



Kass.-Nr. AA080010/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Michaela Bürger

## **Zirkulationsbeschluss vom 24. Dezember 2008**

in Sachen

1. **A.**,  
...

2. **B.**,  
...

Beklagte, Rekursgegner und Beschwerdeführer

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

1. **C.**,  
...

2. **D.**,  
...

Kläger, Rekurrenten und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Befehl / Vollstreckung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2007 (NL070112/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien sind Eigentümer zweier benachbarter, je mit einem Einfamilienhaus überbauter Grundstücke in der Gemeinde \_\_\_\_\_. Am 25. April 2003 schlossen A. und B. (nachfolgend die Beschwerdeführer) sowie C. und D. (nachfolgend die Beschwerdegegner) im Rahmen eines Verfahrens am Bezirksgericht \_\_\_\_\_ betreffend Nachbarrecht (Prozessnummer CG010041) anlässlich einer Referentenaudienz unter Mitwirkung des Gerichts einen Vergleich. Unter anderem wurde was folgt vereinbart:

"1. a) Die Beklagten und Widerkläger (nachfolgend Beklagte) [*Anmerkung des Kassationsgerichts: die heutigen Beschwerdegegner*] verpflichten sich, die auf ihrem Grundstück stehende Rottanne bis spätestens Ende August 2003 fällen zu lassen. Die Kläger und Widerbeklagten (nachfolgend Kläger) [*Anmerkung des Kassationsgerichts: die heutigen Beschwerdeführer*] beauftragen einen geeigneten Fachmann mit dem Fällen des Baumes.

b) Die Kläger ihrerseits verpflichten sich, innert 30 Tagen nach der vollständigen Entfernung der Rottanne die vorhandenen Mängel der Baugrundaufschüttung im Bereich der gemeinsamen Grenze gemäss Ziffer lit. B der Parteivereinbarung vom 13. September 1996 beheben zu lassen (Auffüllung mit wasser-durchlässigem Wandkies und einer Humusschicht von 50 cm). Die Kläger beauftragen mit der Sanierung ein von den Beklagten akzeptiertes Gartenbauunternehmen. Die Arbeiten werden in Absprache mit den Beklagten und gemäss deren Weisung ausgeführt. Sofern notwendig wird auch die sich auf dem Grundstück der Kläger befindliche Sickerleitung fachgerecht saniert.

[...]"

In der Folge wurde das Verfahren mit Beschluss vom 30. April 2003 als durch Vergleich erledigt abgeschrieben (ER act. 3/2).

2. a) Mit Eingabe vom 23. August 2004 leiteten die Beschwerdegegner - deren Rottanne zwischenzeitlich bereits entfernt worden war - am Bezirksgericht \_\_\_\_\_ beim Einzelrichter im summarischen Verfahren zwecks Vollstreckung des Vergleiches vom 25. April 2003 ein Befehlsverfahren ein (ER act. 1). Unter anderem liessen sie beantragen, es sei den Beschwerdeführern unter Androhung der

Zwangsvollstreckung im Sinne von § 360 ff. ZPO zu befehlen, die Baugrundaufschüttung mit wasserdurchlässigem Wandkies und einer Humusschicht von 50 cm aufzufüllen; mit der Ausführung sei ein von den Beschwerdegegnern akzeptiertes Gartenbauunternehmen zu beauftragen (ER act. 1 S. 2).

b) Nach Durchführung der Hauptverhandlung, zwei Vergleichsgesprächen und einem Beweisverfahren wies die Einzelrichterin im summarischen Verfahren das Begehren der Beschwerdegegner mit unbegründeter Verfügung vom 22. Dezember 2006 ab (ER act. 62). In der Folge verlangten die Beschwerdegegner eine Begründung, welche den Parteien am 22. August 2007 zugestellt wurde (ER act. 66 und act. 67). Innert Frist erhoben die Beschwerdegegner gegen die Verfügung Rekurs (OG act. 1).

3. Die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich hiess den Rekurs der Beschwerdegegner mit Beschluss vom 17. Dezember 2007 gut und wies den Stadtammann der Gemeinde \_\_\_\_\_ an, auf erstes Verlangen der Beschwerdegegner ein Gartenbauunternehmen zu beauftragen, die Baugrundaufschüttung entlang der gemeinsamen Grenze der Liegenschaften der Parteien gemäss Ziffer lit. B der Parteivereinbarung vom 13. September 1996 zu sanieren, und zwar durch Auffüllung mit wasserdurchlässigem Wandkies und einer Humusschicht von 50 cm (OG act. 14 = KG act. 2).

4. a) Gegen diesen obergerichtlichen Entscheid richtet sich die fristgerecht (vgl. § 287 ZPO; OG act. 15/1 und act. 15/2) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1) der Beschwerdeführer. Diese lassen insbesondere beantragen, es seien dessen Dispositivziffern 1.a und 1.b aufzuheben, eventuell unter Zurückweisung des Prozesses an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2).

b) Die den Beschwerdeführern auferlegte Prozesskaution von Fr. 2'000.– (KG act. 4) leisteten diese innert Frist (KG act. 12). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 11). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 10/2) Beschwerdeantwort beantragen die Beschwerdegegner die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde und die Bestätigung des Beschlusses der Vorinstanz (KG act. 13 S. 2).

## II.

1. a) Gegen den angefochtenen Rekursentscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (§ 281 ZPO). Ein Ausschlussgrund im Sinne von § 284 ZPO liegt nicht vor.

b) Gegen Entscheide, die dem Weiterzug ans Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde grundsätzlich nicht zulässig. Der Weiterzug ans Bundesgericht in diesem Sinne ist gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Gemäss vorinstanzlicher Feststellung beträgt der Streitwert Fr. 9'000.– (KG act. 2 S. 13). Eine Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 72 BGG wäre demnach nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte (Art. 74 BGG). Davon ist bei den vom Beschwerdeführer vorgetragenen Rügen für das vorliegende Verfahren nicht auszugehen (für das bundesgerichtliche Verfahren würde das Bundesgericht auf entsprechende Rügen selbstverständlich selbständig entscheiden). Verfassungsmässige Rügen, welche das Bundesgericht im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde nach §§ 113 ff. BGG frei prüfte, trägt der Beschwerdeführer in der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde nicht vor. § 285 ZPO steht der Beschwerde nicht entgegen.

c) Das Nichtigkeitsverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Es ist nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid an einem Nichtigkeitsgrund leidet (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16). Die möglichen Nichtigkeitsgründe sind in § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO aufgeführt. Eine Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides erfolgt nur im Rahmen der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nichtigkeitsgründe. Auf allfällige Nichtigkeitsgründe, die nicht geltend gemacht wurden, darf die Kassationsinstanz nicht eintreten (von Rechenberg, a.a.O., S. 17, mit Verweisung auf § 290 ZPO).

In der Nichtigkeitsbeschwerde muss genau angeführt werden, worin der Beschwerdeführer den Nichtigkeitsgrund sieht (von Rechenberg, a.a.O., S. 18). Dazu muss sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen

Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.).

2. a) Der erste Teil der Beschwerdebegründung enthält insbesondere Ausführungen zum Sachverhalt. Irgendwelche Rügen erheben die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang nicht (KG act. 1 S. 2 ff., Ziffern 1-5.2). Es ist daher auf jene Darlegungen nicht weiter einzugehen. Anzumerken ist lediglich Folgendes: Die Beschwerdeführer führen in Ziffer 5.1 der Beschwerde (KG act. 1) aus, im Prozess um die Beseitigung der Rottanne wäre auf die Widerklage der Beschwerdeführer mit (unter anderem) dem Antrag, es seien die Mängel entlang der gemeinsamen Grenze durch die unsachgemässe Bauaufschüttung zu beheben, nicht einzutreten gewesen. Damit nehmen sie Bezug auf das Verfahren Nr. CG010041 am Bezirksgericht \_\_\_\_\_ (ER act. 4). Anfechtungsobjekt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist jedoch ausschliesslich der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2007 (OG act. 14 = KG act. 2), der sich gegen den Entscheid vom 22. Dezember 2006 im Vollstreckungsverfahren mit der Nummer EU040103 richtet (ER act. 66). So-

weit sich die beschwerdeführerischen Anträge und Vorbringen gegen andere Verfahren bzw. Entscheide richten (hier also sinngemäss gegen einen Zirkularbeschluss vom 30. April 2003 der I. Abteilung des Bezirksgerichts \_\_\_\_\_ im vorangegangenen Erkenntnisverfahren; ER act. 4/40), ist darauf im aktuellen Vollstreckungsverfahren nicht einzutreten.

b) Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, das Vorgehen der Beschwerdegegner sei trölerisch (KG act. 1 S. 6, Ziff. 5.1) und Letztere bzw. deren Sanierungsbegehren würden bzw. würde gegen Art. 2 ZGB, §§ 50 und 51 ZPO sowie ferner gegen Art. 20 Abs. 1 und 2 OR verstossen, wenn sie trotz ihres Wissens hinsichtlich der Mängelfreiheit auf der Sanierung der nicht existenten Mängel der Baugrundaufschüttung beharrten (KG act. 1 Ziffern 5.3-5.4), kritisieren die Beschwerdeführer die Beschwerdegegner. Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde kann jedoch nicht das Verhalten oder Aussagen einer Partei, sondern ausschliesslich der angefochtene Entscheid sein. Abgesehen davon, dass die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführer ungenügend substantiiert sind (vgl. zu den diesbezüglichen Anforderungen vorstehend Abs. 2 von Ziffer 1.c), legen die Beschwerdeführer nicht dar, dass und an was für einem Nichtigkeitsgrund der angefochtene Beschluss in diesem Zusammenhang zu ihrem Nachteil leide. Auf diese Ausführungen kann nicht eingetreten werden.

c) In erster Linie machen die Beschwerdeführer jedoch sinngemäss geltend, die Vorinstanz sei in willkürlicher Weise davon ausgegangen, die entscheidende Ziffer 1.b des mit Zirkularbeschluss vom 30. April 2003 vorgemerkten Vergleichs vom 25. April 2003 (ER act. 4/40) sei klar und eindeutig (vgl. z.B. zusammengefasst in Ziffer 6.5 der Beschwerde: "Die Vorinstanz stellt zu Unrecht fest, dass der Vergleich unmissverständlich beinhalte, was von den Beschwerdeführern vorzukehren sei").

Mit der Rüge, die Vorinstanz habe einen Vollstreckungsbefehl erteilt, ohne dass ein entsprechender Vollstreckungstitel vorgelegen habe, machen die Beschwerdeführer sinngemäss die Verletzung von § 222 Ziff. 1 ZPO geltend. Dabei handelt es sich um eine Zuständigkeitsvorschrift und damit um einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Die Frage, ob Zif-

fer 1.b des mit Zirkularbeschluss vom 30. April 2003 vorgemerkten Vergleichs klar ist, ist als eine Vorfrage zum Thema, ob dem Obergericht ein Verfahrensfehler unterlaufen sei, vom Kassationsgericht zu prüfen (Kass.-Nr. 449/88, Entscheid vom 25. Juni 1989 i.S. O., Erw. II.2).

Wie die betreffende Bestimmung in Ziffer 1.b des im Erkenntnisverfahren vorgemerkten Vergleichs lautet, wurde oben in Ziffer I.1 bereits ausgeführt. Im Vollstreckungsverfahren ist zu prüfen, ob eine Bestimmung die zur Vollstreckung notwendige Klarheit erreicht; allenfalls sind zur Auslegung auch die Erwägungen des zu vollstreckenden Entscheides beizuziehen (Haubensak, Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1975, S. 76 f.). Der Gegenstand der Zwangsvollstreckung muss sich klar, eindeutig, auch für jeden Dritten eindeutig, direkt und unmissverständlich aus dem Vollstreckungstitel ergeben, sodass über den Inhalt und die Tragweite der Verpflichtung Zweifel nicht übrigbleiben. Der Auslegung des Vollstreckungstitels sind damit enge Grenzen gesetzt (ZR 90 Nr.15, Erw. 3.2.1).

Die Vorinstanz ging im angefochtenen Beschluss davon aus, aus dem Vergleich vom 25. April 2003 ergebe sich unmissverständlich, was Gegenstand der Vollstreckung bilden solle (OG act. 14 = KG act. 2 S. 9, Ziff. 3.4). Der Wortlaut jenes Vergleichs spreche klar von "die vorhandenen Mängel". Nach allgemeinem Sprachverständnis sei demzufolge davon auszugehen, dass zur Zeit des Vergleichsabschlusses Mängel bestanden hätten. Sodann werde in einem Absatz des Vergleichs präzisiert, was als Mangel zu verstehen sei bzw. was saniert werden solle, nämlich "Mängel der Baugrundaufschüttung im Bereich der gemeinsamen Grenze gemäss Ziffer lit. B der Parteivereinbarung vom 13. September 1996 [...] (Auffüllung mit wasserdurchlässigem Wandkies und einer Humusschicht von 50cm)". Somit sei unerheblich, ob es sich um einen objektiven Mangel handle, denn die Parteien hätten die Mangelhaftigkeit in ihrem Vergleich selbst definiert und festgehalten. Der Wortlaut sei damit hinsichtlich des zu sanierenden Bereichs wie auch in Bezug auf den Mangel klar. Auch sei weder von einer blossen Teilsanierung noch von einem vorerst zu bestimmenden Mangel bzw. weiteren Abklärungen, Bodenanalysen etc. die Rede. Auch unter Berücksichtigung der systema-

tischen Stellung der streitigen Vergleichsformulierung (Ziffer 1.a enthalte die Pflichten der Beschwerdegegner und Ziffer 1.b jene der Beschwerdeführer, was eindeutig als Austauschverhältnis erscheine) und da Ziffer 1.b des Vergleichs sorgfältig formuliert und bis in alle Einzelheiten durchdacht erscheine, sei zum Schluss zu kommen, dass ein klarer und eindeutiger Vollstreckungstitel vorliege (KG act. 2 S. 7 ff.).

Die Beschwerdeführer machen demgegenüber geltend, mit der Formulierung "vorhandene Mängel" sei gemeint, es seien nur Mängel zu sanieren, soweit solche vorhanden seien (was gemäss Bodenanalyse nicht der Fall sei). Hätten die Arbeiten gestützt auf die Vereinbarung vom 13. September 1996 unabhängig davon nochmals neu geleistet werden müssen, so hätte dies ausdrücklich gesagt werden müssen; jedenfalls hätte erwähnt werden müssen, dass die gesamte Aufschüttung zu beseitigen und alsdann neu einzubringen sei. Die Formulierung hätte auf alle Fälle klarer vorgenommen werden müssen. Bei ganzheitlicher Auslegung hätte die Vorinstanz die (bekannten) Umstände, die zum Vergleichsschluss vom 25. April 2003 geführt hätten, mitberücksichtigen müssen. Dabei wäre es leicht erkennbar gewesen, welches der wirkliche Wille der Parteien gewesen wäre. Es hätte der von der Vorinstanz vorgenommenen Auslegungskrobatik nicht bedurft, um den Dissens festzustellen (KG act. 1 S. 7 f.).

Zur Prüfung der Frage, ob die Beschwerdegegner ihr Vollstreckungsbegehren auf einen klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Vollstreckungstitel abstützen vermögen, ist die Vorinstanz richtigerweise primär vom präzisen und deutlichen Wortlaut von Ziffer 1.b des am 25. April 2003 zwischen den Parteien unter Mitwirkung des Gerichtes geschlossenen Vergleichs ausgegangen. Folgerichtig schloss sie, dass nach allgemeinem Sprachverständnis anzunehmen sei, dass beim gewählten Ausdruck ("vorhandene Mängel") davon auszugehen sei, dass zur Zeit des Vergleichsabschlusses auch wirklich Mängel bestanden hätten. Aufgrund des Umstandes, dass der Vergleich sorgfältig formuliert und bis in alle Einzelheiten durchdacht erschien, bestand weder Grund, daran zu zweifeln, dass der Text nicht den wahren Sinn wiedergeben würde noch An-

lass, einen allfällig "wirklichen" oder zumindest mutmasslichen Willen der Parteien zu erforschen.

Nicht zu überzeugen vermag die Argumentation der Beschwerdeführer, es hätte im Vergleich ausdrücklich gesagt werden müssen, dass die Arbeiten unabhängig davon, ob die Baugrundaufschüttung in Ordnung sei oder nicht, neu (nochmals) geleistet werden müssten. Indem die Parteien in einem Absatz von Ziffer 1.b des Vergleichs präzisierten, was als Mangel zu verstehen sei bzw. was saniert werden solle, war gerade eben klar, dass zur Zeit des Vergleichsabschlusses Mängel bestanden. Diese Mängel vereinbarte man denn auch zu beheben.

Wenn die Beschwerdeführer ausführen, bei der Auslegung hätte die Vorinstanz die Umstände, die zum Vergleichsschluss vom 25. April 2003 geführt hätten, mitberücksichtigen müssen (KG act. 1 S. 8), so verkennen sie auch Folgendes: Selbst wenn der Wortlaut des Entscheids als unklar oder lückenhaft bezeichnet werden müsste, darf der Vollstreckungsrichter zur Auslegung des Dispositivs nur die Erwägungen des Entscheids, und nicht auch die Ausführungen der Parteien im Verfahren oder deren Verhalten nach Erlass des Entscheids, heranziehen (vgl. ZR 90 Nr. 15, Erw. 4). Aufgrund der Deutlichkeit der Worte der Vereinbarung stand dies vorliegend aber wie gesagt auch nicht zur Diskussion.

Sodann legte die Vorinstanz die Vereinbarung der Parteien durchaus ganzheitlich aus. Unter ganzheitlicher Auslegung ist zu verstehen, dass die einzelnen Vertragsbestimmungen unter Mitberücksichtigung des Vertragsganzen ausgelegt werden (vgl. BGE 128 III 267). Diese Regel weist auf das systematische Element der Auslegung hin (Gauch/ Schluép/ Schmid/ Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003, N 1229). Indem die Vorinstanz Ziffer 1.a des Vergleichs mit dessen Ziffer 1.b verglich, berücksichtigte sie, dass jede Bestimmung eines Vertrags bzw. einer Vereinbarung zugleich als Auslegungshilfe für die andere dienen sollte. Die Rüge geht auch unter diesem Gesichtspunkt fehl.

d) Im Übrigen geht es denn in einem Vollstreckungsverfahren auch nicht darum, die Richtigkeit des in Rechtskraft erwachsenen Entscheides zu überprüfen oder eine erneute materielle Prüfung des Entscheids vorzunehmen (Kass.-Nr. 449/88, Entscheid vom 25. Juni 1989 i.S. O., Erw. II.4; ZR 95 Nr. 19, Erw. 3). Folglich kann es keine Rolle spielen, weshalb die Vereinbarung vom 25. April 2003 geschlossen wurde. Somit ist nicht von Bedeutung, ob die Begehren der Widerklage der Beschwerdegegner im Erkenntnisverfahren sich mangels eines Austauschverhältnisses als "Nonvaleurs" erwiesen oder nicht (KG act. 1 S. 10). Würden all diese Fragen trotz des klaren und eindeutigen vollstreckbaren Entscheids wieder aufgeworfen, lebte der im Erkenntnisverfahren entschiedene bzw. damals durch Vergleich erledigte Konflikt wieder auf, was gerade eben nicht Sinn und Zweck des Vollstreckungsverfahrens sein sollte (ZR 95 Nr. 19, Erw. II.2.c.cc, S. 60).

e) Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, "es sei der von der ersten Instanz festgestellte Dissens tatsächlich gegeben" (KG act. 1 S. 9 f.). Es hätte der vorinstanzlichen Auslegungsakrobatik nicht bedurft, um den Dissens festzustellen (KG act. 1 S. 8). Diesbezüglich sind die Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz lediglich die Aufgabe hatte, den Inhalt und Zweck des Erkenntnisses *mittels Auslegung* zu ermitteln, und nicht jene, einen allfälligen Dissens bezüglich des im Erkenntnisverfahren geschlossenen Vergleichs festzustellen. Beim Auslegungsstreit - der vom Konsensstreit zu unterscheiden ist - geht es nämlich nicht um die Frage, ob ein Konsens vorliegt oder die Vereinbarung mangels eines solchen in einem wesentlichen Punkt gescheitert ist. Im Vollstreckungsverfahren, wo der Auslegung enge Grenzen gesetzt sind (ZR 90 Nr. 15, Erw. 3.2.1), prüfte die Vorinstanz zu Recht die Konsensfrage nicht, sondern ging davon aus, dass der Vergleich durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande gekommen war (vgl. dazu Gauch/ Schluemp/ Schmid/ Rey, a.a.O., N 1197 ff.). Nachdem die Beschwerdeführer aber ohnehin nicht belegen, dass bzw. wo die Vorinstanz die ihres Erachtens willkürliche und falsche Auffassung vertreten haben soll, es liege ein Konsens bezüglich der Vereinbarung vom 25. April 2003 vor, führt bereits der Umstand der ungenügenden Substantiierung

(vgl. oben Ziffer 1.c Abs. 2) hinsichtlich der soeben behandelten Rüge zu einem Nichteintretensentscheid.

f) Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz keinen Nichtigkeitsgrund setzte, indem sie den Vergleich der Parteien primär aufgrund des Wortlautes aber ergänzend auch mittels weiterer Auslegungsmittel auslegte und befand, die entscheidende Ziffer des Vergleichs der Parteien sei klar. Daraus durfte sie schliessen, dass sich aus dem klaren Titel eindeutig ergebe, was den Beschwerdegegnern inhaltlich und umfangmässig zugesprochen worden sei. Wenn sie gestützt darauf den Vollstreckungsbefehl erteilte, verletzte sie keinen wesentlichen Verfahrensgrundsatz.

3. a) Nachdem die Beschwerdeführer mit der formellen Einrede, es liege kein klarer und eindeutiger Vollstreckungstitel vor, nicht durchdringen, ist deren (singemässe) materielle Einrede der Unmöglichkeit zu prüfen (vgl. Beschwerdebegründung KG act. 1 S. 7: "[...] da die Sanierung einer intakten Anlage schon begrifflich unmöglich ist [...]"; sowie S. 8: "Willkürlich ist damit auch die Auffassung der Vorinstanz, die [...] die Sanierung einer nicht sanierbaren, weil mängelfreien Arbeit anordnet"; ebenso S. 9: "Weil beide Parteien wussten, dass keine Mängel bestanden und demgemäss auch keine saniert werden konnten, [...]).

b) Nebst Einreden formeller Art gegen das Vollstreckungsverfahren können in materieller Hinsicht auch anspruchshemmende oder anspruchsaus-schliessende Einwendungen wie Tilgung, Stundung, Erlass, Unmöglichkeit der Erfüllung usw. vorgebracht werden (ZR 86 Nr. 34, Erw. 3.a). Bei der Einrede der Unmöglichkeit kann es sich grundsätzlich um eine rechtliche Unmöglichkeit handeln, zum anderen kann eine Leistung aber auch tatsächlich unmöglich sein (entweder ist sie dies schon vor Vertragsabschluss, oder sie wird es erst nachher). Einreden der Unmöglichkeit von Seiten des Beklagten darf nicht leichthin stattgegeben werden, da sie die Realexekution endgültig ausschliessen. So kann eine blosser, sich nicht auf schlüssige Indizien stützende Behauptung, nicht mehr im Besitz einer herauszugebenden Sache zu sein, noch nicht zur Einstellung des Vollstreckungsverfahrens führen. Vielmehr ist es die Aufgabe der Hilfsorgane des Vollstreckungsrichters (Gemeindeammann und Polizei), bei zweideutigen Fällen

die Unmöglichkeit in der letzten Phase des Vollstreckungsverfahrens festzustellen. Erst anschliessend kann das Vollstreckungsverfahren durch den Einzelrichter eingestellt werden (Haubensak, a.a.O., S. 78 f.).

c) Diese theoretischen Ausführungen sind für das aktuelle Verfahren nicht von grosser Relevanz, zeigen aber, dass die Anforderungen hoch sind, damit die Einrede der Unmöglichkeit zur Einstellung des Vollstreckungsverfahrens führt. Eine nähere Überprüfung kann vorliegend entfallen: Die Beschwerdeführer zeigen in ihrer Beschwerde nämlich nicht auf, wo sie bereits vor Vorinstanz die Einrede betreffend Unmöglichkeit der Erfüllung geltend gemacht haben. Mit anderen Worten fehlt in der Beschwerdeschrift die Bezeichnung derjenigen Aktenstelle(n), auf welche sich die Beschwerdeführer diesbezüglich stützen wollen. Somit gelten ihre Behauptungen mangels Belegstelle als Noven, auf welche nicht weiter einzugehen ist.

4. Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermögen. Damit ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Kassationsverfahrens den Beschwerdeführern aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO).

2. Die Beschwerdeführer sind zudem zu verpflichten, die Beschwerdegegner für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Mangels eines entsprechenden Antrags ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschlagen (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Juni 2006).

### IV.

1. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren Streit-

wert bei Fr. 9'000.– und damit weit unter Fr. 30'000.– liegt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Folglich ist gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen (gemäss Art. 72 ff. BGG) nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine (der bundesgerichtlichen Prüfung zugängliche) Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 1 lit b und Abs. 2 lit. a BGG). Andernfalls steht gegen ihn lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG offen.

2. Ausserdem beginnt mit der Zustellung dieses Beschlusses die dreissigtägige Frist zur allfälligen Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses beim Bundesgericht neu zu laufen (Art. 100 Abs. 6 BGG; siehe auch KG act. 2 S. 13, Dispositivziffer 7 Abs. 3).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 1'200.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.
4. Die Beschwerdeführer werden je zur Hälfte, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag, verpflichtet, den Beschwerdegegnern zusammen für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 1'200.– zu bezahlen.
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. 9'000.–

.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichts vom 17. Dezember 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht (gemäss Art. 72 ff. oder Art. 113 ff. BGG) neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht \_\_\_\_\_ (ad EU040103), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: