



Kass.-Nr. AA050045/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 11. November 2005

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von ..., whft. in C.,

Beklagter, Rekurrent, Anschlussrekursgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. D. E. in F.

gegen

G. B.,

geboren ..., von ..., whft. in C.,

Klägerin, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. H.I. in F.

betreffend **Eheschutz**

(Besuchsrecht, Zuweisung der ehelichen Liegenschaft, Unterhaltsbeiträge)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. März 2005 (LP040103/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 7. Oktober 2003 machte die Klägerin beim Bezirksgericht K. ein Eheschutzbegehren anhängig (ER act. 1). Eine erste Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes K. vom 18. Februar 2004 wurde von der I. Zivilkammer des Obergerichts mit Beschluss vom 21. April 2004 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beklagten wieder aufgehoben. Nach Durchführung der Hauptverhandlung und der persönlichen Befragung des Beklagten am 8. Juli 2004 stellte die Klägerin mit Eingabe vom 13. Juli 2004 den Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen (ER act. 28), welchem der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes K. mit Verfügung vom 15. Juli 2004 entsprach: der Klägerin wurde mit sofortiger Wirkung das Getrenntleben bewilligt, der Sohn der Parteien wurde mit sofortiger Wirkung unter die Obhut der Klägerin gestellt und die eheliche Liegenschaft in C. mit Mobilien und Hausrat wurde mit sofortiger Wirkung der Klägerin und dem Sohn zugewiesen, der Beklagte wurde mit sofortiger Wirkung verpflichtet, innert 5 Tagen ab Zustellung der Verfügung die Liegenschaft in C. unter Übergabe sämtlicher Schlüssel an die Klägerin zu verlassen und schliesslich wurde der Beklagte zur Bezahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 650.-- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen für den Sohn und Fr. 3'178.-- für die Klägerin persönlich, erstmals ab 1. August 2004, verpflichtet. Der Einzelrichter ordnete weiter an, dass die Anordnungen in Ziff. 1 bis 7 bis zum rechtskräftigen Erlass einer anderslautenden Verfügung des hiesigen Einzelrichters im summarischen Verfahren in Kraft bleiben würden (ER act. 31). Mit Verfügung vom 19. Juli 2004 sodann verfügte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes K., dass der Klägerin das Getrenntleben bewilligt werde (Disp.-Ziff. 1) und stellte den Sohn der Parteien für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin (Disp.-Ziff. 2). Weiter wurde das Besuchsrecht des Beklagten geregelt (Disp.-Ziff. 3) und die eheliche Liegenschaft in C. samt Mobilien und Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin und dem Sohn zur ausschliesslichen Benutzung überlassen (Disp.-Ziff. 4). Schliesslich wurde der

Beklagte zur Bezahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'422.-- (Fr. 1'200.-- zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen für den Sohn und Fr. 4'222.-- für die Klägerin persönlich) für die Zeit vom 1. Dezember 2003 bis 1. Oktober 2004 und von Fr. 4'504.-- (Fr. 1'200.-- zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen für den Sohn und Fr. 3'304.-- für die Klägerin persönlich) ab dem 1. November 2004 verpflichtet (ER act. 32, Disp.-Ziff. 5 und 6).

2. Der Beklagte erhob Rekurs bei der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und beantragte die Gewährung eines erweiterten Besuchsrechts, die Zuteilung der ehelichen Liegenschaft an sich selbst, die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge an die Klägerin persönlich auf Fr. 1'500.-- im Monat sowie die Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (OG act. 2 und 9). Mit Anschlussrekurs vom 8. Oktober 2004 beantragte die Klägerin sodann, der Beklagte sei zu verpflichten, ab 1. November 2004 die Kinderrente von monatlich Fr. 721.-- zusätzlich zum Kinderunterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 1'200.-- an die Klägerin zu bezahlen (OG act. 17). Nach verschiedenen Noveneingaben und Stellungnahmen der Parteien hat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 9. März 2005 in teilweiser Gutheissung des Rekurses des Beklagten und des Anschlussrekurses der Klägerin die Disp.-Ziff. 5, 6, 8 und 9 der erstinstanzlichen Verfügung aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, der Klägerin ab 1. Dezember 2003 bis und mit Oktober 2004 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'460.-- (Fr. 3'260.-- für die Klägerin persönlich und Fr. 1'200.-- zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen für den Sohn L.) und ab 1. November 2004 von Fr. 4'000.-- (Fr. 3'350.-- für die Klägerin persönlich und Fr. 650.-- für den Sohn L., wobei die Kinderrente von derzeit Fr. 721.-- und allfällige Kinderzulagen im Betrag nicht enthalten und separat an die Klägerin zu überweisen seien) zu bezahlen, unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Im Übrigen wies die I. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs und den Anschlussrekurs ab und bestätigte die angefochtene Verfügung (OG act. 29 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 9. März 2005 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (künftig: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Beschlusses in seinen Ziffern 1 bis 4 sowie die Rückweisung der Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz. Der Beschwerde wurde mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 14. April 2005 antragsgemäss die aufschiebende Wirkung verliehen, unter Hinweis darauf, dass dadurch einstweilen die Regelung gemäss der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren betreffend superprovisorischer Massnahmen vom 15. Juli 2004 Geltung habe (KG act. 6). Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 3'500.-- ging innert Frist ein (KG act. 9). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragte mit ihrer Beschwerdeantwort die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8).

II.

1.1 Bezüglich Wohnungszuteilung macht der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem sie einerseits dem von ihm in der Rekurschrift gestellten Antrag auf Beizug der Krankengeschichte der Höhenlinik M. nicht entsprochen habe und andererseits den von ihm selbst mit Eingabe vom 17. Januar 2005 eingereichten Kurzbericht seines Psychotherapeuten völlig unberücksichtigt gelassen habe, obwohl auf Seite zwei des Kurzberichtes ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, wie bedeutsam die Haus- und Wohnungszuteilung für die psychische Genesung des Beschwerdeführers wäre. Der den Kurzbericht erstellende Psychotherapeut arbeite sodann für die Höhenlinik M., weshalb die Vorinstanz nicht einfach davon ausgehen könne, die Beilage sei nicht mit der entsprechenden Substanziierung eingereicht worden, nachdem der Beschwerdeführer nun den zuvor von ihm zum Beizug beantragten Bericht selbst beigebracht habe.

Die Substanziierung sei bereits in der ergänzenden Rekurschrift auf Seite 13 vorgetragen worden (KG act. 1, S. 7 - 9).

1.2 Die Vorinstanz ging bezüglich der vom Beschwerdeführer am 17. Januar 2005 der Rekursinstanz mit dem Vermerk eingereichten Belege (OG act. 28/1-3), die Urkunden seien als Noven zu berücksichtigen, davon aus, dieses Vorgehen vermöge den Anforderungen an eine hinreichende Substanziierung nicht zu genügen und der Beschwerdeführer hätte mindestens zu behaupten, was aus den neuen Unterlagen abzuleiten wäre. Zuvor hatte die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass auch in Verfahren, in welchen die Offizial- und Untersuchungsmaxime gelte, es grundsätzlich Sache der Parteien sei, dem Richter den wesentlichen Sachverhalt substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen (KG act. 2, Erw. II.2, S. 4).

1.3 Dieses Vorgehen der Vorinstanz ist vorliegend nicht zu beanstanden, nachdem der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in seiner Eingabe vom 17. Januar 2005 nur gerade ausführte, sein Klient habe ihm die folgenden Unterlagen ausgehändigt, um sie dem Gericht einzureichen: 1. Die Kündigung seiner Wohnung vom 17. Dezember 2004 (Beilage 1); 2. Kurzbericht seines Psychotherapeuten vom 5. Januar 2005 (Beilage 2); 3. Sein individuelles Trainingsprogramm (Beilage 3), mit der Bitte, die Beilagen als Noven zu berücksichtigen (OG act. 27). Ohne jegliche Bezugnahme auf die Vorbringen in der Rekurschrift (OG act. 2) oder in der ergänzenden Rekursbegründung (OG act. 9), wobei insbesondere die zweite Rechtsschrift relativ umfangreich ausfiel (20 Seiten), kann der Beschwerdeführer nicht davon ausgehen, seine Eingabe vom 17. Januar 2005 sei genügend substantiiert gewesen, zumal der Beschwerdeführer mit seinem Rekurs ganz verschiedene Punkte des erstinstanzlichen Entscheides angefochten hat (Besuchsrechtsregelung, Wohnungszuteilung, Unterhaltsbeiträge, Kosten- und Entschädigungsfolgen). Der Vorinstanz konnte und musste somit nicht zum vornherein klar sein, zu welchen Vorbringen diese neuen Unterlagen eingereicht wurden und insbesondere, was der Beschwerdeführer jeweils zu seinen Gunsten daraus ableiten wollte. Dies zeigt sich gerade auch darin, dass der Beschwerdeführer heute in seiner Beschwerdebegründung zusätzlich geltend macht, der Be-

richt des Psychotherapeuten hätte auch bezüglich der Frage der beantragten Erweiterung des Besuchsrechts berücksichtigt werden müssen, da im Bericht gerade das ausserordentlich gute Verhältnis des Beschwerdeführers zu seinem Sohn belegt werde (vgl. KG act. 1, Ziff. 1.3, S. 9 f.). Auch im Rahmen der Geltung der Offizialmaxime sind allfällige Behauptungen substantiiert vorzutragen und es wäre Sache des Beschwerdeführers gewesen, geltend zu machen, zu welchen Behauptungen die eingereichten Belege der Glaubhaftmachung dienen sollen, gerade wenn dies wie hier nicht eindeutig aus der Urkunde selbst hervorgeht und unklar bleibt. Zudem ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid betreffend Besuchsrecht durchaus davon ausging, dass der Beschwerdeführer zu seinem Sohn eine starke emotionale Bindung verspüre, jedoch weiter erwog, auch wenn sich der Beschwerdeführer jeweils am Abend intensiv mit seinem Sohn beschäftigt und sich um die schulischen Belange gekümmert habe, ändere dies nichts daran, dass die Beschwerdegegnerin für L. die engere Bezugsperson darstelle und das von der ersten Instanz festgesetzte Wochenend- und Ferienbesuchsrecht bereits sehr grosszügig bemessen sei (KG act. 2, S. 6). Was der Kurzbericht des Psychotherapeuten des Beschwerdeführers vom 5. Januar 2005 (OG act. 28/2) – welcher die Beziehung des Beschwerdeführers zu dessen Sohn im Übrigen wohl nur aus den Schilderungen des Beschwerdeführers selbst kennen dürfte – an dieser Einschätzung der Vorinstanzen ändern sollte, macht der Beschwerdeführer nicht substantiiert geltend und ist auch nicht ersichtlich. Es ist damit unter dem Gesichtspunkt des Anspruches auf das rechtliche Gehör nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auf diese Eingabe nicht weiter einging.

1.4 a) Die Vorinstanz hat den Anspruch auf das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers auch nicht dadurch verletzt, dass sie entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers keinen Bericht der Höhenklinik M. beigezogen hat. Der Beschwerdeführer führte in seiner ergänzenden Rekursbegründung diesbezüglich aus, er sei gesundheitlich schwer angeschlagen, was die Höhenklinik M. bestätigen könne und wozu er den Beizug der Krankengeschichte beantrage. Im Vergleich mit der viel jüngeren und damit auch flexibleren Beschwerdegegnerin bringe eine Wegnahme des Hauses bei seiner psychologischen Konstellation eine

definitive Entwurzelung mit sich, welche Suizidgedanken fördern würde. Er bitte deshalb um die Hauszuteilung an sich. Weiter führt er aus, er sei bereit, für die Beschwerdegegnerin eine adäquate Unterkunft zu suchen und ihr beim Zügeln zu helfen. Er müsse aber, wie aufgrund eines inneren Zwanges, in die ehelichen Liegenschaft zurück. Dies sei seine letzte Vorgabe, sein letzter Halt. Hierzu offerierte der Beschwerdeführer als Beweis den Beizug eines Berichtes der Höhenklinik M. (OG act. 9, S. 13).

b) Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid davon aus, die erste Instanz habe zu Recht darauf hingewiesen, dass die vom Beschwerdeführer (erstinstanzlich) eingereichten ärztlichen Zeugnisse keinerlei Hinweise dafür gäben, dass der Auszug aus der ehelichen Liegenschaft der Grund für seine schlechte gesundheitliche Verfassung darstelle; vielmehr gehe aus den Attesten hervor, dass die psychische Problematik des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der generellen Trennungssituation der Parteien stehe (unter Hinweis auf ER act. 23/3 und 26/1-4 sowie OG act. 16/1-4). Die weiteren vom Beschwerdeführer angeführten Umstände (er brauche ein Büro, bevorstehende Hypothekarzinsenerhöhung) seien für die Entscheidung, wem das Haus besser diene, nicht relevant. Weiter führt die Vorinstanz aus, es sei resümierend festzuhalten, dass das Begehren des Beschwerdeführers um Zuteilung des Hauses – wie dieser selber ausführe – einem inneren Zwang entspringe, nicht aber von sachlichen Motiven geleitet zu sein scheine. Der ersten Instanz sei damit vollumfänglich beizupflichten, dass der Beschwerdeführer nicht dringender auf die eheliche Liegenschaft angewiesen sei, sondern diese der Beschwerdegegnerin mit L. einstweilen besser diene (KG act. 2, S. 7 f.).

c) Aus diesen Erwägungen der Vorinstanz geht einerseits klar hervor, dass sie den vom Beschwerdeführer selbst angeführten "inneren Zwang", in die eheliche Liegenschaft zurückzukehren, nicht als sachliches Motiv zur Liegenschaftszuteilung im vorliegenden Eheschutzverfahren angesehen hat und deshalb implizit auch den dazu offerierten Beizug eines Berichtes der Höhenklinik M. als entbehrlich angesehen hat. Dieser Ansicht hält der Beschwerdeführer in seiner Nichtigkeitsbeschwerde keine Nichtigkeitsgründe entgegen. Andererseits hat die Vorinstanz in ihren Erwägungen klarerweise auf weitere Eingaben des Beschwer-

deführers im Rekursverfahren abgestellt, nämlich auf jene vom 5. Oktober 2004 (OG act. 15), mit welcher er unter anderem einen "Austrittsbericht Physiotherapie" vom 20. September 2004 (OG act. 16/2) der Höhenklinik M. sowie einen Bericht der Höhenklinik M. vom 21. September 2004 (OG act. 16/3) und einen abschließenden Bericht der Höhenklinik M. vom 24. September 2004 (OG act. 16/4) einreichte. Die Vorinstanz wies auf diese Urkunden im Zusammenhang mit ihrer Erwägung hin, die ärztlichen Zeugnisse gäben keinerlei Hinweise dafür, dass der Auszug aus der ehelichen Liegenschaft der Grund für die schlechte gesundheitliche Verfassung des Beschwerdeführers sei, sondern daraus gehe hervor, dass die psychische Problematik des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der generellen Trennungssituation der Parteien stehe. Die Vorinstanz hat somit auf die vom Beschwerdeführer – und zwar nach seinem Antrag auf Beizug eines solchen Berichtes – selbst eingereichten Berichte der Höhenklinik M. abgestellt. Aus all diesen Gründen bleibt daher unerfindlich, weshalb die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf das rechtliche Gehör dadurch verletzt haben sollte, dass sie nicht (nochmals) einen Bericht der Höhenklinik M. beigezogen hat. Ein Nichtigkeitsgrund liegt somit nicht vor.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt weiter die Verletzung von klarem materiellem Recht und willkürliche tatsächliche Annahmen durch die Vorinstanz, indem diese die Tatsache unberücksichtigt gelassen habe, dass die Beschwerdegegnerin in der Zeit vom Mai bis und mit Juli 2005 [recte: 2004] wieder im selben Einfamilienhaus gewohnt und der Beschwerdeführer mangels Einkommen der Beschwerdegegnerin für die gesamten Haushaltskosten aufgekommen sei. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz gehe es nicht um die Frage, ob die Parteien in dieser Zeit eheähnlich zusammen gelebt hätten, sondern um die Frage der Lebenshaltungskosten. Diese seien bei der Beschwerdegegnerin für jene Zeit zu hoch angesetzt worden, indem ihr ein Grundbetrag von Fr. 1'100.--, Kinderzuschlag, Miet-, Heiz- und Stromkosten, Telefon-, Krankenkassen- und Haftpflichtversicherungskosten angerechnet worden seien, obwohl vielmehr von einer effektiven Haushaltsgemeinschaft auszugehen sei, welche allein durch den Beschwerdeführer finanziert worden sei. Diesen für dieselbe Zeitperiode nochmals zur Zahlung zu verpflichten, sei bundesrechtswidrig, selbst wenn die Zahlungspflicht

durch ein gewisses beweisbelastetes Abzugsrecht relativiert werde. Mithin sei es willkürlich, während bestehender Haushaltsgemeinschaft von einem Gesamtnotbedarf von Fr. 7'200.-- auszugehen und zwei Grundbeträge anzunehmen (KG act. 1, Ziff. 2, S. 10 - 12).

2.2 Die Vorinstanz erwog hierzu, der Begriff des "gemeinsamen Haushalts" gemäss Art. 175 ZGB sei nicht wörtlich auszulegen, sondern beinhalte, dass die Ehegatten in einer umfassenden, körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft verbunden seien. Dies könne einerseits auch dann der Fall sein, wenn die Ehegatten nicht ununterbrochen in einem gemeinsamen Haushalt zusammen lebten und schliesse aber auch nicht aus, dass ein Getrenntleben im Sinne des Eheschutzrechts auch möglich sei, wenn die Eheleute im gleichen Haus oder in derselben Wohnung lebten, da es nach den einleitend erwähnten Kriterien auf die Qualität des Zusammenlebens bzw. der ehelichen Bande ankomme. Zudem müsse nach einer faktischen Trennung der Parteien die Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft nicht nur eine vorübergehende, sondern ernst gemeint und auf Dauer angelegt sein. Vorliegend sei unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin nach ihrem Auszug Ende des Jahres 2003 im Mai 2004 unfreiwillig wieder in die eheliche Liegenschaft gezogen sei und die Parteien dann zwar unter demselben Dach, aber gleichwohl getrennt voneinander gelebt hätten. Nach der Zusammenfassung verschiedener Aussagen der Parteien zum vorübergehenden Zusammenleben (zwei getrennte Schlafzimmer, keine Absicht der Beschwerdegegnerin, für den Beschwerdeführer zu kochen oder zu waschen; Sperrung der Masterkarte der Beschwerdegegnerin durch den Beschwerdeführer bezüglich dessen Konto; ER act. 25, S. 3; ER Prot. S. 24, 18, 23) führte die Vorinstanz aus, es sei offenkundig, dass für die Zeit des erneuten Zusammenlebens nicht von einer umfassenden körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft ausgegangen werden könne und ohnedies würde es sich nicht um eine längere und auf Dauer ausgerichtete Wiederaufnahme des Zusammenlebens handeln, weshalb die Annahme des erstinstanzlichen Richters bezüglich unterbrochslosem Unterhaltsanspruch der Beschwerdegegnerin ab 1. Dezember 2003 nicht zu beanstanden sei (KG act. 2, S. 8 f.).

2.3 Die Rüge des Beschwerdeführers geht insofern fehl, als er eine Verletzung von klarem materiellem Recht beanstandet, dadurch dass trotz bestehender effektiver Haushaltsgemeinschaft [von Mai bis Juli 2004], welche allein vom Beschwerdeführer finanziert worden sei, er für dieselbe Periode nochmals zur Zahlung verpflichtet werde. Wie die Vorinstanz diesbezüglich zu Recht ausführte, kann der Beschwerdeführer bereits geleistete Unterhaltszahlungen an die Beschwerdegegnerin an die gerichtlich festgelegten Unterhaltsbeiträge für jene Zeitperiode in Anrechnung bringen (KG act. 2, lit. d, S. 9). Bezüglich den Ausführungen der Vorinstanz, wonach für die Zeit des erneuten Zusammenlebens von Mai bis Juli 2004 nicht von einer umfassenden körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft ausgegangen werden könne, bringt der Beschwerdeführer keine Nichtigkeitsgründe vor. Es verletzt demnach vorliegend kein klares materielles Recht, wenn die Vorinstanz auch für die Zeit von Mai bis Juli 2004, während die Parteien unter einem Dach lebten, einen vom Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin zu leistenden Unterhaltsbeitrag im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB festlegte.

2.4 Berechtigt erscheint die Beanstandung des Beschwerdeführers allerdings zumindest teilweise insofern, als er geltend macht, die Vorinstanz sei bei dieser Festlegung des Unterhaltsbeitrages von willkürlichen tatsächlichen Annahmen ausgegangen, indem sie der Beschwerdegegnerin einen Grundbetrag von Fr. 1'100.--, einen Kinderzuschlag von Fr. 350.--, Mietkosten von Fr. 711.--, Heizkosten von Fr. 248.--, Stromkosten von Fr. 210.--, Telefonkosten von Fr. 150.--, Krankenkassenkosten von Fr. 504.-- und Haftpflichtversicherungskosten von Fr. 40.-- angerechnet habe und insgesamt von einem Gesamtnotbedarf von Fr. 7'200.-- ausgegangen sei, und bei einer gelebten Hausgemeinschaft zwei Grundbeträge etc. – insbesondere bei der Beschwerdegegnerin einen solchen von Fr. 1'100.-- – angenommen habe. Bei der Bemessung von Unterhaltsbeiträgen ist grundsätzlich von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen. So erscheint es willkürlich, für die Zeit des (unfreiwilligen) Zusammenlebens der Parteien in der ehelichen Liegenschaft jedem von ihnen jeweils einen vollen Mietzins, Heizungs- und Stromkosten anzurechnen, obwohl diese Kosten durch das Zusammenleben effektiv viel tiefer ausgefallen sei dürften. Dies gilt allerdings nicht

nur für den Notbedarf der Beschwerdegegnerin, sondern auch für jenen des Beschwerdeführers. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die mit Bezug auf die tatsächlichen Verhältnisse offensichtlich ebenfalls nicht korrekte Berechnung der Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. Dezember 2003 bis 30. April 2004 (insbesondere für die Monate März/April 2004, in welchen die Beschwerdegegnerin eine Wohnung für monatlich Fr. 3'400.-- gemietet hatte und der Beschwerdeführer in der ehelichen Liegenschaft verblieben war: vgl. OG LP040028 act. 15/1) von keiner der Parteien angefochten wurde und daher nicht Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde ist.

3.1 In einem weiteren Punkt macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz sei im Hinblick auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Beschwerdegegnerin von der willkürlichen tatsächlichen Annahme ausgegangen, der vorliegende Eheschutz könne durchaus auch der Stabilisierung der Ehe dienen, dies obwohl die Parteien derart zerstritten seien, dass nur noch eine Scheidung in Frage komme. Letzteres gehe auch aus den Erwägungen der Vorinstanz (KG act. 2, S. 5, Ziff. 3) selbst hervor, gehe diese doch davon aus, die Familiensituation sei derart konfliktbeladen, dass die Gefahr bestehe, dass es den Parteien nicht gelinge, die Durchführung des Besuchsrechts klar von der Dynamik der Ehestreitigkeiten zu trennen. Zudem verletze die Vorinstanz klares materielles Recht, indem entgegen BGE 128 III 65 und den Kriterien in BGE 115 II 9 ff. der Beschwerdegegnerin nicht ab dem 10. Altersjahr des Sohnes ein hypothetisches Einkommen von mindestens 50% angerechnet werde (KG act. 1, S. 12 - 15).

3.2 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, die Auffassung der Erstinstanz, wonach nicht klar sei, ob das Getrenntleben der Parteien der Stabilisierung der Ehe diene oder die Vorbereitung für eine allfällige Scheidung darstelle, sei auf Grund der nicht eindeutigen und teilweise widersprüchlichen Angaben der Parteien (unter Hinweis auf OG act. 3, S. 21) durchaus vertretbar. Abgesehen davon werde die erstinstanzliche Einschätzung der Lebenssituation der Parteien vom Beschwerdeführer nicht bemängelt und die Vorinstanz stelle zu Recht auf die bisherigen Verhältnisse ab, wonach die Parteien in einer traditionellen Rollenverteilung gelebt hätten. Entsprechend sei der Schluss des erstinstanzlichen Richters,

es sei zum heutigen Zeitpunkt davon abzusehen, der Beschwerdegegnerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, nicht zu bemängeln (KG act. 2, S. 10, lit. c).

3.3 An dieser Begründung der Vorinstanz ändert auch nichts dadurch, dass der Beschwerdeführer ausführt, die Vorinstanz selber habe festgestellt, dass die Ehe in einer schweren Krise stehe und aus den Vorbringen der Parteien vor Vorinstanzen sei ersichtlich, wie zerstritten die Situation sei. Zwar führt der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren aus, er habe anfänglich gehofft, dass man sich wieder finden könne, jedoch habe ihm die Beschwerdegegnerin immer wieder bewiesen, dass sie keinen Ehemillen mehr habe und insbesondere nach deren Antrag auf superprovisorische Anweisung vor erster Instanz mit zum Teil überzeichneten, zum Teil absichtlich falschen Angaben könne niemand mehr allen Ernstes annehmen, dass die Eheleute je wieder zusammen kommen könnten (KG act. 1, S. 13). Der Beschwerdeführer führt aber in seiner Beschwerdeschrift nicht aus, wo er bereits vor Vorinstanz dargelegt hätte, dass bei den vorliegenden zerstrittenen Verhältnissen nur noch eine Scheidung in Frage käme; auch führt er nicht näher aus, wodurch die Beschwerdegegnerin immer wieder bewiesen habe, dass sie keinen Ehemillen mehr habe. Der Antrag auf superprovisorische Anordnungen Ende Juli 2004 kann durch die spannungsgeladene Situation und deren Eskalation auf Grund des (unfreiwilligen) Zusammenlebens der Parteien während der Monate Mai bis Juli 2004 erklärt werden (vgl. ER act. 28) und kann für sich allein nicht den fehlenden Ehemillen der Beschwerdegegnerin belegen. Die Vorinstanz hat mit ihrer Erwägung, die Auffassung der ersten Instanz, es sei nicht klar, ob das Getrenntleben der Parteien der Stabilisierung der Ehe oder der Vorbereitung einer allfälligen Scheidung diene, sei vertretbar, weder willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen, noch hat sie klares materielles Recht verletzt, indem sie dementsprechend von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Beschwerdegegnerin absah. Beizufügen bleibt hier, dass eine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (ab dem 10. Lebensjahr von L., wie dies der Beschwerdeführer beantragt: KG act. 1, S. 15) ohnehin nur in hier kaum zutreffenden Ausnahmefällen in Frage käme (vgl. die bundesgerichtliche Recht-

sprechung in 5P.255/2003, Urteil vom 5. November 2003; 5P.388/2003, Urteil vom 7. Januar 2004; 5P.79/2004, Urteil vom 10. Juni 2004).

4.1 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, dadurch dass bei seinem Renteneinkommen von Fr. 8'410.-- ab 1. November 2004 die Kinderrente von Fr. 721.-- für L. ausgeklammert und bei der Aufteilung des Freibetrages nicht mitberücksichtigt worden sei, schaffe man ein verzerrtes Bild bei der Freibetragsaufteilung und verletze damit materielles Recht, demzufolge alles Einkommen bilde, was einkommensrelevant sei. Addiere man zu den Fr. 8'410.-- die Fr. 721.-- und teile den Freibetrag im Sinne der Faustregel auf, ergebe sich ein deutlich tieferer Unterhaltsbeitrag, wobei natürlich die Fr. 721.-- nachträglich zugunsten von L. auszuscheiden seien. Jedenfalls könne es nicht sein und verletze klares materielles Recht, dass der Beschwerdeführer bei einem Einkommen von Fr. 9'790.-- Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'460.-- inklusive Kinderunterhaltsbeiträge zu zahlen habe, bei einem Einkommen von Fr. 8'410.-- zuzüglich Kinderrente von Fr. 721.--, also einem Einkommen von Fr. 9'131.-- (Fr. 659.-- weniger als vorher) jedoch Fr. 4'721.-- Unterhaltsbeitrag inklusive Kinderrente bezahlen müsse, also Fr. 260.-- mehr als vorher; die angewendete Berechnungsmethode sei damit willkürlich (KG act. 1, S. 15 f.).

4.2 Die Vorinstanz erwog in ihrer Entscheidung, der Beschwerdeführer habe den nunmehr unbestrittenen Erhalt einer Kinderrente von Fr. 721.-- vor Erstinstanz noch nicht kundgetan. Widersprüchlich sei seine Ansicht, die Kinderrente sei nicht zum Familieneinkommen hinzuzuzählen, sondern direkt an L. weiterzuleiten, er sich aber in der Folge auf den Standpunkt stelle, die Kinderrente sei an seine Zahlungsverpflichtung anzurechnen, so dass die Gesamtbelastung unverändert bleibe. Gemäss zutreffender Ansicht der Beschwerdegegnerin seien Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche, für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem Unterhaltspflichtigen zustehen, zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit es das Gericht nicht anders bestimme (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Der Beschwerdeführer habe somit die Kinderrente von Fr. 721.-- im Monat zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu überweisen, jedoch sei zur Vermeidung eines unangemessenen Ergebnisses der Kinderunterhalt neu auf

Fr. 650.-- im Monat festzusetzen, womit dem Umstand Rechnung getragen werde, dass der Barbedarf für ein Einzelkind im Alter von L. nach den Berechnungen des Amtes für Jugend und Berufsberatung rund Fr. 1'385.-- im Monat betrage (KG act. 2, S. 12).

4.3 Die Beanstandung des Beschwerdeführers geht insofern fehl, als er entgegen seinen Berechnungen nicht mit einem tieferen Renteneinkommen Fr. 260.-- mehr bezahlt als zuvor mit seinem höheren Erwerbseinkommen. Er hat in seiner Berechnung unbeachtet gelassen, dass er für die Zeit vom 1. Dezember 2003 bis und mit Oktober 2004 zur Bezahlung von Fr. 4'460.-- (nämlich Fr. 3'260.-- für die Beschwerdegegnerin persönlich und Fr. 1'200.-- für L. zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) [Hervorhebung durch das Kassationsgericht] verpflichtet wurde, sodass er für jene Zeit zusätzlich auch die Kinderzulagen von Fr. 170.-- im Monat (Akten EE030065 act. 20/3) zu entrichten hat, somit insgesamt Fr. 4'630.-- zu bezahlen haben wird. Die Vorinstanzen gingen bei ihren Berechnungen für den Unterhaltsbeitrag vor November 2004 denn auch betreffend Kinderzulagen davon aus, dass diese nicht in das anzurechnende Einkommen (vgl. dazu erstinstanzlicher Entscheid vom 19. Juli 2004: OG act. 3, S. 23, lit. cc), aber auch nicht in den zuzusprechenden Unterhaltsbeitrag einzubeziehen seien, sondern vielmehr separat und zusätzlich zum festgelegten Unterhaltsbeitrag vom unterhaltspflichtigen Beschwerdeführer an die obhutsberechtigte Beschwerdegegnerin zu überweisen seien. Gleich handhabte die Vorinstanz die Berechnungsweise für die Zeit nach der Pensionierung des Beschwerdeführers, nur dass anstatt der Kinderzulagen nun die Kinderrente (vgl. dazu OG act. 11/3) sowohl beim Einkommen unberücksichtigt blieb wie auch bei den Unterhaltsbeiträgen separat ausgewiesen wurde. Diese Vorgehensweise entspricht der gesetzlichen Regelung und der Praxis. Gemäss Art. 285 Abs. 2 ZGB sind nämlich Kinderzulagen, Sozialversicherungsrenten und ähnliche für den Unterhalt des Kindes bestimmte Leistungen, die dem Unterhaltspflichtigen zustehen, zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen, soweit der Richter es nicht anders bestimmt. Da die Sozialleistungen gemäss Abs. 2 von Art. 285 ZGB dem pflichtigen Elter nicht zur freien Verfügung zustehen (sondern zweckgebunden für den Unterhalt des Kindes bestimmt sind), sind diese auch nicht Teil der wirtschaftlichen Leistungsfähig-

keit im Sinne von Abs. 1 von Art. 285 ZGB und daher zur Ermittlung des durch den Unterhaltsbeitrag zu deckenden Bedarfs des Kindes vorweg abzuziehen (Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, N 95 zu Art. 285 ZGB; vgl. auch Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N 79, letzter Abschnitt, zu Art. 163 ZGB). Damit hat die Vorinstanz kein klares materielles Recht verletzt, indem sie die Kinderrente nicht beim Einkommen des Beschwerdeführers und damit auch nicht bei der nachfolgenden Freibetragsaufteilung berücksichtigt hat. Ein Nichtigkeitsgrund liegt diesbezüglich nicht vor.

III.

1. Wie sich ergeben hat, erwies sich die Nichtigkeitsbeschwerde in einem Punkt als begründet (oben Erw. 2.4) und ist daher gutzuheissen. Der entsprechende Nichtigkeitsgrund betrifft die Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin und den Sohn der Parteien in der Zeit von Mai bis und mit Juli 2004, weshalb vorweg Disp.-Ziff. 1.5 des vorinstanzlichen Entscheides aufzuheben und neu zu fassen sein wird. Da die Sache diesbezüglich spruchreif erscheint, kann die Kassationsinstanz einen Entscheid in der Sache selbst fällen (§ 291 ZPO). Nachdem es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Beschluss, nicht um ein Urteil handelt, erübrigt sich die Durchführung einer Verhandlung (§ 292 ZPO).

2. Neu festzulegen sind die vom Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin und den Sohn L. zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge für die Monate Mai bis und mit Juli 2004, in welcher Zeit die Beschwerdegegnerin und der Sohn offenbar (unfreiwillig) wieder in der ehelichen Liegenschaft gewohnt hatten. Für diese Zeit ist der Notbedarf beider Parteien gemäss den tatsächlichen Verhältnissen neu festzulegen. Entgegen der offenbar vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht ist nicht von einem einzigen Grundbetrag für die beiden Parteien bzw. von einem je hälftigen Ehegatten-Grundbetrag auszugehen, sondern es ist gemäss Ziff. II.1.1 der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 23. Mai 2001 (Kreisschreiben des Obergerichts) von einem Grundbetrag von

je Fr. 1'000.-- für in Haushaltsgemeinschaft mit erwachsenen Personen zusammen Lebende auszugehen. Gemäss den vom Beschwerdeführer nicht substantiiert beanstandeten Erwägungen der Vorinstanz lebten die Parteien in der fraglichen Zeit zwar unter einem Dach zusammen, jedoch kann nicht von einer umfassenden körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft ausgegangen werden (KG act. 2, S. 9), weshalb sich die Anrechnung eines je hälftigen Ehegatten-Grundbetrages nicht rechtfertigt. Im Weiteren ist der Beschwerdegegnerin der Kinderzuschlag von Fr. 350.-- anzurechnen, da L. auch in jener Zeit unter ihrer Obhut stand. Die Mietkosten für das Einfamilienhaus der Parteien von Fr. 711.-- wie auch die Heizungs- und Nebenkosten von Fr. 248.-- und die Stromkosten von Fr. 210.-- sind je hälftig auf den Notbedarf der Parteien zu verteilen. Die Telefonkosten dürften sich durch das Zusammenleben lediglich geringfügig für die Anschlussgebühren verringern, weshalb weiterhin bei beiden Parteien von solchen von Fr. 150.-- im Monat auszugehen ist. Die Krankenkassenkosten sind je im ausgewiesenen Betrag von Fr. 317.-- beim Beschwerdeführer und von Fr. 504.-- bei der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen. Die Haftpflicht- und Hausratversicherungskosten von Fr. 40.-- sind vorübergehend zu halbieren und je hälftig anzurechnen. Sodann ist gemäss dem – insoweit unangefochten gebliebenen – vorinstanzlichen Entscheid (KG act. 2, S. 13) beiden Parteien ein Steuerbetreffnis von je Fr. 300.-- im Monat anzurechnen. Diese vorstehende Berechnung ergibt für den Beschwerdeführer einen Notbedarf von gerundet Fr. 2'520.--, bei der Beschwerdegegnerin mit dem Sohn der Parteien von gerundet Fr. 2'925.--; der Gesamtnotbedarf beträgt demnach für die Monate Mai bis Juli 2004 monatlich Fr. 5'445.--. Bei einem Einkommen von monatlich Fr. 9'790.-- ergibt sich damit ein Freibetrag von Fr. 4'345.--, welcher gemäss dem vorinstanzlichen Verteilschlüssel zu 2/3 dem Beschwerdeführer und zu 1/3 der Beschwerdegegnerin anzurechnen ist. Dies ergibt einen Unterhaltsbeitrag für die Beschwerdegegnerin und den Sohn L. von gerundet monatlich Fr. 4'370.--. Nach der unangefochten gebliebenen Verteilung ergibt sich damit ein Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 1'200.-- zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen für L. und Fr. 3'170.-- für die Beschwerdegegnerin persönlich für die Monate Mai, Juni und Juli 2004. In jener Zeit allenfalls bereits geleistete Unterhaltszahlungen kann der Beschwerdeführer zur Anrechnung bringen.

3. Angesichts der bloss geringen Korrektur der von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge (die Differenz beträgt 3 x Fr. 90.--, insgesamt Fr. 270.--) und nachdem es im Rekursverfahren auch um das Besuchsrecht und die Wohnungszuteilung ging, rechtfertigt es sich nicht, die von der Vorinstanz festgelegte Kosten- und Entschädigungsregelungen sowohl des erstinstanzlichen wie des Rekursverfahrens abzuändern.

IV.

In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde ist somit die Disp.-Ziff. 1.5 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 9. März 2005 aufzuheben und neu zu fassen. Die ebenfalls angefochtenen Disp.-Ziff. 1.6-1.9 sowie die Disp.-Ziff. 2 - 4 bleiben bestehen. Der Beschwerdeführer unterliegt somit mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde hinsichtlich der Wohnungszuteilung, obsiegt jedoch teilweise hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen für das Beschwerdeverfahren wettzuschlagen.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird Disp.-Ziff. 1.5 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. März 2005 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1.5 Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des gemeinsamen Sohnes L. sowie für die Klägerin persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, a) von Fr. 4'460.-- (Fr. 3'260.-- für die Klägerin persönlich und Fr. 1'200.-- für L. zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) für die Zeit vom 1. Dezember 2003 bis 30. April 2004;

b) von Fr. 4'370.-- (Fr. 3'170.-- für die Klägerin persönlich und Fr. 1'200.-- für L. zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) für die Zeit vom 1. Mai bis 31. Juli 2004;

c) von Fr. 4'460.-- (Fr. 3'260.-- für die Klägerin persönlich und Fr. 1'200.-- für L. zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen) für die Zeit vom 1. August bis 31. Oktober 2004 zu bezahlen."

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 417.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Die Prozessentschädigungen für das Beschwerdeverfahren werden wettgeschlagen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirks K. (EE040026), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: