

# TE OGH 2018/1/24 3Ob219/17b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.01.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr.

Hoch als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Roch und Dr. Rassi und die Hofrätinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei R\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Wolfgang Moser, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Huber Swoboda Oswald Aixberger Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unzulässigkeit einer Exekution (§ 36 EO), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Berufungsgericht vom 1. September 2017, GZ 7 R 127/17g-22, womit das Urteil des Bezirksgerichts St. Pölten vom 16. Juni 2017, GZ 10 C 2/16g-17, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen, die hinsichtlich des 13. bis 18. Strafbeschlusses unberührt bleiben, werden hinsichtlich des 19. Strafbeschlusses dahin abgeändert, dass sie insoweit wie folgt zu lauten haben:

„Der 19. Strafbeschluss des Bezirksgerichts St. Pölten vom 3. September 2015, GZ 9 E 2421/14p-55, mit dem über die klagende Partei eine Geldstrafe von 35.000 EUR verhängt wurde, wird (nur) bezüglich des im 19. Strafantrag vom 28. August 2015 erhobenen Vorwurfs, die klagende Partei habe am 25. August 2015 in ihrem Lokal Glücksspiel in Form der Ausspielung veranstaltet, organisiert, angeboten oder zugänglich gemacht, ohne über die dafür erforderliche behördliche Bewilligung zu verfügen, für unzulässig erklärt.

Das Mehrbegehren, den 19. Strafbeschluss zur Gänze für unzulässig zu erklären, wird abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 7.299,18 EUR (darin enthalten 1.199,53 EUR USt und 102 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und die mit 3.739,92 EUR (darin enthalten 623,32 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 107 EUR bestimmten Barauslagen (Pauschalgebühr) des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die übrigen Kosten des Revisionsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

## Text

Entscheidungsgründe:

Aufgrund eines vollstreckbaren Urteils des Landesgerichts St. Pölten vom 20. September 2013 hat es die Klägerin (dort Beklagte) im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung zu betreiben oder den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der

Ausspielung zu ermöglichen, insbesondere durch Aufstellung und/oder Zugänglichmachung solcher Geräte, insbesondere in einem näher bezeichneten Geschäftslokal, solange sie nicht über die dafür erforderliche behördliche Bewilligung verfügt.

Die Klägerin betreibt in dem im Titel bezeichneten Lokal aufgrund eines Franchisevertrags eine Videothek. Bereits bei Abschluss des Franchisevertrags im Jänner 2013 standen in einem frei zugänglichen Raum der Videothek gleich neben dem Eingang Glücksspielautomaten. Dieser Bereich war als Teil der Videothek sowohl vom Franchisevertrag als auch vom Mietvertrag zwischen dem Hauseigentümer und der Franchisegeberin umfasst. Gleichzeitig war er Gegenstand des zwischen der Franchisegeberin, der Klägerin und der damaligen Betreiberin der Spielautomaten geschlossenen Automatenaufstellungs-

vertrags, in dem sich die Franchisegeberin verpflichtete, diesen Raum für die Automaten bereitzustellen; im Gegenzug erhielt sie einen vereinbarten Prozentsatz des Umsatzes aus den Automaten. Die Klägerin verpflichtete sich über die Überlassung des Raumes hinaus zur Betreuung der Automaten insoweit, als sie diese ein- und ausschaltete, technische Defekte dem Veranstalter meldete, sowie Gewinne auszahlte etc.

Nach Zustellung des Unterlassungstitels kam der Geschäftsführer der Franchisegeberin auf die Idee, die Aufstellfläche baulich von der Videothek abzutrennen und an die (nunmehrige) Betreiberin der Spielautomaten unterzuvermieten, damit diese dort Glücksspiel betreiben könne. Die bauliche Abtrennung erfolgte im April 2014 im Auftrag und auf Kosten der neuen Betreiberin. Dieser Raum ist seither nicht mehr über die Videothek, sondern nur noch durch einen eigenen Eingang zu erreichen.

Ein von der Beklagten beauftragter Kontrollor stellte (ua) bei einer Überprüfung am 25. August 2015 fest, dass sich im abgetrennten Automatenraum zumindest ein Gerät für die Durchführung von Glücksspiel in Form der Ausspielung befand, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhing. Der Automatenraum war durch die nicht versperrte Tür frei zugänglich, es gab keine Zugangskontrolle zu den Automaten. Die Spielautomaten waren betriebsbereit. Der Kontrollor der Beklagten gewann am 25. August 2015 bei den von ihm durchgeführten Spielen insgesamt 110 EUR. Zuvor hatte er in das von ihm bespielte Gerät 50 EUR eingeworfen, die ebenfalls als Guthaben ausgewiesen wurden. Da sich am Automaten der Hinweis „Auszahlung erfolgt durch Personal“ befand, begab sich der Kontrollor in die Videothek und ersuchte um Auszahlung von 160 EUR. Eine Angestellte der Videothek erklärte ihm, sie könne den Gewinn nicht auszahlen. Er solle zu den Automaten gehen, es komme dann jemand, um die Auszahlung durchzuführen. Der in der Folge von der Angestellten telefonisch herbeigerufene „zuständige Techniker“ zahlte dem Kontrollor 160 EUR in bar aus.

Mit Beschluss vom 1. August 2014, GZ 9 E 2421/14p-5, bewilligte das Erstgericht der Beklagten als betreibender Partei gegen die Klägerin als Verpflichtete aufgrund des genannten Titels wegen Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot am 16. und 30. Juni 2014 die Unterlassungsexekution nach § 355 EO und verhängte eine Geldstrafe von 2.500 EUR. In der Folge brachte die Betreibende insgesamt 19 weitere Strafanträge ein, aufgrund derer das Erstgericht jeweils Geldstrafen (von 3.000 EUR bis zuletzt 35.000 EUR) verhängte.

Inkriminiert wurde jeweils, dass sich im Lokal der Klägerin an näher bezeichneten Tagen im Lokal Geräte für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung befunden hätten, die ohne Bewilligung betrieben worden seien. Im 19. Strafantrag wurde darüber hinaus auch vorgebracht, dass eine namentlich bezeichnete Person am 25. August 2015 bei von im Rahmen einer Kontrolle durchgeführten Spielen 110 EUR gewonnen habe. Der Kontrollor habe sich daraufhin angesichts des Hinweises am Automaten „Auszahlung erfolgt durch Personal“ in die Videothek begeben und um Auszahlung seines Gewinns ersucht. Die Angestellte habe erklärt, sie könne das Guthaben von 160 EUR nicht auszahlen, weil sie nur Angestellte der Videothek sei. Auf Verlangen des Kontrollors habe sie schließlich den zuständigen Techniker zum Lokal beordert, der den Gewinn ausgezahlt habe.

Gegen die Exekutionsbewilligung und die ersten 12 Strafanträge brachte die Klägerin eine (erste) Impugnationsklage (zu AZ 10 C 10/14f des Erstgerichts) ein, mit der sie geltend machte, dass sie seit etwa April 2014 nicht mehr Mieterin jener Räume sei, in denen offensichtlich Glücksspiel angeboten werde. Dieser Klage wurde mit Urteil vom 19. April 2016 stattgegeben, weil der Klägerin der Nachweis gelang, dass die inkriminierte Aufstellung von Automaten nicht innerhalb der von ihr betriebenen Videothek erfolgte, sondern außerhalb in einem davon getrennten

eigenständigen Bestandobjekt eines Dritten. Im Hinblick darauf wurden die Exekutionsbewilligung und die ersten 12 Strafbeschlüsse vom Exekutionsgericht aufgehoben (3 Ob 191/16h bzw ON 64 im Exekutionsverfahren AZ 9 E 2421/14p des Erstgerichts).

Die Klägerin erhob gegen die Strafbeschlüsse 13 bis 19 eine (zweite) Impugnationsklage mit dem Begehren, auch diese Strafbeschlüsse für unzulässig zu erklären. Die in den Strafanträgen bezeichneten Glücksspielautomaten befanden sich nicht in ihrem Lokal. Entgegen dem Vorbringen im 19. Strafantrag habe sie weder die behaupteten Beitragshandlungen gesetzt noch andere Mitarbeiter der Videothek damit beauftragt.

Die Beklagte wendete ein, die Klägerin habe sich zumindest am illegalen Glücksspiel beteiligt, weil sie bzw ihr Personal die Räumlichkeiten mitbetreue. Damit ermögliche sie den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Glücksspielen in Form der Ausspielung und verstoße somit gegen den Titel. Im 19. Strafantrag sei auch die „Nachbarschaftshilfe“ inkriminiert worden.

Das Erstgericht erklärte die Strafbeschlüsse 13 bis 19 jeweils für unzulässig. Die Beklagte habe in allen Strafanträgen als Ort des Titelverstoßes die Videothek der Klägerin genannt, wo die Klägerin das Glücksspiel aber weder veranstaltet noch organisiert, angeboten, zugänglich gemacht oder ermöglicht habe. Auch im 19. Strafantrag finde sich kein Hinweis darauf, dass sich die Baulichkeiten gegenüber dem Zeitpunkt der Titelschaffung räumlich verändert hätten und die Klägerin die Hilfsdienste beim Betrieb der außerhalb aufgestellten Automaten geleistet und dadurch das Glücksspiel ermöglicht habe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten teilweise dahin Folge, dass es (nur) das Klagebegehren bezüglich des 19. Strafbeschlusses abwies. Im 19. Strafantrag habe die Beklagte erstmals konkretes Vorbringen zu Handlungen der Angestellten der Videothek erstattet. Die behaupteten (und vom Erstgericht auch so festgestellten) Handlungen seien ausreichend konkret beschrieben. Aus dem Strafantrag gehe auch hervor, wo die Kommunikation zwischen dem Kontrollor und der Angestellten der Klägerin stattgefunden habe. Da also einer der inkriminierten Verstöße erwiesen sei, sei im 19. Strafbeschluss zu Recht eine Geldstrafe verhängt worden. Insoweit sei das Klagebegehren daher abzuweisen, weil es nicht darauf ankomme, dass die Klägerin einen Teil des Vorbringens im 19. Strafantrag (Betreiben der Automaten im Lokal) widerlegen habe können.

Das Berufungsgericht ließ die ordentliche Revision mangels erheblicher Rechtsfrage nicht zu.

Mit ihrer außerordentlichen Revision strebt die Klägerin eine deutliche Reduktion der im 19. Strafbeschluss verhängten Geldstrafe an, weil angesichts der Unzulässigerklärung aller vorherigen Strafbeschlüsse nicht mehr von einem hartnäckigen Zuwiderhandeln gegen den Unterlassungstitel gesprochen werden könne.

Die Beklagte beantragt in ihrer vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist wegen einer vom Obersten Gerichtshof aufzugreifenden Fehlbeurteilung des Berufungsgerichts zulässig und teilweise berechtigt.

1. Nach ständiger Rechtsprechung muss der betreibende Gläubiger bei der Unterlassungsexekution sowohl im Exekutionsantrag als auch in jedem weiteren Strafantrag (nur) konkret und schlüssig behaupten, dass der Verpflichtete dem Exekutionstitel zuwiderhandelte; im Exekutionsverfahren ist also nicht zu prüfen, ob der Verpflichtete den behaupteten Verstoß gegen den Titel tatsächlich gesetzt hat (RIS-Justiz RS0113988 [T1, T3, T7]).

2. Bestreitet der Verpflichtete, den als Zuwiderhandlung gegen den Unterlassungstitel behaupteten Sachverhalt verwirklicht zu haben, kann er sowohl gegen die Exekutionsbewilligung als auch gegen den Strafbeschluss Impugnationsklage nach § 36 Abs 1 Z 1 EO erheben (RIS-Justiz RS0123123 [T2]; jüngst 3 Ob 132/17h).

3. Der Impugnationsklage, deren Begehren auf

Unzulässigerklärung der Anlassexekution zu lauten hat (RIS-Justiz RS0107694 [T2]), ist soweit stattzugeben, als der Verpflichtete die der Exekutionsbewilligung bzw den Strafbeschlüssen zugrunde liegenden titelwidrigen Verhaltensweisen tatsächlich nicht (oder nicht schuldhaft) gesetzt hat (RIS-Justiz RS0116292 [T1]; RS0000939 [T1]).

4.1. Die Beklagte konnte, wie das Berufungsgericht grundsätzlich richtig erkannt hat, nicht alle im 19. Strafantrag behaupteten Titelverstöße der Klägerin beweisen, nämlich nur die inkriminierten Handlungen der Angestellten im

Zusammenhang mit der Auszahlung des Gewinns – deren Titelwidrigkeit die Klägerin in dritter Instanz nicht mehr in Zweifel zieht –, nicht aber auch den Vorwurf, die Automaten seien im Lokal der Klägerin aufgestellt gewesen.

4.2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt dies nicht zur gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens bezüglich des 19. Strafbeschlusses. Vielmehr kann eine Impugnationsklage auch teilweise Erfolg haben, etwa dann, wenn dem Betreibenden – wie hier – im Prozess der ihm obliegende (3 Ob 191/16h mwN) Beweis für einzelne inkriminierte Tathandlungen misslingt (RIS-Justiz RS0116292 [T2]). Wurde eine Geldstrafe wegen mehrerer behaupteter Titelverstöße verhängt und erweist sich dann im Impugnationsprozess, dass der Verpflichtete nicht alle als titelwidrig inkriminierten Verhaltensweisen realisierte, ist der Impugnationsklage daher soweit stattzugeben, als die betreibende Partei einen in Wahrheit nicht bestehenden Vollstreckungsanspruch für sich in Anspruch nahm (3 Ob 317/01s).

5.1. Die von der Klägerin angestrebte Herabsetzung der mit dem 19. Strafbeschluss verhängten Geldstrafe kommt im Impugnationsverfahren nicht in Betracht. Erst nach Rechtskraft und im Umfang der stattgebenden Entscheidung im Impugnationsprozess ist die Exekution gemäß § 36 Abs 3 EO einzustellen bzw gemäß § 41 Abs 1 EO einzuschränken. Eine bloß teilweise Stattgebung der Impugnationsklage wirkt sich im Fall der Unterlassungsexekution also erst im weiteren Exekutionsverfahren auf die Höhe der verhängten Geldstrafe(n) aus (3 Ob 317/01s = RIS-Justiz RS0116291).

5.2. Bereits jetzt ist dazu jedoch festzuhalten, dass im weiteren Exekutionsverfahren die im 19. Strafbeschluss verhängte Geldstrafe nicht nur aufgrund der teilweisen Stattgebung des Klagebegehrens auch hinsichtlich dieses Strafbeschlusses jedenfalls zu reduzieren sein wird. Darüber hinaus ist nämlich zu berücksichtigen, dass infolge Wegfalls der (ursprünglichen) Exekutionsbewilligung und der ersten 18 Strafbeschlüsse der nunmehr allein verbleibende 19. Strafbeschluss die Exekutionsbewilligung ersetzt (RIS-Justiz

RS0004458) und daher von einem hartnäckigen Zuwiderhandeln gegen das Unterlassungsgebot keine Rede mehr sein kann. Führt – wie hier – der (ganz) überwiegende Erfolg einer Impugnationsklage zum Wegfall sowohl der Exekutionsbewilligung als auch zahlreicher weiterer (hier: 18) Strafbeschlüsse, ist die im (allein) verbleibenden (hier: 19.) Strafbeschluss verhängte Geldstrafe jedenfalls neu zu bemessen.

6. Die Urteile der Vorinstanzen sind daher wie aus dem Spruch ersichtlich abzuändern.

7. Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich des Verfahrens erster Instanz auf § 43 Abs 2 iVm § 54 Abs 1a ZPO und hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens auf §§ 43, 50 ZPO.

Der Streitwert der Impugnationsklage richtet sich wie jener der Oppositionsklage nach dem unter Anwendung der §§ 54 und 56 JN ermittelten Wert des betriebenen und von der Klage betroffenen Anspruchs (Jakusch in Angst/Oberhammer3 § 36 EO Rz 47 mwN;

3 Ob 263/15w;

RIS-Justiz

RS0000975).

Die Klägerin ist mit ihrer gegen sieben Strafbeschlüsse (mit einem Streitwert von je 34.900 EUR) gerichteten Impugnationsklage ganz überwiegend (nämlich hinsichtlich der Strafbeschlüsse 13 bis 18 zur Gänze und in Ansehung des 19. Strafbeschlusses zur Hälfte) durchgedrungen. Die Beklagte hat ihr daher gemäß § 43 Abs 2 (iVm § 50) ZPO die Kosten des erstinstanzlichen und des Berufungsverfahrens zur Gänze zu ersetzen.

In dritter Instanz hat die Klägerin zur Hälfte obsiegt, sodass die Beklagte ihr gemäß § 43 Abs 1, § 50 ZPO die Hälfte der Pauschalgebühr zu ersetzen hat, während die Vertretungskosten gegeneinander aufzuheben sind.

#### **Textnummer**

E120810

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

ECLI:AT:OGH0002:2018:0030OB00219.17B.0124.000

#### **Im RIS seit**

07.03.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

22.08.2018

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)