



Kass.-Nr. AA080088/U/mum

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

Zirkulationsbeschluss vom 1. Oktober 2008

in Sachen

1. X.,

...,

vertreten durch Rechtsanwalt _____

2. ...,

Beschwerdeführerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

gegen

Y. AG,

...,

Beschwerdegegnerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

betreffend

**Beschwerde gegen die Willensvollstreckerin
(Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. April 2008 (NL070141/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Am 15. Juni 2005 verstarb der am 6. August 1919 geborene Erblasser A. in Bubikon. In seinem öffentlich beurkundeten Testament vom 5. September 2003 hat er letztwillig über seinen Nachlass verfügt und die Beschwerdegegnerin (Rekursgegnerin) als Willensvollstreckerin eingesetzt (ER act. 2/1a).

b) Mit Eingabe vom 20. November 2006 erhoben die Beschwerdeführerin (Rekurrentin), bei der es sich um eine Tochter des Erblassers handelt (vgl. ER act. 2/1b), sowie ein weiterer Erbe beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. (Erstinstanz) Beschwerde gegen die Beschwerdegegnerin (als Willensvollstreckerin). Damit verlangten sie, das Verhalten der Beschwerdegegnerin, die ihre Aufgaben nicht mit der notwendigen Unabhängigkeit wahrnehme, sondern in einem Interessenkonflikt stehe, angemessen zu sanktionieren und derselben verschiedene Anweisungen zu erteilen (ER act. 1). Nachdem die Verwaltungskommission des Obergerichts eine von den Beschwerdeführern erhobene Rechtsverzögerungsbeschwerde am 19. Juli 2007 abgewiesen hatte (ER act. 24a), erteilte die Erstinstanz der Beschwerdegegnerin mit (Erledigungs-)Verfügung vom 7. September 2007 einen Verweis für die Vernachlässigung ihrer Rechenschaftspflicht; im Übrigen wies sie die Beschwerde ab. Dabei auferlegte sie die Kosten des Verfahrens zu vier Fünfteln den Beschwerdeführern (unter sich zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung für ihren gesamten Anteil) und zu einem Fünftel der Beschwerdegegnerin, und sie verpflichtete Erstere (unter solidarischer Haftbarkeit), Letzterer eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 11'628.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen (ER act. 25 = OG act. 2 = OG act. 5).

c) Gegen den summarrichterlichen Beschwerdeentscheid rekurrierte die Beschwerdeführerin unter dem 12. November 2007 rechtzeitig, wobei sie ihre vor Erstinstanz gestellten Rechtsbegehren wiederholte (OG act. 1). Nach Eingang der ergänzenden Rekursbegründung (OG act. 7) und der Rekursantwort (OG act. 14) fällte die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) am 22. April 2008 den Rekurs(end)entscheid (OG act. 20 = KG act. 2). Damit erteilte

sie der Beschwerdegegnerin verschiedene Weisungen, Empfehlungen sowie einen Verweis für bestimmte Handlungen (Disp.-Ziff. 1-3). Die Kosten des Rekursverfahrens, welche auf Fr. 27'000.-- festgesetzt wurden (Disp.-Ziff. 5), auferlegte sie zu vier Fünfteln der Beschwerdegegnerin und zu einem Fünftel der Beschwerdeführerin (Disp.-Ziff. 6). Zugleich sprach sie der Beschwerdeführerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 4'560.-- für das Rekursverfahren und – unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entschädigungsanordnung – von Fr. 4'605.-- für das erstinstanzliche Verfahren zu (Disp.-Ziff. 7). Schliesslich verteilte sie auch die von den Rekursparteien zu tragenden Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens insofern neu, als der Beschwerdeführerin 3/25 und der Beschwerdegegnerin 15/25 dieser Kosten auferlegt wurden (Disp.-Ziff. 8).

d) Gegen diesen der Beschwerdeführerin am 24. April 2008 zugestellten (OG act. 21/1) Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, vom 26. Mai 2008 datierte, gleichentags zur Post gegebene und damit fristwährend eingereichte (vgl. § 287 ZPO und §§ 191-193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde. Darin stellt die Beschwerdeführerin in der Sache selbst das Begehren um Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 6-8 des vorinstanzlichen Beschlusses (betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen für die Verfahren vor Erst- und Zweitinstanz); für den Fall eines neuen Sachentscheids im Sinne von § 291 Satz 2 ZPO beantragt sie, ihr für die vorinstanzlichen Verfahren keine Prozesskosten aufzuerlegen und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr für diese beiden Verfahren je eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (KG act. 1 S. 2). Inhaltlich richtet sich die Beschwerde mithin einzig gegen die vorinstanzliche Festsetzung der Nebenfolgen.

e) Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 6) und das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (KG act. 1 S. 2) abgewiesen (KG act. 4). Da sich die Beschwerde aus den nachstehend darzulegenden Gründen (vgl. Erw. 2) sofort als unzulässig und sich die Sache somit als spruchreif erweist, kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, die Beschwerde der Beschwerdegegnerin zur freigestellten Beantwortung

und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

2. Vorab stellt sich die Frage nach der Beschwerdefähigkeit des angefochtenen vorinstanzlichen Rekursentscheids, die eine Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung betrifft und daher im Zusammenhang mit der Eintretensfrage von Amtes wegen zu prüfen ist (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) Zwar können gemäss § 281 ZPO Rekursentscheide des Obergerichts grundsätzlich mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht angefochten werden. Nach der Ausschlussvorschrift von § 284 Ziff. 2 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde jedoch unzulässig gegen Entscheide einer Aufsichtsbehörde.

b) Der mit der Beschwerde angefochtene obergerichtliche Beschluss vom 22. April 2008 (KG act. 2) hat (in zweiter Instanz) eine Beschwerde gegen die (Tätigkeit der) Willensvollstreckerin im Sinne von § 218 Abs. 2 ZPO (und nicht die Beurteilung materiellrechtlicher Fragen) zum Gegenstand. Diese Vorschrift stützt sich auf Art. 518 Abs. 1 ZGB, wonach der Willensvollstrecker in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters steht. Dieser wiederum unterliegt nach Art. 595 Abs. 3 ZGB, auf welche Vorschrift Art. 518 Abs. 1 ZGB verweist (Juchler, Anfang und Ende der Willensvollstreckung, Diss. Zürich 1999, S. 126/127; Derrer, Die Aufsicht der zuständigen Behörde über den Willensvollstrecker und den Erbschaftsliquidator, Diss. Zürich 1985, S. 3 ff.), der Aufsicht der Behörde, und die Erben sind befugt, bei dieser gegen dessen Tätigkeit (Aufsichts-)Beschwerde zu führen. (Im Kanton Zürich bezeichnet § 218 Abs. 2 ZPO den bezirksgerichtlichen Einzelrichter im summarischen Verfahren als zuständige Aufsichtsbehörde.) Demnach stellt der vorinstanzliche Beschluss der Sache nach einen Entscheid einer (zweitinstanzlichen) Aufsichtsbehörde über die Willensvollstreckerin dar (vgl. auch das Marginale von § 218 ZPO sowie Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 218 ZPO). Folgerichtig geht die gefestigte Praxis davon aus, dass die Vorschrift von § 284 Ziff. 2 ZPO insbesondere auch auf Verfahren der vorliegenden Art, d.h. auf Beschwerdeverfahren gegen die Willensvollstreckerin,

Anwendung findet (Kass.-Nr. 2000/061 vom 13.3.2000 i.S. F.c.F. et al., Erw. 2; Kass.-Nr. 95/337 vom 5.5.1996 i.S. A.c.H. und F., Erw. II/2.2; 93/372 vom 17.12.1993 i.S. S.c.K. und K., Erw. 2; 275/85 vom 2.10.1985 i.S. S.c.Z., Erw. 2; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 7; s.a. BGer 5A_485/2007 vom 19.12.2007, Erw. 1). Der angefochtene Beschluss (als solcher) ist mithin 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 Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsstreits nicht Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde an die Kassationsinstanz bilden. Vielmehr gilt der Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde in der Hauptsache auch für die Nebenfolgenregelung (Kass.-Nr. 98/099 vom 30.3.1998 i.S. N.c.F., Erw. 3 m.w.Hinw.; 2001/332 vom 15.1.2002 i.S. Z.c.V., Erw. 6; Kass.-Nr. AA040186 vom 30.12.2004 i.S. T.c.T., Erw. 2/c; AA050196 vom 16.01.2006 i.S. E.c.S., Erw. 2). 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.

Dass gegen den vorinstanzlichen Rekurs(end)entscheid keine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden kann, war für die Beschwerdeführerin im Übrigen auch daraus ersichtlich, dass darin keine dahingehende Rechtsmittelbelehrung enthalten ist (s. KG act. 2 S. 33/34, Disp.-Ziff. 11), welche bei Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde obligatorisch wäre (vgl. § 157 Ziff. 12 GVG in Verbindung mit § 188 GVG).

c) Die Beschwerde richtet sich somit gegen einen nicht beschwerdefähigen Entscheid bzw. gegen nicht beschwerdefähige Anordnungen (einer Aufsichtsbehörde). Sie ist folglich unzulässig (§ 284 Ziff. 2 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).

3. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die sich nach den Ansätzen (insbes. § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2) der (revidierten) GGebV vom 4. April 2007 richten (vgl. § 19 GGebV) und in einer sämtliche Kosten abdeckenden (und gemäss § 4 Abs. 2, § 7 und § 10 Abs. 1 GGebV [analog] erheblich zu reduzierenden) Gerichtsgebühr bestehen (§ 2 Abs. 3 GGebV), in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der mit ihren (Rechtsmittel-)Anträgen unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a). Da der Beschwerdegegnerin vor Kassationsgericht keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO) entstanden sind, fällt die Zuspprechung einer Prozessentschädigung ausser Betracht.

4. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache weder miet- noch arbeitsrechtlicher Natur (vgl. BGer 5A_485/2007 vom 19.12.2007, Erw. 1). Deren (Rechtsmittel-)Streitwert richtet sich nach den vor Kassationsgericht (allein) strittig gebliebenen bzw. mit der Beschwerde bemängelten Kosten- und Entschädigungsfolgen für die beiden vorinstanzlichen Verfahren (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG; s.a. BGer 4A_5/2007 vom 23.3.2007, Erw. 1) und dürfte im Lichte der beschwerdeführerischen Anträge und deren Begründung – die Beschwerdeführerin verlangt, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 4,5 bis 5 Mio., die vollständige Befreiung von dem ihr auferlegten Kostenanteil in der Höhe von insgesamt rund Fr. 6'925.-- (s. KG act. 2, Disp.-Ziff. 4-6 und 8) sowie, anstelle der ihr gesamthaft zugesprochenen Fr. 9'165.-- (s. KG act. 2, Disp.-Ziff. 7), die Zuspprechung je einer vollen, nach § 3 Abs. 1, § 7 und § 12 Abs. 1 AnwGebV zu bemessenden Prozessentschädigung für das erstinstanzliche und für das Rekursverfahren (vgl. KG act. 1 S. 2, 5 und 8) – über Fr. 30'000.-- liegen. Deshalb ist davon auszugehen, dass gegen den vorliegenden Beschluss aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Beschwerdegründen die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG (insbes. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 BGG) zulässig ist (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b

BGG). Sollte das Bundesgericht bei einem allfälligen Weiterzug indessen zum Schluss kommen, der Streitwert (vor Kassationsgericht) liege unter Fr. 30'000.--, stünde gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid einzig die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen, zumal sich mit Bezug auf die richtige Anwendung kantonalen Rechts (auf welches sich der vorliegende Nichteintretensentscheid stützt) keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) stellen kann (vgl. BGer 4A_12/2008 vom 14.3.2008, Erw. 2; 4A_150/2008 vom 20.5.2008, Erw. 2.2 m.Hinw. auf 4A_512/2007 vom 13.5.2008). Ob der für die Zulässigkeit der (ordentlichen) Beschwerde erforderliche Streitwert gegeben ist oder ob statt dessen lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde offensteht, wäre letztlich vom Bundesgericht zu entscheiden, das die Frage des Streitwerts (als Rechtsmittelvoraussetzung) von Amtes wegen prüft (Art. 29 Abs. 1 BGG). Die der Beschwerdeführerin (gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG) zu erteilende Rechtsmittelbelehrung steht unter diesem Vorbehalt.

Hingegen findet die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG (betreffend den Beginn der Anfechtungsfrist für den vorinstanzlichen Entscheid) mangels Zulässigkeit der vorliegenden Kassationsbeschwerde in casu keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4). Die Frist für die (direkte) Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses vom 22. April 2008 beim Bundesgericht beginnt mit der Zustellung des vorliegenden Entscheids somit nicht neu, soweit eine solche unter dem Aspekt der Letztinstanzlichkeit (Art. 75 Abs. 1 BGG) überhaupt statthaft wäre.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen 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. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Q. (Proz.-Nr. EA060002), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: