



Kass.-Nr. AA040191/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Rudolf Ottomann und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 05. Juli 2005

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. _____

gegen

Y.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend **Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. November 2004 (LP040016/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 26. April 2002 liess Y. (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beim Bezirksgericht _____ ein Eheschutzverfahren anhängig machen (ER act. 1). Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht _____ vom 16. Januar 2004 (ER act. 109) wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt und davon Vormerk genommen, dass sie zum Getrenntleben berechtigt seien und seit 1. März 2002 getrennt lebten (Disp.-Ziff. 1). Die Tochter A., geb. 00.00.2000, wurde für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Beschwerdegegnerin gestellt (Disp.-Ziff. 2). X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde ein Besuchsrecht (jeden 1. und 3. Sonntag von 09.00 Uhr bis 19.00 Uhr) eingeräumt (Disp.-Ziff. 3). Die getroffene Unterhaltsregelung lautet wie folgt (Disp.-Ziff. 4):

"Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende monatliche, im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

a) Von 1. Mai 2002 bis 31. Juli 2002:

Fr. 6'695.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 5'195.-- für die Klägerin persönlich;

b) für den Monat August 2002:

Fr. 8'935.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 7'435.-- für die Klägerin persönlich;

c) von 1. September 2002 bis 30. September 2004:

Fr. 8'040.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 6'540.-- für die Klägerin persönlich;

d) ab 1. Oktober 2004:

Fr. 7'565.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 6'065.-- für die Klägerin persönlich."

Schliesslich enthält die erstinstanzliche Verfügung die Verpflichtung des Beschwerdeführers, der Beschwerdegegnerin vollständig über sein Einkommen, Vermögen sowie seine Privataufwendungen im In- und Ausland unter Vorlage entsprechender Belege und Abgabe einer Vollständigkeitserklärung Auskunft zu geben (Disp.-Ziff. 5).

2. Der Beschwerdeführer erhob Rekurs gegen die erstinstanzliche Verfügung, mit welchem er im Wesentlichen die Festsetzung tieferer Unterhaltsbeiträge und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragte (OG act. 2 und act. 10). Mit Eingabe vom 14. Juni 2004 zog der Beschwerdeführer das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zurück (OG act. 25 S. 5). Mit Beschluss vom 11. November 2004 hiess die I. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) den Rekurs des Beschwerdeführers teilweise gut, indem sie die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung aufhob und durch folgende Fassung ersetzte (OG act. 43 S. 30 bzw. KG act. 2 S. 30):

"4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin folgende monatliche, im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

a) ab 1. Mai 2002:

Fr. 6'695.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 5'195.-- für die Klägerin persönlich;

b) für den Monat August 2002:

Fr. 6'080.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 4'580.-- für die Klägerin persönlich;

c) ab 1. September 2002:

Fr. 7'450.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 5'950.-- für die Klägerin persönlich;

d) ab 1. Dezember 2003:

Fr. 7'040.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 5'540.-- für die Klägerin persönlich;."

e) ab 1. Mai 2004:

Fr. 6'740.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 5'240.-- für die Klägerin persönlich;

5. (aufgehoben)"

Im Übrigen wurde der Rekurs abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

3. Gegen diesen Beschluss der I. Zivilkammer erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 16. Dezember 2004 fristgemäss kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher er beantragt, die Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung der Höhe der Unterhaltsbeiträge an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Verfügung des Vizepräsidenten des Kassationsgerichts vom 22. Dezember 2004 wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 4'000.-- angesetzt und der Beschwerde in dem Sinne aufschiebende Wirkung verliehen, als der Beschwerdeführer für die Dauer des Kassationsverfahrens einstweilen verpflichtet wurde, der Beschwerdegegnerin insgesamt Fr. 6'100.-- (Fr. 1'500.-- für die Tochter und Fr. 4'600.-- für sie persönlich) zu bezahlen (KG act. 7). Die Kautionsleistung erfolgte fristgemäss (KG act. 8/1; 10).

Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer Beschwerdeantwort vom 24. Januar 2005 die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11 S. 2).

II.

1. Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die zur Festsetzung seiner Unterhaltspflicht führende vorinstanzliche Berechnung sei sowohl bezüglich der Bedarfs- als auch der Einkommenszahlen beider Parteien mit Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 Ziff. 2 und 3 ZPO behaftet.

2. a) Im vorliegenden Fall geht es um die Anfechtung eines Beschlusses betreffend den Schutz der ehelichen Gemeinschaft vor Einleitung des Scheidungs- oder Trennungsverfahrens, der einen Rekursentscheid im Sinne von § 281 Abs. 1 ZPO darstellt, gegen den Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden kann (Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62 f.). Da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die eidgenössische Berufung gegen Entscheide im Eheschutzverfahren auch unter dem neuen Scheidungsrecht nicht zulässig ist (BGE 127 III 474 = Pra 2001 Nr. 152), kann im Kassationsverfahren auch die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

b) Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO liegt vor, wenn Bestandteile der Akten, die im Zeitpunkt des fraglichen Entscheides dem Gericht vorlagen, überhaupt nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wurden und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist. Bei der willkürlichen tatsächlichen Annahme wird demgegenüber der Akteninhalt richtig wiedergegeben, aber in unrichtiger bzw. unvertretbarer Weise gewürdigt. Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 28). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 288).

c) Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begrün-

deter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 25; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69). Zur Begründung der Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts gehört, dass die Vorschrift, auf welche sich der Vorwurf stützt, anzugeben ist. Dazu bedarf es entsprechender rechtlicher Ausführungen (von Rechenberg, a.a.O., S. 16).

Die Beschränkung der kassationsgerichtlichen Kognition auf klare Rechtsverstösse zeigt sich auch im Zusammenhang mit Entscheiden gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3 ZGB i.V. mit Art. 285 ZGB (Unterhaltsbeitragsregelung im Rahmen des Eheschutzes), welche der Richter nach Recht und Billigkeit zu treffen hat. Hier kann es nicht Aufgabe der Kassationsinstanz sein, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen. Eine Verletzung klaren Rechts liegt vielmehr nur dann vor, wenn der Vorderrichter das ihm zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (vgl. ZR 90 Nr. 95; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 und N 52a zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69f.; s.a. ZR 99 Nr. 25, Erw. 2.4).

d) Schliesslich bleibt anzumerken, dass es Sache der Kassationsinstanz ist zu untersuchen, unter welchen Kassationsgrund der geltend gemachte Tatbestand fällt. Es schadet dem Beschwerdeführer nicht, wenn er den geltend gemachten Kassationsgrund rechtlich falsch subsumiert hat, oder wenn er nicht angegeben hat, auf welche Ziffer von § 281 ZPO er sich beruft (von Rechenberg, a.a.O., S. 18).

3. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe im Bedarf der Beschwerdegegnerin in zweierlei Hinsicht zu Unrecht Mietkosten in der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Höhe berücksichtigt (KG act. 1 S. 3-5).

3.1 a) Das Obergericht habe in Verletzung klaren materiellen Rechts festgehalten, so der Beschwerdeführer, dass in denjenigen Fällen, in denen eine Scheidung unmittelbar bevorstehe oder wie vorliegend bereits rechtshängig sei, die Verpflichtung zu tieferen Ausgaben *"auf klare Fälle zu beschränken (sei), in denen davon auszugehen ist, dass der Scheidungsrichter bei unveränderter Tatsa-*

chenlage mit grosser Wahrscheinlichkeit in gleichem Sinne entscheiden wird" (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift). Der Beschwerdeführer kritisiert, diese vorinstanzliche Einschränkung finde nicht nur nirgends eine Rechtsgrundlage, sondern sie sei nachgerade unvertretbar, zumal sich auch der Ehescheidungsprozess ohne Weiteres über mehrere Jahre durch mehrere Instanzen hinziehen könne, während dessen Dauer die sich an der (überhöhten) ehelichen Lebenshaltung orientierende eheschutzrichterliche Unterhaltsermittlung Gültigkeit beanspruchen würde. Die vorinstanzliche Einschränkung würde den Zweck der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, nämlich zu verhindern, dass ein Ehegatte im nicht der Sanierung der Ehe dienenden Eheschutzverfahren schlechter gestellt sei als nach einer Scheidung, klar unterlaufen. Hinzu komme, dass die überhöhten Mietkosten unter Hinweis auf die klare bundesgerichtliche Rechtsprechung bereits mit Eingabe vom 31. Juli 2003, mithin lange vor Rechtshängigkeit der Scheidung, geltend gemacht worden seien (KG act. 1 S. 3/4).

b) Die Vorinstanz erwog unter Hinweis auf BGE 128 III 65, grundsätzlich besitze die ansprechende Partei im Eheschutzverfahren einen Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Lebenshaltung, sofern dies die finanziellen Verhältnisse zuliessen. Sei aber eine Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu erwarten, rücke das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit in den Vordergrund. Das vorliegende Eheschutzverfahren diene offensichtlich nicht dem Ziel, die Bande der Ehe aufrechtzuerhalten oder zu stabilisieren, zumal der gemeinsame Haushalt bereits seit 1. März 2002 aufgehoben sei und der Beschwerdeführer mit einer neuen Lebenspartnerin, mit welcher er ein gemeinsames Kind gezeugt habe, zusammenlebe. Überdies sei zwischen den Parteien bereits ein Scheidungsverfahren rechtshängig. Es rechtfertige sich daher, in die eheschutzrichterliche Unterhaltsermittlung die Grundsätze des nahehelichen Unterhalts miteinfließen zu lassen. Allerdings habe der Eheschutzrichter namentlich in denjenigen Fällen, in denen nicht nur der gemeinsame Haushalt definitiv aufgehoben, sondern auch eine Scheidung unmittelbar bevorstehe oder wie vorliegend bereits rechtshängig sei, die Verpflichtung zu höheren Einkünften oder tieferen Ausgaben auf klare Fälle zu beschränken, in denen davon auszugehen sei, dass der Scheidungsrichter bei unveränderter Tatsachenlage mit grosser Wahrscheinlichkeit in

gleichem Sinne entscheiden werde. In allen anderen Fällen sei der Entscheid betreffend Verpflichtung zu höherem Einkommen oder Reduktion von Lebenshaltungskosten dem Scheidungsrichter zu überlassen (KG act. 2 S. 8).

c) Die Festsetzung des nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vom einen Ehegatten geschuldeten Geldbetrages (Unterhaltsanspruch) erfolgt hinsichtlich der Berechnung des Einkommens und des Bedarfs der Ehegatten im Wesentlichen nach den Grundsätzen, welche für den nahehelichen Unterhalt gelten (Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, N 21.24). Gewisse Unterschiede ergeben sich allerdings durch die beschränkte Solidarität nach Auflösung der Ehe (Hegnauer/Breitschmid, a.a.O., N 21.23a). Die Festsetzung der Geldbeträge hat demnach den fortbestehenden ehelichen Pflichten der Ehegatten im Hinblick auf den Unterhalt der Familie Rechnung zu tragen und hat die durch die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts veränderten Grundlagen der bisherigen diesbezüglichen Verständigung der Ehegatten an die neue Situation anzupassen (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Bern 1999, N 18 f. zu Art. 176 ZGB). Die Ehegatten haben im Rahmen des Eheschutzverfahrens bei fortbestehender Ehe grundsätzlich Anspruch auf gleiche Lebenshaltung im bisherigen Umfang, sofern nicht ein Mehrbedarf zu gewissen Einschränkungen führt (Hausheer/Reusser/Geiser, N 18 zu Art. 176 ZGB). Ist mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht ernsthaft zu rechnen, so sind bei der Beurteilung des Unterhalts und insbesondere der Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien allerdings mit einzubeziehen. Dabei gewinnt das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit zunehmend an Bedeutung (BGE 128 III 65 f.; BGer in FamPra 2003, S. 390 f. [dieser Entscheid betrifft allerdings den nahehelichen Unterhalt, erwähnt jedoch den hiavor genannten Entscheid]; Hausheer/Brunner, in Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 4.98).

d) Die Vorinstanz brachte an der angefochtenen Stelle zum Ausdruck, dass es in Fällen wie dem vorliegend zu beurteilenden, in denen bereits erste Schritte im Hinblick auf eine Scheidung unternommen wurden, gerechtfertigt sei, dem vorübergehenden Charakter der Eheschutzmassnahmen Rechnung zu tragen und

Massnahmen, welche nicht einfach rückgängig gemacht werden könnten oder einschneidende Auswirkungen auf die Familie hätten, nur zurückhaltend anzuordnen seien. Inwiefern diese Ansicht die vorstehend erwähnten Prinzipien der Unterhaltsberechnung im Eheschutzverfahren verletzen würde, ist nicht ersichtlich. Im aufgeführten Bundesgerichtsentscheid (BGE 128 III 65) stand denn auch die Frage der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit im Vordergrund. Das Bundesgericht hat hingegen nicht zur Thematik der Reduktion von Wohnkosten Stellung genommen bzw. nehmen müssen. Der Eheschutzrichter übt bei der Höhe des angemessenen Mietzinses sein Ermessen aus (Susanne Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1996, S. 97 f.). Erscheinen die Wohnkosten - angesichts der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien - als zu hoch, so kann eine Herabsetzung erfolgen, wobei jedoch nicht schematisch vorzugehen ist, sondern auf die Bedürfnisse der Familie verstärkt Rücksicht genommen werden muss. Insbesondere wenn eine Unterhaltsfestsetzung nur vorübergehenden Charakter hat - was für das Eheschutzverfahren zu bejahen ist - sind u.U. - zumindest für eine gewisse Zeit - überhöhte Wohnkosten aufzurechnen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 79). Einsparungen, die zu Veränderungen führen, welche später nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden können, sind in der Regel nicht zuzumuten. Deshalb sind bei der Bedarfsberechnung grundsätzlich die bisherigen tatsächlichen Wohnkosten jedes Ehegatten einzusetzen (Geiser, Familienrechtliche Unterhaltspflichten, in AJP 8/1993, S. 907). Angesichts dieser Grundsätze ist die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts unbegründet.

3.2 a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die (implizite) Annahme der Vorinstanz, dass die Frage nach der Höhe des der Beschwerdegegnerin konkret zustehenden Mietzinses nicht klar sei und deshalb dem Scheidungsrichter überlassen werden müsse, sei eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Es sei aktenkundig, dass die Parteien nur gerade zwei Jahre zusammen gelebt hätten, mithin eine so kurze Dauer, dass die Lebensverhältnisse dadurch nicht nachhaltig hätten geprägt werden können. Damit müsse aber selbst nach dem von der Vorinstanz angelegten Massstab die gefor-

derte Reduktion des Mietzinses für die Beschwerdegegnerin von Fr. 3'420.-- auf Fr. 2'000.-- vorgenommen werden. Daran ändere entgegen der Annahme der Vorinstanz auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer für seine Wohnung Fr. 3'595.-- (inkl. Nebenkosten und Garage) bezahlen müsse. Er bewohne diese Wohnung zu Dritt. Zudem arbeite er in dieser Wohnung, wofür ihm eine Büroentschädigung von Fr. 250.-- gewährt werde. Schliesslich sei er als sog. teilmotorsierter Mitarbeiter auch auf den im Mietzins einberechneten Garagenplatz angewiesen (KG act. 1 S. 4/5).

b) Die Vorinstanz hielt fest, wenngleich ein Mietzins von Fr. 3'420.-- für eine Person mit einem Kleinkind selbst bei günstigen finanziellen Verhältnissen als verhältnismässig hoch zu bezeichnen sei, bestehe zumindest im Eheschutzverfahren kein Anlass, vom aktuell zu bezahlenden Mietzins der Beschwerdegegnerin abzuweichen und von einem hypothetischen Betrag auszugehen. Diese Einschätzung sei dem Scheidungsrichter zu überlassen. Anzuführen sei, dass sich dieses Ergebnis um so mehr rechtfertige, wenn man in Betracht ziehe, dass der Beschwerdeführer betreffend seiner Person offensichtlich einen anderen Massstab für angebracht halte, gestatteten es ihm doch seine scheinbar so prekären finanziellen Verhältnisse, per 1. Mai 2004 mit seiner Lebenspartnerin und der gemeinsamen Tochter B. eine teurere Wohnung zu beziehen, welche statt wie bisher Fr. 3'030.-- neu Fr. 3'595.-- koste. Die Behauptung des Beschwerdeführers, aufgrund seiner angespannten finanziellen Situation habe die Beschwerdegegnerin dringend ihre Wohnkosten zu reduzieren, erweise sich somit nicht als angebracht (KG act. 2 S. 8/9).

c) Für die von den Parteien gemeinsam bewohnte Familienwohnung (5-Zimmer-Attikawohnung) betrug der Mietzins Fr. 5'990.-- (vgl. ER act. 10/16). Nach dem Auszug des Beschwerdeführers aus der ehelichen Wohnung im März 2002 (vgl. ER act. 10 S. 2; act. 13 S. 2) bezog die Beschwerdegegnerin per 1. August 2002 eine 4 ½-Zimmerwohnung mit dem vorliegend zur Diskussion stehenden Mietzins (ER act. 10/1). Zu berücksichtigen ist somit, dass die Beschwerdegegnerin nicht in der ehelichen Wohnung verblieb, sondern ihr Umzug bereits zu einer Reduktion der Wohnkosten führte. Angesichts des vorübergehenden Charakters

des Eheschutzverfahrens an sich, welcher im Übrigen durch die Festsetzung der zweijährigen Trennungsfrist als Scheidungsvoraussetzung noch verstärkt wurde, und - aufgrund des hängigen Scheidungsverfahrens - des vorliegenden Verfahrens im Speziellen, kann der vorinstanzliche Entscheid nicht als unhaltbar bezeichnet werden. Anzumerken bleibt, dass die Vorinstanz - wie aus den vorstehenden Erwägungen ersichtlich - berücksichtigt hat, dass der Beschwerdeführer seine derzeitige Wohnung zusammen mit seiner Lebenspartnerin und dem gemeinsamen Kind bewohnt. Dass bezüglich der Wohnkosten eine exakte Aufteilung pro Kopf und ein entsprechender Vergleich vorzunehmen wäre, ist abzulehnen. Nicht ersichtlich ist sodann, inwiefern der Umstand, dass dem Beschwerdeführer eine Büroentschädigung von Fr. 250.-- ausbezahlt wird und er auf einen Garagenplatz angewiesen ist, die konkreten vorinstanzlichen Erwägungen zu entkräften vermöchte. Eine unverhältnismässige Differenz ergibt sich daraus nicht.

4. Weitere Rügen des Beschwerdeführers betreffen den ihm von der Vorinstanz angerechneten Bedarf (KG act. 1 S. 5 f.).

4.1 a) Der Beschwerdeführer bemängelt, es verstosse gegen klares materielles Recht, wenn ihm die Vorinstanz ab September 2003 nur noch einen reduzierten Grundbetrag von Fr. 775.-- zugestehe und dies damit begründe, dass die Unterstützung des Beschwerdeführers gegenüber seiner einkommens- und vermögenslosen Lebenspartnerin nicht in Erfüllung einer rechtlichen, sondern bloss einer sittlichen Pflicht erfolge. Die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers betreue die gemeinsame Tochter. Die Finanzierung dieser Betreuungsaufgabe sei nicht bloss eine sittliche, sondern eine rechtliche Pflicht des Beschwerdeführers. Dies gelte nicht nur für eheliche, sondern auch für ausserehelich geborene Kinder. Allein diese Sichtweise lasse sich mit dem generellen Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 vereinbaren. Daran ändere die von der Vorinstanz bemühte Nachrangigkeit der Verwandtenunterstützungspflicht überhaupt nichts. Im Umfang des existentiellen Notbedarfs, der für den Beschwerdeführer und seine das gemeinsame Kind betreuende Partnerin Fr. 1'550.-- und für die Beschwerdegegner-

rin Fr. 1'100.-- betrage, sei die Gleichrangigkeit der beiden Kindsmütter zwingend (KG act. 1 S. 5/6).

b) Vorwegzunehmen ist, dass der Hinweis in der Beschwerdeschrift auf die Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 (KG act. 1 S. 6) verfehlt ist. An der bezeichneten Stelle befasst sich die Botschaft mit der Frage, inwiefern verschiedene Bestimmungen der EMRK für die Regelung der Anwesenheit von Ausländerinnen und Ausländern massgebend seien. Daraus kann, entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung, nichts in Bezug auf die Bedarfsberechnung zur Festlegung von Unterhaltsbeiträgen im Eheschutzverfahren abgeleitet werden.

c) Die Vorinstanz hielt fest, die Bedürfnisse eines ausserhalb der Ehe geborenen Kindes, welches mit dem unterhaltspflichtigen Elternteil zusammenlebe, seien im Bedarf angemessen zu berücksichtigen. Dem Beschwerdeführer seien daher die Kosten für die Tochter B. in seinem Bedarf zuzubilligen. Im Gegensatz zur Unterhaltspflicht an sein aussereheliches Kind erfolge die behauptete Unterstützung seiner Lebenspartnerin indes nicht in Erfüllung einer rechtlichen, sondern vielmehr einer sittlichen Pflicht. Bereits angesichts der Tatsache, dass die Verwandtenunterstützungspflicht gemäss Art. 328 Abs. 1 ZGB subsidiär zur ehelichen Beistands- und Unterhaltspflicht bestehe, werde deutlich, dass diese Rangfolge, gelte sie bereits für rechtlich geschuldete Unterstützungsleistungen, auch für die in Erfüllung einer sittlichen Pflicht vorgenommenen Zahlungen gelten müsse. Es dürfe daher nicht zulasten der Beschwerdegegnerin und des gemeinsamen ehelichen Kindes gehen, wenn sich der Beschwerdeführer entscheide, seine neue Lebenspartnerin zu unterstützen. Daran nichts zu ändern vermöge auch das mutmasslich fehlende Einkommen und Vermögen der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers. Abgesehen davon wären die ausschliesslich die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers betreffenden Krankenkassenkosten auch deshalb nicht zu berücksichtigen, weil der Beschwerdeführer nicht dargelegt habe, dass die Prämien tatsächlich von ihm bezahlt würden (KG act. 2 S. 10/11).

d) Entgegen der Darstellung in der Beschwerde entspricht es der heutigen Praxis, in einer dauerhaften Lebensgemeinschaft den halben Ehepaar-

Grundbetrag einzusetzen (BGE 130 III 765; Rolf Vetterli in FamKommentar Scheidung [Hrsg. Ingeborg Schwenzer], Bern 2005, N 34 zu Art. 176). Lebt ein Ehegatte mit einer neuen Partnerin zusammen, so ist zu beachten, dass mangels gesetzlicher Regelungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft aber keine gesetzliche Unterhalts- oder Beistandspflicht nach dem Vorbild der Ehe vorliegt. Selbst eine analoge Anwendung von Art. 163 ZGB wird von der herrschenden Lehre abgelehnt. Den Lebenspartnern steht es frei, diesbezüglich eine vertragliche Regelung zu treffen. Ohne anders lautende Vereinbarung bestehen indessen keine Unterhaltspflichten. Allfällige gleichwohl erbrachte Leistungen sind als Gefälligkeiten oder als Erfüllung sittlicher Pflichten zu betrachten (Alexandra Rumo-Jungo/Peter Liatowitsch, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft: vermögens- und kindesrechtliche Belange, in FamPra 2004, S. 904 m.H.). Ein Ehepartner kann sich nicht darauf berufen, er habe für seine(n) mittellosen Konkubinatspartner/-partnerin zu sorgen, weshalb es ihm nicht mehr möglich sei, für den gebührenden Unterhalt des Ehepartners aufzukommen. Auch wenn es sich um ein gefestigtes Konkubinat, d.h. eine intensive Beziehung mit eheähnlichen Pflichten zur Leistung von Beistand und Hilfe handeln sollte, hat der eherechtliche Unterhaltsanspruch Vorrang (Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180, Zürich 1998, N 21 zu Art. 163 ZGB m.H. auf ZR 78 Nr. 58). Eine während bestehender Ehe aufgenommene eheähnliche Lebensgemeinschaft bedeutet eine schwere Verletzung der ehelichen Pflichten, weshalb der Unterhaltsverpflichtete keine Minderung seiner Unterhaltsverpflichtung verlangen kann, bzw. Leistungen an den neuen Lebenspartner nicht dem Eigenbedarf des Unterhaltsverpflichteten anzurechnen sind (Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, a.a.O., S. 566). Auch die vom Beschwerdeführer dargelegte Konstruktion einer rechtlichen Unterstützungspflicht seiner Lebenspartnerin aufgrund einer Unterstützungspflicht gegenüber dem gemeinsamen Kind überzeugt nicht. Das gemeinsame Kind hat zwar einen selbstständigen Anspruch auf Unterhalt und Unterstützung gegenüber dem (leiblichen) Vater, hingegen lässt sich daraus kein gegenseitiger rechtlicher Anspruch unverheirateter Eltern konstruieren. Daran vermag der Hinweis auf Art. 3 der UNO-Kinderrechtskonvention (UNKRK)

nichts zu ändern. Weder ist ersichtlich oder wird in der Beschwerde dargelegt, inwiefern sich aus der angegebenen Bestimmung Entsprechendes ableiten liesse, noch führt der Beschwerdeführer aus, aufgrund welcher Überlegungen überhaupt davon auszugehen wäre, dass es sich bei Art. 3 UNKRK um eine direkt anwendbare Bestimmung handelte, zumal Art. 3 als allgemeiner Leitgrundsatz das Ziel des Übereinkommens umschreibt (vgl. zum Ganzen Giovanni Biaggini, Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt? Tragweite, Umsetzung und Durchsetzung des Übereinkommens in der Schweiz, Bedeutung des "Kinderschutz-Artikels" [Art. 11] der neuen Bundesverfassung, in: Die Rechte des Kindes [Hrsg. Regula Gerber Jenni/Christina Hausammann], Basel u.a. 2001, S. 25 ff.). Damit ergibt sich, dass die vorinstanzliche Auffassung unter geltendem Recht nicht zu beanstanden ist.

4.2 Nach dem vorstehend Gesagten ist ebenfalls nicht zu bemängeln, dass das Obergericht die Krankenkassenprämie der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers nicht in dessen Bedarf miteinberechnete. Entgegen der Darstellung in der Beschwerde hat sodann die Vorinstanz nicht angenommen, jemand anderer als der Beschwerdeführer habe die Krankenkassenprämie bezahlt. Vielmehr brachte sie zum Ausdruck, dass grundsätzlich nur jene Zahlungen zu berücksichtigen seien, welche nachweisbar geleistet worden seien (und noch geleistet würden). Dasselbe gilt auch für die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Kosten der Entbindung. Die Vorinstanz hat nicht erwogen, es bestehe keine Rückerstattungspflicht, sondern der Beschwerdeführer habe nicht belegt, dass er die Erstattung dieser Kosten tatsächlich vorgenommen habe (KG act. 2 S. 11).

5.1 a) Es stelle eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar, ist der Beschwerdeführer der Ansicht, dass es *"unbestritten"* geblieben sei, *"dass die Fremdbetreuung von A. zum Einen nur in einem beschränkten Zeitrahmen erfolgt und zum andern nicht zum Zweck hatte und hat, die Klägerin von ihrer Betreuungsfunktion zu entlasten, um anstatt dessen einer Erwerbstätigkeit nachzugehen"* (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift). Er habe im laufenden Verfahren verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegegnerin A. nicht in-

tensiv betreue und eine ausgedehntere Erwerbstätigkeit zumutbar sei (KG act. 1 S. 7).

b) Was die Zumutbarkeit der Aufnahme einer umfangreicheren Arbeitstätigkeit anbelange, erwog die Vorinstanz, sei zwar anzumerken, dass A. unbestrittenmassen zeitweise ausserhäuslichen Aktivitäten nachgehe oder fremdbetreut werde. Dieser Umstand entspreche aber der bereits während des Zusammenlebens getroffenen Entscheidung beider Parteien, wofür der Beschwerdeführer aufgekomen sei und auch weiterhin aufzukommen habe. Unbestritten sei sodann in diesem Zusammenhang, dass die Fremdbetreuung von A. zum Einen nur in einem beschränkten Zeitrahmen erfolge und zum Anderen nicht zum Zweck gehabt habe und habe, die Beschwerdegegnerin von ihrer Betreuungsfunktion zu entlasten, um anstatt dessen einer Erwerbstätigkeit nachzugehen - vielmehr sei es darum gegangen, dem Kind A. den Umgang mit anderen Kindern zu ermöglichen und es mit der deutschen Sprache vertraut zu machen (KG act. 2 S. 15).

c) Aus den in der Beschwerde aufgeführten Aktenstellen geht zwar hervor, dass der Beschwerdeführer vor Erstinstanz vorbrachte, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit jedenfalls in einem bestimmten Umfang sei für die Beschwerdegegnerin zumutbar. Dass jedoch die Fremdbetreuung von A. dazu bestimmt sei bzw. gewesen sei, eine solche Erwerbstätigkeit zu ermöglichen, kann diesen Aktenstellen nicht entnommen werden. Die Vorinstanz ist nicht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe nie eingewendet, die Beschwerdegegnerin könne angesichts der teilweisen Fremdbetreuung von A. eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, bzw. deren Umfang erweitern. Eine willkürliche oder aktenwidrige Annahme liegt nicht vor.

5.2 a) Eine aktenwidrige tatsächliche Annahme sieht der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Hinweis, dass die Aufnahme einer Teilzeitarbeit in der Regel erst dann zumutbar sei, wenn das zu betreuende Kind das zehnte Altersjahr vollendet habe, obschon die Beschwerdegegnerin selber die Auffassung vertrete, dass sie sehr gerne arbeiten werde, sobald A. in die Schule gehe (KG act. 1 S. 7/8).

b) Der beschwerdeführerische Einwand ist offensichtlich unbegründet. Zum einen ist nicht ersichtlich, inwiefern der vorinstanzliche Hinweis auf eine konstante Praxis eine aktenwidrige oder willkürliche Annahme bzw. willkürliche Anwendung materiellen Rechts darstellen könnte. Ebenso wenig wird in der Beschwerde dargelegt, die Vorinstanz verkenne die geltende Praxis. Zum anderen hat die Vorinstanz auch nicht festgehalten, entgegen der eigenen Angabe der Beschwerdegegnerin sei es ihr auch im Zeitpunkt des Schuleintritts von A. (geb. 2000) noch nicht zuzumuten, eine (ausgedehntere) teilzeitliche Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

5.3 a) Der Beschwerdeführer moniert sodann eine Verletzung klaren materiellen Rechts, indem das Obergericht die Beurteilung, ob und inwieweit der Beschwerdegegnerin in Zukunft allenfalls ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sein werde, dem Scheidungsrichter überlassen wolle. Die Vorinstanz wäre gehalten gewesen, die Grundsätze des nahehelichen Unterhalts einfließen zu lassen (KG act. 1 S. 8).

b) Klarzustellen ist zunächst, dass der Eheschutzrichter grundsätzlich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt seines Entscheides zu urteilen hat. Ändern sich die Verhältnisse, so steht den Parteien das Abänderungsverfahren der angeordneten Eheschutzmassnahmen offen. Demnach hatte die Vorinstanz als Eheschutzgericht darüber zu entscheiden, ob der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Entscheides - und nicht etwa im noch nicht bestimmten Zeitpunkt des Schuleintritts von A. - die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zugemutet werden kann. Die Vorinstanz hat entschieden, dass der Beschwerdegegnerin aufgrund der konkreten Verhältnisse und unter Berücksichtigung der herrschenden Praxis im Entscheidzeitpunkt nicht zugemutet werden könne, einer umfangreicheren Erwerbstätigkeit nachzugehen. Dabei hat das Obergericht - wie der Hinweis auf BGE 115 II 9 b. zeigt - die Grundsätze des nahehelichen Unterhaltes nicht unberücksichtigt gelassen. Wenn die Vorinstanz daran anschliessend noch anfügte, die Beurteilung, ob und inwieweit der Beschwerdegegnerin in Zukunft allenfalls ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sein werde, sei dem Scheidungsrichter zu

überlassen, geht dies über einen allgemeinen Hinweis nicht hinaus. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

5.4 Wie aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich wird, zielt der Vorwurf des Beschwerdeführers, es stelle eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme dar, wenn die Vorinstanz die finanziellen Verhältnisse der Parteien "nicht als knapp" bezeichne (KG act. 1 S. 8), ins Leere. Weiterungen hiezu erübrigen sich.

6. Das Einkommen des Beschwerdeführers bildet Gegenstand des dritten Teils der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 8-11).

6.1 a) Der Beschwerdeführer rügt, die vorinstanzliche Annahme, er könne über einen Drittel des Wertes des Kontos bei der Bank Z., Nr. 2120.402.01, und damit über Fr. 1'116'686.-- verfügen, verletze klares materielles Recht. Es handle sich bei diesem Konto nachweislich um ein gemeinsames Konto der drei Söhne von C. Damit sei rechtlich ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer ohne Zustimmung seiner Brüder und Miterben über seinen Anteil verfügen könne (KG act. 1 S. 8). Wenn die Vorinstanz überdies annehme, es bestehe unter den drei Brüdern ein Teilungswille, sei dies aktenwidrig und willkürlich. Würde dieser Teilungswille tatsächlich bestehen, so hätte kein Anlass für die Errichtung eines Gemeinschaftskontos bestanden. Gerade der Umstand, dass lediglich eine Teilzahlung erfolgt und der verbleibende Betrag auf ein Gemeinschaftskonto überwiesen worden sei, belege, dass ein darüber hinausgehender Teilungswille nicht bestehe (KG act. 1 S. 9).

b) Die Vorinstanz erwog, die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Verteilung des Auktionserlöses vermöchten nicht zu überzeugen, sei doch den entsprechenden Bankbelegen zu entnehmen, dass es sich bei dem vom Beschwerdeführer als der Erbengemeinschaft zugehörig benannten Konto um ein Gemeinschaftskonto handle, welches auf den Namen des Beschwerdeführers und seiner beiden Brüder, D. und E., laute. Zutreffend sei daher vielmehr das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, der Auktionserlös sei nicht an die Erbengemeinschaft F., sondern auf ein gemeinsames Konto der Söhne von C. geflos-

sen. Das auf den Beschwerdeführer und seine beiden Brüder lautende Gemeinschaftskonto bzw. -depot, an welchem Ersterer unbestritten zu einem Drittel beteiligt sei, weise einen Wert von Fr. 3'350'057.-- auf. Die beschwerdeführerische Behauptung, es bestehe kein Teilungswille, wirke allein schon in Anbetracht der bereits erfolgten namhaften Auszahlung an den Beschwerdeführer nicht überzeugend. Zudem habe der Beschwerdeführer seinen dahingehenden Standpunkt durch keinerlei Nachweis zu erhärten vermocht. Es sei daher glaubhaft, dass der Beschwerdeführer über einen Drittel, mithin über Fr. 1'116'686.-- verfügen könne (KG act. 2 S. 23).

c) Festzuhalten ist zunächst, dass sich der von der Vorinstanz berücksichtigte Wert von Fr. 3'350'057.-- entgegen der Darstellung in der Beschwerdeschrift nicht aus den Gutschriftsanzeigen betreffend das Kontokorrent-Konto mit der Nr. 2120.402.01 (OG act. 26/5a-c) ergibt, sondern aus der Kopie einer "Depotbewertung" per 24.05.2004 (OG act. 26/5e). Zwar lautet auch dieses Depot - wie die Gutschriftsanzeigen - auf den Namen von D., X. und E., doch lässt dies nicht zwingend den einzigen Schluss zu, es handle sich beim aufgeführten Guthaben um ein (noch) nicht teilbares Guthaben einer Erbengemeinschaft. Auch besagt alleine der Umstand, dass ein Konto oder ein Depot auf den Namen verschiedener Berechtigter lautet, noch nichts über die Verfügbarkeit aus. Was sodann den von der Vorinstanz als angesichts der erfolgten namhaften Auszahlung nicht glaubhaft gemachten Teilungswillen anbelangt, so vermag der Beschwerdeführer alleine mit seiner gegenteiligen Auffassung keine willkürliche Beweiswürdigung darzutun. Es sind verschiedene Gründe denkbar, welche für die Aufrechterhaltung eines gemeinsamen Depots sprechen können. Der Beschwerdeführer legt auch nicht dar, dass oder inwiefern es ihm entgegen der vorinstanzlichen Angabe nicht möglich gewesen wäre, einen entsprechenden Nachweis zu erbringen. Die Vorbringen des Beschwerdeführers erweisen sich damit als unbegründet.

6.2 a) Als grundsätzlich richtig bezeichnet der Beschwerdeführer die obergerichtliche Schlussfolgerung, dass er aufgrund des Verkaufs des Flugzeuges Cessna Citation und der damit verbundenen Übernahme des Darlehens in der Höhe von Fr. 2,32 Mio. über ein Guthaben in dieser Höhe verfüge. Die Vorinstanz

unterschlage aber - worauf er vor Erstinstanz sowie im Rekursverfahren hingewiesen habe - dass vor dem Schiedsgericht der Aerosuisse seit 29. Oktober 2003 ein Rükkeignungs- und Verwertungsverfahren rechtshängig sei. Das Flugzeug und damit auch die darauf lastende Flugzeughypothek bilde Streitgegenstand des Schiedsgerichtsverfahrens und sei deshalb blockiert (KG act. 1 S. 9 f.).

b) Zutreffend ist, dass sich die Vorinstanz zu dem vom Beschwerdeführer behaupteten Schiedsgerichtsverfahren nicht ausdrücklich äussert. Indem sie aber auf die entsprechende Aktenstelle (Eingabe des Beschwerdeführers [OG act. 33 S. 7] verweist (KG act. 2 S. 24) und folgert, es sei demnach im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO sofort glaubhaft, dass der Beschwerdeführer weiterhin über das Guthaben im Umfange von Fr. 2,32 Mio. verfüge, wird zum Ausdruck gebracht, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers zwar gehört, aber nicht als wesentlich betrachtet wurde. Hätte der Beschwerdeführer diesbezüglich eine Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör geltend machen wollen, wäre dieser Einwand unbegründet. Wenn die Vorinstanz sodann implizit bzw. e contrario die Meinung vertrat, es sei nicht glaubhaft gemacht, dass das vom Beschwerdeführer behauptete Schiedsgerichtsverfahren etwas daran ändere, dass er über ein verzinsliches Guthaben verfüge, so erscheint auch dies nicht als unhaltbar. Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer das Schiedsverfahren vor beiden Vorinstanzen bereits erwähnte, irgend welche Belege reichte er jedoch nicht ein und er macht auch nicht geltend, dass er nicht über solche verfügte. Anzumerken bleibt der Klarheit halber, dass die Vorinstanz nicht die Auffassung vertritt, der Beschwerdeführer könne über den Darlehensbetrag nach Belieben verfügen, indem er beispielsweise dessen Rückzahlung fordere und das Geld anderweitig einsetze. Vielmehr bringt das Obergericht zum Ausdruck, dass dem Beschwerdeführer das Guthaben zustehe und er aus diesem Guthaben einen Ertrag, nämlich den Darlehenszins, erwirtschaftete.

6.3 a) Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, die vorinstanzliche Anrechnung einer durchschnittlichen Verzinsung von 3 % sei willkürlich, bzw. völlig unrealistisch. Das Kontokorrentkonto, auf dem sich seit Mai 2004 das einzig verfügbare Vermögen des Beschwerdeführers befinde, werde derzeit zu 0.125 % ver-

zinst. Was die effektive Performance des Kontos der drei Brüder anbelange, so rentierten die von der Bank Z. in ihrem Angebot geführten Vermögensverwaltungsmandate in den vergangenen Monaten zwischen -2.2 % und 3 %, wobei sichere Anlagen mit maximal 1 % verzinst werden könnten. Willkürlich und aktenwidrig sei sodann auch, den Beginn des angeblichen Zinsenlaufs auf Mai 2003 anzusetzen, zumal die Vorinstanz selbst davon ausgehe, die Auktion der Nachlasswerte habe erst am 3./4. Februar 2004 stattgefunden (KG act. 1 S. 10/11).

b) Die Vorinstanz kam zusammenfassend zum Schluss, es sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seit Juli 2002 über das erwähnte Darlehen im Umfang vom Fr. 2,32 Mio. und zusätzlich seit Mai 2003 über Vermögenswerte von rund Fr. 1,25 Mio. aus einer Erbschaft verfüge. Unter Berücksichtigung einer angemessenen durchschnittlichen Verzinsung des Darlehens bzw. Vermögens von 3 % resultiere ab Juni 2002 ein monatlicher Vermögensertrag von rund Fr. 5'800.-- und ab Mai 2003 ein ebensolcher von zirka Fr. 8'900.--. Unter Hinzurechnung der Erwerbseinkünfte werde somit ersichtlich, dass der Beschwerdeführer zu jedem Zeitpunkt mindestens über ein Einkommen von Fr. 12'600.-- verfügt habe. Da die Beschwerdegegnerin nicht behauptet habe, das vom Erstrichter festgestellte Einkommen von Fr. 12'600.-- sei zu tief bemessen, habe es dabei zu bleiben (KG act. 2 S. 24/25).

c) aa) Wenn die Vorinstanz erwog, es sei von einer durchschnittlichen Verzinsung von 3 % auszugehen, stellt dies eine Vermutung der Vorinstanz dar, welche auf der allgemeinen Lebenserfahrung beruht. Aufgrund welcher Aktenstellen von einer abweichenden Verzinsung auszugehen wäre, wird in der Beschwerdeschrift nicht dargelegt, insbesondere ist nicht ersichtlich, aus welchen Aktenstücken sich - für die Vorinstanz ersichtlich - die vom Beschwerdeführer behauptete Rendite der Vermögensverwaltungsmandate zwischen -2.2 % und 3 % ergeben würde. Es fehlen auch Angaben über die Anlagestrategie betreffend des fraglichen Wertschriftendepots. Einer Partei kann sodann in Bezug auf die Anrechenbarkeit von Vermögenserträgen für die Bestimmung der Leistungsfähigkeit bzw. Bedürftigkeit betreffend Unterhaltsbeiträgen zugemutet werden, ihr Vermögen möglichst ertragreich anzulegen. Wirft es keinen oder einen sehr geringen Ertrag

ab, weil die Anlage vorwiegend auf Werterhaltung und nicht auf Ertrag ausgerichtet ist, muss unter Umständen ein hypothetischer Ertrag berücksichtigt werden (Hausheer/Spycher, a.a.O., S. 57; Kass.-Nr. 96/143Z, Entscheid vom 11. November 1996 i.S. W., Erw. II.4). Bei dieser Ausgangslage - insbesondere da auch der Beschwerdeführer eine Rendite von 3 % als möglich betrachtet - kann die vermutungsweise Annahme der Vorinstanz noch nicht als geradezu unhaltbar betrachtet werden.

bb) Richtig ist - und auch von der Beschwerdegegnerin anerkannt (KG act. 11 S. 12) -, dass die Vorinstanz offensichtlich versehentlich einen Vermögensertrag aus Erbschaft anstatt seit Mai 2004 bereits seit Mai 2003 anrechnete, nachdem der fragliche Auktionserlös erst im Februar 2004 erzielt und im Laufe des März 2004 überwiesen wurde (OG act. 26/5a-c). Aufgrund der obergerichtlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 24/25) und der entsprechenden Aufstellung (KG act. 2 S. 25) muss davon ausgegangen werden, dass es sich nicht um einen reinen Schreibfehler, mithin die Verwechslung der Jahre 2003 und 2004, handelt, sondern dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den fraglichen Vermögensertrag tatsächlich anrechnete. Allerdings wirkt sich dies erst für den Zeitraum ab Dezember 2003 aus, da der Beschwerdeführer gemäss unangefochtener Erwägungen des Obergerichts bis und mit November 2003 ohne Berücksichtigung eines Vermögensertrages ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 12'600.-- erzielte (KG act. 2 S. 20). Die vorinstanzliche Unterhaltsberechnung für den Zeitraum Dezember 2003 bis und mit April 2004 hingegen ist mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet und die Beschwerde ist diesbezüglich gutzuheissen.

Wie sich nachfolgend zeigen wird (Ziff. III), ergibt sich bei der Neuberechnung der Unterhaltsleistungen immer noch ein Freibetrag. Bei dieser Sachlage besteht entgegen der beschwerdegegnerischen Auffassung (KG act. 11 S. 12) kein Anlass, zufolge eines früheren Mehreinkommens des Beschwerdeführers auf eine Neuberechnung zu verzichten.

cc) Offen bleiben kann, inwiefern dem Beschwerdeführer ein Vermögensertrag auf dem Guthaben von Fr. 140'000.-- auf dem Kontokorrentkonto anzurechnen ist. Die Vorinstanz ging nämlich davon aus, dass dem Beschwerdeführer ab

Dezember 2003 eine Arbeitslosenentschädigung von Fr. 6'505.-- zukomme. Nach der Berechnung der Vorinstanz ergibt sich für den Zeitraum ab Mai 2004 damit ein Einkommen des Beschwerdeführers (inkl. Vermögensertrag) von Fr. 15'405.-- (Fr. 6'505.-- + Fr. 8'900.--). Selbst wenn davon auszugehen wäre, im Umfang von Fr. 140'000.-- werde das Vermögen nur zu einem Prozentsatz von 0.125 % verzinst, läge das Einkommen des Beschwerdeführers immer noch über dem vom Obergericht angenommenen Betrag von Fr. 12'600.-- (Fr. 6'505.-- + Fr. 5'800.-- [3 % von Fr. 2.32 Mio. : 12] + Fr. 2'775.-- [3 % von Fr. 1.11 Mio. : 12] = Fr. 15'080.--). Auch bei Annahme eines Nichtigkeitsgrundes hätte sich dies im Ergebnis nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorinstanzliche Berechnung des beschwerdeführerischen Einkommens für die Zeit vom 1. Dezember 2003 bis 30. April 2004 mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet ist, was zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde führt.

III.

1. In Anwendung von § 291 ZPO kann die Kassationsinstanz, die einen Entscheid aufhebt, in der Sache selber einen neuen Entscheid fällen, wenn der Fall spruchreif ist. Das Kassationsgericht ist diesbezüglich nicht an Parteianträge gebunden (Kass.-Nr. 92/043, Entscheid vom 5. Juni 1992 i.S. B., Erw. I.5). Eine mündliche Verhandlung ist in diesen Fällen nur durchzuführen, wenn sich die Beschwerde gegen ein Urteil, nicht aber gegen einen Beschluss wendet (§ 292 Abs. 1 ZPO).

2. Nach dem Gesagten ist die Unterhaltsberechnung für den Zeitraum 1. Dezember 2003 bis 30. April 2004 neu vorzunehmen, da für diese Zeitspanne von einem abweichenden Einkommen des Beschwerdeführers auszugehen ist. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass es angesichts der Überweisungen im Februar und März 2004 (OG act. 26/5a-c) und des vom Mai 2004 datierenden Depotauszuges (OG act. 26/5e) gerechtfertigt erscheint, den Vermögensertrag in Übereinstimmung mit dem vorinstanzlichen Entscheid ab Mai 2004

anzurechnen. Das anrechenbare Einkommen für den Zeitraum Dezember 2003 bis April 2004 setzt sich wie folgt zusammen:

Arbeitslosenentschädigung	Fr.	6'505.--
Vermögensertrag (Darlehen)	Fr.	5'800.--
Total	Fr.	12'305.--

Damit ergibt sich folgender Unterhaltsbeitrag (vgl. KG act. 2 S. 25), wobei zu berücksichtigen ist, dass die Freibetragsaufteilung unangefochten blieb und deshalb zu übernehmen ist:

Einkommen Beschwerdegegnerin	Fr.	50.--
+ Einkommen Beschwerdeführer	Fr.	12'305.--
Total Einkommen	Fr.	12'355.--
Bedarf Beschwerdegegnerin	Fr.	6'127.--
+ Bedarf Beschwerdeführer	Fr.	4'604.--
Total Bedarf	Fr.	10'731.--
Freibetrag	Fr.	1'624.--
Bedarf Beschwerdegegnerin	Fr.	6'127.--
- Einkommen Beschwerdegegnerin	Fr.	50.--
+ ½ Freibetragsanteil	Fr.	812.--
Total Unterhaltsbeitrag (gerundet)	Fr.	6'890.--

Die Höhe des Kinderunterhaltsbeitrages blieb im Beschwerdeverfahren im Grundsatz ebenfalls unangefochten. Damit ergibt sich für die Zeit vom 1. Dezember 2003 bis 30. April 2004 folgender monatlicher Unterhaltsbeitrag:

- Fr. 6'890.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und Fr. 5'390.-- für die Beschwerdegegnerin persönlich. Disp.-Ziff. 4d der Zweitverfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes ____ vom 16. Januar 2004 ist entsprechen zu ändern.

3. Angesichts der sich ergebenden minimalen Abweichung bei den Unterhaltsbeträgen für den Zeitraum Dezember 2003 bis April 2004 ist von einer Neuregelung der (nicht angefochtenen) Kosten- und Entschädigungsregelung der beiden vorinstanzlichen Verfahren abzusehen.

IV.

Schliesslich sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Beschwerdeverfahren festzulegen. Entsprechend der teilweisen Gutheissung der Beschwerde sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Obsiegen und Unterliegen zu treffen (§ 64 und 68 ZPO). Nachdem der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren keine konkreten Anträge stellt, sondern die Rückweisung an die Vorinstanz beantragt, sind die von ihm im Rekursverfahren gestellten Anträge beizuziehen. Zusammengefasst ist von folgendem Antrag des Beschwerdeführer hinsichtlich seiner Unterhaltsleistung auszugehen (OG act. 3; act. 10; act. 21 und act. 40):

- Mai 2002 bis November 2003 Fr. 5'500.--, wovon Fr. 1'500.-- Kinderunterhalt
- Dezember 2003 bis Februar 2005 Fr. 340.-- Kinderunterhalt
- Ab März 2005 Fr. 600.-- Kinderunterhalt.

Die Beschwerdegegnerin beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides (KG act. 11 S. 2). Die vom Beschwerdeführer beantragten Unterhaltsbeiträge belaufen sich damit (annäherungsweise bis und mit April 2005 berechnet) auf insgesamt Fr. 110'800.--, womit sich eine Differenz zu den mit vorliegendem Entscheid festgelegten Unterhaltzahlungen für den selben Zeitraum (Fr. 253'245.--) von Fr. 143'195.-- ergibt. Seitens der Beschwerdegegnerin beträgt die Differenz Fr. 750.--. Es ist offensichtlich, dass der Beschwerdeführer damit trotz teilweiser Gutheissung seiner Beschwerde lediglich zu einem äusserst geringen Teil (0.5 %) obsiegt. Damit rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Zudem ist er zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Disp.-Ziff. 3./4.d) des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. November 2004 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"3. ...

*<<4. d) ab 1. Dezember 2003:
Fr. 6'890.--, nämlich Fr. 1'500.-- für die Tochter A. (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) und
Fr. 5'390.-- für die Klägerin persönlich:>>"*

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 571.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks _____, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin:

