

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LP110004-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und die Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 27. Oktober 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge)**

Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 7. Januar 2008 (EE070068)

Rückweisung; Beschluss des Kassationsgerichtes vom 26. Januar 2011 (vormaliges Verfahren LP080006)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen seit Mitte September 2007 im Eheschutzverfahren (Urk. 6/1 in Geschäft Nr. LP080006). Mit Verfügung vom 7. Januar 2008 stellte die erstinstanzliche Richterin fest, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt seien und stellte u.a. die drei gemeinsamen Söhne C._____, geboren am tt.mm.1996, D._____, geboren am tt.mm.1998, und E._____, geboren am tt.mm.2002, unter die Obhut der Klägerin, Erstrekursgegnerin und Zweitrekurrentin (fortan Klägerin). Sodann berechtigte sie den Beklagten, Erstrekurrenten und Zweitrekursgegner (fortan Beklagter), die Kinder je am 1. und 3. Wochenende eines jeden Monats von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntagabend 19.00 Uhr sowie am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ebenso berechtigte sie den Beklagten, die Kinder für vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Weiter verpflichtete sie den Beklagten erstmals per 1. Februar 2008 zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 800.– für den Sohn E._____ und in der Höhe von je Fr. 1'000.– für die Söhne D._____ und C._____ sowie in der Höhe von Fr. 4'450.– für die Klägerin persönlich. Sodann wurden die Kosten dem Beklagten zu drei Viertel und der Klägerin zu einem Viertel auferlegt und der Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 3'500.– zu bezahlen (Urk. 244 S. 3 = Urk. 3 S. 25 f. in LP080006).

2. Die Verfügung der Einzelrichterin vom 7. Januar 2008 wurde von beiden Parteien angefochten. Die Kammer fällte schliesslich mit Beschluss vom 22. März 2010 folgenden Entscheid (Urk. 244 S. 49 ff.):

"Demnach beschliesst das Gericht:

1. Das Rekursverfahren LP080005 wird mit dem vorliegenden Rekursverfahren vereinigt, unter der Prozessnummer LP080006 weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschlossen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

Und sodann beschliesst das Gericht:

1. Der Antrag der Prozessbeiständin der Kinder auf Erteilung einer Weisung an die Parteien, alles zu unterlassen, was das Verhältnis der Kinder zum andern Elternteil beeinträchtigen könnte, insbesondere Gespräche über das laufende Verfahren, wird als durch Gegenstandslosigkeit erledigt abgeschlossen.
2. In teilweiser Gutheissung der Rekurse der Klägerin und des Beklagten werden Dispositiv-Ziffern 2, 3, 5, 6, 8 und 9 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 7. Januar 2008 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - '2. Die Söhne C._____, geboren tt.mm.1996, und E._____, geboren tt.mm.2002, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.

Der Sohn D._____, geboren tt.mm.1998, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.
3. a) Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, die Söhne C._____ und E._____
 - je am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr,
 - ferner in den geraden Jahren von Ostersonntag bis Ostermontag sowie vom 24. Dezember bis 25. Dezember und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis Pfingstmontag und vom 31. Dezember bis 1. Januar des Folgejahreszu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Es wird C._____ überlassen, wann er die Besuche beim Beklagten wieder aufnehmen will.
- b) Die Klägerin wird für berechtigt erklärt, den Sohn D._____
 - je am zweiten und vierten Wochenende eines jeden Monats von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr,

- ferner in den ungeraden Jahren von Ostersonntag bis Ostermontag sowie am 24. und 25. Dezember sowie in geraden Jahren von Pfingstsonntag bis Pfingstmontag und am 31. Dezember bis 1. Januar des Folgejahres

zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

- c) Beide Elternteile werden sodann für berechtigt erklärt, mit den jeweils nicht unter ihrer Obhut stehenden Kindern vier Wochen Ferien pro Jahr zu verbringen, wobei diese auf mindestens zwei verschiedene Schulferien zu verteilen sind. Das Besuchsrecht ist dem obhutsberechtigten Elternteil jeweils mindestens zwei Monate im Voraus anzukündigen. Dabei haben sich die Parteien möglichst so abzusprechen, dass alle drei Kinder ihre Ferien jeweils gemeinsam mit den Geschwistern verbringen können.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis 30. November 2009 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'200.– und ab 1. Dezember 2009 für die weitere Dauer des Getrenntlebens von Fr. 9'200.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats.

6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt des Sohnes E. _____ monatlich Fr. 800.– sowie an den Unterhalt des Sohnes C. _____ monatlich Fr. 1'000.– (je zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Februar 2008.

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt des Sohnes D. _____ monatlich Fr. 1'000.– (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) zu bezahlen, erstmals per 1. Februar 2008 bis 30. November 2009.

Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte auf Unterhaltsbeiträge für D. _____ verzichtet hat.

8. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

9. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.'

Im Übrigen werden die Rekurse der Klägerin und des Beklagten abgewiesen und die angefochtene Verfügung vom 7. Januar 2008 wird bestätigt.

- 3. Beide Parteien werden gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und Abs. 3 ZGB ermahnt, positiv auf die Besuche beim nicht obhutsberechtigten Elternteil hinzuwirken und den Kindern die jeweils für den Besuch oder die Ferien notwendige Ausrüstung mitzugeben bzw. diese nach Abschluss des Besuchswochenendes oder der Ferien wieder zurückzugeben.

4. Den Parteien wird gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, die erforderlichen Einzeltherapien der jeweils unter ihrer elterlichen Obhut stehenden Kinder einzuleiten und deren regelmässigen Besuch sicherzustellen.
5. Für die drei Kinder C._____, D._____ und E._____ wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Der Beistand oder die Beiständin wird beauftragt, den Eltern mit Rat und Tat zur Seite zu stehen und bei Konflikten der Eltern namentlich in Erziehungsfragen als neutrale Drittperson zu vermitteln. Ferner wird der Beiständin oder dem Beistand die Kompetenz erteilt, die für die korrekte Durchführung des Besuchsrechts erforderlichen Einzelheiten - wie Übergabeort, Übergabemodalitäten oder die genaue Zeit von Anfang und Ende des Feiertags- und Ferienbesuchsrechts - verbindlich festzulegen.

Weiter wird dem Beistand oder der Beiständin die Aufgabe erteilt, die nötigen therapeutischen Massnahmen für die Kinder einzuleiten und deren Besuch sicherzustellen, soweit die Eltern nicht von sich aus tätig werden.

Die Vormundschaftsbehörde F._____ wird ersucht, für die drei Kinder C._____, D._____ und E._____ einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen.

6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 10'000.-.

Die weiteren Kosten betragen:

Fr. 9'203.50 Gutachten KJPD

7. Die Gerichtsgebühr wird der Klägerin zu 2/5 und dem Beklagten zu 3/5 auferlegt.
8. Die Kosten des Gutachtens und der Prozessbeiständin der Kinder werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
9. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren eine auf einen Fünftel reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen."

3. Am 23. April 2010 erhob der Beklagte gegen diesen Entscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (Urk. 256 S. 4) und beantragte die Aufhebung von Dispositivziffer 2.5 des angefochtenen Entscheides. Mit Zirkulationsbeschluss vom 26. Januar 2011 hob das Kassationsgericht des Kantons Zürich den Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März

2010 hinsichtlich der Dispositivziffern 2.5, 2.8, 2.9, 6, 7 und 9 auf und wies die Sache insoweit im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück. Im Übrigen (Dispositivziffern 1, 2.2, 2.3, 2.6, 3, 4, 5 und 8) wurde der Beschluss nicht aufgehoben (Urk. 256 S. 17, Dispositivziffer 1).

4. Auf das von der Klägerin mit Schreiben vom 31. Mai 2011 (eingegangen am 1. Juni 2011) gestellte Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Verpflichtung des Beklagten um Bezahlung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 4'450.– an die Klägerin, rückwirkend ab 1. Februar 2008 bis zum Entscheid eines neuen Unterhaltsbeitrages durch die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten, Urk. 258 S. 2) wurde mit Beschluss vom 7. Juli 2011 mangels Zuständigkeit nicht eingetreten (Urk. 268).

5. Mit Präsidialverfügung vom 7. Juli 2011 wurden die Parteien nach vorgängiger Rücksprache mit ihren Parteivertretern zur Referentenaudienz, Vergleichsverhandlung und mündlichen Stellungnahme auf den 14. Juli 2011 vorgeladen (Urk. 266; Urk. 267). Nach durchgeführter Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich (Urk. 270), welcher mit Schreiben vom 22. Juli 2011 innert Frist vom Beklagten widerrufen wurde (Urk. 271).

II.

1. Der Beschluss der Kammer vom 22. März 2010 ist mit seiner Ausfällung am 22. März 2010 betreffend die Dispositivziffern 1, 2.2, 2.3, 2.6, 3, 4, 5 und 8 in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Die vom Kassationsgericht aufgehobenen Dispositivziffern 2.5, 2.8, 2.9, 6, 7 und 9 betreffen den Unterhaltsbeitrag an die Klägerin persönlich sowie die damit verbundenen erst- und zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen und die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr.

2. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Indes gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Da die Aufhebung der Dispositivziffern 2.5, 2.8, 2.9, 6, 7 und 9 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2010 das Verfahren diesbezüglich in den Stand zur Zeit vor der Entscheidung zurückversetzt hat, sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts (ZPO/ZH und GVG/ZH) anzuwenden.

3. Das Obergericht ist gemäss § 104a Abs. 1 GVG/ZH an die Rechtsauffassung des Kassationsgerichts gebunden, nicht aber an dessen tatsächliche Feststellungen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 291 ZPO; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 32 zu § 104a GVG). Das Obergericht hat nach Auffassung des Kassationsgerichts willkürliche Feststellungen oder eine willkürliche Annahme getroffen. Der Rückweisungsentscheid beinhaltet die Aufhebung des angefochtenen Entscheids in den genannten Dispositivziffern und die Auflage, einen neuen Entscheid zu fällen. Prozessuale Anordnungen etwa bezüglich einer Beweisergänzung oder Wiederholung des Verfahrens, an welche das Obergericht ebenfalls gebunden wäre, enthält der Rückweisungsentscheid nicht. Das Rekursverfahren ist nicht aufgehoben worden (Frank/Sträuli/Messmer, N 3b zu § 291 ZPO). Es besteht auch kein Anlass, von Amtes wegen das Verfahren (ganz oder teilweise) zu wiederholen oder auszuweiten und zum Beispiel weitere Beweise zu erheben. Es ist deshalb kein neues Rekursverfahren durchzuführen. Der Prozess ist nach wie vor spruchreif, und der neue Entscheid ist aufgrund der gleichen tatsächlichen Feststellungen und der gleichen Beweismittel zu fällen, die dem aufgehobenen Entscheid zugrunde lagen.

4.1 Gegenstand der aufgehobenen Dispositivziffer 2.5 war die Höhe des Unterhaltsbeitrages für die Klägerin persönlich, welche von der Kammer auf mo-

natlich Fr. 8'200.– für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis zum 30. November 2009 und Fr. 9'200.– für die Zeit ab dem 1. Dezember 2009, dem Zeitpunkt des Wegzugs von D._____ zum Beklagten, festgesetzt worden war (Urk. 244 S. 50). Dabei berücksichtigt die Kammer unter anderem zwei Bedarfspositionen – nämlich Fr. 500.– monatlich für Garderobe, Coiffeur und Kosmetik und Fr. 583.– für Freizeitaktivitäten – mit der Begründung, das Anfallen dieser Positionen sei vom Beklagten vor Erstinstanz eben gerade nicht bestritten worden, habe er doch lediglich ausgeführt, dass die Klägerin diese Positionen selber finanzieren müsste. Damit habe der Beklagte lediglich zum Ausdruck gebracht, dass er nicht gewillt sei, dafür aufzukommen, weshalb diese Positionen zusätzlich im Bedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 244 S. 40). Diesbezüglich rügte das Kassationsgericht die Auffassung der Kammer wie folgt (Urk. 256 S. 9 ff.):

"An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hatte der Beschwerdeführer zur "Berechnung des Existenzminimums" der Beschwerdegegnerin Stellung genommen (ER Prot. S. 15). Im Rahmen dieser mündlichen Stellungnahme hatte sein Rechtsvertreter gemäss Protokoll ausgeführt:

'Auch der "zusätzliche Aufwand" für Garderobe, Coiffeur und Kosmetik und die Freizeitaktivitäten der Klägerin müsste diese selber finanzieren. In diesem Sinne werden die besagten Einzelpositionen wie auch die Gesamtsumme des angeblichen Existenzminimums der Klägerin bestritten' (ER Prot. S. 16, Anführungszeichen bei "zusätzliche Aufwand" im erstinstanzlichen Protokoll).

Die Einzelrichterin und der erstinstanzliche juristische Sekretär als an dieser mündlichen Hauptverhandlung Anwesende hatten diese Stellungnahme als Bestreitung der Behauptungen der Beschwerdegegnerin verstanden (ER act. 25 S. 21 lit. bi). Unter diesen Umständen ist die gegenteilige vorinstanzliche Interpretation der protokollierten mündlichen Stellungnahme des Beschwerdeführers ohne allfällige Nachfrage im Sinne von § 55 ZPO/ZH nicht haltbar. Der Konjunktiv in der Erklärung, die Beschwerdegegnerin "müsste" den "zusätzlichen Aufwand" selber finanzieren, beinhaltet keine Anerkennung, dass ein solcher zusätzlicher Aufwand tatsächlich entstanden war, sondern deutet auf einen gedachten und in den Äusserungen gemeinten und implizit enthaltenen Nachsatz hin, sie "müsste, wenn...(?)". Tatsächlich konnte der Beschwerdeführer damit gemeint haben, die Beschwerdegegnerin müsste diesen Aufwand selber finanzieren, wenn es ihn denn tatsächlich gäbe, wie er in der Beschwerdeschrift geltend macht (KG act. 1 S. 8 Ziff. 20), und kann der Konjunktiv damit

die Bestreitung implizieren, dass es einen solchen Aufwand tatsächlich nicht gab. Auch die vom Protokollführer verwendeten Ausführungszeichen bei den Wörtern der "zusätzliche Aufwand" deuten auf eine Bestreitung dieses Aufwandes hin. In der Rekursantwort bestritt der Beschwerdeführer, die Auslagen denn auch ohne Wenn und Aber (OG act. 243/16 Rz 23 f.).

Wenn die Vorinstanz schon zur Auffassung gelangte, das Verständnis der direkt anwesenden erstinstanzlichen Gerichtspersonen sei falsch und der zitierte Passus enthalte keine Bestreitung des Anfallens dieser Positionen, wäre dieser Passus unklar im Sinne von § 55 ZPO/ZH gewesen. Insbesondere wäre nicht klar (die Unklarheit verstärkt durch die Ausführungszeichen), wie der Konjunktiv zu verstehen bzw. was damit gemeint ist. Diese Unklarheit hätte die richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO/ZH auslösen müssen (mit der Frage, ob der Beschwerdeführer nun das Anfallen der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Positionen bestreitet oder nicht, was sich allerdings angesichts der vorbehaltlosen Bestreitung in der Rekursantwort [OG act. 243/16 Rz. 23 f.] eigentlich erübrigte), jedenfalls aber nicht ohne Nachfrage zur Feststellung führen dürfen, der Beschwerdeführer habe das Anfallen dieser Positionen nicht bestritten, sondern bloss deutlich gemacht, dass er nicht gewillt sei, dafür aufzukommen. Indem die Vorinstanz ohne Nachfrage allein gestützt auf die zitierte protokollierte Äusserung und entgegen dem Verständnis der bei der mündlichen Verhandlung anwesenden Gerichtspersonen feststellte, dass der Beschwerdeführer das Anfallen dieser Positionen nicht bestritten habe, und indem die Vorinstanz deshalb diese Positionen nicht prüfte, sondern ohne weiteres den Bedarf der Beschwerdegegnerin um diese Position erhöhte, verletzt sie den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA090027 vom 23.7.2009 Erw. IV.2.2f., Kass.-Nr. AA060092 vom 30.4.2007 Erw. II.3.2.b, Kass.-Nr. AA060026 vom 25.4.2007 Erw. II.3b) und damit eine wesentliche Verfahrensvorschrift im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH."

Diese Erwägungen des Kassationsgerichts sind für die beschliessende Kammer verbindlich. Dies hat zur Folge, dass diese beiden Positionen vom Beklagten als bestritten zu gelten haben. Dementsprechend ist die Frage, ob diese Positionen von der Klägerin bislang ausreichend glaubhaft dargelegt worden sind, aufgrund der Akten zu prüfen.

4.2 Sodann rügte das Kassationsgericht, dass der Bedarf der Klägerin nach dem Wegzug des Sohnes D._____ zum Beklagten zu präzisieren sei, allenfalls unter Berücksichtigung der weggefallenen Positionen für die Zeit ab dem 1.

Dezember 2009 neu zu berechnen sein werde. Diesbezüglich hielt das Kassationsgericht in Ziffer 5.2 c seines Beschlusses folgendes fest (Urk. 256 S. 6 ff.):

"Tatsächlich beruht die vorinstanzliche Berechnung des Unterhaltsbeitrages für die Beschwerdegegnerin persönlich auf dem Bedarf der Beschwerdegegnerin mit den drei Kindern von insgesamt Fr. 18'000.– pro Monat (KG act. 2 S. 47 Erw. 7 i.V. mit S. 39 Erw. 1 [i.V. mit OG act. 3 S. 19 bzw. S. 18 f.] und S. 40 lit. d). Auch die Berechnung des Unterhaltsbeitrages für die Beschwerdegegnerin persönlich ab Dezember 2009 beruht auf dem Bedarf der Beschwerdegegnerin mit den drei Kindern von insgesamt Fr. 18'000.– (KG act. 2 S. 47 Erw. 7). Tatsächlich scheint die Vorinstanz übersehen zu haben, dass sich durch den Wegzug von D._____ von der Beschwerdegegnerin zum Beschwerdeführer (weswegen der Unterhaltsbeitrag des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin für D._____ von Fr. 1'000.– entfiel und die Vorinstanz den Unterhaltsbeitrag für die Beschwerdegegnerin um diese Fr. 1'000.– erhöhte) auch der Gesamtbedarf der Beschwerdegegnerin von Fr. 18'000.– entsprechend reduzierte. Zumindest entfielen die darin enthaltenen Positionen Kinderzuschlag von Fr. 350.– (ER act. 25 S. 19 lit. bb) und die Krankenkassenprämie von D._____ (ER act. 25 S. 18 i.V. mit S. 20 lit. bg i.V. mit ER act. 11/7). Der vorinstanzlich berechnete Unterhaltsbeitrag für die Beschwerdegegnerin persönlich ab Dezember 2009 beruht auf der tatsächlichen Annahme des unveränderten Gesamtbedarfs von Fr. 18'000.– der Beschwerdegegnerin mit den drei Kindern. Diese Annahme ist willkürlich, da sich dieser Gesamtbedarf durch den Wegzug von D._____ (und die Zuteilung der Obhut über ihn auf den Beschwerdeführer) veränderten, was die Vorinstanz indes nicht berücksichtigte. Diese willkürliche tatsächliche Annahme ist ein Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH. Diese Rüge ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Unterhaltsregelung."

Auch an diese Rechtsauffassung ist das Obergericht wie bereits erwähnt gebunden. Dementsprechend reduziert sich der klägerische Bedarf bereits um die beiden Positionen Kinderzuschlag und Krankenkassenprämie von D._____. Sodann sind die weiteren Positionen dahingehend zu prüfen, ob der Wegzug D.____s auf deren Höhe einen Einfluss hatte. Des Weiteren ist gemäss Kassationsgericht der Einwand der Klägerin, dass es nicht sein könne, dass der Beklagte davon profitiere, dass er D._____ eigenmächtig unter seine Obhut genommen habe, zu prüfen.

5.1 Die Rekursinstanz hatte die Bedarfspositionen der Klägerin zusammen mit den drei Söhnen gestützt auf die erstinstanzliche Bedarfsberechnung wie folgt fest gesetzt (Urk. 244 S. 39 ff. in Verbindung mit Urk. 3 S. 18 f. in LP080006):

Grundbetrag	Fr. 1'100.–
Kinderzuschlag	Fr. 950.–
Unterhaltskosten	Fr. 6'812.– ¹
Hypothek	Fr. 3'880.– ²
Versicherungsprämien	Fr. 600.– ³
Krankenkasse	Fr. 540.– ⁴
Krankenkasse Kinder	Fr. 230.– ⁵
Mittagstisch	Fr. 381.– ⁶
Telefon	Fr. 200.– ⁷
Aupair	Fr. 1'200.– ⁸
Ferien	Fr. 1'000.– ⁹
Freizeitaktivitäten	Fr. 583.– ¹⁰
Garderobe, Coiffeur, Kosmetik	Fr. 500.– ¹¹
Total	Fr. 17'976.–
Total gerundet	Fr. 18'000.–

5.2 Dieser Berechnung folgend, ist gestützt auf die Erwägungen des Kassationsgerichts nachfolgend zu beurteilen, welche Positionen sich infolge Wegzugs von D._____ reduzierten und ob die Positionen "Freizeitaktivitäten" und "Garderobe, Coiffeur und Kosmetik" effektiv in der von der Klägerin geltend gemachten Höhe anfallen.

1) *Unterhaltskosten Fr. 6'812.–:*

Hierbei handelt es sich um die Unterhaltskosten für die Liegenschaft, welche in ihrer Höhe weder vor Erstinstanz noch vor Zweitinstanz bestritten worden sind (Prot. I S. 15; Urk. 2 S. 12; Urk. 243/16 S. 8 f.) und durch die Steuererklärung für das Jahr 2006 belegt sind (Urk. 5/9/14: Aufstellung "Unterhaltskosten Liegenschaft" gem. StE 2006: Gartenbau, Aufzugwartung, Pool-Technik etc. [Urk. 5/11/3]). Diese fallen unabhängig vom Wegzug von D._____ zum Beklagten weiterhin an, weshalb diesbezüglich keine Reduktion zu erfolgen hat.

2) *Hypothekarzinsen Fr. 3'880.–:*

Ebenso wurden die Hypothekarzinsen gemäss erstinstanzlichem Entscheid im Quantitativum vor der Zweitinstanz nicht bestritten (Urk. 2 S. 12; Urk. 243/16

S. 8 f.). Diese fallen unabhängig vom Wegzug von D. _____ an, weshalb auch diesbezüglich keine Reduktion vorzunehmen ist.

3) *Versicherungsprämien Fr. 600.–:*

Ebenso wenig ändert sich etwas an den Versicherungsprämien, betreffen diese doch gemäss erstinstanzlicher Entscheidung die Haushaltsversicherung und die Wertsachenversicherung (Urk. 3 S. 19, Urk. 5/9/16 Blatt 1 und 7).

4) *Krankenkasse Fr. 540.–:*

Diese Kosten betreffen nur die Klägerin persönlich und sind dementsprechend zu belassen (Urk. 3 S. 19 f. mit Verweis auf Urk. 5/11/6 und Urk. 15/4). Damit ist auch diesbezüglich keine Reduktion vorzunehmen.

5) *Krankenkasse Kinder Fr. 230.–:*

Die Versicherung von D. _____ betrug im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides Fr. 84.40 (Urk. 5/11/7). Dieser Betrag ist aus dem Bedarf der Klägerin zu streichen, da davon auszugehen ist, dass der Beklagte diesen Betrag für D. _____ bezahlt. Entsprechend ist ein Betrag von Fr. 145.60 ab 1. Dezember 2009 einzusetzen.

6) *Mittagstisch Fr. 381.–:*

Hierzu führte die Erstinstanz aus, dass die beiden älteren Söhne – und damit auch D. _____ – am Mittagstisch teilnehmen würden, da sie die Tagesschule besuchten. Letzteres sei auch vom Beklagten so dargelegt worden (Urk. 3 S. 20 mit Verweis auf Urk. 5/8 S. 7). Diese Besuche wurden zweitinstanzlich nicht bestritten (Urk. 2 S. 12; Urk. 243/16 S. 8 f.). Aus den obergerichtlichen Akten ist ersichtlich, dass die beiden älteren Söhne die Tagesschule und den damit verbundenen Mittagstisch gleich häufig besuchen (Urk. 40/2). So hat auch der Beklagte erstinstanzlich ausgeführt, dass nur noch der jüngste der drei Söhne mittags nach Hause komme und die beiden grösseren Buben in den Mittagstisch gingen (Urk. 5/8 S. 7). Dementsprechend rechtfertigt es sich, die Kosten zu halbieren. Damit ist der Bedarf um Fr. 190.50 (Fr. 381.– / 2) zu reduzieren.

7) *Telefon Fr. 200.–:*

Diese Kosten sind unabhängig vom Wegzug von D. _____ auf diesem Betrag zu belassen. Dieser Betrag war von den Parteien anlässlich des Rekursverfahrens nicht bestritten worden. Zu berücksichtigen ist, dass sich D. _____ im Zeitpunkt, als dieser Betrag festgesetzt worden ist, in einem Alter befand, in welchem er notorischerweise nicht derart oft telefonierte, als dass sich diese Kosten infolge seines Wegzugs erheblich reduziert hätten.

8) *Aupair Fr. 1'200.-:*

Diese Kosten in der Höhe von Fr. 1'200.- wurden erstinstanzlich nicht belegt, vom Beklagten jedoch anerkannt (Prot. I S. 15). Sodann hat der Beklagte vor Erstinstanz ausgeführt, dass das Aupair eine Präsenzzeit von 60 Stunden pro Woche habe und vollumfänglich für die Haushaltsführung und Kinderbetreuung zuständig sei; der Anteil, den die Klägerin im Haushalt übernehme, sei sehr bescheiden (Prot. I S. 28). Auch die Klägerin ging davon aus, dass das Aupair eine Präsenzzeit von 60 Stunden pro Woche habe und auch Haushaltsarbeiten nachgehe (Prot. I S. 18). Anlässlich des Rekursverfahrens wurde dann auch nur noch von Haushaltshilfe gesprochen (Urk. 2 S. 6). Damit ist offensichtlich, dass das Aupair nach Stunden bezahlt wird, nicht nach der Anzahl Kinder, welche dieses zu betreuen hat. Entsprechend sind diese Kosten im Bedarf der Klägerin auch für die Zeit nach dem 1. Dezember 2009 unverändert zu belassen.

9) *Ferien Fr. 1'000.-:*

Der Ferienbetrag war für die Klägerin persönlich und die drei Kinder bestimmt. Damit rechtfertigt es sich, den Betrag vorliegend zu reduzieren. Allerdings rechtfertigt es sich nicht, den Betrag von Fr. 1'000.- gleichmässig auf vier Personen zu berechnen und einen Viertel in Abzug zu bringen, ist doch zu berücksichtigen, dass Kinder teilweise von Vergünstigungen profitieren können, in deren Genuss Erwachsene nicht kommen. Entsprechend ist für den Sohn D. _____ ein Betrag von Fr. 225.- in Abzug zu bringen und die Position Ferien auf Fr. 775.- festzusetzen.

10) *Freizeitaktivitäten Fr. 583.-:*

Die Klägerin liess vor Erstinstanz diesbezüglich ausführen, dass im Betrag von Fr. 4'000.–, welchen sie aus der Praxistätigkeit beim Beklagten erhalte, die Positionen Haushaltsgeld inkl. Verpflegung für die fünfköpfige Familie und die Bezahlung des Aupairs, die Bekleidung der Klägerin und der drei Kinder, Freizeitaktivitäten, Coiffeur etc. eingeschlossen seien (Urk. 5/14 S. 1 f.; Prot. I S. 20; Urk. 243/2 S. 3; Urk. 243/8 S. 3). Allerdings führte sie ebenso aus, dass sie seit Jahren erhebliche und notwendige Geldmittel für die Erhaltung ihres Pilotenbrevets und den seit vielen Jahren ausgeübten Reitsport verwende, insgesamt Fr. 583.– pro Monat (Urk. 5/14 S. 4). Vom Beklagten nicht bestritten worden war, dass die Klägerin tatsächlich über das Pilotenbrevet verfügt und damit auch fliegt (Urk. 5/8 S. 5). Weiter liess der Beklagte vor Vorinstanz ausführen, dass die Klägerin auch bei winterlichen Temperaturen draussen ganztags ihren Pferdesportaktivitäten nachgehe, wobei C._____ sie am Samstagmorgen begleite (Urk. 5/19 S. 2). In diesem Sinne wurde vom Beklagten grundsätzlich nicht bestritten, dass die Klägerin diese Sportarten ausübt, sondern es wurde nur der behauptete finanzielle Aufwand bestritten. Daraus erhellt, dass der Klägerin glaubhafterweise Kosten für die Freizeitaktivitäten Fliegen und Reiten anfallen. Fraglich ist vorliegend allerdings, ob der Klägerin tatsächlich Kosten in der Höhe von Fr. 583.– – wie von ihr geltend gemacht – anfallen.

a) In den Akten finden sich hierzu keinerlei Hinweise, wie die Klägerin diesen Betrag errechnete (Urk. 5/14 S. 4; Urk. 243/2 S. 4). Anlässlich der Befragung vor Erstinstanz führte sie lediglich aus, meistens montags oder freitags am Reiten zu sein (Prot. I S. 18). Gemäss den Ausführungen des Beklagten vor Zweitinstanz ist unbestritten, dass Positionen fürs Reiten in die Buchhaltung der Klägerin aufgenommen worden seien (Urk. 243/16 S. 6). Aus der Buchhaltung der Klägerin für das Jahr 2007 werden folgende Auslagen für den Reitsport ersichtlich (Urk. 243/10/2):

- ... Fr. 2'200.– (April 2007)
- Rennverein ... Fr. 90.– (Dezember 2007)
- ... Fr. 2'222.– (Dezember 2007)

- Reitkurs der Kl. Fr. 769.90 bei der ... Schule (März 2007).

Dies ergibt einen Totalbetrag von Fr. 5'281.90, welcher im Jahr 2007 angefallen ist. Umgerechnet ergibt dies einen Betrag von rund Fr. 440.– pro Monat, welcher der Klägerin für den Reitsport im Bedarf anzurechnen ist, da er in diesem Umfang glaubhaft gemacht wurde.

b) Hinsichtlich Pilotenbrevet und Fliegerei ergeben sich keine konkreten Angaben aus den Akten. So ist nicht einmal ersichtlich, welchen Flugzeugtyp die Klägerin fliegt, wie oft sie fliegt, ob sie alleine oder mit anderen zusammen fliegt. Mangels entsprechender Hinweise, welche sich durchaus hinsichtlich Kostenhöhe auswirken, können diese nicht einmal ansatzweise geschätzt werden. Dementsprechend ist der Klägerin unter dieser Position mangels hinreichender Substantiierung kein Betrag in ihrem Bedarf einzurechnen.

11) *Garderobe, Coiffeur, Kosmetik Fr. 500.–:*

Die Klägerin begründet ihre Forderung von Fr. 500.– für Garderobe, Coiffeur und Kosmetik damit, dass dieser Betrag in Anbetracht der Tatsache, dass die Parteien eine Ferienwohnung in ..., ein Hallenbad etc. besässen, als nicht zu hoch gegriffen sei. Es sei weltfremd davon auszugehen, dass die Klägerin diese Auslagen mit Quittungen belegen könne (Urk. 243/2 S. 4; Prot. I S. 27). Allein die Tatsache, dass die Parteien eine Ferienwohnung in ... sowie ein Hallenbad besitzen, lässt nicht zwingend den Schluss zu, dass die Klägerin zusätzlich zu dem Betrag von Fr. 4'000.–, welchen sie monatlich als Haushaltsgeld zur Verfügung hatte, noch Fr. 500.– für ihre Garderobe etc. benötigt. Ebenso wenig liefert die Klägerin exakte Angaben dazu, wo und wie oft sie beispielsweise pro Monat zur Kosmetikerin, zum Coiffeur etc. geht. Ebenso fehlen Ausführungen dazu, wo und wie oft die Klägerin Kleider einkaufen geht, so dass den Akten keinerlei Anhaltspunkte für eine entsprechende Berechnung entnommen werden können. Damit ist der Klägerin unter diesem Titel mangels Substantiierung kein Betrag in ihrem Bedarf einzurechnen.

5.3 Dementsprechend ergibt sich für die Klägerin und die drei Söhne, respektive ab 1. Dezember 2009 für die Klägerin und die beiden Söhne C._____ und E._____, folgender Bedarf:

Bedarfspositionen	gem. Vorinstanz	gem. 2. Instanz	ab 1.12.2009
Grundbetrag	Fr. 1'100.-		
Kinderzuschlag	Fr. 950.-		Fr. 600.-
Unterhaltskosten	Fr. 6'812.- ¹		
Hypothek	Fr. 3'880.- ²		
Versicherungsprämien	Fr. 600.- ³		
Krankenkasse	Fr. 540.- ⁴		
Krankenkasse Kinder	Fr. 230.- ⁵		Fr. 145.60
Mittagstisch	Fr. 381.- ⁶		Fr. 190.50
Telefon	Fr. 200.- ⁷		
Aupair	Fr. 1'200.- ⁸		
Ferien	Fr. 1'000.- ⁹		Fr. 775.-
Reiten ¹⁰		Fr. 440.-	Fr. 440.-
Total	Fr. 16'893.-	Fr. 17'333.-	Fr. 16'483.10
Total gerundet		Fr. 17'350.-	Fr. 16'500.-

5.4 Der Einwand der Klägerin, der Beklagte dürfe nicht davon profitieren, dass er ihr D._____ eigenmächtig entzogen habe, vermag nichts an der vorliegenden Bedarfsberechnung zu ändern. Fakt ist, dass durch den Wegzug von D._____ gewisse Positionen entfallen (welche naturgemäss neu beim Beklagten anfallen). Dies ist unabhängig von der Frage, warum D._____ beim Beklagten lebt, zu berücksichtigen. Im Übrigen ist die Klägerin darauf hinzuweisen, dass diese Kosten für D._____ bestimmt waren und nach wie vor vom Beklagten beglichen werden. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass er diese Kosten seit dem Umzug D._____s nun unmittelbar bezahlt, da dieser ja nun bei ihm lebt. Entsprechend profitiert der Beklagte nicht davon, dass D._____ bei ihm lebt.

5.5 Damit ergibt sich folgende Unterhaltbeitrag:

1. Februar 2008 bis und mit 30. November 2009 für die Klägerin persönlich und die drei Söhne:

Einkommen Klägerin	Fr. 7'000.–
Bedarf Klägerin	Fr. 17'350.–
./. Kinderunterhaltsbeiträge von total	Fr. 2'800.– (vgl. Urk. 244 S. 50 f.)
Unterhaltsanspruch Klägerin persönlich	Fr. 7'550.–

ab 1. Dezember 2009 für die Klägerin persönlich und die beiden Söhne C. _____ und E. _____:

Einkommen Klägerin	Fr. 7'000.–
Bedarf Klägerin, C. _____, E. _____	Fr. 16'500.–
./. Kinderunterhaltsbeiträge von total	Fr. 1'800.– (vgl. Urk. 244 S. 50 f.)
Unterhaltsanspruch Klägerin persönlich	Fr. 7'700.–

5.6 Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass Zahlungen, welche der Beklagte für im Bedarf der Klägerin aufgeführte Positionen bereits geleistet hat, selbstverständlich an die ausstehenden Unterhaltsbeiträge anzurechnen sind.

6.1 Hinsichtlich der Aufhebung von Dispositivziffer 2.8, 2.9, 6, 7 und 9 des Beschlusses der Kammer vom 22. März 2011 hielt das Kassationsgericht fest, dass diese ebenso aufzuheben seien, da das vorinstanzliche Verfahren gegebenenfalls aufwendiger werde und die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen auch vom Entscheid über die Unterhaltbeiträge für die Klägerin persönlich abhängen (Urk. 256 S. 16 mit Verweis auf Urk. 244 S. 48 Erw. IX. 2). Damit ist vorliegend zu prüfen, ob sich infolge der Reduktion der persönlichen Unterhaltsbeiträge für die Klägerin persönlich auch an den erst- und zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen etwas ändert. Dabei kann vorweg festgehalten werden, dass kein Anlass besteht, eine höhere Gerichtsgebühr zu veranschlagen, da keine Weiterungen erforderlich waren.

6.2 Hauptstreitpunkt bildete sowohl im erstinstanzlichen wie auch im zweitinstanzlichen Verfahren die Regelung der Kinderbelange. Diesbezüglich wurden die Kosten den Parteien gemäss Beschluss der angerufenen Kammer vom 22. März 2010 sowohl für das erst- wie auch für das zweitinstanzliche Verfahren je zur Hälfte auferlegt. Daran hat sich nichts geändert. Erstinstanzlich unterlag der Beklagte im Übrigen betreffend Zuteilung der ehelichen Wohnung. Auch diesbe-

züglich hat sich keine Änderung ergeben. Sodann unterlag die Klägerin erstinstanzlich hinsichtlich Zusprechung des Prozesskostenvorschusses, woran sich ebenso wenig änderte. Hingegen obsiegte sie erstinstanzlich hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge überwiegend, wobei zu berücksichtigen war, dass sie ihre Unterhaltsforderung zweitinstanzlich reduziert hatte. Dies ist nach wie vor so: In Anbetracht der Tatsache, dass die Frage des Unterhalts lediglich rund einen Achtel des gesamten Verfahrens beschlug, weicht die jetzige Korrektur insgesamt lediglich knapp 4 % vom Entscheid der Kammer vom 22. März 2010 ab. Dementsprechend rechtfertigt es sich nicht, an der hälftigen Kostentragung für das erstinstanzliche Verfahren eine Änderung vorzunehmen. Demzufolge ändert sich auch für das erstinstanzliche Verfahren nichts an den Entschädigungsfolgen.

Ebenso wenig rechtfertigt es sich, eine Änderung hinsichtlich der zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen vorzunehmen, beschlug doch die Frage der Kinderzuteilung rund drei Viertel des gesamten Verfahrens. Die Frage des Unterhalts betraf – nebst der Frage der Zuteilung der ehelichen Wohnung und der Frage der Verrechnung von bereits geleisteten Unterhaltsbeiträgen – lediglich knapp einen Achtel des Verfahrens. In Anbetracht der geringfügigen Änderungen von rund 9% betreffend die Unterhaltsbeiträge sind die Kosten bei einem Gesamtergebnis von 41,6% zu Lasten der Klägerin und 58,4% zu Lasten des Beklagten nach wie vor - gerundet - im Umfang von 2/5 der Klägerin und zu 3/5 dem Beklagten aufzuerlegen. Dementsprechend ist auch an der Entschädigungsfolge keine Änderung vorzunehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss der Kammer vom 22. März 2010 im Verfahren LP080006 (damit vereinigt LP080005) mit seiner Ausfällung am 22. März 2010 betreffend die Dispositivziffern 1, 2.2, 2.3, 2.6, 3, 4, 5 und 8 in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Die mit Zirkulationsbeschluss des Kassationsgerichts Zürich vom 26. Januar 2011 aufgehobenen Dispositivziffern 2.5, 2.8, 2.9 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. März 2010 (LP080006, damit vereinigt LP080005) werden durch folgende Fassung ersetzt:

"2.5 Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich für die Zeit vom 1. Februar 2008 bis 30. November 2009 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 7'550.– und ab 1. Dezember 2009 für die weitere Dauer des Getrenntlebens von Fr. 7'700.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats.

2.8 Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

2.9 Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 10'000.–.

Die weiteren Kosten betragen:

Fr. 9'203.50 Gutachten KJPD

4. Die Gerichtsgebühr wird der Klägerin zu 2/5 und dem Beklagten zu 3/5 auferlegt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren eine auf 1/5 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Für den Fristenlauf gelten Art. 44 ff. BGG.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
se