

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV120007-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny.

Urteil vom 18. April 2013

in Sachen

Kanton Zürich,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsdienst ... des Kantons Zürich,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

A. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Vollstreckung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 31. Juli 2012 (EZ120003)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 31. Juli 2012 hiess die Vorinstanz das auf eine Vereinbarung zwischen den Parteien gestützte Vollstreckungsbegehren des Gesuchstellers und Beschwerdegegners (fortan Gesuchsteller) gut, indem sie wie folgt entschied (Urk. 16 S. 8 f.):

- " 1. Die beklagte Partei wird in Vollstreckung der Präsidialverfügung des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichts Bülachs vom 13. Oktober 2011 angewiesen, auf dem streitbezogenen Grundstück (Kompostbetrieb im B. _____) das Umschichten des Reifungsmaterials zur Durchsetzung des Reifungsmaterials mit Enzymen (Campazym K) während der Dauer des Verfahrens CG090019, zu Zeit hängig am Bezirksgericht Bülach, maximal zweimal pro Monat, nicht während der Wochenenden und nur bei Westwind vorzunehmen.

Verstösst der Beklagte gegen diese Verpflichtungen, so wird er bei jeder Wiederhandlung mit einer Ordnungsbusse von Fr. 5'000.– gebüsst.

2. Die Entscheidungsbüher (Pauschalgebüher) wird festgesetzt auf:

1'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:

19.– Kopierkosten

1'019.– Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Kosten werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die beklagte Partei wird verpflichtet, der klagenden Partei eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Beschwerde, 10 Tage, kein Fristenstillstand)."

2. Hiergegen erhob der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner) frist- und formgerecht Beschwerde und stellte folgenden Anträge (Urk. 15 S. 2):

- " 1. Das angefochtene Urteil vom 31. Juli 2012 sei aufzuheben.
2. Das Vollstreckungsbegehren des Klägers/Beschwerdegegners vom 13. Januar 2012 sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
3. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen bzw. die Vollstreckung des angefochtenen Urteils sei aufzuschieben.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWSt) zu Lasten des Klägers/Beschwerdegegners."
3. Mit Verfügung der Kammer vom 31. August 2012 wurde die Vollstreckung des angefochtenen Urteils aufgeschoben (Urk. 19).
4. Der Gesuchsteller hat mit Eingabe vom 2. Oktober 2012 auf das Einreichen einer Beschwerdeantwort verzichtet (Urk. 23).

II.

1. Mit der Beschwerde können gemäss Art. 320 ZPO jede unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Es kann jede Rechtsverletzung angeführt werden, die Sachverhaltserstellung kann aber nur als "offensichtlich unrichtig" gerügt werden. "Offensichtlich unrichtig" ist dabei – analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG – gleichbedeutend mit willkürlich im Sinn von Art. 9 BV (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, 2. A., N 5 zu Art. 320). Die Beschwerde dient nicht der Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern ermöglicht im Wesentlichen eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids.

2. Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet zu erheben. Der Inhalt dieser Bestimmung erschliesst sich durch einen Vergleich mit der entsprechenden Regelung für das bundesgerichtliche Verfahren in Art. 42 Abs. 2 BGG (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321 mit Verweis auf BGE 134 II 244 E. 2.4). Praxisgemäss sind die Eintretensvoraussetzungen aber nicht so restriktiv wie gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG im bundesgerichtlichen Verfahren. So wird vom Beschwerdeführer nicht verlangt, dass er explizit verletzte Gesetzesartikel nennt, da die kantonale Beschwerdeinstanz das Gesetz von Amtes wegen anwendet. Die Beschwerdeinstanz prüft nicht von sich aus den ganzen angefochtenen Entscheid, sondern nur die gerügten Teile. Was nicht gerügt wird, wird in der Regel nicht überprüft und hat daher grundsätzlich Bestand (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 15 zu Art. 321).

3. Schliesslich herrscht ein umfassendes Novenverbot. Dieses gilt sowohl für echte als auch unechte Noven. Neue rechtliche bzw. normative Erwägungen sind aber zulässig (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., N 4 zu Art. 326, Urteil des Bundesgerichts 5A_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3).

III.

1.1. Der Gesuchsgegner rügt zunächst, dass die Vereinbarung bzw. der Vergleich vom 20. September 2011 gemäss Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO nur wie ein rechtskräftiger Entscheid wirken würde, wenn er zur Beendigung und Abschreibung des Verfahrens führte. Der streitgegenständliche Vergleich beende das Verfahren aber nicht. Daher liege kein im Sinne von Art. 336 ZPO vollstreckbarer Entscheid vor. Zudem habe es keinen Antrag und kein Verfahren gegeben, aufgrund dessen die Vorinstanz über vorsorgliche Massnahmen hätte befinden müssen. Der Analogieschluss der Vorinstanz, der Vergleich sei gleich wie eine vorsorgliche Massnahme zu vollstrecken, erweise sich daher als unzutreffend (Urk. 15 S. 3 f. Rz 9 f.).

1.2.1. Das Verfahren vor der Vorinstanz, in dem der streitgegenständliche Vergleich geschlossen worden war, wurde im Jahr 2009 eingeleitet (Urk. 16 S. 4 Ziff. 2.3.). Es steht daher gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO auch nach Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO unter der Herrschaft des kantonalzürcherischen Prozessrechts. Dementsprechend ist nicht anhand der eidgenössischen ZPO zu prüfen, ob der Vergleich, bzw. die Präsidialverfügung der Vorinstanz vom 13. Oktober 2011, mit der u. a. der Vergleich vorgemerkt wurde, wie ein rechtskräftiger Entscheid wirkt. Vielmehr ist auf die kantonalzürcherische ZPO abzustellen, die keine dem Art. 241 ZPO entsprechende Bestimmung enthält. Es kann daher auf die Behandlung der Problematik von Art. 241 ZPO verzichtet werden.

1.2.2. Von Bedeutung ist vorliegend, dass der Vergleich inhaltlich gewisse Betriebsmodalitäten für die streitgegenständliche Kompostierungsanlage für die Dauer des Verfahrens festlegt (Urk. 15 S. 3 Rz. 9). Eine solche Regelung kann ohne weiteres Inhalt einer vorsorglichen Regelungsmassnahme sein. Weiter

können die Parteien über die durch den Vergleich geregelte Materie frei disponieren. Gleich wie sie sich über die *endgültige* Regelung ihres Streites in einem Vergleich einigen können und dieser Vergleich durch die Vormerkname zum Urteil wird, können sie sich auch über die *einstweilige* Regelung ihres Streites in einem Vergleich einigen. Wird von diesem Vergleich hernach in einem Zwischenentscheid Vormerk genommen, wird der Vergleich analog zur soeben geschilderten Konstellation zum Massnahmenentscheid. Die Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2011, mit der vom streitgegenständlichen Vergleich Vormerk genommen wurde, entspricht daher einem Massnahmenentscheid gemäss § 110 Abs. 2 ZPO/ZH (Urk. 18/4). Gegen diese Präsidialverfügung wurde keine Einsprache gemäss § 110 Abs. 2 ZPO/ZH erhoben, weshalb sie grundsätzlich gemäss § 110 Abs. 3 ZPO/ZH bis zur Rechtskraft des Endentscheides bestehen bleibt.

1.3. Das Vollstreckungsverfahren wurde am 13. Januar 2012 anhängig gemacht (Urk. 2), entsprechend sind die Bestimmungen der eidgenössischen ZPO anzuwenden. Als Vollstreckungstitel im Sinne von Art. 336 ZPO kann auch ein vollstreckbarer Massnahmenentscheid dienen (D. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, 2. A., N 5 zu Art. 336). Die Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2011 ist, da keine Einsprache erhoben wurde, formell rechtskräftig geworden und kann somit vollstreckt werden (vgl. Ziff. III. 1.2.2. hiavor.)

1.4. Im Ergebnis liegt somit entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners ein vollstreckbarer Entscheid vor.

2.1 Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, dem Gesuchsteller fehle das rechtliche Interesse an der Vollstreckung des Massnahmenentscheides, da er nur einmal vor 9 Monaten gegen die Vereinbarung verstossen habe und seither von März 2012 bis August 2012 unbestrittenermassen keine Verstösse gegen die Vereinbarung vorgekommen seien. Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, dass erneut gegen die Vereinbarung verstossen werden könnte, vermöge kein aktuelles Rechtsschutzinteresse zu begründen, weshalb auf das Vollstreckungsbegehren gar nicht hätte eingetreten werden dürfen (Urk. 15 S. 4 Rz. 11 ff.).

2.2. Vor der zweiten Instanz ist es nun unumstritten, dass zumindest einmal gegen die Vereinbarung verstossen wurde (Urk. 15 S. 7 Rz 29 f.). Dies lässt die berechnete Befürchtung aufkommen, dass es erneut zur Missachtung der Vereinbarung kommen könnte. Diese Befürchtung kann zwar entkräftet werden, wobei aber an die Entkräftung hohe Ansprüche zu stellen sind. Es muss verlangt werden, dass der Gesuchsgegner – nachdem er bereits einmal gegen die Vereinbarung verstossen hat – überzeugend dartut, dass es inskünftig nicht mehr zu Verstössen kommt. Diesbezüglich argumentiert er einzig mit dem Zeitablauf. Er behauptet weder, organisatorische Massnahmen zur Vermeidung inskünftiger Verstösse oder Ähnliches getroffen zu haben, noch macht er geltend, die Sachlage habe sich dahingehend geändert, dass es nicht mehr zu Verstössen kommen könne. Auch das anfängliche Bestreiten jeglicher Verstösse vor der Vorinstanz spricht gegen den Gesuchsgegner (Urk. 6 S. 4). Die Befürchtung, es könnte erneut zu Verstössen gegen die Vereinbarung kommen, besteht daher nach wie vor, weshalb auch das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers an der Vollstreckung des Massnahmenentscheides zu bejahen ist (vgl. zu einer analogen Problematik im Patentrecht: BGE 116 II 357 E. 2).

3.1. Der Gesuchsgegner rügt weiter, dass die Vorinstanz den Wortlaut der Vereinbarung nicht korrekt in das Dispositiv der angefochtenen Verfügung übernommen habe. Dadurch sei er zu etwas verpflichtet worden, was nicht vereinbart worden sei.

3.2. Der Wortlaut der Vereinbarung lautet wie folgt (Urk. 18/3):

- "1. Während der Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens verpflichtet sich der Beklagte, dass auf dem streitbezogenen Grundstück das Umschichten des Reifungsmaterials maximal zweimal pro Monat, nicht während der Wochenenden und nur bei Westwind erfolgt, sowie das Reifungsmaterial mit Enzymen durchsetzt werden (Compazym K).
2. Die Vereinbarung ist unpräjudiziell für den weiteren Verfahrensverlauf."

Im Dispositiv der angefochtenen Verfügung steht folgendes (Hervorhebungen durch die Kammer):

"1. Die beklagte Partei wird in Vollstreckung der Präsidialverfügung des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichts Bülachs vom 13. Oktober 2011 angewiesen, auf dem streitbezogenen Grundstück (Kompostbetrieb im B._____) das Umschichten des Reifungsmaterials zur Durchsetzung des Reifungsmaterials mit Enzymen (Campazym K) während der Dauer des Verfahrens CG090019, zu Zeit hängig am Bezirksgericht Bülach, maximal zweimal pro Monat, nicht während der Wochenenden und nur bei Westwind vorzunehmen.

Verstösst der Beklagte gegen diese Verpflichtungen, so wird er bei jeder Widerhandlung mit einer Ordnungsbusse von Fr. 5'000.– gebüsst."

3.3. Zunächst ist offensichtlich, dass der Name des zu verwendenden Enzyms – Campazym anstelle von Compazym – versehentlich falsch geschrieben wurde. Dieses Versehen ist ohne weiteres zu korrigieren.

3.4. Dem Gesuchsgegner ist sodann zuzustimmen, dass sich dem Vereinbarungstext nicht entnehmen lässt, dass das Reifungsmaterial zur Durchsetzung mit Enzymen umgeschichtet werden soll bzw. darf. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, wieso von der Formulierung der Vereinbarung abzuweichen wäre. Die Formulierung des Dispositivs erweist sich somit als unzutreffend und ist zu korrigieren. Was die von der Vorinstanz gewählte Formulierung tatsächlich bedeutet, braucht vor diesem Hintergrund nicht untersucht zu werden.

3.5.1. Der Gesuchsgegner kritisiert sodann, dass aus dem Dispositiv des angefochtenen Entscheides nicht mit genügender Deutlichkeit hervorgehe, dass seine Verpflichtung nur auf die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens beschränkt sei (Urk. 15 Rz 21).

3.5.2. Dem Gesuchsgegner ist einerseits zuzustimmen, dass das Wort "erstinstanzlich" im Dispositiv der angefochtenen Verfügung nicht erwähnt wird, ausserdem deutet die Formulierung "... zur Zeit hängig am Bezirksgericht Bülach ..." an, dass das Verfahren in einem späteren Zeitpunkt auch an einem anderen Gericht anhängig werden könnte. Andererseits hielt die Vorinstanz im betreffenden Dispositiv auch fest, dass die Massnahmen nur während der Dauer des Pro-

zesses CG090019 vor dem Bezirksgericht Bülach gelten. Da die Geschäftsnummer eines Prozesses an jedem Gericht im Kanton Zürich einmalig ist und im Falle eines Weiterzugs oder einer Prozessüberweisung eine neue Geschäftsnummer zugeteilt wird, bedeutet die Formulierung der Vorinstanz, dass das Verbot nur für das Verfahren vor dem Bezirksgericht Bülach gilt. Dem gegenüber bedeutet die Formulierung der Vereinbarung, dass die Massnahmen für das erstinstanzliche Verfahren gelten soll, unabhängig davon, an welchem Gericht es anhängig ist; die Massnahmen würden beispielsweise auch nach einer Prozessüberweisung weitergelten.

3.5.3. Im Ergebnis schränkt die Formulierung der Vorinstanz den Geltungsbereich der Massnahmen im Vergleich zur Vereinbarung ein. Da der Gesuchsgegner durch die Massnahmen belastet wird, kommt ihm eine solche Einschränkung entgegen. Ihm fehlt daher ein schützenswertes Interesse, die Formulierung abzuändern. Dementsprechend ist auf diese Rüge nicht einzutreten.

4.1. Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, dem Kanton dürften keine Ordnungsbussen auferlegt werden. Er argumentiert zunächst, dass wenn die Ordnungsbussen als kriminelle Strafe qualifiziert würde, diese dem Kanton nicht auferlegt werden könne. Er berief sich dabei sowohl auf den Grundsatz, dass juristische Personen nicht straffähig seien ("societas delinquere non potest") als auch auf Art. 102 Abs. 4 lit. b StGB, der festhält, dass Gebietskörperschaften nicht gemäss den Bestimmungen des siebten Titels des StGB strafbar seien.

Für den Fall, dass man der Ordnungsbusse jeglichen Strafcharakter absprechen wollte, müsste diese zu den Gerichtskosten im weiteren Sinn zählen, von denen der Kanton gemäss § 200 lit. a GOG befreit sei (Urk. 15 S. 6 Rz 22 ff.).

4.2.1. Der Grundsatz "societas delinquere non potest" hat keine positivrechtliche Grundlage. Bereits schon vor der vielbeachteten Novelle des Unternehmensstrafrechtes (Einführung der Art. 100^{quater} und Art. 100^{quinquies} StGB bzw. nun Art. 102 StGB) war die Strafbarkeit eines Kollektives oder einer juristischen Person der Schweizer Rechtsordnung aber nicht fremd; so waren sowohl im Verwaltungsrecht als auch im Steuerrecht entsprechende Strafnormen vorhanden

(Niggli/Schmuki, Das Unternehmensstrafrecht, Anwaltsrevue 9/2005 S. 347). Ausserdem steht er im Widerspruch zur in der Schweiz herrschenden Realitätstheorie, gemäss der eine juristische Person eigentlich deliktsfähig sein müsste (BSK Strafrecht I-Niggli/Gfeller, N 10 zu Art. 102). Der Grundsatz erfährt mithin Relativierungen und kann bei der Beurteilung der Frage, ob einer juristischen Person eine zivilprozessuale Ordnungsbussse angedroht werden kann, nur zurückhaltend herangezogen werden.

4.2.2. Etwas uneinheitlich sind die Standpunkte in der Lehre zur Frage, ob Ordnungsbussen im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. a und b ZPO eigentliche kriminelle Strafen sind, gar keinen Strafcharakter (ähnlich wie das deutsche Zwangsgeld gemäss § 888 der deutschen ZPO) oder einen doppelten Charakter haben. Diese Unterscheidung ist insbesondere für zwei Fragen von Relevanz. Nämlich erstens, ob einer juristischen Person eine zivilprozessuale Ordnungsbussse angedroht und auferlegt werden kann, und zweitens für die Frage, ob der allgemeine Teil des Strafrechts, insbesondere die Bestimmungen über die Umwandlung von Bussen in freiheitsentziehende Massnahmen, zur (analogen) Anwendung gelangen.

In der massgeblichen Literatur und auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung herrscht trotz der soeben dargelegten unterschiedlichen Standpunkte weitgehende Einigkeit, dass juristische Personen mit einer zivilprozessualen Ordnungsbussse belegt werden können. Dies unabhängig von der exakten Charakterisierung der Busse (D. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, 2. A., N 21 zu Art. 343; BSK ZPO-Zinsli, N 20 zu Art. 343; Online-DIKE-Kommentar, Rohner/Jenny, N 15 zu Art. 343 ZPO [Stand 16.04.2012]; Franz Kellerhals, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen ZPO, Bern 2012, N. 50 zu Art. 343; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 626 mit Hinweis auf BGE 64 I S. 53 und BGE 82 IV 44,45 m.w.H.). Als verschuldensunabhängige Zwangsmassnahme zielt sie allein auf das Vermögen ab. Eine juristische Person ist aber vermögensfähig. Von dieser Lehrmeinung, bzw. höchstrichterlicher Praxis abzuweichen besteht kein Grund und sie ist analog auf Gebietskörperschaften

anzuwenden, soweit sie zivilprozessual prozess- und parteifähig sind. Im vorliegenden Verfahren stellt sich die Frage nach der Umwandlung der Busse nicht, da diese erst angedroht werden soll. Es muss also auch unter diesem Gesichtspunkt keine Charakterisierung der Busse vorgenommen werden.

4.2.3. Als Kosten im Sinne von § 200 GOG, die dem Kanton nicht auferlegt werden, sind die Gerichtskosten zu verstehen. Diese setzen sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen des Gerichts zusammen. Der Kanton ist jedoch nicht von der allfälligen Verpflichtung, eine Parteientschädigung zu leisten, befreit (Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, § 200 N 4). Das kennzeichnende Merkmal der Befreiung von Gerichtsgebühren und der Auslagen ist, dass diese eine (teilweise pauschalierte) Abgeltung für staatliche Leistungen darstellt; es handelt sich um eine Kausalabgabe mit Äquivalenzcharakter (Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, Vorbem. zu §§ 199 ff. N 5 f.). Unter diesem Blickwinkel können aber Ordnungsbussen im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO nicht als Kosten im Sinne von § 200 GOG qualifiziert werden, steht doch diesen keine staatliche Leistung gegenüber. § 200 GOG verbietet daher nicht, dem Kanton Zürich als Gesuchsgegner eine Ordnungsbusse anzudrohen.

4.2.4. Als Zwischenfazit muss daher geschlossen werden, dass es weder aufgrund des allgemeinen Grundsatzes "societas delinquere non potest" noch aufgrund des positiven Rechts unmöglich ist, dem Kanton Zürich eine zivilprozessuale Ordnungsbusse anzudrohen.

4.2.5. Der Hinweis des Gesuchsgegners, die Auferlegung einer Ordnungsbusse würde nur Verrechnungsaufwand zwischen verschiedenen kantonalen Stellen bewirken (Urk. 15 S. 6 Rz 24), ist in dieser Absolutheit nicht zutreffend. Zwar würden, wenn die Busse verfiere, tatsächlich nur Mittel zwischen zwei Stellen des Kantons fliessen bzw. verrechnet werden und damit das Vermögen des Kantons insgesamt betrachtet unberührt bleiben. Dabei ist aber zu beachten, dass die Bussenzahlung das Budget der gebüssten Stelle belastet. Da das Budget nicht unbeschränkt ist und – nicht zuletzt aufgrund der Sparbemühungen des Kantons – nicht beliebig erweitert werden kann, schränkt eine Busse die betreffende Stelle in ihrem finanziellen Handlungsraum ein. Dementsprechend ver-

mag eine Bussenandrohung durchaus die betreffende Stelle zu motivieren, sich so zu verhalten, dass die Busse nicht verfällt.

4.3. Insgesamt unter Würdigung aller soeben dargelegten Umstände muss das Fazit gezogen werden, dass auch dem Kanton eine Ordnungsbusse im Sinne von Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO angedroht werden kann.

5.1. Der Gesuchsgegner rügt auch, dass selbst im Fall, dass die Androhung der Ordnungsbusse zulässig wäre, diese willkürlich zu hoch bemessen wäre und überdies nicht für jede einzelne Zuwiderhandlung angedroht werden dürfe.

5.2.1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsgegner vor der Vorinstanz noch bestritt, dass es überhaupt zu einer Verletzung der Vereinbarung gekommen sei (Urk. 6 S. 4 Rz 11). Soweit er nun Ausführungen zu den tatsächlichen Umständen und Auswirkungen des Verstosses vom 10. November 2011 macht (Urk. 15 S. 7 Rz 29 f.), müssen diese als im Sinne des unter Ziff. II. 3. hiervor dargelegten Novenverbots verspätet qualifiziert werden. Auf diese Ausführungen kann daher nicht mehr eingegangen werden.

5.2.2. Die Bemessung der Ordnungsbusse muss verhältnismässig sein. Es handelt sich um einen Ermessensentscheid. Das Ermessen muss korrekt ausgeübt werden. Dies bedeutet, dass alle massgeblichen Umstände zu berücksichtigen sind. Zentral ist dabei die Funktion der Ordnungsbusse, nämlich die bedrohte Partei zu einem bestimmten Verhalten zu motivieren. Die Busse muss daher hoch genug sein, dass sie die bussbedrohte Partei tatsächlich zum erwünschten Verhalten motiviert. Sie darf aber auch nicht unnötig hoch sein, mit der Busse werden schliesslich keine fiskalischen Zwecke verfolgt, auch soll der bussbedrohten Partei kein unnötig hohes Übel zugefügt werden. Weiter gilt es auch die Relation zwischen dem zu schützenden Rechtsgut und der möglichen Verletzung des Vermögens der bussbedrohten Partei zu berücksichtigen.

5.2.3. Der Gesuchsgegner ist vermögend und zweifelsohne zahlungsfähig. Dieser Umstand wirkt sehr stark erhöhend auf die Busse als Verhaltensmotivation. Vorliegend soll das Eigentum des Gesuchstellers vor Geruchsimmissionen

geschützt werden. Dass von der Kompostieranlage Gerüche ausgehen, ist vorliegend nicht umstritten. Wie stark, häufig und störend diese sind, ist Gegenstand des Hauptverfahrens. Dass das Eigentum gänzlich nicht mehr ausgeübt werden könnte oder dass von den Immissionen gar eine Gefahr für die Gesundheit ausgeht, ist weder behauptet noch ersichtlich. Die zu verhindernde Störung des Eigentums ist daher im vorliegenden Fall einstweilen als mittelschwer zu qualifizieren. Andererseits besteht keine Gefahr, dass der Gesuchsgegner durch die Busse in wirtschaftliche Not geraten könnte. Auch von Bedeutung ist, dass sowohl das Rechtsgut des Eigentums als auch des Vermögens von ähnlicher Wertigkeit sind.

5.2.4. In Abwägung der soeben dargelegten Umstände, insbesondere vor dem Hintergrund der grossen finanziellen Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners, erscheint die Höhe der Busse von Fr. 5'000.– durchaus angemessen.

5.3.1. Der Gesuchsgegner bringt zutreffend vor, die Elemente – insbesondere die maximale Höhe der Busse – von Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO dürften nicht mit jenen der Tagesbusse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO vermischt werden. Zur Beantwortung der Frage, ob der Vorinstanz tatsächlich eine unzulässige Vermischung vorzuwerfen ist, muss zunächst analysiert werden, inwiefern die beiden Bestimmungen die gleichen Elemente enthalten und inwiefern sie sich unterscheiden. Beide Bestimmungen belegen ein bestimmtes Verhalten mit einer Busse. Während bei der Busse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO bereits mit dem Eintritt dieses Verhaltens die Busse verfallen ist - in der Regel mit der Übertretung eines Verbots - und ihre Höhe feststeht, wird bei einer Tagesbusse gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO die Dauer der pflichtwidrigen Untätigkeit sanktioniert und bestimmt letztlich die Bussenhöhe.

5.3.2. Die Vorinstanz macht die Höhe der von ihr angedrohten Busse nicht von der Dauer des Verstosses sondern, wie bei Verboten üblich, von der Anzahl der Verstösse abhängig. Ihr kann daher nicht vorgeworfen werden, sie würde in unzulässiger Weise die Elemente der beiden Bestimmungen kombinieren bzw. vermischen. Dass sie eine Busse für jeden Verstoß vorsieht, ist sodann durchaus angebracht, könnte sich doch der Gesuchsgegner andernfalls durch eine einmalige Zahlung der weiteren Wirkung der streitgegenständlichen Verfügung

entziehen (vgl. auch zur Zulässigkeit der je einzelnen Sanktionierung mehrerer Verstösse: BSK ZPO-Zinsli, N 21 zu Art. 343; Online-DIKE-Kommentar, Rohner/Jenny, N 15 zu Art. 343 ZPO [Stand 16.04.2012]; Franz Kellerhals, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen ZPO, Bern 2012, N 48 zu Art. 343).

5.3.3. Dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner eine Busse für jeden einzelnen Verstoss androhte, ist somit nicht zu beanstanden.

6.1. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Beschwerde bis auf die Rüge, der Inhalt der der streitgegenständlichen Verfügung zu Grunde liegenden Vereinbarung sei nicht korrekt übernommen worden, unbegründet ist.

6.2. In Bezug auf die begründete Rüge ist die Sache spruchreif, der vorinstanzliche Entscheid ist daher aufzuheben und es ist in Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO ein neuer Entscheid zu fällen, der das angefochtene Urteil ersetzt.

IV.

1. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung wurde nicht gerügt, dementsprechend ist diesbezüglich nichts vorzukehren (vgl. zur Rügepflicht Ziff. II. 2 hiervor).

2. Die Festsetzung und Verteilung der Kosten des Beschwerdeverfahrens richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen zum Kostenrecht (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf, Art. 327 N 24).

3.1. Hat sich ein Beschwerdegegner mit dem vorinstanzlichen Entscheid weder identifiziert noch diesen verursacht, kann in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO darauf verzichtet werden, ihn zur Bezahlung einer Parteientschädigung und Gerichtskosten zu verpflichten (Jenny, a.a.O, Art. 107 N 22 m.w.H.).

3.2. Indem der Gesuchsteller auf eine Beschwerdeantwort und die Stellung von Anträgen verzichtete, hat er sich mit dem Entscheid der Vorinstanz nicht iden-

tifiziert (Urk. 23). Zwar hat er durch sein Vollstreckungsbegehren den Entscheid der Vorinstanz veranlasst; dass das Dispositiv der Vorinstanz nicht vollends zutreffend formuliert wurde, kann aber nicht dem Gesuchsteller angelastet werden. Ihm sind daher einerseits weder für das Beschwerdeverfahren Kosten aufzuerlegen, noch kann er verpflichtet werden, dem Gesuchsgegner eine Entschädigung zu bezahlen. Mangels wesentlicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren ist ihm andererseits auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

4. Der Gesuchsgegner dringt mit seinem Begehren nur teilweise durch, ihm sind aber dennoch gemäss § 200 Abs. 1 lit. a GOG für das vorliegende Beschwerdeverfahren keine Kosten aufzuerlegen.

5. Im Ergebnis können die Kosten den Parteien nicht auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen werden. Es ist daher auf die Festsetzung von Kosten und Parteientschädigungen zu verzichten.

Es wird erkannt:

1. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgericht Bülach (Einzelgericht) vom 31. Juli 2012 wird der Gesuchsgegner in Vollstreckung der Präsidialverfügung des Gerichtspräsidenten des Bezirksgerichts Bülachs vom 13. Oktober 2011 angewiesen, während der Dauer des Verfahrens CG090019, zu Zeit hängig am Bezirksgericht Bülach, auf dem streitbezogenen Grundstück (Kompostbetrieb im B._____) das Reifungsmaterial maximal zweimal pro Monat, nicht während der Wochenenden und nur bei Westwind umzuschichten sowie das Reifungsmaterial mit Enzymen (Com-pazym K) zu durchsetzen.
2. Verstösst der Gesuchsgegner gegen diese Anweisung, so wird er für jeden Verstoß mit einer Ordnungsbusse von Fr. 5'000.– gebüsst.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziffern 2-4) wird bestätigt.

4. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben
5. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht im summarischen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. G. Kenny

versandt am: js