

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090109 vom 7. Juli 2010

Zh Kassationsgericht, 2010-07-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA090109](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA090109)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090109 du 7 juillet 2010

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA090109 del 7 luglio 2010

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben drei gemeinsame minderjährige Kinder. Am 28. September 2007 stellte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht \_\_\_\_\_ ein Eheschutzbegehren (ER act. 1). Mit Verfügung vom 19. Juni 2008 nahm die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes \_\_\_\_\_ davon Vormerk, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und bereits seit Juni 2007 getrennt leben (Dispositiv Ziffer 1), stellte die Kinder für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Beschwerdegegnerin (Dispositiv Ziffer 2), regelte das Besuchsrecht des Beschwerdeführers (Dispositiv Ziffern 3 und 4), ordnete eine Beistandschaft für die Kinder an (Dispositiv Ziffer 5), wies den Antrag des Beschwerdeführers, der Beschwerdegegnerin sei zu verbieten, die Kinder ohne seine Einwilligung ausserhalb Europas zu verbringen, ab (Dispositiv Ziffer. 6), teilte die eheliche Liegenschaft für die Dauer des Getrennt- lebens der Beschwerdegegnerin zur Benutzung für sich und die Kinder zu (Dispositiv Ziffer 7) und verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerde- gegnerin monatliche Unterhaltsbeiträge für die Kinder (Dispositiv Ziffer 8) und für sie persönlich (Dispositiv Ziffer 9) zu bezahlen (ER act. 87 = OG act. 3). Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein (OG act. 2). Mit Beschluss vom 19. Juni 2009 hob das Obergericht (I. Zivilkammer) in teilweiser Gutheissung des Rekurses die Disposi- tiv-Ziffern 3, 4 und 9 der einzelrichterlichen Verfügung auf, änderte das Besuchs- recht des Beschwerdeführers, verpflichtete ihn, der Beschwerdegegnerin für sie persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 12'150.-- vom 1. Oktober 2007 bis 31. Juli 2008 und von Fr. 10'400.-- ab 1. August 2008 zu bezahlen, stellte fest, dass der Beschwerdeführer diese Unterhaltspflicht im Umfang von mindestens Fr. 30'811.15 bereits erfüllt habe, wies seinen Rekurs im Übrigen ab, soweit darauf eingetreten werden konnte, und bestätigte insoweit die angefochtene einzelrichterliche Verfügung (KG act. 2).

- 3 -

### E. 2

Die Vorinstanz erwog, soweit Kinderbelange zu regeln seien, gelte zum Schutz der Kindesinteressen die uneingeschränkte Official- und Untersuchungs- maxime. Im Bereich des persönlichen Unterhalts gelte dagegen im Eheschutzver- fahren die Dispositions- und Verhandlungsmaxime (KG act. 2 S. 7 Erw. 2.4). In der Folge ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beschwerdeführer die Höhe der erstinstanzlich verfügten Kinderunterhaltsbeiträge für den - eingetretenen - Fall, dass die Obhut über die Kinder der Beschwerdegegnerin belassen werde, nicht angefochten habe (KG act. 2 S. 19 f. Erw. 8.3 und 8.4). Sie seien deshalb in der erstinstanzlich festgesetzten Höhe zu belassen (KG act. 2 S. 20 Erw. 8.4). Bei der Bemessung der persönlichen Unterhaltsbeiträge (KG act. 2 S. 20)

prüfte die Vorinstanz u.a. das Einkommen des Beschwerdeführers und erwog dazu, der Beschwerdeführer habe mit der Rekursbegründung geltend gemacht, sein Einkommen werde sich reduzieren, da er im laufenden Jahr nicht mit einem Bonus rechnen könne und zudem die meisten Dividendenerträge wegfielen. Es könne aus diesen Gründen - so die Behauptung des Beschwerdeführers vor Vorinstanz - nur von einem monatlichen Einkommen von nicht mehr als Fr. 18'000.-- brutto ausgegangen werden (KG act. 2 S. 28). Die Erstinstanz habe - so erwog die Vorinstanz - zur Ermittlung des durchschnittlichen Einkommens des Beschwerdeführers richtigerweise auf die Jahre 2004 bis 2007 abgestellt, da das Einkommen in diesen Jahren erheblich geschwankt habe. Im Rekursverfahren habe er neue Lohnabrechnungen der Monate August bis November 2008 eingereicht. Daraus gehe hervor, dass sein monatliches Einkommens im Vergleich zu den Monaten

- 5 - September bis Dezember 2007 um Fr. 2'819.40 tiefer ausgefallen sei. Über die Ausschüttung von Boni und Dividendenerträgen im Jahr 2009 fehlten indes Belege. Folglich lasse sich nicht nachvollziehen, ob und in welchem Ausmass die Einkünfte des Beschwerdeführers über das gesamte Jahr 2008 sowie das Jahr 2009 allenfalls gesunken seien. Die vom Beschwerdeführer behauptete Lohnreduktion erscheine trotz der Lohnabrechnungen August bis November 2008 sowie eines Schreibens seiner Arbeitgeberin vom 15. Juli 2008 nicht glaubhaft. Dies gelte umso mehr, als er im Rekursverfahren die Möglichkeit gehabt hätte, seine Einkünfte im Jahr 2008 lückenlos zu belegen, zum Beispiel mit dem Lohnausweis 2008. Selbst wenn man aufgrund des Schreibens der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers und der Reduktion seines Grundlohnes von einer Reduktion seiner sämtlichen Einkünfte um 20 % ausginge, wäre sein Einkommen im Jahr 2008 mit rund Fr. 276'246.-- anzunehmen. Sein durchschnittliches monatliches Einkommen über die letzten fünf Jahre würde sodann unter Verweisung auf die erstinstanzliche Berechnung noch immer rund Fr. 32'743.-- pro Monat betragen (KG act. 2 S. 29).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, im vorliegenden Eheschutzverfahren gehe es u.a. um die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen sowie um die Festlegung von Ehegattenunterhalt. Diese Unterhaltsbeiträge könnten nicht unabhängig voneinander berechnet werden. Für beide Arten müsse einerseits der Bedarf der Kinder, andererseits der Bedarf der Parteien ermittelt werden. Da für Kinderbelange die Offizial- bzw. Untersuchungsmaxime zur Anwendung komme, schlage diese auch auf die Berechnung des Ehegattenunterhalts durch. Es treffe nicht zu, dass der Beschwerdeführer im Rekursverfahren nur den Ehegattenunterhalt angefochten habe. Die vorinstanzliche Annahme, er habe im Rekurs die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge nicht angefochten für den Fall, dass die Obhut über die Kinder der Beschwerdegegnerin belassen werde, sei falsch. In Betrachtung der Offizial- und Untersuchungsmaxime hätte die Vorinstanz davon ausgehen müssen, dass mit Anfechtung der Bedarfsberechnung der Kinder auch die Höhe der von der Erstinstanz festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge angefochten sei. Die Vorinstanz habe bei der Festsetzung des Ehegattenunterhalts die Offizial- und Untersuchungsmaxime nicht zugunsten des Beschwerdeführers angewendet.

- 6 - Ob er im Rekursverfahren die Höhe des Kinder- und des Ehegattenunterhalts angefochten habe, sei aber letztlich unerheblich. Gemäss BGE 128 III E. 3 (gemeint offensichtlich: BGE 128 III 411; vgl. KG act. 13 S. 4 Ziff. 8) könne sich der

Beschwerdeführer auf die Offizial- bzw. die Untersuchungsmaxime berufen, selbst wenn er lediglich die Höhe des Ehegattenunterhalts angefochten hätte. Die Vorinstanz habe (so der Beschwerdeführer sinngemäss) die Offizial- und Untersuchungsmaxime verletzt, indem sie bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs für die Beschwerdegegnerin persönlich die Dispositions- und Verhandlungsmaxime und nicht die Offizial- und Untersuchungsmaxime angewandt habe (KG act. 1 S. 10 f.).

### **E. 3.1**

Die Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich explizit (nur) gegen die Verpflichtung des Beschwerdeführers, der Beschwerdegegnerin persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (KG act. 1 S. 3 Ziff. II.1.). Insbesondere richtet sie sich demnach nicht gegen die erstinstanzlich festgesetzten und vorinstanzlich ohne eigene Prüfung bestätigten Kinderunterhaltsbeiträge. Die Ausführungen des Beschwerdeführers, die vorinstanzliche Annahme, dass er im Rekursverfahren die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge nicht angefochten habe, treffe nicht zu, und die Vorinstanz hätte in Beachtung der Offizial- und Untersuchungsmaxime auch die Kinderunterhaltsbeiträge prüfen müssen, dienen ihm lediglich zur Begründung seiner auf die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin persönlich bezogenen Rüge. Bei deren Prüfung sind diese Ausführungen zu beachten (vgl. nachfolgend). Hingegen ist nicht zu prüfen, ob die vorinstanzliche blosser Belassung der erstinstanzlich festgesetzten Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge unter Verzicht auf eine eigene Prüfung die Offizial- und Untersuchungsmaxime verletzt, da der Beschwerdeführer die Kinderunterhaltsbeiträge gar nicht beanstandet und sich die Beschwerde nicht dagegen richtet. Aus dem gleichen Grund ist nicht zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass der Beschwerdeführer im Rekursverfahren die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge nicht angefochten habe.

- 7 -

### **E. 3.2**

Im Bereich des persönlichen Unterhalts gilt im zürcherischen Eheschutzverfahren die Dispositions- und Verhandlungsmaxime, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (KG act. 2 S. 7 Erw. 2.4 zweiter Absatz; vgl. Kass.-Nr. 2002/251 vom 29.4.2003 Erw. II.3.1.b mit denselben Verweisungen wie die Vorinstanz; vgl. auch FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 13 zu Art. 139 ZGB; Six, Eheschutz, Bern 2008, Rz 2.54 [S. 52 f.]; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, Rz 11.64 [S. 599]).

### **E. 3.3**

Weshalb sich aus dem vom Beschwerdeführer zitierten Entscheid BGE 128 III 411 (= Pra. 92 [2003] Nr. 5) das Gegenteil ergeben soll, ist nicht nachvollziehbar. In diesem Entscheid hielt das Bundesgericht fest, führe die Verletzung der Untersuchungsmaxime zu einer Abänderung des Unterhaltsbeitrags für das Kind, sei zu prüfen, ob dies nicht auch eine Abänderung des Beitrags für den Ehegatten, dessen Festsetzung der Verhandlungsmaxime unterstehe, nach sich ziehen müsse. Daraus lässt sich nicht ableiten, dass (im Gegensatz zur vorstehend zitierten Rechtsprechung und Lehre) auch im Bereich des persönlichen Unterhalts die Offizial- und Untersuchungsmaxime anwendbar wäre (wenn nur im Verfahren auch Kinderunterhaltsbeiträge zu regeln sind). Im Gegenteil hielt das Bundesgericht auch in diesem Entscheid explizit fest, dass die Festsetzung des Unterhaltsbeitrags für den Ehegatten der Verhandlungsmaxime untersteht. Überdies ist die bundesgerichtliche Erwägung, auf welche sich der Beschwerdeführer stützt, gar nicht auf

den vorliegenden Fall anwendbar. Vorliegend steht nicht zur Diskussion, ob eine Verletzung der Untersuchungsmaxime zu einer Abänderung der Unterhaltsbeiträge für die Kinder der Parteien geführt hätte. Denn der Beschwerdeführer beanstandet die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge gar nicht (explizit richtet sich seine Beschwerde nur gegen die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin persönlich; KG act. 1 S. 3 Ziff. II.1) und macht nicht geltend, dass diese auf einem Nichtigkeitsgrund beruhten.

### **E. 3.4**

Im vorliegenden Fall kann der Beschwerdeführer auch nichts für seine Auffassung aus der bundesgerichtlichen Erwägung im zitierten Entscheid ableiten, die Untersuchungsmaxime gelte auch zugunsten des Unterhaltspflichtigen, der sich somit darauf berufen könne (BGE 128 III 411). Das Bundesgericht stellte

- 8 - diese Erwägung im Bereich des Kinderunterhaltsbeitrages an (Erw. 3.2.1). Dies bedeutet, dass dort, wo die Untersuchungsmaxime gilt, nämlich beim Kinderunterhaltsbeitrag, sich nicht nur der Berechtigte, sondern auch der Unterhaltspflichtige auf die Untersuchungsmaxime berufen kann. Dies bedeutet aber nicht etwa, dass sich der Unterhaltspflichtige auch in einem Bereich, in welchem die Untersuchungsmaxime nicht gilt, nämlich beim Ehegattenunterhaltsbeitrag, auf die Untersuchungsmaxime berufen könnte.

### **E. 3.5**

Die Argumentationskette des Beschwerdeführers scheint nebstdem die folgende zu sein: Aufgrund der Officialmaxime hätte die Vorinstanz die Kinderunterhaltsbeiträge prüfen müssen (ob diese angefochten waren oder nicht). Im Rahmen dieser Prüfung hätte sie die Official- und Untersuchungsmaxime anwenden müssen. Wäre die Official- und Untersuchungsmaxime angewendet worden, hätte sich deren Ergebnis nicht nur bei den Kinderunterhaltsbeiträgen, sondern auch bei den Unterhaltsbeiträgen für die Beschwerdegegnerin persönlich auswirken müssen. Folglich hätte auch bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin persönlich die Official- und Untersuchungsmaxime angewendet werden müssen (statt der von der Vorinstanz tatsächlich angewandten Dispositions- und Verhandlungsmaxime). Diese Argumentationskette hält insbesondere bereits aus folgenden beiden Gründen nicht: Einerseits hat der Umstand, dass bei der Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge die Official- und Untersuchungsmaxime gilt, nicht die logisch zwingende Konsequenz, dass diese Maxime auch bei der Bemessung der Ehegattenunterhaltsbeiträge gälte, wenn im gleichen Verfahren beide Arten von Unterhaltsbeiträgen zu regeln sind; auch nicht etwa quasi als Reflexwirkung der bei der Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge anwendbaren Maxime. Andererseits ist vorliegend die Official- und Untersuchungsmaxime von der Vorinstanz bei den Kinderunterhaltsbeiträgen nicht angewendet worden (wohl aber von der Erstinstanz), weil die Kinderunterhaltsbeiträge von der Vorinstanz gar nicht geprüft wurden, weshalb diese nicht angewandte Official- und Untersuchungsmaxime auch gar keine (Reflex-)Wirkung auf die Unterhaltsbeiträge der Beschwerde-

- 9 - gegnerin persönlich entfalten konnte. Ob die Kinderunterhaltsbeiträge zu Recht von der Vorinstanz nicht geprüft wurden, ist aber nicht zu prüfen, weil diese nicht angefochten sind (sondern explizit nur die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin persönlich; vgl. vorstehend Erw. 3.1). Die Rüge der Verletzung der Official- und Untersuchungsmaxime bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge für die

Beschwerdegegnerin persönlich geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### **E. 4**

Unter dem Titel "Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. der richterlichen Fragepflicht" (KG act. 1 S. 11) macht der Beschwerdeführer geltend, er habe eine Einkommenseinbusse im Jahr 2008 nicht nur mittels detaillierter Ausführungen in mehreren Eingaben an die Vorinstanz glaubhaft gemacht, sondern auch durch Urkunden belegt. Die Vorinstanz könne sich dabei nicht auf den Standpunkt stellen, die von ihm behauptete Lohnreduktion erscheine trotz der Lohnabrechnungen August bis November 2008 sowie des Schreibens seiner Arbeitgeberin vom 15. Juli 2008 nicht glaubhaft. Er sei davon ausgegangen, er habe seine Lohnreduktion mit den genannten Ausführungen und Dokumenten ausreichend belegt (KG act. 1 S. 11). Hätte die Vorinstanz die von ihm eingereichten Belege als nicht ausreichend erachtet, wäre sie - so der Beschwerdeführer - aufgrund der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO verpflichtet gewesen, ihn aufzufordern, weitere Belege einzureichen (KG act. 1 S. 12 f.).

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz berücksichtigte die Ausführungen des Beschwerdeführers zu seiner Einkommensreduktion (KG act. 2 S. 28 Erw. 9.10) und die von ihm dazu eingereichten Belege (KG act. 2 S. 29 mit Bezugnahme auf Urk. 35/1-4 und Urk. 20/4 [vgl. dazu KG act. 1 S. 11 f.]). Sie erachtete die Ausführungen des Beschwerdeführers nicht etwa als unklar, unvollständig oder unbestimmt im Sinne von § 55 ZPO, sondern die behauptete Lohnreduktion als durch die dazu eingereichten Belege nicht glaubhaft gemacht. Die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO bezieht sich auf das Vorbringen einer Partei, nicht auf die Einreichung von Beweismitteln und nicht auf die Beweiswürdigung. Reicht eine Partei Beweismittel ein, welche zur Glaubhaftmachung eines im Sinne von § 55 ZPO klaren Vorbringens nicht ausreichen, löst das keine richterliche Fragepflicht in dem Sinne - 10 - aus, dass die Partei zur Einreichung weiterer Beweismittel aufgefordert werden müsste (vgl. ZR 108 [2009] Nr. 25 Erw. II.4.1). Die Rüge geht fehl.

#### **E. 4.2**

Abgesehen davon ging die Erstinstanz aufgrund der Steuererklärungen des Beschwerdeführers für die Jahre 2004, 2005 und 2006 sowie aufgrund des Lohnausweises 2007 von einem durchschnittlichen monatlichen Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 35'173.-- aus (OG act. 3 S. 40). Er machte im Rekursverfahren geltend, sein Einkommen werde sich ab dem Jahre 2008 erheblich reduzieren (KG act. 2 S. 28 Erw. 9.10). Es lag in seinem Interesse, dem Gericht alle ihm verfügbaren Unterlagen einzureichen, um diese Behauptung seines Einkommensrückgangs und seines tatsächlichen behaupteterweise tieferen Einkommens glaubhaft zu machen. Er war anwaltlich vertreten. Er war bereits in der einzelrichterlichen Vorladung zur Verhandlung vom 12. November 2007 darauf hingewiesen worden, dass er Unterlagen über seine Einkommens- und Vermögenssituation einzureichen, sämtliche Beweismittel spätestens in der Verhandlung vorzulegen habe und mit Urkunden ausgeschlossen werde, die in der Verhandlung nicht vorgelegt würden (BG act. 4). In der erstinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung ist er darauf hingewiesen worden, dass allfällige Urkunden der Rekurschrift beizulegen seien (OG act. 3 S. 45). In der vorinstanzlichen Verfügung vom 4. Juli 2008, mit welcher ihm die Frist zur Ergänzung der Rekursbegründung einmalig erstreckt worden ist unter der Androhung, dass Säumnis den Ausschluss mit der Ergänzung

der Rekursbegründung zur Folge hätte, ist er auf die Novenregelung von § 115 und 138 ZPO hingewiesen worden (OG act. 5). Die Vorinstanz durfte unter diesen Umständen davon ausgehen, dass dem Beschwerdeführer durchaus bewusst war, dass er seine Behauptungen der Einkommensverminderung glaubhaft zu machen und dazu sämtliche ihm vorliegenden, zur Glaubhaftmachung geeigneten Dokumente einzureichen hatte, soweit es ihm zur Stützung seiner Behauptungen geeignet erschien (vgl. auch dazu ZR 108 Nr. 25 Erw. II.4.2). Wenn sie darauf hinwies, dass er im Rekursverfahren die Möglichkeit gehabt hätte, seine Einkünfte im Jahr 2008 lückenlos zu belegen, zum Beispiel mit dem Lohnausweis 2008 (KG act. 2 S. 29), ging sie davon aus, dass er das nicht aus Unkenntnis oder Nachlässigkeit unterlassen hatte, sondern weil

- 11 - er das nicht wollte. Die Vorinstanz musste den Beschwerdeführer auch deshalb nicht zur Einreichung weiterer Belege auffordern.

### **E. 4.3**

Der Vorinstanz erschien der Sachverhalt im Gegensatz zum Hinweis des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 12 f.) nicht in einem entscheidenderheblichen Bereich als unklar. Sie erwog, selbst wenn man aufgrund des Schreibens seiner Arbeitgeberin und der Reduktion seines Grundlohnes von einer Reduktion seiner sämtlichen Einkünfte um 20 % ausginge, würde sein durchschnittliches monatliches Einkommen über die letzten fünf Jahre noch immer rund Fr. 32'743.-- monatlich betragen, womit er über ausreichende Einkünfte verfüge, um der Beschwerdegegnerin persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 12'150.-- monatlich zu bezahlen (KG act. 2 S. 29). Der Vorinstanz erschien es damit als klar (vgl. dazu nachfolgend Erw. 5), dass das monatliche Einkommen des Beschwerdeführers über die letzten fünf Jahre mindestens rund Fr. 32'743.-- betrug. Das war für sie relevant. Ob es im darüber hinausgehenden Bereich klar oder unklar war, war für ihren Entscheid nicht relevant und deshalb nicht abklärungsbedürftig. Auch unter diesem Aspekt geht die Rüge fehl.

### **E. 5**

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe mit den Annahmen eines Einkommens von Fr. 276'246.-- im Jahre 2008 und eines durchschnittlichen Einkommens über die letzten fünf Jahre von monatlich Fr. 32'743.-- eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen. Er habe seine veränderte Einkommenssituation ab August 2008 mit Urkunden belegt. Sein Bruttolohn betrage ab diesem Datum Fr. 14'000.--. Die für die früheren Schwankungen verantwortlichen Boni- und Dividendenzahlungen seien weggefallen. In OG act. 34 habe er ausgeführt, seit 2007 verfüge er über keinerlei Wertschriften mehr, welche einkommensrelevante Dividenden abwerfen würden (KG act. 1 S. 13 f.).

### **E. 5.1**

Die Belege, welche der Beschwerdeführer für seine Behauptung des Einkommens ab August 2008 anführte, sind die Lohnabrechnungen August bis November 2008 (OG act. 35/1-4) und ein Schreiben seiner Arbeitgeberin vom 15. Juli 2008 (OG act. 20/4) (vgl. KG act. 1 S. 7). Zutreffend erwog die Vorinstanz dazu, über die Ausschüttung von Boni und Dividendenerträgen fehlten Belege. Folglich lasse sich nicht nachvollziehen, ob und in welchem Ausmass die Ein-

- 12 - künfte des Beschwerdeführers über das gesamte Jahr 2008 sowie das Jahr 2009 allenfalls gesunken seien. Die vom Beschwerdeführer behauptete Lohnreduktion erscheine trotz der Lohnabrechnungen August bis November 2008 sowie des Schreibens seiner Arbeitgeberin vom 15. Juli 2008 nicht glaubhaft. Dies gelte umso mehr, als er im Rekursverfahren die Möglichkeit gehabt hätte, seine Einkünfte im Jahr 2008 lückenlos zu belegen, zum Beispiel mit dem Lohnausweis 2008 (KG act. 2 S. 29). Diese Beweiswürdigung ist durchaus begründet, nachvollziehbar und keineswegs willkürlich:

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer selber hatte dargelegt, dass ein erheblicher Teil seines Einkommens aus Bonus bestehe (OG act. 3 S. 39 mit Verweisung auf ER act. 22 S. 26). Er hatte bereits vor Erstinstanz behauptet, sein monatliches Einkommen (gemeint offensichtlich: ohne Bonus) belaufe sich auf Fr. 14'559.60 netto (ER act. 22 S. 25). Die von ihm dazu eingereichten Unterlagen zeigen, dass er im Jahr 2007 ein monatlich ausbezahltes Einkommen von Fr. 18'110.-- brutto bzw. Fr. 14'559.40 netto hatte (ER act. 23/41) und zusätzlich einen Bonus von Fr. 150'000.-- erhielt (ER act. 23/40 und 23/42). In den Steuererklärungen 2004 bis 2006 sind Nettolöhne des Beschwerdeführers von Fr. 407'418 für das Jahr 2004 (ER act. 13/12), Fr. 463'108.-- für das Jahr 2005 (ER act. 13/11) und Fr. 472'486.- für das Jahr 2006 (ER act. 13/10) enthalten, ohne dass aus diesen Unterlagen eine Aufgliederung in monatlich bezahlten Lohn und Bonus hervorgeht. Aufgrund der Erklärungen des Beschwerdeführers selber, dass ein erheblicher Teil seines Einkommens aus Bonus bestehe, aufgrund der bekannten Aufteilung im Jahr 2007 in Fr. 246'400.-- monatlich ausbezahlten Lohn und Fr. 150'000.-- Bonus und aufgrund der fehlenden Behauptung, dass der monatlich ausbezahlte Lohn auf das Jahr 2007 im Verhältnis zu den Jahren 2004 - 2006 wesentlich erhöht worden war (im Gegenteil wurde er gemäss einer Vereinbarung vom 3. August 2007 auf den 1. September 2007 reduziert [ER act. 23/13]), ist davon auszugehen, dass auch ein erheblicher Teil der in den Steuererklärungen 2004 - 2006 für diese Jahre aufgeführten Einkommen des Beschwerdeführers aus Boni bestand. Wenn der Beschwerdeführer unter diesen Umständen für seine Behauptung der Verminderung seines Einkommens ausschliesslich Belege über tiefere monatlich ausbezahlte Löhne einreichte (OG act. 35/1-4, OG act. 20/4),

- 13 - aber keinerlei Beleg über den anderen erheblichen Teil seines Einkommens, nämlich über den Bonus, sind die vorinstanzlichen Erwägungen ohne weiteres nachvollziehbar und nicht willkürlich, es lasse sich nicht nachvollziehen, ob und in welchem Ausmass die Einkünfte des Beschwerdeführers über das gesamte Jahr 2008 sowie das Jahr 2009 allenfalls gesunken seien; die vom Beschwerdeführer behauptete Lohnreduktion erscheine nicht glaubhaft. Die vorinstanzliche Würdigung ist umso weniger willkürlich, als die Vorinstanz erläuterte, dass auch dann kein anderes Ergebnis resultierte, wenn (im Verhältnis der Reduktion seines monatlich ausbezahlten Lohnes von September bis Dezember 2007 [Fr. 14'559.40; ER act. 23/41] zu August bis November 2008 [Fr. 11'740.90; OG act. 35/1-4]) von einer Reduktion seiner sämtlichen Einkünfte (also auch derjenigen Teile, bezüglich welcher der Beschwerdeführer keinerlei Beleg einreichte) um 20 % ausgegangen würde (KG act. 2 S. 29).

### **E. 5.3**

Die Erstinstanz ging aufgrund der vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen (Steuererklärungen 2004 - 2006, Lohnausweis 2007) von einem durchschnittlichen

monatlichen Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 35'173.-- aus. Dass dies unrichtig wäre, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Hingegen machte er im Rekursverfahren geltend, sein Einkommen habe sich in der Folge massgeblich reduziert. Es hätte an ihm gelegen, diese Reduktion glaubhaft zu machen. Dies tat er nicht, indem er zu einem wesentlichen Teil seines bisherigen Einkommens, den jährlichen Bonuszahlungen, keinerlei Beleg einreichte. Die vorinstanzliche Würdigung ist nicht zu beanstanden. Die Rüge geht fehl.

#### **E. 5.4**

Nichts an diesem Ergebnis ändern die Behauptungen des Beschwerdeführers zu seinen (entfallenen) Dividendeneinkünften (vgl. KG act. 1 S. 13). Im Gegenteil. Obwohl in den Steuererklärungen 2004 bis 2006 Wertschriftenerträge (zusätzlich zu den vorgenannten Einkünften aus Erwerbstätigkeit) von Fr. 103'942.-- im Jahre 2004 (ER act. 13/12), Fr. 124'105.-- im Jahre 2005 (ER act. 13/11) und Fr. 143'366.-- im Jahre 2006 (ER act. 13/10) enthalten sind (im Wesentlichen Erträge aus 500 Aktien der A. [wohl A. SA; vgl. etwa ER act. 23/40- 42]), rechneten ihm die Vorinstanzen gar keine Einkünfte daraus an. Selbst wenn

- 14 - er, wie er behauptete, aber soweit ersichtlich nicht belegte, seit dem Jahr 2007 nicht mehr Aktionär der A. ist und "im Moment" keine Wertschriften besitzt, die ihm ein zusätzliches Einkommen generieren könnten (OG act. 34 S. 5 Ziff. 16), kann deshalb ein Wegfall der ihm gar nicht angerechneten Einkünfte aus Wertschriften keinen Einfluss auf die vorinstanzliche Beweiswürdigung haben.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz in Beachtung der Behauptungen des Beschwerdeführers aufgrund der von ihm eingereichten Belege (und aufgrund der von ihm nicht eingereichten Belege [z.B. Lohnausweis 2008]) davon ausging, dass sein monatliches Einkommen über die letzten fünf Jahre mindestens Fr. 32'743.-- betrug. Dabei verlangte weder die richterliche Fragepflicht noch die auf den Bereich der Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin persönlich nicht anwendbare Offizial- und Untersuchungsmaxime, dass sie den Beschwerdeführer zur Einreichung weiterer, von ihm nicht selbständig eingereichter Belege aufforderte. Anbetrachts der in den Akten vorhandenen Belege ist die vorinstanzliche Feststellung nicht willkürlich. Der Beschwerdeführer wies keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung. III. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dem entsprechend ist er zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für ihre anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). IV. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über eine vermögensrechtliche Zivilsache mit einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.--. Folglich steht gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen. Da die bundes-

- 15 - gerichtliche Praxis Eheschutzentscheide grundsätzlich Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG gleichstellt (BGE 133 III 396 f. Erw. 5; Pra 2008 Nr. 67 Erw. 1.3), kann er allerdings (abgesehen von allfälligen Ausnahmen, worüber ebenfalls das Bundesgericht entscheiden würde [vgl. BGE 133 III 397 Erw. 5]) nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angefochten werden. Die Vorinstanz wies darauf

hin, dass die Frist zu einer bundesrechtlichen Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Beschluss erst ab Eröffnung des Entscheides des Kassationsgerichtes läuft, wenn kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wird (vgl. Art. 100 Abs. 6 BGG). Dabei ist jedoch zu beachten, dass nach höchstrichterlicher Praxis eine direkte Anfechtung von Entscheiden des zürcherischen Obergerichts betreffend Eheschutzmassnahmen nicht oder jedenfalls nur in Ausnahmefällen möglich ist, da es derartigen Entscheiden angesichts der bloss beschränkten Kognition des Bundesgerichts (Art. 98 BGG), welche kaum weitergehe als diejenige des Kassationsgerichts nach § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO, regelmässig am Erfordernis der Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 BGG) fehle (vgl. Kass.-Nr. AA090006 vom 26.2.2009 Erw. VII mit Hinweis auf BGE 133 III 585 ff., BGer 5A\_117/2007 vom 11.10.2007 Erw. 3.2 und Jent-Sørensen/Reiser, Kantonal-zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde und Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, SJZ 2008, S. 368; vgl. aber zu allfälligen Ausnahmen wiederum BGE 133 III 397 Erw. 5). Die den Parteien nach Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG zu erteilende Rechtsmittelbelehrung steht unter diesem Vorbehalt. Das Gericht beschliesst:

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