

# TE OGH 2007/2/22 3Ob232/06y

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.02.2007

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Prückner, Hon. Prof. Dr. Sailer und Dr. Jensik sowie die Hofräatin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei, F\*\*\*\*\*-GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bernd Roßkothen, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die verpflichtete Partei S\*\*\*\*\*gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen Beseitigung (Streitwert 1.000 EUR), infolge außerordentlichen Revisionsrekurses der betreibenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Salzburg als Rekursgericht vom 3. August 2006, GZ 53 R 214/06m, 216/06f und 299/06m-21, womit die Beschlüsse des Bezirksgerichts Salzburg vom 5. April 2006, GZ 9 E 1769/06s-2, vom 24. April 2006, GZ 9 E 1769/06s-4, und vom 16. Juni 2006, GZ 9 E 1769/06s-14a, abgeändert wurden, den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß § 78 EO iVm § 526 Abs 2 erster Satz ZPO mangels der Voraussetzungen des § 528 Abs 1 ZPO zurückgewiesen. Der außerordentliche Revisionsrekurs wird gemäß Paragraph 78, EO in Verbindung mit Paragraph 526, Absatz 2, erster Satz ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 528, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

## **Text**

Begründung:

Mit Punkt 2. des rechtskräftigen Urteils eines Gerichtshofs erster Instanz vom 28. Mai 2005 wurde die nunmehr verpflichtete Partei schuldig erkannt, die unter der Marke Substral in Kunststoffsäcken vertriebenen Qualitätsblumenerden Substral Naturen Surfinienerde, Substral Naturen Blumenerde 40 Liter und Substral Terra Magma Geranienerde 70 Liter zu beseitigen, soweit die darauf deklarierten Nährstoffmengen von den tatsächlich in diesen Erden enthaltenen Nährstoffmengen negativ abweichen. Eine Rechtsrüge in diesem Punkt hatte die nunmehr verpflichtete Partei nicht erhoben (4 Ob 268/05y). Zur Durchsetzung dieser Verpflichtung beantragte die betreibende Partei mit der durch Angabe bestimmter Testkäufe in Verbrauchermärkten näher konkretisierten Behauptung, die verpflichtete Partei habe gegen diesen seit 27. Dezember 2005 vollstreckbaren Exekutionstitel verstoßen, die Bewilligung der „Beseitigungsexekution“ und die Verhängung einer Beugestrafe sowie zur Hereinbringung der Kosten des Exekutionsantrags die Fahrnissexekution. Mangels Beseitigung stellte die verpflichtete Partei auch zwei Anträge auf neuerliche Verhängung einer Beugestrafe. Das Erstgericht bewilligte die drei Anträge, und zwar ausdrücklich nach § 355 EO. Mit Punkt 2. des rechtskräftigen Urteils eines Gerichtshofs erster Instanz vom 28. Mai 2005 wurde die nunmehr verpflichtete Partei schuldig erkannt, die unter der Marke Substral in Kunststoffsäcken vertriebenen Qualitätsblumenerden Substral Naturen Surfinienerde, Substral Naturen Blumenerde 40 Liter und Substral Terra

Magma Geranienerde 70 Liter zu beseitigen, soweit die darauf deklarierten Nährstoffmengen von den tatsächlich in diesen Erden enthaltenen Nährstoffmengen negativ abweichen. Eine Rechtsrügen in diesem Punkt hatte die nunmehr verpflichtete Partei nicht erhoben (4 Ob 268/05y). Zur Durchsetzung dieser Verpflichtung beantragte die betreibende Partei mit der durch Angabe bestimmter Testkäufe in Verbrauchermärkten näher konkretisierten Behauptung, die verpflichtete Partei habe gegen diesen seit 27. Dezember 2005 vollstreckbaren Exekutionstitel verstoßen, die Bewilligung der „Beseitigungsexekution“ und die Verhängung einer Beugestrafe sowie zur Hereinbringung der Kosten des Exekutionsantrags die Fahrnosexekution. Mangels Beseitigung stellte die verpflichtete Partei auch zwei Anträge auf neuerliche Verhängung einer Beugestrafe. Das Erstgericht bewilligte die drei Anträge, und zwar ausdrücklich nach Paragraph 355, EO.

Das Gericht zweiter Instanz wies alle drei Anträge mit der wesentlichen Begründung ab, die betreibende Partei habe gar nicht behauptet, dass die verpflichtete Partei die Erden vor Eintritt der Vollstreckbarkeit des Titels ausgeliefert habe; überdies sei der Beseitigungstitel nicht nach § 355 EO durchsetzbar, weil danach keine Unterlassung, sondern eine vertretbare Handlung iSd § 353 EO geschuldet werde. Das Gericht zweiter Instanz wies alle drei Anträge mit der wesentlichen Begründung ab, die betreibende Partei habe gar nicht behauptet, dass die verpflichtete Partei die Erden vor Eintritt der Vollstreckbarkeit des Titels ausgeliefert habe; überdies sei der Beseitigungstitel nicht nach Paragraph 355, EO durchsetzbar, weil danach keine Unterlassung, sondern eine vertretbare Handlung iSd Paragraph 353, EO geschuldet werde.

Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Die betreibende Partei kann in ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs das Vorliegen erheblicher Rechtsfragen iSd § 78 EO iVm § 528 Abs 1 ZPO nicht darlegen. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei. Die betreibende Partei kann in ihrem außerordentlichen Revisionsrekurs das Vorliegen erheblicher Rechtsfragen iSd Paragraph 78, EO in Verbindung mit Paragraph 528, Absatz eins, ZPO nicht darlegen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Mag sich die betreibende Partei auch in dritter Instanz noch nicht festlegen, ob sie den hier allein als Exekutionstitel in Anspruch genommenen Punkt 2. des Titelurteils, der nur auf Beseitigung näher bezeichneter Pflanzenerden lautet, nach § 353 oder § 354 EO vollstreckt haben will, können ungeachtet der mangelnden Zitierung einer Norm in den Anträgen mit dem Erstgericht der (abweichend von § 354 Abs 2 EO) auf sofortige Verhängung einer Geldstrafe abzielende Exekutionsantrag und demgemäß die folgenden Strafanträge nur als solche auf Bewilligung der Unterlassungsexekution nach § 355 EO qualifiziert werden. Eine „Beseitigungsexekution“ wie beantragt kennt das österreichische Exekutionsrecht nicht. Das Vorbringen, mit dem konkrete „Verstöße“ gegen den Exekutionstitel nach dessen Vollstreckbarkeit behauptet werden, entspricht genau § 355 Abs 1 EO. Ein Antrag nach § 353 EO ist wegen der als Exekutionsmittel beantragten Strafen jedenfalls ausgeschlossen; gegen die Qualifikation der geschuldeten Beseitigung als vertretbare Handlung wehrt sich die betreibende Partei im außerordentlichen Revisionsrekurs mit Argumenten, die eine Fehlbeurteilung des konkreten Exekutionstitels durch das Rekursgericht im konkreten Einzelfall nicht begründen können. Mag sich die betreibende Partei auch in dritter Instanz noch nicht festlegen, ob sie den hier allein als Exekutionstitel in Anspruch genommenen Punkt 2. des Titelurteils, der nur auf Beseitigung näher bezeichneter Pflanzenerden lautet, nach Paragraph 353, oder Paragraph 354, EO vollstreckt haben will, können ungeachtet der mangelnden Zitierung einer Norm in den Anträgen mit dem Erstgericht der (abweichend von Paragraph 354, Absatz 2, EO) auf sofortige Verhängung einer Geldstrafe abzielende Exekutionsantrag und demgemäß die folgenden Strafanträge nur als solche auf Bewilligung der Unterlassungsexekution nach Paragraph 355, EO qualifiziert werden. Eine „Beseitigungsexekution“ wie beantragt kennt das österreichische Exekutionsrecht nicht. Das Vorbringen, mit dem konkrete „Verstöße“ gegen den Exekutionstitel nach dessen Vollstreckbarkeit behauptet werden, entspricht genau Paragraph 355, Absatz eins, EO. Ein Antrag nach Paragraph 353, EO ist wegen der als Exekutionsmittel beantragten Strafen jedenfalls ausgeschlossen; gegen die Qualifikation der geschuldeten Beseitigung als vertretbare Handlung wehrt sich die betreibende Partei im außerordentlichen Revisionsrekurs mit Argumenten, die eine Fehlbeurteilung des konkreten Exekutionstitels durch das Rekursgericht im konkreten Einzelfall nicht begründen können.

In Wahrheit wird damit eher das Fehlen der etwa mangels Bezeichnung des Lageorts oder sonst näherer Sachmerkmale hinreichenden Bestimmtheit des Titels iSd § 7 Abs 1 EO, die auch für die Bewilligung der Exekution nach

§ 353 EO Voraussetzung wäre (3 Ob 2050/96h = NZ 1999, 209; 3 Ob 174/02p) nachgewiesen, worauf aber im Rahmen der zurückweisenden Entscheidung nicht weiter einzugehen ist. Dass es einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Unterschied machen würde, ob die verpflichtete Partei oder ein Dritter die Erden beseitigt, ist aus den Ausführungen der betreibenden Partei nicht abzuleiten. Im Gegensatz zu einer weiteren im Rechtsmittel enthaltenen Behauptung lautet der nach dem eigenen Begehr der betreibenden Partei geschaffene Titel auch nicht auf Beseitigung einer Falschbezeichnung, sondern auf die von Erden, und zwar nur auf die von solchen, die in bestimmter Weise unrichtig deklariert sind. Eine Pflicht ihrer Gegnerin zur Rückholung von Erden auf bloßen Verdacht, wie von ihr ebenfalls erwogen, besteht nach dem Exekutionstitel nicht. Ob eine stichprobenartige Prüfung der Nährstoffwerte nach diesem tatsächlich ausreichen würde, ist nicht zu prüfen. In Wahrheit wird damit eher das Fehlen der etwa mangels Bezeichnung des Lageorts oder sonst näherer Sachmerkmale hinreichenden Bestimmtheit des Titels iSd Paragraph 7, Absatz eins, EO, die auch für die Bewilligung der Exekution nach Paragraph 353, EO Voraussetzung wäre (3 Ob 2050/96h = NZ 1999, 209; 3 Ob 174/02p) nachgewiesen, worauf aber im Rahmen der zurückweisenden Entscheidung nicht weiter einzugehen ist. Dass es einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Unterschied machen würde, ob die verpflichtete Partei oder ein Dritter die Erden beseitigt, ist aus den Ausführungen der betreibenden Partei nicht abzuleiten. Im Gegensatz zu einer weiteren im Rechtsmittel enthaltenen Behauptung lautet der nach dem eigenen Begehr der betreibenden Partei geschaffene Titel auch nicht auf Beseitigung einer Falschbezeichnung, sondern auf die von Erden, und zwar nur auf die von solchen, die in bestimmter Weise unrichtig deklariert sind. Eine Pflicht ihrer Gegnerin zur Rückholung von Erden auf bloßen Verdacht, wie von ihr ebenfalls erwogen, besteht nach dem Exekutionstitel nicht. Ob eine stichprobenartige Prüfung der Nährstoffwerte nach diesem tatsächlich ausreichen würde, ist nicht zu prüfen.

Demnach würde es an der fehlenden Zulässigkeit des Rechtsmittels nichts ändern, wären die Anträge als solche iSd§ 354 EO zu qualifizieren; auch diese wären nach der jedenfalls gut vertretbaren Rechtsansicht des Gerichts zweiter Instanz, wonach es eben um vertretbare Handlungen geht, verfehlt. Darauf, ob die Handlung ausschließlich vom Willen der verpflichteten Partei abhängt, kommt es daher nicht an, ebenso wenig auf die weiteren im Rechtsmittel als erheblich bezeichneten Rechtsfragen. Demnach würde es an der fehlenden Zulässigkeit des Rechtsmittels nichts ändern, wären die Anträge als solche iSd Paragraph 354, EO zu qualifizieren; auch diese wären nach der jedenfalls gut vertretbaren Rechtsansicht des Gerichts zweiter Instanz, wonach es eben um vertretbare Handlungen geht, verfehlt. Darauf, ob die Handlung ausschließlich vom Willen der verpflichteten Partei abhängt, kommt es daher nicht an, ebenso wenig auf die weiteren im Rechtsmittel als erheblich bezeichneten Rechtsfragen.

Eine Verbesserung der Anträge kommt bei Wahl des unrichtigen Exekutionsmittels nicht in Betracht (Ob 243/00g = JBl 2001, 328; 3 Ob 189/01t).

Einer weiteren Begründung bedarf dieser Beschluss nicht (§ 78 EO iVm § 510 Abs 3 ZPO). Einer weiteren Begründung bedarf dieser Beschluss nicht (Paragraph 78, EO in Verbindung mit Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

#### **Anmerkung**

E83597 3Ob232.06y

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:0030OB00232.06Y.0222.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20070222\_OGH0002\_0030OB00232\_06Y0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>