

ZH_KASSATIONSGERICHT AA100137 vom 24. Dezember 2011

Zh Kassationsgericht, 2011-12-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA100137

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100137 du 24 décembre 2011

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA100137 del 24 dicembre 2011

Erwägungen

E. 1

Es wird vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 12. August 2007 auf unbestimmte Zeit getrennt leben.

E. 2

Das Kind B., geboren am 2000, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.

E. 2.1

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 Beschwerdebegündung 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

- 11 - 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, angerufene 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.).

E. 2.2

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde und auf die einzelnen Rügen des Beschwerdeführers kann nur eingetreten werden, soweit sie diese Substantiierungsanforderungen erfüllen. 3. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Berechnungen der Vorinstanz bei den überhöhten Abschreibungen beruhten auf den Jahresrechnungen der D. AG für die Jahre 2003 bis 2006. Diese Jahresrechnungen seien längst erstellt gewesen, bevor sich die Parteien getrennt

hätten und bevor der Beschwerdeführer anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 8. Oktober 2007 seitens der Beschwerdegegnerin mit diesem Problem konfrontiert worden sei. Daraus folge, dass er die angeblich überhöhten Abschreibungen in jenem Zeitpunkt gar nicht mehr habe rückgängig machen können. Der angefochtene Entscheid laufe mithin in willkürlicher Art und Weise und in Verletzung klaren Rechts darauf hinaus, ihm im nachhinein ein gar nicht nachträglich erzielbares Einkommen anzurechnen. Wenn die Vorinstanz aus den angeblich überhöhten Abschreibungen in den Jahren 2004 bis 2006 schliesse, er habe auch in den Folgejahren, insbesondere 2007 und 2008, solche überhöhten Abschreibungen bei der D. AG getätigt, sei das nur schon deswegen aktenwidrig, weil die Jahres-

- 12 - rechnungen 2007 und 2008 der D. AG gar nicht bei den Akten lägen (KG act. 1 S. 6).

E. 3

(Genehmigung einer Vereinbarung über das Besuchsrecht).

E. 3.1

Diese Behauptungen erfüllen die in der vorstehend Ziffer genannten Substantiierungsanforderungen nicht. Der Beschwerdeführer unterlässt dabei jeglichen Aktenhinweis, sowohl auf die Stellen im angefochtenen Entscheid, welche die von ihm gerügten Feststellungen enthalten sollen, als auch auf die Akten, aus welchen sich die Unrichtigkeit der gerügten Feststellungen ergeben soll. Auf diese Behauptungen kann deshalb grundsätzlich nicht eingetreten werden.

E. 3.2

Abgesehen davon kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen ab August 2007 verpflichtete. Dabei prüfte sie seine Leistungsfähigkeit (vgl. KG act. 2 S. 7 Erw. II.A.1 mit Verweisung auf OG act. 3 S. 21 f.). Wenn sie dazu die Jahresrechnungen 2003 - 2006 der D. AG prüfte, so nicht unter dem Aspekt, ob der Beschwerdeführer Buchungen rückgängig machen oder privat aus den früheren (buchhalterisch bereits abgeschlossenen) Jahren 2003 - 2006 nachträglich Mittel entnehmen kann, sondern im Hinblick auf seine zukünftige Leistungsfähigkeit. Aus dem, was der Beschwerdeführer privat in den Jahren 2003 - 2006 aus der D. AG hätte entnehmen können (wenn er seine Leistungsfähigkeit ausgeschöpft hätte), schloss sie darauf, was er in Zukunft (bzw. ab dem Jahr 2007) entnehmen kann, und nicht darauf, dass er nachträglich, rückwirkend Mittel daraus entnehmen kann. Die Rüge geht am angefochtenen Beschluss vorbei und damit fehl. 4. Als Verletzung klaren materiellen Rechts rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe das Prinzip verletzt, dass dem Ehemann ebenso wie der Ehefrau der gebührende Unterhalt zustehe. Wenn es beim vorinstanzlichen Entscheid bleibe, stehe dem Beschwerdeführer, wie zu zeigen sein werde, noch nicht einmal sein erweiterter Notbedarf zur Verfügung, geschweige denn der auch ihm zustehende gebührende Unterhalt. Ferner habe die Vorinstanz das Prinzip verletzt, dass kein Unterhaltspflichtiger unter seinen Notbedarf gesetzt werden dürfe (KG act. 1 S. 6).

- 13 -

E. 4

(Verpflichtung der Klägerin zur Information des Beklagten über schulische Ereignisse).

E. 4.1

Die Vorinstanz ging von einem Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 23'076.-- pro Monat aus (KG act. 2 S. 46 Erw. 4.5). Der Unterhaltsanspruch der Beschwerdegegnerin mit dem Sohn B. betrage Fr. 4'720.-- oder weniger (Bedarf der Beschwerdegegnerin abzüglich eigene Einkünfte) (KG act. 2 S. 71 Erw. 6.1). Sie verpflichtete den Beschwerdeführer zur Bezahlung dieses Unterhaltsanspruchs (KG act. 2 S. 91 f. Dispositiv Ziff. 3./6.a und 3./7.b). Zu seinem Bedarf erwog sie, er mache einen eigenen Bedarf von Fr. 17'880.75 pro Monat geltend. Unter Berücksichtigung seines Einkommens von Fr. 23'076.-- und den Unterhaltsansprüchen der Beschwerdegegnerin und von B. ständen dem Beschwerdeführer mindestens Fr. 18'356.-- pro Monat zur Verfügung. Damit erübrige sich die Ermittlung seines tatsächlichen Bedarfes anhand der einzelnen Bedarfspositionen, weil er seinen geltend gemachten Bedarf ohne weiteres decken könne (KG act. 2 S. 71 Erw. 5.3).

E. 4.2

Die Vorinstanz ging mithin davon aus, dass dem Beschwerdeführer mit ihrem Entscheid der gebührende Unterhalt zustehe und dass er nicht unter seinen Notbedarf gesetzt werde. Sie verletzte deshalb die vom Beschwerdeführer in Ziff. 5.b der Beschwerde angeführten Prinzipien nicht und deshalb diesbezüglich auch kein materielles Recht. Auch diese Rüge geht fehl. Ob die vorinstanzlichen Berechnungen des Einkommens des Beschwerdeführers und des Bedarfs der Beschwerdegegnerin mit Nichtigkeitsgründen behaftet sind oder nicht (mit der allfälligen Konsequenz, dass der Beschwerdeführer bei richtigerer Berechnung seinen Bedarf nicht mehr decken könnte), ist eine andere, aufgrund der diesbezüglichen Rügen nachfolgend zu prüfende Frage. 5. Im Anschluss an die Erwägungen zum durchschnittlichen Jahreseinkommen des Beschwerdeführers gemäss Lohnausweisen erwog die Vorinstanz, ferner behaupte der Beschwerdeführer wider besseres Wissen, die Erstinstanz habe seine sinkenden Umsätze bestätigt. In den von ihm zitierten Seiten 30 bis 32 der angefochtenen (eheschutzrichterlichen) Verfügung fänden sich keinerlei Ausführungen zu diesem Punkt (KG act. 2 S. 29).

E. 5

Die eheliche Liegenschaft an der E.-strasse xx in C. samt Mobiliar und Hausrat wird für die weitere Dauer des Getrenntlebens der Klägerin und B. zur alleinigen Benützung zugewiesen.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer rügt diese Erwägung als willkürlich. Aus den Seiten 30 bis 32 der eheschutzrichterlichen Verfügung gehe hervor, dass die Ehe-

- 14 - schutzrichterin bestätige, dass die Gewinne der D. AG gegenüber früher abgenommen hätten, dabei erst noch der Lohn des Beschwerdeführers im Jahre 2006 tiefer als 2005 und 2004 ausgefallen sei und zudem der im Jahre 2006 gegenüber den Jahren 2005 und 2004 tiefer ausgewiesene Umsatz stimmen sollte (KG act. 1 S. 8 f.).

E. 5.2

Eine Rüge setzt voraus, dass sich der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt hat (§ 281 ZPO ZH). Das ist bei dieser Rüge nicht ersichtlich. Das von der Vorinstanz angenommene durchschnittliche Jahreseinkommen des Beschwerdeführers von Fr. 130'295.85 beruht nicht auf dieser zusätzlichen, bloss ergänzenden ("ferner ...") Erwägung der Vorinstanz.

E. 5.3

Abgesehen davon ist festzustellen, dass sich die Eheschutzrichterin auf den Seiten 30 - 32 der Verfügung vom 23. Mai 2008 mit den Ausführungen der Beschwerdegegnerin zu einzelnen Positionen der Jahresrechnung 2006 der D. AG befasste. Die vorinstanzliche Feststellung, dass sich darunter keine Ausführungen zur Frage von sinkenden Umsätzen finden, trifft zu. Die Behauptungen des Beschwerdeführers sind nicht nachvollziehbar. 6. Der Beschwerdeführer macht geltend, im Jahre 2006 habe nur zufolge niedrigerer Personalkosten, niedrigerer Abschreibungen, der Auflösung von Rückstellungen etc. ein Gewinn ausgewiesen werden können, der allerdings gegenüber früher niedriger gewesen sei. Es sei willkürlich, nicht zu akzeptieren, dass eine klar sinkende Tendenz bestehe und daher betreffend Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers auf die Jahre 2006 und 2007 abzustellen wäre (KG act. 1 S. 9). Die Vorinstanz erwog, bei Schwankungen im Einkommen Selbständigerwerbender sei praxismässig auf den Durchschnitt der letzten drei Jahre abzustellen. Dadurch werde auch dem Umstand in angemessener Weise Rechnung getragen, dass es neben Spitzenjahren schwächere Jahre gebe. So werde ein Ausgleich geschaffen. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gelte der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen. Bei ausgewiesenen Erwerbs-

- 15 - einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 140'068.-- im Jahre 2004, Fr. 140'476.50 im Jahre 2005, Fr. 128'199.70 im Jahre 2006 und Fr. 128'331.35 im Jahre 2007 könne von einer klar sinkenden Tendenz keine Rede sei. Das Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers sei anhand der Lohnausweise 2005 - 2007 zu ermitteln (KG act. 2 S. 28 f.). Diese Erwägungen sind ohne weiteres nachvollziehbar und nicht willkürlich. Die Rüge des Beschwerdeführers geht fehl, soweit sie überhaupt den vorstehend genannten Substantiierungsanforderungen genügt. 7. Der Beschwerdeführer erklärt, die Vorinstanz irre bei der Annahme, die Versicherungsbeiträge seien im Nettolohn II des Beschwerdeführers von Fr. 128'331.35 im Jahre 2007 nicht enthalten (KG act. 1 S. 9). Die Vorinstanz machte, zumindest an der vom Beschwerdeführer bezeichneten Stelle (Seite 29 des angefochtenen Beschlusses gemäss KG act. 2 S. 9), keine solche Feststellung. Die Rüge geht am angefochtenen Beschluss vorbei und damit fehl. Abgesehen davon bezeichnet der Beschwerdeführer dies selber als nicht von Relevanz für die Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1 S. 9 f.). Es ist nicht weiter darauf einzugehen. In einem Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren ist ausschliesslich zu prüfen, ob der Nichtigkeitskläger Nichtigkeitsgründe nachwies, auf welchen der angefochtene Entscheid zu seinem Nachteil beruht. Keinesfalls geht es darum, unabhängig davon einem vorinstanzlichen Tenor einen Riegel zu schieben (KG act. 1 S. 10). Auf die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 10 erster Absatz) ist nicht einzutreten. 8. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe ihm einen "Proforma-Lohn" der Beschwerdegegnerin aufgerechnet, obwohl er nachgewiesen habe, dass die Beschwerdegegnerin bis Ende November 2007 im Rahmen ihrer Anstellung bei der D. AG tatsächlich einen Lohn bezogen habe, der der "Proforma-Aufrechnung" entspreche. Zum behaupteten Nachweis verweist der Beschwerdeführer auf Ziff. 7 der Beschwerde (KG act. 1 S. 10).

- 16 -

E. 6

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Kind B. monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 12. August 2007.

E. 7

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'300.-- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend ab 12. August 2007.

E. 8

(...)

E. 8.1

In Ziff. 7 der Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, dass die D. AG der Beschwerdegegnerin aufgrund des Anstellungsverhältnisses Zahlungen auf ihr persönliches Konto geleistet habe (KG act. 1 S. 8).

E. 8.2

Der Beschwerdeführer argumentiert widersprüchlich. Gemäss seinen Ausführungen in Ziff. 7 der Beschwerde sollen, soweit diese Ausführungen verständlich sind, die geltend gemachten Zahlungen der D. AG an die Beschwerdegegnerin als erfüllter Unterhaltsanspruch gerechnet werden. Gemäss Ziff. 8 der Beschwerde sollen diese Zahlungen tatsächlicher Lohn sein. Mit solch widersprüchlichen Behauptungen kann der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen.

E. 8.3

Abgesehen davon setzt sich der Beschwerdeführer nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander, weshalb die Leistungen der D. AG an die Beschwerdegegnerin nicht (Erwerbs-)Einkommen der Beschwerdegegnerin sind (KG act. 2 S. 20) und nicht als Aufwand der D. AG berücksichtigt werden könnten (KG act. 2 S. 35). Auch deshalb kann der Beschwerdeführer diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund dartun. Seine Behauptung, dass ihm die Vorinstanz den "Proforma-Lohn" der Beschwerdegegnerin "stillschweigend und ohne weitere Begründung" als Einkommen aufgerechnet habe, stimmt nicht. Er setzt sich nur nicht mit der vorinstanzlichen Begründung dafür auseinander. 9. Zur ihm aufgerechneten Spesenpauschale (vgl. vorstehend Erw. 1.d) rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe diese Aufrechnung damit begründet, dass er ein nicht durch die kantonale Spesenverwaltung genehmigtes Muster-spesenreglement verwendet habe (KG act. 1 S. 11). Das trifft indes nicht zu. Die Vorinstanz erwog nicht, der Beschwerdeführer habe ein nicht durch die kantonale Steuerverwaltung genehmigtes Musterspesenreglement verwendet, sondern, es sei ihm nicht gelungen, mit dem unausgefüllten Musterspesenreglement (welches nicht durch die kantonale Steuerverwaltung genehmigt worden sei) die tatsächliche Anwendung des Spesenreglements glaubhaft zu machen (keine Unterlagen, die dies untermauern würden, kein entsprechender Beschluss der Geschäftsleitung oder der Generalversammlung der D. AG, keine Substantiierung der effektiven Auslagen durch den Beschwerdeführer) (KG act. 2 S. 30). Während der

- 17 - Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe angenommen, er verwende ein Spesenreglement, erwog diese gerade, dass dessen tatsächliche Anwendung nicht glaubhaft gemacht worden sei. Auch diese Rüge geht am angefochtenen Beschluss vorbei und damit fehl. Abgesehen davon ergibt sich aus ER act. 66/8, dem durch die D. AG für den Beschwerdeführer ausgestellten Lohnausweis für das Jahr 2007, im Gegensatz zu seiner Behauptung in der Beschwerde in keiner Weise, dass und was für ein Spesenreglement verwendet worden wäre. Vielmehr ist in diesem Dokument der Betrag von Fr. 9'000.-- unter

der Ziff. 13.1.2, übrige effektive Spesen aufgeführt. Auch mit der Behauptung, es sei gerichtsnotorisch, dass ein qualifizierter Wirtschaftsprüfer in der Regel täglich Spesenausgaben habe, die unter Fr. 50.-- je Ereignis lägen (KG act. 1 S. 12), vermag der Beschwerdeführer keine Willkür darzutun. Insbesondere vermag er damit dem vorinstanzlichen Vorwurf der unterlassenen genügenden Substantiierung von Spesen (KG act. 2 S. 30 f.) nicht wirksam zu begegnen. Unterliess er eine Substantiierung, weist er auch mit dem Ansinnen, die Vorinstanz hätte ihm zumindest irgendeinen ermessensweise festzusetzenden Pauschalbetrag als Spesenersatz stehen lassen müssen (KG act. 1 S. 12), keinen Nichtigkeitsgrund nach. 10. Die Vorinstanz hielt fest, der Beschwerdeführer habe auf einen Aktionärsbindungsvertrag verwiesen, dessen Ziffer 2 Abs. 3 verpflichte, ein angemessenes Eigenkapital der D. AG sicherzustellen; die nicht vorhandene Liquidität und der Aktionärsbindungsvertrag würden verbieten, dass ausgewiesene Gewinne an die Aktionäre fliessen (KG act. 2 S. 32). Die Vorinstanz erwog dazu, bei Ziffer 2 Abs. 3 des Aktionärsbindungsvertrags handle es sich lediglich um eine Absichtserklärung, welche keine detaillierte Angabe beinhalte, wann ein gesundes Verhältnis des Substanzwertes zum Umsatz und zum Ertragswert der D. AG erreicht sei. Ferner könne der Beschwerdeführer allein und jederzeit den Aktionärsbindungsvertrag ändern, sehe doch dessen Ziffer 1 vor, dass eine Änderung der Zustimmung des Aktionärs bedürfe, welcher die stimmenmässige Aktienmehrheit vertrete (KG act. 2 S. 32 f.).

- 18 -

E. 9

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 12'000.--.

E. 10

Die Kosten werden der Klägerin zu einem Drittel und dem Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt, wobei die Kosten vollumfänglich vom Beklagten zu bezahlen sind, unter Anrechnung des Anteils der Klägerin an eine spätere güterrechtliche Auseinandersetzung.

E. 10.1

Der Beschwerdeführer wendet ein, die Erwägung, er allein könne den Vertrag jederzeit ändern, sei eine Verletzung klaren materiellen Rechts. Gemäss OR könnten Verträge nur mit Zustimmung aller Beteiligten geändert werden (KG act. 1 S. 12 Ziff. 10).

E. 10.2

Das Inhaltsverzeichnis des Aktionärsbindungsvertrages enthält 14 Ziffern. Die erste Ziffer 1 enthält unter dem Titel "Änderung des Aktionärsbindungsvertrages" die (einzige) Bestimmung: "Eine Änderung des Aktionärsbindungsvertrages bedarf der Zustimmung des Aktionärs, welcher die stimmenmässige Aktienmehrheit vertritt." (OG act. 5/10 S. 1 f.). Unter Ziff. 13, Inkrafttreten und Dauer, wird in Abs. 2 festgehalten, der Aktionärsbindungsvertrag werde auf unbestimmte Dauer abgeschlossen; Änderungen bedürften der Voraussetzung gemäss Ziffer 1 (OG act. 5/10 S. 9). Damit verletzt die gerügte vorinstanzliche Feststellung keineswegs materielles Recht, sondern gibt den diesbezüglichen Inhalt des Aktionärsbindungsvertrages korrekt wieder. Durch Unterzeichnung dieses Vertrages (OG act. 5/10 S. 10) erklärte sich G. (offenbar der einzige Aktionär neben dem Beschwerdeführer; vgl. ER act. 63 S. 14 Ziff. 15) mit der einseitigen Änderungsmöglichkeit durch den Beschwerdeführer einverstanden. Die Rüge geht fehl.

E. 10.3

Auch in diesem Zusammenhang kann der Beschwerdeführer mit der unsubstantiierten Behauptung, es sei gerichtsnotorisch, dass kein Unternehmen lange überlebe, wenn es auch kleine und kleinste Gewinne auszahle, statt sie "- beispielsweise -" auf neue Rechnung vorzutragen oder zunächst einmal den Bilanzvorschriften des OR zu genügen (KG act. 1 S. 12 Ziff. 10), keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen.

E. 10.4

Zur Position, der Beschwerdeführer könne nicht bilanzierte Vorgänge im Nachhinein ändern, ist auf vorstehende Erw. 3.2 zu verweisen.

E. 10.5

Die Vorinstanz "berechnete" nicht einen Gewinn von Fr. 7'944.70 pro Monat, wie der Beschwerdeführer rügt (KG act. 1 S. 12 unten), sondern schrieb offensichtlich versehentlich "pro Monat" statt "pro Jahr" (KG act. 2 S. 33). Ein Nachteil erwuchs dem Beschwerdeführer aus diesem Verschrieb nicht, legte die

- 19 - Vorinstanz den von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträgen doch die Fr. 7'944.70 pro Jahr zugrunde (vgl. KG act. 2 S. 42 Erw. 4.2.f und S. 46 Erw. 4.5). 11. Die Vorinstanz erwog, für die Bestimmung des Einkommens des Beschwerdeführers seien sowohl sein ausgewiesener Lohn als auch der durchschnittliche Gewinn der D. AG massgeblich. Der Beschwerdeführer habe eine mangelnde Liquidität der D. AG behauptet, welche die Verwendung der Gewinne für die D. AG zur Folge habe. Diese Behauptung gebe zu folgenden Bemerkungen Anlass: Die Debitorenbestände der D. AG hätten sich im Jahre 2006 gegenüber dem Vorjahr von Fr. 52'368.90 auf Fr. 102'908.40 erhöht. Der Beschwerdeführer hätte - so erwog die Vorinstanz - die Gründe für die im Vergleich zum Vorjahr doppelt so hohen Debitorenbestände darlegen müssen, um der Anrechnung des durchschnittlichen Gewinnes entgegenzuwirken (KG act. 2 S. 34).

E. 11

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 7'000.-- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer zu bezahlen.

E. 11.1

Der Beschwerdeführer rügt dazu, die Erhöhung des Debitorenbestandes der D. AG per 31. Dezember 2006 gegenüber dem Vorjahr von Fr. 52'368 auf Fr. 102'908.40 sei entgegen den Darlegungen der Vorinstanz belegt (KG act. 1 S. 13).

E. 11.2

Die Vorinstanz bemängelte nicht, dass dies nicht belegt sei. Im Gegenteil. Sie ging davon aus, dass sich die Debitorenbestände entsprechend erhöht hatten. Sie bemängelte, dass der Beschwerdeführer die Gründe für diese Erhöhung nicht darlegte. Die Rüge geht am angefochtenen Beschluss vorbei und damit fehl.

E. 11.3

Der Beschwerdeführer macht geltend, aus seinen Darlegungen vor Vorinstanz gehe klar hervor, dass die Erhöhung des Debitorenbestandes daher komme, dass im 4. Quartal 2006 gegenüber dem Vorjahr und gegenüber den ersten Quartalen des Jahres 2006 ein ausserordentlich guter Geschäftsgang habe verzeichnet werden können, und dass "das neue H.-Mandat", das im Wesentlichen im 4. Quartal abgewickelt worden sei, per 31. Dezember 2006 weitgehend fakturiert worden sei, was den Debitorenbestand erhöht und die angefan-

genen Arbeiten reduziert habe, obwohl diese dann Ende 2006 auch massgeblich

- 20 - höher als im Vorjahr ausgefallen und bilanziert seien (KG act. 1 S. 13 mit Verweisung auf "Urk. 1" S. 8, S. 34 und S. 49 f.).

E. 11.4

Mit "Urk. 1" meint der Beschwerdeführer offenbar das erstinstanzliche Protokoll. Auf dessen Seite 8 liess er ausführen, dass die Arbeiten zugenommen hätten, weil im 4. Quartal die "H." der D. AG einen neuen Auftrag erteilt habe. Bezahlt worden sei jedoch 3 bis 4 Monate später. Im Jahr 2006 hätten dem- zufolge unter "angenommenen Arbeiten" (recte: angefangenen Arbeiten) nur Fr. 59'100.-- anstatt Fr. 14'800.-- des Vorjahres verbucht werden können. Von diesen Fr. 59'100.-- seien Fr. 50'000.-- auf das Mandat der "H." entfallen. Weder im Vorjahr, noch im Jahr 2006 seien stille Reserven gebildet worden. Die Zunahme der Arbeiten habe zu einer Zunahme des Umsatzes im Jahre 2006 geführt. Trotzdem sei der Gesamtumsatz um Fr. 80'000.-- gesunken. Es habe einfach weniger Aufträge gegeben. Unter "Umlaufvermögen, Forderungen" könne man sehen, dass die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen um ca. Fr. 50'000.-- zugenommen hätten (Fr. 52'368.90 im Jahre 2005 und Fr. 102'908.40 im Jahre 2006). Das sei das Resultat des guten 4. Quartals. Auf Seite 34 erklärte der Beschwerdeführer in seiner persönlichen Befragung, sie - gemeint die D. AG - hätten letztes Jahr und das Jahr vorher für die H. über 40 Prüfungen gemacht. Auf die Frage, wieso das auf die Bilanz der D. AG eine so grosse Auswirkung gehabt habe, antwortete der Beschwerdeführer, Ende Jahr hätten sie alles umfakturiert. Was fakturiert worden sei, sei unter "Debitoren" in der Bilanz gestanden. Im zweiten Halbjahr 2006 hätten sie den Auftrag von "H." bekommen. Von den Fr. 59'000.-- seien Fr. 50'000.-- von diesem Mandat gekommen. Auf die Frage, wie hoch das Volumen vom "H.-Mandat" sei, antwortete der Beschwerdeführer, sie hätten ca. 40 Mandate für je einen Preis von Fr. 1'000.-- gehabt. Das Volumen habe also zwischen Fr. 40'000.-- und Fr. 60'000.-- betragen. Die "H." sei nicht ihr grösster Kunde gewesen. Das Volumen von grösseren Kunden habe Fr. 70'000.-- bis Fr. 80'000.-- betragen (ER Prot. S. 34). Auf den Seiten 49 und 50 führte der Vertreter des Beschwerdeführers diesbezüglich aus, die Jahresrechnung der D. AG stimme. Der Gewinn stimme. Es gebe keine stillen Reserven in dieser Gesellschaft. Es seien ja sogar die angefangenen Arbeiten deklariert worden.

- 21 -

E. 11.5

In der eingereichten Bilanz per 31. Dezember 2006 der D. AG finden sich bei den Aktiven eine Position "Forderungen aus Lieferungen und Leistungen" und eine weitere Position "Übriges Umlaufvermögen angefangene Arbeiten". Die erste dieser beiden Positionen betrug am 31.12.2005 Fr. 52'368.90 und am 31.12.2006 Fr. 102'908.40, die zweite dieser beiden Positionen betrug am 31.12.2005 Fr. 14'800.-- und am 31.12.2006 Fr. 59'100.-- (ER act. 66/5/17 S. 2). Die vorstehend zitierten Ausführungen des Beschwerdeführers vor Vorinstanz, auf welche er in der Beschwerde verwies, beziehen sich im Wesentlichen auf die Position "angefangene Arbeiten". Zur Position "Forderungen aus Lieferungen und Leistungen", auf welche sich die hierunter gerügten vorinstanzlichen Erwägungen beziehen, liess der Beschwerdeführer an den zitierten Stellen einzig erklären, die Zunahme von Fr. 52'368.50 im Jahre 2005 auf Fr. 102'908.40 im Jahre 2006 sei das Resultat des guten 4. Quartals. Einerseits ist diese Bemerkung indes an- betrachts der weiteren Ausführungen nicht nachvollziehbar. Der Beschwerde- führer liess ausführen, die Arbeiten hätten

zugenommen, weil im 4. Quartal die "H." der D. AG einen neuen Auftrag erteilt habe (ER Prot. S. 8). Nach seiner eigenen Erklärung in der persönlichen Befragung habe die D. AG "den Auftrag von H." im zweiten Halbjahr 2006 bekommen und kämen "von den Fr. 59'000.--" Fr. 50'000.-- von diesem Mandat. Diese Fr. 59'000.-- waren indes unter den angefangenen Arbeiten bilanziert, können mithin keine Erklärung für Erhöhung der Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sein. Nach der Aussage des Beschwerdeführers persönlich betrug das Volumen aus dem "H.-Mandat" zwischen Fr. 40'000.-- und Fr. 60'000.--, war also nach seiner weiteren Erklärung vollumfänglich in der Bilanzposition angefangene Arbeiten enthalten und kann auch unter diesem Aspekt keine Erklärung für die Erhöhung der Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sein. Andererseits legt die blosser Behauptung, die Erhöhung der Position Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sei das Resultat des guten 4. Quartals, keine (substantiierten) Gründe für die Verdopplung dieser Position im Verhältnis zum Vorjahr dar. Schliesslich ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Erhöhung des Debitorenbestandes einer Anrechnung des durchschnittlichen Gewinns hätte entgegenwirken sollen. Aus den in der Beschwerde zitierten Aktenstellen (ER Prot. S. 8, 34, 49 f.) geht sodann in keiner

- 22 - Weise hervor, dass "das neue H.-Mandat" im Wesentlichen im 4. Quartal abgewickelt und per 31. Dezember 2006 weitgehend fakturiert worden sei, wie in der Beschwerde behauptet wird. Der Beschwerdeführer hatte in seiner persönlichen Befragung gerade das Gegenteil erklärt, nämlich dass "von den Fr. 59'000.--" (damit offenkundig gemeint: die Bilanzposition angefangene Arbeiten per 31.12.2006; eine andere Summe von Fr. 59'000.-- ist in der Bilanz nicht ersichtlich) Fr. 50'000.-- vom "H.-Mandat" kämen (ER Prot. S. 34). Im Übrigen zeigt sich auch aus dem Kontoblatt 1100 "Forderungen aus L+L" (ER act. 43/11) nicht, dass im 4. Quartal 2006 unverhältnismässig hohe Forderungen gegenüber der "H." fakturiert worden wären, welche diese Ende Jahr noch nicht beglichen hatte. Die Rüge geht fehl, soweit sie überhaupt nachvollzogen werden kann. 12. In diesem Zusammenhang rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz negiere, dass die D. AG erstmals im Jahre 2006 einen Bankkredit habe in Anspruch nehmen müssen und dieser per 31. Dezember 2006 Fr. 62'830.55 betragen habe. Auch negiere die Vorinstanz weitere Schulden der D. AG von Fr. 49'070.35 per 31. Dezember 2006 gegenüber Dritten (KG act. 1 S. 13). Diese Rüge ist ungenügend substantiiert, indem der Beschwerdeführer die Angaben unterlässt, woraus sich diese behaupteten Tatsachen ergeben sollen und wo die Vorinstanz dies negiere. Auf S. 34 des angefochtenen Beschlusses findet sich jedenfalls keine solche Negierung. Auf die Rüge kann nicht eingetreten werden.

E. 12

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen Prozess-Beistandsbetrag von Fr. 18'000.-- unter späterer Anrechnung an die güterrechtliche Auseinandersetzung zu bezahlen.

E. 13

Der Beschwerdeführer beanstandet, die Vorinstanz behaupte mit Verweisung auf ER act. 43/11/Konto 2600, dass sie den durchschnittlich ausgewiesenen Gewinn der D. AG der Jahre 2004 - 2006 bei der Berechnung des Einkommens des Beschwerdeführers berücksichtige, weil ja im Jahre 2006 auch Rückstellungen für Berufsrisiken von Fr. 2'000.-- gebildet worden seien (der Beschwerdeführer zielt dabei offenkundig auf die vorinstanzliche Erwägung am Ende des ersten Absatzes von S. 34 des angefochtenen

Beschlusses ab). Dem Kontoblatt 2600 sei aber gerade das Gegenteil zu entnehmen, nämlich dass eben im Jahre 2006 Rückstellungen im Umfang von Fr. 2'000.-- aufgelöst worden

- 23 - seien, was den Gewinnausweis im Jahre 2006 um eben diesen Betrag verbessert habe (KG act. 1 S. 13).

E. 13.1

Tatsächlich zeigt sich aus den zitierten Akten (ER act. 43/11/Konto 2600), dass die D. AG im Jahre 2006 Rückstellungen für Berufsrisiken in der Höhe von Fr. 2'000.-- auflöste und, im Gegensatz zur vorinstanzlichen Annahme, nicht etwa bildete (vgl. auch ER act. 66/5/17 S. 4). Diese Rüge ist als solche begründet. Allerdings wirkte sich die unzutreffende vorinstanzliche Annahme nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Trotz ihrer unzutreffenden Annahme entging es der Vorinstanz nicht, dass die Rückstellungen insgesamt im Jahre 2006 um (diese) Fr. 2'000.-- reduziert wurden. Sie erwog indes, dass diese Reduktion kaum ins Gewicht falle, zumal die D. AG demgegenüber die allgemeinen gesetzlichen Reserven um Fr. 10'000.-- auf Fr. 70'000.-- habe erhöhen können (KG act. 2 S. 34). Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht substantiiert auseinander (die Behauptung, die Bildung der gesetzlichen Reserven im Umfang von Fr. 10'000.-- im Jahre 2006 stamme aus den Gewinnen der Jahre 2004 und 2005 [KG act. 1 S 13 unten], ist einerseits völlig unsubstantiiert und geht andererseits an der vorinstanzlichen Argumentation vorbei). Die Rüge kann deshalb nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen.

E. 13.2

Bezüglich Unmöglichkeit von Ausschüttungen von Gewinnen, welche bereits zu Reservebildungen verwendet oder als Gewinnvortrag beschlossen worden seien (KG act. 1 S. 14), ist auf vorstehende Erw. 3.2 zu verweisen.

E. 13.3

Die Behauptung, dass nicht genügend Liquidität vorliege, um die ausgewiesenen Gewinne an die Aktionäre (bzw. an den Beschwerdeführer) auszuschütten (KG act. 1 S. 14), ist ungenügend substantiiert. Darauf kann nicht eingegangen werden.

E. 14

Der Beschwerdeführer macht Feststellungen "hinsichtlich dem Verweis der Vorinstanz auf die Stetigkeit der Bilanzierung gemäss Art. 662a OR" (KG act. 1 S. 14). Es ist indes nicht ersichtlich, ob und was er damit rügt. Darauf kann nicht weiter eingegangen werden.

- 24 -

E. 15

Die Eheschutzrichterin erwog, die D. AG habe per Ende 2006 mobile Sachanlagen für Fr. 472'500.-- in der Bilanz geführt. Dies scheine für eine Dienstleistungsfirma mit 3 Mitarbeitern im Bereich Revision ein enorm hoher Wert zu sein. Insbesondere die Konti "Feste Einrichtungen" mit einem Anschaffungswert von Fr. 488'947.25, "Mobiliar und Einrichtungen" mit Fr. 176'166.10 und "Dekor" mit Fr. 37'552.95 stächen ins Auge. Zunächst sei für die Werte auf dem Konto "Feste Einrichtungen" in diesem Verfahren davon auszugehen, dass sie dem Beschwerdeführer als Eigentümer der Liegenschaft F.-strasse xxx in Zürich direkt zu Gute kämen. Die entsprechenden Abschreibungen seien

somit dem Beschwerdeführer als Gewinnausschüttung zuzurechnen. Der Durchschnitt der Abschreibungen auf dem Konto "Feste Einrichtungen" der Jahre 2004 - 2006 betrage Fr. 64'956.93 und sei dem Beschwerdeführer als Gewinn der D. AG zuzurechnen (OG act. 3 S. 32 f.). Die Vorinstanz verwies im Sinne von § 161 GVG vollumfänglich auf diese Erwägungen (KG act. 2 S. 37).

E. 15.1

Der Beschwerdeführer wendet ein, die Aufwendungen in feste Einrichtungen der Geschäftsliegenschaft F.-strasse seien lange vor der Trennung der Parteien erfolgt, nämlich in den Jahren 2001 bis 2005 mit einem Betrag von Fr. 488'947.25. Die Revisionsstelle der D. AG bestätige, dass das Anlagevermögen der D. AG geschäftsmässig begründet sei, nicht dem Beschwerdeführer zugute komme, aus diesem Anlagevermögen keine geldwerten Leistungen an ihn erfolgt seien, dass die Abschreibungen betriebswirtschaftlich und handelsrechtlich stimmten etc. Allein diese Bestätigung genüge schon, um sämtliche Aufrechnungen von Abschreibungen auf dem Anlagevermögen als Einkommen des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz als willkürlich und materiell nicht zulässig zurückzuweisen (KG act. 1 S. 15 mit Verweisung auf OG act. 5/13).

E. 15.2

I., dipl. Wirtschaftsprüfer, erklärte mit dem vom Beschwerdeführer zitierten Dokument vom 2. Juni 2008, dass er seit der Gründung der D. AG deren Revisionsstelle sei und als solche bestätige, dass das gesamte in der Jahresrechnung 2006 mit einem Buchwert von Fr. 472'500.-- ausgewiesene Anlagevermögen ausschliesslich den Zwecken der D. AG diene und deren Eigentum sei. Die D. AG habe bis zum 31. Dezember 2006 in feste Einrichtungen

- 25 - Fr. 488'947.25 zu Anschaffungswerten investiert (OG act. 5/13). In der Bilanz der D. AG per 31. Dezember 2006 sind als eine Position der von I. erwähnten, mit einem Buchwert (per 31.12.2006) von Fr. 472'500.-- aufgeführten Sachanlagen "Feste Einrichtungen" mit einem Anschaffungswert von Fr. 488'947.25 und einem zeitberichtigten Wert von Fr. 282'200.-- enthalten (ER act. 66/5/17 S. 2). Die Vorinstanzen zogen nicht in Zweifel, dass die D. AG (und nicht etwa der Beschwerdeführer als Eigentümer der Liegenschaft F.-strasse xxx in Zürich) diese "festen Einrichtungen" angeschafft und finanziert hat und deren Eigentümerin ist. Unter diesen Umständen ist es tatsächlich nicht nachvollziehbar, dass und weshalb die Werte auf dem Konto der D. AG "Feste Einrichtungen" dem Beschwerdeführer (privat) als Eigentümer der Liegenschaft F.-strasse xxx in Zürich direkt zu Gute kommen sollen und die entsprechenden Abschreibungen der D. AG (vollumfänglich) dem Beschwerdeführer als Gewinnausschüttung zuzurechnen wären. Allenfalls könnte geprüft werden, ob die Abschreibungen evtl. zu hoch sind und der zu hohe Anteil dem Ergebnis der D. AG aufgerechnet und dem Beschwerdeführer als Gewinnausschüttung zugerechnet werden müsste. Die gesamten Abschreibungen der D. AG auf den von ihr selber getätigten und finanzierten Investitionen in feste Einrichtungen aber dem Beschwerdeführer persönlich als Eigentümer der Geschäftsliegenschaft vollumfänglich als Gewinnausschüttung zuzurechnen, ist nicht verständlich und nicht haltbar. Sogar wenn der Beschwerdeführer persönlich als Eigentümer der Liegenschaft auch Eigentümer der von der D. AG angeschafften und finanzierten festen Einrichtungen in dieser Liegenschaft geworden wäre, wäre nicht verständlich, weshalb ihm Abschreibungen der D. AG auf dem Wertverlust dieser Einrichtungen direkt zu Gute kommen sollten oder

weshalb die D. AG auf diesen von ihr finanzierten Einrichtungen (gar) keine Abschreibungen vornehmen dürfte und die doch vor- genommenen Abschreibungen dem Beschwerdeführer als Hauptaktionär der D. AG als Gewinnausschüttung aufzurechnen wären.

- 26 -

E. 15.3

Diese Rüge ist begründet. Der angefochtene vorinstanzliche Be- schluss, der insoweit vollumfänglich auf die erstinstanzlichen Erwägungen ver- weist und dem Beschwerdeführer wie die Eheschutzrichterin die Abschreibungen der D. AG auf die Bilanzposition "Feste Einrichtungen" im Durchschnitt der Jahre 2004 - 2006 vollumfänglich als Einkommen aufrechnet und die Höhe der Unter- haltsbeiträge, zu deren Leistung der Beschwerdeführer verpflichtet wird, auch darauf stützt, basiert auf diesem Nichtigkeitsgrund. Er ist deshalb aufzuheben.

E. 16

Bei der Position "Mobiliar und Einrichtungen" folgte die Vorinstanz der Eheschutzrichterin nicht, sondern prüfte die auf den diesbezüglichen Anschaffun- gen der D. AG von insgesamt Fr. 176'166.10 vorgenommenen Abschreibungen auf Übermässigkeit. Dabei erwog sie, die von der Eheschutzrichterin aufgeführten Abschreibungsbeträge auf dem Konto "Mobiliar und Einrichtungen" seien aus- gewiesen. Sie würden im Jahr 2004 Fr. 35'813.95, im Jahr 2005 Fr. 23'742.10 und im Jahr 2006 Fr. 9'600.-- betragen. Im Jahr 2003 seien unter dieser Position Abschreibungen im Umfang von Fr. 21'224.05 vorgenommen worden. Es sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Abschreibungen im Jahr 2004 im Ver- gleich zum Vorjahr um Fr. 14'589.90 angestiegen seien, seien doch im Jahr 2004 Anschaffungen in Mobiliar und Einrichtungen von Fr. 4'527.15 getätigt worden. Ein derart hoher Anstieg erscheine auch im Hinblick auf die Stetigkeit der Abschreibungen weder plausibel noch glaubhaft. Damit seien die im Jahr 2004 vorgenommenen Abschreibungen auf ein angemessenes Mass, das heisse um rund Fr. 12'000.-- zu reduzieren. Verteilt auf die Jahre 2004, 2005 und 2006 seien dem Beschwerdeführer folglich Fr. 4'000.-- pro Jahr als Gewinn der D. AG anzu- rechnen (KG act. 2 S. 38 f.).

E. 16.1

Der Beschwerdeführer rügt, die hypothetische Summe von lediglich Fr. 4'898.--, welche ihm die Vorinstanz bei den Abschreibungen für "Mobiliar und Einrichtungen" (Fr. 4'000.--) und "Dekor" (Fr. 898.--; vgl. KG act. 2 S. 39) auf- rechnen wolle, zeige, dass die Abschreibungen der D. AG handelsrechtlich und betriebswirtschaftlich notwendig seien. Eine hypothetische Aufrechnung von gerundet 2.3 % auf dem Anlagewert sei willkürlich. Sodann ziehe die Vorinstanz plötzlich das Jahr 2003 in ihre Überlegungen zu überhöhten Abschreibungen ein.

- 27 - Damit hätte sie umgekehrt den Gewinn des Jahres 2006 unter Einbezug des Ver- gleichs der Abschreibungen der Jahre 2005 und 2006 nach unten korrigieren müssen, da ja im Jahre 2006 massiv weniger Abschreibungen als in den Vor- jahren hätten vorgenommen werden können. Nur schon die Auflösung der Rück- stellung von Fr. 2'000.-- im Jahre 2006 hätte unter Anwendung der gleichen vor- instanzlichen Überlegungen eine Korrektur des Einkommens des Beschwerde- führers von Fr. 733.35 nach unten ergeben. Schliesslich gelte auch hier, dass er nicht im Nachhinein eine testierte Jahresrechnung abändern und den

so erhöhten Gewinn dann in die Tasche stecken könne (KG act. 1 S. 17).

E. 16.2

Zum letzterwähnten Argument ist auf vorstehende Erw. 3.2 zu verweisen. Im Übrigen setzt sich der Beschwerdeführer mit seinen Argumenten nicht mit den vorinstanzlichen Erwägungen (unglaublicher Anstieg des diesbezüglichen Abschreibungsbedarfs zwischen 2003 und 2004 und Aufrechnung der nicht glaubhaft gemachten Differenz) auseinander und weist schon deshalb keinen Nichtigkeitsgrund dabei nach. Allein mit dem Hinweis auf die (prozentual und frankenmässig geringe) Höhe der Aufrechnungen wird keine Willkür dargetan.

E. 17

Der Beschwerdeführer bezeichnet die vorinstanzlichen Erwägungen zur Erhöhung der angerechneten Privatanteile für Wasser sowie Kehricht/Abwasser als aktenwidrig. Im Gegensatz zu den vorinstanzlichen Feststellungen habe der Aufwand im Jahr 2006 nicht Fr. 6'410.85 bzw. Fr. 5'038.15 betragen, sondern Fr. 2'517.05 bzw. Fr. 3'038.15 (KG act. 1 S. 18 mit Verweisungen auf OG act. 43/11 Konti 6401 und 6402).

E. 17.1

Die Vorinstanz erwog, die Kosten für die Position Wasser hätten sich im Jahr 2004 auf Fr. 1'368.30, im Jahr 2005 auf Fr. 631.95 und im Jahr 2006 auf Fr. 6'410.85 belaufen, diejenigen für die Position Kehricht/Abwasser im Jahr 2004 auf Fr. 603.80, im Jahr 2005 auf Fr. 1'328.85 und im Jahr 2006 auf Fr. 5'038.15. Die rapide Erhöhung im Jahr 2006 sei nicht nachvollziehbar. Ausgehend von Auslagen im Durchschnitt von Fr. 1'300.-- resultiere allein bei diesen Positionen ein um rund Fr. 8'800.-- im Jahr 2006 zu korrigierender Aufwand (KG act. 2 S. 41).

- 28 -

E. 17.2

Im Kontoblatt 6401 für das Jahr 2006 sind Auslagen von Fr. 6'410.85, Eingänge von Fr. 3'893.80 und ein Saldo von Fr. 2'517.05 enthalten, im Kontoblatt 6402 Auslagen von Fr. 5'038.15, ein Eingang von Fr. 2'000.-- und ein Saldo von Fr. 3'038.15 (ER act. 43/11). Aus dem angefochtenen Beschluss ergibt sich nicht klar, ob die Vorinstanz mit den Kosten dieser Positionen im Jahr 2006 die blossen Ausgaben meinte, ohne Berücksichtigung der Eingänge und des Saldos. Meinte sie damit die blossen Ausgaben, sind diese Feststellungen zwar nicht aktenwidrig. Nicht haltbar ist indes die Feststellung, ausgehend von Auslagen im Durchschnitt von Fr. 1'300.-- resultiere allein bei den Positionen Wasser sowie Kehricht/Abwasser ein um rund Fr. 8'800.-- im Jahr zu korrigierender Aufwand. Berücksichtigt man die Saldi dieser Positionen im Jahr 2006 (Wasser Fr. 2'517.05, Kehricht/Abwasser Fr. 3'038.15), welche wohl in die Jahresrechnung Aufnahme fanden und zu korrigieren wären, wenn man die Positionen als überhöht betrachtete, ergäbe sich nach der vorinstanzlichen Berechnungsart ein zu korrigierender Aufwand nicht von Fr. 8'800.-- (Fr. 6'410.85 ./ Fr. 1'300.-- + Fr. 5'038.15 ./ Fr. 1'300.--), sondern von Fr. 2'955.20 (Fr. 2'517.05 ./ Fr. 1'300.-- + Fr. 3'038.15 ./ Fr. 1'300.--). Auch diese Rüge ist begründet. Die Vorinstanz wird diese Positionen neu zu berechnen haben.

E. 18

Die Vorinstanz erwog, der Privatanteil für das Telefon von Fr. 550.-- im Jahr 2006 umfasse gemäss Rechnung vom 31. Dezember 2006 der D. AG an den Beschwerdeführer lediglich die Mehrwertsteuer (MwSt). Der Umfang der über die D. AG abgerechneten privaten Telefonkosten des Beschwerdeführers erscheine nicht glaubhaft. Der Aufwand des Beschwerdeführers sei um angemessene zusätzliche Fr. 1'800.-- im Jahr zu bereinigen (KG act. 2 S. 41).

E. 18.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, es stimme so nicht, dass ihm lediglich die MwSt für das Telefon belastet worden sei. Aus der entsprechenden Rechnung gehe hervor, dass ihm Fr. 550.-- inkl. 7.6 % MwSt für die Privatbenützung des Fixnet-Anschlusses in C. belastet worden seien (KG act. 1 S. 18 mit Verweisung auf ER act. 66/15 und 43/11 Konto 6503).

E. 18.2

Auch diese Rüge ist berechtigt. Die Rechnung vom 31.12.2006 der D. AG an den Beschwerdeführer mag missverständlich formuliert sein (Telefon

- 29 - C., Mehrwertsteuer 7.6 %, Betrag Fr. 550.--; ER act. 66/15). Hingegen ergibt sich sowohl aus dieser Rechnung selber, nämlich aus den auf Fr. 100.-- bzw. auf Fr. 50.-- runden Beträgen und insbes. dem Punkt Bussen, dass damit nicht die Mehrwertsteuer von 7.6 % verrechnet wurde, sondern dass Anteile an einzelnen Positionen verrechnet wurden, auf welchen Positionen die Mehrwertsteuer 7.6 % (oder eben 0 % bei den Bussen) betrug, als auch aus dem Kontoblatt 6503 (ER act. 43/11 S. 4). Die Vorinstanz wird auch diese Position neu prüfen müssen.

E. 19

Die Eheschutzrichterin nahm "Gewinnkorrekturen" am Aufwand der D. AG von insgesamt Fr. 128'222.45 vor bzw. setzte den Aufwand der D. AG (zur Berechnung des dem Beschwerdeführer als Einkommen anzurechnenden Gewinnanteils) um diesen Betrag herab. Davon brachte sie einen Steueranteil von 26.86 % in Abzug. Daraus ergab sich ein dem Beschwerdeführer als Einkommen aufgerechneter zusätzlicher Gewinn von Fr. 93'781.87 (OG act. 3 S. 35). Die Vorinstanz erwog, der Eheschutzrichterin sei nicht zu folgen, wenn sie von der Summe des Pro Forma-Lohnes, von sämtlichen überhöhten Abschreibungen sowie vom zusätzlichen Privatanteil einen Steueranteil von 26.86 % subtrahiere. Da die von der D. AG vorgenommenen Abschreibungen in steuerrechtlicher Hinsicht zulässig und allein im Rahmen der Einkommensberechnung im Eheschutzverfahren anzupassen seien, sei der Steueranteil von 26.86 % daher von der Summe des Pro Forma-Lohnes von Fr. 15'200.-- und des zusätzlichen Privatanteils von Fr. 4'000.-- zu subtrahieren (nicht aber, so die Vorinstanz im Ergebnis, von den aufgerechneten Abschreibungen von Fr. 69'854.93) (KG act. 2 S. 41 f. lit. f).

E. 19.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, hätte die D. AG die angeblich überhöhten Abschreibungen von Fr. 69'854.93 nicht vorgenommen, wäre der ausgewiesene Gewinn vor Steuern entsprechend höher gewesen. Darauf hätte ein Steueranteil von 26.86 % bezahlt werden müssen. Wenn schon der vorinstanzlichen Aufrechnung unzulässiger Abschreibungen gefolgt würde, müsse auf alle Fälle auch der Steueranteil von 26.86 % in Abzug gebracht werden (KG act. 1 S. 19 - 21).

E. 19.2

Tatsächlich sind die vorinstanzlichen Erwägungen nicht nachvollziehbar. Wenn die Vorinstanz vom aufgerechneten Pro Forma-Lohn der Beschwerdegegnerin von Fr. 15'200.-- und vom zusätzlichen Privatanteil von Fr. 4'000.-- bei der Hinzurechnung zum Einkommen des Beschwerdeführers einen Steueranteil von 26.86 % in Abzug bringt, so deshalb, weil sich dann, wenn - wovon die Vorinstanz hypothetisch bzw. in ihrer theoretischen Berechnung ausging - die D. AG der Beschwerdegegnerin diesen Pro Forma-Lohn nicht ausgerichtet hätte und vom Beschwerdeführer persönlich einen zusätzlichen Privatanteil erhalten hätte, das Geschäftsergebnis der D. AG entsprechend erhöht hätte und auch auf diesem erhöhten Teil des Geschäftsergebnisses der Steueranteil von 26.86 % hätte bezahlt werden müssen, sodass das verbesserte Geschäftsergebnis, welches zugunsten des Beschwerdeführers auszuschütten wäre und dem Beschwerdeführer unter diesen Aspekten als zusätzliches Einkommen anzurechnen sei, netto lediglich um diese 26.86 % verringert hätte ausgeschüttet und dem Beschwerdeführer ausgerichtet werden können. Weshalb dies für eine Aufrechnung überhöhter Abschreibungen nicht gelten soll, ist nicht nachvollziehbar. Der Umstand, dass die tatsächlichen Abschreibungen in steuerrechtlicher Hinsicht zulässig waren und allein im Rahmen der Einkommensberechnung im Eheschutzverfahren anzupassen seien, ändert daran nichts. Auch diese Rüge ist begründet. Die Vorinstanz wird auch das neu prüfen müssen.

E. 20

Auf die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers zu den Aufrechnungen von Abschreibungen und Gewinnausschüttungen an die Aktionäre (KG act. 1 S. 21 f.) braucht nicht eingegangen zu werden, weil die vorinstanzlichen Aufrechnungen von Abschreibungen und Privatanteilen ohnehin mit Nichtigkeitserwägungen behaftet sind, der angefochtene Beschluss aufzuheben ist und die Vorinstanz neu darüber zu befinden haben wird (vorstehend Erw. 15, 17 - 19).

E. 21

Zum ihm von der Vorinstanz angerechneten Vermögensertrag von Fr. 720.-- pro Jahr (3 % Zins aus einem Darlehen von Fr. 24'000.-- an die D. AG; vgl. vorstehend Erw. 1.n) wendet der Beschwerdeführer ein, er habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass er über keinen Vermögensertrag mehr verfüge,

- 31 - sondern vielmehr Zinsbelastungen von Fr. 18'750.-- jährlich habe. Das habe die Vorinstanz auch so erkannt, indem sie ihm in OG act. 27 (Beschluss vom 14. Oktober 2008 betreffend vorsorgliche Massnahmen) attestiert habe, dass ihm monatlich, nebst in OG act. 10/2 enthaltenen Zinskosten von Fr. 553.85, zusätzlich Zinskosten von monatlich Fr. 1'000.-- anfielen. Diese "Trennungskreditzinskosten" gehörten nicht in die Bedarfsrechnung des Beschwerdeführers, sondern seien nach Abzug des Vermögensertrages von Fr. 720.-- direkt von seinem jährlichen Einkommen in Abzug zu bringen (KG act. 1 S. 22 f. mit Verweisung auf OG act. 2 S. 25).

E. 21.1

In seiner Rekursbegründung an die Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer dazu tatsächlich geltend gemacht, er habe aufgrund der Trennung der Parteien einen Bankkredit aufnehmen müssen (seine Bankschulden hätten sich deswegen per 3. Juni 2008 auf Fr. 160'364.45 erhöht; OG act. 2 S. 10). Diesen müsse er mit 6 % verzinsen. Von Seiten der D. AG habe er keinen Vermögensertrag mehr. Deshalb sei ihm nicht ein Vermögensertrag,

sondern vielmehr eine Zinsbelastung in der Höhe von Fr. 9'622.-- pro Jahr in seinem Bedarf anzurechnen (OG act. 2 S. 25 Ziff. 37; vgl. auch KG act. 2 S. 44 Erw. 4.4).

E. 21.2

Dem angefochtenen Beschluss ist in diesem Zusammenhang nichts betreffend die vom Beschwerdeführer geltend gemachte (vgl. auch OG act. 27 S. 7) Zinsbelastung aus einem Bankkredit (von ihm "Trennungsbankkredit" genannt) zu entnehmen. Allerdings erwähnte die Vorinstanz diese Zinsbelastung im Zusammenhang mit dem Bedarf des Beschwerdeführers. Sie erwog, der Beschwerdeführer mache im Rekursverfahren einen Bedarf von monatlich Fr. 16'560.-- geltend und ver- lange darüber hinaus die Anrechnung von insgesamt Fr. 1'320.40 pro Monat, davon Schuldzinsen von Fr. 1'000.--, womit sich sein geltend gemachter Bedarf auf Fr. 17'880.75 pro Monat belaufe. Unter Berücksichtigung seines Einkommens von Fr. 23'076.-- und den Unterhaltsansprüchen der Beschwerdegegnerin und des Sohnes B. ständen dem Beschwerdeführer mindestens Fr. 18'356.-- monat- lich zur Verfügung. Damit erübrige sich die Ermittlung seines tatsächlichen Bedarfs anhand der einzelnen Bedarfspositionen, könne der Beschwerdeführer

- 32 - doch seinen geltend gemachten Bedarf ohne weiteres decken (KG act. 2 S. 71 Erw. 5.3).

E. 21.3

Die Vorinstanz wird das Einkommen des Beschwerdeführers ins- besondere bezüglich der erheblichen Aufrechnungen von Abschreibungen neu zu prüfen haben (vgl. vorstehend Erw. 15). Ergibt sich dabei, dass das neu errechnete Einkommen den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Bedarf von Fr. 17'880.75 und die Unterhaltsansprüche der Beschwerdegegnerin mit B. nicht zu decken vermag, wird sich die Vorinstanz ohnehin auch mit den einzelnen Bedarfspositionen des Beschwerdeführers und damit auch mit der geltend gemachten Zinsbelastung von Fr. 1'000.-- auseinandersetzen haben. Ergibt sich aber wiederum, dass das neu errechnete Einkommen des Beschwerde- gegners seinen geltend gemachten Bedarf von Fr. 17'880.75 (d.h. insbesondere auch inklusiv der Zinsbelastung) und die Unterhaltsansprüche der Beschwerde- gegnerin mit B. zu decken vermag, bleibt diese Zinsbelastung irrelevant. Damit erübrigt sich eine weitere Prüfung im vorliegenden Verfahren.

E. 22

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz hätte seinen Ver- mögensertrag um die Zinserträge der Beschwerdegegnerin auf deren ZKB-Konti von Fr. 25.-- und Fr. 2.-- im Jahr 2006 reduzieren müssen (KG act. 1 S. 23 f.). Diese Rüge ist ungenügend substantiiert. Der Beschwerdeführer unterlässt es sowohl darzulegen, woraus sich ein solcher Zinsertrag der Beschwerdegegnerin ergebe, als auch, wo er dies bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hätte. Darauf kann nicht eingetreten werden.

E. 23

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, er habe im Rahmen des Rekursverfahrens in seiner Anschlussrekursantwort belegt, dass er bis dato alle Rechnungen betreffend Gartenunterhalt bezahlt habe. Die Beschwerdegegnerin habe dem nicht widersprochen. Die Vorinstanz habe das gewürdigt, indem sie der Beschwerdegegnerin für die Jahre 2007 und 2008 für Pflanzen und Gartenmate- rial lediglich Fr. 34.50 monatlich zugestanden habe.

Keine der Parteien habe in der Folge moniert, dass sich in den Jahren 2009 und 2010 bei der Regelung des Gartenunterhalts etwas ändere. Damit sei es willkürlich, wenn die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin ab dem Jahr 2009 für den Gartenunterhalt Fr. 200.-- monat-

- 33 - lich zugestehe und ihr dafür Aufwendungen für Pflanzen und Gartenmaterial von Fr. 34.50 monatlich nicht mehr anrechne (KG act. 1 S. 24 Ziff. 15.a). Diese Rüge ist ungenügend substantiiert (zu den Substantiiierungsanforderungen vgl. vorstehend Erw. 2.1). Der Beschwerdeführer unterlässt es sowohl aufzuzeigen, wo im angefochtenen Beschluss die gerügten Erwägungen vorhanden seien noch wo sich in den Akten das von ihm geltend Gemachte findet. Darauf ist nicht einzutreten.

E. 24

Die Vorinstanz erwog zur Bedarfsposition der Beschwerdegegnerin "Ferien" (KG act. 2 S. 57), aus den vom Beschwerdeführer selbst angefertigten Aufstellungen ergäben sich Ferienkosten der Familie in der Höhe von Fr. 7'289.-- im Jahr 2006 und Fr. 7'402.40 im Jahr 2004. Der Beschwerdeführer habe aber die jährlichen Skiferienkosten in K. von Fr. 4'916.-- nicht hinzugerechnet. Mit diesen resultierten Kosten für Ferien von rund Fr. 12'200.-- pro Jahr. Die von der Eheschutzrichterin als glaubhaft angesehenen Ferienkosten beliefen sich im Gegensatz dazu auf Fr. 11'200.-- pro Jahr. Davon sei auch im Rekursverfahren auszugehen. Es sei nicht einsichtig, weshalb der Beschwerdegegnerin die gesamten Fr. 1'000.-- pro Monat (die während des Zusammenlebens für Ferien für die ganze Familie ausgegeben worden seien) zugute kommen sollten. Im Hinblick auf die künftigen Reisekosten der Beschwerdegegnerin zusammen mit dem Sohn B. erschienen Fr. 700.-- pro Monat als angemessen und gerechtfertigt (KG act. 2 S. 58 f.).

E. 24.1

Der Beschwerdeführer moniert als willkürlich, dass die Vorinstanz "den gerichtlich festgelegten Unterhalt für Ferien" von monatlich Fr. 1'000.-- im Umfang von lediglich Fr. 300.-- ihm zuteile und Fr. 700.-- in den monatlichen Ferienbedarf der Beschwerdegegnerin übernehme. In den Akten sei belegt, dass die Parteien vor der Trennung im Sommer nicht in die Ferien gefahren seien. Zudem gehe aus den Akten hervor, dass der Freund der Beschwerdegegnerin (vom Beschwerdeführer als "Konkubinatsfreund" bezeichnet, worauf mangels entsprechender Rüge und Substantiierung nicht weiter einzugehen ist) ein Boot erworben habe, das dazu diene, dass die Beschwerdegegnerin auch jetzt im Sommer nicht in die Ferien fahren müsste. Während den Sommerferien 2009 habe die Beschwerde-

- 34 - gegnerin aktenkundig drei Wochen mit ihrem Freund Ferien in Griechenland verbracht. Weiter sei aktenkundig, dass sie mit ihrem Freund auf dessen Kosten die Frühlingsferien 2010 mit Kindern auf einem Hausboot in Frankreich verbracht habe. Aus den Akten gingen noch wesentlich mehr Ferien vor, die die Beschwerdegegnerin gemeinsam mit ihrem Freund in den Bergen und im Ausland verbracht habe. Zusammenfassend könne die Beschwerdegegnerin die Sommerferien eigentlich wie früher zuhause verbringen, weil sie ja direkt am See wohne, während der Beschwerdeführer in einer 3 ½-Zimmer-Wohnung wohne. Der Sohn B. verbringe im Sommer zwei Wochen, im Herbst eine Woche und im Februar eine Woche Ferien mit seinem Vater (dem Beschwerdeführer). Unter diesen Umständen sei willkürlich, dass die Vorinstanz 70 % des gesamten Ferienbedarfs der Parteien der Beschwerdegegnerin zuweise. Zumindest sei er je hälftig auf die Parteien aufzuteilen (KG act. 1 S. 25).

E. 24.2

Die Vorinstanz erklärte nicht, weshalb sie von den angenommenen monatlichen Ferienkosten von Fr. 1'000.-- für die ganze Familie Fr. 700.-- der Beschwerdegegnerin (und damit im Resultat Fr. 300.-- dem Beschwerdeführer) zusprach. Der Beschwerdeführer ist berechtigt, den Sohn B. während vier Wochen pro Jahr zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen (OG act. 3 S. 51 Ziff. 3.2). Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass ihm wesentlich weniger Kosten für die Ferien erwachsen als der Beschwerdegegnerin bzw. umgekehrt dass der Beschwerdegegnerin mit B. wesentlich mehr Kosten für die Ferien erwachsen als dem Beschwerdeführer mit B. Insoweit ist diese Rüge begründet. Die Vorinstanz wird sich erneut mit der Aufteilung der Ferienkosten zu befassen und eine allfällige ungleiche Aufteilung näher zu erläutern haben. Hingegen ist keine Willkür darin ersichtlich, dass die Vorinstanz bei der Ausgangslage der bisherigen (vor dem Eheschutzverfahren gelebten) Lebenshaltung der Parteien (KG act. 2 S. 16 Erw. 1.3) nicht näher prüfte, wie und mit wem die Beschwerdegegnerin ihre Ferien verbringt und wer die Kosten dafür bezahlt.

E. 25

Unter Ziff. 16 seiner Beschwerde stellt der Beschwerdeführer Berechnungen zu seinem eigenen Bedarf an, erklärt, um seinen in OG act. 10/2 angeführten, erweiterten Notbedarf zu decken, müsste sein Bedarf von Fr. 17'826.--

- 35 - um weitere Fr. 1'220.26 auf Fr. 19'046.20 erhöht werden, und schliesst, dass bei einem tatsächlichen Einkommen von Fr. 14'580.-- ein Fehlbetrag entstehe (von Fr. 8'625.-- monatlich, was nicht nachvollziehbar ist) (KG act. 1 S. 26 - 28).

E. 25.1

Die Vorinstanz erwog, der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Bedarf belaufe sich auf Fr. 17'880.75 pro Monat. Unter Berücksichtigung seines Einkommens von Fr. 23'076.-- und den Unterhaltsansprüchen der Beschwerdegegnerin und von B. ständen dem Beschwerdeführer mindestens Fr. 18'356.-- pro Monat zur Verfügung. Damit erübrige sich die Ermittlung seines tatsächlichen Bedarfs, könne er doch seinen geltend gemachten Bedarf damit ohne weiteres decken (KG act. 2 S. 71 Erw. 5.3).

E. 25.2

Der Beschwerdeführer beanstandet die vorinstanzliche Feststellung nicht, dass er einen Bedarf von Fr. 17'880.75 pro Monat geltend gemacht habe. Auf seine Berechnungen in der Beschwerde ist deshalb nicht weiter einzugehen. Die Vorinstanz prüfte den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Bedarf gar nicht, weil sein Einkommen ohnehin ausreiche, um diesen Bedarf und die Unterhaltsansprüche der Beschwerdegegnerin mit B. zu decken. Sie machte mithin gar keine Feststellungen zum Bedarf des Beschwerdeführers, sodass sie auch keine willkürlichen Feststellungen dazu machen konnte. Das Einkommen des Beschwerdeführers wird die Vorinstanz neu prüfen müssen (vorstehend Erw. 15 und 17 - 19). Resultiert daraus ein tieferes Einkommen, wird die Vorinstanz ggfs. als Folge davon auch den Bedarf des Beschwerdeführers prüfen müssen. Einen Nichtigkeitsgrund wies der Beschwerdeführer mit seinen appellatorischen Ausführungen unter Ziff. 16 der Beschwerde nicht nach.

E. 26

Die Vorinstanz erwog, die Eheschutzrichterin habe den Beschwerdeführer zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 18'000.-- an die Beschwerdegegnerin verpflichtet. Im

Rekursverfahren habe er die eheschutzrechtlich festgestellte Beistandsbedürftigkeit der Beschwerdegegnerin nicht gerügt. Der Beschwerdeführer habe ein monatliches Einkommen von Fr. 23'076.-- und einen von ihm geltend gemachten und nicht überprüften Bedarf von Fr. 17'880.75. Vor dem Hintergrund, dass ihm nach Abzug seiner Unterhaltspflicht gegenüber B. und der Beschwerdegegnerin persönlich monatlich mindestens Fr. 18'356.--

- 36 - bzw. Fr. 19'172.-- bzw. Fr. 19'297.-- zur Verfügung ständen, sei seine Leistungsfähigkeit zu bejahen, nicht zuletzt deshalb, weil sein geltend gemachter hoher Bedarf einer Überprüfung nicht standhalten würde. Überdies weise er nebst seinen beiden Liegenschaften in C. und Zürich sowie den Aktien der D. AG auch liquides Vermögen in Form eines Darlehensguthabens gegenüber der D. AG auf, welches sich nach seinen eigenen Angaben auf mindestens Fr. 24'000.-- belaufe. Eine Rückzahlung sollte im Hinblick darauf, dass er innerhalb des Jahres 2007 den ursprünglichen Darlehensbetrag von Fr. 200'000.-- um Fr. 150'000.-- bzw. Fr. 176'000.-- zurückerstattet erhalten habe, realisierbar sein. Er könnte diesen Betrag infolgedessen für die Bezahlung des Prozesskostenbeitrages erhältlich machen. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass er weder aus seinem Vermögen noch aus seinem Einkommen den Prozesskostenbeitrag an die Beschwerdegegnerin leisten könnte, wäre in Bezug auf seine Leistungsfähigkeit nicht anders zu entscheiden. Der Beschwerdeführer sei offenbar in der Lage, die ihm bisher entstandenen hohen Anwaltskosten unter Belastung seines UBS-Kontos zu bezahlen (u.a. Fr. 24'686.95 und Fr. 31'015.20). Es könne ihm daher zugemutet werden, diesen Kredit auch für die Beschaffung der im erstinstanzlichen Verfahren angefallenen Anwalts- und Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin in Anspruch zu nehmen. Die Voraussetzungen für die Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages an die Beschwerdegegnerin seien so oder anders gegeben. Unter dem Titel der ehelichen Beistandspflicht habe er im Sinne von Art. 159 Abs. 3 ZGB der Beschwerdegegnerin einen Prozesskostenbeitrag für das erstinstanzliche Verfahren zu bezahlen (KG act. 2 S. 80 - 83).

E. 26.1

Der Beschwerdeführer rügt, bei der Erwägung, dass er den auf dem UBS-Konto in Anspruch genommenen Kredit auch für die Beschaffung eines Prozesskostenbeitrages an die Beschwerdegegnerin in Anspruch nehmen könnte, negiere die Vorinstanz willkürlich, dass seine finanziellen Verhältnisse dramatisch angespannt seien. Sie negiere, dass sein illiquides Vermögen Mitte März 2009 nur noch rund Fr. 287'000.-- betragen habe. Er habe vor Vorinstanz festgehalten, dass er illiquid sei und der "Trennungsbankkredit" nicht weiter aufgestockt werden könne. Dies habe die Beschwerdegegnerin nicht bestritten, die Vorinstanz aber

- 37 - ignoriert und gleichwohl angenommen, er könne die Fr. 18'000.-- mittels Erhöhung des "Trennungsbankkredites" bezahlen. Die vorinstanzliche Annahme, er könne die Fr. 18'000.-- aus seinem Darlehensguthaben gegenüber der D. AG bezahlen, sei aktenwidrig und willkürlich, denn er habe vor Vorinstanz ebenso unbestritten geltend gemacht, dass dieses Darlehen Mitte März 2009 nicht mehr bestanden habe. Schliesslich habe er aufgezeigt, dass er mit seinem Einkommen sogar ohne Berücksichtigung der angefochtenen Unterhaltspflicht gegenüber der Beschwerdegegnerin seinen Bedarf und die Kosten des Hauses, in welchem die Beschwerdegegnerin mit B. wohne, nicht tragen könne (KG act. 1 S. 29 f.).

E. 26.2

Die Vorinstanz erachtete den Beschwerdeführer aus drei verschiedenen (alternativen) Gründen für fähig, den Prozesskostenbeitrag zu bezahlen, nämlich aus seinem Einkommen, aus der Auflösung seines Darlehensguthabens gegenüber der D. AG sowie durch Inanspruchnahme des ihm auf seinem UBS-Konto gewährten Kredites. a) Ob der Beschwerdeführer in der Lage ist, neben der Deckung seines Bedarfs, den Kosten für die von der Beschwerdegegnerin bewohnte Liegenschaft und den Unterhaltsbeiträgen für die Beschwerdegegnerin und den Sohn B. aus seinem Einkommen einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 18'000.-- zu finanzieren, hätte die Vorinstanz nach der neuen Prüfung seines Einkommens (vorstehend Erw. 15, 17 - 19) und ggfs. seines Bedarfs (vorstehend Erw. 25.2) neu zu prüfen. Da der Beschwerdeführer indes bezüglich der beiden andern von der Vorinstanz alternativ angeführten Gründe für seine Fähigkeit zur Leistung des Prozesskostenbeitrags keinen Nichtigkeitsgrund nachwies (nachfolgend lit. b), bleibt es dabei und ist die Frage, ob er den Prozesskostenbeitrag auch aus seinem Einkommen bezahlen könnte, irrelevant. b) An der von ihm zitierten Stelle, seiner Stellungnahme vom 16. März 2009 zur Eingabe der Beschwerdegegnerin an die Vorinstanz vom 2. Februar 2009 (vgl. OG act. 39 [Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 2.2.2009] und act. 42 [Verfügung der Vorinstanz vom 12.2.2009]), hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, er verfüge noch über ein steuerbares illiquides Vermögen von unter

- 38 - Fr. 300'000.-- "(steuerbares Vermögen gemäss Steuererklärung 2006 CH 780'487 [Urk. 7/66/5] abzüglich Guthaben per 31. Dezember 2006 gegenüber der" D. AG "von CHF 221'343 [Urk. 7/66/5.3] zuzüglich verbleibendes Guthaben gegenüber der" D. AG "per 31. Dezember 2007 CHF 24'599.30 [Urk. 24/4, zwischenzeitlich besteht aber kein Guthaben mehr] abzüglich ZKB-Guthaben Rekursgegnerin per

E. 31

Dezember 2006 von CHF 19'532 [Urk. 7/66.5.3] abzüglich Kreditsaldo auf dem im September 2007 neu errichteten Kreditkonto des Rekurrenten von gerundet aktuell CHF 261'000 ergibt CHF 302'211)" (OG act. 47 S. 6 Ziff. 9). aa) Die Vorinstanz hatte dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 12. Februar 2009 die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 2. Februar 2009 zugestellt und ihm Frist angesetzt, um zu den von der Beschwerdegegnerin neu eingereichten Unterlagen sowie zu ihrem Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages (für das Rekursverfahren) Stellung zu nehmen. Dabei hatte die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass Noven nur nach den Bestimmungen von §§ 115 und 138 ZPO ZH zulässig seien (OG act. 42 S. 2). bb) Der Beschwerdeführer erläutert nicht, weshalb seine völlig unbelegte Behauptung in einer Klammer, dass kein Guthaben gegenüber der D. AG mehr bestehen soll, unter dem Aspekt von § 115 ZPO ZH zulässig gewesen wäre. Das ist auch nicht ersichtlich. Es liegt kein Nichtigkeitsgrund darin, dass die Vorinstanz darauf nicht einging. cc) Das Gleiche gilt bezüglich "Trennungskostenbankkredit". Der Beschwerdeführer verweist für seine Behauptung, dass dieser nicht weiter aufgestockt werden könne, ebenfalls einzig auf OG act. 47 (Ziff. 11 Zeilen 9 ff.) (KG act. 1 S. 29). Auch auf diese unbelegte neue Behauptung musste die Vorinstanz nicht eingehen. 27. Zusammenfassend beruht die vorinstanzliche Feststellung eines Einkommens des Beschwerdeführers von Fr. 276'920.-- pro Jahr bzw. Fr. 23'076.-- pro Monat bezüglich der Aufrechnung von Abschreibungen auf dem Konto "feste Einrichtungen" (vorstehend Erw. 15) und bezüglich der Aufrechnung von Privatanteilen für Wasser, Kehricht/Abwasser (vorstehend Erw. 17) und Telefon (vor-

- 39 - stehend Erw. 18) sowie bezüglich der Anrechnung eines Steueranteils an diesen "Gewinnkorrekturen" (vorstehend Erw. 19) auf Nichtigkeitsgründen. Der angefochtene Beschluss beruht bezüglich der Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Beschwerdegegnerin für diese persönlich auf diesen Nichtigkeitsgründen. Insoweit ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und ist die Sache an die Vorinstanz zur neuen Prüfung und Entscheidung in Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen zurückzuweisen. Dies betrifft die Dispositiv-Ziffer 3./7.a des angefochtenen Beschlusses. In diesem Zusammenhang wird die Vorinstanz ggfs. auch den bisher nicht geprüften Bedarf des Beschwerdeführers prüfen müssen (vorstehend Erw. 21). Da auch die Frage der Zuteilung der ehelichen Liegenschaft an die Beschwerdegegnerin von den neu zu prüfenden finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers abhängen kann (vgl. KG act. 1 S. 7) und der Beschwerdeführer auch die Aufhebung dieser vorinstanzlichen Anordnung beantragt (KG act. 1 S. 2 Ziff. 2), ist der angefochtene Beschluss auch diesbezüglich aufzuheben, d.h. Dispositiv Ziff. 3 Abs. 2 des angefochtenen Beschlusses ("Im Übrigen werden der Rekurs des Beklagten - soweit darauf eingetreten wird - sowie der Anschlussrekurs der Klägerin abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt") ist insoweit aufzuheben, als damit der Rekurs des Beschwerdeführers gegen Dispositiv-Ziff. 5 der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 23. Mai 2008 (Zuweisung der ehelichen Liegenschaft an die Beschwerdegegnerin) abgewiesen wurde. Die Vorinstanz wird auch diese Frage aufgrund der neu festzustellenden finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers neu prüfen müssen. Ferner können vom neu zu fällenden vorinstanzlichen Entscheid auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen sowohl des erst- als auch des zweitinstanzlichen Verfahrens betroffen sein und geändert werden müssen. Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2 Ziff. 4) sind deshalb auch die Ziffern 4 - 6 des angefochtenen Beschlusses sowie dessen Dispositiv Ziff. 3 Abs. 2 auch insoweit aufzuheben, als damit der Rekurs des Beschwerdeführers gegen Dispositiv-Ziff. 10 und 11 der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 23. Mai 2008 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) abgewiesen wurde.

- 40 - Die übrigen Dispositiv-Ziffern des angefochtenen Beschlusses sind demgegenüber nicht aufzuheben, entweder mangels entsprechenden Antrages oder weil diesbezüglich kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen wurde. Das heisst insbesondere, dass der vorinstanzliche Entscheid betreffend Unterhaltsbeiträge für den Sohn B. und bezüglich der Verpflichtung des Beschwerdeführers, der Beschwerdegegnerin einen Prozess-Beistandsbetrag von Fr. 18'000.-- unter späterer Anrechnung an die güterrechtliche Auseinandersetzung zu bezahlen, bestehen bleibt. Bezüglich der letztgenannten Anordnung entfällt mit dem vorliegenden Entscheid die der Beschwerde diesbezüglich gewährte aufschiebende Wirkung. Entgegen den Anträgen des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 2) ist nicht durch das Kassationsgericht ein neuer Sachentscheid zu fällen, sondern die Sache ist bezüglich den Punkten, bezüglich welchen der angefochtene Beschluss aufgehoben wird, zur neuen Prüfung im Sinne der vorstehenden Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. IV. Der Beschwerdeführer dringt mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde im Wesentlichen durch. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 11), stellte keine Anträge im Beschwerdeverfahren und äusserte sich nicht zur Beschwerde. Auch sie kann deshalb nicht als unterliegende Partei bezeichnet werden. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens keiner Partei aufzuerlegen, sondern auf die Gerichtskasse zu nehmen. Prozessentschädigungen sind demnach keine zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). V. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im

Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen

- 41 - 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]). Das Gericht beschliesst: 1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird die Dispositiv-Ziffer 3 Abs. 1 Ziff. 7.a (Verpflichtung des Beklagten zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin für diese persönlich) des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Oktober 2010 aufgehoben. Ferner wird der zweite Absatz der Dispositiv-Ziffer 3 dieses Beschlusses aufgehoben, soweit damit der Rekurs des Beklagten gegen die Dispositiv-Ziffern 5 (Zuweisung der ehelichen Liegenschaft an die Klägerin mit B. zur alleinigen Benützung für die weitere Dauer des Getrenntlebens) und die Dispositiv-Ziffern 10 und 11 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht A. vom 23. Mai 2008 abgewiesen wurde. Schliesslich werden die Dispositiv-Ziffern 4 - 6 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Oktober 2010 aufgehoben. Die Sache wird bezüglich der mit diesen aufgehobenen Ziffern geregelten Bereiche (Unterhaltsbeiträge für die Klägerin persönlich, Zuweisung der ehelichen Liegenschaft für die weitere Dauer des Getrenntlebens, erst- und zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen) im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück-

- 42 - gewiesen. Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Damit entfällt die der Beschwerde bezüglich der Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 18'000.-- an die Beschwerdegegnerin verliehene aufschiebende Wirkung. 2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen. 3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen. 4. 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. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, sowie an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht A. (ad EE070066), 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.