



Kass.-Nr. AA090026/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 6. März 2009

in Sachen

X.

Rekurrent und Beschwerdeführer

betreffend

Testamentseröffnung

im Nachlass von Z.,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Januar 2009 (NL080194/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Verfügung vom 21. Oktober 2008 eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach zwei Testamente. Einen gegen diese Verfügung gerichteten Rekurs wies das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) mit Beschluss vom 9. Januar 2009 ab und beschloss, die Rekursschrift der Erstinstanz zum Entscheid über das Gesuch um Anordnung einer Erbschaftsverwaltung zu überweisen (KG act. 2). Dieser Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 12. Januar 2009 zugestellt (OG act. 10/1, KG act. 1 S. 2 Ziff. I). Mit einer Eingabe, die er mit 11. Februar 2009 datierte, reichte dieser beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 9. Januar 2009 ein und beantragt dessen Aufhebung, ferner die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (KG act. 1). Sodann stellt er mit einer separaten Eingabe, die er ebenfalls mit 11. Februar 2009 datierte und mit gleicher Post einreichte, ein Fristwiederherstellungsgesuch (KG act. 4).

2. Mit Schreiben vom 16. Februar 2009 wurde den Vorinstanzen Kenntnis von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG act. 6). Da sich diese sofort als verspätet erweist (nachfolgend Erw. 3), kann - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten - von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Vorinstanz Gelegenheit zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

3. Eine Nichtigkeitsbeschwerde ist innert 30 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Entscheids bei der Kassationsinstanz zu erheben (§ 287 ZPO; so lautet auch die vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 5 Ziff. 7). Die Frist für eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den dem Beschwerdeführer am 12. Januar 2009 zugestellten angefochtenen Entscheid lief demnach am 11. Februar 2009 ab. Entgegen der Datierung der Beschwerde gab der Beschwerdeführer diese erst am 12. Februar 2009 zur Post (Stempel auf dem Postcouvert KG act. 7). Sie ist demnach verspätet.

4. Mit gleichzeitiger Eingabe stellte der Beschwerdeführer ein Fristwiederherstellungsgesuch gemäss § 199 GVG (KG act. 4). In einem solchen Gesuch sind die Wiederherstellungsgründe genau anzugeben und soweit möglich durch entsprechende Nachweise zu belegen (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 87 zu § 199). Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei chronisch krank (KG act. 4). Dazu reicht er ein Arztzeugnis von Dr.med. Y. vom 13.1.2009 ein, wonach er an einem chronischen Morbus Crohn und an einem Diabetes mellitus leide (Arztzeugnis angeheftet an KG act. 4). Weder wird indes vom Beschwerdeführer behauptet, dass und weshalb ihn diese chronischen Krankheiten daran gehindert hätten, die mit 11. Februar 2009 datierte Beschwerde spätestens am letzten Tag dieser Frist aufzugeben, noch ergibt sich solches aus der ärztlichen Bestätigung der chronischen Krankheiten. Ebenso wenig wird behauptet, ist ersichtlich oder folgt aus dem ärztlichen Zeugnis, dass und weshalb ihn diese chronischen Krankheiten an der

Begründung der Beschwerde innerhalb der dreissigtägigen Beschwerdefrist gehindert haben sollten. Weder ein chronischer Morbus Crohn noch ein Diabetes mellitus verhindern das. Für das Nichteinhalten der Beschwerdefrist wird ein entschuldbarer Grund weder genannt noch belegt. Das Fristwiederherstellungsgesuch ist abzuweisen. Auf die verspätete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Bereits aufgrund dieser Verspätung (aber auch wegen der Ausschlussnorm von § 284 Ziff. 7 ZPO; vgl. nachfolgend Erw. 5) ist die Beschwerde aussichtslos. Unentgeltliche Rechtspflege kann aber nur gewährt werden, wenn der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO). Diese Voraussetzung fehlt. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen.

5. Abgesehen davon scheint sich die Beschwerde im Wesentlichen auf die Anordnung einer Erbschaftsverwaltung zu beziehen (KG act. 1 S. 2). Dabei handelt es sich um eine Sicherungsmassregel (Art. 551 ZGB) und damit um eine vorsorgliche Massnahme im weiteren bzw. materiellen Sinne (vgl. dazu ZR 105 [2006] Nr. 18). Gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig (§ 284 Ziff. 7 ZPO). Auf die Nichtig-

keitsbeschwerde könnte aus diesem Grund, soweit sie sich auf die Thematik der Anordnung der Erbschaftsverwaltung bezieht, auch nicht eingetreten werden, wenn sie rechtzeitig eingereicht worden oder das Fristwiederherstellungsgesuch gutzuheissen wäre.

6. Die Vorinstanz wies in der Rechtsmittelbelehrung auf die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ans Kassationsgericht hin (KG act. 2 S. 5 Ziff. 7). Offenbar deswegen reichte der Beschwerdeführer die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht ein. Die Rechtsmittelbelehrung ist aber, zumindest betreffend der Frage der Anordnung der Erbschaftsverwaltung (KG act. 2 S. 5 Dispositiv Ziff. 3), unzutreffend (vorstehend Erw. 5). Aus einer unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung darf die Partei keinen Schaden erleiden. Die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens sind deshalb nicht dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen, sondern auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Fristwiederherstellungsgesuch des Beschwerdeführers wird abgewiesen.
2. Des Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die or-

dentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 10'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: