



---

Kass.-Nr. AA060004/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Roland Götte

## **Zirkulationsbeschluss vom 29. November 2006**

in Sachen

**A.X.**,

Gesuchsteller, Beklagter, Appellant und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. U.

gegen

**B.X.**,

Gesuchstellerin, Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. V.

betreffend

**Ehescheidung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2005 (LC050014/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Mit Eingabe vom 19. August 2003 (Datum des Poststempels) verlangten B.X. und A.X. (künftig: Beschwerdegegnerin bzw. Beschwerdeführer) bei der Einzelrichterin des Bezirksgerichtes Meilen gemeinsam die Scheidung ihrer Ehe. In der beigelegten Scheidungskonvention, welche eine umfassende Einigung über die Nebenfolgen enthielt, stellten sie unter anderem den Antrag, es seien ihre Kinder C. und D. unter der gemeinsamen elterlichen Sorge zu belassen (vgl. ER act. 1 und 2). Mit Schreiben vom 30. September 2003 teilte der Beschwerdeführer mit, dieser Konvention nicht mehr zustimmen zu können (ER act. 15). Während er in der Folge jedoch am gemeinsamen Sorgerecht festhielt (ER act. 24 S. 2 und act. 26 S. 2), beantragte die Beschwerdegegnerin anlässlich der Anhörung und Verhandlung vom 29. Januar 2004 nunmehr die alleinige Zuteilung des Sorgerechts (ER act. 27 S. 1). In dieser Hinsicht konnte an der Verhandlung keine Einigung erzielt werden. Am 17. März 2004 wurden die beiden Kinder von der Einzelrichterin angehört (ER Prot. S. 35 ff.).

Nachdem die Gesuchsteller das gemeinsame Scheidungsbegehren und die anlässlich der Verhandlung vom 29. Januar 2004 geschlossene Teilkonvention bestätigt hatten (ER act. 47 bzw. 61), ersuchten sie mit Eingaben vom 26. November 2004 bzw. 18. Januar 2005 um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Beide Gesuchsteller stellten jeweils den Antrag, es seien die Kinder für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter ihre Obhut zu stellen (ER act. 67 S. 2 und 83 S. 1 bzw. ER act. 77 S. 1).

Nachdem ein Richterinnenwechsel stattgefunden hatte, wurde am 26. Januar 2005 die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen durchgeführt (ER Prot. S. 52 ff.). Die Einzelrichterin verfügte gleichentags, dass die beiden Kinder für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter die Obhut der Beschwerdegegnerin gestellt würden (ER act. 88 bzw. 91). Am selben Tag erging sodann das Scheidungsurteil, mit welchem unter anderem die elterliche Sorge

über die Kinder der Beschwerdegegnerin allein zugeteilt wurde. In diesem Entscheid verfügte die Einzelrichterin sodann, dass dem Beschwerdeführer die beantragte unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (nur) für die Zeit zwischen dem 30. September 2003 bis 30. April 2004 bewilligt werde (ER act. 94).

2. Gegen den Massnahmeentscheid erhob der Beschwerdeführer Rekurs, und im Rahmen dieses Verfahrens wurden die beiden Kinder am 8. April 2005 nochmals angehört. Der Rekurs wurde von der I. Zivilkammer des Obergerichts schliesslich abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (OG Proz.-Nr. LQ050017 act. 12).

Der Beschwerdeführer rekurrierte auch gegen den Armenrechtsentscheid. Im Rahmen dieses Rekursverfahrens wurde die einzelrichterliche Verfügung von der I. Zivilkammer des Obergerichtes aufgehoben; auf eine Befristung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Prozessvertretung bis zum 30. April 2004 wurde nunmehr verzichtet (OG Proz.-Nr. LQ050018 act. 18).

Gegen das Scheidungsurteil erhob der Beschwerdeführer schliesslich Berufung, wobei er insbesondere die Zuteilung der elterlichen Sorge verlangte (OG Proz.-Nr. LC050014 [künftig: OG] act. 104 S. 2). Mit Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichtes vom 10. November 2005 wurde das erstinstanzliche Scheidungsurteil weitgehend bestätigt; insbesondere stellte auch das Obergericht die Kinder unter die alleinige elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin (OG act. 127 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

3. Gegen das Berufungs-Urteil hat der Beschwerdeführer nicht nur eidgenössische Berufung (vgl. OG act. 129), sondern auch fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen. In seiner Beschwerdeschrift verlangt er die Aufhebung der Dispositivziffern 1-4 (Zuteilung der elterlichen Sorge, Regelung des Besuchsrechts, Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge, Indexierung derselben). Soweit er um Fällung eines kassationsgerichtlichen Sachurteils ersucht, beantragt er insbesondere die Zuteilung der elterlichen Sorge über die Kinder. Eventualiter

sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtete (KG act. 8), beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (KG act. 9).

## II.

1. Bevor auf die Beschwerde im Einzelnen einzugehen ist, ist vorab auf die besondere Natur des Kassationsverfahrens, welches keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, hinzuweisen. So ist einzig zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid aufgrund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1-3 ZPO leidet, womit neue Behauptungen und Beweismittel, welche eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, unzulässig sind (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 17). Zudem sind gemäss § 290 ZPO lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe zu überprüfen (sog. Rügeprinzip), wobei der Nichtigkeitskläger den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Um diesen ihm obliegenden Nachweis zu erbringen, hat er sich konkret mit dem angefochtenen Entscheid bzw. den darin enthaltenen, entscheidtragenden Erwägungen auseinander zu setzen. Die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügt hierfür ebenso wenig wie rein appellatorische Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz; vielmehr sind in der Beschwerdebegründung insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids genau zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist mithin nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten (oder gar eines anderen) Nichtigkeitsgrundes zu suchen (einlässlich zum Ganzen von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund,

Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; ZR 81 Nr. 88).

Es ist sodann darauf hinzuweisen, dass die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 285 ZPO ausgeschlossen ist, wenn der Weiterzug an das Bundesgericht gegeben ist und das Bundesgericht mit freier Kognition prüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 39 ff.).

2.1 Der Beschwerdeführer nimmt an verschiedenen Stellen Bezug auf die beiden Kinderanhörungen und bringt in diesem Zusammenhang Folgendes vor:

a) Die erste Kinderanhörung habe zu einer Zeit stattgefunden, als ein System mit alternierender Betreuung gelebt worden sei, welches für die Kinder zugegebenermassen nicht einfach gewesen sei. Die Kinderanhörung sei für ihn und die Beschwerdegegnerin denn auch Anlass für die Einführung von Blockzeiten gewesen, wodurch es den Kinder ermöglicht worden sei, mehr Zeit an einem Stück bei den Eltern zu verbringen. Trotz dieser veränderten Betreuungssituation habe das Bezirksgericht Meilen in der Folge keine weitere Kinderanhörung durchgeführt und in seinem Massnahmeentscheid unter Hinweis auf die früher durchgeführte Anhörung ein reduziertes Besuchsrecht angeordnet. Als das Obergericht eine zweite Kinderanhörung durchgeführt habe, sei das vom Bezirksgericht angeordnete Regime bereits seit längerem in Kraft gewesen (KG act. 1 Rz. 12 ff., 23ff.).

Das Obergericht habe auf den S. 30 und 37 ausgeführt, eine hälftige Betreuungszeit entspreche nicht dem Kindeswohl. Im Weiteren habe es auf S. 31 festgehalten, dass die damalige Regelung für die Kinder zu stressig gewesen sei. Auf S. 44 habe es schliesslich behauptet, ein ausgedehnteres Besuchsrecht würde die beiden Kinder vollkommen überfordern. Diese Annahmen - so der Beschwerdeführer sinngemäss - seien insofern willkürlich, als das Obergericht dabei auf das Ergebnis der ersten Kinderanhörung abgestellt habe, obwohl diese Anhörung zu einem Zeitpunkt durchgeführt worden sei, als ein mittlerweile nicht mehr

aktuelles Betreuungsregime gelebt worden sei. (KG act. 1 Rz. 41 ff., 53 ff., 85). Willkürlich sei sodann, dass das Obergericht auf seine Ausführungen, wonach bei den Kindern seit der ersten Anhörung ein Sinneswandel stattgefunden habe, auf S. 17 f. nicht eingegangen sei (KG act. 1 Rz. 43).

b) Soweit das Obergericht eine zweite Kinderanhörung durchgeführt habe, sei lediglich das angebliche Schlussergebnis mitgeteilt worden. Zur Begründung sei auf S. 13 des angefochtenen Entscheides auf die angeblichen Wünsche der Kinder und BGE 122 I 53 verwiesen worden. Weil besagtem BGE einzig zu entnehmen sei, dass die Einzelheiten des Gesprächs nicht zugänglich gemacht werden müssten, hätte das Obergericht den Inhalt des Gespräches jedoch wenigstens summarisch zusammenfassen müssen. Indem das Obergericht lediglich eine Bewertung vorgenommen habe, werde eine einlässliche Stellungnahme zum Inhalt der Anhörung verunmöglicht. Hinzu komme, dass der Richter den Wunsch eines Kindes nicht unreflektiert befolgen müsse, womit sich das Obergericht mit einer schonungsvollen Protokollierung heikler Passagen hätte behelfen können. Die Begründung des Obergerichts vermöge auch deshalb nicht zu überzeugen und verstosse gegen den in Art. 29 Abs. 2 BV garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör, weil es sich bei der besagten Anhörung um das einzige Beweismittel gehandelt habe (KG act. 1 Rz. 19-22, 45, 56).

2.2 a) Es kann weder dem angefochtenen Entscheid (vgl. KG act. 2 S. 16) noch der Beschwerdeschrift entnommen werden, dass der Beschwerdeführer bereits im Berufungsverfahren geltend machte, nach der ersten Kinderanhörung sei ein Blockzeitenmodell vereinbart worden. Auf der in Rz. 15 der Beschwerde zitierten Seite 5 der Berufungsschrift wurden jedenfalls keine entsprechenden Ausführungen gemacht. Die Vereinbarung eines Blockzeiten-Modells wird von der Beschwerdegegnerin denn auch bestritten (vgl. KG act. 9 S. 4). Weil im Rahmen des Nichtigkeitsverfahrens keine neuen Behauptungen mehr aufgestellt werden können, ist davon auszugehen, dass sich die Betreuungssituation nach der ersten Kinderanhörung bis zum Erlass des Massnahmeentscheides nicht entscheidend verändert hat. Soweit die beiden Kinder anlässlich der Anhörung vom 17. März 2004 zum Ausdruck brachten, dass sie sich hin- und hergeris-

sen und nirgends zu Hause fühlen würden (vgl. KG act. 2 S. 31), können diese Aussagen deshalb nicht als irrelevant bzw. überholt betrachtet werden. Soweit das Ergebnis dieser ersten Kinderanhörung bei der Regelung des Besuchsrechts berücksichtigt wurde (vgl. KG act. 2 S. 30 f.), kann dieses Vorgehen somit nicht per se als willkürlich bezeichnet werden. Im Weiteren hat das Obergericht auf S. 18 seines Entscheides dargelegt, weshalb auf die Ausführungen des Beschwerdeführers betreffend den Sinneswandel seiner Töchter nicht weiter einzugehen sei. Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, womit auf die in diesem Zusammenhang erhobene Willkürüge nicht einzutreten ist.

b) Nach § 56 Abs. 2 ZPO haben die Parteien grundsätzlich Anspruch darauf, in die Akten Einsicht nehmen zu können. Dieses Akteneinsichtsrecht gilt jedoch nicht absolut; vielmehr kann es gemäss § 145 ZPO beschränkt werden, wenn schutzwürdige Interessen einer Partei oder eines Dritten gefährdet sind. In seiner Rechtsprechung zu Art. 4 aBV hat das Bundesgericht sodann wiederholt zum Ausdruck gegeben, dass die Mitwirkungs- und Informationsrechte der Parteien aus schützenswerten öffentlichen oder privaten Interessen bzw. aus triftigen Gründen beschränkt werden können (vgl. BGE 112 Ia 5 E. 2/c; BGE 113 Ia 81 E. 3/a; BGE 119 Ia 260 E. 6/d; BGE 122 I 53 E. 4/a). Soweit der Anspruch auf rechtliches Gehör nach dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung nunmehr in Art. 29 Abs. 2 BV garantiert wird, hat sich daran nichts geändert. Den Parteien steht damit weder aufgrund der ZPO noch aufgrund der BV ein uneingeschränktes bzw. absolutes Akteneinsichtsrecht zu. Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, ist folglich eine Interessensabwägung vorzunehmen:

Kinder sehen sich im Scheidungsverfahren ihrer Eltern erfahrungsgemäss oftmals einem grossen Loyalitätskonflikt ausgesetzt. Die Angst, einen Elternteil möglicherweise verletzen zu können, bringt es mit sich, dass es einem Kind Mühe bereiten kann, seine Gefühle im Rahmen einer Kinderanhörung offen auszusprechen. Das kann so weit gehen, dass ein Kind den Wunsch äussert, den Eltern den Inhalt des Gespräches nicht mitzuteilen. Würde man dem Kind diesen

Wunsch abschlagen, müsste man damit rechnen, dass das Kind entweder gar keine oder bloss unvollständige Aussagen macht. Weil das Kindeswohl bei der Regelung der Kinderbelange im Vordergrund steht, ist das Interesse an einer möglichst unverfälschten Aussage des Kindes aber grundsätzlich höher zu gewichten als das Akteneinsichtsrecht der Eltern. In BGE 122 I 53 E. 4/c kam denn auch das Bundesgericht zum Schluss, dass der Wunsch eines Kindes nach Vertraulichkeit schützenswert sei und die bloss summarische Eröffnung des Inhaltes einer - damals noch nicht im ZGB vorgesehenen - Kinderanhörung an die Parteien verfassungskonform sei. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, der Inhalt des Gespräches sei nicht einmal summarisch wiedergegeben worden, erweist sich dieser Einwand als unbegründet. So wurde den Gesuchstellern zu Beginn der Berufungsverhandlung vom 31. Oktober 2005 mündlich mitgeteilt, aus der zweiten Kinderanhörung sei hervorgegangen, dass beide Kinder ein gutes Verhältnis zu beiden Elternteilen hätten und beide sehr gern hätten. Ebenso sei aus dieser Befragung hervorgegangen, dass die Kinder den heutigen Zustand (gemeint: die seit dem Massnahmeentscheid der Einzelrichterin geltende Besuchszeitregelung) belassen möchten (OG Prot. S. 7). Soweit das Beweisergebnis bzw. der Inhalt des Gespräches auch bei Vorliegen schützenswerter Interessen *zusammengefasst* als Grundlage für eine Stellungnahme bekannt zu geben ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7a zu § 145 ZPO), wurde dieser Anforderung mit der erwähnten mündlichen Orientierung Genüge getan. Eine weitergehende bzw. detailliertere Bekanntgabe des Gesprächsinhaltes wäre mit den schutzwürdigen Interessen der Kinder nicht vereinbar gewesen. Der Vorwurf, wonach das Obergericht den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, erweist sich somit als unbegründet.

3.1 Der Beschwerdeführer bringt im Weiteren vor, dass der Richterinnenwechsel am Bezirksgericht Meilen im Dezember 2004 stattgefunden habe - dies sei vom Obergericht auf S. 14 seines Urteils zutreffend festgehalten worden. Zu diesem Zeitpunkt sei die Anhörung der Kinder jedoch bereits durchgeführt worden. Soweit die Vorinstanz ausgeführt habe, ihm - dem Beschwerdeführer - sei dadurch kein Nachteil entstanden, vermöge diese Begründung nicht zu überzeugen; er halte an seinen in der Berufungsschrift auf S. 4 f. gemachten Ausführungen.

rungen fest. Entgegen der Ansicht des Obergerichtes sei sodann nicht massgebend, ob anlässlich der Verhandlung vom 26. Januar 2005 keine wesentlichen neuen Gesichtspunkte vorgebracht worden seien. Entscheidend sei vielmehr, dass eine Richterin über die Zuteilung der elterlichen Sorge entschieden habe, welche die beiden Töchter nie gesehen habe. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht sinngemäss vor, seine Einwände betreffend die nicht gehörige Besetzung des Bezirksgerichts zu Unrecht verworfen zu haben und rügt die Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV (KG act. 1 Rz. 29-33).

3.2 In der Beschwerdeschrift wird nicht dargelegt, inwiefern dem Beschwerdeführer durch den Richterinnenwechsel ein Nachteil entstanden sein soll; es wird lediglich pauschal auf Ausführungen in der Berufungsschrift verwiesen. Auf den Vorwurf, wonach das Obergericht die Benachteiligung durch den Richterinnenwechsel zu Unrecht verneint habe, ist damit nicht weiter einzugehen.

Es kann im vorliegenden Fall sodann offen bleiben, wie weit sich die konkrete Ausgestaltung einer Kinderanhörung nach Bundesrecht bestimmt bzw. wie weit der Ablauf kantonal geregelt ist. Soweit § 201b Abs. 1 ZPO die Möglichkeit einer Delegation an geeignete Drittpersonen vorsieht, deckt sich dies jedenfalls mit der Bestimmung von Art. 144 Abs. 2 ZGB, wonach es dem Gericht überlassen ist, ob es die Kinderanhörung selbst durchführen oder an eine andere geeignete Person delegieren will. Als geeignete Personen kommen etwa einzelne Mitglieder eines Richterkollegiums, ein psychologischer Sachverständiger oder auch ein besonders befähigter juristischer Sekretär in Frage (vgl. Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 23 ff. zu Art. 144 ZGB). Kann die Durchführung der Anhörung delegiert werden, müssen die an der Entscheidung beteiligten Personen folglich nicht zwingend aktiv bei der Anhörung mitgewirkt haben. Aus diesem Grund lässt der Umstand, dass der Richterinnenwechsel erst nach der Kinderanhörung stattgefunden hat (KG act. 2 S. 14), für sich alleine nicht auf eine ungehörige Besetzung des Gerichtes schliessen. Diese Rüge erweist sich als unbegründet.

4.1 Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, das Obergericht habe sich bei der Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse mit einer Befragung der

Kinder und der Parteien begnügt. Weitere Untersuchungen habe es nicht angestrengt, obwohl im Zusammenhang mit Kinderbelangen die *Offizialmaxime* gelte und eine Reihe von Fragen ungeklärt geblieben seien. Zudem habe das Obergericht auf S. 19 des angefochtenen Entscheides diverse Beweisanträge abgelehnt. Diese antizipierte Beweiswürdigung sei insofern nicht überzeugend, als er nicht nur habe beweisen wollen, dass auch ihm die elterliche Sorge übertragen werden könne, sondern dass ihm im Interesse des Kindeswohls die elterliche Sorge übertragen werden müsse. Mit seinem Vorgehen habe das Obergericht somit gegen die Grundsätze der *Offizialmaxime* und der freien Beweiswürdigung verstoßen (KG act. 1 Rz. 34-39).

4.2 Soweit der Beschwerdeführer ausführt, es seien diverse Fragen ungeklärt geblieben, nennt er weder die Aktenstellen, aus welchen sich die unterschiedlichen Parteistandpunkte ergeben sollen, noch legt er dar, inwiefern diese Darstellungen im Rahmen des Berufungsentscheides von Bedeutung gewesen seien. Auf diese Ausführungen ist deshalb nicht weiter einzugehen.

Das Obergericht hielt auf S. 19 sodann fest, den eingereichten Bestätigungsschreiben sei mit der Erstinstanz zu entnehmen, dass sich der Beschwerdeführer gut um die Kinder kümmere und dass sich grundsätzlich beide Gesuchsteller für eine Zuteilung der elterlichen Sorge eignen würden. Es zog in Erwägung, dass die betreffenden Personen die in den Schreiben gemachten Aussagen wohl auch im Rahmen einer Zeugeneinvernahme bestätigen würden. Eine solche Einvernahme könne zum Einen aber insofern unterbleiben, als die Eignung der Gesuchsteller ohnehin unbestritten sei. Zum Anderen hätten sich die fraglichen Personen nur zum Verhältnis des Beschwerdeführers zu den Kindern geäußert, womit sie zur allein entscheidenden Frage, welche Zuteilung der elterlichen Sorge und welche Besuchsrechtregelung mit dem Kindeswohl am Besten zu vereinbaren sei, nichts beizutragen vermöchten. Weil sich der Beschwerdeführer mit diesen Erwägungen gar nicht auseinander setzt, ist auf seine Rüge betreffend die unzulässige antizipierte Beweiswürdigung nicht einzutreten.

5. Der Beschwerdeführer erhebt schliesslich diverse weitere Rügen, welche sich jedoch als unbegründet erweisen, soweit darauf einzutreten ist:

5.1 a) Soweit auf S. 34 des angefochtenen Urteils festgehalten werde, die Erstinstanz und das Obergericht hätten ihre Entscheide im Massnahmeverfahren im Kindeswohl getroffen, sei dies unzutreffend und willkürlich (KG act. 1 Rz. 48).

b) Der Beschwerdeschrift kann nicht entnommen werden, aus welchen Gründen die angefochtene Annahme unvertretbar sein soll. Mit dem Verweis auf die Ausführungen unter Rz. 12 ff. der Beschwerde wird den Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht Genüge getan, womit auf diese Rüge nicht einzutreten ist.

5.2 a) Unzutreffend und willkürlich - so der Beschwerdeführer - sei sodann die auf S. 35 f. getroffene Annahme, wonach ihm die Beschwerdegegnerin die Kinder nicht vorenthalten würde (KG act. 1 Rz. 49). Während die Beschwerdegegnerin mehrfach gezeigt habe, dass sie nicht gewillt sei, mit ihm zusammenzuarbeiten und vielmehr alles daran setze, die Kinder zu entfremden, würde er verantwortungsbewusst auch die Beschwerdegegnerin in Fragen der Entwicklung und Erziehung miteinbeziehen. Das Zuteilungskriterium der Kooperationsbereitschaft sei in unvertretbarer Weise missachtet worden (KG act. 1 Rz. 71 ff.).

b) Die Vorinstanz hielt fest, dass sich die Beschwerdegegnerin mit Bezug auf die Ausübung des Besuchsrechts zumindest an die gerichtlich festgelegten Besuchszeiten halte. Solange dies der Fall sei, könne ihr kein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden. Soweit der Beschwerdeführer zum Ausdruck bringe, dass er der Beschwerdegegnerin im Falle einer Zuteilung der elterlichen Sorge ein weitergehendes Besuchsrecht gestatten würde, sei ihm zwar zuzustimmen, dass die Kinder im Zweifelsfalle demjenigen Elternteil zuzuteilen seien, welcher eher bereit sei, dem Kind den Kontakt zum anderen zu ermöglichen. Dieses Kriterium gelte jedoch nicht absolut. Vielmehr sei in erster Linie das Kindeswohl zu beachten. In dieser Hinsicht sei zu beachten, dass die Kinder ein weitergehendes Besuchsrecht des Beschwerdeführers klar und deutlich abgelehnt hätten (vgl. KG act. 2 S. 33-36). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer in keiner Weise auseinander; er übt lediglich appellatorische Kritik, auf welche nicht einzutreten ist.

5.3 a) Der Beschwerdeführer bringt im Weiteren vor, die auf S. 36 und 37 getroffene Annahme des Obergerichtes, wonach er bei seinem Wunsch nach einem ausgedehnteren Besuchsrecht keine Rücksicht auf das Kindeswohl nehme und vielmehr seine Ansprüche auch gegen den ausdrücklichen Willen seiner Kinder durchsetzen wolle, sei unzutreffend und durch nichts belegt. Die Vorinstanz habe keine entsprechenden Abklärungen getroffen und stelle auf reine Vermutungen ab (KG act. 1 Rz. 50).

b) Soweit das Obergericht festhielt, der Beschwerdeführer wolle seinen Besuchsrechtsanspruch auch gegen den ausdrücklichen Willen seiner Kinder durchsetzen, verwies es auf die Ergebnisse der beiden Kinderanhörungen, welche gegen eine Ausdehnung des Besuchsrechts sprechen würden (vgl. KG act. 2 S. 36, 37). Von einer "reinen Vermutung" bzw. einer fehlenden Begründung kann damit nicht die Rede sein.

5.4 a) In den Rz. 51 und 52 seiner Beschwerdeschrift macht der Beschwerdeführer weiter geltend, das Bezirksgericht Meilen habe diverse willkürliche Annahmen getroffen.

b) Der erstinstanzliche Entscheid bildet grundsätzlich nicht Gegenstand des vorliegenden Nichtigkeitsverfahrens. Weil der Beschwerdeführer nicht darlegt, inwiefern die als willkürlich bezeichneten Annahmen der Erstinstanz Eingang in den angefochtenen Berufungsentscheid gefunden hätten, ist auf diese Vorbringen nicht einzutreten.

5.5 a) Der Beschwerdeführer bringt vor, auf S. 49 des angefochtenen Urteils werde ihm ohne entsprechende Begründung ein hypothetisches Einkommen angerechnet, wodurch Art. 285 ZGB verletzt worden sei (KG act. 1 Rz. 59, 60).

b) Das Obergericht führte aus, der Beschwerdeführer habe die von der Erstinstanz errechneten Einkommenszahlen nicht substantiiert bestritten, weshalb ohne Weiteres von diesen Zahlen ausgegangen werden könne. Weil sich der Beschwerdeführer zu dieser Argumentation gar nicht äussert, ist auf seine Rüge

nicht einzutreten. Hinzu kommt, dass eine Verletzung von Art. 285 ZGB ohnehin auf dem Weg der eidgenössischen Berufung zu rügen wäre.

5.6 a) Die Erstinstanz - so der Beschwerdeführer weiter - gehe auf S. 9 ihres Urteiles fälschlicherweise davon aus, dass er erwerbstätig sein müsse, um seinen eigenen Unterhalt verdienen zu können. Diese Behauptung sei insofern unzutreffend, als er seine Arbeitszeit flexibel einteilen und häufig von zu Hause aus arbeiten könne. Die Vorinstanzen hätten diesen Punkt zu wenig gewürdigt (KG act. 1 Rz. 61).

b) Auch hier legt der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern das Obergericht die angeblich unzutreffende Annahme der Erstinstanz übernommen haben soll. Auf diese Rüge ist somit nicht weiter einzugehen.

5.7 a) Der Beschwerdeführer führt sodann aus, die Vorinstanz habe ihm vorgeworfen, keine Vorstellung vermittelt zu haben, wie er die Kinder betreuen wolle, obwohl er mehrfach betont habe, die Kinder selbst betreuen zu wollen. Soweit er gleichzeitig aufgefordert worden sei, die Erwerbstätigkeit auszudehnen, sei die obergerichtliche Argumentation zudem widersprüchlich (KG act. 1 Rz. 62).

b) Der Beschwerdeschrift kann nicht entnommen werden, auf welche Stelle im angefochtenen Entscheid sich diese Rüge beziehen soll. Weil es nicht Sache des Kassationsgerichtes ist, im umfangreichen Berufungsentscheid nach entsprechenden Erwägungen zu suchen, ist auf dieses Vorbringen nicht einzutreten.

5.8 a) Das Bezirksgericht Meilen - so der Beschwerdeführer - führe auf S. 6 seines Urteiles unzutreffenderweise aus, er würde die Kinder unter Druck setzen und bekunde Mühe damit, die Bedürfnisse der Kinder zu respektieren. Obwohl es sich um schwere Vorwürfe handle, hätten die Vorinstanzen diesbezüglich keine Beweise abgenommen. Es handle sich mithin um unreflektierte Vermutungen, aufgrund derer kein Urteil gefällt werden dürfe (KG act. 1 Rz. 63).

b) Der Beschwerdeführer nimmt lediglich Bezug auf eine Feststellung der Erstinstanz, ohne darzulegen, inwiefern das Obergericht diese Annahme übernommen haben soll. Auf dieses Vorbringen ist somit nicht weiter einzugehen.

5.9 a) Der Beschwerdeführer führt im Weiteren aus, das Obergericht habe auf den S. 31 ff. lediglich geprüft, ob er fähig sei, die Kinder zu betreuen, und ob er stabile Verhältnisse garantieren könne. Dies zeige deutlich, dass es vom Grundsatz ausgegangen sei, wonach die Kinder in jedem Fall der Mutter zuzuteilen seien, falls der Vater keine durchschlagenden Argumente dagegen vorzubringen vermöge. Soweit das Obergericht bei der Zuteilung der elterlichen Sorge auf S. 38 von dieser Prämisse ausgegangen sei, sei eine solche im ZGB gar nicht vorgesehen. Die Zementierung der historisch überlieferten Rollenverteilung verstosse zudem gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 8 Abs. 3 BV (KG act. 1 Rz. 65 ff.).

b) Gemäss Art. 30 Abs. 3 BV sorgt das Gesetz für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau. Dieser Anforderung wird Art. 133 ZGB insofern gerecht, als die elterliche Sorge nach dieser Bestimmung unabhängig vom Geschlecht einzig nach den für das Kindeswohl massgebenden Umständen zuzuteilen ist. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, das Obergericht habe im Zusammenhang mit der Zuteilung der elterlichen Sorge das Geschlecht als Kriterium berücksichtigt, fällt die Rüge betreffend die Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes mit derjenigen betreffend die Verletzung von Art. 133 ZGB zusammen. Weil die Falschanwendung von Bestimmungen des ZGB vom Bundesgericht mit freier Kognition geprüft werden kann, ist auf diese Rüge im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten (§ 285 ZPO). Der Vollständigkeit halber sei zudem festgehalten, dass der Vorwurf des Beschwerdeführers ohnehin am angefochtenen Entscheid vorbeigeht: Das Obergericht hat auf den S. 27-39 seines Urteils eingehend dargelegt, weshalb die Auffassung der Erstinstanz, wonach die Kinder unter die elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin zu stellen seien, zu teilen sei. Soweit es auf S. 38 ausführte, der Beschwerdeführer habe keine durchschlagenden Argumente *gegen den erstinstanzlichen Entscheid* vorgetragen, hat es damit keineswegs zum Ausdruck gebracht, die elterliche Sorge sei

stets der Mutter zu übertragen, sofern der Vater keine durchschlagenden Argumente dagegen vorzubringen vermöge. Die als unzutreffend gerügte Prämisse liegt dem angefochtenen Entscheid gar nicht zugrunde.

5.10 a) Das Obergericht - so der Beschwerdeführer - habe auf den S. 31 ff. Wert auf stabile Verhältnisse gelegt. Es habe dabei übersehen, dass die Beschwerdegegnerin ihn - den Beschwerdeführer - zum Verlassen des ehelichen Domizils aufgefordert habe und später von E. nach F. weggezogen sei. Mit diesem Vorgehen habe sie den Kindern eine neue Lebenssituation, z.B. eine neue Schule, neue Kameraden, etc. zugemutet. Soweit das Obergericht von stabilen Verhältnissen bei der Beschwerdegegnerin ausgegangen sei, habe es folglich klares materielles Recht verletzt (KG act. 1 Rz. 82-87).

b) Es stellt sich die Frage, ob die "Stabilität der Verhältnisse" ein bundesrechtlich definierter Begriff ist. Wenn dem so wäre, könnte das Bundesgericht mit freier Kognition prüfen, ob die bei der Beschwerdegegnerin herrschenden Verhältnisse als "stabil" zu betrachten sind, womit auf diese Rüge im vorliegenden Verfahren gemäss § 285 ZPO nicht einzutreten wäre. Die Eintretensfrage muss hier aber nicht abschliessend beurteilt werden, da der - bereits vor Einreichung des Scheidungsbegehrens vollzogene (vgl. Adressen auf dem Scheidungsbegehren, ER act. 1) - einmalige Wohnsitzwechsel der Beschwerdegegnerin für sich alleine keineswegs auf unstabile Verhältnisse schliessen liesse. Soweit auf diese Rüge überhaupt einzutreten ist, erweist sie sich als unbegründet.

5.11 a) Der Beschwerdeführer führt schliesslich aus, dass die Tochter C. gemäss Dispositivziffer 2/a des angefochtenen Urteils in ungeraden Kalenderwochen jeweils von Freitag Abend bis Dienstag Morgen bei ihm weile, während die Tochter D. bereits am Sonntag Abend zur Beschwerdegegnerin zurückkehren müsse. Eine nachvollziehbare Begründung für dieses ungleiche Besuchsrecht gebe die Vorinstanz auf S. 44 nicht. Die Begründung auf S. 13 des erstinstanzlichen Entscheides, wonach D. Mühe hätte, während längerer Zeit nicht zu Hause zu sein, vermöge sodann nicht zu überzeugen. Es gehe nicht an, diesen angeblichen Wunsch eines Kindes unreflektiert zu befolgen. Die Ungleichbehandlung der beiden Töchter sei dem Kindeswohl abträglich und diene nicht dazu, die betonte

Stabilität zu fördern. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts sei daher offensichtlich (KG act. 1 Rz. 88-90).

b) Das Obergericht schützte die im erstinstanzlichen Scheidungsurteil festgelegten, ungleichen Besuchszeiten. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, die Kinder hätten anlässlich beider Anhörungen zum Ausdruck gegeben, dass sie kein weitergehendes Besuchsrecht wünschten (KG act. 2 S. 44). Es erscheint vorab fraglich, ob sich der Beschwerdeführer mit dieser Argumentation rechtsgenügend auseinander gesetzt hat. Sodann bestimmt es sich ohnehin nach Bundesrecht (Art. 133 Abs. 2 ZGB), welche Kriterien bei der Regelung des persönlichen Verkehrs massgebend sind. Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss geltend macht, bei Geschwistern dürften keine unterschiedlichen Besuchszeiten festgelegt werden, rügt er folglich eine Verletzung von Art. 133 ZGB. Weil solche Vorwürfe vom Bundesgericht mit freier Kognition geprüft werden können, steht einem Eintreten auf die Rüge die Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 285 ZPO) entgegen. Der Vollständigkeit halber sei schliesslich darauf hingewiesen, dass eine (klare) Verletzung von Art. 133 ZGB ohnehin zu verneinen wäre: Weil ungleiche Besuchszeiten den konkreten Wünschen und Bedürfnissen der Kinder entsprechen können, müssen sie keineswegs per se gegen das Kindeswohl verstossen. Der Beschwerdeführer legt denn auch gar nicht dar, inwiefern sich die unterschiedlichen Besuchszeiten schädlich auf die Kinder ausgewirkt haben sollen.

### III.

1. Wie bereits erwähnt, wurde die von der Erstinstanz verfügte zeitliche Beschränkung des Armenrechts vom Obergericht im Rahmen eines entsprechenden Rekursverfahrens aufgehoben. Soweit der Beschwerdeführer damit in den Genuss einer zeitlich unbeschränkten unentgeltlichen Prozessführung und Prozessverbeiständung kam, wurde das Armenrecht im Berufungsverfahren nicht entzogen (vgl. KG act. 2 S. 51). Es besteht kein Anlass, vom Grundsatz des einmal gewährten Armenrechts im Zivilverfahren abzuweichen und dieses dem Be-

schwerdeführer für das Beschwerdeverfahren gemäss §§ 90 Abs. 2 und 91 ZPO zu entziehen.

2. Das Kassationsgericht hat sich der Praxis des Obergerichtes, wonach die Kosten bei Streitigkeiten über Kinderbelange unabhängig vom Ausgang des Verfahrens hälftig aufzuteilen sind (mutwillige Prozessführung ausgenommen), nicht angeschlossen (vgl. etwa Kass.-Nr. 99/412Z i.S. R., Entscheid vom 9. Mai 2000, Erw. 4/a). Die Kosten des vorliegenden Nichtigkeitsverfahrens sind damit - dem Ausgang des Verfahrens entsprechend - vollumfänglich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Aufgrund der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind diese Kosten jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 64 Abs. 2 i.V.m. § 85 Abs. 1 ZPO).

3. Der Beschwerdeführer ist sodann zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 498.-- Schreibgebühren,  
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. 7.6% MwSt) zu entrichten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Meilen (Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren) und das Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: