



Kass.-Nr. AA050013/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 01. März 2005

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von ..., Beruf ..., whft. in C.,
Rekurrent und Beschwerdeführer

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von D. B. - E., geboren ..., von ..., gestorben ..., wohnhaft
gewesen in F.

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2004 (NL040153/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Am 6. August 2004 reichte G. H. einen Testamentsentwurf sowie eine eigenhändige letztwillige Verfügung vom 21. März 2000 des am 28. Juli 2004 verstorbenen und in F. wohnhaft gewesenen D. B.-E. beim Bezirksgericht I. zur Eröffnung ein. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2004 stellte die Einzelrichterin des Bezirkes I. den Beteiligten je eine Fotokopie der Testamente zu, gemäss welchen der Erblasser seinen Enkel K. L. B. für die grösstmögliche Quote als Erben einsetzte und bestimmte, dass sein Sohn [A. B.] sich bisherige Zahlungen von Fr. 74'000.-- und allfällige weitere anrechnen lassen müsse, sowie G. H. als Willensvollstrecker ernannte. Dementsprechend wurde dem gesetzlichen Erben und dem eingesetzten Erben die Ausstellung der auf sie lautenden Erbescheinigung in Aussicht gestellt, wenn nicht gegen die Mitberechtigung des eingesetzten Erben vom gesetzlichen Erben innert Monatsfrist Einsprache erhoben werde; von der Annahme des Willensvollstreckermandates wurde Vormerk genommen (OG act. 2).

2. Gegen diese Verfügung vom 4. Oktober 2004 erhob der Sohn und gesetzliche Erbe des Erblassers, A. B. , mit Eingabe vom 12. November 2004 beim Obergericht des Kantons Zürich Rekurs (OG act. 1). Mit Schreiben vom 15. November 2004 wies ihn die II. Zivilkammer des Obergerichts darauf hin, dass er keine Anträge gestellt habe und auch seine Begründung nicht den Entscheid der Einzelrichterin betreffe, da darin nicht über die Auszahlung eines allfälligen Pflichtteils entschieden werde und die Pflichten des Willensvollstreckers kein Thema gewesen seien (OG act. 4). Mit Eingabe dat. 27. November 2004 (Postaufgabe vom 30. November 2004) stellte A. B. den Antrag, das Testament sei in dem Punkt aufzuheben, als dass das Erbe direkt an seinen Sohn [K. L.] ausbezahlt werden solle (OG act. 5). Mit Beschluss vom 23. Dezember 2004 trat die II. Zivilkammer des Obergerichts auf den Rekurs von A. B. nicht ein, da sich nach Eingang der erstinstanzlichen Akten ergeben habe, dass der Rekurs verspätet erhoben worden sei. Gleichzeitig wurde die Eingabe vom 30. November 2004 zur Prüfung, ob eine Einsprache im Sinne von Art. 559 ZGB vorliege, an die Einzel-

richterin in Erbschaftssachen des Bezirkes Zürich überwiesen (OG act. 8 = KG act. 2).

3. A. B. gelangte mit Eingabe dat. 24. Januar 2005 (Postaufgabe am 26. Januar 2005) an das Obergericht, II. Zivilkammer, und führte aus, er erhebe Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte, es sei der Beschluss vom 23. Dezember 2004 aufzuheben und es sei auf seinen Rekurs einzutreten (KG act. 1). Diese Eingabe wurde vom Obergericht mit den vorinstanzlichen Akten an das Kassationsgericht gesandt.

4. Da sich die Beschwerde sofort als unbegründet erweist und es zudem keine Gegenpartei gibt, sind keine weiteren prozessleitenden Anordnungen zu treffen (§ 289 ZPO).

5.1 Die Vorinstanz trat auf den Rekurs des Rekurrenten und Beschwerdeführers A. B. (nachfolgend: Beschwerdeführer) zufolge Verspätung nicht ein. Sie erwog, er habe die angefochtene Verfügung der Einzelrichterin in Erbschaftssachen des Bezirkes I. am 1. November 2004 erhalten (ER act. 11), seine erste Eingabe an das Obergericht aber erst am 12. November 2004 zur Post gegeben, weshalb der Rekurs sich als verspätet erweise (KG act. 2, S. 2).

5.2 Mit seiner Eingabe dat 24. Januar 2005 macht der Beschwerdeführer einzig geltend, er habe ihn [gemeint: den angefochtenen Entscheid] am Montag, 1. November 2004 erhalten, habe danach nach Italien verreisen müssen und es sei ihm einfach zu wenig Zeit geblieben, um die Frist einzuhalten. Die Frist sei nur minim unterschritten [gemeint wohl: überschritten] worden und zudem handle es sich um eine familieninterne Angelegenheit, weshalb er der Auffassung sei, dass das Nichteintreten nicht angebracht sei (KG act. 1). Der Beschwerdeführer macht mit dieser Begründung bezüglich der Frage der Verspätung des Rekurses keinerlei Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 Ziff. 1 bis 3 ZPO (Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze; willkürliche oder aktenwidrige tatsächliche Annahmen; Verletzung klaren materiellen Rechts) geltend und macht insbesondere nicht geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von der Verspätung seiner Eingabe ausgegangen. Seine Begründung, es sei ihm zufolge einer Reise nach Italien

einfach zu wenig Zeit geblieben, um die Frist einzuhalten, welche nur minim überschritten worden sei und zudem handle es sich um eine familieninterne Angelegenheit, kann die Fristversäumnis nicht ungeschehen machen.

5.3 Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Eingabe vom 24. Januar 2005 denn auch nicht, die Frist (wenn auch nur "minim") verpasst zu haben, sondern macht vielmehr geltend, unter den genannten Umständen (Reise nach Italien, kurze Frist, minime Überschreitung, familieninterne Angelegenheit) rechtfertige sich ein Nichteintreten auf den Rekurs nicht (KG act. 1). Diese Ausführungen des Beschwerdeführers können als Gesuch um Wiederherstellung der Rekursfrist gewertet werden, da es nach ständiger Praxis des Kassationsgerichts bereits genügt, wenn der Wille erklärt wird, die betreffende Prozesshandlung möge wegen der vorgebrachten Tatsachen als rechtzeitig angesehen werden, oder wenn sich die Partei wegen der Verspätung entschuldigt; eine unrichtige Benennung des Gesuches schadet nicht (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 84 zu § 199 GVG).

5.4 Gemäss § 200 GVG entscheidet die obere Instanz über die Wiederherstellung und allfällige Aufhebung des Entscheides, wenn das Verfahren bei dieser anhängig ist. Erschöpft sich die als Begründung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnete Eingabe jedoch in der Stellung eines blossen Wiederherstellungsgesuches bezüglich einer versäumten Tagfahrt oder Frist, so ist das Verfahren nicht im Sinne von § 200 Abs. 2 GVG beim Kassationsgericht rechtshängig (ZR 102 Nr. 29 Erw. 2d; RB 1994 Nr. 48, 1988 Nr. 31; bestätigt durch Kass.-Nr. 2000/223 v. 12.2.01 i.S. H., Erw. II. 3b; Kass.-Nr. 2002/239 v. 10.9.02 i.S. S., Erw. 2b; Kass.-Nr. AA030125 v. 30.10.03 i.S. V., Erw. 3b; Kass.-Nr. AC030150 v. 5.2.04 i.S. D., Erw. 6; Kass.-Nr. AA040070 v. 10.5.04 i.S. E., Erw. 2). Die Kassationsinstanz ist in diesem Fall nicht zuständig zur Behandlung des Gesuches und dieses ist grundsätzlich in Anwendung von § 194 GVG an die Vorinstanz zu überweisen. Diese Überweisung kann allenfalls unterbleiben, wenn auch für die Überweisungsinstanz sofort ersichtlich ist, dass eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt ist (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 11 zu § 194 GVG). Nicht zu prüfen sind

hingegen die Erfolgsaussichten des Wiederherstellungsgesuches. Vorliegend ist anzunehmen, dass das (sinngemässe) Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Rekursbegründung rechtzeitig gestellt wurde. Gemäss § 199 Abs. 3 GVG ist das Gesuch um Wiederherstellung spätestens zehn Tage nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. In Fällen wie dem vorliegenden, in welchem der Gesuchsteller erst mit Mitteilung des Entscheides von der Fristversäumnis erfahren hat, läuft diese Frist ab jenem Zeitpunkt. Der Beschwerdeführer hatte den Entscheid der Vorinstanz am 17. Januar 2005 erhalten (OG act. 9/1). Seine Eingabe dat. 24. Januar 2005 wurde am 26. Januar 2005 – und damit innert der Frist von 10 Tagen gemäss § 199 Abs. 3 GVG – zur Post gegeben. Das sinngemäss gestellte Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Erhebung und Begründung des Rekurses ist somit an die Vorinstanz zu überweisen.

6. Zusammenfassend kann auf das (in der äusseren Gestalt einer Nichtigkeitsbeschwerde gestellte) Wiederherstellungsgesuch mangels funktionaler Zuständigkeit nicht eingetreten werden. Vielmehr ist dieses – unter Beilage der Akten – in Anwendung von § 194 Abs. 2 GVG zuständigkeitshalber an die Vorinstanz zu überweisen (s.a. Hauser/Schweri, a.a.O., N 4, 10 und 11 zu § 194 GVG) und das Kassationsverfahren als dadurch erledigt abzuschreiben.

7. Ausgangsgemäss würde damit eigentlich der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdeführer hat zwar die an das Obergericht gerichtete Eingabe dat. 24. Januar 2005 (KG act. 1) (fälschlicherweise) als Nichtigkeitsbeschwerde bezeichnet, obwohl sie sich materiell in einem (sinngemässen) Fristwiederherstellungsgesuch erschöpft hat. Ohne weiteres Zutun des Beschwerdeführers wurde diese Eingabe hernach vom Obergericht an das Kassationsgericht überwiesen, welches – wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergeben hat – zur Behandlung des (sinngemässen) Fristwiederherstellungsgesuches nicht zuständig ist. In Anlehnung an die Praxis in Fällen, in denen offenkundig aus Irrtum an das Kassationsgericht gerichtete Eingaben von diesem ohne Eröffnung eines Verfahrens, sondern formlos in Anwendung von § 194 Abs. 2 GVG an die zuständige Stelle weitergeleitet werden, rechtfertigt es sich vorliegend, dem Beschwerdeführer keine Kosten für das eröff-

nete Kassationsverfahren aufzuerlegen, sondern diese auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. Kass.Nr. AA040070 vom 10. Mai 2004 i.S. E. c. V., Erw. 3; Kass.-Nr. 2002/239 vom 10. September 2002 i.S. S.c.F., Erw. 3; Kass.Nr. 2002/391 vom 11. Dezember 2002 i.S. A.c.C., Erw. 3).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf das Gesuch um Wiederherstellung der Rekursfrist wird nicht eingetreten, und es wird dieses zuständigkeitshalber an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zur Behandlung überwiesen.
Das Kassationsverfahren wird als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Die Kosten für das Kassationsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Partei, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter Beilage der Akten AA050013, sowie an die Einzelrichterin in Erbschaftssachen des Bezirkes I. (XXX), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: