

ZH_KASSATIONSGERICHT AA100050 vom 26. Januar 2011

Zh Kassationsgericht, 2011-01-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA100050

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100050 du 26 janvier 2011

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100050 del 26 gennaio 2011

Volltext

Kassationsgericht des Kantons Zürich Kass.-Nr. AA100050-P/U/mum Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr Zirkulationsbeschluss vom 26. Januar 2011 in Sachen X., Beklagter, Erstrekurrent, Zweitrekursgegner und Beschwerdeführer vertreten durch Rechtsanwalt gegen Z., Klägerin, Erstrekursgegnerin, Zweitrekurrentin und Beschwerdegegnerin vertreten durch Rechtsanwalt betreffend Eheschutz (Obhut, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge) Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2010 (LP080006/U d.v. LP080005)

- 2 - Das Gericht hat in Erwägung gezogen: I. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010). II. 1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der drei Kinder A., geb. 1996, B., geb. 1998, und C., geb. 2002 (vgl. den angefochtenen Beschluss KG act. 2 S. 3). Mit Eingabe vom 17. September 2007 reichte die Beschwerdegegnerin beim Bezirksgericht D. ein Eheschutzbegehren ein (ER act. 1). Mit Verfügung vom 7. Januar 2008 stellte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht D. fest, dass die Beschwerdegegnerin berechtigt ist, den gemeinsamen Haushalt aufzulösen (Dispositiv Ziffer 1), stellte die drei Söhne für die Dauer des

- 3 - Getrenntlebens unter die Obhut der Beschwerdegegnerin (Dispositiv Ziffer 2), regelte das Besuchsrecht des Beschwerdeführers (Dispositiv Ziffer 3), wies die eheliche Wohnung der Beschwerdegegnerin zu alleinigen Benützung für sich und die Kinder zu (Dispositiv Ziffer 4), verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin Unterhaltsbeiträge

für sich persönlich (Dispositiv Ziffer 5) und für die drei Söhne (Dispositiv Ziffer 6) zu bezahlen und regelte die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositiv Ziffern 7 - 9) (ER act. 25, KG act. 2 S. 2 f.). Gegen diese Verfügung erhoben beide Parteien je Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich (KG act. 2 S. 4 f. mit Verweisungen auf OG act. 2 und act. 243/2). Mit Beschluss vom 22. März 2010 hob das Obergericht (dessen I. Zivilkammer) die Dispositiv-Ziffern 2, 3, 5, 6, 8 und 9 der einzelrichterlichen Verfügung auf, stellte die beiden Söhne A. und C. für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Beschwerdegegnerin und den Sohn B. unter die Obhut des Beschwerdeführers (Dispositiv Ziffer 2.2), regelte die Besuchsrechte der Parteien (Dispositiv Ziffer 2.3), verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin für sie persönlich für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis 30. November 2009 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'200.-- und ab 1. Dezember 2009 für die weitere Dauer des Getrenntlebens von Fr. 9'200.-- zu bezahlen (Dispositiv Ziffer 2.5), verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin monatlich an den Unterhalt des Sohnes C. Fr. 800.--, an den Unterhalt des Sohnes A. Fr. 1'000.-- und an den Unterhalt des Sohnes B. bis 30. November 2009 Fr. 1'000.-- (je zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen, nahm davon Vormerk, dass der Beschwerdeführer auf Unterhaltsbeiträge für den Sohn B. verzichtet hat (Dispositiv Ziffer 2.6) und regelte neben einer Ermahnung bezüglich Besuchsrecht, einer Weisung betreffend Therapien der Kinder und der Errichtung einer Beistandschaft für die Kinder (Dispositiv Ziffern 3 - 5) die Kosten- und Entschädigungsfolgen sowohl des erstinstanzlichen Verfahrens (Dispositiv Ziffern 2.8 und 2.9) als auch des Rekursverfahrens (Dispositiv Ziffern 6 - 9).

- 4 - 2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 22. März 2010 reichte der Beschwerdeführer beim Kassationsgericht am 23. April 2010 und damit rechtzeitig (OG act. 245/1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Mit dieser beantragt er die Aufhebung von Dispositiv Ziffer 2.5 des angefochtenen Beschlusses und einen eigenen Sachentscheid des Kassationsgerichts, womit er verpflichtet werde, der Beschwerdegegnerin für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis 30. November 2009 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'450.-- und ab 1. Dezember 2009 von Fr. 3'450.-- zu bezahlen (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 26. April 2010 wurde dem Beschwerdeführer nach § 75 ZPO eine Prozesskaution von Fr. 10'000.-- auferlegt und der Beschwerde insoweit aufschiebende Wirkung verliehen, als der Beschwerdeführer verpflichtet wurde, der Beschwerdegegnerin für sie persönlich Unterhaltsbeiträge von mehr als Fr. 4'450.-- monatlich zu bezahlen (KG act. 5). Die Prozesskaution leistete der Beschwerdeführer innert Frist (KG act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen Beschwerdeantwort (KG act. 6/2, act. 11) beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 12). Abgesehen von einem Ersuchen des Beschwerdeführers, die Akten dem Bezirksgericht D. zur Verfügung zu stellen (KG act. 16 und 17), erfolgten im vorliegenden Verfahren keine weiteren Eingaben der Parteien. 3. Der Beschwerdeführer bezeichnet es als willkürlich, dass die Vorinstanz den Bedarf für die Beschwerdegegnerin und die zwei unter ihrer Obhut stehenden Kinder ab demjenigen Zeitpunkt um den Unterhaltsbeitrag für den Sohn B., das heisse um Fr. 1'000.-- erhöht habe, ab welchem B. beim Beschwerdeführer gelebt habe bzw. lebe (KG act. 1 S. 5 Ziff. 10). 3.1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid

auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO ZH). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angeführte Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 [1982] Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

3.2. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, an welcher Stelle im umfangreichen angefochtenen Beschluss die Vorinstanz den Bedarf für die Beschwerdegegnerin und die zwei unter ihrer Obhut stehenden Kinder ab demjenigen Zeitpunkt erhöht habe, ab welchem B. beim Beschwerdeführer gelebt habe. Auf diese ungenügend substantiierte Rüge kann schon deshalb nicht eingetreten werden. 3.3. Aus dem angefochtenen Beschluss ist denn auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz das getan hätte. Die Vorinstanz erwog - auf diese Erwägung dürfte sich diese Rüge beziehen -, aufgrund des vorher berechneten Bedarfs von Fr. 18'000.-- (damit gemeint den von der Erstinstanz berechneten Bedarf der Beschwerdegegnerin mit den [drei; vgl. ER act. 25 S. 18 f.] Kindern von Fr. 16'893.-- [KG act. 2 S. 39 Erw. VIII.1] zuzüglich der vorinstanzlich angerechneten Erhöhung um Fr. 1'083.-- [KG act. 2 S. 40 lit. d]) und des anrechenbaren Einkommens (der Beschwerdegegnerin) von Fr. 7'000.-- sowie der unangefochten gebliebenen Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'800.-- von Februar

- 6 - 2008 bis November 2009 und Fr. 1'800.-- ab Dezember 2009 (dem Zeitpunkt, ab welchem B. beim Beschwerdeführer lebt [KG act. 2 S. 11, S. 28] und der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin für ihn keinen Unterhaltsbeitrag mehr zu bezahlen hat [KG act. 2 S. 51 oben]) sei der Beschwerdegegnerin persönlich für die Zeit von Februar 2009 bis Ende November 2009 ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 8'200.-- und ab Dezember 2009 ein solcher von Fr. 9'200.-- zuzusprechen (KG act. 2 S. 47 Erw. 7). Damit erhöhte die Vorinstanz nicht den Bedarf der Beschwerdegegnerin, sondern ihren Unterhaltsbeitrag. Daran geht diese Rüge vorbei. 4. In den Ziffern 10.1 - 14 der Beschwerde (KG act. 1 S. 6 f.) macht der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund geltend, sondern zitiert Berechnungen der Vorinstanzen. Darauf ist nur einzugehen, soweit diese Ausführungen im folgenden Teil der Beschwerde zur Begründung konkreter Rügen dienen. 5. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz begründe die Erhöhung der persönlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'200.-- auf Fr. 9'200.-- für die Beschwerdegegnerin nicht. Es gebe auch keine rationale Begründung dafür (KG act. 1 S. 7 Ziff. 15). 5.1. Die Vorinstanz sprach der Beschwerdegegnerin ab Dezember 2009 einen um Fr. 1'000.-- höheren Unterhaltsbeitrag

zu, weil die Kinderunterhaltsbeiträge ab diesem Zeitpunkt um Fr. 1'000.-- tiefer sind. Insoweit ist dies eine Begründung und geht die Rüge fehl. 5.2. Allerdings beruht diese vorinstanzliche Begründung auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme, wie der Beschwerdeführer zu Recht rügt (KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 17) (nachfolgend lit. c). a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, der Beschwerdeführer führe nicht aus, auf welchen Nichtigkeitsgrund er sich stütze. Im Übrigen dürfe er nicht davon profitieren, dass er B. eigenmächtig unter seine Obhut genommen habe. Der Beschwerdegegnerin blieben trotz des Wegzugs von B. zahlreiche Kosten bezüglich Wohnen etc. (KG act. 11 S. 4).

- 7 - b) Diese Rüge begründete der Beschwerdeführer entgegen der Position der Beschwerdegegnerin genügend. Er machte geltend, die Vorinstanz sei von einem Gesamtbedarf der Beschwerdegegnerin mit den drei Kindern von Fr. 18'000.-- ausgegangen, habe davon die Kinderunterhaltsbeiträge und das anrechenbare Einkommen der Beschwerdegegnerin abgezogen und sei damit in rechnerisch nachvollziehbarer Weise zu den Unterhaltsbeiträgen für die Beschwerdegegnerin persönlich gelangt (KG act. 2 S. 7 Ziff. 16). Mit dem Wegzug von B. entfalle aber nicht nur dessen Kinderunterhaltsbeitrag, sondern ergebe sich auch eine Reduktion des Bedarfs (nämlich der Kosten für B.). Das habe die Vorinstanz - so der Beschwerdeführer sinngemäss - bei der Erhöhung des Unterhaltsbeitrages für die Beschwerdegegnerin persönlich von Fr. 8'200.-- auf Fr. 9'200.-- willkürlich nicht berücksichtigt (KG act. 2 S. 8 Ziff. 17 mit Verweisung auf S. 12 Ziff. 42, wo der Beschwerdeführer die Erhöhung als willkürliche tatsächliche Annahme bzw. als willkürliche Beweiswürdigung bezeichnete [und in der vorangehenden Ziffer explizit § 281 Ziff. 2 ZPO ZH nannte]). c) Tatsächlich beruht die vorinstanzliche Berechnung des Unterhaltsbeitrages für die Beschwerdegegnerin persönlich auf dem Bedarf der Beschwerdegegnerin mit den drei Kindern von insgesamt Fr. 18'000.-- pro Monat (KG act. 2 S. 47 Erw. 7 i.V. mit S. 39 Erw. 1 [i.V. mit OG act. 3 S. 19 bzw. S. 18 f.] und S. 40 lit. d). Auch die Berechnung des Unterhaltsbeitrages für die Beschwerdegegnerin persönlich ab Dezember 2009 beruht auf dem Bedarf der Beschwerdegegnerin mit den drei Kindern von insgesamt Fr. 18'000.-- (KG act. 2 S. 47 Erw. 7). Tatsächlich scheint die Vorinstanz dabei übersehen zu haben, dass sich durch den Wegzug von B. von der Beschwerdegegnerin zum Beschwerdeführer (weswegen der Unterhaltsbeitrag des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin für B. von Fr. 1'000.-- entfiel und die Vorinstanz den Unterhaltsbeitrag für die Beschwerdegegnerin um diese Fr. 1'000.-- erhöhte) auch der Gesamtbedarf der Beschwerdegegnerin von Fr. 18'000.-- entsprechend reduzierte. Zumindest entfielen die darin enthaltenen Positionen Kinderzuschlag von Fr. 350.-- (ER act. 25 S. 19 lit. bb) und Krankenkasse für B. (ER act. 25 S. 18 i.V. mit S. 20 lit. bg i.V. mit ER act. 11/7). Der vorinstanzlich berechnete Unterhaltsbeitrag für die Beschwerdegegnerin persönlich ab Dezember 2009 beruht auf der tatsächlichen Annahme

- 8 - des unveränderten Gesamtbedarfs von Fr. 18'000.-- der Beschwerdegegnerin mit den drei Kindern. Diese Annahme ist willkürlich, da sich dieser Gesamtbedarf durch den Wegzug von B. (und die Zuteilung der Obhut über ihn auf den Beschwerdeführer) veränderte, was die Vorinstanz indes nicht berücksichtigte. Diese willkürliche tatsächliche Annahme ist ein Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO ZH. Diese Rüge ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Unterhaltsregelung. d) Zwar wird es durchaus so sein, dass sich nach dem Wegzug von B. bei der Beschwerdegegnerin verschiedene Bedarfspositionen nicht änderten, wie sie geltend macht (KG act. 11 S. 4 Ziff. 5). Nichtsdestotrotz änderten sich aber gewisse Positionen (vgl. vorstehend), was die

Vorinstanz willkürlich nicht berücksichtigte und was zur Aufhebung des auf dem nicht veränderten Bedarf beruhenden Unterhaltsbeitrages führt. Ob sich dieser aus allfälligen, von der Vorinstanz jedenfalls im angefochtenen Beschluss nicht angeführten Gründen trotzdem so wie von der Vorinstanz angenommen berechnet, bleibt der neuen Beurteilung durch die Vorinstanz vorbehalten. Dabei wird auch der Einwand der Beschwerdegegnerin berücksichtigt werden können, es könne nicht sein, dass der Beschwerdeführer davon profitiere, dass er B. eigenmächtig unter seine Obhut genommen habe. Jedenfalls ändert auch dieser Einwand nichts daran, dass die Vorinstanz die Reduktion des Bedarfs von Fr. 18'000.-- durch den Wegzug von B. und die auf den Beschwerdeführer übertragene Obhut über B. willkürlich nicht berücksichtigt hat. 6. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin habe auf der Bedarfsseite zwei Beträge geltend gemacht, welche die Erstinstanz zu Unrecht nicht in ihrer Bedarfsrechnung berücksichtigt habe, nämlich Fr. 500.-- monatlich für Garderobe, Coiffeur und Kosmetik sowie Fr. 583.-- monatlich für Freizeitaktivitäten wie unter anderem Reiten. Der Beschwerdeführer habe dazu vor Erstinstanz ausgeführt, auch den zusätzlichen Aufwand für Garderobe, Coiffeur und Kosmetik und die Freizeitaktivitäten "müsste" die Beschwerdegegnerin selber finanzieren. "In diesem Sinne" würden die besagten Einzelpositionen wie auch die Gesamtsumme des angeblichen Existenzminimums der Beschwerdegegnerin bestritten

- 9 - (Anführungszeichen durch die Vorinstanz). Mit diesen Äusserungen habe er indes das Anfallen dieser Positionen im geltend gemachten Umfang nicht bestritten, sondern lediglich deutlich gemacht, dass er nicht gewillt sei, dafür aufzukommen. Daher seien diese Positionen zusätzlich im Bedarf der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen. Die Bestreitung durch den Beschwerdeführer im Rekursverfahren sei verspätet erfolgt und daher unbeachtlich (KG act. 2 S. 39 f.). 6.1. Der Beschwerdeführer rügt, er habe diesen von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Aufwand sowohl im erst- wie auch im zweitinstanzlichen Verfahren bestritten. Das erstinstanzliche Protokoll, auf das sich die Vorinstanz stütze, gebe nicht den genauen Wortlaut seiner Äusserungen wieder, sondern den wesentlichen Inhalt. Die Einzelrichterin habe in ihrem Entscheid klar festgehalten, dass diese Positionen bestritten worden seien. Das sei von der Vorinstanz willkürlich übergangen worden (KG act. 1 S. 8 f. Ziff. 18 - 23). 6.2. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, der Beschwerdeführer erkläre auch diesbezüglich nicht, auf welchen Nichtigkeitsgrund er sich berufe. Der Umstand, dass er diese Position im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren bestritten habe, bedeute nichts (KG act. 11 S. 4 Ziff. 6). Sie wendet indes nicht ein, die Behauptung, der Beschwerdeführer habe diese Position im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren bestritten, stimme nicht. 6.3. An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hatte der Beschwerdeführer zur "Berechnung des Existenzminimums" der Beschwerdegegnerin Stellung genommen (ER Prot. S. 15). Im Rahmen dieser mündlichen Stellungnahme hatte sein Rechtsvertreter gemäss Protokoll ausgeführt: "Auch der "zusätzliche Aufwand" für Garderobe, Coiffeur und Kosmetik und die Freizeitaktivitäten der Klägerin müsste diese selbst finanzieren. In diesem Sinne werden die besagten Einzelpositionen wie auch die Gesamtsumme des angeblichen Existenzminimums der Klägerin bestritten" (ER Prot. S. 16; Anführungszeichen bei "zusätzliche Aufwand" im erstinstanzlichen Protokoll).

- 10 - Die Einzelrichterin und der erstinstanzliche juristische Sekretär als an dieser mündlichen Hauptverhandlung Anwesende hatten diese Stellungnahme als Bestreitung der Behauptungen der Beschwerdegegnerin verstanden (ER act. 25 S. 21 lit. bi). Unter diesen

Umständen ist die gegenteilige vorinstanzliche Interpretation der protokollierten mündlichen Stellungnahme des Beschwerdeführers ohne allfällige Nachfrage im Sinne von § 55 ZPO ZH nicht haltbar. Der Konjunktiv in der Erklärung, die Beschwerdegegnerin "müsste" den "zusätzlichen Aufwand" selber finanzieren, beinhaltet keine Anerkennung, dass ein solcher zusätzlicher Aufwand tatsächlich entstanden war, sondern deutet auf einen gedachten und in der Äusserung gemeinten und implizit enthaltenen Nachsatz hin, sie "müsste, wenn ... (?)". Tatsächlich konnte der Beschwerdeführer damit gemeint haben, die Beschwerdegegnerin müsste diesen Aufwand selber finanzieren, wenn es ihn denn tatsächlich gäbe, wie er in der Beschwerde geltend macht (KG act. 1 S. 8 Ziff. 20), und kann der Konjunktiv damit die Bestreitung implizieren, dass es einen solchen Aufwand tatsächlich gar nicht gab. Auch die vom Protokollführer verwendeten Anführungszeichen bei den Wörtern der "zusätzliche Aufwand" deuten auf eine Bestreitung dieses Aufwandes hin. In der Rekursantwort bestritt der Beschwerdeführer die Auslagen denn auch ohne Wenn und Aber (OG act. 243/16 Rz 23 f.). Wenn die Vorinstanz schon zur Auffassung gelangte, das Verständnis der direkt anwesenden erstinstanzlichen Gerichtspersonen sei falsch und der zitierte Passus enthalte keine Bestreitung des Anfallens dieser Positionen, wäre dieser Passus unklar im Sinne von § 55 ZPO ZH gewesen. Insbesondere wäre nicht klar (die Unklarheit verstärkt durch die Anführungszeichen), wie der Konjunktiv zu verstehen bzw. was damit gemeint ist. Diese Unklarheit hätte die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO ZH auslösen müssen (mit der Frage, ob der Beschwerdeführer nun das Anfallen der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Positionen bestreitet oder nicht, was sich allerdings angesichts der vorbehaltlosen Bestreitung in der Rekursantwort [OG act. 243/16 Rz 23 f.] eigentlich erübrigte), jedenfalls aber nicht ohne Nachfrage zur Feststellung führen dürfen, der Beschwerdeführer habe das Anfallen dieser Positionen nicht bestritten, sondern bloss deutlich gemacht, dass er nicht gewillt sei, dafür auf-

- 11 - zukommen. Indem die Vorinstanz ohne Nachfrage allein gestützt auf die zitierte protokollierte Äusserung und entgegen dem Verständnis der bei der mündlichen Verhandlung anwesenden Gerichtspersonen feststellte, dass der Beschwerdeführer das Anfallen dieser Positionen nicht bestritten habe, und indem die Vorinstanz deshalb diese Positionen nicht prüfte, sondern ohne weiteres den Bedarf der Beschwerdegegnerin um diese Positionen erhöhte, verletzte sie den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA090027 vom 23.7.2009 Erw. IV.2.2.f, Kass.-Nr. AA060092 vom 30.4.2007 Erw. II.3.2.b, Kass.-Nr. AA060026 vom 25.4.2007 Erw. II.3.b) und damit eine wesentliche Verfahrensvorschrift im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH. 6.4. Der Beschwerdeführer nannte diesen Nichtigkeitsgrund nicht, was die Beschwerdegegnerin moniert. Die Nennung eines unzutreffenden Nichtigkeitsgrundes im Sinne von § 281 ZPO ZH schadet dem Beschwerdeführer aber nicht. Die Nichtigkeitsgründe sind (bloss) ihrer tatsächlichen Grundlage nach anzugeben. Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ZH ist Aufgabe des Gerichts (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer nannte die tatsächlichen Grundlagen seiner Rüge (die beanstandete vorinstanzliche Erwägung, die Stelle im erstinstanzlichen Protokoll, das Verständnis der erstinstanzlichen Richterin in der erstinstanzlichen Verfügung). Auch diese Rüge ist begründet, und die angefochtene Ziffer des vorinstanzlichen Beschlusses ist auch aus diesem Grund aufzuheben. 7. Zum anrechenbaren Einkommen der Beschwerdegegnerin erwog die Vorinstanz grundsätzlich, die Beschwerdegegnerin sei als selbstständige Ärztin tätig. Bei starken Schwankungen des Einkommens selbständiger Ehegatten dürfe für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit auf

das Durchschnittseinkommen mehrerer Jahre abgestellt werden. Das anrechenbare Einkommen sei grundsätzlich anhand von Steuererklärungen, Geschäftsabschlüssen, Bilanzen und Erfolgsrechnungen zu ermitteln. Gestützt auf diese Erwägungen sei grundsätzlich auf das aktuelle Einkommen der Beschwerdegegnerin abzustellen, und auf die Ausführungen der Parteien zum möglichen Pensum der Beschwerdegegnerin bzw. zur Anzahl der

- 12 - zu behandelnden Patienten pro Tag bzw. pro Woche und zu ihren Möglichkeiten zur Erhöhung ihres Einkommen sei an dieser Stelle nicht mehr näher einzugehen. Mangels aktuellerer Zahlen sei auf die Zahlen für die Jahre 2006 und 2007 abzustellen (KG act. 2 S. 41 f.). Der Beschwerdeführer führt aus, er habe in der Rekursantwort daran festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin wie in früheren Jahren eine 70 %ige Tätigkeit ausüben könne und ihr dies auch zugemutet werden könne. Ihre Tätigkeit führe bei ihrem Honoraransatz zu einem Nettoeinkommen in Höhe von mindestens Fr. 160'000.--. Auf diese Vorbringen sei die Vorinstanz nicht eingegangen (KG act. 2 S. 11 Ziff. 35 f.). Falls der Beschwerdeführer dies überhaupt als Rüge versteht, geht sie fehl. Die Vorinstanz berücksichtigte grundsätzlich seine Behauptungen zum Pensum der Beschwerdegegnerin und ihren entsprechenden Einkommensmöglichkeiten (vgl. auch KG act. 2 S. 40 f. lit. a und b) und begründete, dass nicht darauf, sondern auf das aktuelle Einkommen der Jahre 2006 und 2007 abzustellen sei (vgl. insbes. auch KG act. 2 S. 41 lit. c). Ob die Begründung dafür zutrifft oder nicht, ist nicht zu prüfen, da sich der Beschwerdeführer damit nicht auseinandersetzt. Das Gleiche gilt für die Bemerkung in der Beschwerde, es sei unhaltbar, der Beschwerdegegnerin sogar ein tieferes Einkommen als die erste Instanz anzurechnen (KG act. 2 S. 11 f. Ziff. 37). Die Vorinstanz begründete, weshalb sie das tat bzw. wie sie zu ihren Feststellungen zum Einkommen der Beschwerdegegnerin gelangte. Auf dagegen gerichtete Rügen kann nur eingegangen werden, soweit sich der Beschwerdeführer damit auseinandersetzt. Im Umstand allein, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin ein geringeres Einkommen anrechnete als die Erstinstanz, liegt kein Nichtigkeitsgrund. 8. Die Beschwerdegegnerin hatte im vorinstanzlichen Verfahren den Jahresabschluss ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit für das Jahr 2007 eingereicht. Daraus ergab sich ein Reingewinn von Fr. 42'568.50 (KG act. 2 S. 43 lit. f). Die Vorinstanz prüfte verschiedene Einwendungen des Beschwerdeführers

- 13 - zu einzelnen Positionen dieses Jahresabschlusses, rechnete einzelne Beträge zum Reingewinn hinzu, rechnete andere Beträge, welche der Beschwerdeführer ebenfalls hinzugerechnet haben wollte, nicht hinzu - insbesondere Anschaffungen von Kunstgegenständen und eine Kreditrückzahlung - und gelangte zur Schlussfolgerung, es sei von einem Jahreseinkommen der Beschwerdegegnerin 2007 von Fr. 49'500.-- auszugehen (KG act. 2 S. 43 - 46). 8.1. Der Beschwerdeführer rügt als Verletzung klaren materiellen Rechts, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin für das Jahr 2007 zwei Positionen nicht zusätzlich als Einkommen anrechnete, nämlich (nach seiner Behauptung) zu Lasten des Praxisgewinns gekaufte Kunstgegenstände im Wert von Fr. 20'888.-- und (nach der Behauptung des Beschwerdeführers ebenfalls zulasten des Praxisgewinns, nämlich als Aufwand vorgenommene) Rückzahlung von Darlehen im Betrag von Fr. 12'000.-- (KG act. 2 S. 10 f. Ziff. 32 - 34). Diese Positionen seien vermögensbildend und dürften deshalb nicht vom Einkommen in Abzug gebracht werden (KG act. 2 S. 11 Ziff. 34 und S. 13 Ziff. 44 und 46). 8.2. Im Jahresabschluss 2007 der Beschwerdegegnerin, welchen die Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde legte (KG act. 2 S. 43 - 46) und auf welchen

sich der Beschwerdeführer bezieht, ist nicht ersichtlich, dass der ausgewiesene Gewinn um die Kosten für die Anschaffung von Kunstgegenständen in der Höhe von Fr. 20'888.-- und um eine Kreditrückzahlung von Fr. 12'000.-- geschmälert worden wäre. Mit dieser Jahresrechnung wies die Beschwerdegegnerin einen Ertrag (im Wesentlichen Honorare) von Fr. 130'373.05 aus. Davon wurden ein Material- und Warenaufwand von Fr. 1'419.35 sowie ein betrieblicher Aufwand von Fr. 86'385.19 in Abzug gebracht, woraus der ausgewiesene Gewinn von Fr. 42'568.51 resultierte (OG act. 243/10/1 S. 2 f.). Im betrieblichen Aufwand sind die beiden vorgenannten Positionen (und deren einzelne Positionen; vgl. OG act. 243/16 S. 7) nicht enthalten (vgl. auch die Konto-Nummern in der Erfolgsrechnung OG act. 243/10/1 S. 3 mit den detaillierten Darstellungen der Kontobewegungen in OG act. 243/10/2). Diese Aufwendungen gingen mithin entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht zulasten des Praxisgewinns 2007.

- 14 - Aus den Kontoblättern geht nichts anderes hervor. Aus diesen sind ohnehin lediglich Auslagen für Kunst im Umfang von rund Fr. 13'400.-- ersichtlich, nämlich Fr. 913.47 Val. 8.2.2007, Fr. 6'256.56 Val. 7.6.2007 sowie Fr. 6'218.40 Val. 10.8.2007. Alle drei Auslagen wurden dem Konto 1030 "Hyposwiss KK 1428905.250" belastet. Die Akquisition im Wert von Fr. 913.47 (wie auch das Visitenkarten-Etui für Fr. 6'500.--) wurde im Gegenkonto 1160 "Praxiseinrichtung" aktiviert; der Saldo dieses Kontos ist Bestandteil der Bilanzaktiven, was belegt, dass die Akquisition nicht erfolgswirksam verbucht wurde. Dasselbe gilt weitestgehend für die Gemälde im Wert von Fr. 6'256.56. Sie wurden im Konto 1180 "Praxiseinrichtung Bilder" im Betrag von Fr. 6'000.-- aktiviert; auch dieser Posten erscheint als Aktivum in der Bilanz. Lediglich im Betrag von Fr. 256.56 wurde der Kaufpreis erfolgswirksam unter Konto 4760 "Rechts- und Beratungsaufwand" verbucht. Diese Verbuchung ist zwar buchhalterisch fragwürdig, hat aber keinen Einfluss auf die Berechnung des massgeblichen Einkommens der Beschwerdegegnerin. Die Auslagen für die drei Gemälde im Betrag von Fr. 6'218.40 schliesslich wurden ins Soll (also als Aktivum) des Kontos 1064 "KK calda ag" gebucht. Der Aktivsaldo dieses Kontos betrug Ende 2007 Fr. 8'732.05. Dieser Aktivsaldo wurde übertragen auf das Konto 2130 "Privatkonto" und das Konto 1064 damit auf null gesetzt. Der Saldo des Privatkontos 2130 von Fr. 12'113.75 zugunsten der Unternehmung wurde ebenfalls per Ende 2007 durch Übertragung ins Konto 2100 "Eigenkapital" ausgeglichen. Auch der Saldo des Privatkontos 2130, in dem die Auslagen für die Gemälde aktiviert waren, wurde ins Soll des Kontos Eigenkapital gebucht, also als Aktivum der Unternehmung. Der Saldo des Kontos Eigenkapital war mit Fr. 21'433.35 negativ, d.h. er repräsentierte eine "Schuld" des Privatvermögens der Beschwerdegegnerin an ihre Praxis. Entsprechend ist das Eigenkapital in der Bilanz verbucht worden. Im Klartext bedeutet dies, dass die zuletzt erwähnten Gemälde ins Privatvermögen der Beschwerdegegnerin übergingen und sie buchhalterisch eine entsprechende "Schuld" gegenüber ihrem Praxisbetrieb begründet hatte. Damit erweist sich, dass sämtliche gemäss den Kontoblättern erworbenen Kunstgegenstände und Gemälde in der Bilanz der Praxis der Beschwerdegegne-

- 15 - rin aktiviert und damit gerade nicht erfolgswirksam, also als gewinnschmälernder Aufwand, verbucht wurden (gl. OG act. 243/10/1+2). Diese Rüge geht schon deshalb fehl. 9. Zusammenfassend wies der Beschwerdeführer Nichtigkeitsgründe bei der vorinstanzlichen Erhöhung des Unterhaltsbeitrages für die Beschwerdegegnerin persönlich um Fr. 1'000.-- ab Dezember 2009 sowie bei der vorinstanzlichen Anrechnung der Bedarfspositionen der Beschwerdegegnerin von Fr. 500.-- monatlich für Garderobe,

Coiffeur und Kosmetik und von Fr. 583.-- monatlich für Freizeitaktivitäten nach. Die Rügen zur vorinstanzlichen Annahme des Einkommens der Beschwerdegegnerin gehen demgegenüber fehl. Die angefochtene Dispositiv Ziffer 2.5 des angefochtenen Beschlusses beruht (auch) auf den festgestellten Nichtigkeitsgründen und muss deshalb in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben werden. 10. Der Beschwerdeführer beantragt einen Entscheid des Kassationsgerichts selber über die Unterhaltsbeiträge der Beschwerdegegnerin. Die Kassationsinstanz kann einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällen, wenn diese spruchreif ist (§ 291 ZPO ZH). Ein solcher neuer Entscheid durch das Kassationsgericht ist im vorliegenden Verfahren nicht angebracht. Insbesondere obliegt es der Vorinstanz als Sachgericht, über die Auswirkung des Wegzugs des Sohnes B. von der Beschwerdegegnerin zum Beschwerdeführer im Dezember 2009 auf den Bedarf der Beschwerdegegnerin und ihren Unterhaltsbeitrag zu befinden, was die Vorinstanz bisher nicht (erkenntlich) gemacht hat (vgl. vorstehend Erw. 5.2.d), und ggfs. (wenn die Vorinstanz weiterhin am diesbezüglichen Verständnis der Erstinstanz als Bestreitung zweifelt) den Beschwerdeführer zu befragen, was er mit der Äusserung vor Erstinstanz gemeint hat, den "zusätzlichen Aufwand" für Garderobe, Coiffeur und Kosmetik und die Freizeitaktivitäten der Beschwerdegegnerin müsste diese selbst finanzieren; in diesem Sinne würden die besagten Einzelpositionen wie auch die Gesamtsumme des angeleglichen Existenzminimums der Beschwerdegegnerin bestritten. Die Sache ist unter Aufhebung von Dispositiv Ziffer 2.5 des angefochtenen Beschlusses zu neuer Entscheidung über die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin

- 16 - persönlich an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da das vorinstanzliche Verfahren ggfs. aufwendiger wird und die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen auch vom Entscheid über die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin persönlich abhängen (vgl. KG act. 2 S. 48 Erw. IX.2), sind auch die Dispositiv-Ziffern 2.8, 2.9, 6, 7 und 9 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben. Der Klarheit halber ist festzuhalten, dass der vorinstanzliche Beschluss vom 22. März 2010 in den übrigen Punkten nicht angefochten wurde und nicht aufgehoben wird. III. Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Dem entsprechend ist die Beschwerdegegnerin auch zu verpflichten, den Beschwerdeführer für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). IV. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht. Da die bundesgerichtliche 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 der vorliegende Beschluss überdies nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angefochten werden (abgesehen von allfälligen Ausnahmen, worüber ebenfalls das Bundesgericht entscheiden würde [vgl. BGE 133 III 397 Erw. 5]).

- 17 - Das Gericht beschliesst: 1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositiv Ziffern 2.5, 2.8, 2.9, 6, 7 und 9 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2010 aufgehoben und wird die Sache insoweit im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen (Dispositiv-Ziffern 1, 2.2, 2.3, 2.6, 3, 4, 5 und 8) wurde der Beschluss der I. Zivilkammer

des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2010 nicht angefochten und wird er nicht aufgehoben. 2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 5'000.--. 3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. 4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen. 5. 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 beträgt mehr als Fr. 30'000.--. Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) sowie an das Bezirksgericht D. (Einzelrichterin im summarischen Verfahren; ad EE070068), je gegen Empfangsschein.

- 18 - _____ KASSATIONSGERICHT DES
KANTONS ZÜRICH Der juristische Sekretär:

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