



Kass.-Nr. AA050096/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 24. März 2006

in Sachen

A. B. ,

geboren..., von ..., whft.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin C. D.

gegen

E. F.,

geboren ..., von ..., whft.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt G. H.

betreffend

Eheschutzmassnahmen (Unterhaltsbeiträge)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Juni 2005 (LP030050/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Dezember 2001 wurde beim Bezirksgericht I. das Eheschutzbegehren der Klägerin anhängig gemacht. Mit Verfügung vom 8. April 2003 nahm der Einzelrichter davon Vormerk, dass die Parteien seit dem 23. September 2001 getrennt leben. Er stellte die drei Kinder der Parteien (K., geb. 1986, L., geb. 1990 und M., geb. 1993) unter die Obhut der Klägerin und regelte das Besuchsrecht des Beklagten gegenüber den beiden jüngeren Kindern. Der Klägerin und den Kindern wurde die Liegenschaft N.strasse XX in O. samt Hausrat zur Benutzung zugewiesen. Weiter wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin für die drei Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von jeweils Fr. 2'000.-- zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen; der Klägerin persönlich soll der Beklagte Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'480.-- vom 1. Dezember 2001 bis 30. Oktober 2002, von Fr. 11'290.-- vom 1. November 2002 bis 30. April 2003 und von Fr. 13'290.-- ab 1. Mai 2003 bezahlen. Weitere Bestimmungen wurden über die anteilmässige Leistung des Beklagten an Zahnkorrekturkosten für L. und über den Unterhalt einer Liegenschaft in P., sowie den allfälligen Verkauf der Liegenschaft in Q. und jener in P. getroffen. Schliesslich ordnete der Eheschutzrichter zwischen den Parteien per 10. Dezember 2001 die Gütertrennung an (ER act. 48 = OG act. 3).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte Rekurs an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und beantragte eine Modifikation des Ferienbesuchsrechts sowie die Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge auf jeweils Fr. 1'250.-- im Monat zuzüglich Kinderzulagen und der Unterhaltsbeiträge an die Klägerin auf Fr. 3'000.-- im Monat. Weiter beantragte er die Aufhebung bzw. Abänderung der Bestimmungen über die Tragung der Kosten der Zahnkorrektur und der Liegenschaften O., Q. und P. bzw. über deren allfälligen Verkauf (OG act. 2 und 9). Der Beklagte erhob sodann einen weiteren Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters des Bezirkes I. vom 1. Juli 2003, mit welcher dieser seine Verfügung vom 8. April 2003 bezüglich dem Beginn der Kinderunterhaltsbeiträge

(rückwirkend auf den 1. Dezember 2001) berichtigte (OG act. 25); die Vorinstanz vereinigte die beiden Rekursverfahren mit Beschluss vom 16. Juli 2003 (OG act. 24). Nach verschiedenen Eingaben der Parteien hat die Vorinstanz mit Beschluss vom 9. Juni 2005 in teilweiser Gutheissung des Rekurses den Beklagten verpflichtet, der Klägerin ab 1. Dezember 2001 monatliche Unterhaltsbeiträge für die Kinder von je Fr. 1'500.-- zuzüglich Kinderzulagen (auch über die Mündigkeit hinaus) zu bezahlen (Disp.-Ziff. 1.7). Überdies wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'700.-- vom 1. Dezember 2001 bis 31. Oktober 2002, Fr. 6'800.-- vom 1. November 2002 bis 31. Dezember 2002, Fr. 3'500.-- vom 1. Januar 2003 bis 30. Juni 2003, Fr. 5'000.-- vom 1. Juli 2003 bis 30. November 2003 und Fr. 6'500.-- ab 1. Dezember 2003 zu bezahlen (Disp.-Ziff. 1.8). Sodann wurden die Regelungen über die Bezahlung der Unterhaltskosten für die Liegenschaften in Q. und P. sowie die Regelung bezüglich einem allfälligen Verkauf der Liegenschaften aufgehoben, unter hälftiger Kostenaufgabe an die Parteien und Wettschlagen der Prozessentschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren (Disp.-Ziff. 1.17 und 1.18). Im Übrigen wurde der Rekurs abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Disp.-Ziff.1, Abs. 2). Ebenfalls abgewiesen wurde der Rekurs gegen die Verfügung vom 1. Juli 2003 betreffend Berichtigung, unter Hinweis auf den neu festgelegten Betrag der Kinderunterhaltsbeiträge (Disp.-Ziff. 2). Die Kosten des Rekursverfahrens wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und es wurden keine Prozessentschädigungen zugesprochen (Disp.-Ziff. 4 und 5; OG act. 78 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss des Obergerichts vom 9. Juni 2005 erhob die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Sie beantragt damit die Aufhebung von Disp.-Ziff. 1 des vorinstanzlichen Beschlusses, soweit damit Disp.-Ziff. 7, 8, 17 und 18 der Verfügung des Einzelrichters neu geregelt werden und die Rückweisung zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz; zudem sei in Disp.-Ziff. 2 der Hinweis auf die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge gemäss dem Ergebnis der Neu Beurteilung betragsmässig neu festzusetzen und die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens seien neu zu regeln (KG act. 1, S. 2). Die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 5'000.-- ging beim Kassati-

onsgericht innert Frist ein (KG act. 4, 5/1 und 10). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 8). Der Beklagte und Beschwerdegegner (künftig: Beschwerdegegner) hat auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort ebenfalls verzichtet (KG act. 9).

II.

1. Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde verschiedene Nichtigkeitsgründe hinsichtlich der Festsetzung des Einkommens des Beschwerdegegners (Ziff. 3), des Bedarfs des Beschwerdegegners (Ziff. 4) sowie des Bedarfs der Beschwerdeführerin (Ziff. 5) und der Freibetragsaufteilung (Ziff. 6) geltend. Auf die Beanstandungen ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

2.1 Die Vorinstanz führte zum Einkommen des Beschwerdegegners aus, der erstinstanzliche Richter sei von monatlichen Einkünften von Fr. 36'313.15 ausgegangen, zusammengesetzt aus Bezügen von durchschnittlich monatlich Fr. 13'718.20 von der R. + E. AG, Fr. 9'072.90 von der S. AG, Fr. 3'676.40 (zuzüglich Anteil 13. Monatslohn) früherer "Salärbezug" der Beschwerdeführerin, Fr. 1'861.-- Verwaltungsratshonorare, Fr. 2'375.-- Anteil aus dem "Transportkonto", Fr. 1'200.-- Mietzinsen, welche die Firma R. + E. AG an ihn bezahle und Fr. 1'600.-- Mietzinsanteil der Freundin des Beschwerdegegners. Im Rekursverfahren mache der Beschwerdegegner diesbezüglich verschiedene Änderungen (Verkauf der S. AG; keine Berücksichtigung der Büromiete im Einkommen; Verschlechterung der Ertragslage der R. + E. AG; keine Verwaltungsratshonorare; Saldierung des "Transportkontos"; kein Mietzinsanteil der Freundin mehr) und ein monatliches Einkommen von Fr. 13'775.05 geltend. Die Beschwerdeführerin mache verschiedene Einwendungen (Anrechnung des gesamten "Transportkontos" von Fr. 4'750.--; Aufrechnung verschiedener geldwerter Leistungen; Verweigerung der Edition der Geschäftsunterlagen; Bezweiflung des Verkaufs der S. AG bzw. weitere Tätigkeit für diese; die R. + E. AG könne jährliche Gewinne von Fr. 150'000.-- erzielen) geltend. Nachfolgend machte die Vorinstanz Ausführun-

gen zu den einzelnen Einkommensbestandteilen. Bezüglich der Zahlungen der R. + E. AG (Geschäftsführersalär, Verwaltungsratshonorar und Dividendenaus-schüttung) ging sie davon aus, der Beschwerdegegner habe anhand der Steuer-erklärung 2002 (ER act. 11/8) – auf welche mangels konkreter Anhaltspunkte von deren Unkorrektheit abzustellen sei – glaubhaft gemacht, dass er 2002 von der R. + E. AG Fr. 169'734.-- (inkl. Kinderzulagen von Fr. 6'280.--), sowie Fr. 70'892.-- (netto) von der S. AG erhalten habe, zudem sei ein Wertschriftenertrag von Fr. 951.-- (Bankzinsen) belegt (KG act. 2, S. 11). Die Vorinstanz ging weiter da-von aus, seit dem Ausscheiden (Auskauf) des zweiten Aktionärs aus der R. + E. AG im Oktober 2002 sei der Beschwerdegegner faktisch Alleinaktionär und damit wie ein Selbstständigerwerbender zu behandeln. Es sei somit zu prüfen, ob ihm aus den Erträgen der Firma weiteres Einkommen anzurechnen sei. Der Be-schwerdegegner begründe die Unmöglichkeit des Bezuges höherer Beträge mit dem schlechten Geschäftsgang der R. + E. AG und lege dazu den provisorischen und den definitiven Geschäftsabschluss für das Jahr 2002 vor (ER act. 11/5/E/3 und OG act. 49). Auf diese Unterlagen sei im summarischen Verfahren abzustel-len, woran auch die im Wesentlichen auf Vermutungen beruhende Kritik der Be-schwerdeführerin nichts ändere. Während der provisorische Abschluss noch von einem Verlust von Fr. 793'000.-- ausgegangen sei, weise der definitive Jahresab-schluss einen solchen von rund Fr. 232'000.-- aus, wobei diesen Verlustzahlen jeweils hohe ausserordentliche Aufwendungen zugrunde lägen, deren genaues Zustandekommen den Abschlüssen nicht entnommen werden könne. Jedenfalls sei davon auszugehen, dass im Jahr 2002 von der R. + E. AG keine weiteren Mittel hätten bezogen werden können, als tatsächlich ausbezahlt worden seien (KG act. 2, S. 12). Für die Zeit ab 2003 traf die Vorinstanz ausführliche Erwägun-gen und ging davon aus, weil keine Jahresabschlüsse vorlägen, seien betreffend die R. + E. AG Prognosen zu treffen. Auszugehen sei dabei weder vom verlust-reichen Jahr 2002, da diese Verluste vor allem aus ausserordentlichen, zumeist einmaligen Aufwendungen resultiert hätten und auch nicht vom von der Be-schwerdeführerin errechneten Gewinn von Fr. 6'000.-- oder dem deutlich über Fr. 300'000.-- liegenden Gewinn vor Steuern und vor ausserordentlichen Aufwen-dungen. Aus beiden Abschlüssen sei ersichtlich, dass die R. + E. AG per Ende

2002 in ihrem Bestand gefährdet gewesen sei (nur dann keine Überschuldung, wenn der Aktivenposten "Aktionärskontokorrent" von rund Fr. 450'000.-- werthaltig sei). An der prekären Situation habe offenbar auch der Mittelzufluss aus dem Verkauf der S. AG im März 2003 nichts geändert, wie das Schreiben der kreditgebenden Bank vom 23. September 2003 (OG act. 45/2) zeige (Sistierung des Geschäftskredits). Die Vorinstanz stellte sodann auf den Kommentar der Revisionsstelle der R. + E. AG zum provisorischen Abschluss 2002 ab, welcher bezüglich Fortbestand der Firma zum Schluss komme, es sollten jährliche Betriebsgewinne vor Steuern von Fr. 150'000.-- erzielbar sein (OG act. 25/4). Dieser Wert lasse angesichts des ausgewiesenen Verlustes 2002 und der prekären Bestandessituation die Ausrichtung einer Dividende oder auch deutlich höhere Zahlungen als bisher als betriebswirtschaftlich nicht angezeigt erscheinen. Mangels gegenteilig belegter Angaben des Beschwerdegegners sei aber auch zu erwarten, dass er weiterhin Saläre und Verwaltungsratshonorare im bisherigen Rahmen beziehen könne und es erscheine zumutbar, seine Bezüge aus der R. + E. AG ab Februar 2004 um den wegfallenden Mietzinsanteil der Freundin zu erhöhen (KG act. 2, S. 12 f.).

2.2 Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, die Vorinstanz habe aktenwidrig und willkürlich auf ein prognostiziertes, vom Beschwerdegegner nicht substantiiert behauptetes "betriebswirtschaftlich sinnvolles" Einkommen des Beschwerdegegners bzw. auf die Einkommenszahlen von Januar bis August 2002 und auf eine Prognose für die Zukunft abgestellt, anstatt vom langjährigen durchschnittlichen Einkommen des Beschwerdeführers auszugehen, obwohl die Zahlen der Jahre 1999 bis 2002 vorgelegen hätten (KG act. 1, Ziff. 3.1, S. 3 f.).

2.3 Diese Rüge der Beschwerdeführerin geht fehl. Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid im Einklang mit der herrschenden Praxis aus, da das künftige Einkommen regelmässig nicht mit genügender Sicherheit festgestellt werden könne, sei hilfsweise auf das aktuelle Einkommen abzustellen (in der Erwartung, dass dieses in der Zukunft etwa gleich bleiben werde); bei erheblichen Schwankungen des bisherigen Einkommens sei auf den Durchschnitt einer genügend langen Vergleichsperiode abzustellen, dies allerdings dann nicht, wenn eine eindeutige

Tendenz nach oben oder nach unten festzustellen sei und nicht zu erwarten sei, dass inskünftig wieder eine Korrektur in die Gegenrichtung stattfinde (KG act. 2, S. 10). Zu beachten ist nun aber, dass die Vorinstanz die einzelnen Einkommensbestandteile (Zahlungen der R. + E. AG inkl. Verwaltungsratshonorar und Dividendenausschüttungen; Zahlungen der S. AG inkl. Verwaltungsratshonorar; Mietzins ertrag; ev. weitere Zahlungen) getrennt betrachtet hat. Insbesondere bezüglich dem Einkommen aus der S. AG ging die Vorinstanz davon aus, dass dieser Einkommensteil zu Folge des Verkaufs der Firma ab anfangs 2003 nicht mehr erzielt werden könne (KG act. 2, S. 15). Daher ist ein Vergleich der von der Vorinstanz ermittelten Zahlen mit den von der Beschwerdeführerin angeführten Durchschnittszahlen der vergangenen Jahre (1999 bis 2001) nicht möglich. Sodann hat die Vorinstanz ausführlich – insbesondere in Bezug auf die wirtschaftliche Gesamtsituation der R. + E. AG – begründet, weshalb sie beim Einkommen, welches aus dieser Firma generiert werden könne, nicht auf frühere Durchschnittswerte abstellte, sondern vom aktuell erzielten Einkommen des Beschwerdegegners ausging. Entgegen der Ausführungen der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz jedenfalls durch den Verkauf der S. AG sehr wohl eine Tendenz der Einkommensentwicklung nach unten festgestellt, welche auf Grund der wirtschaftlichen Situation auch nicht durch höhere Bezüge von der R. + E. AG kompensiert werden könne (KG act. 2, S. 15). Die Vorinstanz ist damit weder willkürlich noch aktenwidrig von einem tieferen Einkommen als in den vorhergehenden Vergleichsjahren 1999 bis 2001 ausgegangen.

2.4 Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz gehe willkürlich von einer möglichen Erhöhung des Einkommens des Beschwerdegegners von Fr. 1'600.-- monatlich (KG act. 2, S. 13) und damit entgegen ihrer Prognose davon aus, dass offenbar doch mehr Mittel als von ihr prognostiziert aus der Firma gezogen werden könnten. Weiter habe die Vorinstanz vollumfänglich auf die Angaben des Beschwerdegegners abgestellt, welcher seine unvollständigen Bezüge im Jahr 2002 lediglich mit der Steuererklärung belegt habe. Entgegen der Aufforderung zur Einreichung der Buchhaltungen inklusive Kontoblätter habe der Beschwerdegegner nur einen Kontoauszug über das Bankkonto "Transporte" eingereicht und somit seine Mitwirkungspflicht verletzt. Damit habe er verhindert,

dass die Beschwerdeführerin die Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners hätte glaubhaft machen können. Aus der Buchhaltung inklusive Kontoblätter wären die Privatbezüge und die als solche zu würdigenden Bezüge des Beschwerdegegners ersichtlich gewesen. Die Vorinstanz habe sodann entgegen der Bestimmung von § 148 ZPO das Verhalten des Beschwerdegegners in keiner Weise zu seinen Ungunsten gewürdigt, sondern vielmehr auf dessen Angaben abgestellt und die Angaben der Beschwerdeführerin als Mutmassungen qualifiziert (KG act. 2, S. 12 oben). So sei die Vorinstanz in Übereinstimmung mit dem Bericht der Revisionsstelle der R. + E. AG zum provisorischen Abschluss 2002 davon ausgegangen, es müsse sich ein Gewinn von Fr.150'000.-- im Jahr erzielen lassen; dieser Wert sei betriebswirtschaftlich sinnvoll und als Einkommen festzusetzen. Dies sei zudem auch deshalb willkürlich, weil sich der definitive und der provisorische Bericht über den selben Zeitraum fundamental unterschieden (OG act. 25/4: behauptete Überschuldung; OG act. 49: keine Gefährdung). Die Vorinstanz habe sodann das Einkommen des Beschwerdegegners willkürlich auf Fr. 24'000.-- bzw. Fr. 18'500.-- im Monat festgesetzt, obwohl dieses gemäss den Akten und massgeblicher Betrachtungsweise (Durchschnitt der letzten Jahre) monatlich durchschnittlich Fr. 26'607.-- betragen habe und die Vorinstanz selbst festhalte, mangels gegenteiliger belegter Angaben des Beschwerdegegners sei zu erwarten, dass er weiterhin Saläre und Verwaltungsratsentschädigungen im bisherigen Rahmen erzielen könne (KG act. 1, Ziff. 3.2, S. 4 ff.).

2.5 Zu den letzteren Vorbringen kann auf die Ausführungen in Erwägung 2.3 am Ende verwiesen werden. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in ihren Erwägungen nicht – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – davon ausging, gemäss dem Bericht der Revisionsstelle der R. + E. AG zum provisorischen Abschluss 2002 stehe fest, dass sich ein Gewinn von Fr. 150'000.– erzielen lassen müsse; dieser Wert sei betriebswirtschaftlich sinnvoll und als Einkommen festzusetzen. Vielmehr ging sie davon aus, gemäss dem Bericht der Revisionsstelle sollten jährliche Betriebsgewinne vor Steuern (wohl: nach ausserordentlichen Aufwendungen) in der Grössenordnung von Fr. 150'000.-- erzielbar sein. Dieser Wert lasse angesichts des ausgewiesenen Verlusts 2002 und insbesondere der prekären Bestandessituation einstweilen die Ausrichtung einer Dividende –

oder auch deutlich höherer als der bisher bezogenen Zahlungen (Salär und Verwaltungsratshonorar) – als betriebswirtschaftlich nicht angezeigt erscheinen, da nach den Hinweisen auf eine mögliche Überschuldung im Revisionsbericht die Ausrichtung irgendwelcher höherer Leistungen als früher an die Aktionäre hoch problematisch wäre. Mangels gegenteiliger sachdienlicher belegter Angaben des Beschwerdegegners sei allerdings zu erwarten und davon auszugehen, dass er weiterhin Saläre und Verwaltungsratsentschädigungen im bisherigen Rahmen beziehen könne (KG act. 2, S. 13). Damit ist die Vorinstanz aber nicht von einem erzielbaren Einkommen von Fr. 150'000.-- ausgegangen, sondern hat dies als möglichen Betriebsgewinn vor Steuern angesehen. Als Einkommen aus der R. + E. AG ging die Vorinstanz von einem Betrag von jährlich Fr. 163'454.-- (Fr. 169'734.-- abzüglich Kinderzulagen Fr. 6'280.--) aus (KG act. 2, S. 14 oben); die Vorinstanz berücksichtigte dabei die Angaben und Beilagen (Lohnausweise) der Steuererklärung 2002 des Beschwerdegegners (KG act. 2, S. 11 unter Hinweis auf OG act. 11/8).

2.6 Im Weiteren ist der Beschwerdeführerin allerdings darin zuzustimmen, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 16. Juni 2003 (OG act. 16) den Beschwerdegegner in Anwendung von Art. 170 ZGB und § 183 Abs. 1 ZPO aufforderte, dem Gericht die Buchhaltung der Firma S. AG vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2002 und vom 1. Januar 2003 bis 26. März 2003 und die dazugehörigen Kontopläne einzureichen, sowie die Buchhaltung der Firma R. + E. AG vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2002 mit dazugehörigen Kontoplänen, den Revisionsbericht der Revisionsstelle zur Bilanz/Jahresrechnung 2002 der Firma R. + E. AG, die detaillierte Bilanz/Erfolgsrechnung der S. AG per 31. Dezember 2002 und den vollständigen Auszug mit Bewegungsausweis ab 1. August 2002 bis zur Saldierung des Kontos "Transporte" T. Nr. XXX-XXXXXX.XXX. Bei Säumnis wurde dem Beschwerdegegner angedroht, sein Verhalten werde in sinngemässer Anwendung von § 148 ZPO nach freier Überzeugung gewürdigt (OG act. 16). Nachfolgend reichte der Beschwerdegegner lediglich einen Auszug aus dem Sparkonto Nr. XXX-XXXXXX.XXX bei der T. vom 1. Januar bis 14. November 2002 ein (OG act. 19/1-3). Bezüglich der weiteren Unterlagen machte der Beschwerdegegner geltend, er könne diese nicht einreichen: da er die S. AG ver-

kauft habe, habe er keinen Zugang mehr zu deren Buchhaltung und eine detaillierte Bilanz und Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2002 liege ebenfalls nicht mehr vor; die Buchhaltung der Firma R. + E. AG (etwa 12 Bundesordner) befinde sich derzeit bei der neuen Revisionsstelle, welche auch den einverlangten Revisionsbericht zu verfassen habe, dieser Bericht werde nach dem Erstellen eingereicht (OG act. 17). Schliesslich reichte der Beschwerdegegner am 29. Oktober 2003 den Bericht der Revisionsstelle sowie die Jahresrechnung 2002 der R. + E. AG ein (OG act. 49). Wie die Beschwerdeführerin nun zu Recht beanstandet, hat die Vorinstanz – zumindest nicht in nachvollziehbarer Weise begründet – keine Würdigung dieses Verhaltens des Beschwerdegegners vorgenommen. Aus der vorinstanzlichen Begründung geht nicht hervor, ob die Vorinstanz die Vorbringen des Beschwerdegegners zur Nichteinreichung diverser Unterlagen als gerechtfertigt angesehen hat oder ob sie – entgegen ihrer eigenen Editionsauflage – die verlangten Unterlagen als unnötig bzw. die Behauptungen durch bereits eingereichte Unterlagen belegt angesehen hat. Letzteres ist sodann auch nicht ersichtlich, nachdem die Beschwerdeführerin im Rekursverfahren unter anderem geltend gemacht hat, der Beschwerdegegner habe entgegen seinen Ausführungen und der Steuererklärung sowie der Lohnausweise weitere (versteckte) Bezüge (allenfalls über seine Freundin) aus der R. + E. AG gemacht, welche nur anhand der vollständigen Buchhaltungsunterlagen eruiert werden könnten (OG act. 14, S. 4 ff. und OG act. 21, S. 4). Die Vorinstanz darf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin denn auch nicht einfach als auf Vermutungen beruhende Kritik deklarieren, nachdem sie die Edition der Unterlagen deshalb verlangt hatte, weil ihr sonst keine substantiierten Vorbringen möglich wären, und nachdem die Beschwerdeführerin beispielsweise belegt hat, dass der Beschwerdegegner im August 2002 – aus welchen Gründen auch immer – je Fr. 10'000.-- von jedem Jugendsparkonto der drei Kinder an seine (damalige) Freundin überweisen liess (OG act. 14 S. 4 f. und OG act. 15/1-3).

In diesem Zusammenhang ist auf die weitere Begründung der Vorinstanz mit Bezug auf frühere Zahlungen an die Beschwerdeführerin aus der R. + E. AG (in der Höhe von monatlich Fr. 3'676.40) einzugehen. Die Vorinstanz geht diesbezüglich davon aus, der Beschwerdegegner begründe die Unmöglichkeit des Wei-

terbezuges jener Zahlungen mit dem schlechten Geschäftsgang der R. + E. AG und auf Grund der vorliegenden Unterlagen sei davon auszugehen, dass von der R. + E. AG im Jahr 2002 in der Tat nicht mehr Mittel bezogen werden konnten, als effektiv ausbezahlt wurden, wobei in den Zahlen von 2002 und den darauf beruhenden Prognosen bereits die fraglichen Zahlungen [von Fr. 3'676.40 an die Beschwerdeführerin] nicht mehr enthalten seien, da diese seit der Trennung 2001 nicht mehr ausgerichtet worden seien. Im Weiteren führt die Vorinstanz aus, es sei im vorliegenden Verfahren nicht entscheidend, ob der Beschwerdegegner allenfalls zwecks Steueroptimierung seine eigenen Bezüge reduziert und dafür Auszahlungen an seine Lebenspartnerin getätigt habe, da vorliegend nicht darauf abgestellt worden sei, was der Beschwerdegegner effektiv bezogen habe, sondern was er (betriebswirtschaftlich sinnvoll) beziehen könne (KG act. 2, S. 17). Diese letztere Argumentation der Vorinstanz erscheint jedoch nicht nachvollziehbar. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift (KG act. 1, Ziff. 3.3, S. 8) zu Recht ausführt, hat die Vorinstanz schliesslich auf die effektiven Auszahlungen der R. + E. AG an den Beschwerdegegner im Jahr 2002 abgestellt und den mutmasslichen künftigen Betriebsgewinn von Fr. 150'000.-- im Hinblick auf die prekäre Bestandessituation und den 2002 ausgewiesenen Verlust als ungenügend angesehen, um die Ausrichtung einer Dividende oder sonst höherer Zahlungen (Salär und Verwaltungsratshonorar) als betriebswirtschaftlich angezeigt erscheinen zu lassen (KG act. 2, S. 13). Anhand der vorhandenen Unterlagen konnte jedoch nicht geklärt werden, ob dem Beschwerdegegner allenfalls andere (geldwerte) Vorteile aus der R. + E. AG zugeflossen seien, sei dies über nicht detailliert ausgewiesene Privatbezüge (neben dem ausbezahlten Salär) oder über allfällige Zahlungen an Dritte (z.B. seine [damalige] Partnerin). Weiter hat die Vorinstanz im vorliegenden Entscheid auch nicht nachvollziehbar begründet, weshalb in Zukunft, nachdem die ausserordentlichen Aufwendungen der R. + E. AG (z.B. Abschreibungen S. AG) weggefallen wären, der mutmassliche Jahresgewinn von Fr. 150'000.-- nicht wenigstens zum Teil zusätzlich zum vom Beschwerdegegner bezogenen Salär (allenfalls als Dividende oder Verwaltungsratshonorar) ausbezahlt werden könnte, zumal der Beschwerdegegner offenbar im Jahr 2002 – im Gegensatz zu den Vorjahren (2000: ER act. 13/8; 2001: OG act. 11/5/C) – kein

Verwaltungsratshonorar bezogen hatte. Diesbezüglich erscheint auch die Erwägung der Vorinstanz nicht nachvollziehbar bzw. widersprüchlich, wonach mangels sachdienlicher gegenteiliger belegter Angaben des Beschwerdegegners zu erwarten und davon auszugehen sei, dass er weiterhin Saläre und Verwaltungsratshonorare [Hervorhebung durch das Kassationsgericht] im bisherigen Rahmen beziehen könne (KG act. 2, S. 13 unten), jedoch auch für das Jahr 2003 und die Zeit danach nur von einem Einkommen von Fr. 13'700.--/Mt. (bzw. ab Februar 2004 vom um Fr. 1'600.--/Mt. erhöhten Einkommen von Fr. 15'300.--/Mt.) aus der Firma R. + E. AG ausging (KG act. 2, S. 20), welches keine Verwaltungsratshonorare (in den Jahren 2000 und 2001 in der Höhe von Fr. 30'000.--/Jahr, vgl. ER at. 13/8 und OG act. 11/5/C) enthielt.

Indem das Verhalten des Beschwerdegegners bezüglich der verlangten Edition von Unterlagen im vorinstanzlichen Entscheid ohne nachvollziehbare (bzw. mit widersprüchlicher) Begründung unberücksichtigt geblieben ist, hat die Vorinstanz diesbezüglich zumindest die Begründungspflicht verletzt. Da die Vorinstanz bezüglich des Einkommens des Beschwerdegegners neue Erwägungen zu treffen haben wird, können darin allenfalls auch die weiteren Beanstandungen der Beschwerdeführerin (KG act. 1, Ziff. 3.4, S. 9 f.) hinsichtlich der Anrechnung des "Transportkontos" bzw. der neu im Rekursverfahren eingereichten Steuererklärung 2001, in welcher das "Transportkonto" schon mit dem Vermerk "1/1-Anteil" aufgeführt gewesen sei (OG act. 11/5/C), berücksichtigt werden. Ebenfalls berücksichtigt werden könnte der Einwand betreffend der Aktenwidrigkeitsrüge im Zusammenhang mit der Feststellung, die R. + E. AG sei per Ende 2002 in ihrem Bestand gefährdet gewesen (KG act. 1, Ziff. 3.6, S. 10 f.). Fehl geht hingegen der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe willkürlich entschieden, als sie den Liegenschaftenertrag der Liegenschaft in Glattfelden nach deren Verkauf an die R. + E. AG bei dieser nicht ertragssteigernd berücksichtigt habe (KG act. 1, Ziff. 3.5, S. 10). Eine solche Ertragssteigerung dürfte nämlich kaum vorliegen, nachdem die Liegenschaft zwar für Fr. 2'500.-- monatlich vermietet wurde (OG act. 57/7), jedoch gemäss den nicht angefochtenen Feststellungen der Vorinstanzen monatliche Hypothekarzinskosten (inkl. Amortisation) von Fr. 2'900.-- anfallen

(welche nun die R. + E. AG belasten) (KG act. 2, S. 30 unter Hinweis auf OG act. 3, S. 49).

3.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet sodann, die Vorinstanz habe in Verletzung ihres Anspruches auf das rechtliche Gehör offensichtlich nicht zur Kenntnis genommen, dass die Lebenshaltung des Beschwerdegegners ebenfalls die Annahme eines höheren Einkommens als des angenommenen nahe lege, habe sie doch detailliert dargelegt, dass der Beschwerdegegner offenbar monatliche Ausgaben von über Fr. 20'000.-- habe und keineswegs auf dem "Existenzminimum" lebe, sondern zusätzlich Hobbys pflege, in die Ferien gehe und teure Autos fahre; zudem habe er gemäss Vorsorgeausweis (OG act. 11/5/A) ein Jahreseinkommen von Fr. 222'000 versichert. Die Lebenshaltung sei im Hinblick auf die Festsetzung des familienrechtlich massgeblichen Einkommens wesentlich, jedoch habe sich die Vorinstanz damit nicht auseinandergesetzt (KG act. 1, Ziff. 3.7, S. 11 f.).

3.2 Grundsätzlich kann auch diese Beanstandung bei der Neuurteilung des Einkommens des Beschwerdegegners durch die Vorinstanz noch berücksichtigt werden. Jedoch ist bereits hier festzuhalten, dass in der Regel zur Festlegung des Unterhaltsbeitrages nur dort massgebend auf die Lebenshaltung der Parteien abgestellt wird, wo entweder das Einkommen sehr hoch ist und deshalb auch der Vermögensbildung dient, oder (z.B. wegen fehlender Angaben) gar nicht ermittelt werden kann (vgl. Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum Familienrecht, Zürich 1998, N 76 und 78 sowie N 112 zu Art. 163 ZGB).

4.1 Bezüglich der Bedarfsrechnung des Beschwerdegegners führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz sei willkürlich zuerst davon ausgegangen, zufolge des Auszugs der Freundin des Beschwerdegegners sei deren Mietzinsanteil nicht mehr zu berücksichtigen (KG act. 2, S. 16). Im Widerspruch dazu führe die Vorinstanz sodann aus, der Bruch bzw. die Abkühlung der Beziehung des Beschwerdegegners zur Freundin sei nicht glaubwürdig und der mit ihr abgeschlossene Untermietvertrag könne daher nicht berücksichtigt werden, weshalb es bei den bisherigen Wohnkosten des Beschwerdegegners bleibe. Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, wenn es wegen Unglaubwürdigkeit des

Bruches mit der Freundin bei den bisherigen Wohnkosten bleibe, müsse auch der bisherige Beitrag der Freundin (Fr. 1'600.--) berücksichtigt werden (KG act. 1, Ziff. 4, S. 12). Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin auch, entgegen der Vorinstanz sei von einem gefestigten Konkubinat des Beschwerdegegners auszugehen und ihm sei deshalb nur der hälftige Ehegattengrundbetrag anzurechnen. Indem sich die Vorinstanz nicht mit ihren diesbezüglichen Vorbringen auseinander gesetzt habe, sei ihr Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt worden (KG act. 1, S. 13).

4.2 Nachdem der vorinstanzliche Entscheid bezüglich der Unterhaltsregelung ohnehin aufzuheben sein wird, steht es der Vorinstanz frei, auch bezüglich dieser Beanstandung der Beschwerdeführerin neue Erwägungen zu treffen, weshalb auf diese Rügen nicht weiter einzugehen ist. Insbesondere können weitere Ausführungen zum allfälligen Konkubinat und zum Grundbetrag des Beschwerdegegners gemacht werden. Bezüglich Mietzinsanteil der Freundin des Beschwerdegegners ist vorliegend bereits darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz dem Beschwerdegegner trotz des Wegfalls dieses Mietzinsanteils ab Februar 2004 kein tieferes Einkommen anrechnete, sondern davon ausging, dem Beschwerdegegner sei es zumutbar, auf diesen Zeitpunkt hin seine Bezüge aus der R. + E. AG um diesen Betrag zu erhöhen (KG act. 2, S. 13 unten und Zusammenfassung S. 20). Damit hat sich der Umstand des behaupteten Auszuges der Freundin des Beschwerdegegners im Ergebnis nicht auf den Unterhaltsbeitrag ausgewirkt (ausser man ginge davon aus, dem Beschwerdegegner sei diese Einkommenserhöhung aus der R. + E. AG auf Februar 2004 ohnehin zuzumuten, was jedoch zu begründen wäre).

5.1 In einem weiteren Punkt rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe Urkunden willkürlich gewürdigt, indem sie die im Rekursverfahren neu von ihr eingereichten Unterlagen zu den Unterhaltskosten der neu bezogenen Liegenschaft an der N.strasse XX in O. als Beweismittel zur Begründung höherer Heizungskosten und Wasserkosten abgelehnt habe, obwohl damit höhere Kosten als vor Erstinstanz belegt würden. Die Rechnungen in OG act. 23/13-15 würden alle

den Vermerk "N.strasse XX" tragen und belegten entsprechende Kosten in einem ausgewiesenen Zeitraum (KG act. 1, Ziff. 5, S. 13 f.).

5.2 Wie die Vorinstanz bezüglich der Heizkosten zu Recht ausführte, betrifft die neu eingereichte Rechnung des EKZ (OG act. 23/11) nur eine Rechnungsperiode von fünf Monaten (Januar bis Mai 2003), worunter sich auch drei heizintensive Monate befinden (KG act. 2, S. 23). Es erscheint nicht geradezu willkürlich, wenn die Vorinstanz damit gegenüber den erstinstanzlich ausgewiesenen Heizungskosten die Erhöhung nicht als glaubhaft erachtet, müsste doch zum Vergleich mindestens der Zeitraum eines Jahres herangezogen werden können. Bezüglich der Wasserrechnung erscheint die Begründung der Vorinstanz, wonach diese vorab nicht die Liegenschaft in O. zu betreffen scheine und mangels konkreter Spezifikation nicht aussagekräftig sei (KG act. 2, S. 23), willkürlich. Auf jedem Blatt der Zusammenstellung in OG act. 23/13 ist die Adresse "N.strasse XX" vermerkt. Insbesondere aus der Abrechnung vom 21. Oktober 2002 (OG act. 23/13 Blatt 3) geht hervor, dass diese die Abrechnung für Wasser und Abwasser für den Zeitraum vom 1. Mai bis 30. September 2002 (somit fünf Monate) betrifft, was zudem zeitlich mit dem Einzug ins Haus an der N.strasse XX Ende April 2002 (vgl. erstinstanzlicher Entscheid: OG act. 3, lit. c, S. 43) korrespondiert. Allerdings könnte auch hier wie bei den Heizkosten argumentiert werden, dass dies eine zu wenig lange Zeitspanne sei, um von einer Veränderung der Kosten im Vergleich zu den erstinstanzlich festgelegten Zahlen auszugehen. Bezüglich der Kehrichtkosten ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass hier die eingereichten Belege OG act. 23/14 und 23/15 nicht aussagekräftig erscheinen, da sie einerseits betreffend der Höhe der Beträge nicht übereinstimmen (OG act. 23/14: Fr. 75.30 bzw. Fr. 50.20, OG act. 23/15: Fr. 70.-/Jahr bzw. Fr. 64.55/Jahr) und andererseits auf dem Beleg OG act. 23/14 kein Zeitraum angegeben wird. Die Vorinstanz wird bei der Neubeurteilung des Unterhaltsbeitrages die vorstehenden Erwägungen berücksichtigen können.

6.1 Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin auch, sie habe sich in der Rekursantwort mit der hälftigen Aufteilung des Freibetrages nur für den Fall einverstanden erklärt, dass die Ausgaben für die Kinder (Musik, Sport) sowie ihr

Fahrzeug in der Bedarfsrechnung berücksichtigt blieben, andernfalls müsse sie auf einer angemessenen Aufteilung (welche der Personenzahl Rechnung trage) bestehen. Sie habe ihr Einverständnis jedoch nicht gegeben für eine "weitgehende" Berücksichtigung der entsprechenden Kosten in der Bedarfsrechnung, weshalb die Würdigung der Vorinstanz willkürlich sei. Zudem liege auf der Hand, dass sie mit der hälftigen Aufteilung des Freibetrages auch nicht einverstanden gewesen sei, falls wie vorliegend fast jedes Argument negativ zu ihren Lasten beurteilt und dem Beschwerdegegner genau auf den Zeitpunkt der Trennung hin die Halbierung des Einkommens ermöglicht werde (KG act. 1, Ziff. 6, S. 14 f.).

6.2 Die Vorinstanz führte in ihren Erwägungen aus, der erstinstanzliche Richter habe den Freibetrag hälftig geteilt und der Beschwerdeführerin mit ihren minderjährigen Kindern keinen grösseren Anteil als dem Beschwerdegegner zugewiesen, weil sich die Beschwerdeführerin für den Verbleib in der teuren Liegenschaft O. entschieden habe, gewisse Auslagen für den gehobeneren Lebensstandard für die Kinder bereits im Bedarf der Beschwerdeführerin berücksichtigt worden seien und der Beschwerdegegner zudem zufolge des Ausscheidens des zweiten Aktionärs und hohen Nach- und Strafsteuern einer erhöhten finanziellen Belastung ausgesetzt sei (unter Hinweis auf OG act. 3, S. 50 f.). Der Beschwerdegegner mache nun rekursweise geltend, der Beschwerdeführerin sei nur ein Viertel des Freibetrages zuzuweisen, da er noch die Kosten der Liegenschaften P. und Q. zu tragen habe; die Beschwerdeführerin sei mit der hälftigen Aufteilung einverstanden, wenn die Kinderkosten und ihre Fahrzeugkosten in ihrem Bedarf berücksichtigt blieben und beide Parteien die Steuern aus dem Freibetrag zu bezahlen hätten (KG act. 2, S. 32). Die Vorinstanz ging schliesslich davon aus, nachdem die Kosten der Liegenschaften P. und Q. im Bedarf des Beschwerdegegners berücksichtigt worden seien, erwiesen sich dessen Einwände als gegenstandslos. Und nachdem den Anliegen der Beschwerdeführerin betreffend Kinderkosten und Fahrzeugkosten weitgehend entsprochen worden sei und auch beide Parteien die Steuern aus dem Freibetrag zu bezahlen hätten, sei die erstinstanzliche Freibetragsaufteilung zu bestätigen (KG act. 2, S. 32 unten).

6.3 Die Beschwerdeführerin übersieht bei ihrer Beanstandung, dass die Vorinstanz den Entscheid betreffend hälftige Freibetragsaufteilung nicht allein auf Grund ihres (von ihr bestrittenen) Einverständnisses getroffen hat, sondern dass sie vielmehr keinen Grund sah, von der erstinstanzlich verfügten hälftigen Freibetragsaufteilung abzuweichen, welche im Hinblick auf den Verbleib der Beschwerdeführerin in der teuren Liegenschaft O., der Berücksichtigung von Auslagen für den gehobeneren Standard der Kinder im Bedarf der Beschwerdeführerin und des erhöhten finanziellen Bedarfs des Beschwerdegegners zufolge Nach- und Strafsteuern sowie des Ausscheidens des zweiten Aktionärs getroffen wurde. Hinsichtlich dieser Begründung macht die Beschwerdeführerin keinerlei Nichtigkeitsgründe geltend und diese verletzt auch kein klares materielles Recht. Ohnehin ist die Frage nicht abschliessend zu entscheiden, nachdem die Vorinstanz die Unterhaltsbeiträge ohnehin neu beurteilen muss und allenfalls bei der Freibetragsaufteilung je nach Ausgangslage neue oder andere Gesichtspunkte zu beachten sein werden.

7. Zusammenfassend hat sich die Beschwerde als begründet erwiesen und der vorinstanzliche Entscheid ist gesamthaft aufzuheben. Insbesondere ist auch Disp.-Ziff. 2 (betreffend Abweisung des Rekurses gegen die Verfügung vom 1. Juli 2003 und deren Bestätigung) wegen des Hinweises auf die Höhe der Kinderunterhaltsbeiträge gemäss Disp.-Ziff. 1 aufzuheben, da auch diese Bestimmung im Falle eines neuen Entscheides mit einer allfälligen neuen Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge neu zu fassen wäre.

III.

Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich. Da der Beschwerdegegner ausdrücklich auf die Beantwortung der Beschwerde verzichtet (KG act. 9) und sich somit auch nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert hat, können ihm keine Kosten auferlegt werden. Die Kosten des Verfahrens sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2

ZPO). Zur Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse fehlt es allerdings an einer gesetzlichen Grundlage (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 14a zu § 68 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Juni 2005 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 439.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht I. (EE010200), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: