



Kass.-Nr. AA060136/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Hans Michael Riemer, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 19. Februar 2007

in Sachen

P,

...,

Rekurrent und Beschwerdeführer

betreffend

Erledigung der Einsprache

im Nachlass von G-P, ...

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Juli 2006(NL060073/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. a) Am 20. Juni 2004 starb G-P. Als gesetzliche Erben hinterliess sie ihren Ehemann Gli sowie eine Nichte und drei Neffen (die Kinder ihrer beiden vorverstorbenen Schwestern). Einer dieser Neffen ist P (Beschwerdeführer). Gemäss mit Verfügung der Einzelrichterin in Erbschaftssachen des Bezirks Zürich vom 26. November 2004 eröffnetem Testament bestimmten G-P und G folgendes: "Beim Ableben eines Ehepartners geht das gesamte Gut an den noch lebenden Ehepartner." (ER act. 2). Mit Eingabe vom 27. Dezember 2004 erhob der Beschwerdeführer Einsprache gegen die Ausstellung einer auf G als Alleinerben lautenden Erbescheinigung. Am 21. Januar 2005 starb G. Mit Verfügung vom 15. April 2005 (ohne Aktennummer in den einzelrichterlichen Akten liegend) nahm die Einzelrichterin Vormerk von der Einsprache des Beschwerdeführers. Sie hielt fest, dass gemäss einer Erbescheinigung vom 12. April 2005 (ER act. 5) CG, der Bruder von G, in dessen Nachlass als Alleinerbe zur Erbfolge gelange. Die Kostenregelung dieser Verfügung wurde der Schlussverfügung vorbehalten. Nachdem gemäss Bestätigungen der Geschäftskontrolle des Bezirksgerichts Zürich sowie des Friedensrichteramtes Zürich 7 und 8 je vom 17. Mai 2006 (ER act. 7 und 8) keine erbrechtlichen Klagen betreffend des Nachlasses von G-P eingegangen sind, erledigte die Einzelrichterin das Geschäft zufolge Gegenstandslosigkeit der Einsprache und kündigte an, dass nach unbenutztem Ablauf der Rekursfrist dem Erbeserben CG auf Verlangen eine Erbescheinigung lautend auf den nachverstorbenen Erben G ausgestellt werde. Die Kosten des Einspracheverfahrens im Umfang von total Fr. 412.-- auferlegte die Einzelrichterin dem Beschwerdeführer (Verfügung vom 30. Mai 2006, OG act. 2).

Mit in italienischer Sprache abgefasster Eingabe vom 23. Juni 2006 erhob der Beschwerdeführer beim Obergericht Rekurs gegen die Kostenregelung der Erledigungsverfügung vom 30. Mai 2006 mit dem Begehren, es seien keine Kosten zu erheben, eventualiter seien die Kosten inklusive Gerichtsgebühr auf Fr. 50.-- festzusetzen und der Erbschaft oder CG aufzuerlegen, subeventualiter seien die Kosten von total Fr. 412.-- der Erbschaft oder CG aufzuerlegen (OG act. 1 S. 5 f.). Nachdem der Präsident der II. Zivilkammer des Obergerichts dem Beschwerde-

führer mit Verfügung vom 27. Juni 2006 Frist zur Einreichung einer deutschen Übersetzung der Rekurschrift oder zur Leistung eines Barvorschusses für die Übersetzung angesetzt hatte (OG act. 4), reichte der Beschwerdeführer eine deutsche Fassung seiner Rekursbegründung ein. Zusätzlich zu den bereits in der ursprünglichen Rekurschrift gestellten Anträgen beehrte der Beschwerdeführer die Wiederherstellung der Frist zur Erhebung der Testamentsungültigkeitsklage (OG act. 9 S. 6 f.).

Das Obergericht trat mit Beschluss vom 26. Juli 2006 auf das Begehren des Beschwerdeführers um Fristwiederherstellung nicht ein und wies den Rekurs sowie die Kostenbeschwerde ab. Die Kosten des Rekursverfahrens auferlegte es dem Beschwerdeführer (OG act. 10 = KG act. 2).

b) Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses vom 26. Juli 2006 und mit Bezug auf die Kostenregelung der erstinstanzlichen Verfügung den Erlass eines Entscheids des Kassationsgerichts im Sinne der Rekursanträge. (Der Nichteintretensentscheid bezüglich Wiederherstellung der Frist zur Erhebung der Testamentsungültigkeitsklage bleibt unangefochten.) Eventualiter sei die Sache an das Obergericht zu neuem Entscheid zurückzuweisen (KG act. 1). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8). Der Beschwerdeführer leistete die ihm auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren fristgerecht (KG act. 9).

2. a) Zusammengefasst macht der Beschwerdeführer wie bereits im Rekursverfahren geltend, die Erklärung der Bestreitung der Berechtigung der eingesetzten Erben sei eine einfache empfangsbedürftige Erklärung. So habe die Einzelrichterin aufgrund der Erklärung des Beschwerdeführers keine Massnahme wie beispielsweise ein Inventar oder eine Erbschaftsverwaltung anordnen müssen. Die Erklärung sei Bestandteil der Eröffnung der letztwilligen Verfügung und deren Nichtvorhandensein eine Bedingung für die Ausstellung der Erbbescheinigung, welche der Richter dann zu prüfen habe, wenn ein Antrag auf eine solche vorliege. Die Entgegennahme dieser Erklärung sei somit Teil des Testamentseröffnungsverfahrens und leite kein eigenes Verfahren auf einseitiges Vorbringen im Sinne von § 211 ZPO ein. Somit werde auch infolge Nichterhebung der erbrechtli-

chen Klage (Ungültigkeitsklage) kein Verfahren gegenstandslos. Es bestehe kein Anlass zur Kostenaufgabe (KG act. 1 S. 2 f.).

b) Es kann zunächst in beipflichtendem Sinne auf die Erwägungen der Einzelrichterin und des Obergerichts verwiesen werden (§ 161 GVG).

Eine allfällige Erbescheinigung wird gemäss Art. 559 ZGB *unter Vorbehalt der Ungültigkeitsklage* ausgestellt, sofern nicht ein gesetzlicher Erbe oder ein aus einer früheren Verfügung von Todes wegen Bedachter ausdrücklich die Berechtigung des eingesetzten Erben bestreitet. Mit anderen Worten steht die Ungültigkeitsklage auch dann offen, wenn nicht zuvor die Berechtigung des testamentarisch Bedachten bestritten wurde und wenn diesem eine Erbescheinigung ausgestellt wurde. Die Einsprache und daraus folgend die Verweigerung der Ausstellung einer Erbescheinigung vermeidet allenfalls im Interesse des Einsprechers die Aushändigung der Erbmasse an den eingesetzten Erben, dessen Berechtigung zweifelhaft ist, und die Durchführung einer Erbteilung, die im Falle einer erfolgreichen Ungültigkeitsklage ganz oder teilweise rückgängig zu machen wäre.

Die Entgegennahme der Erklärung, wonach die Berechtigung des eingesetzten Erben bestritten werde, ist eine richterliche Handlung, auch wenn der Richter "nur" Vormerk von der Erklärung nehmen und keine Massnahmen anzuordnen hat. Da eine Testamentseröffnung nach dem oben Ausgeführten nicht zwingend nach einer Einsprache gegen die Ausstellung einer Erbescheinigung zwecks Wahrung erbrechtlicher Ansprüche des Einsprechers ruft, nimmt der für Erbschaftssachen zuständige Einzelrichter im summarischen Verfahren eine solche Erklärung nach zürcherischem Recht - und dieses ist bei derartigen Verfahrensfragen massgebend und nicht etwa das ZGB - in einem vom Testamentseröffnungsverfahren gesonderten Verfahren entgegen. Diese Entgegennahme erfolgt auf einseitiges Begehren des Erklärenden. Die weiteren Erben, auch nicht der von einer allfälligen Verweigerung der Ausstellung einer Erbescheinigung betroffene Erbe, sind nicht anzuhören. Dementsprechend liegt ein Verfahren auf einseitiges Vorbringen gemäss § 211 ZPO vor. Der Hinweis des Beschwerdeführers, er sei zwanzig Jahre lang als Bezirksrichter in Lugano in Nachlasssachen tätig gewe-

sen, und im Kanton Tessin bilde die Einsprache gegen die Ausstellung der Erbbescheinigung keine selbständige Handlung bzw. werde als Folge des Testamentseröffnungsverfahrens behandelt (KG act. 1 S. 7 unten), hilft ihm nicht. Die Erblasserin hatte ihren letzten Wohnsitz in Zürich, womit die Verfahren im Zusammenhang mit Erbfolge und Nachlass, so auch betreffend Testamentseröffnung und Einsprache gegen die Ausstellung einer Erbbescheinigung, sich nach Zürcher und nicht nach Tessiner Prozessrecht richten.

Unbestrittenermassen wurde betreffend das Testament der Erblasserin innert gesetzlicher Jahresfrist (Art. 521 Abs. 1 ZGB) keine Ungültigkeitsklage erhoben. Entsprechend wurde die Erklärung des Beschwerdeführers, die Berechtigung des eingesetzten Erben zu bestreiten, und damit auch die Entgegennahme dieser Erklärung gegenstandslos. Die Einzelrichterin schrieb das Verfahren zu Recht als dadurch erledigt ab. In Verfahren auf einseitiges Vorbringen wie dem vorliegenden trägt der Gesuchsteller in der Regel die Gerichtskosten (§ 211 Abs. 2 ZPO). Dies ist hier der Beschwerdeführer. Ein Grund zur Abweichung von dieser Regel ist nicht ersichtlich. Entsprechend ist die Kostenregelung durch die Einzelrichterin nicht zu beanstanden. Eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes oder von klarem materiellem Recht durch das Obergericht im angefochtenen Beschluss liegt nicht vor. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist unbegründet und abzuweisen.

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO).

Der Streitwert im vorliegenden Kassationsverfahren beträgt Fr. 412.-- und erreicht somit nicht die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- für die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes, BGG). Hinzuweisen ist der Beschwerdeführerin in der Rechtsmittelbelehrung jedoch auf die Möglichkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 150.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 147.-- Schreibgebühren,
Fr. 95.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. 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 erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin in Erbschaftssachen am Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: