



---

Kass.-Nr. AA090007/U/Np

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

## Zirkulationsbeschluss vom 21. April 2009

in Sachen

X.,

...,

Beschwerdeführerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. \_\_\_\_\_ und lic. iur. \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

...,

Beschwerdegegner, Rekursgegner und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Beschwerde gegen den Willensvollstrecker  
(Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

im Nachlass von Z.

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Dezember 2008 (NL080162/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Am 19. Mai 2003 verstarb der am 25. Dezember 1924 geborene Erblasser Z. in A. Mit eigenhändiger letztwilliger Verfügung vom 12. Mai 1999 und öffentlicher letztwilliger Verfügung vom 21. Mai 1999 verfügte der Erblasser über seinen Nachlass (vgl. KG act. 2 S. 2, Erw. 1.1).

b) Mit Eingabe vom 12. Februar 2007 (ER act. 1) erhob die Beschwerdeführerin (Rekurrentin), bei der es sich um die Ehefrau des Erblassers handelt, beim Einzelrichter im summarischen Verfahren (Erbschaftssachen) des Bezirkes Q. (Erstinstanz) Beschwerde gegen den Beschwerdegegner (als Willensvollstrecker im Nachlass des Erblassers), wobei sie – als ultima ratio – die Absetzung des Beschwerdegegners als Willensvollstrecker verlangte. Zur Begründung machte sie geltend, der Beschwerdegegner, der in einem Interessenkonflikt stehe, vernachlässige seine Pflicht zur Feststellung des gesamten Nachlasses. Insbesondere zeige er nur ungenügende Bemühungen, nach den Steuerbehörden nicht deklarierten Vermögenswerten des Erblassers zu forschen und diese in die bevorstehende Erbteilung einzubeziehen. Mit (Erledigungs-)Verfügung vom 11. Juli 2008 wies die Erstinstanz die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Beschwerdeführerin ab, soweit sie darauf eintrat (ER act. 58). Dabei setzte sie – ausgehend von einem Streitwert von Fr. 89'830'000.-- – die Gerichtsgebühr auf Fr. 584'888.-- und die Prozessentschädigung für den Beschwerdegegner auf Fr. 379'163.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) fest (vgl. KG act. 2 S. 3, Erw. 1.3-1.4 m.Hinw. auf ER act. 58 S. 122 und 124).

c) Gegen die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. Oktober 2008 Kostenbeschwerde und Rekurs mit den Anträgen, die Gerichtsgebühr auf Fr. 23'062.50 und die Prozessentschädigung auf Fr. 24'000.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) festzusetzen (OG act. 1, insbes. S. 2). Nach abgeschlossenem Schriftenwechsel (vgl. OG act. 11, 13 und 15) entschied die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) mit Beschluss vom 8. Dezember 2008 unter Hinweis auf § 206 Satz 2 GVG über beide Rechtsmittelanträge im Rahmen des Rekursverfahrens.

Dabei hob sie die Dispositiv-Ziffern 2 und 4 der erstinstanzlichen Verfügung in teilweiser Gutheissung des Rekurses auf und setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 450'000.-- und die Prozessentschädigung auf Fr. 320'000.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) fest; im Übrigen wurde der Rekurs abgewiesen. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens auferlegte die Vorinstanz zu 80% der Beschwerdeführerin und zu 5% dem Beschwerdegegner; im übrigen Umfang (15%) wurden sie auf die Gerichtskasse genommen. Zugleich wurde dem Beschwerdegegner für das Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 7'000.-- zugesprochen (KG act. 2).

d) Gegen diesen der Beschwerdeführerin am 10. Dezember 2008 zugestellten Rekursentscheid richtet sich die vorliegende, vom 9. Januar 2009 datierte, gleichentags zur Post gegebene und somit rechtzeitig eingereichte (vgl. § 287 ZPO sowie § 140 Abs. 2 und §§ 191-193 GVG) Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Darin stellt die Beschwerdeführerin in der Sache selbst das Begehren um Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4 und 5 des vorinstanzlichen Beschlusses (betreffend die Entschädigungsfolgen für die Verfahren vor Erst- und Zweitinstanz sowie die Kostenverteilung im Rekursverfahren) und die Rückweisung der Sache zur diesbezüglichen Neuurteilung an die Vorinstanz; überdies ersuchte sie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (KG act. 1 S. 2). Daneben hat die Beschwerdeführerin die Festsetzung der Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren am 9. Januar 2009 (direkt) mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten (vgl. KG act. 1 S. 3, Rz 2-4, und KG act. 7). Inhaltlich richtet sich die vorliegende Beschwerde mithin einzig gegen die vorinstanzliche Festsetzung der Entschädigungsfolgen.

e) Mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2009 wurde das prozessuale Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (KG act. 5). Weitere prozessuale Anordnungen erfolgten bislang nicht. Da sich die Beschwerde aus den nachstehend darzulegenden Gründen (vgl. Erw. 2) sofort als unzulässig erweist und die Sache somit spruchreif ist, kann von solchen, insbesondere auch von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO, abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, die Beschwerde der Beschwerdegegnerin zur frei-

gestellten 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. 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) 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 8. Dezember 2008 (KG act. 2) hat (in zweiter Instanz) eine Beschwerde gegen den Willensvollstrecker im Sinne von § 218 Abs. 2 ZPO bzw. die Nebenfolgen eines solchen Beschwerdeverfahrens (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, gegen dessen Entscheidung unter den Voraussetzungen von § 272 Abs. 1 ZPO rekuriert werden kann.) Demnach stellt der vorinstanzliche Beschluss der Sache nach einen Entscheidung einer (zweitinstanzlichen) Aufsichtsbehörde über den Willensvollstrecker 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 den Willensvollstrecker, 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; neustens auch ZR 108 Nr. 4; 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). Die Streitsache als solche 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 Entschädigungsfolgen 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. AA050196 vom 16.01.2006 i.S. E.c.S., Erw. 2/b; AA040186 vom 30.12.2004 i.S. T.c.T., Erw. 2/c; Kass.-Nr. 2001/332 vom 15.1.2002 i.S. Z.c.V., Erw. 6; 98/099 vom 30.3.1998 i.S. N.c.F., Erw. 3 m.w.Hinw.; 93/372 vom 17.12.1993 i.S. S.c.K. und K., Erw. 2 a.E.). 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 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, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, 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. 20, 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 mithin nicht zu begründen bzw. 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, d.h. nicht dazu führen, dass auf ein als solches unzulässiges Rechtsmittel eingetreten wird (ebenso BGer 1P.83/2006 vom 27.3.2006, Erw. 1.5.3; 4A\_94/2008 vom 8.5.2008, Erw. 1.4).

3. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) wären die Kosten des vorliegenden Kassationsverfahrens gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren anwendbaren allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) an sich der mit ihrem (Rechtsmittel-)Antrag (auf teilweise Aufhebung des angefochtenen Beschlusses) unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a). 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 beschwerdeführende Partei hauptsächlich aufgrund der unzutreffenden vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung veranlasst sah, gegen den obergerichtlichen Rekursentscheid kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zu führen. Da die Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Rechtsmittelbelehrung (trotz des als solchem klaren Wortlauts von § 284 Ziff. 2 ZPO) im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung mangels (damals) publizierter Entscheide zur kassationsgerichtlichen Praxis (betreffend die Anwendbarkeit dieser Ausschlussvorschrift auch auf Entscheide über Beschwerden gegen den Willensvollstrecker) für die Beschwerdeführerin bzw. ihre Rechtsvertreter überdies auch nicht geradezu offenkundig war bzw. die Unkenntnis hinsichtlich der Unzulässigkeit der Beschwerde den anwaltlichen Vertretern der Beschwerdeführerin zumindest nicht als grober Fehler anzulasten ist, erscheint es aus Gründen des Vertrauensschutzes gerechtfertigt, die Kosten des Kassationsverfahrens 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. 2003/124 vom 30.6.2003 i.S. H., Erw. 4; 2001/227 vom 22.10.2001 i.S. H.c.S., Erw. III; 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; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO m.w.Hinw. auf die Praxis; Hausser/Schweri, a.a.O., N 18 zu § 188 GVG; Weber, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im Zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990, S. 61).

Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an den Beschwerdegegner fällt schon deshalb ausser Betracht, weil diesem im Kassationsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten und Umtriebe (im Sinne von § 68 ZPO) erwachsen sind. Und für eine allfällige Entschädigung der (durch die unzutreffende Rechtsmittelbelehrung zur Beschwerdeerhebung veranlassten) Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO und N 14a zu § 68 ZPO; Weber, a.a.O., S. 61 f.).

4. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit im Sinne von Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5 BGG (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 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 liegt somit über Fr. 30'000.--. Folglich ist gegen den vorliegenden Entscheid aus den in Art. 95 ff. BGG genannten Beschwerdegründen die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG zulässig (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

Hingegen findet die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG (betreffend den Beginn der Anfechtungsfrist für den obergerichtlichen Beschluss vom 8. Dezember 2008) mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde in casu keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4). Ob die (auch insofern) unzutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung (vgl. KG act. 2 S. 21, 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 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.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Erb-schaftssachen) des Bezirkes Q. (Proz.-Nr. EA070001) und das Schweizeri-sche Bundesgericht (Proz.-Nr. 5A\_23/2009), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: