



Kass.-Nr. AA090111/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Reinhard Oertli, Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 3. September 2010

in Sachen

X.A.,

...,

Beklagte, Widerklägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

gegen

X.B.,

...,

Klägerin, Widerbeklagte, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

betreffend

Vollstreckung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juli 2009 (NL090063/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Zwischen den Parteien wurde am 21. November 2007 im Rahmen eines Erbteilungsprozesses vor Bezirksgericht Bülach ein Vergleich betreffend die Teilung des väterlichen Nachlasses geschlossen. Der Abschreibungsbeschluss des Bezirksgerichtes Bülach vom 5. Dezember 2007 blieb unangefochten.

Mit Eingabe vom 16. Juni 2008 beantragte die Beschwerdegegnerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach die Zwangsvollstreckung des Beschlusses vom 5. Dezember 2007. Die Parteien schlossen darauf am 30. Oktober 2008 eine Teilvereinbarung, worin sie den Vergleich vom 21. November 2007 einerseits teilweise abänderten und andererseits teilweise konkretisierten; die Regelung verschiedener weiterer Punkte (u.a. der Nebenfolgen) überliessen sie dem Gericht.

2. Mit Verfügung vom 18. März 2009 (OG act. 2) regelte der Einzelrichter verschiedene Punkte der Nachlassenteilung (Verpflichtung der Beschwerdegegnerin, den Nachlass von der Hypothekarschuld von Fr. 43'000.-- gegenüber der ZKB zu entlasten; Abwicklung der Eigentumsübertragung der Nachlassliegenschaften; Abwicklung der Übertragung diverser Wertschriften und eines Barbetrages; Anweisung an den Erbenvertreter betreffend Herausgabe bzw. Vernichtung von Unterlagen); im Übrigen wurde das Verfahren als durch Vergleich erledigt abgeschrieben. Die Kosten auferlegte der Einzelrichter der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung von Fr. 28'190.-- zu bezahlen.

3. Gegen diese Verfügung rekurrierte die Beschwerdeführerin an das Obergericht; überdies erhob sie Kostenbeschwerde mit Bezug auf die Bemessung der Gerichtsgebühr. Mit Beschluss vom 1. Juli 2009 (KG act. 2) hiess das Obergericht den Rekurs teilweise gut. Es hob Dispositiv-Ziff. 6, 10 und 11 der einzelrichterlichen Verfügung auf und verpflichtete den Erbenvertreter zur Vernichtung der sich

bei ihm befindlichen Papiere der Scheidung des Erblassers von der Mutter der Parteien (nach Einsichtnahme durch die Beschwerdeführerin) wie auch zur Vernichtung der Patientenkartei des Erblassers; im Weiteren auferlegte es die Kosten der ersten Instanz zu 10% der Beschwerdegegnerin und zu 90% der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 25'400.-- zu bezahlen. Im Übrigen wies es den Rekurs ab. Die Kosten des Rekursverfahrens wurden zu fünf Sechsteln der Beschwerdeführerin und zu einem Sechstel der Beschwerdegegnerin auferlegt, und die Beschwerdeführerin wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- (zuzüglich MWST) zu bezahlen.

Die Kostenbeschwerde wies das Obergericht (sinngemäss) ab (Beschluss S. 13/14).

4. Dagegen richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, es sei die von der Vorinstanz getroffene Regelung der Nebenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens aufzuheben und vollumfänglich zu Gunsten der Beschwerdeführerin vorzunehmen; ferner seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rekursverfahrens ebenfalls vollumfänglich zu Gunsten der Beschwerdeführerin vorzunehmen. Eventuell bzw. subeventuell bzw. subsubeventualiter werden dazu weitere Anträge gestellt bzw. wird die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz beantragt (KG act. 1 S. 2/3).

Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist (KG act. 12); die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 13).

5. Der Nichtigkeitsbeschwerde wurde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen.

6. Die Beschwerdeführerin hat gleichzeitig zur vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesge-

richt erhoben, soweit die Vorinstanz ihre Kostenbeschwerde abgewiesen hat (Beschwerde S. 5, Rz. 8; KG act. 3). Dieses hat sein Verfahren bis zum vorliegenden Entscheid sistiert (KG act. 9).

II.

1. Als erstes macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von § 51 ZPO geltend (Beschwerde S. 6 f., Rz. 9 f.).

1.1 Nach Auffassung der Beschwerdeführerin seien die Voraussetzungen für die Einleitung eines Vollstreckungsbegehrens durch die Beschwerdegegnerin vorliegend nicht erfüllt gewesen. Die Beschwerdeführerin sei von Anfang an erfüllungsbereit gewesen und habe sich in keinem Zeitpunkt gegen die Vollstreckung der Erbteilungsvereinbarung gewehrt. Im Gegenteil sei es die Beschwerdegegnerin gewesen, welche den Vollzug nicht nur verzögert, sondern verhindert habe. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin sei rechtsmissbräuchlich gewesen und es habe kein Rechtsschutzinteresse an einer Vollstreckung bestanden. Indem die Vorinstanz ein solches gleichwohl bejahte, habe sie § 51 ZPO verletzt und damit den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO erfüllt.

1.2 Wie bereits erwähnt, ficht die Beschwerdeführerin gemäss ihren Beschwerdeanträgen wie auch ausdrücklich gemäss Rz. 7 der Begründung (Beschwerde S. 5) ausschliesslich die Regelung der Nebenfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren an. Damit steht freilich die vorliegende Rüge in Widerspruch, macht die Beschwerdeführerin doch mit dieser geltend, die erste Instanz hätte mangels Rechtsschutzinteresses der Beschwerdegegnerin gar nicht auf das Begehren eintreten dürfen, hätte also in der Sache anders entscheiden müssen.

Massgebend für den Umfang der Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz sind im Lichte der Dispositionsmaxime grundsätzlich die Rechtsmittelanträge (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.

Auflage, Zürich 1997, N 22 zu § 54). Gemäss ständiger Praxis des Kassationsgerichts ist denn auch dann, wenn allein die Nebenfolgen Anfechtungsobjekt bilden, das Dispositiv (und dessen Begründung) in der Sache selbst verbindlich. Gemäss dieser Rechtsprechung soll das Kassationsgericht nicht dann, wenn nur die Nebenfolgen angefochten sind, vorfrageweise den Entscheid in der Sache überprüfen müssen (zuletzt Kass.-Nr. AA060125 v. 13. November 2006 i.S. O. AG, Erw. II.4, abrufbar auf <http://entscheide.gerichte-zh.ch>, mit Hinweisen). Zu prüfen ist in diesem Fall einzig, ob auf der Basis des (unangefochtenen) Entscheides in der Sache die Regelung der Nebenfolgen durch die Vorinstanz stand hält oder nicht. Auch im vorliegenden Fall ist somit davon auszugehen, dass das vorinstanzliche (bzw. das erstinstanzliche) Dispositiv in der Sache selbst für das Kassationsgericht bei der Prüfung der Regelung der Nebenfolgen verbindlich ist. Auf die Rüge ist damit nicht einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin macht sodann (Beschwerde S. 7 ff., Rz. 11 ff.) eine Verletzung der §§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO geltend. Die Vorinstanz habe bei der Verlegung der Kosten und Entschädigung der ersten Instanz nicht nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen entschieden; damit habe sie klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO verletzt. Die Beschwerdeführerin erhebt in diesem Zusammenhang verschiedene Einzelrügen.

2.1 Die erste Rüge betrifft die Auszahlung eines Betrages von Fr. 30'000.-- an die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe diesbezüglich zunächst beantragt, die ZKB sei anzuweisen, diese Zahlung vom Depot Nr. xxx auszuführen. Dies habe jedoch der Vereinbarung der Parteien vom 21. November 2007 widersprochen, gemäss welcher der Betrag zulasten des Nachlasses ausbezahlt werden sollte. Bereits in der Klageantwort des Vollstreckungsverfahrens habe die Beschwerdeführerin bestritten, dass die Zahlungen zu Lasten des genannten Depots erfolgen solle; dieses Depot sei der Beschwerdeführerin an ihren Erbteil zugewiesen worden. Richtigerweise sei die Zahlung vom Konto Nr. yyy des Erblassers zu tätigen. Demnach hätten sich die Parteien im Sinne der Beschwerdeführerin geeinigt. Anders als von der

Vorinstanz festgestellt sei damit – so die Beschwerdeführerin – die Beschwerdegegnerin mit diesem Antrag unterlegen.

Die Vorinstanz geht davon aus (Beschluss S. 11, lit. b), die Parteien hätten sich im Teilvergleich vom 30. Oktober 2008 hinsichtlich der Auszahlung von Fr. 30'000.-- an die Beschwerdeführerin im Sinne der Beschwerdegegnerin geeinigt. Dies trifft formell insoweit zu, als die Beschwerdegegnerin eben selber den Antrag gestellt hatte, es sei in diesem Punkt zugunsten der Beschwerdeführerin zu vollstrecken ("*Zahlung in der Höhe von CHF 30'000.- an die Beklagte*", vgl. ER act. 1 S. 3, Antrag Ziff. 5 Punkt 2); materiell bedeutet dies allerdings eine Leistung zugunsten der Beschwerdeführerin. Es stellt sich die Frage, ob bzw. wie dieser Konstellation bei der Gewichtung zwischen Obsiegen und Unterliegen Rechnung zu tragen ist. Da der angefochtene Entscheid diesbezüglich schon aus einem anderen Grund aufzuheben ist (nachfolgend Ziff. 6), ist darauf im dortigen Zusammenhang zurückzukommen.

2.2 Hinsichtlich der beiden Anträge der Beschwerdegegnerin betreffend Anweisung der ZKB zur Bildung einer angemessenen Rückstellung für die Begleichung der Nachlasskosten und zur hälftigen Auszahlung des restlichen Barvermögens an die Parteien hält die Vorinstanz fest (Beschluss S. 11 unten), diese seien sowohl im Vergleich wie auch im gerichtlichen Entscheid unberücksichtigt geblieben, weshalb von einem Rückzug dieser Rechtsbegehren und insoweit von einem Unterliegen der Beschwerdegegnerin auszugehen sei.

Wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang darauf hinweist, im klägerischen Antrag sei gefordert worden, anstelle des Kontos der Erbengemeinschaft sei das Depot, welches der Beschwerdeführerin zugewiesen wurde, zu belasten, welcher Antrag zu Recht nicht in den Vergleich aufgenommen worden sei, ist nicht zu erkennen, inwiefern im vorliegenden Zusammenhang ein Nichtigkeitsgrund vorliegen soll. Die Vorinstanz hat insofern ein Unterliegen der Beschwerdegegnerin angenommen, wodurch die Beschwerdeführerin nicht beschwert ist und was sie auch ausdrücklich als richtig anerkennt. Soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe sich in diesem Zusammenhang nicht zum Streitwert geäußert, übersieht sie, dass die Vorinstanz einleitend

(Beschluss S. 10, Erw. C/2a) allgemein zum Streitwert von Erbteilungsklagen Stellung nimmt. Im Weiteren führt sie aus (Beschluss S. 12), dass die zugunsten der Beschwerdegegnerin zu wertenden Anträge (nämlich Eintragung von Alleineigentum an der Liegenschaft mit Anrechnungswert Fr. 507'000.--, Auszahlung von Fr. 30'000.--, Übertragung der Wertschriften im Umfang von Fr. 580'000.-- an die Beschwerdeführerin) wertmässig die Anträge zugunsten der Beschwerdeführerin (darunter die beiden erwähnten Anträge betreffend Anweisung an die ZKB) deutlich überwögen. Damit ist dem Erfordernis der Streitwertbestimmung Genüge getan.

2.3 Mit ihren weiteren Vorbringen in diesem Zusammenhang (Beschwerde S. 8 ff., Rz. 11 bis 13) macht die Beschwerdeführerin geltend, das Verhalten der Beschwerdegegnerin sei teilweise rechtsmissbräuchlich gewesen, weshalb die Vorinstanz den Antrag betreffend die Auszahlung von Fr. 30'000.-- sowie weitere Anträge hätte abweisen müssen, womit die Beschwerdegegnerin mit keinem ihrer Anträge obsiegt hätte.

Wie bereits ausgeführt (Ziff. 1.2), kann die Beschwerdeführerin im Rahmen der Anfechtung der Nebenfolgen nicht eine vorfrageweise Überprüfung des Entscheides in materieller Hinsicht verlangen. Insofern ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3. Mit einer weiteren Rüge macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von § 66 Abs. 1 ZPO geltend (Beschwerde S. 10 ff., Rz. Ziff. 14 ff.).

3.1 Die Vorinstanz erwog im hier interessierenden Zusammenhang, die Stellung eines Vollstreckungsbegehrens sei grundsätzlich jederzeit zulässig, solange der zu vollziehende Entscheid nicht erfüllt sei (was nicht geltend gemacht werde) und kein Rechtsmissbrauch vorliege; auch die allfällige Erfüllungsbereitschaft der Beschwerdeführerin lasse das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdegegnerin an einer gerichtlichen Vollstreckung nicht entfallen. Fehlende Opposition gegen klägerische Rechtsbegehren würden vielmehr als Anerkennung des Gesuches gewertet, was zur Kosten- und Entschädigungspflicht zu Lasten der beklagten Partei führe. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn der zu vollziehende

Entscheid bereits vor Einleitung des Begehrens erfüllt gewesen wäre, was nicht geltend gemacht werde. Die Beschwerdeführerin habe denn auch vor dem Einzelrichter weder ein Nichteintreten noch die Abschreibung des Gesuches wegen Gegenstandslosigkeit, sondern ausdrücklich die Abweisung sämtlicher klägerischer Anträge beantragt (Beschluss S. 12/13).

3.2 Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, aus dieser Begründung folge, dass diejenige Partei, gegen die ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet werde, die Kosten selbst dann zu tragen habe, wenn sie mit der Vollstreckung schon vor Einreichung des Begehrens einverstanden gewesen sei. Wehre sie sich nämlich dagegen, weil sie die Voraussetzungen für eine Vollstreckung für nicht gegeben halte, so unterliege sie. Wehre sie sich nicht, weil sie mit der Erfüllung einverstanden sei, so anerkenne sie und unterliege damit ebenfalls. Was für ein Antrag zu stellen sei, um diesfalls Kostenfolgen zu vermeiden, lasse die Vorinstanz unbeantwortet. Diese Rechtsauffassung sei unhaltbar und stossend. Werde ein Vollstreckungsbegehren eingeleitet, obwohl klar sei, dass die Gegenseite sich gar nie gegen den Vollzug gewehrt, ja diesen im Gegenteil sogar mehr als die klagende Partei angestrebt habe, so habe das Gericht, wenn es schon auf das Begehren eintrete, zumindest diesem Umstand beim Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen Rechnung zu tragen.

Gemäss § 66 Abs. 1 ZPO würden – so die Beschwerdeführerin weiter – die Kosten ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens derjenigen Partei auferlegt, welche diese unnötigerweise verursacht hat. Ähnlich wie vorliegend verhalte es sich etwa dann, wenn das Klagebegehren nach dem Sühnverfahren von der beklagten Partei vorbehaltlos anerkannt werde und die klagende Partei (bei einem der Dispositionsmaxime unterliegenden Rechtsverhältnis) in der Folge dennoch die Klage einleite. Auch vorliegend habe die Beschwerdeführerin bereits vor Einreichung des Vollstreckungsbegehrens unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie sich der Erfüllung des Vergleichs nicht widersetze, worauf sie in der Beantwortung des Begehrens auch hingewiesen habe. Dass die Vollstreckung unbestritten gewesen sei, zeige sich auch daran, dass in der Folge ein Vergleich geschlossen worden sei, der in materieller Hinsicht eine Wiederholung

des im vorangehenden Verfahren geschlossenen Vergleichs darstelle. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin sei somit unnötig gewesen, womit die Kosten gestützt auf § 66 Abs. 1 ZPO der Beschwerdegegnerin und nicht der Beschwerdeführerin hätten auferlegt werden müssen.

Dass im Übrigen die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Nichteintreten hätte stellen müssen, gehe aus der Begründung der Vorinstanz nicht hervor. Diese stelle nämlich fest, ein solcher Antrag könne nur dann gestellt werden, wenn der zu vollziehende Entscheid schon vor Klageeinleitung erfüllt worden sei, was hier nicht zutraf. Wie sich die Beschwerdeführerin somit hätte verhalten sollen, werde offen gelassen, gleichzeitig werde ihr aber vorgeworfen, mit ihrem Antrag auf Abweisung sei sie grösstenteils unterlegen. Die Beschwerdeführerin sei erfüllungsbereit gewesen und die Beschwerdegegnerin habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten, indem deren Vollstreckungsbegehren völlig aus der Luft gegriffen eingeleitet worden sei. Letztlich sei der angefochtene Entscheid in diesem Punkt offensichtlich unhaltbar und verstosse damit gegen Art. 9 BV.

3.3a) Es erscheint als fraglich, ob der vorinstanzlichen Auffassung gefolgt werden könnte, wonach auch bei Erfüllungsbereitschaft der verpflichteten Partei ein Rechtsschutzinteresse an der Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens grundsätzlich zu bejahen ist. Zumindest besteht eine gewisse Analogie zu demjenigen Fall, in welchem der klägerischen Partei ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung der Klage dann abgesprochen wird, wenn das Klagebegehren bereits nach dem Sühnbegehren (und vor Anhängigmachung der Klage) durch die beklagte Partei vorbehaltlos anerkannt wird (ZR 82 Nr. 92). Wenn überdies der Verzicht auf Opposition im Vollstreckungsverfahren als Anerkennung des Begehrens und mit Blick auf die Nebenfolgen als Unterliegen zu werten wäre, würde sich die Frage stellen, wie der erfüllungsbereite Vollstreckungsbeklagte überhaupt dem Kostenrisiko entgehen könnte.

Diese Fragen (wie auch diejenige, ob im vorliegenden Fall überhaupt von Erfüllungsbereitschaft der Beschwerdeführerin ausgegangen werden könnte, was der Einzelrichter verneint hatte [OG act. 2 S. 9] und was die Beschwerdegegnerin

ihrerseits entschieden bestreitet [KG act. 12 S. 3 ff.]) können indessen aus nachfolgenden Gründen offen gelassen werden.

b) Gemäss § 66 Abs. 1 ZPO werden einer Partei diejenigen Kosten, die sie unnötigerweise verursacht hat, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses auferlegt. Dabei geht es jedoch nicht um die Kosten und Umtriebe des Prozesses als solche, sondern um *innerhalb des Prozesses im Laufe des Verfahrens* durch schuldhaftes oder ordnungswidriges Verhalten verursachte Kosten (vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 zu § 66). Zu denken ist hier namentlich an die Kosten einer unnützen Referentenaudienz bzw. Vergleichsverhandlung im Falle einer von vornherein nicht vergleichsbereiten Partei (ZR 91/92 Nr. 5, 102 Nr. 3; ebenso bei unentschuldigtem Ausbleiben einer Person mit Organstellung [RB 2000 Nr. 64]; betreffend zusätzlich Kosten zufolge Mitwirkungsverweigerung bei der Erstellung einer DNA-Analyse im Vaterschaftsprozess vgl. RB 1999 Nr. 72; betreffend Kosten für Polizeischutz vgl. RB 1999 Nr. 71; ferner die bei FRANK, ErgBd. zu Kommentar ZPO, Zürich 2000, N 1 ff. zu § 66 erwähnten Fälle). Vorliegend geht es demgegenüber nicht um unnötige Kosten innerhalb des Verfahrens, sondern um das Verfahren als solches. Die Beschwerdeführerin vertritt im Ergebnis auch hier die Auffassung, dass mangels Rechtsschutzinteresses der Beschwerdegegnerin auf deren Vollstreckungsbegehren von Anfang an gar nicht hätte eingetreten werden dürfen. Wie bereits erwähnt (Erw. 1.2 und 2.3 vorstehend) kann aber auf diese Frage nicht eingegangen werden, weil die Beschwerdeführerin den angefochtenen Entscheid, soweit damit materiell über das Vollstreckungsbegehren entschieden wird, nicht anfecht. Basis der Kosten- und Entschädigungsregelung ist somit der von der Vorinstanz tatsächlich getroffene Entscheid über das Vollstreckungsbegehren und nicht ein hypothetischer Nichteintretensentscheid.

4. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz mit einer weitem Rüge überspitzten Formalismus vor, wenn sie ihr vorhält, sie habe vor Einzelrichter Abweisung des Vollstreckungsbegehrens beantragt (anstatt Nichteintreten); der Klageantwort sei klar zu entnehmen gewesen, dass die Beschwerdeführerin der Auffassung war, es liege Erfüllungsbereitschaft vor. Zudem führe die Vorinstanz selbst aus, dass auch ein Antrag auf Nichteintreten nicht zu hören gewesen wäre.

Mit ihrer Antragstellung habe die Beschwerdeführerin nur die beste aller schlechten Möglichkeiten ausgewählt (Beschwerde S. 12, Rz. 18).

Damit wird wiederum beanstandet, dass die Vorinstanzen das Vollstreckungsbegehren materiell beurteilten und einen Sachentscheid fällten, was aber gemäss Beschwerdeantrag nicht Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

5. Im Sinne eines Eventualantrags macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz sei bei der Bemessung der Prozessentschädigung von einem falschen Streitwert ausgegangen und habe dadurch § 18 ZPO verletzt (Beschwerde S. 12 f., Rz. 20 ff.).

5.1 Der Einzelrichter hatte festgehalten, der Streitwert belaufe sich bei Erbstreitigkeiten auf den klägerischen Erbanteil, vorliegend somit auf die Hälfte der Erbschaft und damit auf Fr. 786'000.--. Die Vorinstanz erklärte diese Festsetzung des Gesamtstreitwertes sowie die nachfolgende Berechnung der Gerichtskosten (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) als angemessen und nicht zu beanstanden, nachdem die Beschwerdeführerin die vollumfängliche Abweisung des klägerischen Vollstreckungsbegehrens beantragt habe (Beschluss S. 13/14).

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, im Vollstreckungsverfahren sei einzig die Ablösung der Hypothek in der Höhe von Fr. 43'000.-- streitig gewesen, der Streitwert habe sich damit noch auf Fr. 21'500.-- belaufen. Die Vorinstanz habe sich bei der Berechnung lediglich auf den Antrag der Beschwerdeführerin gestützt, welcher auf Abweisung gelautet habe, ohne dessen Begründung beizuziehen, aus welcher deutlich ersichtlich gewesen sei, dass sich die Beschwerdeführerin "in keinsten Weise" gegen die Vollstreckung geweigert habe. Damit sei die Vorinstanz in überspitzten Formalismus verfallen und habe nebst § 18 ZPO auch Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt. Bei insoweit richtigem Vorgehen sei die Prozessentschädigung auf Fr. 4'065.-- festzusetzen.

5.2 Wenn die Vorinstanz bei der Berechnung des Streitwertes auf den von der Beschwerdeführerin gestellten Antrag auf Abweisung des Vollstreckungsbegehrens abstellte, ist sie keineswegs in überspitzten Formalismus verfallen, sondern ist so vorgegangen, wie dies den anerkannten Grundsätzen der Regelung der Nebenfolgen entspricht. Wenn die Beschwerdeführerin diesbezüglich geltend macht, die Vorinstanz führe selbst aus, dass auch ein Antrag auf Nichteintreten nicht gehört worden wäre, geht dies schon deshalb an der Sache vorbei, weil die Beschwerdeführerin einen solchen Antrag – ebenso wenig wie etwa einen Antrag auf Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit – nicht gestellt hat und somit nicht zu entscheiden ist, wie die Nebenfolgen in diesem Fall zu regeln wären. Die Beschwerdeführerin hat vielmehr in ihrer 17-seitigen Beantwortung des klägerischen Begehrens Abweisung der Anträge 1-6 der Beschwerdegegnerin und weiter beantragt, dieser sei zu befehlen, den Nachlass von der Hypothek zu befreien (ER act. 8 S. 2). Im Folgenden kam es zum Abschluss einer neuen Vereinbarung zwischen den Parteien, durch welche die Erbteilung teilweise modifiziert und teilweise konkretisiert wurde (vgl. Ziff. 2 der Vereinbarung: "Die Parteien halten fest, dass der Vergleich vom 21. November 2007 nach wie vor gilt, *soweit und sofern er nachfolgend nicht abgeändert wird*" [Hervorhebung durch Kassationsgericht]), was zumindest nahe legt, dass jedenfalls nicht von Anfang an Einigkeit über die Art und Weise der Vollstreckung der vorangehenden Teilungsvereinbarung bestand.

Die Rüge ist damit unbegründet.

6. Mit ihrer weiteren, subeventualiter erhobenen Rüge (Beschwerde S. 14 f., Rz. 26 ff.) macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen falsch bestimmt und insofern § 64 Abs. 2 ZPO verletzt.

6.1 Die Vorinstanz ist davon ausgegangen (Beschluss S. 11 f.), im Rahmen des Teilvergleichs vom 30. Oktober 2008 hätten die Parteien die Aufteilung der beweglichen Sachen, die Anweisung des Grundbuchamtes zur Übertragung der Liegenschaft "Z." ins Alleineigentum der Beschwerdegegnerin, die Übertragung der Wertschriften in ein Depot der Beschwerdeführerin sowie die Auszahlung von

Fr. 30'000.-- an die Beschwerdeführerin vereinbart; bei vier von sieben Anträgen habe man sich im Sinne der Beschwerdegegnerin geeinigt. Zwei klägerische Anträge (Anweisung der ZKB zur Bildung von Rücklagen und zur hälftigen Auszahlung des restlichen Barvermögens) seien unberücksichtigt geblieben, womit insoweit von einem Rückzug dieser Begehren und einem Unterliegen der Beschwerdegegnerin auszugehen sei. Den Entscheid darüber, wer die Hypothek von Fr. 43'000.-- zu tilgen habe, habe man dem Gericht überlassen, welches in der Folge zulasten der Beschwerdegegnerin entschieden habe.

Wertmässig – so die Vorinstanz weiter – überwögen die zugunsten der Beschwerdegegnerin zu wertenden Anträge (Übertragung von Alleineigentum an der Liegenschaft Fr. 507'000.--, Auszahlung von Fr. 30'000.-- an die Beschwerdeführerin, Übertragung von Wertschriften im Umfang von Fr. 580'000.--) die zugunsten der Beschwerdeführerin zu wertenden Anträge (Hypothek von Fr. 43'000.--, Anweisung an ZKB) ebenfalls deutlich, weshalb sie die Kosten zu einem Zehntel der Beschwerdegegnerin und zu neun Zehntel der Beschwerdeführerin auferlegte.

6.2 Die Beschwerdeführerin hält dem zunächst entgegen, die Vorinstanz habe den Wert der Position "Anweisung der ZKB" nicht ziffernmässig festgelegt. Allerdings bezeichne sie an anderer Stelle die Festsetzung des Gesamtstreitwertes durch den Einzelrichter ausdrücklich als richtig; dieser sei von einem Gesamtstreitwert von Fr. 1'573'000.-- ausgegangen. Wenn von diesem Betrag die Positionen in Abzug gebracht würden, bei welchen die Beschwerdegegnerin obsiege (Liegenschaft Fr. 507'000.--, Wertschriften Fr. 580'000.-- und Auszahlung von Fr. 30'000.--, also insgesamt Fr. 1'117'000.--), ergebe sich ohne weiteres, dass umgekehrt die Positionen, in welchen die Beschwerdeführerin obsiege, Fr. 456'000.-- ausmachten (nämlich Hypothek, Festgelder und Bargeld). Dies führe indessen zu einer Auferlegung der Gerichtskosten im Verhältnis von 30% zu 70%.

Die Vorinstanz geht ausdrücklich (Beschluss S. 13 unten) in Übereinstimmung mit dem Einzelrichter von einem Gesamtstreitwert von Fr. 1'573'000.-- aus (vgl. OG act. 2 S. 20). Fasst man die Positionen, in denen die Beschwerdegegnerin obsiegt (Übertragung der Liegenschaft ins Alleineigentum der Beschwerdegegnerin, Übertragung der Wertschriften, Auszahlung von Fr. 30'000.--) zusam-

men, so ergibt dies einen Anteil von 70% am Gesamtstreitwert; umgekehrt obsiegt damit die Beschwerdeführerin zu 30%. Die Vorinstanz nennt keine Gründe, weshalb von diesem Schlüssel abzuweichen wäre. Es fällt zwar auf, dass in diesem Zusammenhang mit keinem Wort auf die Position "Verteilung der beweglichen Sachen" (hauptsächlich Bilder-, Gold- und Münzensammlung) Bezug genommen wird, die ebenfalls Gegenstand des Vollstreckungsbegehrens bildete und die durch die Vereinbarung vom 30. Oktober 2008 (Ziff. 3 bis 5) geregelt wurde, weshalb insoweit von einem Obsiegen der Beschwerdegegnerin auszugehen ist. Insoweit lässt sich den Akten allerdings kein klarer Streitwert entnehmen (vgl. immerhin etwa ER act. 2/3 S. 2, wonach ein Angebot des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin, sämtliche Bilder für Fr. 20'000.-- zu übernehmen, vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin abgelehnt wurde). Selbst wenn den beweglichen Sachen insgesamt ein Streitwert von ca. Fr. 50'000.-- beigelegt wird, folgt, dass jedenfalls eine Aufteilung der Kosten im Verhältnis 9 zu 1 den effektiven Ausgang des Verfahrens nicht widerspiegelt. Dazu kommt, dass hinsichtlich der Zahlung in der Höhe von Fr. 30'000.-- an die Beschwerdeführerin nicht von einem Obsiegen der Beschwerdegegnerin ausgegangen werden kann, da es sich um eine Leistung zugunsten der Beschwerdeführerin handelt. Hier rechtfertigt sich vielmehr, je hälftiges Obsiegen und Unterliegen anzunehmen. Damit bewegt sich das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen aus Sicht der Beschwerdeführerin in der Grössenordnung von 25% zu 75%. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt begründet.

6.3 Aus dem Gesagten folgt, dass (wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, Rz. 29 der Beschwerde) auch die Bemessung der Prozessentschädigung auf einer unzutreffenden Prämisse fusst und neu vorzunehmen ist.

Ohnehin wäre in diesem Zusammenhang die von der Vorinstanz berechnete Prozessentschädigung zu korrigieren gewesen. Zu Recht weist die Beschwerdeführerin darauf hin (Beschwerde S. 15, Rz. 30), dass die Vorinstanz, ausgehend von einem Obsiegen der Beschwerdegegnerin im Verhältnis 9 zu 1, die von der Beschwerdeführerin zu zahlende Prozessentschädigung nicht mit 90% vom vollen Betrag (Fr. 28'190.--), sondern zufolge Verrechnung der beiden gegenseitig ge-

schuldeten Entschädigungen bis zum kleineren Bruchteil (1/10) mit 80% des vollen Betrages hätte veranschlagen müssen.

7.1 In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde ist Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Beschlusses insoweit aufzuheben, als dadurch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (Ziff. 10 und 11 der Verfügung des Einzelrichters vom 18. März 2009) geregelt wurden.

7.2 Da die Sache spruchreif ist, kann der neue Entscheid vom Kassationsgericht getroffen werden. Nach dem Gesagten rechtfertigt es sich, im erstinstanzlichen Verfahren von einem Obsiegen der Beschwerdeführerin zu drei Vierteln und einem Unterliegen zu einem Viertel auszugehen. Somit sind die Kosten zu 25% der Beschwerdegegnerin (Klägerin) und zu 75% der Beschwerdeführerin (Beklagten) aufzuerlegen. Ferner ist die Beschwerdeführerin zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine auf 50% reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 14'095.-- zu bezahlen.

Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinausgehend die vollumfängliche Regelung der Nebenfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin beantragt, ist die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet und abzuweisen.

7.3 Als Folge der Neufassung des Rekursentscheides ergibt sich eine Neuregelung der Nebenfolgen des Rekursverfahrens (dazu auch Beschwerdeanträge Ziff. 3 und 4 sowie 8). Die Beschwerdeführerin hat nunmehr im Vergleich zum angefochtenen Entscheid insgesamt Fr. 15'000.-- weniger an Gebühren (Gerichtskosten und Prozessentschädigung) zu bezahlen; dies entspricht ca. einem Viertel des Streitwertes des Rekursverfahrens von Fr. 55'000.--. Nachdem das Obergericht in seinem Entscheid von einem Obsiegen der Beschwerdeführerin zu einem Sechstel ausgegangen ist, steigt diese Quote nunmehr auf fünf Zwölftel, während sie mit sieben Zwölftel unterliegt. Danach richtet sich die Kostenfolge.

Entsprechend hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin sodann für das Rekursverfahren eine auf einen Sechstel herabgesetzte Prozessentschä-

digung von Fr. 500.-- (zuzüglich MWSt) zu bezahlen. Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Entscheides sind entsprechend neu zu fassen.

7.4 Entsprechend dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens (Verhältnis zwischen Antrag auf vollumfängliche Befreiung von Kosten und Entschädigung einerseits zum angefochtenen bzw. zum vorliegenden Entscheid andererseits) sind die Kosten zu einem Drittel der Beschwerdegegnerin und zwei Dritteln der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Diese ist zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine auf einen Drittel herabgesetzte Prozessentschädigung zu bezahlen.

8. Vorliegend handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG; der Streitwert beträgt Fr. 55'000.--. Dagegen ist Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig. Nachdem die Beschwerdeführerin gegen den obergerichtlichen Entscheid bereits Beschwerde erhoben hat, erübrigt es sich, im Dispositiv einen ausdrücklichen Hinweis auf Art. 100 Abs. 6 BGG aufzunehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des angefochtenen Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juli 2009 aufgehoben bzw. wie folgt neu gefasst:

"1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses werden die Dispositivziffern 6, 10 und 11 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach vom 18. März 2009 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

'6. (unverändert)

10. Die Kosten werden zu 25% der Klägerin und zu 75% der Beklagten auferlegt.

11. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 14'095.-- zu bezahlen.'

[...]

4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden zu sieben Zwölfteln der Beklagten und zu fünf Zwölfteln der Klägerin auferlegt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (zuzüglich 7.6% MWSt) zu bezahlen."
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 4'200.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zu zwei Dritteln und der Beschwerdegegnerin zu einem Drittel auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. MWSt) 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 55'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an das Bundesgericht (Verfahren 5A_514/2009), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: