp.-Ziff. 1/3) und errichtete für diese eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB (Disp.-Ziff. 1/5). Sodann setzte sie das Besuchsrecht des jeweiligen nicht obhutsberechtigten Elternteils (Disp.-Ziff. 1/7 und 1/8) sowie die Höhe der vom Beschwerdeführer zu leistenden Unterhaltsbeiträge fest (Disp.-Ziff. 1/10). Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auferlegte sie den Parteien je zur Hälfte (Disp.-Ziff. 1/17), unter Verzicht auf die Zusprechung von Prozessentschädigungen (Disp.-Ziff. 1/18). Im Übrigen wies die Vorinstanz den Rekurs in Bestätigung der erstinstanzlichen Verfügung vom 13. Dezember 2006 (unter Vorbehalt der in einem separaten Rekursverfahren zur Prüfung gestellten Dispositiv-Ziffern 16 und 19)

ab (Disp.-Ziff. 1 Abs. 2), wobei die Kosten des Rekursverfahrens den Parteien je zur Hälfte auferlegt (Disp.-Ziff. 3) und für das zweitinstanzliche Verfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen wurden (Disp.-Ziff. 4) (vgl. zur Prozessgeschichte auch KG act. 2 S. 2 ff.).

E. 3

Gegen diesen den Parteien am 16. Juli 2008 zugestellten (OG act. 152/1-2), als Rekurs(end)entscheid ohne weiteres beschwerdefähigen (vgl. § 281 ZPO und Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 f. zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4 f.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62) obergerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, vom 15. August 2008 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit fristwährend (vgl. § 287 ZPO sowie § 140 Abs. 2 und §§ 191-193 GVG) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Damit verlangt der Beschwerdeführer in der Sache selbst zunächst die vollumfängliche Aufhebung der Dispositiv-Ziffern

- 5 - 5, 7, 8 und 10 des vorinstanzlichen Beschlusses (KG act. 1 S. 2, Antrag 1), wobei er (insbesondere auch im Lichte der Beschwerdebegründung) offensichtlich (und ohne jeden Zweifel) die Dispositiv-Ziffern 1/5, 1/7, 1/8 und 1/10 des angefochtenen Rekursentscheids (betreffend Anordnung einer Beistandschaft für die Tochter A., Regelung der Besuchsrechte und Festsetzung der Unterhaltsbeiträge) meint (s.a. KG act. 20 S. 6, Ziff. 6). Weiter beantragt er insoweit die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 17 und 18 (gemeint: 1/17 und 1/18 betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren), als ihm darin Kosten auferlegt und keine Prozessentschädigung zugesprochen werden (KG act. 1 S. 2, Anträge 2 und 3). Eventualiter, d.h. für den Fall, dass die Obhut über die Tochter B. der Beschwerdegegnerin zugesprochen bleibe, verlangt er ein erweitertes Besuchsrecht (KG act. 1 S. 2 f., Antrag 4). Aus diesem Antrag und den Ausführungen in der Beschwerdebegründung, in denen er darlegt, weshalb auch die Tochter B. unter seine Obhut zu stellen sei (insbes. KG act. 1 S. 7 ff.), geht (unzweideutig) hervor, dass sich die Beschwerde sinngemäss auch insoweit gegen den vorinstanzlichen Beschluss richtet, als damit (in Disp.-Ziff. 1 Abs. 2) der Rekurs hinsichtlich der Obhutzuteilung über die Tochter B. abgewiesen und der erstinstanzliche Entscheid in diesem Punkt bestätigt wurde. Dass es der Beschwerdeführer (wohl versehentlich) unterlässt, formell auch Dispositiv-Ziffer 1 Abs. 2 des vorinstanzlichen Beschlusses anzufechten (mit welcher diese Obhutsregelung getroffen wurde), ändert daran (entgegen der in der Beschwerdeantwort geäusserten Ansicht; vgl. KG act. 20 S. 6, Ziff. 7) nichts, sind Rechtsbegehren (und – als besondere Kategorie derselben – auch Rechtsmittelanträge) doch nicht buchstabengetreu nach ihrem Wortlaut zu verstehen, sondern zur Eruiierung ihres wahren Sinngehalts unter Mithberücksichtigung der Begründung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 50 ZPO, N 16 zu § 54 ZPO und N 15 zu § 100 ZPO; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 1 Rz 79 f. und Kap. 7 Rz 8; ZR 107 Nr. 25, Erw. II/3.3/c/cc; BGer 4P.163/2006 vom 20.7.2006, Erw. 1.2, und 1C_339/2008 vom 24.9.2008, Erw. 1.2; Pra 2007 Nr. 22, Erw. 4.2 [je m.w.Hinw.]). Mit Präsidialverfügung vom 18. August 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 7) und der Beschwerde antragsgemäss

- 6 - (vgl. KG act. 1 S. 3, Antrag 5) aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Zugleich wurde dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 75 Abs. 1 ZPO eine Prozesskaution von Fr. 5'000.-- auferlegt. Nachdem die Kautionsfrist auf dessen Antrag hin zweimal erstreckt worden war (vgl. KG act. 9-10 und 12-13), ersuchte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. September 2008 um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung seines Rechtsvertreters zum unentgeltlichen Rechtsbeistand (KG act. 16). Diesem Gesuch widersetzt sich die Beschwerdegegnerin in ihrer (dem Beschwerdeführer und den Verfahrensbeteiligten am 3. Oktober 2008 zur Kenntnis gebrachten [vgl. KG act. 25, 26/1 und 26/3]) Stellungnahme vom 24. September 2008 (KG act. 23). Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat (KG act. 6), lässt die Beschwerdegegnerin in ihrer innert Frist (vgl. KG act. 4 und 5/2) erstatteten Beschwerdeantwort vom 22. September 2008, die dem Beschwerdeführer und den Verfahrensbeteiligten am 23. September 2008 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. KG act. 21, 22/1 und 22/3), in der Sache selbst auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde schliessen; überdies stellt sie den prozessualen Antrag um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Kassationsverfahren (KG act. 20, insbes. S. 3). Neben der Beschwerdegegnerin haben sich mit (den Parteien am 19. September 2008 zugestellter; vgl. KG act. 18 und 19/1-2) Eingabe vom 13. September 2008 auch die Verfahrensbeteiligten zur Beschwerde geäußert (KG act. 15). Weitere Eingaben (insbesondere zu den finanziellen Verhältnissen) der Parteien datieren vom 3., 7. und 28. Oktober 2008 (KG act. 27, 29 und 33). Schliesslich zog der Beschwerdeführer die Beschwerde mit Eingabe vom 9. Dezember 2008 insoweit zurück, als sie sich gegen die vorinstanzliche Obhuts- und Besuchsrechtsregelung richtet (KG act. 37).

E. 4

Der Beschwerdeführer erhebt zunächst verschiedene Rügen gegen die Regelung der Obhut über die beiden Töchter durch die Vorinstanz (KG act. 1 S. 5-9, Ziff. III). Nachdem die (im Übrigen mangels konkreter Aktenhinweise in diesem Punkt weitgehend appellatorische und angesichts des weiten Ermessens hinsichtlich der Obhutzuteilung unter dem Aspekt von § 281 Ziff. 3 ZPO auch unbegründete) Beschwerde diesbezüglich zurückgezogen wurde, ist darauf jedoch nicht mehr näher einzugehen (vgl. vorne, Erw. III).

E. 5

Gleiches gilt, soweit sich die Beschwerde gegen die vorinstanzliche Festsetzung der Besuchsrechte für beide Parteien richtet (KG act. 1 S. 9-11, Ziff. IV). Auch die in diesem Zusammenhang erhobenen (und ebenfalls über weite Strecken appellatorischen) Rügen brauchen zufolge Teilrückzugs der Beschwerde nicht mehr beurteilt zu werden.

E. 6

Nachdem das Besuchsrecht der Beschwerdegegnerin für die Tochter A. somit nicht aufgehoben wird, entfällt die Notwendigkeit einer Besuchsbeistandschaft entgegen beschwerdeführerischer Ansicht (KG act. 1 S. 11, Ziff. V) nicht von selbst. Abgesehen davon, dass dieser Punkt (als Teil der Besuchsrechtsregelung im weiteren Sinne) ohnehin vom Teilrückzug der Beschwerde miterfasst sein dürfte, erübrigen sich weitere Ausführungen hiezu indessen auch mangels diesbezüglicher Rügen.

E. 7

Schliesslich wendet sich der Beschwerdeführer gegen die im angefochtenen Entscheid getroffene Unterhaltsregelung (KG act. 1 S. 11-16, Ziff. VI). 7.1.a) Hierbei wirft er der Vorinstanz zunächst vor, in aktenwidriger und willkürlicher Weise angenommen zu haben, er habe nicht glaubhaft gemacht, dass zufolge Kündigung seines Arbeitsverhältnisses gegenüber seinen früheren Einkommensverhältnissen eine Verschlechterung eingetreten sei. Gegenteilig habe er belegt, dass er per Ende August 2006 von seiner damaligen Arbeitgeberin entlassen worden sei. Nachdem seine generelle Glaubwürdigkeit dadurch erstellt sei, dass die Vorinstanz immerhin seine Darstellung der Ängste A.s habe anerkennen müssen, bleibe die Hoffnung, dass das Kassationsgericht "neben den klaren Fakten auch aufgrund der Umstände" zu einer anderen Würdigung komme, wobei er die seiner Meinung nach zutreffende Würdigung in der Beschwerdeschrift selber vornimmt (KG act. 1 S. 11-14). b) Diese Ausführungen genügen den formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde nicht: Einerseits zeigt der Beschwerdeführer nicht näher auf, gegen welche konkreten Erwägungen und Feststellungen in der vorinstanzlichen Entscheidung sich seine Vorwürfe richten. (Die Verweisungen in der Beschwerde auf die Erwägungen II/5/b5 und II/5/b8 auf S. 16/17 des angefochtenen Entscheids betreffen nicht die angefochtenen Annahmen selbst bzw. deren Begründung, sondern lediglich die daraus gezogenen zusammenfassenden Schlussfolgerungen und sind deshalb unbehelflich.) Andererseits unterlässt er es auch, seine Rügen mittels Angabe konkreter Aktenstellen zu dokumentieren. Statt dessen begnügt er sich mit pauschalen (und in dieser Form nicht rechtsgenügenden) Verweisungen auf die von ihm eingereichten "Urkunden", "bei den Akten liegende Verwaltungsratsprotokolle", "den Handelsregisterauszug" seiner ehemaligen Arbeitgeberin und seine "bisherigen Eingaben ... anlässlich des Rekursverfahrens". Zudem lassen die Vorbringen zu seinem Einkommen auch in inhaltlicher Hinsicht eine hinreichende argumentative Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Erwägungen, d.h. mit der vorinstanzlichen Würdigung der aktenkundigen, sein Einkommen betreffenden Beweis- bzw. Glaubhaftmachungsmittel vermissen. Vielmehr stellt der Beschwerdeführer damit lediglich seine eigene Würdi-

- 18 - gung der Aktenlage derjenigen der Vorinstanz gegenüber, wobei er sich hierfür überdies auf unzulässige neue Tatsachenbehauptungen stützt (wie z.B. diejenigen, dass ihm im Jahre 2006 kein Einkommen ausbezahlt worden sei, dass er den ihm angerechneten Vermögensertrag wegen Verrechnung nicht generieren könne, und dass es sich bei seinem Fahrzeug um ein Geschäftsauto handle, dessen Kosten darüber hinaus vom Darlehen in Abzug gebracht worden seien; vgl. KG act. 1 S. 13 unten); zumindest ist mangels Nachweises, dass Letztere bereits vor den Vorinstanzen vorgetragen wurden, von deren Neuheit auszugehen. Insoweit erschöpft sich die Beschwerde in rein appellatorischer Kritik am angefochtenen Entscheid, auf die nicht eingetreten werden kann (§ 288 ZPO; vorne, Erw. IV/2/d). 7.2.a) Im Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Einkommensbestimmung der Parteien das Gleichbehandlungsgebot und klares materielles Recht (Art. 8 BV, Art. 163, 173, 176 und 285 ZGB) verletzt. Zur Begründung führt er (zusammengefasst) aus, es gehe nicht an, ihm trotz seines auch von der Vorinstanz anerkannten massiven Zeitaufwands für die Betreuung der Tochter A. ein volles Erwerbseinkommen anzurechnen, obwohl er behauptet und belegt habe, dass er zeitweise überhaupt nicht habe arbeiten und deshalb auch keinen Lohn beziehen können. In diesem Sinne müsse sich das Gericht

entscheiden: Wollte man dem Beschwerdeführer einen 100%-igen Arbeitserwerb anrechnen, so müsste Gleiches selbstverständlich auch für die Beschwerdegegnerin gelten, bei der aktenkundig weniger Betreuungsaufwand für die unter ihrer Obhut stehende Tochter B. angefallen sei. Geht man mit der Vorinstanz zu Recht davon aus, dass auch die Beschwerdegegnerin eine Berufstätigkeit aufzunehmen habe, so sei dieser aber in Übereinstimmung mit der ständigen und einhelligen Gerichtspraxis ein hypothetisches monatliches Einkommen von mindestens Fr. 3'000.-- netto (50%-Stelle) anzurechnen, und zwar – nachdem sie just im Moment der Einreichung des Eheschutzbegehrens eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen habe – rückwirkend per 1. Oktober 2005. Billigt die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin jedoch zu, lediglich einer 50%-igen Erwerbstätigkeit nachzugehen, müsse der Beschwerdeführer gleich behandelt werden. Das ihm angerechnete Jahressalär von Fr. 67'000.-- und Fr.

- 19 - 25'000.-- sei folglich zu halbieren. Andernfalls, d.h. wenn dem Beschwerdeführer das volle Einkommen angerechnet werde, müsse aus Gründen der Gleichbehandlung auch der Beschwerdegegnerin ein hypothetisches Einkommen aus einer 100%-igen Tätigkeit und mithin Fr. 6'000.-- pro Monat angerechnet werden. Abgesehen davon sei auch der Umstand zu würdigen, dass es die Beschwerdegegnerin unterlassen habe, ihre tatsächlichen Einkünfte offenzulegen. Daraus zieht der Beschwerdeführer den Schluss, dass für die Beschwerdegegnerin für die Jahre 2006 und 2007 jeglicher Unterhaltsanspruch entfalle (KG act. 1 S. 14- 16). b) Mangels entsprechender Verweisungen geht aus der Beschwerde nicht schlüssig hervor, mit welchen Erwägungen des angefochtenen Entscheids (Aktenstelle) die vom Beschwerdeführer erwähnten Rechtsnormen klarerweise verletzt worden sein sollen. Ausserdem stützt der Beschwerdeführer seine (rechtlichen) Argumentation auf verschiedene, zwar im Einzelnen aufgeführte, aber nicht mit konkreten Aktenstellen untermauerte "aktenkundige", "notorisch bekannte", "aus den Verwaltungsratsprotokollen", "den Behauptungen des Beklagten" resp. "den Eingaben vor Vorinstanzen" oder "aus den Berichten" der Therapeutin hervorgehende oder bereits früher "behauptete und belegte" bzw. "bereits mehrfach in den Vorinstanzen erwähnte", "immer festgehaltene" Umstände oder "klare Fakten". Mit derart pauschalen und nicht näher (mit Aktenhinweisen) dokumentierten Ausführungen lässt sich der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund aber nicht nachweisen (§ 288 ZPO und vorne, Erw. IV/2/d). c) Im Einzelnen rechtfertigen sich hiezu dennoch folgende Bemerkungen: aa) Sollte der Beschwerdeführer – worauf seine Ausführungen schliessen lassen könnten – in diesem Kontext geltend machen, die Vorinstanz habe ihm in rechtsverletzender Weise ein hypothetisches Einkommen im Umfang einer 100%-igen Erwerbstätigkeit angerechnet, ginge der Einwand von vornherein fehl: Evident hat ihm die Vorinstanz nämlich kein hypothetisches Einkommen angerechnet. Vielmehr hat sie auf die ihr in Würdigung der Aktenlage glaubhaft erscheinenden tatsächlich erzielten Einkünfte abgestellt (vgl. KG act. 2 S. 14-17).

- 20 - Dass diese willkürlich erstellt worden wären, weist der Beschwerdeführer nicht nach (vgl. vorstehende Erw. IV/7.1/b). bb) Sodann ist die Beschwerde offensichtlich unbegründet, soweit damit gerügt wird, dem Beschwerdeführer seien zu Unrecht sämtliche Einkünfte, die er nach – dem Kassationsverfahren standhaltender – vorinstanzlicher Auffassung erzielt(e), als massgebliches Einkommen angerechnet worden. Denn die Festsetzung der Unterhaltspflicht richtet sich (auch im Eheschutzverfahren) einzig nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beider Ehegatten. Diese wiederum

manifestiert sich primär im von ihnen tatsächlich erzielten (Netto-)Einkommen. Immerhin kann einem Ehegatten, wenn Indizien dafür bestehen, dass er damit seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (freiwillig, aus Nachlässigkeit oder aus bösem Willen) nicht ausschöpft, unter gewissen Voraussetzungen ein bei gutem Willen bzw. bei Ausschöpfung der persönlichen Möglichkeiten nach Treu und Glauben erzielbares, über dem tatsächlich erzielten liegendes hypothetisches Einkommen angerechnet werden (vgl. statt vieler BGE 128 III 5, Erw. 4/a; Six, Eheschutz, Bern 2008, Rz 2.148 ff.; Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 30 zu Art. 176 ZGB; Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 132 ff.; Hausheer/Brunner, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz 01.52 ff.; Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. II 1c, 3. A., Zürich 1998, N 83 ff. zu Art. 163 ZGB; s.a. Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. A., Bern 2000, Rz 21.24.c). Hingegen geht es (bei unverändert bleibenden tatsächlichen [hier: Betreuungs-]Verhältnissen) im Lichte der Massgeblichkeit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit grundsätzlich nicht an, einer Partei (aus welchen Gründen auch immer) nur einen Teil ihrer (unter diesen Verhältnissen) effektiv erzielten Einkünfte als Einkommen anzurechnen; vielmehr sind bei der Einkommensbestimmung in aller Regel (und unabhängig davon, welches Einkommen auf Seiten des anderen Ehegatten anzurechnen ist) sämtliche tatsächlich erzielten Einkünfte zu veranschlagen (vgl. Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 22 zu Art. 176 ZGB in Verbindung mit N 65 ff., insbes. N 110 zu Art. 163 ZGB; Six, a.a.O., Rz 2.128 [und ff.]; Bachmann, a.a.O., S. 123/124 und 125 ff.; Vetterli,

- 21 - a.a.O., N 30 zu Art. 176 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. A., Bern 1999, N 22 zu Art. 176 ZGB und N 8 zu Art. 173 ZGB; s.a. Hausheer/Spycher, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], a.a.O., Rz 01.24 ff., insbes. N 01.30 ff. und N 01.49; Hasenböhler/Opel, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N 4 zu Art. 173 ZGB und N 22 ff., insbes. N 23 zu Art. 163 ZGB; Schwander, in: Kren Kostkiewicz/Schwander/Wolf [Hrsg.], ZGB, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006, N 11 zu Art. 125 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 40 ff., insbes. N 47 zu Art. 125 ZGB; Hegnauer/Breitschmid, a.a.O., Rz 21.24.c; Schwenzer, a.a.O. [FamKomm Scheidung], N 14 ff. zu Art. 125 ZGB; Dolder/Diethelm, Eheschutz [Art. 175 ff. ZGB] – ein aktueller Überblick, AJP 2003, S. 657 und 658; Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1237; BGE 114 II 394/395). Eine – vorliegend allerdings nicht relevante – Ausnahme wird mitunter lediglich für Einkommensteile bejaht, die neben einer Vollzeitbeschäftigung bzw. in Ausübung einer an sich unzumutbaren (zusätzlichen) Erwerbstätigkeit erwirtschaftet werden, da kein Ehegatte verpflichtet werden könne, einem Arbeitspensum von mehr als 100% bzw. einer unzumutbaren Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. Six, a.a.O., Rz 2.135; Hausheer/Brunner, a.a.O., Rz 04.73; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 01.75 ff.; Dolder/Diethelm, a.a.O., S. 658/659; Freivogel, in: Schwenzer [Hrsg.], a.a.O., N 16 Anh. UB; BGer 5P.169/2001 vom 28.6.2001, Erw. 2/c m.w.Hinw.). Die vom Beschwerdeführer beantragte Reduktion des für die Unterhaltsrechnung massgeblichen Einkommens, d.h. die Anrechnung eines Einkommens, das betragsmässig unter den (willkürfrei erstellten) effektiven Einkünften (aus seinem nicht über 100% betragenden Arbeitspensum) liegt, die

er bis anhin (trotz der Betreuung der Tochter A.) erzielte, ist daher nicht statthaft. In diesem Punkt kann der die allgemeine Anrechnungsbefolgenden Vorinstanz somit keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden. Zumindest lässt sich nicht behaupten, die Vorinstanz habe diesbezüglich den einschlägigen Gesetzesbestimmungen über die Unterhaltspflicht (insbes. Art.

- 22 - 163 und 176 Abs. 3 ZGB) "eine Bedeutung beigemessen ..., welche offensichtlich jenseits dessen liegt, was vom Gesetz gewollt sein kann" (Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 137). Damit liegt in diesem Punkt aber (jedenfalls) keine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO vor. Dies umso weniger, als die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen letztlich einen (dem Richter einen relativ weiten Ermessensspielraum einräumenden) Entscheid nach Recht und Billigkeit im Sinne von Art. 4 ZGB erfordert (BGE 107 II 410; 127 III 141, Erw. 3/a; 134 III 580, Erw. 4; Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. A., Bern 2003, Rz 146; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 16 zu Art. 4 ZGB; Honsell, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], a.a.O., N 6 zu Art. 4 ZGB; Kley, in: Kren Kostkiewicz/Schwander/Wolf [Hrsg.], a.a.O., N 3 zu Art. 4 ZGB), was die Bildung klaren Rechts trotz des zu beachtenden Gleichbehandlungsgebots und der sich daraus ergebenden Tendenz zur Regelbildung zumindest erschwert (dazu vorne, Erw. IV/2/b). (Ob die vorinstanzliche Auffassung [Anrechnung des gesamten tatsächlich erzielten Einkommens] richtig sei oder ob eine andere Lösung allenfalls sachgerechter wäre, d.h. ob das Kassationsgericht als Sachrichter ebenso entschieden hätte, ist wegen der auf die Verletzung bloss klaren Rechts bzw. auf klare Rechtsverstösse beschränkten Kognition hinsichtlich der Rechtsanwendung ohne Belang.) cc) Nicht durchzudringen vermag die Beschwerde ferner insoweit, als sie darauf abzielt, der Beschwerdegegnerin rückwirkend per 1. Oktober 2005 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (KG act. 1 S. 15 oben). Denn die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist regelmässig nur für die Zukunft möglich (Pra 2004 Nr. 95, Erw. 4.3.2; BGer 5P.255/2003 vom 5.11.2003, Erw. 4.3 [betr. Eheschutz]; 5P.95/2003 vom 28.4.2003, Erw. 2.3; 5P.327/2001 vom 18.2.2002, Erw. 3/b [betr. vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess]; Vetterli, a.a.O., N 32 zu Art. 176 ZGB; Hasenböhler/Opel, a.a.O., N 24 a.E. zu Art. 163 ZGB; Maier, a.a.O., S. 1239; Zeiter, in: Amstutz et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 7 zu Art. 163 ZGB; s.a. Six, a.a.O., Rz 2.154; Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 84 zu Art. 163 ZGB). Das gilt (unter Vorbehalt des nicht leichthin anzunehmenden Falls offensichtlichen

- 23 - Rechtsmissbrauchs [Art. 2 Abs. 2 ZGB], wofür in casu keine Anhaltspunkte bestehen oder in der Beschwerde dargetan werden) selbst dann, wenn der betreffende Ehegatte eine frühere, besser entlohnte Erwerbstätigkeit freiwillig zugunsten einer finanziell weniger einträglichen Beschäftigung aufgegeben hat. Selbst diesfalls kann ihm ein hypothetisch erzielbares höheres Einkommen nur für die Zukunft angerechnet werden. Auch diesbezüglich kann von einer Verletzung klaren materiellen Rechts somit keine Rede sein. dd) Mit Bezug auf die Rüge, die Vorinstanz hätte der Beschwerdegegnerin (zumindest für die Zukunft) ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 3'000.-- bzw. Fr. 6'000.-- anrechnen müssen, bleibt schliesslich festzuhalten, dass einem Ehegatten nur dann ein seine tatsächlich erzielten Einkünfte übersteigendes hypothetisches Einkommen angerechnet werden darf, wenn ihm eine entsprechende

Einkommenssteigerung zumutbar und auch real möglich ist (vgl. BGE 128 III 5, Erw. 4/a; 117 II 17, Erw. 1/b; BGer 5P.255/2003 vom 5.11.2003, Erw. 4.3.1; Six, a.a.O., Rz 2.148; Vetterli, a.a.O., N 32 zu Art. 176 ZGB; Hasenböhler/Opel, a.a.O., N 24 zu Art. 163 ZGB; Maier, a.a.O., S. 1239; s.a. Hausheer/ Reusser/Geiser, a.a.O., N 22 zu Art. 163 ZGB; Dolder/Diethelm, a.a.O., S. 658; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 47 zu Art. 125 ZGB; Schwenzer, a.a.O. [Fam-Komm Scheidung], N 16 zu Art. 125 ZGB). Zudem ist im Eheschutzverfahren eine Pflicht des Ehegatten zur Ausdehnung seiner Erwerbstätigkeit grundsätzlich zurückhaltender anzunehmen als im Zusammenhang mit der Festsetzung des nahehelichen Unterhalts (vgl. Maier, a.a.O., S. 1239). Der Beschwerdeführer äussert sich in der Beschwerde lediglich zur (Rechts-)Frage, ob der Beschwerdegegnerin zuzumuten sei, ihre Erwerbstätigkeit auf eine Vollzeitanstellung auszudehnen (oder eine Teilzeitstelle mit einem Salär von Fr. 3'000.-- anzutreten) (KG act. 1 S. 14 ff.). Hingegen legt er (mit Blick auf das zusätzliche Erfordernis der Realisierbarkeit eines hypothetischen Einkommens) nicht näher dar (und ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich), aufgrund welcher aktenkundiger Umstände tatsächlicher Natur ihr eine derartige Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit und die Erzielung eines Monatslohns von Fr. 6'000.-- (bzw. von Fr. 3'000.--) auch effektiv möglich wäre. Mangels dahingehender Be-

- 24 - hauptungen und Aktenhinweise lässt sich aber nicht beurteilen, ob und gestützt auf welche aktenkundigen Tatsachen die vorinstanzliche Bezifferung des der Beschwerdegegnerin angerechneten Einkommens bzw. der Verzicht auf Anrechnung eines (höheren) hypothetischen Einkommens auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (oder allenfalls auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen) beruhe. Jedenfalls sind die Vorbringen in der Beschwerde, welche die Frage der realen Möglichkeit einer Einkommenssteigerung auf Seiten der Beschwerdegegnerin vollends ausklammern und sich hiezu mit keinem Wort äussern, nicht zum Nachweis geeignet, dass der Beschwerdegegnerin nach den einschlägigen Vorschriften klarerweise ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 6'000.-- bzw. Fr. 3'000.-- angerechnet werden müsse. Auch diesbezüglich vermag die (nicht rechtsgenügend begründete) Beschwerde somit nicht durchzudringen.

E. 8

Nachdem der vorinstanzliche Entscheid in der Sache selbst der kassationsgerichtlichen Prüfung standhält, besteht keine Notwendigkeit zur Aufhebung und Neuregelung der Nebenfolgen für die vorinstanzlichen Verfahren, zumal in der Beschwerde auch keine diesbezüglichen Rügen erhoben werden (vgl. KG act. 1 S. 16, Ziff. VII).

E. 9

Der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin werden je zur Hälfte (ohne solidarische Haftung) verpflichtet, der Prozessbeiständin der Verfah-

- 31 - rensbeteiligten, Frau C., für das Beschwerdeverfahren eine Umtriebsentschädigung von insgesamt Fr. 300.-- (d.h. je Fr. 150.--) zu bezahlen. Wegen Uneinbringlichkeit wird der von der Beschwerdegegnerin zu tragende Anteil (von Fr. 150.--) an dieser Entschädigung der Prozessbeiständin aus der Gerichtskasse bezahlt. Im Falle der Uneinbringlichkeit würde der Prozessbeiständin der Verfahrens-beteiligten auch der vom Beschwerdeführer zu tragende Anteil (von Fr. 150.--) an dieser Entschädigung aus der Gerichtskasse bezahlt.

E. 10

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.--. Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 10. Juli 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG). Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

E. 11

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligten, die I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Q. (Proz.-Nr. EE050043), je gegen Empfangsschein.

_____ KASSATIONSGERICHT DES
KANTONS ZÜRICH Der juristische Sekretär:

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