



Kass.-Nr. AA090045/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 17. März 2010

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von...,

whft. ...,

Beklagter, Rekurrent, Anschlussrekursgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt C.

gegen

D. B.,

geboren ..., von ...,

whft. ...,

Klägerin, Rekursgegnerin, Anschlussrekurrentin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin E.

betreffend

Eheschutz (Unterhaltsbeiträge, Kosten- und Entschädigungsfolgen, Herausgabe von Gegenständen)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2009 (LP080020/U - damit vereinigt LP080029)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Im Juli 2007 machte die Klägerin bei der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes F. ein Eheschutzbegehren anhängig (ER act. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. November 2007 stellte die Vertreterin der Klägerin die folgenden Anträge (mündlich und schriftlich):

"1. Es sei vom Gericht festzustellen, dass die Klägerin zum Getrenntleben berechtigt ist, und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Klägerin seit 4. Mai 2007 vom Ehemann getrennt lebt.

2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin folgende Gegenstände (zur persönlichen Benutzung) herauszugeben:

- alle persönlichen Effekten (wie AHV-Ausweis, alle Kleider, Skischuhe und Skiausrüstung, ihre persönlichen Unterlagen, etc.)
- 1 PC oder Computer
- Marroni-Ofen
- Fotoalben
- Selbst gebrannte Schnäpse von ihrem Vater
- ihre CDs
- Tiptop Kochbuch
- Service / Besteck (aus der Café-Bar G.)
- Heizstrahler (aus der Café-Bar G.)

3. Es seien die beiden Söhne, H., geb. am xxxx und I., geboren am xxxx, unter die elterliche Obhut der Klägerin zu stellen.

4. Es sei dem Beklagten ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.

5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin und den beiden Söhnen angemessene monatliche Beiträge an ihren Unterhalt zu bezahlen. Diese seien ausgangsgemäss zu indexieren.

6. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für dieses Verfahren einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'800.-- zu bezahlen.

7. Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und einen unentgeltlichen Rechtsbeistand in meiner Person zu ernennen.

8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (Prot. ER S. 2 - 3)".

Gemäss dem Protokoll der ersten Instanz stellte der Vertreter des Beklagten anlässlich der Verhandlung vom 27. November 2007 mündlich sinngemäss die folgenden Anträge:

"1. Es sei vom Gericht festzustellen, dass die Ehegatten zum Getrenntleben berechtigt sind, und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Klägerin am 4. Mai 2007 den ehelichen Haushalt verlassen hat.

2. Den Kindern sei ein Rechtsbeistand zu geben, der ihre Interessen wahrnimmt. Bis dies soweit ist, seien die Söhne unter der Obhut des Beklagten zu belassen.

3. Der Klägerin sei ein gerichtsübliches Besuchsrecht einzuräumen.

4. Es sei die Klägerin zu verpflichten, einen angemessenen Unterhaltsbeitrag an den Beklagten und die Kinder zu leisten.

5. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten für dieses Verfahren einen Kostenvorschuss zu leisten.

6. Eventualiter sei dem Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und einen unentgeltlichen Rechtsbeistand in meiner Person zu ernennen.

7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Prot. ER S. 3 - 4)."

Am 28. November 2007 fand vor der Einzelrichterin im summarischen Verfahren eine Kinderanhörung statt (ER act. 11 und 12).

Mit Eingabe vom 30. Januar 2008 stellte die Klägerin sodann verschiedene Begehren zur Ausübung des Besuchsrechts und zur Errichtung einer Beistandschaft für die Kinder der Parteien im Sinne von vorsorglichen Massnahmen und verlangte die Einholung eines Gutachtens zur Frage der elterlichen Obhut über die Kinder (ER act. 23).

Mit Verfügung vom 12. Februar 2008 stellte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes F. fest, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt seien und nahm davon Vormerk, dass diese seit dem 4. Mai 2007 getrennt leben (Disp.-Ziff. 1). Sie stellte die Kinder H. (1993) und I. (1998) für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten (Disp.-Ziff. 2) und räumte der Klägerin ein gerichtsübliches Besuchsrecht ein (Disp.-Ziff. 3). Sodann

wurde über die Kinder H. und I. eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB errichtet mit der besonderen Aufgabe der Überwachung des angeordneten Besuchsrechts und die Vormundschaftsbehörde K. wurde ersucht, einen Beistand zu ernennen (Disp.-Ziff. 4 und 5). Die Klägerin wurde verpflichtet, dem Beklagten ab dem 1. Dezember 2007 für die Kinder Unterhaltsbeiträge von je Fr. 250.-- (zuzüglich allfällige Kinderzulagen) zu bezahlen (Disp.-Ziff. 6). Der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin verschiedene (einzeln erwähnte) Gegenstände herauszugeben (Disp.-Ziff. 7). Sodann wurden je die Gesuche der Parteien um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abgewiesen (Disp.-Ziff. 8) und beiden Parteien wurde die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person ihrer jeweiligen Rechtsvertreter ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Disp.-Ziff. 9). Schliesslich wurden die Kosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt und zufolge der gewährten unentgeltlichen Prozessführung auf die Gerichtskasse genommen (Disp.-Ziff. 11; ER act. 24).

2. Gegen diese Verfügung der Einzelrichterin erhob der Beklagte Rekurs, mit welchem er im Wesentlichen die Aufhebung der Beistandschaft für die Kinder der Parteien sowie die Zusprechung höherer Unterhaltsbeiträge für sich und die Kinder verlangte (LP080020 OG act. 2). Mit Verfügung des Präsidenten der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. März 2008 wurde die erstinstanzliche Richterin aufgefordert, zu prüfen, ob allenfalls eine ergänzende Verfügung betreffend formelle Erledigung des Antrags des Beklagten auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen an ihn persönlich zu erlassen sei (LP080020 OG act. 9), woraufhin die erstinstanzliche Richterin mit Verfügung vom 20. März 2008 Disp.-Ziff. 6 ihrer Verfügung vom 12. Februar 2008 aufhob und neu fasste: *"Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten ab dem 1. Dezember 2007 für die Kinder Unterhaltsbeiträge von je Fr. 250.-- (zuzüglich allfällige Kinderzulagen) zu bezahlen. Der Antrag des Beklagten um Zusprechung persönlicher Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen."* (LP080020 OG act. 10). Der daraufhin vom Beklagten auch gegen diese Verfügung erhobene Rekurs (LP080029 OG act. 2) wurde mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 18. April 2008 (OG act. 12) mit dem ersten Rekursverfahren vereinigt. Die Klägerin erhob Anschlussrekurs und beantragte im Wesentlichen, die beiden Kinder seien unter ihre elterliche Obhut

zu stellen, dem Beklagten sei ein gerichtsübliches Besuchsrecht einzuräumen und dieser sei zu verpflichten, ihr und den beiden Söhnen angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (OG act. 18, S. 2). Mit Beschluss vom 20. Juni 2008 wies die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sodann ein vom Beklagten gestelltes Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen durch die Klägerin an den Beklagten und die Kinder ab (OG act. 21).

Mit Beschluss vom 10. Februar 2009 ersetzte die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich in teilweiser Gutheissung der Rekurse des Beklagten Disp.-Ziff. 6 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur durch folgende Fassung:

"6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die Kinder Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:

- Fr. 250.-- je Kind für den Monat Dezember 2007 (zuzüglich allfällige Kinderzulagen)
- Fr. 350.-- je Kind ab 1. Januar 2008 (zuzüglich allfällige Kinderzulagen).

Der Antrag des Beklagten auf Zusprechung persönlicher Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen."

Im Übrigen wurden die Rekurse des Beklagten und der Anschlussrekurs der Klägerin abgewiesen (Disp.-Ziff. 1), die Kosten des Rekursverfahrens wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen (Disp.-Ziff. 3); die Prozessentschädigungen wurden wettgeschlagen (Disp.-Ziff. 4; OG act. 35 = KG act. 2).

3. Gegen den Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 10. Februar 2009 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Er beantragte damit den Beizug der von ihm mit seinen Rekurschriften eingereichten Beilagen, die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters für das Beschwerdeverfahren, die Verpflichtung der Kläge-

rin, für die Kinder und den Beklagten monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.-- je Kind zuzüglich allfälliger Kinderzulagen rückwirkend ab 1. Mai 2007 und Fr. 115.-- im Monat rückwirkend ab 1. Mai 2007 an den Beklagten persönlich zu bezahlen. Im weiteren seien die Kosten des Rekursverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen und die Klägerin sei zu verpflichten, ihm im Rekursverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin, eventualiter einstweilen zu Lasten der Gerichtskasse (KG act. 1, S. 1 f.). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) liess mit Beschwerdeantwort vom 20. April 2009 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde beantragen und stellte das Gesuch, es sei ihr auch im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen (KG act. 10, S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11).

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). 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.).

2. Der Beschwerdeführer macht in seiner Nichtigkeitsbeschwerde vorerst breite Ausführungen zur Vorgeschichte und zur Prozessgeschichte (KG act. 1, S. 2 - 13), welche keine eigentlichen Beanstandungen von durch die Vorinstanz gesetzten Nichtigkeitsgründen gemäss § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO enthalten. Soweit er mit seinen Vorbringen allenfalls das Vorgehen und Verhalten der erstinstanzlichen RichterIn rügen wollte, indem er geltend macht, diese habe seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt (KG act. 1, S. 8) und deren Verhalten lasse auf Befangenheit schliessen (KG act. 1, S. 8 und S. 10), macht er nicht geltend, dass und wo er diese Rügen auch bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte bzw. dass er rechtzeitig ein Ausstandsbegehren gegen die EinzelrichterIn gestellt hätte. Der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund muss jedoch in derjenigen Instanz vorgekommen sei, die den angefochtenen Entscheid erlassen hat bzw. ein allfälliger erstinstanzlicher Fehler wurde durch die Rekursinstanz nicht korrigiert (von Rechenberg, a.a.O., S. 25), wobei im Falle eines Ausstands- oder Ablehnungsbegehrens dieses von der Partei rechtzeitig zu stellen wäre. Auf diese Beanstandungen des Beschwerdeführers kann daher im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht mehr eingegangen werden.

3. Der Beschwerdeführer bringt zu den Erwägungen der Vorinstanz betreffend Besuchsbeistandschaft vor, für ihn habe stets das Kindeswohl im Vordergrund gestanden. Die Parteien hätten sich mit Vereinbarung vom 16. Juni 2007 auf ein Besuchsrecht geeinigt und keine der Parteien habe eine Besuchsrechtsbeistandschaft beantragt. Es sei zu beachten, dass H. bald die obligatorische Schulpflicht erfüllt haben werde und es sei fraglich, ob die Errichtung einer Be-

suchsrechtsbeistandschaft dem Kindeswohl entspreche, zumal das Verhältnis der Kinder zur Beschwerdegegnerin dadurch nicht verbessert werde (KG act. 1, Ziff. 6, S. 14).

Dass und welchen Nichtigkeitsgrund der Beschwerdeführer mit diesen Ausführungen in Bezug auf die Erwägungen der Vorinstanz zur Beistandschaft (KG act. 2, lit. D., S. 24 - 26) hätte vorbringen wollen, wird nicht klar. Die blosser Äusserung von Zweifeln, dass die Errichtung einer Beistandschaft zur Ausübung des Besuchsrechtes dem Kindeswohl entspreche, genügt jedenfalls nicht, um einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO darzutun. Auf diese Vorbringen ist nicht weiter einzugehen.

4.1 Der Beschwerdeführer macht mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend, die Vorinstanzen hätten eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen, indem sie davon ausgegangen seien, dass er durch seine Stellung des Antrages auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. November 2007 diese erst ab dem 1. Dezember 2007 verlangt habe. Entgegen dieser Behauptung habe er bereits anlässlich jener Hauptverhandlung rückwirkend ab dem 1. Mai 2007 angemessene Unterhaltsbeiträge verlangt. So sei aktenkundig, dass die Einzelrichterin mit Verfügung vom 17. März 2008 aufgefordert worden sei, zu prüfen, ob im Sinne der Erwägungen allenfalls eine ergänzende Verfügung betreffend des Antrags des Beschwerdeführers auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen an ihn zu erlassen sei. Weiter sei aktenkundig, dass er im Rekurs vom 8. März 2008 rückwirkend ab dem 1. Mai 2007 Unterhaltsbeiträge beantragt habe. Sodann sei festzuhalten, dass er nach dem Auszug der Beschwerdegegnerin am 4. Mai 2007 stets Unterhaltsbeiträge von ihr gefordert habe. Sodann sei aktenkundig das Verfahren vor der Einzelrichterin von der Beschwerdegegnerin bereits am 18. Juli 2007 anhängig gemacht worden; es könne ihm nicht zum Nachteil gereichen, wenn er seine Begehren erst an der Hauptverhandlung vom 27. November 2007 habe stellen können. Weiter sei aktenkundig, dass der Beschwerdeführer sich gezwungen gesehen habe, beim Sozialamt in K. vorstellig zu werden. Schliesslich sei die Beschwerdegegnerin genau über die prekäre Finanzlage der Familie informiert gewesen. Der Beschwerdeführer habe kein Protokoll

der Eheschutzverhandlung vom 27. November 2007 erhalten und er verstehe nicht, weshalb seine Vorbringen nicht korrekt festgehalten worden seien (KG act. 1, Ziff. 9 und 10, S. 15 f.).

4.2 Die Vorinstanz führte aus, im Eheschutzverfahren könnten Unterhaltsbeiträge für die Zukunft und für das Jahr vor Einreichung des Begehrens gefordert werden (Art. 173 Abs. 3 ZGB). Wenn aber nicht explizit eine rückwirkende Verpflichtung des Unterhaltsschuldners verlangt werde, sei davon auszugehen, dass die Beiträge ab Stellung des Gesuches für die Zukunft verlangt würden. Der Zeitpunkt der Stellung des Gesuches könne jedoch nur für jene Unterhaltsbeiträge massgeblich sein, welche im entsprechenden Gesuch verlangt werden. Die Stellung des Begehrens um Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen durch die Beschwerdegegnerin am 18. Juli 2007 sei deshalb nicht "eo ipso" auch massgebend für die vom Beschwerdeführer später erhobenen Unterhaltsansprüche. Der Beschwerdeführer habe erstmals am 27. November 2007 Unterhaltsansprüche geltend gemacht, weshalb sein Begehren an diesem Zeitpunkt als gestellt gelte. Ein expliziter Antrag des Beschwerdeführers auf die rückwirkende Bezahlung ab dem 1. Mai 2007 gehe nicht aus dem Protokoll der Eheschutzverhandlung hervor. Der Beschwerdeführer sei damit im Rekursverfahren betreffend Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor dem 1. Dezember 2007 nicht beschwert. Er bringe sodann keine Gründe vor und solche seien auch nicht ersichtlich, weshalb eine entsprechende Klageänderung im Rekursverfahren ausnahmsweise zulässig sein solle, weshalb auf den Rekurs insoweit nicht eingetreten werde (KG act. 2, Erw. E.2, S. 26 - 28).

4.3 Grundlage der Entscheidung des Kassationsgerichts bilden die Akten der Vorinstanzen, namentlich deren Protokolle. Wird deren Unrichtigkeit behauptet, ist bei der urteilenden Instanz ein Protokollberichtigungsbegehren einzureichen. Die Kassationsinstanz kann das Protokoll nicht berichtigen (von Rechenberg, a.a.O., S. 19). Demnach ist vom sich bei den Akten befindlichen Protokoll der Eheschutzverhandlung vom 27. November 2007 auszugehen. Dort wurden die Begehren des Beschwerdeführers wie bereits eingangs (vorne Erw. I.1) erwähnt festgehalten, ohne dass er explizit die Rückwirkung der Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen durch die Beschwerdegegnerin auf einen

Zeitpunkt vor Stellung des Begehrens beantragte. Ein solch expliziter Antrag geht entgegen der offenbar vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht auch nicht aus allfälligen Indizien hervor, gemäss welchen er sich seit dem Auszug der Beschwerdegegnerin für diese und die erstinstanzliche Richterin erkennbar in einer prekären finanziellen Situation befunden habe. Soweit der Beschwerdeführer darauf verweist, dass er im Rekurs vom 8. März 2008 rückwirkend ab 1. Mai 2007 Unterhaltsbeiträge verlangt habe, setzt er sich mit der Begründung der Vorinstanz, wonach keine Gründe vorgebracht worden und ersichtlich seien, welche eine entsprechende Klageänderung ausnahmsweise zulässig erscheinen liessen, nicht auseinander. Die Vorinstanz verwies dazu zu Recht auf ihre zuvor gemachten Ausführungen, wonach die Officialmaxime in Kinderbelangen und das daraus abgeleitete Novenrecht gemäss § 115 Ziff. 4 ZPO sich nur auf neue Tatsachenbehauptungen und nicht auf neue Anträge beziehe und die anderslautende Bestimmung von Art. 138 Abs. 1 ZGB des Ehescheidungsrechts im Eheschutzverfahren nicht anwendbar sei (KG act. 2, Erw. A.4., S. 11).

Die Vorinstanz hat damit ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes auf Grund der vorliegenden Akten die Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab Stellung des Begehrens durch den Beschwerdeführer zugesprochen.

5.1 Die Vorinstanz erwog zu den Wohnungskosten der Beschwerdegegnerin, welche der Beschwerdeführer im Rekursverfahren als zu teuer bezeichnete, es sei auf die provisorische Natur der im Eheschutzverfahren angeordneten Eheschutzmassnahmen zu verweisen, weshalb grundsätzlich von den aktuellen tatsächlichen Verhältnisse auszugehen und bei der allfälligen Anrechnung eines tieferen, hypothetischen Mietzinses Zurückhaltung geboten sei. Ohnehin könnten rückwirkend keine hypothetisch tieferen Mietzinse angerechnet werden. Für die Zukunft sei festzuhalten, dass der von der Beschwerdegegnerin bezahlte Mietzins angesichts der beim Beschwerdeführer berücksichtigten Wohnkosten nicht unangemessen hoch erscheine, zumal die Beschwerdegegnerin für die Ausübung des Besuchsrechts eine einigermaßen grosse Wohnung mit Platz für die beiden Söhne benötige. Auch wenn die Kinder angesichts der kurzen Distanz zwischen den Wohnorten theoretisch auch an den Besuchswochenenden beim Beschwer-

deführer übernachten könnten, sei doch festzuhalten, dass bei Besuchen mit Übernachtung beim nicht obhutsberechtigten Elternteil die wechselseitigen Beziehungen viel intensiver gepflegt werden könnten, was angesichts der belasteten Beziehung der Beschwerdegegnerin zu den Söhnen und insbesondere zu H. vorliegend auch angebracht erscheine. Zudem sei auch an das Ferienbesuchsrecht zu denken (KG act. 2, Erw. E.3.a.cc, S. 28 f.).

5.2 Zu diesem Punkt beanstandet der Beschwerdeführer, dass der alleinstehenden Beschwerdegegnerin in ihrer Bedarfsrechnung Wohnungskosten von Fr. 1'621.-- für eine 4-Zimmerwohnung angerechnet werden, obwohl bereits bei deren Auszug aus dem ehelichen Einfamilienhaus absehbar gewesen sei, dass der ältere Sohn der Parteien nur ungern bei der Beschwerdegegnerin übernachten werde, und obwohl die Finanzen der Familie beschränkt seien. Er habe schon zuvor vorgebracht, dass dank der geringen Distanz der Wohnorte der Parteien die Kinder beim Besuchswochenende im elterlichen Einfamilienhaus übernachten könnten und die Begründung der Vorinstanz, wonach bei Besuchen mit Übernachtung die wechselseitigen Beziehungen intensiver gepflegt werden könnten, vermöge nicht über die belastete Beziehung der Beschwerdegegnerin zu den Kindern hinwegzutäuschen; ein Zwang zur Übernachtung bei ihr widerspreche eher dem Kindeswohl. Zudem werde gemäss gängiger Gerichtspraxis den Männern stets nur maximal eine 3-Zimmerwohnung zur Ausübung des Besuchsrechts anerkannt und in der Bedarfsrechnung berücksichtigt. Es werde somit auch das Gleichberechtigungsgebot gemäss Art. 8 Abs. 3 BV verletzt. Die vorinstanzliche Begründung, dass der von der Beschwerdegegnerin bezahlte Mietzins angesichts der beim Beschwerdeführer anfallenden Wohnkosten nicht unangemessen hoch erscheine, überzeuge nicht, zumal die Beschwerdegegnerin die Familie verlassen und die prekäre finanzielle Situation mitzuverantworten habe (KG act. 1, Ziff. 12 - 15, S. 16 f.).

5.3 Der Beschwerdeführer übersieht offenbar, dass die Vorinstanz die Übernachtungsmöglichkeit (nicht Zwang) der Söhne der Parteien anlässlich der Besuchswochenenden und des Ferienbesuchsrechts bei der Beschwerdegegnerin gerade angesichts von deren belasteten Verhältnis zu den Kindern als wichtig zur

Intensivierung des Kontakts ansieht, was durchaus nachvollziehbar erscheint. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ein tieferer Mietzins für eine kleinere Wohnung nur für die Zukunft und nur nach einer angemessenen Frist angerechnet werden könnte, in welcher die Beschwerdegegnerin eine solche Wohnung hätte suchen können. Es erscheint fraglich und wird nicht dargetan, dass die Beschwerdegegnerin wiederum in der Nähe des ehelichen Einfamilienhauses eine günstigere Wohnung finden könnte, womit dann das Argument des Beschwerdeführers, die Kinder könnten ohne Weiteres auch an den Besuchswochenenden bei ihm übernachten, wegfallen würde. Die Anrechnung von Wohnungskosten für eine 4-Zimmerwohnung in der Höhe von Fr. 1'621.-- erscheint sodann auch angesichts der dem Beschwerdeführer angerechneten Wohnkosten in der Höhe von Fr. 2'248.-- (vgl. dazu im Übrigen die weitere Rüge des Beschwerdeführers, dieser Betrag sei zu tief: Erw. 7.2 nachfolgend) nicht als geradezu willkürlich hoch. Eine Verletzung von klarem materiellem Recht kann darin jedenfalls nicht gesehen werden.

Was der Beschwerdeführer sodann bezüglich der Verletzung des Gleichberechtigungsgebotes von Mann und Frau gemäss Art. 8 Abs. 3 BV vorbringt, kann nicht nachvollzogen werden. So führt er zwar aus, es bestehe die gängige Gerichtspraxis, wonach Männern stets nur maximal eine 3-Zimmerwohnung für die Ausübung des Besuchsrechts zugestanden werde, belegt diese Aussage jedoch mit keinerlei Hinweisen auf (insbesondere höchstrichterliche) Gerichtsentscheide. Eine solche Praxis ist denn auch nicht ersichtlich, sind bei der Bedarfsberechnung der Parteien in einem Eheschutzverfahren doch stets die individuellen Verhältnisse zu berücksichtigen – vorliegend insbesondere auch die Tatsache, dass die Parteien zwei Söhne haben – , weshalb eine solche Pauschalierung nicht angemessen erscheint. Der Beschwerdeführer kann bezüglich der bei der Beschwerdegegnerin berücksichtigten Wohnkosten somit keinen Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO nachweisen.

6.1 Zum Einkommen der Beschwerdegegnerin führte die Vorinstanz aus, die erstinstanzliche Richterin sei von einem belegten Nettomonatseinkommen für ein Pensum von 80% inkl. 13. Monatslohn von Fr. 3'953.-- ausgegangen. Auf den

vom Beschwerdeführer mit Anschlussrekursantwort gestellten neuen Antrag auf noch höhere Unterhaltsbeiträge, weil der vom Kanton auf den 1. Januar 2008 gewährte Stufenanstieg zu berücksichtigen sei, trat die Vorinstanz nicht ein, beachtete aber zufolge der Geltung der Officialmaxime die neue Tatsachenbehauptung betreffend Erhöhung des Einkommens per 1. Januar 2008 und ging demnach von einem Einkommen der Beschwerdegegnerin von monatlich Fr. 3'953.-- (inkl. 13. Monatslohn für den Dezember 2007) und von Fr. 4'180.-- (inkl. 13. Monatslohn) ab dem 1. Januar 2008 aus (KG act. 1, Erw. 3.b/aa, S. 30 f.). Zur vom Beschwerdeführer verlangten Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Beschwerdegegnerin für eine 100%-Tätigkeit führte die Vorinstanz sodann aus, eine solche Anrechnung komme allenfalls für die Zukunft, wenn die Erzielung für den Pflichtigen möglich sei, in Frage. Allerdings sei es auch im summarischen Eheschutzverfahren Sache der Parteien, dem Gericht den wesentlichen Sachverhalt substantiiert darzulegen. Der Beschwerdeführer habe es unterlassen zu verdeutlichen, inwiefern es der Beschwerdegegnerin tatsächlich möglich sein sollte, bei ihrem gegenwärtigen Arbeitgeber ihr Pensum auf 100% erhöhen oder sonst wo eine 100%-Stelle antreten zu können. Umso weniger könne im vorliegenden summarischen Eheschutzverfahren mit bloss provisorischem Charakter, in welchem bei der Anrechnung hypothetischer Beträge Zurückhaltung zu üben sei, davon ausgegangen werden, dass bezüglich der Möglichkeit der Erhöhung des Einkommens ein klarer Fall vorliege. Es sei daher von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Beschwerdegegnerin abzusehen und ihr das aktuelle, tatsächliche Einkommen von Fr. 3'953.-- (Dezember 2007) bzw. Fr. 4'180.-- (ab 1. Januar 2008) anzurechnen. Auf die Frage der Zumutbarkeit einer Ausdehnung des Pensums müsse daher nicht weiter eingegangen werden (KG act. 2, Erw. 3.b/bb und cc, S. 31 ff.).

6.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Beschwerdegegnerin habe nie geltend gemacht, eine Ausdehnung ihres Arbeitspensums beim L. sei ihr nicht möglich. Zudem sei es auf Grund des Personalmangels in der Schweizer Wirtschaft klar, dass die Beschwerdegegnerin sofort eine neue Stelle finden würde. Auf Grund der prekären finanziellen Lage der Parteien, die die Beschwerdegegnerin mitverantworten habe, und zufolge der familiären Beistandspflicht sei es der

Beschwerdegegnerin auch zuzumuten, sich um ein Vollpensum zu bemühen. Mit einem solchen könne sie – ausgehend von ihrem 80%-Einkommen per 1. Dezember 2007 von monatlich Fr. 3'953.--, zuzüglich Stufenanstieg per 1. Januar 2008 – einen Netto-Monatslohn von Fr. 5'225.-- erzielen (KG act. 1, Ziff. 18, S. 18).

6.3 Der Beschwerdeführer führt auch im Beschwerdeverfahren nicht aus, dass und wo er vor Vorinstanzen bereits dargelegt hätte, dass die Beschwerdegegnerin konkret entweder ihr Arbeitspensum beim gegenwärtigen Arbeitgeber auf 100% erhöhen oder sofort eine andere Arbeitsstelle mit einem 100%-Pensum zu dem geltend gemachten Lohn antreten könnte. Der Beschwerdeführer verweist nur auf die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin nicht geltend gemacht habe, ihr Pensum beim L. nicht ausdehnen zu können, und pauschal auf die derzeitige Wirtschaftslage, in welcher der Personalmangel notorisch sei. Analog zur Bestimmung von Art. 8 ZGB hat im vorliegenden Eheschutzverfahren derjenige eine Tatsache glaubhaft zu machen, welcher aus ihr Rechte ableitet. Somit wäre der Beschwerdeführer für die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin in tatsächlicher Hinsicht ohne Weiteres ihr Arbeitspensum bei ihrem derzeitigen Arbeitgeber erhöhen oder jederzeit eine 100%-Arbeitsstelle zum behaupteten Lohn finden könne, "glaubhaftmachungspflichtig", leitet er doch daraus die (erhöhte) Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin und damit deren Verpflichtung zur Leistung höherer Unterhaltsbeiträge an ihn und die Kinder der Parteien ab. Mit dem Einwand, die Beschwerdegegnerin habe nicht geltend gemacht, das Pensum nicht erhöhen zu können, ist der Beschwerdeführer somit nicht zu hören. Sein weiterer Hinweis, bei der derzeitigen Wirtschaftslage sei notorisch von einem Personalmangel und somit von der jederzeitigen Möglichkeit der Beschwerdegegnerin zur Annahme einer 100%-Arbeitsstelle zum behaupteten Lohn auszugehen, erscheint einerseits völlig unsubstanziert und andererseits im Hinblick auf die derzeitige (allerdings zum Zeitpunkt der Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde noch tieferen) Arbeitslosenquote von 4,3 Prozent im Kanton Zürich auch deplaziert. Zumindest kann entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers diesbezüglich nicht von einer Notorietät ausgegangen werden. Der Beschwerdeführer macht zudem mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht geltend, die Vorinstanz ha-

be zu Unrecht diese Frage nicht selbst abgeklärt. Die Vorinstanz hat die Zumutbarkeit der Ausdehnung der Erwerbstätigkeit der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht weiter geprüft, nachdem der Beschwerdeführer die tatsächliche Möglichkeit einer solchen Ausdehnung nicht genügend dargetan hatte, weshalb auf die entsprechende Rüge des Beschwerdeführers nicht weiter einzugehen ist. Der Beschwerdeführer kann somit bezüglich der von den Vorinstanzen abgelehnten Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Beschwerdegegnerin keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen.

7.1 Zum Bedarf des Beschwerdeführers führte die Vorinstanz aus, die erstinstanzliche Richterin sei von einem solchen von Fr. 4'798.-- im Monat, unter anderem Hypothekarzinskosten von Fr. 2'248.-- monatlich beinhaltend, ausgegangen. Der Beschwerdeführer mache geltend, der Bedarf sei um Fr. 700.-- zu erhöhen, da einerseits die Hypothekarbelastung nicht wie von der ersten Instanz angenommen Fr. 2'248.--, sondern Fr. 2'700.-- monatlich betrage und die erste Instanz zudem keine Nebenkosten berücksichtigt habe. Die Vorinstanz führte hierzu aus, dass auch beim tiefsten, für Juli/August 2007 belegten Hypothekarzins von Fr. 2'248.-- im Monat von einem Manko auszugehen sei, weshalb auf die für die Zeit danach belegte Hypothekarzinserhöhung auf Fr. 2'629.-- nicht eingegangen werden müsse, und dass im Übrigen der vom Beschwerdeführer behauptete Hypothekarzins von Fr. 2'700.-- nicht belegt sei; Gleiches gelte für die Nebenkosten: einerseits habe es der Beschwerdeführer unterlassen, diese substantiiert zu behaupten und andererseits resultiere auch ohne Berücksichtigung von Nebenkosten ein Manko (KG act. 2, S. 33 f.).

7.2 Der Beschwerdeführer beanstandet mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde insbesondere, es sei schleierhaft, wie die erstinstanzliche Richterin in der angefochtenen Verfügung vom 12. Februar 2008 habe ausführen können, die behauptete Hypothekarbelastung von Fr. 2'700.-- sei nicht ausgewiesen (KG act. 1, Ziff. 20, S. 18), nachdem gemäss Beilage 12 belegt sei, dass die quartalsweise Belastung Fr. 8'316.-- und die jährliche Amortisationsrate Fr. 4'000.-- betrage (KG act. 1, Ziff. 19, S. 18). Zudem seien auch Nebenkosten, welche bei jedem Einfamilienhaus anfallen würden, zu berücksichtigen. Die Ausführungen der Vorinstanz

seien nicht nachvollziehbar und der angefochtene Beschluss vom 9. Februar 2009 beruhe auf aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen (KG act. 1, Ziff. 20, S. 18 f.).

7.3 Nochmals ist darauf hinzuweisen, dass der mit der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemachte Nichtigkeitsgrund grundsätzlich in derjenigen Instanz vorgekommen sein muss, die den angefochtenen Entscheid erlassen hat; nur wenn die Berufungs- oder Rekursinstanz ihrerseits einen allfälligen Fehler der ersten Instanz nicht korrigiert hat, ist auch ihr Entscheid mit diesem Mangel behaftet und daraufhin zu prüfen, ob ein Nichtigkeitsgrund vorliegt (von Rechenberg, a.a.O., S. 25; vgl. vorn Erw. II.2). Soweit der Beschwerdeführer also geltend macht, der Entscheid der erstinstanzlichen Richterin sei falsch, ist darauf nicht weiter einzugehen. Sodann ist der Entscheid der Vorinstanz entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers durchaus nachvollziehbar: sie erachtet nämlich seine Ausführungen zu einem allfälligen höheren Bedarf des Beschwerdeführers (höherer Hypothekarzins, Anrechnung von Amortisationskosten und Nebenkosten) als nicht relevant, da ohnehin – also auch ohne Berücksichtigung eines höheren Bedarfs des Beschwerdeführers – von einem Manko-Fall auszugehen sei, und die Beschwerdegegnerin als Unterhaltspflichtige gemäss ständiger Praxis nicht zur Leistung höherer Unterhaltsbeiträge verpflichtet werden könne, als ihre Leistungsfähigkeit ermögliche. Diesen zutreffenden Ausführungen hält der Beschwerdeführer nichts entgegen. Im Übrigen ist zudem darauf hinzuweisen, dass allfällige Amortisationen von Hypothekarschulden nicht zu den Wohnkosten gezählt werden (so schon RB 1985 Nr. 7), zumal wenn wie in casu sehr knappe Verhältnisse vorliegen. Der Beschwerdeführer kann somit bezüglich des ihm angerechneten Bedarfes keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen.

8.1 Die Vorinstanz führte zum Einkommen des Beschwerdeführers aus, dieser habe in der für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge relevanten Periode zunächst (vom 1. Dezember 2007 bis 31. März 2008) kein Einkommen erzielt. Danach sei ausgehend von den Lohnabrechnungen für April bis August 2008 monatlich im Durchschnitt von Fr. 3'359.-- auszugehen, was einem Pensum von rund 70% entspreche. Davon könne auch für die Zukunft ausgegangen werden, da der

Beschwerdeführer nicht geltend mache, dass sich der durchschnittliche Umfang seines Pensums danach wieder verringert hätte bzw. dass sich seine Eltern nicht auch in Zukunft wieder ab und zu bei Besuchen um die Kinder würden kümmern können (sodass anzunehmen sei, dass auch künftig wieder Monate mit höheren Einkommensbeträgen resultieren würden). Von einem hypothetischen Einkommen in der Grössenordnung eines 100%-Pensums könne entgegen der Forderung der Beschwerdegegnerin nicht ausgegangen werden, nachdem die Obhut über die beiden Kinder der Parteien dem Beschwerdeführer zugeteilt worden sei und ihm ein Vollzeitpensum nicht zugemutet werden könne. Im Übrigen sei von einem Mankofall auszugehen, so dass die Anrechnung eines zukünftigen tieferen (oder höheren) Einkommens keine Auswirkungen auf die Berechnung der Unterhaltsbeiträge habe, sondern sich die Unterhaltsbeiträge letztlich alleine an der Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin bemessen würden (KG act. 2, S. 38 f.).

8.2 Der Beschwerdeführer beanstandet vorerst, es sei nicht nachvollziehbar, wie die Einzelrichterin dazu gekommen sei, ihm einen mittleren Lohn von Fr. 3'350.-- monatlich anzurechnen, nachdem aktenkundig gewesen sei, dass er in den Monaten Mai bis Dezember 2007 ein mittleres monatliches Einkommen von Fr. 1'086.--, bzw. in den Monaten September bis November 2007 ein solches von Fr. 2'897.10 inkl. Kinderzulagen erzielt und vom 1. Dezember 2007 bis 31. März 2008 gar kein Einkommen erzielt habe. Es sei unverständlich, weshalb die Vorinstanz die sichtlichen Fehler der Einzelrichterin decke, und der angefochtene Entscheid beruhe auf aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahmen und verletze klares Recht (KG act. 1, Ziff. 16, S. 17 f.). Weiter führt der Beschwerdeführer aus, es sei unverständlich, wie die Einzelrichterin habe offen lassen können, ob dem Beschwerdeführer mittlerweile gekündigt worden sei. Der Sachverhalt sei korrekt zu ermitteln und auf die Befangenheit der Einzelrichterin sei schon im Rekursverfahren hingewiesen worden. Das mittlere Monatseinkommen habe entgegen der Erwägung der Einzelrichterin nicht Fr. 3'350.--, sondern Fr. 2'897.10 inkl. Kinderzulagen betragen. Da aber gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid ohnehin die aktuellen Verhältnisse per 1. Dezember 2007 und 1. Januar 2008 massgebend seien, sei es unerheblich, ob der Beschwerdeführer in der

Zeit vom April bis zum August 2008 die Beträge von Fr. 1'778.65, Fr. 4'093.90, Fr. 4'243.15, Fr. 2'836.65 bzw. Fr. 3'846.15 erzielt habe (KG act. 1, Ziff. 22, 23, S. 19 f.). Da von den aktuellen Verhältnissen auszugehen sei, sei nicht nachvollziehbar, wie die Vorinstanz für die Monate April bis August 2008 ein mittleres Einkommen von Fr. 3'359.-- habe ermitteln können, da rückwirkend kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden dürfe. Vorliegend gehe es jedoch um die Unterhaltsbeiträge ab 1. Mai 2007, nicht um zukünftiges hypothetisches Einkommen. Zudem sei dem Beschwerdeführer nun per 31. Mai 2009 erneut gekündigt worden (gemäss Beilage) und sein mittleres Monatseinkommen vom 1. Dezember 2007 bis heute ergebe bei weitem nicht Fr. 3'359.--, was jedoch nicht von Bedeutung sei, da gemäss Vorinstanz auf die aktuellen Verhältnisse per 1. Dezember 2007 und 1. Januar 2008 abzustellen sei. Der vorinstanzliche Entscheid beruhe somit auf aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme und verletze klares materielles Recht (KG act. 1, Ziff. 24, S. 20).

8.3 Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass Anfechtungsobjekt der Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich der vorinstanzliche Entscheid ist und der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund darin vorgekommen sein muss. Auf die Beanstandungen des erstinstanzlichen Entscheides ist daher nicht weiter einzugehen, insbesondere da die Vorinstanz auch nicht davon ausging, der Beschwerdeführer habe in der Zeit vom 1. Dezember 2007 bis 31. März 2008 ein Einkommen in dieser Höhe erzielt (vgl. dazu die Erwägung 4.b/cc, S. 37 und Erw. 4.b/dd, S. 39 oben). Es ist somit nicht nachvollziehbar, inwiefern die Vorinstanz diesbezüglich "die sichtlichen Fehler der Einzelrichterin" gedeckt haben sollte.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass im Beschwerdeverfahren keine neuen Tatsachen und Beweismittel zulässig sind, sondern dass einzig geprüft werden kann, ob der angefochtene Entscheid auf Grund der damals vorliegenden Akten an einem Nichtigkeitsgrund leide. Auf die neu eingereichte Kündigung und Freistellung des Beschwerdeführers per März 2009 ist daher nicht weiter einzugehen.

Schliesslich ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz korrekt handelte, indem sie das vom Beschwerdeführer für die Monate April bis August 2008 belegte unregelmässige Einkommen gemittelt hat und von einem

Durchschnittseinkommen ausgegangen ist. Bei derart grossen Schwankungen des monatlichen Einkommens bleibt nur diese Vorgehensweise. Fehl geht auch der Hinweis des Beschwerdeführers, es sei gemäss den Erwägungen der Vorinstanz von den Stichdaten Dezember 2007 und Januar 2008 auszugehen und das jeweils dort aktuelle Einkommen zu berücksichtigen. Diese Daten ergaben sich bezüglich des Einkommens der Beschwerdegegnerin, da dort von einer Lohnerhöhung per Januar 2008 auszugehen war, deren Einkommen jedoch ab Januar 2008 monatlich gleich geblieben ist. Beim Beschwerdeführer verhält es sich wie aufgezeigt anders, indem er ein unregelmässiges Einkommen bezieht, weshalb von einem mehrmonatigen Durchschnitt ausgegangen werden musste. Die Vorinstanz hat entgegen den Beanstandungen des Beschwerdeführers diesem denn auch kein hypothetisches Einkommen angerechnet, sondern ist vom belegten Einkommen (von April 2008 bis August 2008) ausgegangen, bezüglich welchem er im Rekursverfahren keine Änderung geltend gemacht hatte und welches er somit auch in Zukunft erzielen könne.

Schliesslich aber ging die Vorinstanz ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes davon aus, dass ein Mankofall vorliegt, so dass die Anrechnung eines zukünftigen tieferen (oder höheren) Einkommens des Beschwerdeführers keine Auswirkungen auf die Berechnung der von ihm beanstandeten Unterhaltsbeiträge hätte, da letztlich allein die Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge ausschlaggebend war (KG act. 2, S. 39 oben). Selbst wenn der Beschwerdeführer somit ein tieferes Einkommen als das von der Vorinstanz angerechnete von Fr. 3'359.-- im Monat hätte, könnte sich dies und ein allfälliger diesbezüglicher Nichtigkeitsgrund nicht zu seinen Gunsten auf den Entscheid der Vorinstanz ausgewirkt haben.

8.4 Schliesslich ist an dieser Stelle kurz auf die vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wiederholt vorgebrachte Rüge der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes einzugehen. Er macht diesbezüglich sinngemäss geltend, die Beschwerdegegnerin sei bevorzugt worden und es liege eine rechtsungleiche Behandlung von Mann und Frau vor. So habe die Einzelrichterin in einem anderen Fall einen arbeitslosen Familienva-

ter bei einem monatlichen Taggeld der Arbeitslosenkasse von rund Fr. 4'900.-- verpflichtet, seiner berufstätigen Ehefrau mit einem Monatseinkommen von Fr. 1'160.-- und dem bei der Mutter lebenden Kind monatlich Fr. 2'700.-- zu bezahlen, obwohl die Arbeitslosenkasse die Taggeldzahlung für 49 Bezugstage eingestellt habe. Es sei somit nicht einzusehen, weshalb die Beschwerdegegnerin mit einem Monatslohn von Fr. 4'941.-- bei Vollpensum dem erwerbslosen Beschwerdeführer, der keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder habe, monatlich nur Fr. 250.-- bzw. Fr. 350.-- pro Kind bezahlen müsse (KG act. 1, Ziff. 7 und 8, S. 15; Ziff. 15, S. 17).

Zum Einen kann der Beschwerdeführer aus dem von ihm angeführten Vergleich mit einem anderen Fall nichts ableiten. Für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge sind nicht nur die aktuellen Einkommens-, sondern auch die Bedarfsverhältnisse der jeweiligen Parteien ausschlaggebend, welche aber im erwähnten andern Fall nicht bekannt sind. Zudem sind allenfalls auch weitere Faktoren (Kinderzuteilung, Alter der Kinder, Alter der Parteien und deren Ausbildung resp. Verdienstmöglichkeiten, Kinderbetreuungsmöglichkeiten, Vermögensverhältnisse etc.) von Bedeutung; kurz gesagt sind die gesamten Lebensumstände der entsprechenden Familie zu berücksichtigen. Ohne solche weiteren Angaben sind verschiedene Fälle zum Vornherein nicht vergleichbar.

Zum Andern bleibt unklar, inwiefern in casu eine Geschlechterdiskriminierung vorliegen sollte und inwiefern konkret die Beschwerdegegnerin als Frau bevorzugt worden wäre. Die vom Unterhaltspflichtigen zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge richten sich einerseits nach dem Bedarf der Parteien und andererseits nach der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Unterhaltsbeiträge des Rentenschuldners an die Familie in der Regel so festzusetzen, dass diesem die zur Deckung seines Existenzminimums nötigen Mittel verbleiben. Die Schranke der finanziellen Leistungskraft des Rentenschuldners bildet für alle familienrechtlichen Unterhaltspflichten die Regel und es ist Folge der gewählten Rollenverteilung in der Ehe, dass der Rentengläubiger den Ausfall zu tragen hat; dies kann nicht unter Hinweis auf die Rechtsgleichheit und die Gleichstellung der Geschlechter in Frage gestellt werden

(vgl. dazu BGE 121 I 97; BGE 121 III 301; 123 III 1; im Resultat bestätigt in BGE 135 III 66, S. 80). Vorliegend kann vom Beschwerdeführer somit keine Verletzung von klarem materiellem Recht nachgewiesen werden.

9.1 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer, er habe entgegen der Darstellung der Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 27. November 2007 festgehalten, dass die dritte Maschine, welche der Beschwerdegegnerin gehört hätte, defekt gewesen und daher entsorgt worden sei. Er verstehe nicht, weshalb dies im Protokoll der Eheschutzverhandlung vom 27. November 2007 nicht so vermerkt worden sei (KG act. 1, Ziff. 27, S. 20).

Diesbezüglich ist der Beschwerdeführer wiederum auf die Möglichkeit eines Protokollberichtigungsbegehrens zu verweisen (vgl. dazu oben Erw. II.4.3). Im Beschwerdeverfahren, welches sich auf die vorinstanzlichen Akten zu stützen hat, kann jedenfalls nicht mit dem Hinweis, das Protokoll sei unrichtig verfasst worden, eine andere Sachdarstellung gemacht werden und daraus kann kein Nichtigkeitsgrund abgeleitet werden. Zu den weiteren vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die Angaben des Beschwerdeführers im Rekursverfahren widersprüchlich gewesen seien (so habe er einerseits geltend gemacht, keiner der drei PC's habe der Beschwerdegegnerin gehört und andererseits ausgeführt, der dritte, entsorgte PC habe der Beschwerdegegnerin gehört), weshalb darauf nicht abgestellt werden könne, und es gehe nur um die Zuweisung der Benützung während des Getrenntlebens, nicht um die Eigentumsverhältnisse, weshalb es beim Vorhandensein von zwei PC's sachgerecht erscheine, wenn einer davon der Beschwerdegegnerin zur Benützung zugewiesen werden (KG act. 2, Erw. F.1, S. 40 f.), bringt der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren keine Nichtigkeitsgründe vor. Zudem hat er mit seinen Anträgen im Beschwerdeverfahren explizit bezüglich Disp.-Ziff. 1 eine Neuregelung des Rekursentscheides nur hinsichtlich der Regelung des Unterhaltsbeitrages (OG act. 3, Disp.-Ziff. 6, S. 17) verlangt (KG act. 1, Antrag 3, S. 2), nicht jedoch bezüglich der erstinstanzlichen Regelung in Disp.-Ziff. 7 betreffend Herausgabe von Gegenständen (vgl. OG act. 3, Disp.-Ziff. 3, S. 17).

9.2 Zuletzt führt der Beschwerdeführer aus, er habe entgegen der Darstellung der Vorinstanz nie geltend gemacht, dass die Einzelrichterin nur teilweise

abgelehnt werde. Er habe beantragt: "Es sei festzuhalten, dass der Kläger entgegen der Unterstellung S. 4 lit. a der angefochtenen Verfügung vom 12. Februar 2008, die Klägerin am 4. Mai 2007 nicht gewürdigt hat und dass es sich um eine Vorverurteilung des Beklagten handelt, welche allenfalls auf Befangenheit schliessen lässt.". Die Ausführungen der Vorinstanz würden lediglich erneut zeigen, dass der Beschluss vom 10. Februar 2008 [recte: 2009] auf aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhe (KG act. 1, Ziff. 28, S. 21).

Die Vorinstanz führte im Rekursverfahren aus, der Rekurs könne sich nur gegen das Dispositiv, nicht jedoch gegen die Begründung der angefochtenen Verfügung richten. Falls zudem allenfalls ein Ablehnungsbegehren erst im Rekursverfahren hätte geltend gemacht werden wollen, hätte sich dieses gegen den ganzen angefochtenen Entscheid zu richten, währenddem der Beschwerdeführer aber nur einzelne Dispositiv-Ziffern der erstinstanzlichen Verfügung angefochten habe. Auf die Frage der Befangenheit sei demnach nicht weiter einzugehen (KG act. 2, S. 41 f.). Es wird nicht klar, ob und welchen konkreten Nichtigkeitsgrund der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen geltend machen will. Weder führt er aus, dass entgegen der Annahme der Vorinstanz durchaus ein Ablehnungsgesuch gegen die erstinstanzliche Einzelrichterin gestellt worden sei, welches rekursweise zu behandeln gewesen wäre, noch zeigt er im Einzelnen auf, welche konkreten tatsächlichen Annahmen der Vorinstanz aktenwidrig oder willkürlich sein sollten. Auf die Beanstandung ist nicht weiter einzugehen.

10.1 Der Beschwerdeführer stellte schliesslich im Beschwerdeverfahren den Antrag, es sei Disp.-Ziff. 3 [Kostenaufgabe im Rekursverfahren an die Parteien je zur Hälfte; Anmerk. des Kassationsgerichts] des angefochtenen Beschlusses vom 10. Februar 2009, sowie Disp.-Ziff. 11 [Kostenaufgabe im Eheschutzverfahren an die Parteien je zur Hälfte; Anmerk. des Kassationsgerichts] der ursprünglich angefochtenen Verfügung vom 12. Februar 2008 aufzuheben und die Kosten der beiden vorgängigen Verfahren seien der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und allenfalls zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung auf die Gerichtskasse zu nehmen. Weiter sei auch Disp.-Ziff. 4 [Wettschlagen der Prozessentschädigungen im Rekursverfahren] aufzuheben und die Beschwerdegegnerin

sei zur Bezahlung einer entsprechenden Prozessentschädigung zu verpflichten (KG act. 1, Anträge 4 und 5, S. 2).

10.2 Die Vorinstanz führte im Rekursentscheid zum Antrag des Beschwerdeführers, es seien die Kosten des Eheschutzverfahrens der in allen Begehren unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen, aus, die erstinstanzliche Richterin habe sich mit Recht auf die Praxis gestützt, wonach die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen seien, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung gehabt hätten. Diese Voraussetzung sei in Bezug auf alle Kinderbelange gegeben gewesen und im Übrigen seien beide Parteien mit ihren Anträgen auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses unterlegen und hätten betreffend Bewilligung des Getrenntlebens obsiegt. Die weiter vom Beschwerdeführer aufgelisteten weiteren Anträge, hinsichtlich welcher angeblich die Beschwerdegegnerin unterlegen sei, seien nicht relevant und der Rekurs sei bezüglich Kostenfolgen abzuweisen (KG act. 2, S. 43). Schliesslich auferlegte die Vorinstanz auch die Kosten des Rekursverfahrens den Parteien je zur Hälfte und schlug die Prozessentschädigungen wett, da die angefochtene Verfügung zum grossen Teil bestätigt werde und das geringfügige teilweise Obsiegen des Beschwerdeführers hinsichtlich Kinderunterhaltsbeiträgen bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen vernachlässigt werden könne; zudem gelte das vorstehend ausgeführte zu den Kostenfolgen in Kinderbelangen auch im Rekursverfahren (KG act. 2, S. 43).

10.3 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). Mit den zutreffenden Ausführungen

der Vorinstanz setzt sich der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren in keiner Weise auseinander. In ständiger Praxis hat das Kassationsgericht die Praxis der Vorinstanzen, wonach die Kosten in Bezug auf die Kinderbelange den Parteien unabhängig vom Ausgang des Verfahrens je zur Hälfte auferlegt werden, wenn es unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresse gute Gründe zur Antragstellung gegeben hat (ZR 84 Nr. 41), als nicht gegen klares materielles Recht verstossend angesehen (RB 1990 Nr. 51). Einen Nichtigkeitsgrund kann der Beschwerdeführer somit nicht nachweisen, soweit auf seine unbegründeten Anträge überhaupt einzugehen ist.

11. Gesamthaft ist die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Entgegen der Praxis der Vorinstanzen wird vom Kassationsgericht im Beschwerdeverfahren bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen keine von § 64 Abs. 2 ZPO abweichende Praxis betreffend der Kinderbelange befolgt, sondern die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden gemäss dem Ausgang des Verfahrens verlegt. Damit wird der unterliegende Beschwerdeführer ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO). Der Beschwerdeführer wie auch die Beschwerdegegnerin stellen im Beschwerdeverfahren sodann den Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (KG act. 1, Antrag 2, S. 1; KG act. 10, Antrag 2, S. 2). Diese Rechtswohltat wurde den Parteien bereits in den vorinstanzlichen Verfahren gewährt. Zu deren Entzug im Beschwerdeverfahren liegt kein Grund vor, weshalb diese auch im Beschwerdeverfahren weitere Geltung hat (§ 91 und § 90 Abs. 2 ZPO). Die dem Beschwerdeführer auferlegten Kosten sind demnach einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei er auf die Rückzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO hinzuweisen ist. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die unterliegende Partei nicht davon, der obliegenden Partei bzw. im vorliegenden Fall der unentgeltlichen Rechtsvertreterin

der Beschwerdegegnerin, eine Prozessentschädigung zu bezahlen, weshalb der Beschwerdeführer grundsätzlich dazu zu verpflichten ist. Auf Grund der prekären finanziellen Verhältnisse der Parteien und insbesondere des Beschwerdeführers ist davon auszugehen, dass diese Entschädigung von ihm nicht erhältlich sein wird. In Anwendung von § 89 Abs. 2 ZPO wird der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin diese Entschädigung deshalb direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt; der Anspruch geht auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO). Sodann ist dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ebenfalls eine Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdeführer ist nach § 92 ZPO auch bezüglich dieser Entschädigungen rückzahlungspflichtig, sofern er wieder in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommt.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'800.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin E., für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'300.-- (inkl. MWST) zu entrichten. Diese Entschädigung wird der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet; der Anspruch geht auf die Gerichtskasse über.

5. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt C., wird für seine Bemühungen und Auslagen im Beschwerdeverfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- (inkl. MWST) aus der Gerichtskasse ausbezahlt.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 10. Februar 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirkes F. (EE070134), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: