

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RV200004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und  
Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler  
sowie Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

## Urteil vom 10. September 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Vollstreckung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 17. Februar 2020 (EZ190003-E)**

## **Erwägungen:**

### 1. Parteien und Prozessgeschichte

1.1. Die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) ist Mit- und Stockwerkeigentümerin des Grundstücks Kat.-Nr. 1, Grundregister Blatt 2, an der C.\_\_\_\_-Strasse a in der Gemeinde D.\_\_\_\_. Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdebeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) ist Alleineigentümerin des angrenzenden Grundstücks Kat.-Nr. 3, Grundregister Blatt 4, an der C.\_\_\_\_-Strasse b in der Gemeinde D.\_\_\_\_. Das Grundstück der Gesuchstellerin wird von der C.\_\_\_\_-Strasse über ein Fuss- und Fahrwegrecht erschlossen, das auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin lastet. In den Jahren 2011 und 2012 realisierte die Gesuchsgegnerin auf ihrem Grundstück eine neue Überbauung, wobei es zu Terrainveränderungen kam, die sich auf das Fuss- und Fahrwegrecht auswirkten: So besteht zwar nach wie vor eine Durchfahrt von der C.\_\_\_\_-Strasse am Haus der Gesuchsgegnerin vorbei zur Häuserzeile, in der sich das von der Gesuchstellerin bewohnte Haus befindet. Weil sich an jener Seite des Hauses der Gesuchsgegnerin neu die Einfahrt zu einer Tiefgarage befindet, führt sie jedoch durch eine Senke und weist zusätzlich ein seitliches Gefälle gegen das Haus der Gesuchsgegnerin auf (Urk. 3/2 S. 2 = Urk. 5/70 S. 2).

1.2. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu einem Rechtsstreit, in welchem die Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin forderte, besagtes Gefälle zu beseitigen und den Bereich des Fuss- und Fahrwegrechts wieder auf ein horizontales Niveau zu versetzen (Urk. 3/1 S. 3 f.). Schliesslich verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, mit Urteil LB150049-O vom 4. Juli 2016 die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall, *"die auf der mit dem Fuss- und Fahrwegrecht SP Nr. 5 belasteten Teilfläche ihres Grundstücks Kat.-Nr. 3 ausgeführte Senke im Bereich der Westfassade rückgängig zu machen und auf ein horizontal zwischen C.\_\_\_\_-Strasse und dem Grundstück der Klägerin [Gesuchstellerin] Kat.-Nr. 1 verlaufendes Niveau zu versetzen"* (Urk. 3/1 S. 16 Dispositiv-Ziffer 1). Die dagegen von der Gesuchsgegnerin erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht

mit Urteil 5A\_640/2016 vom 28. Juni 2017 abgewiesen, soweit es darauf eintrat (Urk. 3/2 S.14).

1.3. Mit Eingabe vom 29. April 2019 ersuchte die Gesuchstellerin die Vorinstanz um Vollstreckung der Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich LB150049-O vom 4. Juli 2016 (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids entnommen werden (Urk. 27 S. 2 f.). Am 17. Februar 2020 erliess die Vorinstanz folgendes Urteil (Urk. 24 S. 16 f. = Urk. 27 S. 16 f.):

1. Kommt die Gesuchsgegnerin der ihr im Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 2016 (Verfahrens-Nr. LB150049-O) auferlegten Pflicht, die auf der mit dem Fuss- und Fahrwegrecht SP Nr. 5 belasteten Teilfläche ihres Grundstücks Kat.-Nr. 3, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, ausgeführte Senke im Bereich der Westfassade rückgängig zu machen und auf ein horizontal zwischen C.\_\_\_\_\_-Strasse und dem Grundstück der Gesuchstellerin Kat.-Nr. 1 verlaufendes Niveau zu versetzen, bis zum 30. September 2020 nicht nach, droht ihr eine Ordnungsbusse von Fr. 100.– für jeden Tag der Nichterfüllung. Diese Tagesbusse ist nicht geschuldet ab Eingabe eines Baugesuches bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Gesuch. Ab dem Tag nach dem rechtskräftigem Abschluss des Baubewilligungsverfahrens ist die Tagesbusse bis zur Umsetzung der obigen Pflicht wieder geschuldet.
2. Im Übrigen wird das Gesuch abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. (Schriftliche Mitteilung).
7. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage. Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

1.4. Mit Eingabe vom 28. Februar 2020 erhob die Gesuchstellerin rechtzeitig (vgl. Urk. 25) Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil mit folgenden Anträgen (Urk. 26 S. 2):

- "1. Es sei das angefochtene Urteil dahingehend zu ergänzen, dass für den Fall, dass die Gesuchsgegnerin den rechtmässigen Zustand auch bis 31. Dezember 2020 nicht wiederherstellt, die Ersatzvornahme angeordnet und damit der Gemeindeammann der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ beauftragt wird (neue Disp.-Ziff. 2; die bisherigen Disp.-Ziffn. 2-7 werden neu zu Disp.-Ziffn. 3-8).
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchsgegnerin."

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-25). Den Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- leistete die Gesuchstellerin innert der mit Verfügung vom 6. April 2020 angesetzten Frist (Urk. 28 und 29). Die Beschwerdeantwort vom 6. Juli 2020 (Urk. 31) sowie die darauf erfolgte Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 20. Juli 2020 (Urk. 35) wurden der jeweiligen Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 34 und Prot. S. 6). Am 19. Februar 2021 wurden die Parteien zur Vergleichsverhandlung auf den 18. März 2021 vorgeladen (Urk. 38), in der sie gemeinsam beantragten, das Verfahren sei zwecks aussergerichtlicher Vergleichsgespräche bis 30. April 2021 zu sistieren (Prot. S. 9). Mit Verfügung vom 22. März 2021 wurde das Verfahren bis 30. April 2021 sistiert (Urk. 41). Hernach wurde die Sistierung auf gemeinsames Begehren der Parteien mehrfach verlängert (Urk. 42-46, Prot. S. 12, 14 und 16). Mit Eingabe vom 16. Juli 2021 erklärte die Gesuchstellerin, die aussergerichtlichen Vergleichsgespräche seien gescheitert, und ersuchte um Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens (Urk. 47). Mit Verfügung vom 20. Juli 2021 wurde die Sistierung des Verfahrens aufgehoben (Urk. 48).

1.6. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## 2. Prozessuales

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden

(Art. 320 ZPO). Das Beschwerdeverfahren dient wie das Berufungsverfahren der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Die beschwerdeführende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Was in der Beschwerde nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht überprüft zu werden (vgl. BGer 5D\_146/2017 vom 17. November 2017, E. 3.3.2; zum Ganzen: BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 17 ff.), 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.). Diese betrifft jedoch nur das Vorliegen allfälliger Mängel selbst, nicht auch deren rechtliche Subsumtion; letztere ist von Amtes wegen vorzunehmen, und eine unzutreffende rechtliche Einordnung der beanstandeten Mängel schadet der beschwerdeführenden Partei nicht. Überdies ist die Beschwerdeinstanz weder an die in den Parteieingaben vorgetragenen Argumente noch an die Erwägungen der Erstinstanz gebunden. Sie kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Erstinstanz abweichenden Begründung abweisen (sog. Motivsubstitution; vgl. KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 57 N 2; BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21).

2.2. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Was im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet oder eingereicht wurde, kann im Beschwerdeverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Es herrscht grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.H.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

### 3. Ersatzvornahme

3.1. Lautet ein zu vollstreckender Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden, so kann das Vollstreckungsgericht eine Strafanordnung nach Art. 292 StGB, eine Ordnungsbusse bis Fr. 5'000.–, eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung, eine Zwangsmassnahme – wie Wegnahme einer beweglichen Sache oder Räumung eines Grundstückes – oder eine Ersatzvornahme anordnen (Art. 343 Abs. 1 ZPO). Hierbei handelt es sich um einen abschliessenden Katalog von Vollstreckungsmassnahmen. Welche Vollstreckungsmassnahmen im Einzelfall zur Anwendung gelangen, entscheidet das Gericht von Amtes wegen und nach eigenem Ermessen. Es hat dabei die zur Durchsetzung wirksamste Anordnung zu wählen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (BSK ZPO-Zinsli, Art. 343 N 4; KUKO ZPO-Kofmel Ehrenzeller, Art. 343/343 E-ZPO N 3 f.).

3.2. Die Vorinstanz erwog, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sei vorliegend insbesondere zu beachten, dass zusammen mit dem vom Obergericht angeordneten Rückbau der Senke im Bereich der Westfassade aufgrund des von der Gesuchsgegnerin eingeholten baurechtlichen Vorentscheids der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ [recte D.\_\_\_\_\_] wohl weitere bauliche Anpassungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin erforderlich seien. Direkter Zwang scheidet demnach als Vollstreckungsmassnahme voraussichtlich aus, da ein Dritter den Rückbau – bspw. im Rahmen der von der Gesuchstellerin beantragten Ersatzmassnahme – voraussichtlich nicht durchsetzen könnte. Insbesondere müsste bei Androhung von direktem Zwang der eingesetzte Dritte auch entsprechende bauliche Veränderungen am Grundstück der Gesuchsgegnerin vornehmen, welche vom Fuss- und Fahrwegrecht nicht betroffen seien. Dies erscheine unter Würdigung sämtlicher Umstände als nicht verhältnismässig (Urk 27 S. 13 f.).

3.3. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit gegen die von ihr beantragte Ersatzvornahme ausgesprochen. Dabei habe sie die Frage der Verhältnismässigkeit mit dem Umfang der zu vollstreckenden Verpflichtung und der Vertretbarkeit der vorzunehmenden Leistung vermengt sowie sich mit Mutmassungen begnügt (Urk. 26 S. 5). Sowohl beim vor-

zunehmenden Rückbau als auch bei der allenfalls notwendigen Eingabe eines Baugesuches handle es sich um vertretbare Leistungen, die von der Gesuchsgegnerin nicht persönlich erbracht werden müssten. Nicht nachvollziehbar sei daher die Auffassung der Vorinstanz, der Rückbau sei im Rahmen einer Ersatzvornahme voraussichtlich nicht durchsetzbar (Urk. 26 S. 6). Weiter seien sowohl die Planung als auch die Umsetzung von baulichen Anpassungen auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin vertretbar, sofern diese notwendig wären. Die Ersatzvornahme könne sich aber auch nur auf die Wegrechtsfläche und den Rückbau der Senke beschränken und müsste daher nicht notwendigerweise auf andere Grundstücksteile ausgedehnt werden. In diesem Fall würde die Entscheidung der Gesuchsgegnerin überlassen, ob sie bauliche Anpassungsarbeiten auf dem übrigen Grundstück als notwendig erachte und ausführen wolle (Urk. 26 S. 7). Da die Ersatzvornahme zudem erst zum Zuge käme, nachdem sich die Mittel des indirekten Zwangs als ungenügend erwiesen hätten, werde dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz hinreichend Rechnung getragen (Urk. 26 S. 8).

3.4. Der Gesuchstellerin ist insoweit zuzustimmen, als die Vorinstanz in ihrer "Verhältnismässigkeitsprüfung" die Vertretbarkeit der zu vollstreckenden Leistung verneinte und eine Interessensabwägung im Hinblick auf eine allfällige Ersatzvornahme durchführte (Urk. 27 S. 13 f.). Trotzdem ist der vorinstanzliche Entscheid – wenn auch mit anderer Begründung – zu bestätigen.

3.5. Bei der Ersatzvornahme nach Art. 343 Abs. 1 lit. e ZPO wird die geschuldete Leistung durch eine andere Person als die im Vollstreckungstitel verpflichtete Partei erbracht. Dies setzt voraus, dass es sich bei der geschuldeten Handlung um eine vertretbare Leistung handelt und diese im Leistungsurteil klar und eindeutig umschrieben ist. Schliesslich ist das Vollstreckungsgericht an den Inhalt des zu vollstreckenden Entscheids gebunden und darf ihn weder ergänzen noch abändern (Melanie Huber, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, 2016, S. 30 ff. und S. 210 f.). Der Erfolg der Ersatzvornahme hängt sodann weitgehend davon ab, dass das Vollstreckungsgericht die Ermächtigung zur Ersatzvornahme gestützt auf einen präzisen Antrag des Gläubigers erteilen kann. Das heisst, die ersuchende Partei hat die ersatzweise vorzunehmende

Leistung in ihrem Antrag genau zu umschreiben (z.B. Art, Lokalisierung und Umfang der Arbeiten; BK ZPO-Kellerhals, Art. 343 N 75).

3.6. Dem Antrag der Gesuchstellerin, kann indes nur entnommen werden, es sei die Ersatzvorname und die diesbezügliche Beauftragung des Gemeindeammans der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ anzuordnen (Urk. 1 S. 2 und Urk. 26 S. 2). Konkretisierungen über die Art oder den Umfang der Ersatzvornahme (bauliche Massnahmen) sind den Eingaben der Gesuchstellerin nicht zu entnehmen (Urk. 1 S. 8 f., Urk. 26 S. 5 ff.). Dies verwundert dahingehend nicht, als der Vollstreckungstitel seinerseits den rechtmässigen Zustand und die Leistungspflicht der Gesuchsgegnerin sehr abstrakt umschreibt (Urk. 3/1 S. 16 Dispositiv-Ziffer 1) und sich konkrete Spezifizierungen über den zu erfolgenden Rückbau auch nicht aus dessen Erwägungen herleiten lassen (Urk. 3/1 S. 14 f.).

3.7. Weder der Antrag der Gesuchstellerin noch der Vollstreckungstitel sind somit hinreichend bestimmt, um dem Gemeindeamman der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ klare und eindeutige Anweisungen zur Ersatzvornahme zu erteilen. Schliesslich geht es vorliegende nicht "nur" um die Behebung eines Werkmangels oder um eine einfache Rückbaute, sondern aufgrund des veränderten Terrains auf dem übrigen Grundstück der Gesuchsgegnerin um ein neu zu erstellendes Werk.

3.8. Der vorinstanzliche Entscheid, keine Ersatzvornahme anzuordnen, ist nach dem Gesagten nicht zu bemängeln. Dem Ergebnis nach hat die Vorinstanz, das ihr zustehende Ermessen bei der Wahl der anzuordnenden Vollstreckungsmassnahmen nicht verletzt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ausgehend von einem Streitwert von Fr. 47'850.– (vgl. Urk. 1 S. 4) und unter Berücksichtigung der erfolgten Vergleichsverhandlung vom 18. März 2021 auf Fr. 2'600.– festzusetzen. Zufolge ihres Unterliegens ist die Entscheidgebühr der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Ausgangsgemäss ist die Gesuchstellerin zudem zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV auf Fr. 3'260.– festzusetzen (inkl. 7.7% MWST; vgl. Urk. 31 S. 2).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'600.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'260.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Beschwerde 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 47'850.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 10. September 2021

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. O. Hug

versandt am:  
Im