



Kass.-Nr. AA040173/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 17. Mai 2005

in Sachen

X.,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin

gegen

Y.,

Beklagter, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt

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

Kosten- und Entschädigungsfolgen

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Oktober 2004 (LP030183/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien stehen seit dem 27. Juni 2002 in einem Eheschutzverfahren. Mit Verfügung vom 24. Oktober 2003 verpflichtete die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich den Beschwerdegegner u.a., der Beschwerdeführerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'730.-- vom 1. Juni bis 30. September 2002, Fr. 6'390.-- vom 1. Oktober 2002 bis 31. Dezember 2003 sowie Fr. 3'960.-- ab 1. Januar 2004 zu bezahlen (Verfügung der Einzelrichterin OG act. 3 S. 28). In einem von beiden Parteien dagegen geführten Rekursverfahren verpflichtete die I. Zivilkammer des Obergerichts in teilweiser Gutheissung des Rekurses des Beschwerdegegners diesen mit Beschluss vom 11. Oktober 2004 u.a., der Beschwerdeführerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'090.-- vom 1. Juni 2002 bis 31. Januar 2004 und Fr. 1'110.-- ab 1. Februar 2004 zu bezahlen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 22).

2. Innert der 30-tägigen Beschwerdefrist reichte die Beschwerdeführerin gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 11. Oktober 2004 eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragte sie die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Neuurteilung, die Erteilung der aufschiebenden Wirkung und eine Fristwiederherstellung zur ergänzenden Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 17. November 2004 wurde der Beschwerde hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Entscheides aufschiebende Wirkung verliehen und der Beschwerdeführerin eine Prozesskaution von Fr. 3'500.-- auferlegt (KG act. 4). Nach mehrfachen Fristerstreckungs- bzw. -wiederherstellungsgesuchen (KG act. 8, 10, 12) reichte die Beschwerdeführerin am 9. Dezember 2004 eine ergänzende Begründung zur Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 17). Die Prozesskaution leistete sie innert dafür erstreckter Frist (KG act. 15, 16/1, 18 und 19). Mit Zwischenbeschluss vom 2. Februar 2005

wurde das Fristwiederherstellungsgesuch zur Ergänzung der Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde gutgeheissen (KG act. 21). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 23). Mit rechtzeitiger Beschwerdeantwort vom 4. März 2005 beantragte der Beschwerdegegner deren Abweisung (KG act. 24).

II.

1. Vorab macht die Beschwerdeführerin geltend, der Beschwerdegegner habe vor Vorinstanz Bilanz und Erfolgsrechnung 2003 verspätet eingereicht. Am 16. April 2004, dem letzten Tag einer vorinstanzlich als letztmalig bezeichneten Frist, habe der Beschwerdegegner mitgeteilt, dass es völlig unmöglich sei, den Abschluss per heute einzureichen, dass damit aber bis spätestens 20. April 2004 gerechnet werden könne. Obwohl dem Rechtsvertreter des Beschwerdegegners die Bilanz und Erfolgsrechnung am 20. April 2004 per Fax zugestellt worden sei, sei sie erst neun Tage später mit Eingabe vom 29. April 2004 eingereicht worden. Trotzdem habe die Vorinstanz Bilanz und Erfolgsrechnung beachtet und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 ZPO verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 4 - 6 Ziff. 1).

Die Vorinstanz erwog, werde einer Partei nicht mitgeteilt, dass und in welchem Umfang ihrem Fristerstreckungsgesuch entsprochen worden sei, dürfe sie nicht als säumig betrachtet werden (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 mit Verweisung auf Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 46 zu § 195 GVG mit Hinweis). Dem Beschwerdegegner sei (auf seine als Fristerstreckungsgesuch zu behandelnde Zuschrift vom 16. April 2004) nicht mitgeteilt worden, dass und in welchem Umfang seinem (sinngemässen) Fristerstreckungsgesuch entsprochen worden sei, so dass er (mit seiner Eingabe vom 29. April 2004, mit welcher er Bilanz per 31.12.2003 und Erfolgsrechnung 2003 einreichte; OG act. 24 und 25/1+2) nicht als säumig betrach-

tet werden könne (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6). Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Sie treffen zu. Die Rüge geht fehl.

2. Als aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme rügt die Beschwerdeführerin, dass ihr die Vorinstanz ein monatliches Einkommen von Fr. 2'250.-- angerechnet habe (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 2).

a) Die Vorinstanz ging aufgrund einer IV-Renten-Verfügung mit einem IV-Grad der Beschwerdeführerin von 55 % von einer 45 %igen Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin aus. Dazu erwog sie, die Beschwerdeführerin habe die Handelsschule in Zürich abgeschlossen und verfüge über eine jahrelange Berufserfahrung in der Kleiderbranche. Mit dem ihr gesundheitlich möglichen Arbeitspensum von 45 % könne sie aber kaum eine lukrative Anstellung als leitende Verkäuferin einer Modeboutique finden. Vor Erstinstanz habe sie zwar persönlich zu Protokoll gegeben, für einen 100 %-Job arbeite sie nicht unter Fr. 8'000.-- netto. Selbst der Beschwerdegegner habe aber eingeräumt, dass die Beschwerdeführerin bei realistischer Betrachtung wohl eher ein Einkommen von zirka Fr. 5'000.-- erzielen dürfte. Vor diesem Hintergrund und anbedachts des Umstands, dass es sich bei der Beschwerdeführerin mit ihrer langjährigen Berufserfahrung in der Kleiderbranche jedenfalls nicht um eine gewöhnliche Verkäuferin mit einem Monatssalär von Fr. 3'500.-- handle, rechtfertige es sich, ihr bei einem 45 %-Pensum ein Nettoerwerbseinkommen von Fr. 2'250.-- im Monat anzurechnen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10 f.).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit der Erwägung, bei ihr handle es sich jedenfalls nicht um eine "gewöhnliche Verkäuferin" mit einem Monatssalär von Fr. 3'500.--, setze sich die Vorinstanz in offensichtlichen Widerspruch zur Erwägung, dass sie mit ihrer Arbeitsfähigkeit von lediglich noch 45 % nicht als leitende Verkäuferin tätig sein könne (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f.). Der geltend gemachte Widerspruch ist indes keiner. Wenn die Vorinstanz davon ausging, die Beschwerdeführerin könne mit dem ihr gesundheitlich möglichen Arbeitspensum kaum eine lukrative Anstellung als leitende Verkäuferin einer Modeboutique fin-

den, impliziert dies weder, dass sie nur als "gewöhnliche Verkäuferin" mit einem Monatssalär von Fr. 3'500.-- tätig sein könne, noch schliesst dies aus, dass sie mit dem von der Vorinstanz erwähnten Handelsschulabschluss und der jahrelangen Berufserfahrung in der Kleiderbranche mehr als eine "gewöhnliche Verkäuferin mit einem Monatssalär von Fr. 3'500.--" verdienen könnte.

c) Weiter macht die Beschwerdeführerin indes geltend, wenn sie nicht als leitende Verkäuferin tätig sein könne, könne sie lediglich eine Tätigkeit finden, welche die Vorinstanz als "gewöhnliche" Verkäuferin bezeichne. Damit habe sie auch lediglich Anspruch auf einen Lohn, wie ihn eine "gewöhnliche Verkäuferin" erziele, also bei voller Tätigkeit Fr. 3'500.-- monatlich. Die vorinstanzliche Annahme eines möglichen monatlichen Netto-Erwerbseinkommens von Fr. 2'250.-- sei willkürlich (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f.).

aa) Bei der Annahme des der Beschwerdeführerin möglichen Einkommens handelt es sich um eine solche tatsächlicher Natur. Wegen des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung unterliegt diese der Nichtigkeitsbeschwerde nur bei Willkür (§ 281 Ziff. 2 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 45 zu § 281). 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. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt willkürliche Beweiswürdigung im Ergebnis nur vor, wenn das Sachgericht sich über die entscheidenden Tatsachen derart geirrt oder hinweggesetzt hat, dass seine Schlüsse schlechterdings nicht mehr in einem objektiven Zusammenhang mit den erhobenen Beweisen erscheinen (Pra 88 [1999] Nr. 163 Erw. 3.b., mit Hinweisen).

bb) Unter dem Aspekt der Willkür ist die vorinstanzliche Annahme eines der Beschwerdeführerin bei einem 45 %-Pensum möglichen monatlichen Einkom-

mens von Fr. 2'250.-- haltbar. Umgerechnet auf ein volles Pensum von 100 % entspräche dies einem Monatseinkommen von Fr. 5'000.--. Damit bewegte sich die Vorinstanz in nachvollziehbarer und vertretbarer Weise zwischen den von der Beschwerdeführerin selber (auf die Frage, wie viel sie etwa verdienen könnte, wenn sie sich irgendwo anstellen lassen würde; BG Prot. S. 33) angeführten Fr. 8'000.-- und den Fr. 3'500.-- für eine "gewöhnliche" Verkäuferin. Dabei ist im Rahmen der Willkürprüfung im Gegensatz zur Beschwerdeführerin auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer langjährigen Berufserfahrung in der Kleiderbranche ein höheres Einkommen als dasjenige einer "gewöhnlichen Verkäuferin mit einem Monatssalär von Fr. 3'500.--" anrechnete. Auch wenn die Beschwerdeführerin ihre langjährige Berufserfahrung immer in selbständiger Stellung erwarb und mit dem 45 %-Pensum wohl kaum eine lukrative Anstellung als leitende Verkäuferin einer Modeboutique wird finden können, also ihre Berufserfahrung als Selbständigerwerbende nicht in einer Anstellung als leitende Verkäuferin einer Modeboutique verwerten kann (vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 6 unten), ist es jedenfalls nicht willkürlich, ihr auch in einer anderen Anstellung ihre langjährige Berufserfahrung einkommenserhöhend anzurechnen. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin nach der vorinstanzlichen Erwägung kaum eine lukrative Anstellung als leitende Verkäuferin einer Modeboutique finden kann, folgt entgegen der Beschwerde (KG act. 1 S. 6 unten) nicht, dass sie lediglich eine Tätigkeit finden kann, welche die Vorinstanz als "gewöhnliche Verkäuferin mit einem Monatssalär von Fr. 3'500.--" bezeichnete. Dass die vorinstanzliche Annahme eines der Beschwerdeführerin möglichen Nettoerwerbseinkommens von Fr. 2'250.-- aktenwidrig sein soll, weil die Einschränkung der Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin nachgewiesen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 7 oben), ist nicht schlüssig. Die Fr. 2'250.-- berücksichtigen die Einschränkung auf ein 45 %-Pensum. Schliesslich stellte die Vorinstanz entgegen der Beschwerdeführerin (Beschwerde KG act. 1 S. 7 oben) nicht fest, dass diese keine leitende Stellung in ihrem angestammten Tätigkeitsfeld werde ausüben können, sondern dass sie mit dem ihr gesundheitlich möglichen Arbeitspensum von 45 % kaum eine lukrative Anstellung als leitende Verkäuferin einer Modebou-

tique werde finden können. Diese Feststellung berücksichtigte sie bei der Annahme des erzielbaren Lohnes durchaus, indem sie nicht von der von der Beschwerdeführerin selber gemachten Angabe von Fr. 8'000.-- ausging.

Die Rüge geht fehl.

3. Als aktenwidrige tatsächliche Annahme rügt die Beschwerdeführerin weiter, dass ihr die Vorinstanz für das Jahr 2002 Privatbezüge (aus dem ehemaligen gemeinsamen Geschäft) von Fr. 56'330.-- bzw. für das ganze Jahr durchschnittlich Fr. 4'694.-- monatlich als Einkommen angerechnet habe. Demgegenüber lebe sie seit dem 20. Mai 2002 vom Beschwerdegegner getrennt, habe lediglich bis Ende Mai 2002 über eine Vollmacht für das Geschäftskonto verfügt und danach nichts mehr mit dem Geschäft zu tun gehabt. Die für das Jahr 2002 verbuchten Privatbezüge könnten deshalb ausschliesslich die Zeit zwischen 1. Januar und 20. Mai 2002 betreffen. Die Unterhaltspflicht des Beschwerdegegners beginne aber erst ab 1. Juni 2002. Ab diesem Zeitpunkt habe sie aber die ihr angerechneten monatlichen Einnahmen von Fr. 4'694.- nicht gehabt und nicht haben können (ergänzende Beschwerdebegründung KG act. 17 S. 3 f. Ziff. 1).

a) Die Vorinstanz erwog, betreffend das Jahr 2002 rechtfertige es sich, den Parteien die von ihnen tatsächlich aus der Unternehmung bezogenen geldwerten Leistungen als "Einkommen" anzurechnen. Die Beschwerdeführerin habe Privatbezüge im Umfang von Fr. 56'330.-- getätigt. Durchschnittlich habe sie 2002 im Monat mithin Fr. 4'694.-- bezogen. Dazu verwies die Vorinstanz auf OG act. 31/1, BG act. 34/1, BG Prot. S. 60, OG act. 6 S. 6 und OG act. 3 S. 18 (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14).

b) An der erstinstanzlichen Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 23. September 2003 erklärte die Vertreterin der Beschwerdeführerin selber, die Beschwerdeführerin habe für das Jahr 2002 Privatbezüge von Fr. 56'330.05 getätigt (BG Prot. S. 60 unten). Schon aufgrund dieser eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin ist die vorinstanzliche Annahme von Privatbezügen der Beschwerdeführerin von Fr. 56'330.-- im Jahr 2002 nicht willkürlich.

c) Die Beschwerdeführerin scheint indes nicht diese Annahme als solche zu beanstanden. Sie macht geltend, diese ihre Privatbezüge (von Fr. 56'330.--) hätten ausschliesslich die Zeit zwischen 1. Januar und 20. Mai 2002 betroffen. Danach habe sie keine Privatbezüge mehr getätigt, weshalb die Anrechnung weiterer (durchschnittlicher) Privatbezüge als Einkommen nach dem 20. Mai 2002 willkürlich sei.

Dazu ist die Beschwerdeführerin auf das Novenverbot im Beschwerdeverfahren hinzuweisen:

aa) Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 17 Ziff. 3; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 75).

bb) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass und wo sie bereits in den vorinstanzlichen Verfahren behauptet hätte, die von ihr bzw. ihrer Vertreterin selber zugestandenen Privatbezüge von Fr. 56'330.-- im Jahr 2002 beschränkten sich ausschliesslich auf die Zeit zwischen 1. Januar und 20. Mai 2002. Diese Ausführungen sind im Beschwerdeverfahren neu. Es kann nicht darauf eingetreten werden.

cc) Abgesehen davon ist es nicht willkürlich, die von der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Vertreterin selber als "Für das Jahr 2002" getätigt deklarierten Privatbezüge von Fr. 56'330.-- (BG Prot. S. 60 unten) auf einen monatlichen Durchschnitt von Fr. 4'694.-- im Jahre 2002 (d.h. durchschnittlich von Januar bis Dezember 2002) umzurechnen und damit auch für die Monate Juni bis Dezember 2002 von *durchschnittlichen* monatlichen Einkünften von Fr. 4'694.-- auszugehen. Dies gilt jedenfalls im Falle, dass - wie hier - nicht dargetan ist, dass die Bezüge schon vor Aufnahme des Getrenntlebens verbraucht waren.

Auch diese Rüge geht fehl.

4. Die Beschwerdeführerin bezeichnet die vorinstanzliche Annahme eines Einkommens des Beschwerdegegners von Fr. 6'670.-- monatlich als aktenwidrige tatsächliche Annahme. Dies, weil die Zahlen für das Jahr 2003 nicht berücksichtigt werden dürften, wie sie in der Beschwerde KG act. 1 dargelegt habe, und sich aus den von der Vorinstanz selbst aufgeführten Zahlen für Reingewinn und vor allem für Privatbezüge des Beschwerdegegners in den Jahren 2000 bis und mit 2002 ein durchschnittliches Einkommen resp. ein durchschnittlicher Verbrauch des Beschwerdegegners von Fr. 11'535.-- monatlich ergebe (ergänzende Beschwerdebegründung KG act. 17 S. 4 Ziff. 2).

a) Die in der Beschwerde KG act. 1 erhobene Rüge, die Vorinstanz habe nicht auf Bilanz und Erfolgsrechnung 2003 abstellen dürfen, geht fehl (vorstehend Ziff. 1). Damit entfällt die Grundlage dieser Rüge. Sie geht an den - bezüglich Abstellen auf Bilanz und Erfolgsrechnung 2003 zulässigen - vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Es ist deshalb nicht darauf einzutreten.

b) Die Vorinstanz begründete, dass und weshalb die Jahre 2000 und 2001 für die Ermittlung des massgeblichen Einkommens des Beschwerdegegners nicht massgebend seien, nämlich weil die Parteien das Geschäft bis 2002 gemeinsam geführt hätten, als die Beschwerdeführerin wegen eines Unfalls sowie aufgrund der Trennung vom Beschwerdegegner nur noch für sehr kurze Zeit im Geschäft tätig gewesen sei. Im Rekursverfahren habe im Uebrigen auch die Beschwerdeführerin nicht mehr auf die Zahlen 2000 und 2001 abgestellt (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, sondern argumentiert in der Beschwerde an diesen vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Auch deshalb ist auf diese Rüge nicht weiter einzutreten.

5. Als willkürlich beanstandet die Beschwerdeführerin weiter, die Vorinstanz habe lediglich auf das vom Beschwerdegegner selber anerkannte Jahreseinkommen von höchstens Fr. 80'000.-- abgestellt, obwohl sie selber einen solchen Betrag nie anerkannt habe, sondern immer davon ausgegangen sei, dass die Ein-

künfte des Beschwerdegegners erheblich höher seien (ergänzende Beschwerdebegründung KG act. 17 S. 5).

a) Die Vorinstanz stellte nicht lediglich auf das vom Beschwerdegegner selber anerkannte Jahreseinkommen von Fr. 80'000.-- ab. Vielmehr erwog die Vorinstanz, bezüglich des Einkommens des Beschwerdegegners ab 2003 habe die Beschwerdeführerin keine Unregelmässigkeit in der Bilanz und Erfolgsrechnung 2003 - mit welchen ein Reingewinn von Fr. 37'981.-- und Privatbezüge von Fr. 46'679.-- dargelegt wurden - glaubhaft machen können (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14). Allerdings sei schlicht undenkbar, dass der Beschwerdegegner mit den 2003 getätigten Privatbezügen von durchschnittlich bloss Fr. 3'890.-- im Monat (Fr. 46'679.-- : 12) seinen Lebensunterhalt und jenen der Tochter Z. hätte finanziert haben sollen. So habe er vor Erstinstanz zu Protokoll gegeben, er brauche für sich persönlich etwa Fr. 5'000.-- im Monat. Damit könne er leben. Mit der Schule von Z. habe er eine Vereinbarung, wonach er momentan nur Fr. 500.-- bezahlen müsse (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 16). Im Licht sämtlicher Umstände rechtfertige es sich, den Beklagten ab 2003 auf dem von ihm selbst anerkannten Jahreseinkommen von höchstens Fr. 80'000.-- zu behaften (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17 zweiter Absatz). *Zugunsten der Beschwerdeführerin* behaftete die Vorinstanz damit den Beschwerdegegner auf einem *höheren* als dem gemäss Bilanz und Erfolgsrechnung 2003 ausgewiesenen Einkommen, obwohl die Beschwerdeführerin keine Unregelmässigkeiten derselben habe glaubhaft machen können. Die Beschwerdeführerin ist deshalb durch die Behaftung des Beschwerdegegners auf diesem von ihm anerkannten Jahreseinkommen nicht beschwert und weist damit auch keinen Nichtigkeitsgrund nach.

b) Die Beschwerdeführerin macht indes geltend, aus den Akten ergebe sich ein höherer Bedarf des Beschwerdegegners. Sein Bedarf in der Zeit vom 1. Juni bis 31. Dezember 2002 habe sich auf monatlich Fr. 6'314.-- belaufen. Zusätzlich habe er der Beschwerdeführerin gemäss Präsidialverfügung vom 12. März 2004 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'271.-- bezahlen müssen. Er habe also im Monat über mindestens Fr. 8'585.-- verfügen müssen, um seinen Notbedarf zu-

sammen mit der Tochter und die laufenden Unterhaltsbeiträge decken zu können. Wenn die Vorinstanz in dieser Situation auf die Parteibehauptung des Beschwerdegegners abstelle und von einem Jahreseinkommen des Beschwerdegegners von Fr. 80'000.-- ausgehe, treffe sie eine willkürliche tatsächliche Annahme (ergänzende Beschwerdebegründung KG act. 17 S. 5).

aa) Die Vorinstanz hatte ausgeführt, dass bezüglich des dem Beschwerdegegner anrechenbaren Einkommens die Jahre 2000 und 2001 nicht massgebend seien, es sich betreffend das Jahr 2002 rechtfertige, den Parteien die von ihnen tatsächlich aus der Unternehmung bezogenen geldwerten Leistungen als "Einkommen" anzurechnen, bezüglich des Einkommens des Beschwerdegegners ab 2003 (zwar) die Beschwerdeführerin keine Unregelmässigkeiten in der Bilanz und Erfolgsrechnung 2003 (mit ausgewiesenen Privatbezügen von Fr. 46'679.--; KG act. 2 S. 14 oben) habe glaubhaft machen können (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 14), es aber schlicht undenkbar sei, dass der Beschwerdegegner mit den 2003 getätigten Privatbezügen von Fr. 46'679.-- bzw. monatlich Fr. 3'890.-- seinen Lebensunterhalt und jenen der Tochter Z. hätte finanziert haben sollen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 16). Die Vorinstanz hatte damit keine gesicherte (bzw. mit den ausgewiesenen Privatbezügen 2003 nur eine als wesentlich zu tief erkannte) Ausgangslage für das Einkommen des Beschwerdegegners ab 2003 und musste dieses nach pflichtgemäßem Ermessen "im Lichte sämtlicher Umstände" (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17) prüfen. Dabei berücksichtigte sie einerseits, dass der Beschwerdegegner wesentlich mehr als die ausgewiesenen Privatbezüge von durchschnittlich bloss Fr. 3'890.-- im Monat verdient haben musste, indem er ausgeführt habe, dass er die anfallenden Bedürfnisse bezahlen könne und es Z. an nichts fehle. Es sei nicht glaubhaft, so die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer auf fremde Geldgeber angewiesen sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17). Andererseits berücksichtigte die Vorinstanz, dass sich der Beschwerdegegner zwar nicht genügend auf das Geschäft zu konzentrieren scheine, allerdings die Obhut über die Tochter Z. habe, welche einer intensiven Betreuung bedürfe. Im Lichte dieser Umstände behaftete die Vorinstanz den Beschwerdegegner ab 2003 auf dem von ihm selbst anerkannten

Jahreseinkommen von Fr. 80'000.-- bzw. monatlich durchschnittlich Fr. 6'670.--, was einerseits angesichts der nicht besonders guten Zahlen 2003 und der Ueber-schuldung des Geschäfts, andererseits im Hinblick auf die allgemeine Verbesse-rung der Wirtschaftslage 2004 realistisch erscheine (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17 f.). In Nachachtung des Umstandes, dass die Tochter noch der inten-siven Betreuung durch den Beschwerdegegner bedürfe, sei ihm im Rahmen des Eheschutzverfahrens kein über seine realistische Anerkennung hinausgehendes hypothetisch höheres Einkommen anzurechnen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 18). Bei diesen Annahmen ging die Vorinstanz somit davon aus, dass der Beschwerdegegner aufgrund der intensiven Betreuung der Tochter noch nicht mit vollem Einsatz tätig sei, und verwies für den Zeitpunkt eines vollen Einsatzes auf ein allfälliges Abänderungsverfahren (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 18).

bb) Diese Erwägungen und die daraus gezogene Schlussfolgerung erschei-nen bei der der Vorinstanz vorgelegenen Ausgangslage ausgewogen und sind zumindest vertretbar. Die Beschwerdeführerin setzt sich damit nicht auseinander. Ihre Ausführungen, dass der Beschwerdegegner über mindestens Fr. 8'585.-- monatlich verfügen müsse, um seinen Notbedarf und die laufenden Unterhalts-beiträge decken zu können, und deshalb die Annahme eines Einkommens des Beschwerdegegners von Fr. 6'670.-- monatlich willkürlich sei, gehen daran vorbei und vermögen schon deshalb keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen.

cc) Die Beschwerdeführerin möchte aus dem geltend gemachten Bedarf des Beschwerdegegners ableiten, dass er ein höheres (nämlich mindestens diesen Bedarf deckendes) Einkommen hatte. Mit der Behauptung eines Betrages, den jemand benötigt, kann indes an sich kein Nachweis geführt werden, dass er die-sen Betrag auch hat. Die Beschwerdeführerin kann deshalb mit der Behauptung, dass der Beschwerdegegner Fr. 8'585.-- monatlich benötige, keine Willkür der vor instanzlichen Annahme nachweisen, dass er (nur) Fr. 6'670.-- monatlich verdient.

dd) Allerdings baut die Beschwerdeführerin auf der vorinstanzlichen Erwä-gung auf, dass nicht von den 2003 getätigten Privatbezügen (von Fr. 46'679.--)

als Einkommen des Beschwerdegegners auszugehen sei, weil schlicht undenkbar sei, dass er damit seinen Lebensunterhalt und jenen von Z. hätte finanziert haben sollen (KG act. 2 S. 16). Wenn deshalb nicht von den 2003 getätigten Privatbezügen als Einkommen des Beschwerdegegners ausgegangen werden könne, weil dieser damit nicht seinen Lebensunterhalt und jenen von Z. habe finanziert haben können, könne - so die Beschwerdeführerin sinngemäss - auch nicht von einem Einkommen von Fr. 80'000.-- bzw. Fr. 6'670.-- monatlich ausgegangen werden, weil der Beschwerdegegner auch damit nicht seinen Lebensunterhalt und jenen von Z. habe finanzieren können, da dieser mit Fr. 8'585.-- wesentlich höher sei.

Abgesehen von der fehlenden Auseinandersetzung mit den Erwägungen, aus welchen die Vorinstanz das vom Beschwerdegegner anerkannte Jahreseinkommen von Fr. 80'000.-- als realistisch erachtete (vorstehend lit. aa und bb), krankt die Berechnung der Beschwerdeführerin insbesondere am Einbezug der Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'271.-- monatlich. Die Vorinstanz ging zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge ab 2003 vom dem Beschwerdegegner anrechenbaren Jahreseinkommen von Fr. 80'000.-- ab 2003 aus, und zwar anbetrachts der damaligen finanziellen Verhältnisse der Parteien im Lichte sämtlicher Umstände. Damals hatte der Beschwerdegegner indes der Beschwerdeführerin noch keine Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'271.-- monatlich zu bezahlen. Die vorinstanzliche Präsidialverfügung, von welcher die Beschwerdeführerin diesbezüglich ausgeht, datiert erst vom 12. März 2004. Möchte die Beschwerdeführerin - wie sie dies tut - mit dem Bedarf, den der Beschwerdegegner habe, dartun, dass dieser ein entsprechendes (höheres) Einkommen habe, könnte sie das nur, wenn der Beschwerdegegner diesen Bedarf tatsächlich und aus seinem Einkommen deckte. Diese Voraussetzung trifft aber bezüglich des dem Beschwerdegegner ab 2003 angerechneten Jahreseinkommens offensichtlich auf die erst 2004 festgesetzte Verpflichtung zur Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 2'271.-- nicht zu. Mit dieser Verpflichtung kann die Beschwerdeführerin keine Willkür der vorinstanzlichen Annahme eines Jahreseinkommens des Beschwerdegegners von Fr. 80'000.-- nachweisen. Auch diese Rüge geht fehl.

6. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin unter dem Titel "aktenwidrige/willkürliche tatsächliche Annahme", dass die Vorinstanz angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse ab 2003 die Steuern nicht mehr berücksichtigte. Diese Rüge begründet die Beschwerdeführerin damit, dass aufgrund der vorzunehmenden Korrekturen (gemeint: aufgrund der bisherigen Rügen) das Einkommen des Beschwerdegegners ab 1. Januar 2003 auf monatlich Fr. 11'535.-- anzusetzen sei, so dass die Einkommen der Parteien den Bedarf beider Parteien inkl. Steuern zu decken vermöchten und je noch ein Freibetrag bleibe (ergänzende Beschwerdebeurteilung KG act. 17 S. 6 Ziff. 3). Diese Rüge steht damit unter der Prämisse, dass aufgrund der bisherigen Rügen Korrekturen vorzunehmen sind. Dies ist indes nicht der Fall (vorstehende Erwägungen). Damit entfällt die Grundlage dieser Rüge. Es ist nicht darauf einzutreten. Ohne die Grundlage vorzunehmender Korrekturen weist die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge keinen Nichtigkeitsgrund nach.

7. Die Beschwerdeführerin wies keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Damit entfällt die ihr (teilweise; KG act. 4) verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 792.-- Schreibgebühren,
Fr. 304.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auf-
erlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das
Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl.
MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich und die Einzelrichterin der 5. Abteilung des Bezirksge-
richts Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: