



Kass.-Nr. AA040180/U/mb

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

Zirkulationsbeschluss vom 25. Juni 2005

in Sachen

A. T.,

geboren ..., von ..., Beruf ..., whft. in C.,
Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwältin D.E. in F.

gegen

B. T.,

geboren ..., von ..., Beruf ..., whft. in G.,
Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. H.I. in F.

betreffend

Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2004 (LP040006/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 24. Juni 2003 machte die Klägerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes K. ein Eheschutzbegehren anhängig, mit welchem sie die Bewilligung zum Getrenntleben, die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung angemessener Unterhaltsbeiträge – präzisiert anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. September 2003 auf Fr. 4'250.-- monatlich ab 15. Juni 2003 und Fr. 5'250.-- ab Bezug einer eigenen Wohnung – an sich, die Zuweisung des ehelichen Hauses in L. an den Beklagten sowie die Herausgabe verschiedener aufgelisteter Hausratsgegenstände an sich und die Zuweisung des Autos Chevrolet Trailblacer während der Trennungsdauer an sich beantragte (ER act. 1).

Mit Verfügung vom 23. Dezember 2003 der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes K. wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt und davon Vormerk genommen, dass diese seit dem 23. Juni 2003 bereits getrennt leben (Disp.-Ziff. 1). Der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin für sie persönlich während des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'370.-- zu bezahlen, erstmals auf den 23. Juni 2003 (Disp.-Ziff. 2); zudem wurden diese Unterhaltsbeiträge indexiert (Disp.-Ziff. 3). Die eheliche Liegenschaft in L. wurde für die Dauer des Getrenntlebens dem Beklagten zur alleinigen Benützung zugewiesen (Disp.-Ziff. 4). Weiter wurden die Parteien verpflichtet, der jeweils anderen Partei verschiedene genau bezeichnete Gegenstände herauszugeben (Disp.-Ziff. 5 und 6) und vorgemerkt, dass sich der Beklagte verpflichte, der Klägerin vier Gartenstühle zu bezahlen. Schliesslich wurde das Auto Chevrolet Trailblacer für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin überlassen, unter Übernahme sämtlicher Kosten für Unterhalt und Betrieb (Disp.-Ziff. 8). Die Kosten des Verfahrens wurden zu 2/3 dem Beklagten und zu einem Drittel der Klägerin auferlegt und der Beklagte zur Bezahlung einer reduzierten Prozessentschädigung an die Klägerin verpflichtete (Disp.-Ziff. 10 und 11; ER act. 29 = OG act. 3).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte Rekurs an die I. Zivilkammer des Obergerichts und beantragte die Aufhebung der Disp.-Ziff. 2, 3, 10 und 11 und die Abweisung der Unterhaltsforderung der Klägerin (OG act. 2, S. 2). Die Klägerin beantragte die Abweisung des Rekurses und beantragte anschlussrekursweise die Zusprechung monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'670.-- ab 23. Juni 2003 bis und mit 1. Dezember 2003 und von Fr. 3'730.-- ab dem 1. Dezember 2003 (OG act. 8, S. 2). Mit Beschluss vom 27. Oktober 2004 setzte die I. Zivilkammer des Obergerichts in teilweiser Gutheissung des Anschlussrekurses der Klägerin die monatlichen Unterhaltsbeiträge an die Klägerin gemäss Disp.-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheides auf Fr. 3'580.-- vom 23. Juni 2003 bis 30. November 2003, Fr. 3'630.-- vom 1. bis 31. Dezember 2003 und auf Fr. 3'640.-- ab 1. Januar 2004 fest. Im Übrigen wurden der Rekurs des Beklagten und der Anschlussrekurs der Klägerin abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt (OG act. 16 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 27. Oktober 2004 richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beklagte und Beschwerdeführer die Aufhebung des Entscheides verlangt (KG act. 1, S. 2). Die gleichzeitig beantragte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 2. Dezember 2004 teilweise verliehen (hinsichtlich Disp.-Ziff. 1.2 dahingehend, als der Beschwerdeführer ab 1. Dezember 2004 einstweilen verpflichtet sei, der Beschwerdegegnerin einen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 750.-- zu bezahlen, sowie teilweise hinsichtlich der bis zum 30. November 2004 bereits verfallenen und noch nicht bezahlten Unterhaltsbeiträge, soweit diese den Betrag von Fr. 650.-- im Monat übersteigen, sowie bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen; KG act. 6). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 8). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11). Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 4'000.-- wurde innert Frist geleistet (KG act. 9).

II.

1. 1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanzen seien durch Setzung verschiedener Nichtigkeitsgründe zum Schluss gelangt, dass ihm ein monatliches Netto-Einkommen von Fr. 12'000.-- anzurechnen sei. So habe sie den Grundsatz, wonach die Glaubhaftmachung einer Tatsache im summarischen Eheschutzverfahren genüge, dadurch verletzt, dass sie nicht von der Glaubhaftmachung seines Vorbringens ausgegangen sei, wonach sein jährliches Einkommen Fr. 74'000.-- betrage. Die Vorinstanz sei von einer willkürlichen Beweiswürdigung im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO [recte: Ziff. 2] ausgegangen (KG act. 1, Ziff. 5 und 6, S. 3 f.). Die Vorinstanzen hätten weiter zu Unrecht angenommen, er habe seine Mitwirkungspflichten verletzt, indem er Unterlagen zu den Gesellschaften S. AG und M. Ltd. nicht eingereicht habe, und hätten dies zu Unrecht nach § 148 ZPO gewürdigt, nachdem er bereits vor Vorinstanz klar dargelegt habe, dass er an diesen Gesellschaften in keiner Weise wirtschaftlich berechtigt sei, keine Organstellung innehabe und nicht Aktionär sei, sondern nur als (treuhänderischer) Geschäftsführer fungiere; dies gehe klar aus den eingereichten Bestätigungen von N. O. (OG act. 4/1 und 4/2) hervor (KG act. 1, Ziff. 7 - 9, S. 4 f.). Die Vorinstanz ver falle in Willkür, wenn sie Glaubhaftmachungsmittel bezüglich Vermögenswerten verlange, welche ihm nicht zustünden; sodann sei er als blosser Geschäftsführer auch nicht berechtigt gewesen, Unterlagen der beiden Gesellschaften einzureichen. Die Würdigung der Vorinstanz bezüglich einer Überweisung von EUR 10'000.-- zu Lasten der S. AG zu seinen eigenen Gunsten sei willkürlich, da daraus, dass ein Geschäftsführer über ein Konto wirtschaftlich verfügungsberechtigt sei, nicht geschlossen werden könne, dass er auch wirtschaftlicher Eigentümer der fraglichen Gesellschaft sei. Sodann könne aus der Bezeichnung des Beschwerdeführers als "Director" der M. Ltd. nicht geschlossen werden, dass er an deren Vermögen wirtschaftlich berechtigt sei. Die Würdigung der Vorinstanz, wonach er durch seine Stellung in den beiden Gesellschaften in der Lage gewesen wäre, die verlangten Unterlagen herauszugeben, sei willkürlich; zudem verletze sie seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör, indem diesbezüglich

die eingereichten Bestätigungen von Herrn N.O. ignoriert würden (KG act. 1, Ziff. 10 - 15, S. 5 ff.).

1.2 Die Vorinstanz führt zum Einkommen des Beschwerdeführers aus, die erste Instanz habe ihm ein Einkommen von Fr. 12'000.-- im Monat angerechnet; nachdem er auf Aufforderung hin nur einzelne Urkunden zu seinen Einkommensverhältnissen eingereicht habe, habe sie sein Verhalten androhungsgemäss nach § 148 ZPO gewürdigt und sei davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer über erheblich mehr finanzielle Mittel verfüge, als er dies habe weismachen wollen. Die Behauptung der Beschwerdegegnerin, wonach der Beschwerdeführer über ein Einkommen zwischen Fr. 12'000.-- und Fr. 15'000.-- im Monat verfüge, sei daher um einiges glaubhafter. Die Vorinstanz führte zu den Einwänden des Beschwerdeführers im Rekursverfahren aus, seine Ausführungen betreffend die Behinderung seiner Geschäftstätigkeit seien unbehelflich, da die Buchhaltung in Kopie oder als Computerausdruck hätte eingereicht werden können. Weiter sei der erstinstanzliche Richter nicht verpflichtet gewesen, dem Beschwerdeführer Nachfrist zur Einreichung der vollständigen Unterlagen anzusetzen; der Beschwerdeführer habe sich bereits auf Grund der Verfügung vom 8. Oktober 2003 (mit der Androhung gemäss § 148 ZPO) über die Konsequenzen des nicht vollständigen Zurverfügungstellens der verlangten Unterlagen bewusst sein müssen. Schliesslich wäre es dem Beschwerdeführer auch offen gestanden, im Rekursverfahren zur Klärung seiner finanziellen Verhältnisse die verlangten Unterlagen einzureichen. Da er dies unterlassen habe, müsse nach wie vor davon ausgegangen werden, dass er über mehr finanzielle Mittel verfüge, als er im Eheschutzverfahren offen lege. Weiter führt die Vorinstanz aus, dem Beschwerdeführer sei grundsätzlich Recht zu geben, dass einzig aus einer Unterschriftsberechtigung nicht darauf geschlossen werden könne, dass diese Person eine Organstellung inne habe. Jedoch sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bei der S. AG zumindest wirtschaftlich verfügungsberechtigt sei, nachdem es ihm persönlich durch Alleinunterzeichnung möglich gewesen sei, einen Auftrag zur Überweisung von EUR 10'000.-- zu Lasten der S. und zu seinen Gunsten zu erteilen. Seine eigene Bezeichnung als "director" der M. Ltd. weise ebenfalls auf eine wirtschaftliche Verfügungsberechtigung hin. In der Erklärung

vom 22. Oktober 2004 führe sein Geschäftspartner N. O. zwar aus, dass der Beschwerdeführer weder Aktionär der S. AG noch der M. Ltd. sei; nicht ersichtlich sei jedoch, was die Aktionärsstellung mit der Herausgabe von Geschäftsunterlagen zu tun haben solle. Entgegen seinen Behauptungen habe daher der Beschwerdeführer bei beiden Unternehmungen eine Stellung inne, in welcher er sehr wohl die Kompetenz gehabt hätte, die verlangten Urkunden herauszugeben (KG act. 2, S. 7 ff.).

1.3 Die Rüge der Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör geht fehl. Die vom Beschwerdeführer im Rekursverfahren eingereichten Bestätigungen von N. O. (OG act. 4/1 und 4/2) wurden von der Vorinstanz sehr wohl beachtet und in ihre Würdigung einbezogen (vgl. KG act. 2, S. 9 unten). Dass die Vorinstanz nicht dieselben Schlüsse daraus gezogen hat wie der Beschwerdeführer, kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörsanspruches darstellen, sondern höchstens unter dem Titel der willkürlichen Beweiswürdigung bzw. der willkürlichen Würdigung von Glaubhaftmachungsmitteln beanstandet und geprüft werden. Auch diesbezüglich kann jedoch kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen werden. Ohne in Willkür zu verfallen konnte die Vorinstanz davon ausgehen, es sei nicht ersichtlich, was die Aktionärsstellung (welche für den Beschwerdeführer mit den eingereichten Erklärungen bezüglich der S. AG und der M. Ltd. verneint wird) mit der Herausgabe von Geschäftsunterlagen zu tun haben solle, nachdem verschiedene eingereichte Unterlagen zumindest auf die wirtschaftliche Verfügungsbeziehung des Beschwerdeführers bezüglich dieser beiden Gesellschaften hinweisen würden. Der Beschwerdeführer behauptet zwar in seiner Beschwerdeschrift, er habe hinsichtlich der beiden Gesellschaften S. AG und M. Ltd. hinreichend glaubhaft gemacht, dass er nicht wirtschaftlich berechtigt sei, dass er diesbezüglich keine Organstellung habe und insbesondere nicht Aktionär sei (KG act. 1, S. 5), führt aber nicht aus, worauf er dies stützt – ausser auf die Bestätigungen von N. O. Diese Bestätigungen geben jedoch keinen Aufschluss über eine allfällige fehlende wirtschaftliche Berechtigung des Beschwerdeführers über die Aktiven der betreffenden Gesellschaften. Zwar wird ausgeführt, der Beschwerdeführer habe auftrags der Mandantschaft von N. O. die Aktien der Gesellschaft in seiner Eigenschaft als Vermögensverwalter der jeweiligen Gesellschaft nur zur Si-

herstellung und Aufbewahrung erhalten und der Beschwerdeführer sei selber nicht – auch nicht über einen Treuhänder – Aktionär der jeweiligen Gesellschaft (vgl. OG act. 4/1 und 4/2), jedoch schliesst dies – entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers – nicht aus, dass diesem zumindest eine wirtschaftliche Berechtigung und tatsächliche Verfügungsmacht zusteht, worauf eben auch der Überweisungsauftrag (vgl. ER act. 16/7, 16/9 und 28/6) schliessen lässt. Der durch den Überweisungsauftrag erweckte Anschein der Verfügungsberechtigung wird auch durch die Bestätigungen von N. O. nicht widerlegt; insbesondere wird nicht klar, weshalb er als blosser Vermögensverwalter der Gesellschaft eine Überweisung zu seinen eigenen Gunsten in der Höhe von EUR 10'000.-- hat vornehmen lassen (können). Eine andere Erklärung für diese Verfügungsberechtigung fehlt. Die vom Beschwerdeführer behaupteten an den Gesellschaften berechtigten Dritten könnten im Übrigen auch juristische Personen sein (z.B. eine Stiftung etc.), an welchen wiederum der Beschwerdeführer in irgend einer Form beteiligt oder berechtigt wäre (da wohl die beiden Bestätigungen O. (OG act. 4/1 und 4/2) nur eine treuhänderische Konstruktion zu Gunsten des Beschwerdeführers ausschliessen). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach die dargelegten Umstände entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers darauf schliessen liessen, dass er bei den erwähnten beiden Unternehmungen eine Stellung innehatte, in welcher er sehr wohl die Kompetenz gehabt hätte, die verlangten Unterlagen herauszugeben, erscheint damit nicht willkürlich. Bestimmte Massnahmen zum Schutze seiner Geheimhaltungsinteressen oder derjenigen Dritter hat der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt verlangt.

2.1 Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, er hätte weitere eingeforderte Unterlagen nicht eingereicht. Die Editionsaufforderung des Bezirksgerichts Pfäffikon sei unklar gewesen. Bezüglich der "Buchhaltungen" für die Jahre 2001 bis 2003 habe ihn sein damaliger Rechtsvertreter dahingehend informiert, dass damit die Bilanz und die Erfolgsrechnung gemeint seien; bezüglich Kontoauszüge für die Jahre 2001 bis 2003 seien solche gemeint, welche den Kontostand per Ende des jeweiligen Jahres ersichtlich machten. Wenn die Vorinstanzen mehr gewollt hätten, wäre eine Nachfrist zur Einreichung dieser Unterlagen anzusetzen gewesen. Indem dies

nicht gemacht worden sei, sei sein Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt worden. Das von der Vorinstanz hervorgehobene Recht, fehlende Unterlagen im Rekursverfahren einzureichen, nütze vorliegend nichts, da aus der erstinstanzlichen Verfügung eben nicht klar hervorgegangen sei, welche Unterlagen vom Gericht gemeint gewesen seien. Unter diesen Umständen hätte das Verhalten des Beschwerdeführers nicht als "Weigerung" gedeutet werden dürfen, seine Situation offen zu legen (KG act. 1, Ziff. 17 - 18, S. 8 f.).

2.2 Die Beanstandungen des Beschwerdeführer gehen hinsichtlich der von der ersten Instanz verlangten Kontoauszüge über die Jahre 2001 bis 2003 von verschiedenen Firmen und dem Privatkonto des Beschwerdeführers fehl. In der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes K. vom 8. Oktober 2003 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, sämtliche Bankkontoauszüge der Jahre 2001, 2002 und 2003 (bis heute) der Gesellschaften S. AG und M.AG, P. AG, Q. Limited, sowie sämtliche persönliche Bankkontoauszüge der Jahre 2001, 2002 und 2003 (bis heute) einzureichen (ER act. 18). Was an dieser Aufforderung unklar sein soll, und weshalb der Beschwerdeführer hätte davon ausgehen sollen, es seien nur jeweils die Kontoauszüge per Ende der verlangten Jahre einzureichen, ist nicht nachvollziehbar. Insbesondere jedoch kann der Beschwerdeführer sich nicht darauf berufen, er habe die verlangten Unterlagen auch im Rekursverfahren nicht einreichen können, ohne dass ihm mit Nachfrist genau gesagt worden wäre, welche Unterlagen fehlten, nachdem der erstinstanzliche Richter in seiner Verfügung vom 23. Dezember 2003 genau ausführte, welche verlangten Unterlagen nicht eingereicht worden seien (ER act. 29 S. 8 ff.). Spätestens nach dieser Verfügung hätte dem Beschwerdeführer damit klar sein müssen, dass detaillierte Kontoauszüge über den ganzen verlangten Zeitraum einzureichen gewesen wären und er hätte dies im Rekursverfahren noch nachholen können.

2.3 Gleich erscheint im Ergebnis die Sachlage bezüglich der einverlangten Buchhaltungen der Jahre 2001 und 2002 der R. GmbH. In der Verfügung vom 8. Oktober 2003 wurde die Einreichung der "Buchhaltungen" der R. GmbH für die Jahre 2001 und 2002 verlangt (ER act. 18). Der Beschwerdeführer reichte die Bi-

lanzen und Erfolgsrechnungen der R. GmbH für die Jahre 2001 und 2002 und die Protokolle der Generalversammlung ein (ER act. 22/1). Dem Beschwerdeführer daraufhin vorzuhalten, er habe nicht die Buchhaltungen bzw. die Buchhaltungsunterlagen eingereicht, wie dies der erstinstanzliche Richter in der Verfügung vom 23. Dezember 2003 tat (ER act. 29, S. 8 f.), erscheint gerechtfertigt, auch ohne den Beschwerdeführer zuvor auf den Mangel aufmerksam zu machen und ihm eine Nachfrist zur Einreichung der vollständigen Buchhaltung anzusetzen, soweit eine solche verlangt werden sollte. Es kann offen bleiben, was alles im umgangssprachlichen Gebrauch der Begriff der "Buchhaltung" umfasst. Jedenfalls musste dem Beschwerdeführer nach dem Erhalt der Erledigungsverfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes K. vom 23. Dezember 2003 klar sein, dass von ihm nicht bloss die Einreichung der Bilanz und der Erfolgsrechnung für die Jahre 2001 und 2002 verlangt wurde, sondern die Einreichung sämtlicher Buchhaltungsunterlagen der R. GmbH (ER act. 29 = OG act. 3, S. 9). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte (KG act. 2, S. 8 f.), ist sein im Rekursverfahren vorgebrachter Einwand, dadurch werde seine Geschäftstätigkeit behindert und dies sei nicht zumutbar, unbehelflich, da die Buchhaltung auch auf Computerausdrucken oder in Kopie hätte eingereicht werden können. Damit wäre es dem Beschwerdeführer jedoch spätestens im Rekursverfahren möglich und auch zumutbar gewesen, die zuvor verlangten Buchhaltungsunterlagen der R. GmbH einzureichen, und zwar auch ohne Nachfristansetzung. Eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör durch die Vorinstanz liegt somit nicht vor.

3.1 Eine weitere Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche Gehör sieht der Beschwerdeführer darin, dass die Vorinstanz seinem Antrag, den Kaufvertrag des von der Beschwerdegegnerin gekauften Hauses beizuziehen, nicht stattgegeben habe. Der Beschwerdeführer macht hierzu geltend, dieser Kaufvertrag sei deshalb relevant, weil daraus hervorgegangen wäre, wie hoch der Kaufpreis gewesen sei, welche Eigenmittel die Beschwerdegegnerin in das Haus investiert und welche Hypotheken ihr gewährt worden seien. Daraus gehe hervor, dass die Beschwerdegegnerin entgegen ihren Behauptungen während der Ehe vom Beschwerdeführer nicht äusserst knapp gehalten worden sei, sondern im Gegensatz zur vorinstanzlichen Erwägung, wonach die von den Parteien verein-

barte hälftige Kostenteilung stillschweigend aufgehoben worden sei, die Beschwerdegegnerin eben in der Lage gewesen sei, die Hälfte des gemeinsamen Unterhalts zu tragen und zudem erhebliche Ersparnisse zu bilden, welche ihr den Erwerb des Hauses ermöglicht hätten (KG act. 1, Ziff. 19, S. 9 f.).

3.2 Die Vorinstanz führte – im Zusammenhang mit den Wohnkosten der Beschwerdegegnerin – zum Editionsantrag des Beschwerdeführers hinsichtlich der Erwerbsurkunde der Liegenschaft in G. aus, es bleibe unklar, weshalb dies beantragt werde. Aus dem Schreiben der U. Kantonalbank (OG act. 10/9) gehe genügend klar hervor, dass die Beschwerdegegnerin Eigentümerin dieser Liegenschaft sei (KG act. 2, S. 13).

3.3 Der Beschwerdeführer verlangte erst im Rekursverfahren in seiner Anschlussrekursantwort die Edition der Erwerbsurkunde der Liegenschaft in G. durch die Beschwerdegegnerin (OG act. 12, S. 3), nachdem diese erstmals in ihrem Anschlussrekurs geltend gemacht hatte, dass sie in Kanton U. ein Einfamilienhaus erworben habe, welches sie seit dem 1. Dezember 2003 bewohne (OG act. 8, S. 6). Zu seinem Antrag führte der Beschwerdeführer einzig aus, es sei unklar, ob die neu erworbene Liegenschaft nur der Beschwerdegegnerin als Domizil diene oder ob sie eine Wohngemeinschaft begründet habe. Des weiteren wurden die Kosten für die Gebäudeversicherung als in der Position "Hausnebenkosten" enthalten bezeichnet sowie die Position "Unterhaltskosten" bestritten (OG act. 12, S. 3). Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass unklar blieb, wieso der Beschwerdeführer die Edition der Erwerbsurkunde beantragte, da daraus für diese Fragen und Bestreitungen nichts erhellen würde. Weitere Ausführungen des Beschwerdeführers, wozu die Erwerbsurkunde beizuziehen sei, fehlten gänzlich. Die Begründung, wonach daraus auch Rückschlüsse auf die Vermögenssituation und die frühere Einkommenshöhe der Beschwerdegegnerin sowie auf die Frage, ob die Beschwerdegegnerin in der Lage gewesen sei, die Hälfte des gemeinsamen Lebensunterhalts zu bezahlen, zu ziehen gewesen wären, bringt der Beschwerdeführer erstmals im Beschwerdeverfahren und damit verspätet vor. Neue Tatsachen, Behauptungen und Beweismittel, welche lediglich die Vervollständigung des vor Vorinstanzen vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, sind im Beschwer-

deverfahren nicht zulässig (Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.). Im vorliegenden, der Dispositionsmaxime unterliegenden Verfahren ist der Richter nicht gehalten, den Sachverhalt von sich aus abzuklären und dazu von sich aus Beweise bzw. Glaubhaftmachungsmittel zu erheben. Die Vorinstanz hat somit keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem sie die Erwerbsurkunde der Liegenschaft im Kanton U. nicht edieren liess.

3.4 Im Zusammenhang mit dem Hauskauf der Beschwerdegegnerin macht der Beschwerdeführer auch geltend, die Vorinstanz sei von der willkürlichen tatsächlichen Annahme ausgegangen, die [von ihm behauptete und im Ehevertrag vereinbarte] hälftige Kostenteilung während der Ehe sei "stillschweigend" aufgehoben worden. Aus den Akten gehe klar hervor, dass die Beschwerdegegnerin während des Zusammenlebens der Parteien über erheblich mehr Geldmittel verfügt habe, als sie dies heute behaupte (unter Hinweis auf ER Prot. S. 17). Zuvor führte der Beschwerdeführer aus, entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin, sie habe ein äusserst tiefes Einkommen erzielt und sei vom Beschwerdeführer sehr knapp gehalten gewesen, habe sie zugegeben, dass sie vom Beschwerdeführer weitere Geldbeträge "nebenbei" erhalten habe; im erstinstanzlichen Verfahren sei die Rede von Fr. 150'000.-- gewesen (unter Hinweis auf ER Prot. S. 13).

Hierzu ist auszuführen, dass einerseits der Hinweis auf ER Prot. S. 17 nichts ergibt im Hinblick auf die Behauptung, aus den Akten gehe klar hervor, dass die Beschwerdegegnerin während des Zusammenlebens über mehr Geldmittel verfügt habe, als sie heute behauptete. An angegebener Stelle des erstinstanzlichen Protokolls ist lediglich der erste Teil des Dispositivs (Ziff. 1 bis 5) der (Erledigungs-)Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 23. Dezember 2003 enthalten.

Auch die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach die Beschwerdegegnerin – zugegebenermassen – vom Beschwerdeführer weitere Geldbeträge "nebenbei" erhalten habe, können jedoch die Erwägungen der Vorinstanz betreffend stillschweigender Aufhebung bzw. Abänderung der ehever-

traglich vereinbarten hälftigen Kostenteilung während des ehelichen Zusammenlebens nicht als willkürlich erscheinen lassen. Die Vorinstanz ging diesbezüglich davon aus, der Beschwerdegegnerin sei es mit ihrem Einkommen von ungefähr von Fr. 3'353.50 netto monatlich bis Ende 2001 und von Fr. 4'216.50 netto monatlich ab 2002 bei einem erweiterten Notbedarf von etwas über Fr. 5'000.-- der Parteien während des Zusammenlebens und unter Berücksichtigung, dass die Parteien in einem Einfamilienhaus in L. wohnten, über eine Ferienwohnung in V. sowie über ein Luxusauto verfügten (wofür der Beschwerdeführer beim Kauf eines Jaguars zum Katalogpreis von Fr. 115'000.-- beim Eintausch Ende 2003 noch Fr. 49'000.-- erhielt), nicht möglich gewesen, die Hälfte des Unterhalts der Parteien zu tragen, zumal sie auch noch für ihre Tochter W. aufzukommen gehabt habe, soweit sie dafür nicht Unterhaltsbeiträge von deren (leiblichen) Vater erhalten habe (KG act. 2, S. 19). Der Beschwerdeführer führt nun nicht aus, die Beschwerdegegnerin habe während des ehelichen Zusammenlebens über mehr Einkommen verfügt, als die Vorinstanz erwogen hat, sondern lediglich, die Beschwerdegegnerin habe vom Beschwerdeführer noch Geldbeträge in der Grössenordnung von Fr. 150'000.-- erhalten. Unter welchem Titel diese Geldbeträge vom Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin geleistet worden wären, geht weder aus den Akten noch aus den Ausführungen des Beschwerdeführers hervor. Damit ist nicht auszuschliessen, dass diese Geldbeträge auch Beiträge des Beschwerdeführers an den gemeinsamen Unterhalt gemäss Art. 163 ZGB gewesen sein könnten. Jedenfalls wurde von den Parteien jeweils nur das von der Vorinstanz zugrunde gelegte tiefere Einkommen der Beschwerdegegnerin versteuert (vgl. dazu die Steuererklärungen 2001 und 2002: ER act. 14/4 und 16/4). Solche allfälligen Beiträge nach Art. 163 ZGB (allenfalls nach Art. 164 Abs. 1 ZGB) könnten der Beschwerdegegnerin nicht als Einkommen angerechnet werden, woraus sie wiederum (gemäss Art. 163 f. ZGB) einen Anteil an die ehelichen Gesamtkosten zu tragen hätte. Es gelingt dem Beschwerdeführer nicht, durch seine Ausführungen die Folgerung der Vorinstanz die Vereinbarung vom 13. Juni 2000 sei stillschweigend abgeändert worden, willkürlich erscheinen zu lassen; ein Nichtigkeitsgrund liegt auch diesbezüglich nicht vor.

4.1 In einem weiteren Punkt beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, er erziele neben seinem regulären Einkommen bei der R. zusätzliche Einkünfte. Die Vorinstanz führe aus, die Parteien hätten keinen bescheidenen Lebensstandard gepflegt, da der Beschwerdeführer selber ausgeführt habe, dass sich sein Vermögen von Fr. 5 Mio. auf Fr. 100'000.-- reduziert habe. Diese Annahme bestätige jedoch die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach er neben den Fr. 74'000.-- jährlich keine weiteren Einkünfte mehr habe, sonst hätten die Parteien nicht in diesem Masse vom Vermögen gezehrt (KG act. 1, Ziff. 20, S. 11).

4.2 Beim Argument des Beschwerdeführers, wonach sein Vermögen während der Ehe von Fr. 5 Mio. auf Fr. 100'000.-- abgenommen habe, handelt es sich um eine reine Parteibehauptung, welche in keiner Weise belegt wurde. Der Vorinstanz kann durch die Erwähnung dieser Behauptung (vgl. KG act. 2, S. 20) keine willkürliche tatsächliche Annahme unterstellt werden. Es hätte dem Beschwerdeführer offen gestanden, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse in den vorinstanzlichen Verfahren offen zu legen und durch die von ihm eingeforderten Unterlagen zu belegen. Die Vorinstanzen gingen ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes (vgl. Erw. 1.2, 2.2 und 2.3) davon aus, der Beschwerdeführer habe seine Mitwirkungspflicht verletzt und würdigte sein Verhalten nach § 148 ZPO, indem sie ihm ein höheres als das von ihm geltend gemachte Einkommen anrechnete. Sie erachtete deshalb die Ausführung der Beschwerdegegnerin, wonach das Einkommen des Beschwerdeführers eher Fr. 12'000.-- bis Fr. 15'000.-- im Monat betrage, als glaubhafter. Es hätte beim Beschwerdeführer gelegen, seine Behauptung, wonach ein Vermögensverzehr (in der Grössenordnung von Fr. 4,9 Mio. während einigen Jahren) stattgefunden habe, glaubhaft zu machen; er hat es selber zu vertreten, dass seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse letztlich undurchsichtig geblieben sind. Aus der vorinstanzlichen Erwägung geht sodann nicht hervor, dass diese Behauptung bezüglich Vermögensverzehr als glaubhaft angenommen wurde, sondern die Vorinstanz zog diese lediglich heran, um die widersprüchliche Darlegung des Beschwerdeführers bezüglich den Lebensstandard der Parteien während der Ehe aufzudecken.

5.1 Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe klares materielles Recht verletzt, indem sie ihn zumindest indirekt dazu verpflichtete, sein noch übriggebliebenes Vermögen für die Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen zu verbrauchen, obwohl die Beschwerdegegnerin mit ihrem Einkommen ihren erweiterten Bedarf decken könne (KG act. 1, Ziff. 21, S. 11). Klares materielles Recht werde auch dadurch verletzt, dass bei Annahme eines "hypothetischen" Einkommens des Beschwerdeführers ein Überschuss von mehr als Fr. 8'500.-- resultiere und dieser hälftig geteilt werde, obwohl Unterhaltsbeiträge nicht zur Ersparnisbildung dienen dürften. Mit diesem hälftigen Anteil könne die Beschwerdegegnerin jedoch Ersparnisse bilden, da sie bereits mit ihrem Einkommen ihren erweiterten Notbedarf decken könne (KG act. 1, Ziff. 22, S. 11 f.).

5.2 Einerseits ging die Vorinstanz nicht davon aus, der Beschwerdeführer habe die Unterhaltsbeiträge von seinem Vermögen zu bezahlen, sondern sie nahm an, er *verdienne* viel mehr, als er mit seinen Angaben offen lege (vgl. KG act. 2, S. 6 ff.). In der Erwägung bezüglich Vermögensabnahme (KG act. 2, S. 20) wiederholte die Vorinstanz lediglich die Ausführungen des Beschwerdeführers und folgerte daraus nur, dass selbst nach den Aussagen des Beschwerdeführers die Parteien während dem Zusammenleben entgegen seinen Angaben im Rekursverfahren offenbar nicht bescheiden gelebt hätten (vgl. oben Erw. 4.2). Die Vorinstanz ging somit auch nicht implizit davon aus, der Beschwerdeführer habe seine Unterhaltsbeiträge mit seinem Vermögen zu finanzieren. Der Beschwerdeführer führt auch nicht aus, dass und wo er seine Vermögensverminderung glaubhaft gemacht hätte. Ein Nichtigkeitsgrund liegt diesbezüglich nicht vor.

5.3 Andererseits wurde vorliegend im Ergebnis auch kein klares materielles Recht verletzt, indem der Beschwerdegegnerin die Hälfte des Überschusses bzw. des Freibetrages zugesprochen wurde. Im von den Vorinstanzen für die Beschwerdegegnerin berechneten erweiterten Existenzminimum sind die folgenden Positionen enthalten: Grundbetrag Fr. 1'100.--; Mietkosten Fr. 1'800.-- bzw. Hauskosten inkl. Unterhalt Fr. 1'893.--; Krankenkassenprämie Fr. 370.--; Arztselfstbehalt Fr. 54.--; Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 40.-- bzw. Fr. 66.80; Radio/TV/Telefon Fr. 150.--, was einen (um Radio-/TV-/Telefonkosten) erweiterten

Existenzbedarf von Fr. 3'514.-- bzw. Fr. 3'633.80 ergibt (OG act. 3, S. 7 und KG act. 2, S. 15). Nicht in diesem Bedarf enthalten sind die Positionen für Steuern (geschätzt für den jetzigen Wohnort im Kanton U. ca. Fr. 1'300.-- im Monat für Kantons-, Gemeinde- und Bundessteuern) und weitere dem Lebensstandard der Parteien entsprechende Auslagen wie zum Beispiel die Ferienwohnung in V. (gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin Fr. 2'046.--/Mt.; ER act. 15, S. 6), ein Auto ([der gehobenen Preisklasse] geschätzt ca. Fr. 500.--/Mt.), Schmuck- und Reiseversicherung (Fr. 97.--/Mt.: OG act. 3, S. 7) und die Prämien für die Säule 3a (Fr. 494.--/Mt.; OG act. 3, S. 7). Selbst wenn man die Prämien für die Säule 3a als vermögensbildend weglässt, ergeben die anderen Posten zusätzliche Kosten von über Fr. 3'940.-- im Monat und zusammen mit dem erweiterten Notbedarf einen gebührenden Unterhalt von monatlich ca. Fr. 7'570.--. Dieser gebührende Unterhalt wird mit dem Einkommen der Beschwerdegegnerin von Fr. 4'216.50 und dem Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'640.--, also insgesamt ca. Fr. 7'860.-- gedeckt und es verbleiben der Beschwerdegegnerin ca. Fr. 290.-- im Monat. Dieser Betrag kann jedoch unter den obwaltenden Umständen bei einem eher gehobenen Lebensstandard nicht als vermögensbildend angesehen werden, zumal in der vorliegenden Berechnung keine Kosten beispielsweise für Ferien oder Zeitschriftenabonnemente enthalten sind, welche bei günstigen Verhältnissen ebenfalls zum gebührenden Unterhalt gehören können. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass keine der Parteien im bisherigen Verfahren behauptet hat, sie hätten während des Zusammenlebens Ersparnisse gebildet und demgemäss eine Sparquote gehabt, welche nun auch während der Trennung zu berücksichtigen sei. Nochmals sei darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer selbst vielmehr geltend machte, die Parteien hätten (neben ihrem Verdienst) einen grossen Teil des Vermögens verbraucht (vgl. KG act. 2, S. 20). Die Vorinstanz hat demnach im Ergebnis auch bezüglich der Verteilung des Überschusses keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt.

6. Zusammenfassend konnte der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen, welcher sich zu seinem Nachteil auf den Entscheid der Vorinstanz ausgewirkt hätte und die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 395.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes K., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: