



---

Kass.-Nr. AA070016/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 17. August 2007**

in Sachen

**S. M.**,

...,

Beklagter, Rekurrent, Anschlussrekursgegner und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**E. M.-K.**,

...,

Klägerin, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwältin ...

betreffend

**Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2006 (LP050121/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

Der Einzelrichter im summarischen Verfahren (Eheschutzrichter) des Bezirkes Pfäffikon stellte mit Verfügung vom 30. September 2005 fest, dass die Parteien getrennt leben und bewilligte ihnen das weitere Getrenntleben auf unbestimmte Zeit. Er stellte die Kinder A (geb. 1992), B (geb. 1994) und C (geb. 1997) für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin und regelte das Besuchsrecht des Beklagten. Weiter regelte er die Nebenfolgen des Getrenntlebens. Unter anderem verpflichtete er den Beklagten mit Wirkung ab 1. Januar 2005, der Klägerin für jedes der Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 800.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen sowie für die Klägerin persönlich einen solchen von Fr. 1'100.-- zu bezahlen (ER act. 78 = OG act. 3, insbesondere Dispositiv Ziffern 9 und 10). Gegen diese Verfügung erhoben der Beklagte Rekurs (OG act. 2) und die Klägerin Anschlussrekurs (OG act. 22).

Das Obergericht (I. Zivilkammer) hiess den Rekurs und den Anschlussrekurs der Parteien mit Beschluss vom 22. Dezember 2006 teilweise gut und setzte unter anderem die Unterhaltsbeiträge neu fest (OG act. 77 = KG act. 2, Dispositiv Ziffer 1/9.1 - 9.3):

monatliche Unterhaltsbeiträge je Kind (jeweils zuzüglich allfälliger Kinderzulagen):

- Januar bis Dezember 2005: Fr. 800.--
- Januar bis Mai 2006: Fr. 385.--
- Juni bis Dezember 2006: Fr. 65.--
- ab Januar 2007: Fr. 800.--;

sowie für das Jahr 2006 zusätzlich allfällige Einkünfte (Provisionen, Boni, Gratifikationen, Überstundenentschädigungen, usw.), welche er zusätzlich zur Arbeitslosenentschädigung und dem Nettolohn erhält, soweit diese Einkünfte insgesamt

sein monatliches Existenzminimum von Fr. 2'750.-- (Januar 2006) bzw. Fr. 2'850.-- (ab Februar 2006) überschreiten

monatliche Unterhaltsbeiträge für die Klägerin persönlich:

- Januar bis Dezember 2005: Fr. 1'720.--
- (2006: keine)
- ab Januar 2007: Fr. 2'250.--.

Gegen diesen Beschluss führt der Beklagte Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beklagte, es sei der angefochtene Beschluss bezüglich der Unterhaltsverpflichtung ab 1. Januar 2007 aufzuheben und die Sache diesbezüglich an das Obergericht zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Eventualiter sei die Unterhaltsverpflichtung ab 1. Januar 2007 in dem Sinne zu reduzieren, als die obergerichtliche Regelung für Juni bis Dezember 2006 als unbeschränkt gültig bezeichnet werde (KG act. 1 S. 2). Die Unterhaltsregelung bis Dezember 2006 sowie die übrige Regelung der Folgen des Getrenntlebens bleiben unangefochten. Die Klägerin beantragt vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, eventualiter Rückweisung der Sache zur Abklärung der aktuellen Einkommensverhältnisse des Beklagten (KG act. 12). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 11).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 8. Februar 2007 in dem Sinne aufschiebende Wirkung, als der Beklagte ab 1. Januar 2007 für die Dauer des Kassationsverfahrens verpflichtet wurde, der Klägerin monatlich für jedes Kind Unterhaltsbeiträge in einstweiliger Höhe von Fr. 220.-- zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen, und er die der Klägerin für diese persönlich ab 1. Januar 2007 zugesprochenen Unterhaltsbeiträge einstweilen nicht zu leisten hatte (KG act. 5).

Der Einzelrichter bewilligte mit Verfügung vom 30. September 2005 beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und bestellte deren Rechtsvertreter zu unentgeltlichen Rechtsbeiständen (ER act. 78 = OG act. 3 S. 32). Das Oberge-

richt sah keine Veranlassung, den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen (OG act. 77 = KG act. 2 S. 45 Erw. III/3). Dasselbe gilt für das Kassationsverfahren, weshalb die eheschutzrichterlich beidseits gewährte unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung auch für das Kassationsverfahren gilt.

## II.

1. Das Obergericht rechnet dem Beschwerdeführer für die Zeit ab Januar 2007 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 7'500.-- pro Monat an (KG act. 2 S. 30 oben). Es hält dafür, der Beschwerdeführer schöpfe seine Leistungsfähigkeit freiwillig nicht aus und weise nicht nach, dass ihm die Erzielung eines angemessenen Einkommens nicht möglich sei. Dabei sei ihm eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren. Zu berücksichtigen sei jedoch, dass er bereits mit Verfügungen vom 8. März 2006 und 26. Mai 2006 darauf hingewiesen worden sei, dass er verpflichtet sei, ein Einkommen zu erzielen, mit welchem ihm die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht in möglichst grossem Umfang möglich sei. Der Umstand, dass er diesbezüglich trotz der gerichtlichen Aufforderung über Monate untätig geblieben sei, könne nicht der Beschwerdegegnerin und den Kindern zulasten fallen. Unter Berücksichtigung der Gesamtsituation erscheine es als gerechtfertigt, ihm ohne weitere Übergangsfrist ab Januar 2007 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Wohl sei nachvollziehbar, dass es für ihn nicht einfach sei, nach seiner Krankheit im Berufsleben wieder Fuss zu fassen. Es sei aber zu betonen, dass ihm seit der Verfügung vom 8. März 2006, ab welcher er spätestens gewusst habe, dass er um ein angemessenes Einkommen bemüht sein müsse, bis Januar 2007 ein Übergang von mehr als neun Monaten gewährt worden sei, was gemäss der bekannten Rechtsprechung eine grosse und den vorliegenden Verhältnissen angemessene Frist sei.

Betreffend die Höhe des hypothetischen Einkommens sei auf den bei den Akten liegenden Steuerausweis des Jahres 2003 sowie die Lohnabrechnungen zu verweisen. Nach Ermessen des Gerichts müsse es dem Beschwerdeführer aufgrund

seiner bisherigen Berufserfahrung und Ausbildung möglich sein, ein monatliches Nettoeinkommen, inklusive 13. Monatslohn, von Fr. 7'500.-- (exklusive Kinderzulagen) zu erzielen. Dabei sei berücksichtigt worden, dass der Beschwerdeführer mit seiner Vorgeschichte kaum eine Stelle finden werde, an welcher er ein ähnliches Einkommen erzielen könne wie im Jahr 2004. Im anzurechnenden hypothetischen Einkommen seien weiter zusätzliche Einkünfte des Beschwerdeführers (z.B. Provisionszahlungen) inbegriffen. Es sei davon auszugehen, dass er nebst einem 100 %igen Arbeitspensum nicht über die Kapazität verfügen werde, um weiteren Nebenbeschäftigungen (z.B. einer Vermittlungstätigkeit) nachzugehen (KG act. 2 S. 28 f.).

2. Der Beschwerdeführer rügt, aus der aktenwidrigen Annahme, er habe im Jahr 2003 ein Einkommen von Fr. 7'500.-- oder gar mehr erzielt, sei willkürlich bzw. in krasser Ermessensüberschreitung geschlossen worden, dies könne er auch jetzt wieder. Soweit zudem angenommen werde, die Einkommen von AWD, fit&clean sowie weitere allfällige Nebeneinkünfte seien mit inbegriffen, bestehe zusätzlich eine aktenwidrige tatsächliche Annahme, denn solche Einkommen entstünden nicht mehr. Zu den früheren Einkommen sei an sich bereits hinreichend Stellung genommen worden. Daraus ergebe sich, dass sich das Einkommen des Beschwerdeführers bei der Finanzteam GmbH bei etwa Fr. 3'250.-- durchschnittlich bewegt und in den absolut besten Zeiten etwa Fr. 5'500.-- netto (nach Abzug der anfallenden Spesen) betragen habe. Dies sei offenbar nicht beachtet worden, obwohl aktenmässig glaubhaft gemacht und belegt.

Der Beschwerdeführer geht in der Folge auf seine Provisionsabrechnungen für das Jahr 2004 ein und macht geltend, die Auszahlungen hätten Fr. 80'178.-- bzw. nach Abzug von Fr. 6'120.-- Kinderzulagen Fr. 74'058.-- betragen. Von diesen Auszahlungen seien Spesen im Gesamtbetrag von Fr. 40'533.-- abzuziehen. Hinzu kämen UVG Zahlungen in Höhe von Fr. 27'480.--. Entsprechend ergäben sich für das Jahr 2004 "total effektive Auszahlungen" von Fr. 61'005.--. Sein Einkommen im Jahr 2004 habe damit "maximal Fr. 5'000.-- pro Monat exkl. Kinderzulagen" betragen.

3. Das Obergericht verweist betreffend die Höhe des hypothetischen Einkommens "auf den bei den Akten liegenden Steuerausweis des Jahres 2003 (Urk. 36/18) sowie die Lohnabrechnungen (Urk. 7/36/17)" (KG act. 2 S. 29). Offenbar ist mit "Urk. 36/18" das entsprechende Aktenstück aus den einzelrichterlichen Akten gemeint (OG act. 36 ist eine Eingabe des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers).

Bei ER act. 36/18 handelt es sich um einen Lohnausweis betreffend das Einkommen des Beschwerdeführers im Jahr 2004. ER act. 36/17 umfasst die Lohnabrechnungen für Dezember 2003 bis Januar 2005, betrifft also im wesentlichen ebenfalls das Einkommen des Beschwerdeführers im Jahr 2004. Gemäss den Erwägungen des Obergerichts nimmt dieses jedoch bei der Bemessung des hypothetischen Einkommens des Beschwerdeführers auf dessen Einkommen 2003 Bezug. Darüber geben jedoch die Urkunden, auf welche das Obergericht verweist, mit Ausnahme der Lohnabrechnung Dezember 2003, keine Auskunft.

Die Lohnabrechnung Dezember 2003 weist einen Bruttolohn von Fr. 6'067.10 aus: Provision Fr. 4'000.--, Spesen Fr. 1'557.10, Kinderzulagen Fr. 510.--. Nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge (Fr. 292.30) ergibt sich ein Nettolohn von Fr. 5'774.80 (ER act. 36/17, 1. Blatt). Daraus lässt sich nicht auf ein hypothetisches Monatseinkommen von Fr. 7'500.-- schliessen.

Indem das Obergericht seine Bemessung des hypothetischen Einkommens des Beschwerdeführers ab Januar 2007 auf das Einkommen 2003 stützt, jedoch hierzu auf Urkunden verweist, die das Einkommen 2004 betreffen, unterläuft ihm ein blanker Irrtum bzw. trifft es eine aktenwidrige tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziffer 2 ZPO bezüglich des Einkommens 2003. Dies führt zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Da das Obergericht ausdrücklich feststellt, es sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer kaum eine Stelle finden werde, an welcher er ein ähnliches Einkommen wie im Jahr 2004 erzielen könne (KG act. 2 S. 29 Mitte), es also nicht auf dieses Einkommen abstellen will, kann im vorliegenden Kassationsverfahren dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen des Beschwerdeführers in der Be-

schwerdeschrift zum Einkommen 2004 und zur Interpretation der betreffenden Lohnabrechnungen zutreffen.

4. Die vom Obergericht für die Zeit bis Dezember 2006 festgesetzten Unterhaltsbeiträge blieben unangefochten, weshalb der angefochtene Beschluss diesbezüglich nicht aufzuheben ist. Das Obergericht wird über die Unterhaltsbeiträge ab Januar 2007 sowie über die Kosten- und Entschädigungsregelung des gesamten Rekursverfahrens (entsprechend dem letztendlichen Ausgang desselben) einen neuen Entscheid zu treffen haben. In diesem Umfang ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an das Obergericht zurückzuweisen.

### III.

a) Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Zwar stellte die Beschwerdegegnerin einen Eventualantrag auf Rückweisung der Sache zur Abklärung der aktuellen Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers (KG act. 12 S. 2), doch ändert dies nichts daran, dass sie mit ihrem Hauptantrag auf Abweisung der Beschwerde unterliegt. Infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung sind die Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Da der Beschwerdeführer unentgeltlich vertreten ist, ist die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter zuzusprechen (§ 89 Abs. 1 ZPO). Weiter sind der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin sowie - für den Fall der Uneinbringlichkeit der Prozessentschädigung - dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers je eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen (§ 89 Abs. 2 ZPO).

b) Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG ge-

nannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2006 mit Bezug auf die für die Zeit ab Januar 2007 festgesetzten Unterhaltsbeiträge und die Kosten- und Entschädigungsregelung aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'200.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 291.-- Schreibgebühren,  
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, jedoch infolge bewilligter unentgeltlicher Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt ..., für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- zu entrichten.
5. Für den Fall der Nichteinbringlichkeit der Prozessentschädigung gemäss Ziffer 4 wird Rechtsanwalt ... für seine Bemühungen und Barauslagen als Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Entschädigung von Fr. 1'600.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.

6. Rechtsanwältin ... wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin eine Entschädigung von Fr. 1'600.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. 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.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon sowie an das Schweizerische Bundesgericht (5P.47/2007), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: