



---

Kass.-Nr. AA050023/U/cap

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

## **Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2005**

in Sachen

A.X.,

Kläger, Erstrekursgegner, Zweitrekurrent und Beschwerdeführer

gegen

B.X.,

Beklagte, Erstrekurrentin, Zweitrekursgegnerin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

sowie

1. C.X.,

Verfahrensbeteiligter und Beschwerdegegner

2. D.X.,

Verfahrensbeteiligter und Beschwerdegegner

Prozessbeistand: Rechtsanwalt

betreffend **Abänderung Eheschutzmassnahmen (Kinderunterhalt)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2005 (LP040119/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Parteien leben getrennt. Sie sind Eltern der drei Kinder E.X., C.X. und D.X. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2000 stellte der Eheschutzrichter des Bezirkes Winterthur die drei Kinder unter die Obhut der Beschwerdegegnerin. Es wurde vorgemerkt, dass sich die Parteien über das dem Beschwerdeführer zustehende Besuchsrecht untereinander und in Absprache mit den Kindern einigen. Für den Fall, dass eine Einigung nicht zustande komme, wurde dem Beschwerdeführer ein Wochenend- und Ferienbesuchsrecht zugesprochen. Ferner wurde der Beschwerdeführer zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet (ER act. 2/14).

2. Mit Eingaben vom 16. März 2001 (ER EE010063 act. 1) und vom 20. Februar 2002 (ER act. 1) stellten sowohl die Beschwerdegegnerin als auch der Beschwerdeführer beim Eheschutzrichter des Bezirkes Winterthur je ein Abänderungsbegehren insbesondere bezüglich Unterhaltsbeiträge. Das Begehren für den Kläger wurde von Rechtsanwalt Y. gestellt (ER act. 1). Anlässlich der eheschutzrichterlichen Verhandlung vom 12. September 2002 beantragte die Beschwerdegegnerin überdies eine erhebliche Einschränkung des Besuchsrechts des Beschwerdeführers (ER act. 40 und 41). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2002 bestellte die Eheschutzrichterin den Kindern einen Prozessbeistand resp. eine Prozessbeiständin (ER act. 49). An der am 27. März 2003 durchgeführten Fortsetzung der Hauptverhandlung im Eheschutzverfahren beantragte die Prozessbeiständin der Kinder, diese seien unter die alleinige elterliche Sorge und Obhut der Beschwerdegegnerin zu stellen, und dem Beschwerdeführer sei kein Besuchsrecht einzuräumen (ER act. 68 S. 2). Die Beschwerdegegnerin schloss sich diesem Antrag an (ER Prot. S. 39).

3. Mit Verfügung vom 14. Mai 2003 stellte die Eheschutzrichterin des Bezirkes Winterthur neben anderen Regelungen die drei Kinder der Parteien unter die alleinige elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin, sprach dem Beschwerdeführer kein Besuchsrecht zu und verbot ihm unter Androhung der Bestrafung nach

Art. 292 StGB jegliche persönliche und telefonische Kontaktnahme zu seinen Söhnen (ER act. 70 S. 28).

4. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer, vertreten durch RA Y., beim Obergericht des Kantons Zürich einen Rekurs ein. Damit beantragte er in erster Linie, die drei Kinder seien unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen und unter die alleinige Obhut der Beschwerdegegnerin zu stellen. Ihm sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen, und das Verbot der Kontaktnahme zu seinen Söhnen sei aufzuheben (OG LP030078 act. 2). Mit Beschluss vom 25. Juni 2003 bewilligte das Obergericht dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung und bestellte ihm antragsgemäss (OG LP030078 act. 5) RA Y. zum unentgeltlichen Rechtsvertreter (OG LP030078 act. 8). Mit Beschluss vom 9. Februar 2004 wies das Obergericht den Rekurs des Beschwerdeführers betreffend die Kinderbelange ab (OG LP030077 act. 21 S. 22). Dagegen führte der Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht. Mit Beschluss vom 21. August 2004 hob das Kassationsgericht in Gutheissung der Beschwerde den obergerichtlichen Beschluss auf und wies die Sache ans Obergericht zurück (OG LP040119 act. 2). Mit Schreiben vom 9. September 2004 teilte RA Y. dem Obergericht mit, dass das Mandatsverhältnis mit dem Beschwerdeführer erloschen sei (OG LP040119 act. 9).

5. Mit Beschluss vom 12. Januar 2005 entliess die Vorinstanz RA Y. als Vertreter des - mittlerweile durch einen anderen Anwalt vertretenen - Beschwerdeführers mit Wirkung per 9. September 2004. Sodann hiess die Vorinstanz den Rekurs des Beschwerdeführers insoweit gut, als sie vom dem Beschwerdeführer auferlegten Verbot der Kontaktaufnahme zu seinen Söhnen einen Brief bzw. ein E-Mail pro Monat ausnahm. Im übrigen wies sie den Rekurs bezüglich der Bereiche elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht ab und bestätigte diesbezüglich die eheschutzrichterliche Verfügung vom 14. Mai 2003. Ferner verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin, dem Beschwerdeführer eine auf 1/4 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- zu bezahlen, wovon Fr. 1'000.-- an RA Y. (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 30 - 32).

6. Gegen diesen obergerichtlichen Beschluss erhob der - nicht mehr anwaltlich vertretene - Beschwerdeführer rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1).

Damit beantragt er hauptsächlich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, soweit ihm damit ein Besuchsrecht verweigert wird und soweit RA Y. eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- zugesprochen wird (Beschwerde KG act. 1 S. 4, S. 1). Mit einer Eingabe vom 17. Februar 2005 äusserte sich der Beschwerdeführer zusätzlich (KG act. 9). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 12). Der Prozessbeistand von D. und C.X. verzichtete auf eine Beschwerdeantwort (KG act. 13). Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde und Nichteintreten auf die Eingabe vom 17. Februar 2005 (KG act. 14 S. 2).

## II.

Entsprechend dem Rubrum des angefochtenen vorinstanzlichen Beschlusses vom 12. Januar 2005 wurden alle drei Kinder der Parteien, sämtliche vertreten durch RA Z. als ihr Prozessbeistand, als Beschwerdegegner ins Rubrum dieses Verfahrens aufgenommen (vgl. KG act. 10). Der Prozessbeistand weist darauf hin, dass E.X. in der Zwischenzeit volljährig geworden ist. Die Prozessbeistandschaft beziehe sich nach Erachten des Prozessbeistandes nurmehr auf D. und C.X. (KG act. 13). Auch die Beschwerdegegnerin weist auf die Volljährigkeit von E.X. hin (Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 3).

Die Vorinstanz erwog, E.X. sei am ... volljährig geworden. Angesichts seiner Mündigkeit sei von jeglichen prozessualen Weiterungen ihn betreffend abzusehen. Entsprechend würden sowohl die elterliche Sorge als auch der persönliche Verkehr lediglich für die beiden jüngeren Söhne, C. und D.X., zu regeln sein; für E.X. erübrigten sich diesbezüglich jedwelche Anordnungen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10 Erw. IV.3). In der Folge hiess die Vorinstanz den Rekurs des Beschwerdeführers insoweit gut, als sie vom erstinstanzlichen Verbot der Kontaktaufnahme zu seinen Söhnen einen Brief bzw. ein E-Mail an C. und D.X. ausnahm. Im übrigen wies sie den Rekurs in den Bereichen elterliche Sorge und persönlicher Verkehr ab (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 30 f.). Den Beschluss bezog sie bezüglich diesen Bereichen gemäss ihrer Erwägung IV.3. aus-

schliesslich auf C. und D.X. Dies wurde vom Beschwerdeführer in seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht beanstandet. E.X. ist mithin von der Beschwerde nicht betroffen. Er ist nicht Beschwerdegegner und deshalb aus dem Rubrum zu streichen.

### III.

1. Der Beschwerdeführer ist überzeugt, dass seine Söhne in der Anhörung vor Vorinstanz nicht frei aussagen konnten. Die Vorinstanz habe Verfahrensvorschriften verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 1).

a) Der Beschwerdeführer ist vorab auf die Anforderungen an die Begründung und Substantiierung einer Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen:

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). In der Beschwerdebegründung 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.).

b) Auf die Rügen des Beschwerdeführer kann nur eingetreten werden, soweit er sie im Sinne dieser Anforderungen substantiiert. Dies gilt vorab für den Einwand, die Söhne hätten vor Vorinstanz nicht frei aussagen können. Auf diese Rüge - ist sie als solche zu verstehen - kann mangels Substantiierung nicht eingetreten werden. Aber auch auf den Vorwurf, die Vorinstanz habe Verfahrensvorschriften verletzt, kann nur eingetreten werden, soweit dieser Vorwurf im Folgenden näher begründet wird.

2. Der Beschwerdeführer beanstandet die Mitwirkung von Obergericht Dr. B. Suter am angefochtenen Beschluss. Dr. B. Suter habe bereits am Beschluss vom 9. Februar 2004 mitgewirkt. Dieser Beschluss sei durch das Kassationsgericht aufgehoben worden. Die erneute Mitwirkung von Dr. B. Suter am angefochtenen Beschluss sei deshalb unzulässig gewesen (KG act. 1 S. 1 f.).

a) Gemäss kantonaler Verfahrensordnung begründet die Rückweisung durch eine obere Instanz keinen Ausstandsgrund (GVG [Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich] §§ 95 f.).

b) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht auch nach der schweizerischen Bundesverfassung und der EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) in einem solchen Fall keine unzulässige Vorbefassung: Weist eine kantonale Kassationsinstanz bei Gutheissung einer Nichtigkeitsbeschwerde die Sache an die Vorinstanz zurück, stellt die Mitwirkung der am aufgehobenen Entscheid beteiligten Gerichtspersonen bei der Neubeurteilung der Sache für sich allein keinen Fall unzulässiger Vorbefassung dar. Somit gelten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Vorbehalt besonderer Umstände die an einem kassierten Urteil beteiligten Gerichtspersonen im neuen unterinstanzlichen Verfahren trotz ihrer früheren Mitwirkung nicht als befangen (BGE [=Bundesgerichtsentscheid] 116 Ia 28 mit Verweisung auf BGE 114 Ia 58 mit Hinweisen).

Diese Rüge des Beschwerdeführers geht fehl.

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe nach der kassationsgerichtlichen Rückweisung gar nicht neu geurteilt. Stattdessen habe sie lediglich ihren früheren Entscheid gerechtfertigt. Die ganze Korrespondenz an die Kinder zwischen Februar 2004 und Februar 2005 habe sie gar nicht beachtet. Dabei habe er in weniger als zehn von 30 Malen die Schulprobleme der Kinder angesprochen. Die Vorinstanz habe damit die kassationsgerichtliche Anordnung verletzt (KG act. 1 S. 2 Ziff. II).

a) Mit Beschluss vom 21. August 2004 stellte das Kassationsgericht fest, dass der Bericht der Prozessbeiständin der Kinder eine erneute Anhörung der Kinder nicht ersetzen konnte. Indem die Vorinstanz trotzdem die Kinder nicht erneut angehört habe, habe sie die Untersuchungsmaxime verletzt. Aus diesem Grund hob das Kassationsgericht den Beschluss vom 9. Februar 2004 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (KG AA040041 act. 14 S. 7 f.). Demnach hatte die Vorinstanz die Kinder erneut anzuhören. Das hat sie auch getan (OG LP040119 Prot. S. 3 - 8; angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 10 Ziff. 4, S. 11 - 16, S. 18 f., S. 23). Sie hat nicht etwa Anordnungen des Kassationsgerichts zuwidergehandelt, sondern ist im Gegenteil im Sinne der kassationsgerichtlichen Erwägungen vorgegangen. Diese Rüge geht fehl.

b) Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, auf welche Korrespondenz die Vorinstanz nicht eingegangen sei. Ebensowenig legt er dar, dass und wo er bereits vor Vorinstanz ausgeführt habe, dass er in weniger als 10 von 30 Briefen das Thema Schule angesprochen habe. Auf diese Behauptungen kann mangels genügender Substantiierung nicht eingetreten werden (vgl. vorstehend Ziff. 1.a).

Abgesehen davon ging die Vorinstanz entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers durchaus auch auf Korrespondenz seinerseits im Zeitraum Februar 2004 bis September 2004 ein, beachtete also diese durchaus, soweit sie eingereicht worden war (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 13 f., S. 18 f.).

4. Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, dass die Vormundschaftsbehörde E. die Prozessbeiständin der Kinder, Rechtsanwältin F., durch deren Büropartner Rechtsanwalt Z. ersetzt habe. Die Bestellung von RA Z. als Prozessbei-

stand der Kinder verletze Art. 6 EMRK (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Ziff. III). Der Beschwerdeführer begründet indes nicht, weshalb dies unzulässig sein soll. Dies ist auch nicht ersichtlich. Abgesehen davon wurde die Vormundschaftsbehörde E. vom Kassationsgericht allein deshalb ersucht, für die Kinder anstelle von RAin F. einen neuen Prozessbeistand zu bestellen, weil RAin F. ordentliches Mitglied des Kassationsgerichtes ist und deshalb im hängigen Verfahren vor Kassationsgericht die Kinder der Parteien nicht vertreten konnte (KG AA040041 act. 5 mit Hinweis auf § 3 Abs. 2 Ziff. 3 GVG). Einerseits betraf diese Unvereinbarkeit ausschliesslich das kassationsgerichtliche Verfahren und nicht das vorinstanzliche Verfahren. Andererseits betraf diese Unvereinbarkeit ausschliesslich RAin F. persönlich und nicht ihren Büropartner, der nicht Mitglied des Kassationsgerichtes ist. Die Rüge des Beschwerdeführers geht daran vorbei.

5. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Ziff. IV). Auch dazu ist er auf die Substantiierungsanforderungen hinzuweisen (vorstehend Ziff. 1.a). Auf diese Rüge kann nur eingetreten werden, soweit sie der Beschwerdeführer substantiiert. Dies möchte er mit zwei Beispielen:

a) Die Vorinstanz zitiere die Prozessbeiständin der Kinder, welche die Ereignisse des Wintersemesters 2002/2003 als Quelle der Entscheidung der Kinder beschreibe, den Vater nicht mehr sehen zu wollen. In dieser Periode habe er aber die Kinder nur am 14. September und am 22. Dezember 2002 gesehen. Im übrigen habe er zwei Monate im Spital in Frankreich verbracht, ungefähr 10 Briefe geschrieben und die Kinder 5 Mal angerufen, welche immer akzeptiert hätten, mit ihm zu sprechen. Dies habe die Vorinstanz nicht untersucht, sondern bloss die Argumente der abgesetzten Prozessbeiständin "tels quels" übernommen (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Ziff. IV).

Wie ausgeführt, ist das Beschwerdeverfahren keine blosser Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist ein ausserordentliches Rechtsmittel mit beschränkten Rügemöglichkeiten (Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme, Verletzung klaren materiellen Rechts; § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO). Dies im Unterschied zu einem ordentlichen Rechtsmittel wie einer Berufung (Appellation)

oder einem Rekurs. Mit einem ordentlichen Rechtsmittel können der Prozessstoff und Behauptungen frei (appellatorisch) vorgebracht werden (lediglich beschränkt durch ein allfälliges Novenverbot). Zum Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes genügen aber bloss appellatorische Behauptungen nicht. Die in diesem Beispiel des Beschwerdeführers vorgebrachten Behauptungen sind bloss appellatorisch. Darauf kann nicht eingetreten werden.

Abgesehen davon befasste sich die Vorinstanz eingehend mit den verschiedenen aus den Akten ersichtlichen, für die Beurteilung der Besuchsrechtsregelung relevanten tatsächlichen Umständen, sowohl mit dem Verhalten des Beschwerdeführers selber als auch mit den Aussagen der Söhne, berücksichtigte die Einwände des Beschwerdeführers gegen die Darstellungen der Prozessbeiständin der Kinder und stellte keineswegs ungeprüft bloss auf deren Aussagen ab (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 10 - 24). Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Auch deshalb kann auf diese Rüge nicht eingetreten werden.

b) In seinem zweiten Beispiel macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz stütze ihren Entscheid wesentlich auf seinen Brief vom 23. Mai 2003 an C.X. Dieses Schreiben sei indes eine Reaktion auf eine alarmierende Mitteilung von Lehrern über gravierende Schulprobleme seines Sohnes; die Folge von Umständen und nicht Ausdruck einer Fixierung auf die schulischen Leistungen (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Ziff. IV).

Auch dazu gilt das vorstehend Ausgeführte. Auf die appellatorische Ausführung des Beschwerdeführers kann nicht eingetreten werden.

6. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe sich auf Seite 20 des angefochtenen Urteils ausschliesslich auf von der ausgeschlossenen Prozessbeiständin produzierte Umstände gestützt (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Ziff. V). Abgesehen davon, dass auch diese Behauptung bloss appellatorisch und nicht genügend substantiiert ist, trifft sie offensichtlich nicht zu. An der beanstandeten Stelle stellte die Vorinstanz insbesondere auf das Verhalten des Beschwerdeführers selber ab (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 20).

7. Auch die Ausführung des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe eine eventuelle Beeinflussung der Kinder nicht abgeklärt (Beschwerde KG act. 1 S. 2 Ziff. VI), ist bloss appellatorisch. Auch darauf kann nicht eingetreten werden.

8. Der Beschwerdeführer reicht 3 Dokumente ein (KG act. 3/1 - 3/3). Er zeigt sich überzeugt davon, dass diese die eigentliche Grundlage des angefochtenen Beschlusses seien. Diese seien jedoch seinem früheren Anwalt nicht zur Kenntnis gebracht, sondern erst vor 10 Tagen durch seine neue Anwältin im Scheidungsverfahren entdeckt worden. Diese drei Dokumente, die den Beschwerdeführer belasteten (Beschwerde KG act. 1 S. 3), seien in allen vorinstanzlichen Verfahren nie erwähnt worden. So sei es dem Beschwerdeführer nicht möglich gewesen, dazu Stellung zu nehmen. Das verletze Art. 8 EMRK (Beschwerde KG act. 1 S. 2 f.). In der Folge nimmt der Beschwerdeführer in der Beschwerde Stellung zu diesen 3 Dokumenten (Beschwerde KG act. 1 S. 3). In der Eingabe vom 17. Februar 2005 bezieht sich der Beschwerdeführer weiter auf diese Thematik (KG act. 9).

a) Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf die Eingabe des Beschwerdeführers vom 17. Februar 2005 nicht einzutreten. Sie sei verspätet (Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 2). Der Beschwerdeführer macht indes geltend, diesen Nichtigkeitsgrund erst 10 Tage vor Einreichung der Beschwerde vom 11. Februar 2005 entdeckt zu haben. War das so und wäre diese Rüge begründet, lief ihm eine Frist von 30 Tagen zur diesbezüglichen Nichtigkeitsbeschwerde ab Entdeckung dieses Nichtigkeitsgrundes (§ 287 ZPO). Die Beschwerdefrist steht einem Eintreten auf die Eingabe vom 17. Februar 2005 nicht entgegen.

b) Bei den drei vom Beschwerdeführer eingereichten Dokumenten KG act. 3/1 - 3/3 handelt es sich um die in den einzelrichterlichen Akten vorhandenen Dokumente ER act. 60b/3 - 60b/5. Diese wurden von der Beschwerdegegnerin als Beilagen zu ihrer Eingabe vom 8. Januar 2003 im Zusammenhang mit der Einreichung von Unterlagen zum Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (ER act. 59) in Befolgung der Auflage gemäss der einzelrichterlichen Verfügung vom 25. November 2002 (ER act. 56) eingereicht. In der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 8. Januar 2003 werden diese Dokumente indes nicht erwähnt. Wie der Beschwerdeführer selber ausführt, werden sie auch in den vorinstanzlichen Entscheiden nicht erwähnt. Entgegen der Mutmassung bzw. Ueber-

zeugung des Beschwerdeführers stellten die Vorinstanzen bei ihren Entscheiden offensichtlich in keiner Weise auf diese Dokumente ab. Da der Beschwerdeführer der Auffassung ist, dass ihn diese Dokumente belasten, bedeutet deren Nichtbeachtung durch die Vorinstanzen keinen Nachteil des Beschwerdeführers. Eben-  
sowenig wirkte sich zu seinem Nachteil aus, wenn ihm diese von den Vorinstanzen gar nicht beachteten Dokumente nicht speziell zur Stellungnahme zugestellt wurden. Auf diese Rüge ist schon mangels Nachteils des Beschwerdeführers nicht einzutreten.

c) Abgesehen davon erwähnt der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 17. Februar 2005, dass ihm sein früherer Anwalt RA Y. mitteilte, dass gemäss seinen Akten die Beschwerdegegnerin diese Dokumente ausserhalb einer Verhandlung mit ihrer Eingabe vom 8. Januar 2003 eingereicht habe. Er - RA Y. - gehe davon aus, dass sie - d.h. der Beschwerdeführer und er - unter anderem diese Beilagen im Rahmen der Vorbereitungen auf die Hauptverhandlung vom 27. März 2003 thematisiert hätten (KG act. 9 S. 1 unten). Zwar stellt der Beschwerdeführer in Abrede, diese drei Dokumente je (vor deren "Entdeckung" durch seine neue Anwältin im Rahmen des Scheidungsverfahrens) gesehen zu haben (KG act. 9 S. 2). Er hat sich indes deren Kenntnis durch seinen damaligen Anwalt anrechnen zu lassen. Die Rüge geht auch schon deshalb fehl.

d) Schliesslich stand dem Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Rekursverfahren die Einsicht in sämtliche erstinstanzlichen Akten und damit auch in die fraglichen Dokumente offen. Aus der einzelrichterlichen Verfügung vom 14. Mai 2003 hatte der Beschwerdeführer Kenntnis, dass die Beschwerdegegnerin der Einzelrichterin mit Eingang am 10. Januar 2003 Unterlagen eingereicht hatte (ER act. 70 S. 4 zweitletzter Absatz, S. 25 f.). Er hatte damit zumindest im Rekursverfahren Gelegenheit, davon Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Seine Rüge geht auch deshalb fehl.

9. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe ihren Entscheid nicht begründet (Beschwerde KG act. 1 S. 4 oben). Das trifft nicht zu. Die Vorinstanz begründete ihren Beschluss eingehend und ausführlich. Insbesondere begründete sie auch, weshalb ein über einen Brief bzw. ein E-Mail pro Monat hinausgehender Kontakt das Kindeswohl gefährde (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 24 mit

Verweisung auf die vorgängigen und einzelrichterlichen Erwägungen). Die Rüge geht fehl.

10. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die beiden Kinder hätten gleich ausgesagt, obwohl sie getrennt angehört worden seien. Sie seien beeinflusst worden. Ihre Integrität werde stärker durch seine Abwesenheit als durch seine Anwesenheit gefährdet (Beschwerde KG act. 1 S. 4 oben).

Auch diese Ausführungen sind bloss appellatorisch und genügen den Substantiierungsanforderungen an die Geltendmachung und den Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes nicht. Es ist nicht darauf einzutreten.

11. Der Beschwerdeführer beanstandet, die Vorinstanz habe den Kindern die 13 Fragen nicht gestellt, welche er vorgängig ihrer Anhörung eingereicht habe (Beschwerde KG act. 1 S. 4 vor Ziff. IX). Dabei bezieht sich der Beschwerdeführer offensichtlich auf die 13 Fragen, welche er in seiner Eingabe an die Vorinstanz vom 20. September 2004 anführte (OG LP040119 act. 10 S. 2 f.).

a) Der Beschwerdeführer scheint dabei Sinn und Zweck der Kindesanhörung im Sinne von Art. 144 Abs. 2 ZGB zu verkennen. Es geht dabei nicht etwa um eine formelle Einvernahme zur Erforschung des Sachverhalts, bei welcher die Parteien die gleichen Mitwirkungsrechte wie etwa bei einer Zeugeneinvernahme hätten. Vielmehr soll durch die Kindesanhörung dem urteilenden Gericht ermöglicht werden, sich unmittelbar und ungefiltert über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes ein eigenes Bild zu machen. Gleichzeitig soll dem Kind gezeigt werden, dass seine Bedürfnisse und Wünsche ernst genommen werden und in die Entscheidungsfindung miteinfließen (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Bern 2005, N 7 zu Art. 144 ZGB; Rumo-Jungo, Die Anhörung des Kindes unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen, in AJP 1999, S. 1578 ff., 1586). Die Anhörung der Kinder ist nicht inquisitorischer Natur (FamKomm Scheidung/Schweighauser, a.a.O., N 7 zu Art. 144 ZGB). Inhaltlich hat das Gespräch darauf Rücksicht zu nehmen, dass es im Interesse des Kindes und nicht zur Sammlung von Beweismaterial geführt wird; es soll das Kind zu Wort kommen - durch unverbindliche Anknüpfung an seine Interessen, Freuden und Sorgen, nicht aber durch Fragen nach seiner Präferenz für Vater und Mutter (Breitschmid, in

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Honsell Vogt Geiser, Zivilgesetzbuch I, 2.A., Basel Genf München 2002, N 6 zu Art. 144). Das wichtigste Prinzip bei der Kindesanhörung besteht darin, dass die Anhörung kindgerecht erfolgen muss. Das bedeutet, dass die Anhörung so auszugestalten ist, dass sie das Kind möglichst wenig belastet. Der Gefahr möglicher Loyalitätskonflikte ist Rechnung zu tragen (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 15 zu Art. 144).

b) Dieser Ausgestaltung und diesem Sinn und Zweck der Kindesanhörung widerspräche es, wenn das Gericht gehalten wäre, in der Anhörung allfälligen inquisitorischen, gegebenenfalls die Gefahr von Loyalitätskonflikten produzierenden Fragekatalogen bzw. Fragen der Parteien zu folgen. Ein solches Erfordernis besteht nicht. Auch die Vorinstanz war nicht (formell) daran gehalten, den Söhnen der Parteien in der Anhörung die vom Beschwerdeführer vorgängig schriftlich unterbreiteten Fragen zu stellen, und sie setzte keinen Nichtigkeitsgrund, indem sie dies nicht tat.

c) Allerdings sind die Parteien nicht ohne jegliche Mitwirkungsrechte. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebietet es, dass die Parteien im Nachhinein über die Wahrnehmungen des Instruktionsrichters informiert werden. Dem Gehörsanspruch ist Genüge getan, wenn die Eltern über das Ergebnis des Gesprächs allgemein informiert werden und dazu vor dem Entscheid Stellung nehmen können (FamKomm Scheidung/Schweighauser, a.a.O., N 15 zu Art. 144, mit Verweisung auf BGE 122 I 53, 55 f.). Dieses Recht wurde auch dem Beschwerdeführer gewährt (OG LP040119 act. 13), und er nahm seinen Anspruch auch durchaus wahr (OG LP040119 act. 20). Soweit sich die Rüge darin erschöpft, dass den Söhnen die vom Beschwerdeführer vorgängig ihrer Anhörung unterbreiteten 13 Fragen nicht gestellt worden sind, und soweit der Beschwerdeführer mit dieser Rüge eventuell eine Gehörsverletzung geltend machen will, geht sie fehl.

d) Wenn der Beschwerdeführer auch mit dieser Rüge eine Verletzung der Untersuchungsmaxime geltend machen wollte, ist sie ungenügend substantiiert. Abgesehen davon lag der Grund einer erneuten Anhörung der Söhne in der genaueren Abklärung ihres Willens nach ihrem Meinungsumschwung vor Erstin-

stanz (vgl. KG AA040041 act. 14 S. 6 lit. c). Dies klärte die Vorinstanz mittels der Anhörung ab (OG Prot. LP040119 S. 3 - 8). Insofern ist der Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt.

12. Eine weitere Verletzung der Untersuchungsmaxime sieht der Beschwerdeführer darin, dass sich die Vorinstanz auf eine Korrespondenz über drei Monate statt auf eine solche über 12 Monate beziehe. Die Untersuchungsmaxime hätte erfordert - so der Beschwerdeführer -, von den Söhnen seine Korrespondenz über 12 Monate edieren zu lassen (Beschwerde KG act. 1 S. 4 Ziff. IX).

Auch diese Rüge ist ungenügend substantiiert. Insbesondere legt der Beschwerdeführer nicht dar, was sich aus seiner Korrespondenz über welche 12 Monate zu seinen Gunsten ergeben soll bzw. inwiefern sich die behauptete Nichtberücksichtigung dieser Korrespondenz zu seinem Nachteil ausgewirkt habe, dass und wo er dies bereits vor Vorinstanz geltend gemacht und vor Vorinstanz die Edition dieser Korrespondenz beantragt habe. Auch auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden, wie auch nicht auf die unter der gleichen Ziffer im letzten Satz geäußerte bloss appellatorische Bemerkung des Beschwerdeführers.

13. In Ziffer X der Beschwerde macht der Beschwerdeführer vorab wiederum geltend, der angefochtene Beschluss basiere auf den Darlegungen der ausgeschlossenen Prozessbeiständin der Kinder, und erklärt, was die Vorinstanz stattdessen hätte tun müssen (Beschwerde KG act. 1 S. 4 Ziff. X). Dazu ist auf die Erwägungen in vorstehender Ziff. 6 zu verweisen. Die Rüge ist unsubstantiiert und unzutreffend.

14. In der gleichen Ziffer macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe mit der Anhörung der Kinder in Abwesenheit der Parteien, insbesondere seines Anwalts, sein durch die EMRK geschütztes Recht auf ein kontradiktorisches, öffentliches Verfahren verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 4 Ziff. X).

a) Im erstinstanzlichen Verfahren fand eine Hauptverhandlung statt, bei welcher der Beschwerdeführer sein Begehren begründen und die Beschwerdegegnerin darauf antworten konnten (ER Prot. S. 8 ff., act. 38, 40, 41). Nach Anhörung der Kinder konnten in einer Fortsetzung der Hauptverhandlung der Beschwerde-

führer replizieren, die Beschwerdegegnerin duplizieren (ER Prot. S. 24 ff., act. 65) und die Parteien zu den Ausführungen der Prozessbeiständin Stellung nehmen (ER Prot. S. 37 ff.). Vor Vorinstanz reichte der Beschwerdeführer eine Rekurschrift ein, in welcher er sich zu sämtlichen Aspekten des erstinstanzlichen Verfahrens äussern konnte (OG LP030078 act. 9). Die Prozessbeiständin für die Kinder und die Beschwerdegegnerin reichten Rekursantworten ein (OG LP030078 act. 18 und 21). Ferner hatten die Parteien Gelegenheit, zur Anhörung der Söhne C.X. und D.X. durch die Vorinstanz Stellung zu nehmen (OG LP040119 act. 15 und 20).

Damit war den Anforderungen an ein kontradiktorisches Verfahren Genüge getan. Soweit der Beschwerdeführer diese Rüge indes auf die Anhörung der Kinder bezieht und ein Recht auf kontradiktorische Beweisabnahme (vgl. dazu Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. A., Kehl Strassburg Arlington 1996, N 100 zu Art. 6) geltend macht, ist auf die Ausführungen in vorstehender Ziff. 11 zu verweisen (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 145). Gemäss § 201b Abs. 2 ZPO erfolgt die Anhörung der Kinder in der Regel ohne Beisein der Eltern und deren Prozessvertretungen. Dies ist sowohl mit der Bundesverfassung (BGE 122 I 53, 55 f.) als auch mit der EMRK vereinbar (Frowein/Peukert, a.a.O., N 113 zu Art. 6, mit Verweisung in FN 474).

b) Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen öffentlich verhandelt wird. Die Öffentlichkeit kann jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen (Art. 6 Abs. 1 EMRK). Im Kanton Zürich wird im Zivilprozess die persönliche Geheimsphäre der Parteien in den Familienrechtssachen durch den Ausschluss der Öffentlichkeit geschützt (§ 135 Abs. 2 GVG; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 30 zu § 135). Dies ist mit der EMRK vereinbar (vgl. BGE 119 Ia 99 Erw. 4.a S. 104 f. mit Verweisungen, BGE 108 Ia 90 Erw. 3. S. 92 ff.).

Diese Rüge von EMRK-Verletzungen geht fehl.

15. Weiter bemängelt der Beschwerdeführer als EMRK-Verletzung, dass sein Prozess trotz seiner französischen Muttersprache nicht auf Französisch geführt werde. Er ersucht darum, das Verfahren an ein anderes kantonales Gericht, namentlich Zug, wo er als Beklagter wohne, oder an einen Kanton französischer Amtssprache zu verweisen, wo er sich effektiv verteidigen könne (Beschwerde KG act. 1 S. 4 Ziff. XI).

a) Der Beschwerdeführer selber beantragte beim Eheschutzrichter des Bezirkes Winterthur eine Abänderung der Verfügung des Eheschutzrichters des Bezirkes Winterthur vom 4. Dezember 2000 (ER act. 1). Dieser war dafür aufgrund des Wohnsitzes der Beschwerdegegnerin ohne weiteres örtlich zuständig (Art. 15 Abs. 1 lit. a Gerichtsstandsgesetz). Ein späterer Wohnsitzwechsel des Beschwerdeführers änderte an dieser Zuständigkeit nichts. Die Rüge des Beschwerdeführers - sind seine Anträge auf Ueberweisung des Verfahrens an ein Gericht im Kanton Zug oder französischer Amtssprache als solche zu verstehen - geht fehl.

b) Das Gericht und die Parteien haben sich vor zürcherischen Gerichten der deutschen Sprache zu bedienen, sofern das Gericht keine Ausnahmen gestattet. Wenn es der Richter für nötig erachtet oder auf begründetes Begehren eines Beteiligten wird im mündlichen Verfahren ein Uebersetzer beigezogen (§ 130 GVG). Sowohl an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 12. September 2002 als auch an der Fortsetzung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 27. März 2003 war jeweils ein Uebersetzer beigezogen worden (ER Prot. S. 7 und S. 23). Im übrigen ist es im schriftlichen (Zivil-)Verfahren Sache der Partei, sich um eine Uebersetzungshilfe zu bemühen, wenn sie eine solche für notwendig erachtet (RB 2003 Nr. 44; vgl. auch ZR 77 Nr. 49 sowie Kass.-Nr. 97/099 vom 11.8.1997 Erw. I.2.b). Eine Partei, deren Muttersprache nicht deutsch ist, hat keinen Anspruch darauf, dass das Gerichtsverfahren in ihrer Muttersprache durchgeführt wird. Einen solchen Anspruch verleiht auch die EMRK nicht. Auch diese Rüge geht fehl.

16. Die Schlussfolgerung des Beschwerdeführers auf S. 4 unten der Beschwerde ist appellatorisch und genügt den Substantiierungsanforderungen nicht. Auch darauf kann nicht eingetreten werden. Abgesehen davon trifft es nicht zu, dass sich die vorinstanzlichen Entscheide zum Besuchsrecht einzig auf die Aussagen der Söhne der Parteien stützen. Vielmehr stützen sie sich auch auf zahlrei-

che weitere Umstände, so insbesondere Korrespondenz und Aussagen und Verhaltensweisen des Beschwerdeführers selber und Wahrnehmungen der (ehemaligen) Prozessbeiständin der Kinder (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 13 - 24).

17. Schliesslich führt der Beschwerdeführer aus, er habe nur für "den ersten Prozess" vor Obergericht einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beantragt. Für "den zweiten Prozess" habe er selber seine Anwaltskosten bezahlt. Deshalb sei die vorinstanzliche Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung einer Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- an RA Y. unzulässig (Beschwerde KG act. 1 S. 1).

Dabei übersieht der Beschwerdeführer, dass es sich materiell nicht um zwei Verfahren vor Obergericht handelte, sondern einheitlich um das nämliche Rekursverfahren. Mit dem kassationsgerichtlichen Beschluss vom 21. August 2004 wurde der obergerichtliche Beschluss vom 9. Februar 2004 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückgewiesen. Damit wurde das obergerichtliche Verfahren wieder in den Stand vor dem Beschluss vom 9. Februar 2004 versetzt. Das Obergericht hatte neu wieder über sämtliche Rekursanträge zu befinden, auch über jene, über welche nach der kassationsgerichtlichen Aufhebung nicht neu verhandelt wurde. Im angefochtenen Beschluss entschied das Obergericht denn auch über die beantragte Abänderung der Unterhaltsbeiträge (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 31). Bezüglich Kosten- und Entschädigungsfolgen erwog die Vorinstanz, hinsichtlich der Kinderbelange sei von einer hälftigen Kostenverteilung auszugehen. Mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge ob siege der Beschwerdeführer vollständig, während die Beschwerdegegnerin vollumfänglich unterliege. Es rechtfertige sich insgesamt, die Kosten des Rekursverfahrens dem Beschwerdeführer zu drei Achteln und der Beschwerdegegnerin zu fünf Achteln aufzuerlegen und die Beschwerdegegnerin entsprechend zu einer auf ein Viertel reduzierten Prozessentschädigung zu verpflichten (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 28 Ziff. 2.a). Die Prozessentschädigung, zu deren Bezahlung die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin verpflichtete, resultiert mithin ausschliesslich aus der Auseinandersetzung um die Unterhaltsbeiträge. Diese Auseinandersetzung war für den Beschwerdeführer vollumfänglich von RA Y.

geführt worden (OG LP030077 und LP030078). Der vom Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren LP040119 neu beigezogene Vertreter reichte ausschliesslich eine Stellungnahme im Bereich Besuchsrecht ein (OG LP040119 act. 20). Unter diesen Umständen ist es durchaus vertretbar, dass die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin verpflichtete, die auf einen Viertel reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- im Umfang von Fr. 1'000.-- dem damaligen unentgeltlichen Vertreter des Beschwerdeführers RA Y. zu bezahlen, der die Aufwendungen geleistet hatte, aus welchen diese Prozessentschädigung resultierte. Auch diese Rüge geht fehl.

18. Der Beschwerdeführer wies keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit bleibt es beim obergerichtlichen Beschluss vom 12. Januar 2005 und fallen die Anträge des Beschwerdeführers dahin, soweit sie über den Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses hinausgehen (Beschwerde KG act. 1 S. 4 unten und S. 5).

19. Die Beschwerdegegnerin beantragt, dem Beschwerdeführer sei ein Vertreter im Sinne von § 29 Abs. 2 ZPO zu bestellen. Der Beschwerdeführer werde nicht in der Lage sein, sich mit den Konsequenzen des Ehescheidungsverfahrens zurechtzufinden, und werde in diesem bzw. gegen dieses Obstruktion betreiben (Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 5 f.).

Darüber, ob dem Beschwerdeführer im Ehescheidungsverfahren gestützt auf § 29 Abs. 2 ZPO ein Vertreter zu bezeichnen ist, ist nicht in diesem Kassationsverfahren, sondern gegebenenfalls vorab im Scheidungsverfahren zu befinden. Im Kassationsverfahren ist an Betracht der durch den Beschwerdeführer eingereichten Beschwerde und deren Ergänzung (KG act. 1 und 9) keine solche Bestellung nötig.

#### IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), zufolge der unentgeltlichen Prozessführung (OG LP030078 act. 8) jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu

nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten. Ferner ist der Beschwerdeführer zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

2. Die Eheschutzrichterin bewilligte der Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Prozessführung bis zum 31. März 2004 und bestellte ihr bis zum gleichen Zeitpunkt einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (ER act. 70 S. 27). Die Vorinstanz erliess dazu keinen anderen Entscheid. Im Beschwerdeverfahren beantragte die Beschwerdegegnerin keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Der Beschwerdeführer ist demnach nicht zu verpflichten, die Prozessentschädigung direkt dem Vertreter der Beschwerdegegnerin zu bezahlen. Dies entspräche offenbar auch nicht dem Antrag der Beschwerdegegnerin, welche die Prozessentschädigung mit der ihr von der Vorinstanz auferlegten Verpflichtung zur Bezahlung einer Prozessentschädigung verrechnen möchte (Beschwerdeantwort KG act. 14 S. 6).

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 481.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'300.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur , je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: