



Kass.-Nr. AA090086/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 7. Juli 2009

in Sachen

X.,

...,

Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Y.,

...,

Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend

Einsprache

im Nachlass von Z., ...

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Mai 2009 (NL080209/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Verfügung vom 17. September 2008 eröffnete die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Erbschaftssachen) des Bezirkes Zürich (Erstinstanz) das Testament im Nachlass des am 26. Juli 2008 verstorbenen Z., und sie stellte der Beschwerdeführerin (Rekurrentin) als Alleinerbin (und Ehefrau des Erblassers) die Ausstellung einer auf sie lautenden Erbbescheinigung in Aussicht (ER act. 2). Dagegen erhob der Beschwerdegegner (Rekursgegner), bei dem es sich um den Adoptivsohn des Erblassers handelt, am 10. November 2008 fristgerecht Einsprache (ER act. 1). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2008 nahm die Erstinstanz von der Einsprache Vormerk; zugleich ordnete sie gestützt auf Art. 556 Abs. 3 ZGB die Erbschaftsverwaltung über den Nachlass an (OG act. 2 = OG act. 7). Gegen diese Verfügung rekurrierte die Beschwerdeführerin am 15. Dezember 2008 innert Frist mit dem sinngemässen Antrag um Aufhebung des angefochtenen Entscheids bzw. um Verzicht auf Anordnung der Erbschaftsverwaltung (OG act. 1, 4 und 6).

b) Am 26. Januar 2009 teilte die Erstinstanz der Rekursinstanz mit, dass der Rekursgegner seine Einsprache gegen die Verfügung vom 17. September 2008 (betreffend Testamentseröffnung) zurückgezogen habe (OG act. 11 und 12 = ER act. 4). Dementsprechend schrieb die Erstinstanz das Verfahren mit Verfügung vom 19. Februar 2009 als durch Rückzug erledigt ab; zudem wurde der Beschwerdeführerin die auf sie lautende Erbbescheinigung in Aussicht gestellt, die Erbschaftsverwaltung über den Nachlass aufgehoben und der Erbschaftsverwalter ermächtigt, der Alleinerbin das Nachlassvermögen herauszugeben.

c) Nach Eintritt der Rechtskraft dieser (Abschreibungs-)Verfügung (vgl. OG act. 15) beschloss die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 15. Mai 2009, das Rekursverfahren (gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2008) als gegenstandslos geworden abzuschreiben, wobei sie die Kosten (Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.--) der Beschwerdeführerin auferlegte (OG act. 16 = KG act. 2).

d) Gegen diesen obergerichtlichen Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, vom 13. Juni 2009 datierte, jedoch bereits am 12. Juni 2009 zur Post gegebene und damit rechtzeitig eingereichte (vgl. § 287 ZPO) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1), von deren Eingang den Parteien und den Vorinstanzen mit Schreiben vom 15. Juni 2009 Kenntnis gegeben wurde (KG act. 5). Damit verlangt die Beschwerdeführerin sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, soweit ihr damit Kosten für das Rekursverfahren auferlegt wurden. Inhaltlich richtet sich die Beschwerde mithin einzig gegen die von der Vorinstanz beschlossene Kostenauflage (KG act. 2, Disp.-Ziff. 4).

e) Besondere prozessuale Anordnungen sind bislang nicht getroffen worden. Da sich die Beschwerde nach erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (vgl. KG act. 4 und 7) sofort als unzulässig erweist (vgl. nachstehende Erw. 2) und die Sache somit spruchreif ist, erweisen sich solche auch nicht als notwendig. Insbesondere kann davon abgesehen werden, die Beschwerde dem Beschwerdegegner zur freigestellten Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (§ 289 ZPO e contrario; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO). Zudem wird die Beschwerdeführerin im Kassationsverfahren nicht kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. hinten, Erw. 3). Es rechtfertigt sich deshalb auch, auf die (unter diesen Umständen zwecklose) Kautonierung der Beschwerdeführerin (nach § 75 Abs. 1 ZPO) zu verzichten.

2. Vorab stellt sich die Frage nach der Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids. Sie betrifft eine Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung und ist daher im Zusammenhang mit der Eintretensfrage von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 f. zu § 108 ZPO, N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; ZR 84 Nr. 138, Erw. 1).

a) Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bilden die Kostenfolgen des obergerichtlichen Beschlusses vom 15. Mai 2009. Mit diesem wurde über einen Rekurs gegen die erstinstanzliche Anordnung der Erbschaftsverwaltung über den Nachlass des Erblassers entschieden. Da Sicherungsmassregeln im Sinne von Art. 551 ff. ZGB und damit insbesondere auch die Anordnung der Erbschaftsver-

waltung über den Nachlass gemäss Art. 556 Abs. 3 ZGB vorsorgliche Massnahmen im weiteren bzw. materiellen Sinne darstellen (vgl. Kass.-Nr. AA090026 vom 6.3.2009 i.S. S., Erw. 5; AA090049 vom 14.4.2009 i.S. S., Erw. 3; s.a. ZR 105 Nr. 18), handelt es sich beim angefochtenen Beschluss somit um einen Rekursentscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen.

b) Zwar unterliegen (auch im summarischen Verfahren ergangene) Rekursentscheide grundsätzlich der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. § 281 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62; s.a. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 5). Gemäss der Ausschlussvorschrift von § 284 Ziff. 7 ZPO ist gegen Rekursentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen die Nichtigkeitsbeschwerde jedoch nicht zulässig. Die Streitsache als solche ist demnach nicht beschwerdefähig.

Ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde aber "in der Sache selbst" ausgeschlossen (d.h. kann der Entscheid in der Sache selbst nicht an die Kassationsinstanz weitergezogen werden), kann nach gefestigter Praxis auch die mit vorliegender Beschwerde angefochtene Regelung der Kostenfolgen des Rechtsstreits nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde an die Kassationsinstanz bilden. Vielmehr gilt der Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde in der Hauptsache auch für die Nebenfolgenregelung (ZR 108 Nr. 4, Erw. 2/b; Kass.-Nr. AA090007 vom 21.4.2009 i.S. K.c.S., Erw. 2/b [je m.w.Hinw.]). Denn nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses können den Parteien bezüglich der Anfechtung der Nebenfolgen nicht mehr Rechtsmittel zur Verfügung stehen als für die Anfechtung des Entscheids in der (Haupt-)Sache selbst.

c) Die Beschwerde richtet sich somit gegen einen nicht beschwerdefähigen Entscheid bzw. gegen eine nicht beschwerdefähige Anordnung. Sie ist folglich unzulässig (§ 284 Ziff. 7 ZPO), weshalb nicht auf sie eingetreten werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 494 und 504; ZR 84 Nr. 138, Erw. 1).

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Entscheids (fälschlicherweise) die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde als zulässiges Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Rekursentscheid genannt wird (vgl. KG act. 2 S. 4, Disp.-Ziff. 7 Abs. 1), kann die Zulässigkeit eines Rechtsmittels doch keinesfalls von der (unrichtigen) Rechtsmittelbelehrung der unteren Instanz abhängen. Vielmehr hat die Rechtsmittelinstanz (hier: das Kassationsgericht) im Hinblick auf die ihr vom Gesetz verliehene funktionale Zuständigkeit die Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzungen für das vor ihr anhängig gemachte (Rechtsmittel-)Verfahren von Amtes wegen zu prüfen (vgl. insbes. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 290 ZPO) und das Rechtsmittel bei Fehlen einer solchen von der Hand zu weisen. Eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung vermag eine nicht gegebene Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz nicht zu begründen resp. die fehlende Beschwerdefähigkeit des vorliegend angefochtenen Beschlusses nicht zu beseitigen (ZR 107 Nr. 28, Erw. 4.4/e a.E.; 105 Nr. 18, Erw. II/4 m.w.Hinw. auf die bundesgerichtliche und die kassationsgerichtliche Praxis; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 18 zu § 188 GVG; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 13 Rz 64). Insbesondere kann auch der Grundsatz von Treu und Glauben bzw. des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV, § 50 Abs. 1 ZPO) keine Rechtsmittelmöglichkeit schaffen, die es gemäss der einschlägigen gesetzlichen Verfahrensordnung gar nicht gibt. Er kann mit anderen Worten nicht dazu führen, dass auf ein als solches unzulässiges Rechtsmittel eingetreten wird (vgl. BGE 117 Ia 299, Erw. 2; 129 III 89, Erw. 2.1 a.E.; 129 IV 200 f., Erw. 1.5 a.E.; BGer 1P.83/2006 vom 27.3.2006, Erw. 1.5.3; 4A_94/2008 vom 8.5.2008, Erw. 1.4; 1B_10/2009 vom 14.5.2009, Erw. 2).

3.a) Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Sinne unterliegt, wären die Kosten des Kassationsverfahrens an sich ihr aufzuer-

legen. Aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV; s.a. § 50 Abs. 1 ZPO) folgt jedoch, dass einer Partei aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung, auf die sie sich nach Treu und Glauben verlassen durfte, kein Rechtsnachteil erwachsen darf (Spühler/Vock, a.a.O., S. 6; Hauser/Schweri, a.a.O., N 20 zu § 188 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12a zu § 50 ZPO und Anhang II, N 20 zu § 157 GVG; Vogel/Spühler, a.a.O., Kap. 13 Rz 64).

In casu ist nicht auszuschliessen, dass sich die Beschwerdeführerin hauptsächlich aufgrund der unzutreffenden vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung veranlasst sah, gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu führen. Da die Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung für die (nicht anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin überdies nicht ohne weiteres erkennbar war – der angefochtene Entscheid erwähnt nirgends, dass es der Sache nach um vorsorgliche Massnahmen (im materiellen Sinne) geht –, erscheint es aus Gründen des Vertrauensschutzes angezeigt, die Kosten des Kassationsverfahrens (abweichend vom allgemeinen Grundsatz) in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO und in Analogie zu § 66 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. RB 1980 Nr. 14; Kass.-Nr. AA040037 vom 24.3.2004 i.S. Z.c.B., Erw. 3; AA050195 vom 22.2.2006 i.S. Z.c.D., Erw. III/1; AA090007 vom 21.4.2009 i.S. K.c.S., Erw. 3 m.w.Hinw.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO m.w.Hinw. auf die Praxis; Hauser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188 GVG; s.a. BGer 5A_33/2008 vom 26.2.2008, Erw. 2.2; 5A_814/2008 vom 12.3.2009, Erw. 1.2; 1B_10/2009 vom 14.5.2009, Erw. 2).

b) Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdegegner fällt zunächst schon deshalb ausser Betracht, weil diesem im Kassationsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 ZPO) erwachsen sind. Überdies würden die vorstehenden Erwägungen zum Vertrauensschutz auch bezüglich einer allfälligen Entschädigungspflicht Geltung beanspruchen.

4. Beim vorliegenden Beschluss, der das Verfahren betreffend Anordnung der Erbschaftsverwaltung abschliesst, dürfte es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über eine vermögensrechtliche Zivilsache (Art. 72 Abs. 1

BGG) handeln. Deren (Rechtsmittel-)Streitwert richtet sich nach den vor Kassationsgericht (allein) strittig gebliebenen bzw. mit der Beschwerde bemängelten Kostenfolgen für das Rekursverfahren (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG) und beträgt demnach Fr. 2'000.--. Folglich ist gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen (gemäss Art. 72 ff. BGG) nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BGG), was mit Bezug auf die richtige Anwendung kantonalen Rechts allerdings nicht möglich ist (vgl. BGer 4A_12/2008 vom 14.3.2008, Erw. 2; 4A_150/2008 vom 20.5.2008, Erw. 2.2 m.Hinw. auf BGer 4A_512/2007 vom 13.5.2008 = BGE 134 I 184 ff., Erw. 1.3.3). Andernfalls steht gegen ihn lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG offen (was wegen Art. 98 BGG, der für Beschwerden gegen Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen eine Kognitionsbeschränkung statuiert, jedoch keinen wesentlichen Unterschied bezüglich der zulässigen Rügegründe macht).

Hingegen findet die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG (betreffend den Beginn der Anfechtungsfrist für den obergerichtlichen Beschluss vom 15. Dezember 2009) mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in casu keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4; BGer 5A_651/2007 vom 27.11.2007). Ob die (auch insofern) unzutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung (vgl. KG act. 2 S. 4, Disp.-Ziff. 7 Abs. 3) hieran etwas zu ändern vermag, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.

3. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
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, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher 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). Der Streitwert beträgt Fr. 2'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Beschwerdegegner auf dem Rechtshilfeweg unter Beilage einer Kopie von KG act. 1), die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Erbschaftssachen) des Bezirkes Zürich (Proz.-Nr. EN080959), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: