



Kass.-Nr. AA050012/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 16. Oktober 2005

in Sachen

A.B.

geboren ..., von ..., whft. in C.,
Beklagter, Rekurrent und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt lic. oec. D.E. in F.

gegen

1. **G. H. B.**,
geboren ..., von, whft. in I.,
Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin 1
2. **K.B.**,
geboren ..., whft. in C.,
Verfahrensbeteiligter und Beschwerdegegner 2
3. **L.B.**,
geboren ..., whft. in C.,
Verfahrensbeteiligte und Beschwerdegegnerin 3

1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. M.N. in O.

2, 3 vertreten durch Beistand Rechtsanwalt lic. iur. P.Q. in I.

betreffend

Eheschutzmassnahmen

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2004 (LP040075/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Das Begehren um Erlass von Eheschutzmassnahmen wurde von der Klägerin im September 2002 beim Eheschutzrichter des Bezirkes O. anhängig gemacht (ER act. 1). Nach Abschluss einer (Teil-)Konvention durch die Parteien (ER Prot. S. 66 - 69) wurde mit Verfügung des Eheschutzrichters vom 15. April 2004 festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt seien. Die Kinder K. (1997) und L. (2000) wurden unter die Obhut des Beklagten gestellt und es wurde – unter Festlegung einer subsidiären Regelung – vorgemerkt, dass sich die Parteien über das Besuchsrecht der Klägerin untereinander einigen. Die eheliche Wohnung in C. wurde dem Beklagten und den Kindern zur Benützung zugewiesen. Weiter wurde festgestellt, dass die Klägerin bei grundsätzlich bestehender Leistungspflicht derzeit mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage sei, dem Beklagten Unterhaltsbeiträge für die Kinder zu bezahlen (Disp.-Ziff. 8a) und der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin persönlich ab 1. Juli 2004 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 840.-- zu bezahlen (Disp.-Ziff. 8b). Schliesslich wurde über die Kinder – in Fortführung der am 2. Dezember 2002 angeordneten Beistandschaft – eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet (Disp.-Ziff. 9; ER act. 186 = OG act. 3).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte Rekurs an das Obergericht und beantragte die Aufhebung der Disp.-Ziff. 8a und b sowie 9, 11 und 12 [Kosten- und Entschädigungsfolgen]. Er beantragte sodann im wesentlichen, die Klägerin sei zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die Kinder und für den Beklagten persönlich zu verpflichten und von der Anordnung einer Beistandschaft sei abzusehen, eventualiter ein anderer Beistand zu ernennen (OG act. 2). Mit Beschluss vom 23. Dezember 2004 verpflichtete die I. Zivilkammer des Obergerichts in teilweiser Gutheissung des Rekurses den Beklagten ab 1. Juli 2004 zur Bezahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 730.-- an die Klägerin und wies im

übrigen den Rekurs des Beklagten ab, soweit darauf eingetreten wurde (OG act. 41 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, "die Verfügung [recte: Beschluss] des Obergerichts vom 23. Dezember 2004 sei vollumfänglich zu kassieren und die in den Vorinstanzen durchgeführten Verfahren nichtig zu erklären", unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (KG act. 1, S. 2 oben). Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 31. Januar 2005 auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 3'000.-- (KG act. 8) wurde fristgerecht geleistet (KG act. 10). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 11). Der Prozessbeistand der Verfahrensbeteiligten (Kinder der Parteien) hat mit seiner Stellungnahme vom 3. März 2005 die Abweisung der Beschwerde beantragt, soweit auf diese einzutreten sei (KG act. 12). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (inskünftig: Beschwerdegegnerin) liess mit ihrer Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde beantragen, soweit darauf einzutreten sei, und stellte zudem das Gesuch, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu genehmigen und eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen (KG act. 13).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). Neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, sind im Beschwerdeverfahren nicht zulässig. Gemäss § 290 ZPO werden lediglich die geltend gemachten Nichtig-

keitsgründe überprüft. In der Beschwerdebeurteilung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.). Nicht einzutreten ist demgemäss gesamthaft auf die lange nach Ablauf der Frist zur Beschwerdebeurteilung eingereichten Eingaben des Beschwerdeführers vom 13. und 19. September 2005 samt Beilagen (KG act. 14, 15/1-2, 16, 17, 18/1-14). Daran ändert auch die hinsichtlich der Kinderbelange geltende Offizialmaxime nichts, da es im Beschwerdeverfahren einzig darum geht, ob die Vorinstanz auf Grund der ihr vorliegenden Aktenlage Nichtigkeitsgründe gesetzt habe.

2.1 Der Beschwerdeführer führt in seiner Beschwerdeschrift vorerst unter "Formelles" aus, er habe bei der Vorinstanz gerügt, dass das Eheschutzdossier nicht komplett sei und die erlassene Verfügung sich hauptsächlich auf die allerersten Akten aus dem Jahr 2002 stütze und der ganzen weiteren Entwicklung zu wenig Beachtung geschenkt worden sei. Er kritisiert im Folgenden die während des erstinstanzlichen Verfahrens offenbar erfolgten Massnahmen bezüglich der Obhut der Kinder der Parteien, bis endlich mit der Verfügung vom 15. April 2004 diese Obhut dem Beschwerdeführer zugeteilt worden sei. Bis dahin sei von den

Behörden das Kindeswohl permanent missachtet und seien im Laufe des Verfahrens bezüglich der Obhutszuteilung gravierende Fehler begangen worden, was von der Vorinstanz in nicht nachvollziehbarer Weise gebilligt worden sei. Insbesondere werde die Krankheit der Beschwerdegegnerin in der Verfügung vom 15. April 2004 völlig heruntergespielt (KG act. 1, Ziff. II.4, S. 2 f.).

2.2 Obwohl der Beschwerdeführer zuvor ausführte (KG act. 1, Ziff. 3, S. 2), es würden lediglich Mängel des Rechtsmittelverfahrens vor Obergericht des Kantons Zürich gerügt, wenden sich die vorstehend erwähnten Beanstandungen gegen das erstinstanzliche Verfahren an sich. Der Beschwerdeführer führt zwar an, er habe diese Beanstandungen bereits vor Vorinstanz vorgebracht (KG act. 1, Ziff. 4 a.A., S. 2 unten), belegt dies jedoch nicht durch entsprechende Aktenhinweise auf seine vor Vorinstanz gemachten Vorbringen. Zudem ist nicht ersichtlich, welchen konkreten Nichtigkeitsgrund der Beschwerdeführer mit der Beanstandung des erstinstanzlichen Verfahrens hinsichtlich Obhutszuteilung geltend machen wollte. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass im erstinstanzlichen Entscheid die Obhut über die Kinder der Parteien im Endentscheid gemäss seinem Antrag dem Beschwerdeführer zugeteilt wurde und er diesbezüglich obsiegte und hinsichtlich Obhutszuteilung nicht beschwert erscheint. Auf seine Beanstandungen in Ziff. II/4 ist daher nicht weiter einzugehen.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, im gesamten Verfahren sei ihm sein Anspruch auf das rechtliche Gehör nicht oder nur minim gewährt worden, da es der "Untersuchungsrichter" unterlassen habe, seine diversen Eingaben überhaupt zu beachten oder den Inhalt genauer abzuklären. Wenn er dies getan hätte, wäre schon bald zutage getreten, dass die beiden Kinder der Parteien schon damals unter die Obhut des Beschwerdeführers hätten gestellt werden müssen. Der Beschwerdeführer verweist dazu auf diverse Schreiben von ihm an das Bezirksgericht O. und die Stadtverwaltung I. in den Jahren 2002 und 2003 (KG act. 1, Ziff. III.1, S. 4 f.).

3.2 Wie bereits oben (Erw. 2.2) ausgeführt wurde, obsiegte der Beschwerdeführer bezüglich der Frage der Obhutszuteilung im Endentscheid bereits im er-

stinstanzlichen Verfahren und erscheint diesbezüglich nicht beschwert. Auf diese Rüge kann daher nicht weiter eingetreten werden.

4.1 Weiter führt der Beschwerdeführer aus, aus den Eheschutzakten und den durch die Vorinstanzen zugezogenen Strafakten gehe deutlich hervor, dass der Eheschutzrichter R. S. zum Zeitpunkt des Erlasses des Entscheides am 15. April 2004 hätte in den Ausstand treten müssen, nachdem der Beschwerdeführer am 10. Mai 2003 gegen ihn Strafanzeige eingereicht habe und aktenmässig erwiesen sei, dass der Eheschutzrichter wenige Wochen vor Erlass des Entscheides durch ein Telefongespräch mit der Bezirksanwältin von der gegen ihn laufenden Voruntersuchung Kenntnis erhalten habe (unter Verweis auf eine beigelegte Aktennotiz der Bezirksanwältin vom 3. Juni 2003). Der Beschwerdeführer führt weiter aus, er habe erst vor zwei Wochen erfahren, dass der Eheschutzrichter Kenntnis von der gegen ihn laufenden Voruntersuchung gehabt habe und deshalb damals, d.h. zum Zeitpunkt des Erlasses des erstinstanzlichen Entscheides kein Ausstandsbegehren mehr stellen können. Durch die Mitwirkung des befangenen Eheschutzrichters seien auch Art. 6 EMRK (Garantie eines fairen Gerichtsverfahrens) sowie Art. 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens des Beschwerdeführers) verletzt worden und der Eheschutzrichter habe gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit (§ 204 GVG [gemeint wohl: § 104 GVG]) verstossen, womit auch materielles Recht verletzt worden sei (KG act. 1, Ziff. III.2, S. 5 f.).

4.2 Es kann vorliegend offen bleiben, ob die Vorinstanzen – wie vom Beschwerdeführer behauptet – die Strafakten beigezogen haben. Der Beschwerdeführer unterlässt einen konkreten Hinweis auf ein Aktenstück und in den Aktenverzeichnissen der Vorinstanzen figurieren soweit ersichtlich keine Strafakten. Offen bleiben kann auch, ob und wann der Einzelrichter im summarischen Verfahren von einer allfälligen Strafuntersuchung gegen ihn erfahren hat (in den erstinstanzlichen Akten befindet sich eine Nichtanhandnahmeverfügung der Bezirksanwaltschaft I für den Kanton Zürich vom 24. Februar 2004 mit einem Eingangsstempel des Bezirksgerichts O. vom 2. März 2004 [ER act. 163]), und wann der Beschwerdeführer allenfalls Kenntnis davon bekommen habe, dass der Einzel-

richter von der Strafanzeige bzw. Strafuntersuchung gegen ihn gewusst habe. Das heisst, es kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer die erstmals im Beschwerdeverfahren erhobene Beanstandung, der erstinstanzliche Richter sei befangen gewesen, rechtzeitig vorgebracht hat (nachdem er offenbar selbst am 10. Mai 2003 die Strafanzeige gegen den Richter eingereicht hat und zudem der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Ende Mai 2004 zur Verfassung des Rekurses die vollständigen Akten des erstinstanzlichen Verfahrens [also auch ER act. 163] beigezogen hatte: ER act. 188 - 193). Gemäss §§ 95 und 96 GVG und der ständigen Praxis der Gerichte bildet nämlich die Tatsache allein, dass eine Partei eine Strafanzeige gegen einen Richter erstattete, weder einen Ausschluss noch einen Ablehnungsgrund (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 19 zu § 95 GVG und N 23 und 53 zu § 96 GVG, unter Hinweis auf ZR 47 Nr. 86; ZR 60 Nr. 33; ZR 81 Nr. 42; RO 1981 S. 306 Ziff. 9), da es sonst eine Partei in der Hand hätte, durch Erstattung von (haltlosen) Strafanzeigen einen (missliebigen) Richter in den Ausstand zu zwingen. Durch die Mitwirkung des erstinstanzlichen Richters R. S. wurde somit weder ein Nichtigkeitsgrund gesetzt, noch gegen Art. 6 oder Art. 8 EMRK verstossen.

4.3 Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe die willkürliche schlechte Darstellung des Beschwerdeführers durch den Einzelrichter nicht überprüft, sondern in ihrem Beschluss übernommen. Sie habe die Beistandschaft explizit als notwendig begründet mit der haltlosen Begründung, "der Vater neige zu heftigen Reaktionen". Dieses Verhalten [gemeint wohl: der Vorinstanz] verstosse gegen die elementarsten Verfahrensgrundsätze der allgemeinen Prozessführung. Auch werde die Offizialmaxime verletzt, indem das Verfahren völlig ungereimt sei (zuerst polizeilicher Entzug der Kinder beim Beschwerdeführer und hernach Zuteilung der Obhut an denselben) und die Gefährdung des Kindeswohls zeige sich deutlich. Wenn der Beschwerdeführer eine Frau gewesen wäre, wären seine moderaten Reaktionen beim Eheschutzrichter nicht ungehört geblieben, sondern es wäre sofort entsprechend verfügt worden; auch dadurch sei die Offizialmaxime verletzt worden. Zudem habe die Vorinstanz auf das Gutachten T. abgestützt, obwohl aus den Vorakten klar hervorgehe, dass dieses Gutachten keine Berücksichtigung finden könne; ausserdem sei der Verfasser dieses Gut-

achtens verschwunden und wirke beim KJPD U. nicht mehr mit (unter Hinweis auf ein Schreiben des Eheschutzrichters an RA P.Q. vom 19. Januar 2004) (KG act. 1, Ziff. III.2, S. 6 f.).

Soweit der Beschwerdeführer allenfalls geltend machen wollte, die Vorinstanz sei in willkürlicher Würdigung der Glaubhaftmachungsmittel davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe in der Vergangenheit zu unzähligen, aussergewöhnlich heftigen Reaktionen geneigt, führt er nicht aus, weshalb diese Annahme der Vorinstanzen ungerechtfertigt und völlig haltlos sein sollte. Aus den Akten, in welchen unzählige Eingaben des Beschwerdeführers enthalten sind, geht das Gegenteil hervor. Als Beispiel kann auf die vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift selber erwähnte Strafanzeige vom Mai 2003 gegen verschiedene Ärzte des Kinderspitals und gegen den Einzelrichter verwiesen werden, welche gemäss den Schilderungen in der Nichtanhandnahmeverfügung der Bezirksanwaltschaft I für den ganzen Kanton Zürich (ER act. 163) sehr wohl als übertriebene Reaktion auf die damaligen Ereignisse angesehen werden kann. Die Begründung des Beschwerdeführers, wenn er eine Frau gewesen wäre, hätte der erstinstanzliche Richter viel früher reagiert und eine Verfügung getroffen, erscheint gänzlich ohne Grundlage in den Akten und der Beschwerdeführer führt denn auch keine Aktenstellen auf. Diesbezüglich geht aus den erstinstanzlichen Akten vielmehr hervor, dass der Eheschutzrichter mit Verfügung vom 16. Oktober 2002 im Sinne vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Eheschutzverfahrens einstweilen den fünfjährigen Sohn K. unter die Obhut des Beschwerdeführers und die (noch nicht zweijährige) Tochter L. unter jene der Beschwerdegegnerin gestellt, eine Erziehungsbeistandschaft angeordnet und das Besuchsrecht der Parteien geregelt hatte, sowie bezüglich der Obhutzuteilung die Einholung eines Gutachtens in Aussicht stellte (ER act. 14). Nach einem (mündlichen) Zwischenbericht des Gutachters (ER act. 38) sowie einem solchen des Amtsvormundes und Beistandes der Kinder (ER act. 40) hat der Einzelrichter mit Verfügung vom 16. Dezember 2002 die Obhut über beide Kinder der Beschwerdegegnerin zugeteilt, unter Regelung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers (ER act. 41). Nachdem der Beschwerdeführer wegen (telefonischen) Berichtens verwarnt und ihm Ordnungsbusse angedroht worden war (ER act. 114) wurde zudem – auf An-

trag des Amtsvormundes der Kinder vom 17. Januar 2003 (ER act. 68 = ER act. 72) mit Verfügung vom 10. Februar 2003 dem Beschwerdeführer in Abänderung der Regelung vom 16. Dezember 2002 nur noch ein begleitetes Besuchsrecht zugestanden (ER act. 116). All diese Anordnungen wurden nach dem jeweiligen Stand des Verfahrens und den jeweils vorliegenden Anträgen der Parteien und Berichte der Behörden für die Dauer des Eheschutzverfahrens getroffen und können heute mit dem Endentscheid, in welchem – wie bereits oben ausgeführt wurde – die Obhut über die Kinder gemäss dem (letztlich gleichlautenden) Antrag der Parteien dem Beschwerdeführer zugeteilt wurde, nicht mehr angefochten werden; der Beschwerdeführer erscheint diesbezüglich nicht beschwert. Eine Verletzung der Oficialmaxime kann der Beschwerdeführer damit jedenfalls nicht darlegen.

Der Beschwerdeführer führt aus, die Vorinstanz stütze sich auf das Gutachten T. ab, obwohl aus den Vorakten klar hervorgehe, dass dieses Gutachten keinerlei Berücksichtigung finden könne und der Kinderrechtsbeistand die notwendigen Abklärungen habe treffen müssen (KG act. 1, S. 7). Dazu verweist der Beschwerdeführer nur auf ein Schreiben des Eheschutzrichters an Rechtsanwalt P.Q. [Kinderbeistand] vom 19. Januar 2004. Der Beschwerdeführer führt mit keinem Wort aus, weshalb das "Gutachten T." keine Beachten finden könne, aus welchen Vorakten dies hervorgehe und wo die Vorinstanz sich darauf bezogen hat. Die Nichtigkeitsgründe sind in der Beschwerdeschrift selbst darzulegen; der Verweis auf frühere Vorbringen oder auf irgendwelche Aktenstücke, von welchen nicht einmal klar ist, ob und wo sich diese bei den vorinstanzlichen Akten befinden, genügt zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht. Auf diese Rüge kann daher grundsätzlich nicht eingetreten werden. Was sodann der Hinweis, der Gutachter sei "von der Bildfläche verschwunden" und wirke beim KJPD U. nicht mehr mit, bedeuten soll, geht aus der Beschwerde nicht hervor. Auch darauf ist nicht weiter einzugehen.

4.4 Schliesslich führt der Beschwerdeführer weiter aus, im Beschluss der Vorinstanz seien auch spätere Eingaben des Beschwerdeführers vom Dezember 2004 berücksichtigt und verwertet worden, ohne dass diesbezüglich die Be-

schwerdegegnerin oder wenigstens der Kinderrechtsbeistand informiert oder zur Stellungnahme aufgefordert worden seien, obwohl es durchaus um Kinderbelange gegangen sei. Die Erklärung der Vorinstanz, wonach diese Tatsachen (dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Schwester zusammen wohne und ein Zusatzeinkommen beim Beschwerdeführer verdiene) zu wenig belegt seien, könne nicht akzeptiert werden, nachdem diese Aussagen nicht bei den am Prozess Beteiligten verifiziert worden seien (KG act. 1, Ziff. III.2, S. 7 unten).

Auch diesbezüglich führt der Beschwerdeführer nicht aus, in welchen Erwägungen die Vorinstanz allenfalls auf seine Vorbringen vom Dezember 2004 (welche genau?) eingegangen wäre und diese als zu wenig belegt angesehen hat. Die von ihm vorgebrachten angeblichen neuen Tatsachen (Beschwerdegegnerin wohne bei der Schwester und verdiene beim Beschwerdeführer ein Zusatzeinkommen) scheinen sich sodann allenfalls auf den Notbedarf und das Einkommen der Beschwerdegegnerin und damit auf den allfälligen vom Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin zu bezahlenden Unterhaltsbeitrag für die Beschwerdegegnerin persönlich zu beziehen und auszuwirken. Diesbezüglich herrscht sodann die Verhandlungs- und Dispositionsmaxime, nicht jedoch die Oficialmaxime, weshalb es nicht Sache der Vorinstanz war, weitere Abklärungen zu treffen. Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Beanstandung allenfalls eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör der Beschwerdegegnerin geltend machen will, indem diese zu seinen (offenbar neuen) Vorbringen nicht angehört worden sei, kann auf die Rüge ohnehin nicht eingetreten werden, da dadurch allenfalls die Beschwerdegegnerin selbst beschwert wäre. Der Beschwerdeführer ist nicht befugt, mittels Nichtigkeitsbeschwerde die Verfahrensrechte der Gegenpartei zu wahren. Auch auf diese Beanstandungen ist daher gesamthaft nicht einzutreten.

5.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz gehe von aktenwidrigen Annahmen aus, indem sie (KG act. 2, Erw. II.3, S. 5) festhalte, dass der Beschwerdeführer bezüglich persönlichem Unterhaltsbeitrag an die Beschwerdegegnerin eine Teilkonvention abgeschlossen habe. Aus dem erstinstanzlichen Protokoll gehe vielmehr hervor, dass der Beschwerdeführer mit der vorgeschla-

genen Konvention bis auf zwei Punkte einverstanden gewesen sei und insbesondere ausgeführt habe, er könne seiner Frau unmöglich noch Unterhaltsbeiträge zahlen und er sei auch mit der Beistandschaft nicht einverstanden. Zudem sei die von den Parteien am 2. März 2003 zum Wohle und Schutz der Kinder abgeschlossene Konvention (KG act. 5/21) völlig ignoriert worden (KG act. 1, B.1, S. 8).

5.2 Die Rüge des Beschwerdeführers geht fehl. Anlässlich der Verhandlung vor dem Einzelrichter wurde im Protokoll nach dem Vorschlag einer umfassenden Konvention bezüglich Eheschutzverfahren (ER Prot. S. 66 f.) ausdrücklich festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin nicht einverstanden sei mit der Anordnungen einer Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 307 ZGB und dass der Beschwerdeführer seinerseits nicht einverstanden sei mit den Unterhaltsbeiträgen für die Beschwerdegegnerin persönlich und mit der Beistandschaft. Anschließend wurden die Parteien ausdrücklich gefragt, ob sie *im Übrigen* [Hervorhebungen durch das Kassationsgericht] mit der Konvention ausdrücklich einverstanden seien, was diese *bejahten* (ER Prot. S. 69). Die Vorbehalte des Beschwerdeführers bezüglich der vollumfänglichen Konvention wurden demnach berücksichtigt und die Vorinstanzen gingen denn auch entsprechend nur vom Abschluss einer Teilkonvention aus (welche die Unterhaltsbeiträge an die Beschwerdegegnerin persönlich und die Beistandschaft über die Kinder ausnahm). An der vom Beschwerdeführer beanstandeten Stelle des vorinstanzlichen Entscheides wurde entsprechend nicht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer habe eine Konvention bezüglich der Unterhaltsbeiträge an die Beschwerdegegnerin persönlich abgeschlossen. Vielmehr erwog die Vorinstanz, es sei zu prüfen, ob und in welchem Umfang der Beschwerdeführer einen persönlichen Unterhalt an die Beschwerdegegnerin zu bezahlen habe. Es sei vorweg anzumerken, dass die Parteien vor erster Instanz im Rahmen einer Teilkonvention übereingekommen seien, es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin trotz grundsätzlich bestehender Leistungspflicht derzeit mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage sei, Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen (unter Hinweis auf ER Prot. S. 67 und 69). Bezüglich dieser Disp.-Ziff. 7a des Konventionsvorschlages (ER Prot. S. 67) machte der Beschwerdeführer nachfolgend offenbar keine Vorbehalte und stimmte dieser

sodann zu (ER Prot. S. 68 f.). Eine aktenwidrige Annahme der Vorinstanz liegt demnach nicht vor.

Bezüglich der vom Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren eingereichten Konvention der Parteien vom 2. März 2003 (KG act. 5/21) führt er nicht aus, dass und wo diese Vereinbarung allenfalls Eingang in die vorinstanzlichen Akten gefunden hätte, weshalb auch nicht klar wird, wie die Vorinstanzen diese Vereinbarung hätten berücksichtigen können und müssen. Auf dieses Vorbringen ist nicht weiter einzugehen.

6.1 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid ausgeführt, er könne einzelne erstinstanzliche Erwägungen (wonach der Beschwerdeführer "psychisch auffällig" und "unverhältnismässig vorgegangen" sei) nicht anfechten, da dies nur in den Erwägungen, nicht im Dispositiv festgehalten worden sei. Gleichwohl stelle die Vorinstanz in ihren Erwägungen sinngemäss auf diese völlig falsche Argumentation ab (KG act. 2, Ziff. 2, S. 15), um daran festzuhalten, dass immer noch ein Beistand für die Kinder notwendig sei. Es scheine nicht nur, dass derart falsche Behauptungen gar nie aufgetreten seien, sondern der Beschwerdeführer habe sich von Anfang an nur bestens um die beiden Kinder gekümmert. Die Tatsache, dass die Ausübung des Besuchsrechts seit bald zwei Jahren nie zu irgendwelchen Problemen geführt habe, und überhaupt die Entwicklung seit der Einleitung des Eheschutzverfahrens werde überhaupt nicht berücksichtigt, sondern die Behörde beziehe sich immer noch auf die Zustände im Jahr 2002; die Wahrscheinlichkeit inskünftiger familiärer Krisen sei damit völlig unbegründet und widerspreche den Tatsachen. Damit habe die Vorinstanz aktenwidrig entschieden und zudem die Garantie von Art. 6 EMRK auf ein faires Gerichtsverfahren verletzt (KG act. 1, Ziff. B.2, S. 8 f.).

6.2 Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beanstandung sinngemäss willkürliche tatsächliche Annahmen durch die Vorinstanz und sinngemäss auch eine Verletzung von materiellem Recht, nämlich der Bestimmungen über die Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB, geltend.

6.3 Die Vorinstanz ging bezüglich Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft davon aus, es sei festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer sowohl von der Beschwerdegegnerin wie auch vom Prozessbeistand der Kinder gute Erziehungs- und Betreuungsfähigkeiten attestiert würden, welche Einschätzung sich bis zum Entscheid der Vorinstanz nicht verändert habe; gleichwohl sei offenkundig, dass der Beschwerdeführer in der Vergangenheit zu unzähligen, aussergewöhnlich heftigen Reaktionen geneigt habe, wenn er aus seiner Sicht das Kindeswohl als gefährdet erachtet habe. Zwar schienen derartige Vorfälle seit der Zuteilung der Obhut über die Kinder an den Beschwerdeführer nicht mehr aufgetreten zu sein, was allerdings nichts daran ändere, dass allein die Intensität der zwischen den Parteien in der Vergangenheit aufgetretenen Spannungen äusserst skeptisch stimme, ob die Ausübung des Besuchsrechts inskünftig ohne Probleme verlaufen werde. Nach einem Hinweis auf das familienpsychologische Gutachten vom 18. Dezember 2003, welches angesichts der früheren dramatischen Situationen bei der Übergabe und im Umgang mit der Trennung von der grossen Wahrscheinlichkeit ausgehe, dass es in Zukunft wieder zu erheblichen familiären Krisen kommen könne und eine Beistandschaft die Kinder in einer Krisensituation unterstützen könne, verwies die Vorinstanz auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Richters, welcher in seine Überlegungen zu Recht einbezogen habe, dass sich die psychische Verfassung der Beschwerdegegnerin alles andere als gefestigt präsentiere, was auch aus heutiger Sicht nicht zu bemängeln sei, nachdem sie sich seit dem 7. Juli 2004 wieder in stationärer Behandlung in einer psychiatrischen Klinik befinde. Zudem habe auch der Prozessbeistand der Kinder eine Beistandschaft für erforderlich befunden und im Rekursverfahren an dieser Einschätzung festgehalten. Die erstinstanzliche Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB erscheine somit gerechtfertigt und adäquat (KG act. 2, S. 15 f.).

6.4 Wie bereits oben (Erw. 4.3) ausgeführt wurde, erscheint die Annahme, der Beschwerdeführer habe in der Vergangenheit zu unzähligen, aussergewöhnlich heftigen Reaktionen geneigt, wenn er aus seiner Sicht das Kindeswohl für gefährdet erachtet habe, auf Grund der Akten nicht als willkürlich. Woraus der Beschwerdeführer ableiten will, dass – wie rückwirkend gezeigt werden könne –

derartige Vorfälle gar nie passiert seien (KG act. 1, S. 9), geht aus seiner Beschwerdeschrift nicht hervor. Aus der von ihm behaupteten Tatsache, dass die Ausübung des Besuchsrechts seit fast zwei Jahren ohne Probleme durchgeführt worden sei, kann der Beschwerdeführer sodann kaum etwas zu seinen Gunsten ableiten, da in dieser Zeit eben bereits – gemäss Verfügung des Einzelrichters vom 16. Oktober 2002 (ER act. 14) – eine Erziehungsbeistandschaft bestanden hatte. Sodann hat die Vorinstanz nicht allein auf Grund allfälliger früherer Vorkommnisse, sondern insbesondere auch in Berücksichtigung der instabilen Lebenslage der Beschwerdegegnerin die Situation insgesamt als noch nicht hinreichend gefestigt eingeschätzt und die Ansicht des erstinstanzlichen Richters geteilt, wonach es im Interesse der Kinder erforderlich sei, dass eine Drittperson zur Verfügung stehe, welcher die Kompetenz zukomme zu beraten, Streit zu schlichten und sich über die Wahrung des Kindeswohls Gewissheit zu verschaffen. Diese Einschätzung erscheint insgesamt weder willkürlich noch verletzt die Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB unter den berücksichtigten Umständen klares materielles Recht. Eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Anspruch darauf, dass über einen zivilrechtlichen Anspruch von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist verhandelt werde und das Urteil öffentlich verkündet wird) wird nicht weiter dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Ein Nichtigkeitsgrund wurde nicht nachgewiesen.

7.1 Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, die Vorinstanz habe ihm zwar – entgegen dem erstinstanzlichen Richter – als Invaliden mit zwei kleinen Kindern grundsätzlich einen Anspruch auf ein Fahrzeug zugebilligt, habe ihm jedoch völlig unrealistisch und willkürlich nur einen Betrag von Fr. 100.-- im Monat angerechnet, obwohl bereits die Versicherungen und Verkehrssteuern ein mehrfaches dieses Betrages betragen würden. Die effektiven Kosten hätten von der Vorinstanz – selbst wenn diese sich bloss auf allgemein zugängliche Erfahrungszahlen gestützt hätte – auf "mindestens Fr. 4'800.-- im Jahr (Fr. 350.-- im Monat)" veranschlagt werden müssen. Dies zeigten auch die konkreten Zahlen für das Fahrzeug des Beschwerdeführers (unter Hinweis auf neu eingereichte Rechnun-

gen der Motorfahrzeugversicherung und der Verkehrssteuern) (KG act. 1, B.3.1, S. 10).

7.2 Die Vorinstanz führte bezüglich Fahrzeugkosten aus, die Ansicht des erstinstanzlichen Richters, wonach mangels Erwerbstätigkeit des Beschwerdeführers und damit mangels Kompetenzqualität des Autos die fixen und variablen Fahrzeugkosten ausser Betracht bleiben müssten, erweise sich vorliegend als zu streng. Da das jüngere Kind erst dreijährig sei, erscheine es unbillig und dem Kindeswohl abträglich, den Beschwerdeführer für den erforderlichen Transport zur Spielgruppe auf die öffentlichen Verkehrsmittel zu verweisen. Da der Beschwerdeführer aber die behaupteten Kosten nicht näher substantiiert oder belegt habe und mit Ausnahme von einzelnen Fahrten die Notwendigkeit der Fahrzeugbenützung nicht ersichtlich und nicht dargelegt sei, erscheine die Anrechnung von monatlich Fr. 100.-- als gerechtfertigt (KG act. 2, S. 10 f.).

7.3 Wie sich der Beschwerdeführer offenbar selbst bewusst ist, kann er im Beschwerdeverfahren keine neuen Belege für vor Vorinstanz vorzubringende und glaubhaft zu machenden Tatsachen einreichen. Die Belege über die Motorfahrzeugversicherung sowie die Verkehrssteuerrechnung des Verkehrsamtes U. (KG act. 5/22 und 5/23) können damit nicht dazu dienen, um einen allfälligen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Zu prüfen ist einzig, ob der Entscheid der Vorinstanz auf Grund des dieser vorliegenden Aktenstandes als willkürlich erscheint. Diesbezüglich macht der Beschwerdeführer nicht geltend, dass und wo er bereits vor Vorinstanz seine Aufwendungen für das von ihm benutzte Auto substantiiert dargelegt und allenfalls belegt hätte. Allerdings führt er aus, die Vorinstanz hätte auch bei der Berücksichtigung bloss eines Erfahrungswertes mindestens einen solchen von Fr. 350.-- im Monat annehmen müssen und Fr. 100.-- sei willkürlich tief, da mit diesem Betrag nicht einmal die Fixkosten gedeckt würden. Diesbezüglich ist vorerst auf die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 23. Mai 2001 zu verweisen, auf welche als Leitlinien auch in eherechtlichen Verfahren abgestellt werden kann. Darin wird in Ziff. 3.4 lit. e ausgeführt, für ein Automobil seien – je nach Grösse des Fahrzeuges und der Entfernung (vom Arbeitsort) – die festen und veränderlichen Kosten von Fr. 100.-- bis

Fr. 600.-- pro Monat zu berechnen. Mit dem angerechneten Betrag von Fr. 100.-- pro Monat blieb die Vorinstanz zwar am untersten Ende der Bandbreite, begründete dies jedoch damit, dass der Beschwerdeführer die behaupteten Kosten weder näher substantiiert noch belegt habe und mit Ausnahme von einzelnen Fahrten die Notwendigkeit der Fahrzeugbenützung weder ersichtlich noch dargelegt sei. Der Beschwerdeführer führt in seiner Nichtigkeitsbeschwerde zwar aus, bei den Erfahrungszahlen, auf welche der Vorderrichter Zugriff habe, sei nirgends aufgeführt, dass ein Fahrzeug, mit welchem derart viele Fahrten insbesondere für die Kinder vorgenommen werden müssten, nur mit Fr. 100.-- im Monat ins Gewicht falle. Allerdings macht der Beschwerdeführer nicht näher geltend, welche zahlreichen (notwendigen) Fahrten dies wären und dass er dies bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte. Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt zudem 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). So erscheint auch vorliegend die Anrechnung von nur Fr. 100.-- im Monat für die Fahrzeugkosten durch die Vorinstanz nicht als geradezu willkürlich, sondern noch in deren Ermessen liegend. Einen Nichtigkeitsgrund kann der Beschwerdeführer nicht nachweisen.

8.1 Bezüglich der vom Beschwerdeführer behaupteten Kosten von Fr. 420.-- im Monat für die Nutzung des Segelbootes auf dem Zürichsee führte die Vorinstanz zunächst aus, der Beschwerdeführer habe die Aufwendungen mittels dem eingereichten Schiffsausweis und der eigenhändigen Kostenzusammenstellung nicht rechtsgenügend dargelegt. Zudem bestünde ungeachtet dessen ohnehin keine Veranlassung, diese eher luxuriösen Freizeitkosten im Bedarf des Beschwerdeführers zu veranschlagen, welcher sich – bei insgesamt unzureichenden finanziellen Mitteln – auf die grundlegenden Bedürfnisse zu beschränken habe. Auch sei die Begründung, es handle sich beim Segelboot um die Sport- und Ferienbeschäftigung der Kinder, angesichts des Alters von drei und sieben Jahren wenig überzeugend (KG act. 2, S. 12 f.).

8.2 Der Beschwerdeführer macht in seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, es handle sich nicht um ein Segelsportboot, sondern um ein älteres Familienboot. Da der Beschwerdeführer zufolge seiner lädierten Gesundheit andere Sportarten wie Skifahren, Fussballspielen etc. nicht mehr ausüben könne, seien ihm und der Familie wenigstens das alte Schiff zu belassen. Durch den eingereichten Bootsausweis und die Kostenzusammenstellung seien die Kosten glaubhaft gemacht worden; im übrigen gebe es auch hier Erfahrungswerte, auf welche ein Richter zurückgreifen könnte. Das Boot werde im weitesten Sinn zur Kinderbetreuung genutzt und deswegen gelte in diesem Bereich die Oficialmaxime und es könnten auch neue Beweismittel eingereicht werden. Zudem hätte die Sache "Segelboot" deshalb auch von Amtes wegen näher abgeklärt werden müssen. Das Boot sei für die Kinder – nachdem diese nachgewiesenermassen traumatisiert worden seien – eine Art Therapie und zudem Freizeitgestaltung und deshalb im Existenzminimum des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Dem Beschwerdeführer seien zumindest die Kosten für die Bootsplatzmiete (gemäss eingereicherter Rechnung vom 3.1.2005) und die Schiffsversicherung (gemäss Haftpflichtrechnung V. Versicherung vom 13.11.2004 und Schiffsversicherungsrechnung W. vom 8.11.2004) zuzugestehen (KG act. 1, B.3.2, S.11 f.).

8.3 Die Vorinstanz hat die Berücksichtigung der Bootskosten mit zwei voneinander unabhängigen Begründungen verweigert. Einerseits ging sie davon aus, angesichts der insgesamt unzureichenden finanziellen Mittel bestehe keine Veranlassung, diese wohl eher luxuriösen Freizeitkosten in den Bedarf des Beschwerdeführers aufzunehmen, da sich der Bedarf vorerst auf die grundlegenden Bedürfnisse zu beschränken habe (KG act. 2, S. 12). Diese Begründung ist nicht zu beanstanden. Wie sich aus den Berechnungen der Vorinstanzen ergibt, steht dem Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 8'094.-- im Monat (Einkommen Beschwerdeführer Fr. 5'844.--; Einkommen der Beschwerdegegnerin Fr. 2'250.--) ein Gesamtbedarf von Fr. 8'582.-- im Monat (Bedarf Beschwerdeführer und Kinder Fr. 5'112.-- [ohne Bootskosten]; Bedarf Beschwerdegegnerin Fr. 3'470.--) gegenüber und es besteht somit ein Manko von fast Fr. 500.-- im Monat. Bei diesen knappen finanziellen Verhältnissen erscheint die Verweigerung der Berücksichtigung von Bootskosten für die Freizeitgestaltung als gerechtfertigt. Daran ändert

auch nichts, soweit der Beschwerdeführer geltend macht, das Segelboot sei für die (gemäss seiner Behauptung) nachgewiesenermassen traumatisierten Kinder eine Art Therapie. Weder geht aus dem Vorbringen hervor, dass und wo dieses bereits vor Vorinstanz geltend gemacht worden wäre, noch ergibt sich solches zwingend aus den Akten. Ein Nichtigkeitsgrund kann diesbezüglich nicht nachgewiesen werden.

Damit erübrigt es sich, weiter auf die Beanstandungen bezüglich der zweiten Begründung der Vorinstanz einzugehen, wonach der Beschwerdeführer die Aufwendungen für das Segelboot nicht rechtsgenügend darzulegen vermocht habe. Offen bleiben kann demnach auch, ob vorliegend allenfalls in Anwendung der Offizialmaxime das Gericht weitere Abklärungen zu treffen gehabt hätte. Diesbezüglich kann auch nochmals auf den Grundsatz hingewiesen werden, wonach die Offizialmaxime nichts daran ändert, dass die Parteien gleichwohl die Pflicht haben, den wesentlichen Sachverhalt substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass im Beschwerdeverfahren keine Noven zulässig sind, und zwar auch nicht gemäss § 115 (vgl. dessen Ziff. 4 bezüglich Offizialmaxime) ZPO (von Rechenberg, a.a.O., S. 17 f.), weshalb auf die neu eingereichten Belege bezüglich Bootsplatz und Bootsversicherung ohnehin nicht weiter eingegangen und abgestellt werden kann.

9.1 Die Vorinstanz ging bezüglich Wohnnebenkosten des Beschwerdeführers davon aus, grundsätzlich seien im Bedarf derjenigen Partei, die eine Liegenschaft bewohne, notwendige Unterhaltskosten zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer habe nun weder vor erster Instanz noch im Rekursverfahren die von ihm behaupteten Aufwendungen näher dargelegt. Auch wenn die Nebenkosten für ein Haus grundsätzlich höher einzuschätzen seien als für eine Wohnung, wirkten Nebenkosten von Fr. 500.-- monatlich bei einem Hypothekarzins von Fr. 1'750.-- auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich um ein älteres Haus handle, als übersetzt. Vielmehr erscheine ein Betrag von Fr. 250.-- monatlich als den Verhältnissen angemessen (KG act. 2, S. 13 f.).

9.2 Der Beschwerdeführer beanstandet diese Ausführungen als willkürlich. Er führt aus, die ihm vom erstinstanzlichen Richter zugebilligten Fr. 500.-- [monat-

liche Nebenkosten] seien keineswegs überrissen, was sich durch Auskünfte beispielsweise beim Hauseigentümergeverband oder bei der U.er Kantonalbank einfach hätte überprüfen lassen. So werde dort als Regel ein Betrag von 0,7 bis 1% des Kaufpreises für den Unterhalt und Nebenkosten berechnet, was bei der vom Beschwerdeführer im Jahr 1995 für Fr. 765'000.-- gekauften Liegenschaft bei Annahme eines Mittelwertes von 0,85% einen Betrag von jährlich Fr. 6'502.--, d.h. monatlich Fr. 542.-- ergebe. Bei einer steuerrechtlichen Betrachtungsweise (Pauschalabzug für Liegenschaften gemäss Steuerveranlagung 2001: Fr. 3'455.--; obligatorische Gebäudeversicherung: Fr. 783.--; Brennstoff Heizöl ca. 3'500 l/Jahr à Fr. 52.--/100 kg: Fr.1'820.--; Kaminfeger/Ölbrennerservice: Fr. 230.--; Wasserzinsen/Grundsteuer etc.: Fr. 420.-- = total jährlicher Unterhalt Fr. 6'708.--) falle ein monatlicher Aufwand für Unterhalt und Nebenkosten von Fr. 559.-- an. Zudem sei vorliegend nicht berücksichtigt worden, dass der Beschwerdeführer Fr. 300'000.-- Eigenkapital in die Liegenschaft investiert habe, dessen Verzinsung bei der Berechnung des Gerichts nicht berücksichtigt werde (KG act. 1, B.3.3, S. 12 f.).

9.3 Vorerst ist anzumerken, dass die fehlende Berücksichtigung der Verzinsung von im Eigenheim investiertem Eigenkapital nicht zu beanstanden ist. Wäre dem Beschwerdeführer unter dem Titel "Unterhalt" bzw. "Kosten für das Eigenheim" eine solche Verzinsung im Bedarf anzurechnen, wäre diese Verzinsung auf der anderen Seite auch bei seinem Einkommen zu berücksichtigen, weshalb dieser Posten ohne weiteres weggelassen werden kann.

Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, können im Beschwerdeverfahren keine neuen Behauptungen, Bestreitungen oder Beweismittel vorgebracht werden, welche lediglich der Vervollständigung des vor Vorinstanz geltend zu machenden Prozessstoffes bezwecken. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass und wo er vor Vorinstanz(en) die von ihm im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Berechnungen und Behauptungen zu den Hausnebenkosten bereits vorgebracht hätte. Auf diese neuen Vorbringen ist nicht weiter einzugehen und der Beschwerdeführer kann damit keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Zudem ist nochmals darauf hinzuweisen, dass Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) nur vorliegt, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen un-

befangen 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. oben Erw. 7.3). Hat die Vorinstanz wie vorliegend mangels konkreter Vorbringen des Beschwerdeführers den Aufwand für die Hausnebenkosten zu schätzen und nach Ermessen zu entscheiden, liegt ein Nichtigkeitsgrund nur vor, wenn die Vorinstanz ihr Ermessen missbraucht oder überschritten hat, was vom Beschwerdeführer darzulegen wäre. Ein Nichtigkeitsgrund kann vom Beschwerdeführer vorliegend nicht nachgewiesen werden.

10.1 Der Beschwerdeführer beanstandet im Weiteren, die Vorinstanz gehe zwar von der grundsätzlichen Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen aus, lege diese jedoch systemwidrig nicht fest. Diese Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder seien – auch wenn die Beschwerdegegnerin heute nicht in der Lage sei, diese zu bezahlen – festzulegen, damit es dem Beschwerdeführer möglich sei, die verfügbaren Alimente allenfalls bevorschussen zu lassen. Die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz seien willkürlich (KG act. 1, B.3.4, S. 14).

10.2 Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beanstandung keine willkürliche tatsächlichen Annahmen geltend, sondern vielmehr allenfalls die Verletzung von klarem materiellem Recht. Da es Sache der Kassationsinstanz ist, zu prüfen, unter welchen Kassationsgrund der geltend gemachte Tatbestand fällt, schadet die falsche Bezeichnung des Kassationsgrundes dem Beschwerdeführer nicht. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Vorinstanz mit ihrer Erwägung, wonach die Beschwerdegegnerin ihren Lebensbedarf von Fr. 3'470.-- im Monat mit ihren eigenen Einkünften von Fr. 2'250.-- nicht zu decken vermöge und deshalb derzeit ausser Stande sei, einen Beitrag an den Unterhalt der unter der Obhut des Beschwerdeführers lebenden Kinder zu leisten (KG act. 2, S. 9), allenfalls klares materielles Recht verletzt und einen Nichtigkeitsgrund gesetzt habe.

10.3 Gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB hat der Eheschutzrichter bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes für die unmündigen Kinder der Parteien die nötigen Massnahmen nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnis-

ses (Art. 270 ff. ZGB) zu treffen. Massgebend für die Festlegung von Kinderunterhaltsbeiträgen ist dabei Art. 285 ZGB, wonach der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen solle. Dabei ist zu beachten, dass die Unterhaltspflicht als solche von der Leistungsfähigkeit unabhängig ist. Dagegen setzt der in der konkreten Situation geschuldete Unterhaltsbeitrag die Leistungsfähigkeit des verpflichteten Elternteils voraus. Fehlt beim unterhaltspflichtigen Elternteil ein Überschuss (seines Einkommens über den Bedarf), so kann kein, ist der Überschuss ungenügend, lediglich ein den Bedarf (des Kindes) nur teilweise deckender Unterhaltsbeitrag festgesetzt werden. Für das Fehlende hat in den Grenzen seiner Leistungsfähigkeit der andere Elternteil aufzukommen; sind auch unterstützungspflichtige Verwandte leistungsunfähig, so hat die Sozialhilfe die Kosten des notwendigen Unterhalts zu tragen (Hegnauer, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1997, N 48 und 64 zu Art. 276 und N 51, 62 ff. und N 73 zu Art. 285 ZGB). Die Vorinstanz hat somit ohne Verletzung von klarem materiellem Recht, sondern vielmehr in Anwendung desselben zwar die grundsätzliche Unterhaltspflicht der Beschwerdegegnerin bejaht, jedoch mangels deren Leistungsfähigkeit von der Festlegung eines von ihr zu bezahlenden Unterhaltsbeitrages für die Kinder der Parteien abgesehen. Daran ändert auch nichts dadurch, dass dem Beschwerdeführer damit die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Alimentenbevorschussung verwehrt bleibt. Sollten die finanziellen Verhältnisse der Parteien für die Deckung des Unterhalts der Kinder nicht ausreichen, wären sie auf die allgemeine Sozialhilfe zu verweisen.

11.1 Der Beschwerdeführer kritisiert weiter den der Beschwerdegegnerin von der Vorinstanz angerechneten Notbedarf von Fr. 3'470.-- monatlich als zu hoch, nachdem das "damals zuständige" Sozialamt der Stadt I. diesen Notbedarf auf Fr. 2'787.30 festgelegt habe. Die Vorinstanz hätte somit den Notbedarf der Beschwerdegegnerin nach unten korrigieren müssen. Weiter sei die Tatsache zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer monatlich Fr. 800.-- für die Haushalthilfe erhalte und sie zusätzlich von ihren Eltern Fr. 300.- - im Monat erhalte, nachdem sie mit ihrer Schwester zusammenlebe und ebenfalls vom Beschwerdeführer monatlich Fr. 400.-- für das Kinderhüten erhalte. Da-

mit erhalte die Beschwerdegegnerin monatlich Fr. 1'782.70 zu viel und es sei von einem Unterhaltsbeitrag an die Beschwerdegegnerin abzusehen (KG act. 1, B.3.5, S. 14 f.).

11.2 Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer einmal mehr nicht ausführt, welche konkrete Erwägung der Vorinstanz er mit seiner Beanstandung anfechten will, macht er auch bezüglich dem Bedarf der Beschwerdegegnerin offenbar neue Tatsachen geltend, welche im Beschwerdeverfahren nicht mehr zulässig sind. Jedenfalls gibt der Beschwerdeführer nicht an, dass und wo er vor Vorinstanz bereits geltend gemacht hätte, dass die Beschwerdegegnerin von ihm monatlich Fr. 800.-- für Haushalthilfe und von ihren Eltern Fr. 300.-- erhalte. Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers geht sodann nicht klar hervor, ob die Beschwerdegegnerin selbst oder deren Schwester vom Beschwerdeführer Fr. 400.-- fürs Kinderhüten erhalten soll; jedoch ist darauf nicht weiter einzugehen, da es sich offenbar ebenfalls um nicht zulässige Noven handelt. Demgemäss kann der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren für seine neu vorgebrachten Tatsachen auch keine Parteieinvernahme verlangen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass weder der Eheschutzrichter noch die Vorinstanz bei der Festlegung des Unterhaltsbeitrages in irgend einer Weise an die Notbedarfsberechnung eines Sozialamtes gebunden gewesen wäre. Vielmehr hat der Eheschutzrichter in Berücksichtigung der spezifischen eherechtlichen Bestimmungen (Art. 176 i.V.m. Art. 163 ZGB) den familienrechtlichen Grundbedarf zu bestimmen (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1999, N 25a zu Art. 176 ZGB) und die allfälligen Unterhaltsbeiträge für die Parteien und deren Kinder festzulegen. Soweit auf die Rüge überhaupt eingetreten werden kann, wurde ein Nichtigkeitsgrund nicht dargetan.

12.1 In einem weiteren Punkt macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht die Hälfte der "amtlichen und ausseramtlichen" Kosten auferlegt, obwohl er im Hauptpunkt – der Zuteilung der Obhut über die Kinder – letztlich gemäss seinem anfängliche Antrag obsiegt habe und er nichts dafür könne, wenn das Verfahren derart aufgeblasen worden sei. Die Mehrkosten seien damit der Beschwerdegegnerin aufzubürden, welche sich vehement gegen die

Obhutszuteilung gewehrt habe. Die Kosten hätten nach dem Obsiegen der Parteien verlegt zu werden und ihm könnten keine Kosten auferlegt werden, welche er nicht verursacht habe. Vorliegend könnten die unnötigen Kosten allenfalls auch dem Bezirksgericht Winterthur belastet werden (KG act. 1, B.3.6, S. 15).

12.2 Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28).

12.3 Wiederum geht aus den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht klar hervor, gegen welche Erwägung der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid sich seine Beanstandungen richten. Die Vorinstanz hat einerseits bezüglich der vom Beschwerdeführer im Rekursverfahren angefochtenen erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen erwogen, die Parteien seien diesbezüglich übereingekommen, die erstinstanzlichen Kosten je zur Hälfte zu übernehmen und gegenseitig auf Prozessentschädigung zu verzichten; die Zustimmung des Beschwerdeführers gehe aus dem erstinstanzlichen Protokoll (ER Prot. S. 68) hervor. Es fehle dem Beschwerdeführer daher an der erforderlichen Beschwer, zumal er nicht geltend mache, es liege eine zivilrechtliche Ungültigkeit der Vereinbarung vor; auf den Rekurs sei nicht einzutreten. Betreffend dem Antrag um vollumfängliche Auflage der Kosten des Prozessbeistandes der Kinder an die Beschwerdegegnerin wies die Vorinstanz den Rekurs ab mit der Begründung, dass die Prozessentschädigung an den Kinderbeistand praxisgemäss unabhängig vom Ausgang des Verfahrens von den Eltern ohne solidarische Haftung je zu Hälfte zu tragen seien. Andererseits auferlegte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Kosten für das Rekursverfahren vollumfänglich und verpflichtete ihn zur Bezahlung einer Prozessentschädigung an die Vertreterin der Beschwerdegegnerin für

das Rekursverfahren. Zudem wurden die Parteien verpflichtet, dem Prozessbeistand der Kinder ohne Solidarhaftung je eine Prozessentschädigung zu bezahlen (KG act. 2, S. 18 ff.).

12.4 Da sich der Beschwerdeführer nur dagegen wehrt, dass ihm "die Übernahme der hälftigen Kosten auf[ge]brummt" wurde, kann sich seine Beanstandung nur gegen das Nichteintreten auf den Rekurs bezüglich der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen, sowie die hälftige Kostenaufgabe bezüglich dem Prozessbeistand der Kinder der Parteien richten, nicht jedoch gegen die vollumfängliche Kostenaufgabe im Rekursverfahren.

Der Beschwerdeführer setzt sich mit den (oben wiedergegebenen) Begründungen der Vorinstanz bezüglich Nichteintreten auf den Rekurs hinsichtlich erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen und der Abweisung des Rekurses hinsichtlich der hälftigen Aufgabe der Entschädigung für den Prozessbeistand der Kinder – welche im Übrigen klarem materiellem Recht entsprechen (vgl. § 65 Abs. 2 ZPO und ZR 101 Nr. 87) – in keiner Weise auseinander, sondern hält diesen Begründungen einzig entgegen, nach seinem Dafürhalten seien die Kosten nach (seinem) Obsiegen zu verlegen, d.h. der Gegenpartei aufzuerlegen oder auf die Gerichtskasse zu nehmen. Damit kann er jedoch keinen Nichtigkeitsgrund in Bezug auf die nicht zu beanstandenden vorinstanzlichen Erwägungen nachweisen.

13.1 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, die Vorinstanz habe klares materielles Recht verletzt, indem sie das Manko nicht hälftig aufgeteilt habe, obwohl es vorliegend keinen Grund gebe, von dieser festgesetzten Regel abzuweichen. Zudem hätte die Bezirksanwältin, nachdem sie im laufenden Voruntersuchungsverfahren mit dem Bezirksrichter telefoniert hatte, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewähren müssen, bevor sie den Nichteintretensentscheid gefällt habe. Damit sei gegen die Individualrechte der Bundesverfassung und somit gegen klares materielles Recht verstoßen worden (KG act. 1, C.1 und C.2, S. 15 f.).

13.2 Auf die letztere Rüge ist im Beschwerdeverfahren nicht einzutreten. Das Verhalten einer Bezirksanwältin [heute: Staatsanwältin] in einem Voruntersuchungsverfahren kann nicht Gegenstand der Beurteilung im vorliegenden Eheschutzverfahren sein. Allfällige Beanstandungen wären gemäss den Bestimmungen der Strafprozessordnung in einem allenfalls gegen den "Nichteintretensentscheid" [gemeint wohl: Nichtanhandnahmeverfügung] der Bezirksanwaltschaft [heute: Staatsanwaltschaft] gerichteten Rechtsmittel vorzubringen.

13.3 Auch auf die Rüge der falschen Manko-Aufteilung kann vorliegend nicht eingetreten werden. Wie sich aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt, wurde das Manko vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufgebürdet und dem Beschwerdeführer wurde das von der Vorinstanz festgesetzte erweiterte Existenzminimum von Fr. 5'112.-- vollumfänglich belassen; nur der darüber hinausgehende Betrag von Fr. 730.-- (bei einem Einkommen von Fr. 5'844.--) wurde der Beschwerdegegnerin als Unterhaltsbeitrag zugesprochen (KG act. 2, Ziff. 8, S. 14). Damit ist der Beschwerdeführer durch die unterlassene hälftige Aufteilung des Mankos überhaupt nicht beschwert. Wäre dieses nämlich hälftig geteilt worden, wäre er zur Leistung eines höheren Unterhaltsbeitrages an die Beschwerdegegnerin verpflichtet worden (Bedarf Beschwerdegegnerin: Fr. 3'470.--, Bedarf Beschwerdeführer: Fr. 5'112.--, Gesamtbedarf: Fr. 8'582.--; Einkommen Beschwerdegegnerin: Fr. 2'250.--, Einkommen Beschwerdeführer: Fr. 5'844.--, Gesamteinkommen: Fr. 8'094.--; Manko: Fr. 488.--, $\frac{1}{2}$ davon entspricht Fr. 244.--; Unterhaltsbeitrag an die Beschwerdegegnerin: Bedarf Fr. 3'470.--, \therefore $\frac{1}{2}$ Manko Fr. 244.--, \therefore eigenes Einkommen Fr. 2'250.-- = Fr. 976.--).

Nur nebenbei sei hier noch bemerkt, dass die Vorinstanz durch ihr Vorgehen sicher kein klares materielles Recht verletzt hat, nachdem es bundesgerichtlicher Praxis entspricht, einen Fehlbetrag nicht aufzuteilen, sondern dem Unterhaltspflichtigen das ihm zufließende Einkommen bis zur Höhe des Existenzminimums zu belassen (vgl. BGE 121 I 370 ff.; Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 27 zu Art. 176 ZGB).

14. Zusammenfassend konnte somit der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen und die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Die Beschwerdegegnerin hat im Beschwerdeverfahren das Gesuch gestellt, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen (KG act. 13, S. 2). Nachdem ihr diese Rechtswohltat bereits vor erster Instanz gewährt wurde und diese im Rechtsmittelverfahren weitergilt, besteht kein Grund, neu über diesen Antrag zu entscheiden. Ein Grund zum Entzug der Bewilligung (§ 91 ZPO) ist nicht ersichtlich.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Entsprechend ist er auch zu verpflichten, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 ZPO). Sollte diese Entschädigung vom Beschwerdeführer nicht erhältlich sein, wird sie der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt; der Anspruch geht auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 2 und 3 ZPO).

Unabhängig vom Verfahrensausgang sind sodann die Parteien zu verpflichten, die Prozessentschädigung für den Kinderbeistand je zur Hälfte (ohne solidarische Haftung) zu tragen. Sollte diese Entschädigung von einem oder beiden Elternteilen nicht erhältlich sein, wird der Prozessbeistand für den ausstehenden Betrag aus der Gerichtskasse entschädigt, wobei der Anspruch auf die Gerichtskasse übergeht (§§ 68 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 89 Abs. 2 und 3 ZPO; ZR 101 Nr. 87).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 665.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin M. N., für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
Sollte diese Entschädigung vom Beschwerdeführer nicht erhältlich sein, wird sie der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt, wobei der Anspruch auf die Gerichtskasse übergeht.
5. A. B. (Beschwerdeführer) und G. H. B. (Beschwerdegegnerin 1) werden verpflichtet, dem Beistand ihrer Kinder, Rechtsanwalt P. Q. , für das Kassationsverfahren ohne Solidarhaftung je eine Prozessentschädigung von Fr. 215.-- (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
Im Falle der Uneinbringlichkeit wird dem Beistand die Prozessentschädigung aus der Gerichtskasse ausbezahlt, wobei der Anspruch auf die Gerichtskasse übergeht.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes O. (EE020182), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: