



Kass.-Nr. AA090159/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 2. Dezember 2009

in Sachen

I.K.,

....,

Beklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdeführerin

gegen

R.K.,

....,

Kläger, Rekurrent und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Eheschutz (Obhut, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge, Zuweisung eheliche Wohnung, Zuteilung Fahrzeug, Auszugsfrist aus ehelicher Wohnung)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Oktober 2009 (LP080101/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2008 bewilligte der Eheschutzrichter des Bezirksgerichts T den Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit und regelte die Nebenfolgen desselben (OG act. 3). Das Obergericht hiess mit Beschluss vom 8. Oktober 2009 den Rekurs des Beschwerdegegners gegen diese Verfügung teilweise gut und nahm eine Neuregelung der Nebenfolgen des Getrenntlebens vor. Insbesondere stellte es die Kinder der Parteien in Abweichung von der erstinstanzlichen Regelung unter die Obhut des Beschwerdegegners und wies die eheliche Wohnung dem Beschwerdegegner zur Benutzung zu (OG act. 73 = KG act. 2). Gegen diesen Beschluss erhob die Beschwerdeführerin mit vom 2. November 2009 datierter, am 13. November 2009 (Poststempel) aufgebener Eingabe Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1). Das Kassationsgericht holte keine Beschwerdeantwort und keine vorinstanzliche Vernehmung ein.

2. Gemäss Empfangsschein wurde der angefochtene Beschluss der Beschwerdeführerin am 8. Oktober 2009 zugestellt (OG act. 74/1 = Anhang zu KG act. 7). Dies trifft jedoch offensichtlich nicht zu. Laut Track & Trace-Protokoll der Post wurde die Sendung mit dem angefochtenen Beschluss vom Obergericht am 8. Oktober 2009 der Post übergeben und am 9. Oktober 2009 avisiert. Die Zustellung erfolgte am 13. Oktober 2009. Gleichentags wurde die Rücksendung des Empfangsscheins an das Obergericht aufgegeben (KG act. 7). Ausgehend von einer Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 13. Oktober 2009 und der Postaufgabe der Nichtigkeitsbeschwerde am 13. November 2009 wurde die Beschwerde am 31. Tag nach Empfang des angefochtenen Beschlusses und damit einen Tag nach Ablauf der 30-tägigen Rechtsmittelfrist (§ 287 ZPO) erhoben. Die Beschwerdeführerin befand sich zur Zeit des Empfangs des angefochtenen Beschlusses und der postalischen Aufgabe der Nichtigkeitsbeschwerde in Haft. Zwar weist die Unterschrift auf dem Empfangsschein eine gewisse Ähnlichkeit mit derjenigen der Beschwerdeführerin in der Nichtigkeitsbeschwerde auf, doch steht nicht mit absoluter Sicherheit fest, dass die Beschwerdeführerin tatsächlich die Zustellung des angefochtenen Beschlusses selbst bestätigte und diesen spätes-

tens am 13. Oktober 2009 in Empfang nahm. Ebenfalls aussergewöhnlich ist die Diskrepanz von elf Tagen zwischen der Datierung der Nichtigkeitsbeschwerde (2. November 2009) und der Postaufgabe (13. November 2009).

Es kann unter den gegebenen Umständen nicht vollends ausgeschlossen werden, dass die Nichtigkeitsbeschwerde entgegen dem sich aus den Akten ergebenden Anschein rechtzeitig erhoben wurde. Da jedoch aus anderem Grund auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, erübrigt es sich, der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen, um die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung nachzuweisen.

3. 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.).

Die Beschwerdeführerin wendet sich in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde dagegen, dass das Obergericht die Kinder der Parteien in Abweichung von der erstinstanz-

lichen Regelung unter die Obhut des Beschwerdegegners stellt und diesem die eheliche Wohnung zur Benutzung zuweist. Sie ersucht darum, gleich wie der Eheschutzrichter zu entscheiden (KG act. 1), ohne sich jedoch mit den diesbezüglichen Erwägungen des angefochtenen obergerichtlichen Beschlusses auseinanderzusetzen. Somit weist sie keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO nach und es genügt die Beschwerdebegründung den oben angeführten Anforderungen offensichtlich nicht.

4. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dem Beschwerdegegner ist mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Dem Beschwerdegegner wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. 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.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 8. Oktober 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.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen verfahren am Bezirksgericht T, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: