

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV240012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie
Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 13. Februar 2025

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch C. _____

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 12. Juli 2024 (EZ240015-L)**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessverlauf

1.1. Die Gesuchstellerin (Beschwerdeführerin) ist Alleineigentümerin der Liegenschaft D._____-strasse ... in Zürich. Die Gesuchsgegnerin (Beschwerdegegnerin) verfügt über ein unentgeltliches, lebenslanges Wohnrecht an der Attika-Wohnung in dieser Liegenschaft. Anlässlich eines vor dem Bezirksgericht Zürich ausgetragenen Rechtsstreits betreffend die Kostentragung und Verwaltung der Liegenschaft schlossen die Parteien am 8. Oktober 2019 einen Vergleich, worauf das gerichtliche Verfahren mit Verfügung vom 31. Oktober 2019 abgeschlossen wurde (Urk. 1 Rz 3 f.; Urk. 10 Rz 6; Urk. 3/1). Ziffer 7 dieses Vergleichs lautet wie folgt (Urk. 3/1 S. 4):

- "7. Die Beklagte [= Gesuchsgegnerin] verpflichtet sich, der Klägerin [= Gesuchstellerin] oder ihrer Hausverwaltung mit einer Voranzeigefrist von 48 Stunden den Zutritt zu ihrer Wohnung zu gewähren, soweit dies für den Unterhalt, die Mängel- bzw. die Schadensbeseitigung, den Verkauf, die Liegenschaftsschätzung oder die Wahrnehmung der Eigentumsrechte notwendig ist."

1.2. Mit Eingabe vom 8. Mai 2024 ersuchte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz (Vorinstanz), um Vollstreckung des im Vergleich vereinbarten Zutrittsrechts (Urk. 1). Nach Eingang der schriftlichen Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 10. Juni 2024 (Urk. 10) sowie einer spontanen Replik der Gesuchstellerin vom 27. Juni 2024 (Urk. 15) erging am 12. Juli 2024 das vorinstanzliche Urteil, mit dem das Vollstreckungsgesuch unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin abgewiesen wurde (Urk. 18 = Urk. 21).

1.3. Gegen dieses Urteil erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 19. August 2024 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 20 S. 2):

"Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz vom 12.07.2024 sei aufzuheben und das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 08.05.2024 mit nachgenannten Anträgen sei gutzuheissen,

1. Es sei der Beschwerdegegnerin unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu befehlen, der Beschwerdeführerin nach Voranzeige von 48 Stunden Zutritt zu ihrer Wohnung in der Liegenschaft D._____-strasse ... in ... Zürich zu gewähren.
2. Für den Weigerungsfall sei die Beschwerdeführerin berechtigt zu erklären, sich auch bei Abwesenheit der Beschwerdegegnerin mittels Schlüsseldienst Zutritt zur Wohnung der Beschwerdegegnerin zu verschaffen.

3. Eventualiter seien der Gemeindeammann des Kreises ... von Zürich und/oder die Polizei der Stadt Zürich auf erste Aufforderung der Beschwerdeführerin anzuweisen, der Beschwerdeführerin im Weigerungsfall der Beschwerdegegnerin gemäss Vergleich vom 08.10.2019 (Verfügung Bezirksgericht Zürich vom 31.10.2019) Zutritt zur Wohnung der Beschwerdegegnerin in der Liegenschaft D. _____-strasse ..., ... Zürich zu verschaffen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST von 8.1.% zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–19). Mit Verfügung vom 21. August 2024 wurde der Gesuchstellerin für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens ein Vorschuss von Fr. 500.– auferlegt (Urk. 23), welcher am 23. August 2024 einging (Urk. 24). Die fristwährend erstattete, "i.V." unterzeichnete und von der Rechtsvertreterin der Gesuchsgegnerin nachträglich genehmigte (vgl. Urk. 28–29) Beschwerdeantwort mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin datiert vom 20. September 2024 (Urk. 26; s.a. Urk. 25). Sie wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 15. Oktober 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 30). Diese reichte am 25. Oktober 2024 eine spontane Replik (Urk. 31) und am 30. Oktober 2024 "die neueste Korrespondenz" ein, die belege, dass die Gesuchsgegnerin gar nicht gewillt sei, den Vergleich zu erfüllen (Urk. 32 und Urk. 33/1–4). Beide Eingaben wurden der Gesuchsgegnerin am 12. November 2024 zur Kenntnis gebracht (Urk. 37). Am 1. November 2024 liess die Gesuchsgegnerin dem Gericht mitteilen, dass C. _____ mit Wirkung ab 17. Oktober 2024 als ihr Vorsorgebeauftragter eingesetzt worden sei (Urk. 34–36), was die Gesuchstellerin am 12. November 2024 zur Kenntnis nahm (Urk. 38). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben erfolgten nicht. Das Beschwerdeverfahren ist spruchreif.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid, gegen den die Berufung unzulässig ist (Art. 319 lit. a in Verbindung mit Art. 309 lit. a ZPO). Sie wurde form- und fristgerecht bei der zuständigen kantonalen Beschwerdeinstanz (§ 48 GOG) erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 339 Abs. 2 ZPO, Art. 142 f. ZPO; Urk. 19a), und die vor Vorinstanz unterlegene Gesuchstellerin ist ohne Weiteres zur Beschwerdeerhebung legitimiert. In-

soweit sind die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehend, E. 2.2) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO). Er ist ungeachtet der Anwendbarkeit von Art. 327 Abs. 5 (rev)ZPO auf Verfahren, die (wie das vorliegende) am 1. Januar 2025 rechtshängig waren (s. Art. 407f ZPO), mit Begründung zu eröffnen (vgl. ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 327 N 21a; Rufibach, Dispositiveröffnung von kantonalen Rechtsmittelscheiden, ZZZ 2023, S. 230 ff., insbes. S. 232 f.).

2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf konkrete Aktenstellen hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3; BGer 5D_65/2014 vom 9. September 2014 E. 5.4.1; BGer 5A_488/2015 vom 21. August 2015 E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Die Beschwerdegründe sind innert der Beschwerdefrist vollständig vorzutragen und nachzuweisen; eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist (wie in Teilen von Urk. 31) ist unzulässig (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw. [betr. Berufung]; OGer ZH RV230014 vom 3. Januar 2024 E. 2.3 m.w.Hinw.). Die formellen Anforderungen an die Begründung einer Beschwerde gelten sinngemäss auch für die Beschwerdeantwort, soweit der angefochtene Entscheid darin ebenfalls kritisiert wird (vgl. BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2 m.w.Hinw. [betr. Berufungsantwort]). Was in der Beschwerde oder in der Beschwerdeantwort nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden und hat grundsätzlich Bestand, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge. Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beschwerdeverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; DIKE-Komm ZPO-Glasl/Glasl, Art. 57

N 22; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 57 N 6; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179 f.).

In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.Hinw.; BGE 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.).

2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel zum Nachweis der Beschwerdegründe sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A_872/2012 vom 22. Februar 2013 E. 3; BGer 5A_405/2011 vom 27. September 2011 E. 4.5.3; CHK ZPO-Sutter-Somm/Seiler, Art. 326 N 2 [je m.w.Hinw.]; vgl. aber immerhin BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471; BGE 145 III 422 E. 5.2 S. 427 f.; BGer 4A_51/2015 vom 20. April 2015 E. 4.5.1). Die Beurteilung der erhobenen Rügen hat mithin auf dem Tatsachenfundament der ersten Instanz zu erfolgen (Reut, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2017, Rz 366; SHK ZPO-Reich, Art. 326 N 3). Werden Tatsachenbehauptungen im Beschwerdeverfahren bloss wiederholt, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

Aus diesem Grund müssen sowohl die zahlreichen neuen Behauptungen in der Beschwerdeschrift (z.B. Urk. 20 Rz 5–7, Rz 9, Rz 13) als auch die von der Gesuchstellerin nachgereichte, echte Noven darstellende "neueste Korrespondenz" (Urk. 32–33/4) unbeachtet bleiben.

3. Beurteilung der Beschwerde

3.1. Die Vorinstanz erwog im wesentlichen Kern ihrer Begründung, dass nach dem klaren Wortlaut von Ziffer 7 des zu vollstreckenden Vergleichs das Recht der Gesuchstellerin auf Zutritt zur Wohnung an eine suspensive Bedingung geknüpft sei. Die Gesuchstellerin habe nur ein Zutrittsrecht, soweit dies für den Unterhalt, die Mängel- bzw. die Schadensbeseitigung, den Verkauf, die Liegenschaftsschätzung oder die Wahrnehmung der Eigentumsrechte notwendig sei.

Die Gesuchstellerin trage für den Eintritt dieser Bedingung die Beweislast. Sie müsse demnach dartun und beweisen, dass der Zutritt zur Wohnung, den sie von der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 13. April 2024 vergeblich verlangt habe, aus einem dieser Gründe notwendig gewesen sei. Dazu führe sie in ihrem Gesuch vom 8. Mai 2024 aber lediglich aus, dass sie "früher festgestellte Mängel" beheben lassen wolle. Zu diesem Zweck müssten Handwerker die Wohnung betreten können. Hierzu reiche die Gesuchstellerin als Beweis das erwähnte Schreiben vom 13. April 2024 (Urk. 3/2) ein, in dem der Gesuchsgegnerin ohne Angabe eines Grundes Terminvorschläge zum Zwecke eines Augenscheins in der besagten Wohnung unterbreitet worden seien. Weiter lege sie eine E-Mail von C._____, dem Neffen der Gesuchsgegnerin, vom 19. April 2024 ins Recht, in welcher dieser festgehalten habe, dass kein Grund für einen Augenschein in der Wohnung bestehe (Urk. 3/3). Ihrer Meinung nach habe die Gesuchsgegnerin ihr das Zutrittsrecht somit ungerechtfertigt verweigert (Urk. 21 S. 5 f. E. 5.1–5.3).

Mit diesen Ausführungen und den im Recht liegenden Beweisen gelinge der Gesuchstellerin der Beweis für den Bedingungseintritt nicht. So führe sie in ihrer Eingabe gerade nicht aus, was für einen Mangel sie habe beseitigen lassen wollen. Die Notwendigkeit des Zutritts zur Wohnung sei nicht substantiiert behauptet worden. Dies decke sich auch mit dem als Beweis angeführten Schreiben vom 13. April 2024, worin mit keinem Wort ein Mangel erwähnt werde. Danach wolle die Gesuchstellerin lediglich einen Augenschein vornehmen. Ein Grund sei nicht genannt worden. Das Vollstreckungsgesuch sei deshalb abzuweisen (Urk. 21 S. 6 E. 5.4).

Soweit die Gesuchstellerin, so die Vorinstanz weiter, ihre Begründung in der Eingabe vom 27. Juni 2024 (Urk. 15) ergänze, seien die darin vorgebrachten Tatsachen angesichts des (bereits) nach dem ersten Schriftenwechsel eingetretenen Aktenschlusses nur zu berücksichtigen, wenn es sich um zulässige Noven im Sinne von Art. 229 ZPO handle. Den Bedingungseintritt hätte die Gesuchstellerin im Rahmen des ersten Schriftenwechsels jedoch begründen müssen. Die entsprechenden Tatsachen seien ihr bei der Gesuchseinreichung bekannt gewesen und es habe keinen Grund gegeben, diese nicht bereits im Gesuch auszuführen.

Der Einwand der Gesuchsgegnerin, dass keine Gründe für den Zutritt vorgelegen hätten, habe für die Gesuchstellerin absehbar gewesen sein müssen. So habe C._____ für die Gesuchsgegnerin im beigebrachten E-Mail vom 19. April 2024 ausdrücklich festgehalten, dass es keinen Grund für einen Augenschein gebe. Bei der ergänzten Begründung des Bedingungseintritts handle es sich somit weder um echte noch (um zulässige) unechte Noven, weshalb sie nicht zu berücksichtigen seien. Dies gelte umso mehr, als die Gesuchstellerin ihre Begründung nicht nur neu substantiiere, sondern diese gänzlich verändere. So mache sie neu geltend, es gehe um die Bestandesaufnahme von Mängeln, während ihr Gesuch darauf abgezielt habe, früher festgestellte Mängel beheben zu lassen (Urk. 21 S. 6 E. 5.5 m.Hinw. auf Urk. 1 Rz 6 und Urk. 15 Rz 9).

3.2. Die Gesuchstellerin wirft der Vorinstanz unter anderem vor, sich nicht zu ihrem Vorbringen, wonach die Zutrittsverweigerung durch die Gesuchsgegnerin rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) sei, geäußert zu haben (Urk. 20 Rz 11 f. m.Hinw. auf Urk. 15 Rz 3). Damit rügt sie eine Verletzung der Begründungspflicht und mithin ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Die Gesuchsgegnerin bestreitet in der Beschwerdeantwort zwar ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sowie die von der Gesuchstellerin hierfür vorgetragene(n) Tatsachen (wobei sie zu Unrecht moniert, die Gesuchstellerin lege nicht dar, an welcher Aktenstelle sie die Vorbringen zum Rechtsmissbrauch bereits vor Vorinstanz vorgetragen habe). Zur eigentlichen Rüge, die Vorinstanz habe diesen Einwand in Missachtung des rechtlichen Gehörs gar nicht beurteilt (Urk. 20 Rz 12), nimmt sie jedoch keine Stellung (vgl. Urk. 26 Rz 11 ff.).

3.3. Angesichts der formellen Natur des Gehörsanspruchs, dessen Verletzung grundsätzlich zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (vgl. BGer 4A_158/2024 vom 5. November 2024 E. 5.1 m.w.Hinw.; BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 33; DIKE-Komm ZPO-Göksu, Art. 53 N 45; ZK ZPO Chevalier/Boog, Art. 53 N 26), ist die Rüge der Gehörsverweigerung vorweg zu beurteilen.

3.3.1. Aus dem Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 6 EMRK) folgt die Pflicht des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Die Begründungspflicht verlangt, dass das Gericht in seinen Urteilsabwägungen die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien berücksichtigt und seine Überlegungen nennt, von denen es sich hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt wurden. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich in seinen Urteilsabwägungen auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheids, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (vgl. BGE 148 III 30 E. 3.1 S. 35; BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70 f.; BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436; BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; BGer 5A_87/2022 vom 2. November 2022 E. 4.3.1 [je m.w.Hinw.]); s.a. DIKE-Komm ZPO-Göksu, Art. 53 N 30 f.; BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 25 f.; KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 53 N 9).

3.3.2. Die Gesuchstellerin wies eingangs ihrer spontanen Replikeingabe vom 27. Juni 2024 darauf hin, dass die Gesuchsgegnerin seit dem 1. November 2023 im Triemli Spital, anschliessend im Waidspital in Zürich und danach bis zum 27. Mai 2024 im Alters- und Pflegeheim E. _____ in F. _____ gewesen sei. Per 27. Mai 2024 sei sie ins Alterszentrum G. _____ in H. _____ umgezogen. Aufgrund ihres sehr hohen Alters und ihrer Gebrechlichkeit werde sie nicht mehr in die Wohnung an der D. _____-strasse in Zürich zurückkehren können, auch nicht teilweise. Allein aus diesem Grund sei ihre Weigerung, der Gesuchstellerin den erneuten Zutritt zur Wohnung zu gestatten, rechtsmissbräuchlich (Urk. 15 Rz 1–3).

3.3.3. Die vorinstanzliche Urteilsbegründung erwähnt diesen Einwand mit keinem Wort. Aus ihr geht deshalb nicht hervor, ob die Vorinstanz diese Vorbringen tatsächlich zur Kenntnis genommen oder schlicht übersehen hat. Es kann insbesondere nicht angenommen werden, sie habe ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Gesuchsgegnerin stillschweigend verworfen. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte. Die Erwägungen, in denen die Vorinstanz darlegte, weshalb die die Gesuchsbegründung ergänzenden Vorbringen der Gesuchstellerin in der Stellungnahme vom 27. Juni 2024 nicht berücksichtigt werden könnten (Urk. 21 S. 6 E. 5.5), erfassen die Ausführungen zum Rechtsmissbrauch jedenfalls nicht mit. Denn sie betreffen augenscheinlich nur die neuen Vorbringen zum Eintritt der Bedingung (Nachweis der Notwendigkeit des Zutritts aus den im Vergleich genannten Gründen), welche nach vorinstanzlicher Auffassung schon in der Gesuchsbegründung hätten vorgebracht werden müssen, weil die Einwände der Gesuchsgegnerin gegen den Zutritt damals schon absehbar gewesen seien (vgl. Urk. 21 S. 6 E. 5.5: "*Den Bedingungseintritt hätte sie im Rahmen des ersten Schriftenwechsels begründen müssen.*" "*Bei der ergänzten Begründung des Bedingungseintritts handelt es sich somit weder um echte noch unechte Noven, weshalb sie nicht zu berücksichtigen sind.*" [Hervorhebungen hinzugefügt]). Die neben dem Bedingungseintritt für den Vollstreckungsentscheid aber ebenso relevante weitere Frage, ob die Zutrittsverweigerung aus den in der Replikeingabe genannten Gründen rechtsmissbräuchlich sei (oder ob die Ausführungen zum Rechtsmissbrauch in prozessualer Hinsicht noch zulässig seien), beantworten diese Erwägungen nicht, auch nicht implizit, obwohl sie sich gerade dann stellt, wenn der Eintritt der Bedingung verneint wird. Deren Beurteilung wäre auch deshalb angezeigt gewesen, weil es sich beim Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht um ein neues tatsächliches, sondern um ein *rechtliches* Vorbringen handelt, das nicht unter die Vorschriften zum Novenrecht fällt (BK ZPO II-Killias, Art. 229 N 7; DIKE-Komm ZPO-Pahud, Art. 229 N 4; KUKO ZPO-Sogo/Naegeli, Art. 229 N 11) und somit bis zum Beginn der Urteilsberatung vorgetragen werden kann. Zudem stellen die zu dessen Begründung behaupteten Tatsachen zumindest teilweise echte und damit grundsätzlich ebenfalls bis zu diesem Zeitpunkt zulässige Noven

dar (vgl. Art. 229 [a]Abs. 1 lit. a ZPO; ferner auch Urk. 20 S. 3 E. 2.2 a.E.). Es bleibt somit unklar, ob und inwieweit die Vorbringen zum Rechtsmissbrauch im Sinne des Gehörsanspruchs tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidung berücksichtigt wurden. In diesem Punkt ist eine sachgerechte Anfechtung in voller Kenntnis der Gründe, die im Ergebnis zur Nichtbeachtung dieses Einwands führten, daher nicht möglich.

3.3.4. Indem die Vorinstanz den neuen Vorbringen betreffend Rechtsmissbrauch ohne jedwelche Begründung keine weitere Beachtung schenkte, verletzte sie die Begründungspflicht und den Anspruch der Gesuchstellerin auf rechtliches Gehör (Art. 320 lit. a ZPO). Diesbezüglich ist die Beschwerde begründet. Sie ist deshalb gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben (vgl. DIKE-Komm ZPO-Göksu, Art. 53 N 32). Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Gesuchstellerin (Urk. 20 Rz 4 ff.) einzugehen.

3.4. Heisst die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gut, fällt sie den neuen Entscheid selber, wenn die Sache spruchreif ist; andernfalls weist sie die Sache an die Vorinstanz zurück (Art. 327 Abs. 3 lit. a und b ZPO). Im vorliegenden Fall kann die Sache nicht als spruchreif gelten:

Abgesehen davon, dass es generell nicht Sache der Rechtsmittelinstanz ist, den angefochtenen Entscheid anstelle der Vorinstanz, die ihn gefällt hat, zu begründen, ist eine Heilung von erstinstanzlichen Begründungsmängeln (als Form der Gehörsverletzung) durch die Zweitinstanz ohnehin nur im Rahmen vollkommener Rechtsmittel denkbar (vgl. ZK ZPO-Chevalier/Boog, Art. 53 N 14a a.E., sowie sogleich unten). Die Beschwerde ist jedoch ein unvollkommenes Rechtsmittel (BSK ZPO-Spühler, Vor Art. 319–327a N 1; ZK ZPO-Reetz, Vorbem. zu den Art. 308–318, N 3; DIKE-Komm ZPO-Schwendener, Vor Art. 308–334 N 41). Überdies hat die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 27. Juni 2024 (Urk. 15), in welcher der Vorwurf rechtsmissbräuchlichen Verhaltens erstmals erhoben wurde, erst zusammen mit dem Endentscheid zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 21 S. 8 Disp.-Ziff. 4 und Urk. 19b). Die Gesuchsgegnerin hatte somit noch keine Gelegenheit, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) und

Art. 6 Ziff. 1 EMRK fließende sog. unbedingte Replikrecht, das auch im summarischen Verfahren besteht (BGE 144 III 117 E. 2.1 S. 118; BGE 146 III 237 E. 3.1 S. 242), vor Vorinstanz wahrzunehmen und vor der Entscheidung zur Eingabe der Gesuchstellerin Stellung zu nehmen (dazu statt vieler BGE 133 I 100 E. 4.3–4.6 S. 102 ff.; BGE 146 III 97 E. 3.4.1 S. 103 f. m.w.Hinw.; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3; s.a. DIKE-Komm ZPO-Göksu, Art. 53 N 21 ff.; ZK ZPO-Chevalier/Boog, Art. 53 N 12a ff.; BK ZPO II-Güngerich, Art. 253 N 10 ff.). Insofern bedarf es vor der neuen Entscheidung noch einer weiteren Prozesshandlung (vgl. Reich, Stämpflis Handkommentar, ZPO 327 N 4).

Die erfolgte Gehörsverweigerung (bezüglich des Replikrechts) lässt sich auch nicht durch die nachträgliche Stellungnahme der Gesuchsgegnerin im Rahmen der Beschwerdeantwort (Urk. 26 Rz 11 ff.) heilen. Eine Heilung im Beschwerdeverfahren scheidet schon am Novenverbot (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.3) sowie an der in Tatfragen bloss beschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz (Art. 320 lit. b ZPO; vgl. BGer 4A_158/2024 vom 5. November 2024 E. 5.1; Hoffmann-Nowotny/Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel – Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 327 N 14; DIKE-Komm ZPO-Göksu, Art. 53 N 47; ZK ZPO-Chevalier/Boog, Art. 53 N 27; BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 33; s.a. BK ZPO I-Hurni, Art. 53 N 83). Im Beschwerdeverfahren kann somit keine Spruchreife erzielt werden. Die Sache ist deshalb zur verfassungs- bzw. prozesskonformen Begründung und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei muss der Gesuchsgegnerin vor Ausfällung des neuen Entscheids im Sinne der Rechtsprechung zum allgemeinen Replikrecht durch formelle Fristansetzung oder durch Einhaltung einer Wartefrist Gelegenheit geboten werden, zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 27. Juni 2024 (Urk. 15) Stellung zu nehmen (dazu BGE 133 I 98 E. 2.2 S. 99 f.; BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486; BGE 146 III 97 E. 3.4.1 S. 104; BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016 E. 2.3.2). Da die Rückweisung das vorinstanzliche Verfahren in den Stand zurückversetzt, in welchem es sich vor der Fällung des angefochtenen Urteils befand, findet der neue Art. 53 Abs. 3 ZPO keine Anwendung (Art. 407f e contrario und Art. 404 Abs. 1 ZPO; BSK ZPO-Willisegger, Art. 407f N 24).

Für den vorliegenden (Rückweisungs-)Entscheid belanglos ist im Übrigen, dass die Missachtung des Replikrechts von keiner Partei gerügt wird (BK ZPO II-Sterchi, Art. 327 N 8c).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO) nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Das gilt grundsätzlich auch für die Beschwerdeinstanz. Fällt diese einen Rückweisungsentscheid, kann sie die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO allerdings auch der Vorinstanz überlassen. Diese fakultative "Kann"-Bestimmung gibt der Rechtsmittelinstanz die Wahl, entweder die zweitinstanzlichen Prozesskosten in ihrem Rückweisungsentscheid selbst direkt und definitiv zu regeln oder die Kosten nur festzusetzen, deren Verteilung aber der ersten Instanz zu überlassen. Das Gesetz favorisiert keine dieser beiden Varianten, sondern stellt sie ins freie Ermessen der Rechtsmittelinstanz (BGer 4A_523/2013 vom 31. März 2014 E. 8.1; BGer 5A_614/2022 vom 7. Februar 2023 E. 1.2.3 m.w.Hinw.).

Da im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht der strittige Vollstreckungsanspruch als solcher, sondern nur die prozessuale Frage der Gehörsverletzung beurteilt wurde, rechtfertigt es sich, die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (im Sinne von Art. 104 Abs. 1 ZPO) selbstständig und definitiv entsprechend dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens zu verlegen (Art. 106 ZPO).

4.2. Der Streitwert der vorliegenden Beschwerde beträgt Fr. 5'000.– (vgl. Urk. 21 S. 7 E. 7.1). Gestützt darauf ist die zweitinstanzliche Entscheidegebühr in Anwendung von § 2, § 4, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen und der mit ihrem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (Urk. 26 S. 2) unterliegenden Gesuchsgegnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie ist in Anwendung von aArt. 111 Abs. 1 und 2 ZPO (vgl. Art. 407f e contrario und Art. 405 Abs. 1 ZPO) mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen, wobei die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin den Vorschuss zu ersetzen hat.

4.3. Überdies ist die Gesuchsgegnerin antragsgemäss (Urk. 20 S. 2) zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin für das Beschwerdeverfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1, aArt. 111 Abs. 2 und Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Deren Höhe ist gestützt auf § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und Abs. 4 AnwGebV auf insgesamt Fr. 432.40 (Fr. 400.– zuzüglich 8.1 % Mehrwertsteuer) festzusetzen. Ein Zuschlag für die spontane Stellungnahme vom 25. Oktober 2024 (Urk. 31) fällt ausser Betracht, da es sich nicht um eine *notwendige* Rechtsschrift im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV handelt.

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 12. Juli 2024 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 500.– zu ersetzen.
4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 432.40 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, an letztere unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten, je gegen Empfangs-schein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache beträgt Fr. 5'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. Februar 2025

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
sba