

# TE OGH 2005/4/25 16R77/05v

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 25.04.2005

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr.Falser als Vorsitzende, die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Wittmann-Tiwald und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Sonntag in der Rechtssache der klagenden Partei \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Josef Weixelbaum, Rechtsanwalt in Linz, wider die beklagte Partei \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Johann Gelbmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 10.000,-- s. A., infolge der Berufung der beklagten Partei gegen das Versäumungsurteil des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 11.1.2005, 16 Cg 102/04v-11, gemäß den §§ 471 Z 5, 473 Abs.1, 477 Abs.1 Z 4 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDas Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr.Falser als Vorsitzende, die Richterin des Oberlandesgerichtes Dr.Wittmann-Tiwald und den Richter des Oberlandesgerichtes Dr.Sonntag in der Rechtssache der klagenden Partei \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Josef Weixelbaum, Rechtsanwalt in Linz, wider die beklagte Partei \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Johann Gelbmann, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 10.000,-- s. A., infolge der Berufung der beklagten Partei gegen das Versäumungsurteil des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 11.1.2005, 16 Cg 102/04v-11, gemäß den Paragraphen 471, Ziffer 5,, 473 Absatz „, 477 Absatz , Ziffer 4, ZPO in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Berufung wegen Nichtigkeit wird Folge gegeben, das angefochtene Versäumungsurteil als nichtig aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Mit der beim BG Donaustadt am 2.4.2004 eingebrachten Mahnklage begehrte die Klägerin ursprünglich EUR 3.600,-- von der Beklagten mit dem Vorbringen, Herr Peter F\*\*\*\*\* habe mit der Klägerin einen Darlehensvertrag abgeschlossen. Als Sicherstellung habe die Mithaftung der Beklagten, der Lebensgefährtin des Herrn Feuchtinger, zur ungeteilten Hand gedient.

Das BG Donaustadt erließ am 26.4.2004 einen Zahlungsbefehl laut dieser Mahnklage (ON 2).

Gegen diesen Zahlungsbefehl er hob die Beklagte rechtzeitig Einspruch und brachte darin vor, die Forderung der Klägerin gegenüber Peter F\*\*\*\*\* sei bereits erloschen, da eine Gegenverrechnung zwischen den zuvor Genannten stattgefunden habe (ON 3).

Das BG Donaustadt beraumte daraufhin eine Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung für den 23.6.2004 an (ON 4).

Bei dieser Tagsatzung trug der Klagevertreter die Klage vor, der Beklagtenvertreter trug den Einspruch vor. Im Anschluss daran wurde das Klagebegehren erörtert und gab der Klagevertreter zu, dass wie im vorbereitenden Schriftsatz ON 5 ausgeführt, der Darlehensbetrag in Höhe von EUR 13.081,11 unberichtigt aushafte. Daraufhin wurde die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Donaustadt erörtert. BV erklärte, dass er einer Ausdehnung des Klagebegehrens über einen Betrag von EUR 10.000,-- hinaus nicht zustimme.

Daraufhin dehnte der KV das Klagebegehren auf EUR 10.000,-- s.A. aus.

Der BV wendete in der Folge im Hinblick auf den aushaftenden Darlehensbetrag in Höhe von EUR 13.081,11 die Unzuständigkeit des Bezirksgerichtes Donaustadt ein und legte Kostennote. Der KV beantragte für den Fall der Unzuständigkeit des Bezirksgerichtes Donaustadt die Überweisung an das offenbar nicht unzuständige Landesgericht für ZRS Wien.

Das BG Donaustadt verkündete noch in dieser Tagsatzung den Beschluss, wonach es sachlich unzuständig sei, überwies die Sache an das Erstgericht und verpflichtete die Klägerin zum Kostenersatz an die Beklagte für die Kosten dieser Tagsatzung (ON 6).

Dieser Beschluss wurde vom BG Donaustadt mit ON 7 ausgefertigt und ist rechtskräftig und vollstreckbar.

Das Erstgericht beraumte für den 11.1.2005 eine Tagsatzung an und lud dazu die Parteienvertreter (ON 8).

Zur Tagsatzung vom 11.1.2005 erschien lediglich der Klagevertreter, die Zustellung an den Beklagtenvertreter ist ausgewiesen. Die klagende Partei beantragte in dieser Tagsatzung die Fällung eines Versäumungsurteils und legte Kostennote (ON 10).

Das Erstgericht erließ das beantragte Versäumungsurteil und verpflichtete die beklagte Partei zum Ersatz der mit EUR 1.141,11 bestimmten Kosten.

Die beklagte Partei erhob zunächst Widerspruch gegen das Versäumungsurteil (ON 12).

Dieser Widerspruch wurde vom Erstgericht mit Beschluss vom 18.2.2005 rechtskräftig zurückgewiesen (ON 13).

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen dieses Versäumungsurteil richtet sich die Berufung der beklagten Partei aus den Berufungsgründen der Nichtigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung, mit dem Antrag, das angefochtene Versäumungsurteil für nichtig zu erklären, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragte, der Berufung nicht Folge zu geben. Die Berufung ist im Sinne des angezogenen Nichtigkeitsgrundes berechtigt.

Die Beklagte führt in ihrer Nichtigkeitsberufung im wesentlichen aus, die Fällung eines Versäumungsurteils sei gemäß 399 ZPO unzulässig gewesen. Es sei ihr die weitere Möglichkeit entzogen worden, vor Gericht zu verhandeln. Die Beklagte führt in ihrer Nichtigkeitsberufung im wesentlichen aus, die Fällung eines Versäumungsurteils sei gemäß Paragraph 399, ZPO unzulässig gewesen. Es sei ihr die weitere Möglichkeit entzogen worden, vor Gericht zu verhandeln.

Diesen Ausführungen ist beizupflichten.

Für das bezirksgerichtliche Verfahren regelt § 442 Abs.1 ZPO für den Fall, dass eine der Parteien von einer Tagsatzung ausbleibt, bevor sie sich durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hat, dass auf Antrag der erschienenen Partei ein Versäumungsurteil nach § 396 zu fällen ist. Für das bezirksgerichtliche Verfahren regelt Paragraph 442, Absatz , ZPO für den Fall, dass eine der Parteien von einer Tagsatzung ausbleibt, bevor sie sich durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hat, dass auf Antrag der erschienenen Partei ein Versäumungsurteil nach Paragraph 396, zu fällen ist.

Ein Versäumungsurteil kommt allenfalls auch noch bei einer späteren Tagsatzung in Betracht, wenn etwa bei der ersten Tagsatzung lediglich Vergleichsgespräche geführt wurden oder Ruhen des Verfahrens vereinbart wurde oder vorerst über Prozesseinreden abgesondert verhandelt wurde und noch kein mündliches Vorbringen zur Hauptsache erstattet wurde. Im Hinblick auf die Neufassung des § 442 ZPO durch die ZVN 2002 kann auch die frühere Rechtsprechung, dass nach einer Überweisung nach § 261 Abs.6 ZPO die Fällung eines Versäumungsurteiles nicht mehr zulässig sei, in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten werden. Entscheidend ist auch hier, ob die Parteien

bereits mündliche Sachvorbringen erstattet haben (vgl Kodek in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III § 442 ZPO Rz 4 mwN). Ein Versäumungsurteil kommt allenfalls auch noch bei einer späteren Tagsatzung in Betracht, wenn etwa bei der ersten Tagsatzung lediglich Vergleichsgespräche geführt wurden oder Ruhen des Verfahrens vereinbart wurde oder vorerst über Prozesseinreden abgesondert verhandelt wurde und noch kein mündliches Vorbringen zur Hauptsache erstattet wurde. Im Hinblick auf die Neufassung des Paragraph 442, ZPO durch die ZVN 2002 kann auch die frühere Rechtsprechung, dass nach einer Überweisung nach Paragraph 261, Absatz , ZPO die Fällung eines Versäumungsurteiles nicht mehr zulässig sei, in dieser Allgemeinheit nicht aufrecht erhalten werden. Entscheidend ist auch hier, ob die Parteien bereits mündliche Sachvorbringen erstattet haben vergleiche Kodek in Fasching/Konecny<sup>2</sup> römisch III Paragraph 442, ZPO Rz 4 mwN).

Für das Gerichtshofverfahren regelt § 396 Abs.2 ZPO: Bleibt eine der Parteien nach rechtzeitig erstatteter Klagebeantwortung oder nach rechtzeitigem Einspruch von einer Tagsatzung aus, bevor sie sich durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hat, so ist auf Antrag der erschienenen Partei ein Versäumungsurteil nach Abs.1 zu fällen. Für das Gerichtshofverfahren regelt Paragraph 396, Absatz , ZPO: Bleibt eine der Parteien nach rechtzeitig erstatteter Klagebeantwortung oder nach rechtzeitigem Einspruch von einer Tagsatzung aus, bevor sie sich durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hat, so ist auf Antrag der erschienenen Partei ein Versäumungsurteil nach Absatz , zu fällen.

Demnach ist dann, wenn bereits eine zulässige mündliche Sacheinlassung des Säumigen vorliegt, die Fällung eines Versäumungsurteiles ausgeschlossen (vgl Deixler-Hübner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> III § 396 ZPO Rz 12). Demnach ist dann, wenn bereits eine zulässige mündliche Sacheinlassung des Säumigen vorliegt, die Fällung eines Versäumungsurteiles ausgeschlossen vergleiche Deixler-Hübner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> römisch III Paragraph 396, ZPO Rz 12).

Das Fernbleiben einer Partei, welche sich bereits durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hat, von einer Tagsatzung hindert weder den Fortgang des Verfahrens, noch berechtigt es die andere Partei dazu, die Fällung eines Versäumungsurteils zu beantragen (§ 399 ZPO). Das Fernbleiben einer Partei, welche sich bereits durch mündliches Vorbringen zur Hauptsache in den Streit eingelassen hat, von einer Tagsatzung hindert weder den Fortgang des Verfahrens, noch berechtigt es die andere Partei dazu, die Fällung eines Versäumungsurteils zu beantragen (Paragraph 399, ZPO).

Haben sich die Parteien daher durch mündlichen Vortrag in den Rechtsstreit eingelassen, so kann kein Versäumungsurteil mehr ergehen. Erscheint eine der Parteien zu einer späteren Verhandlung nach erfolgter mündlicher Streiteinlassung nicht, so treten bloß die in § 145f ZPO geregelten Säumniswirkungen ein. Das Beweisverfahren wird daher trotz Abwesenheit einer Partei fortgesetzt, sodass die ihre in dieser Tagsatzung zustehenden Parteienhandlungen präkludiert sind - etwa die Fragestellung an Zeugen oder Sachverständige. Überdies ist es ihr verwehrt, in einer weiteren Tagsatzung neues Vorbringen und neue Beweisanträge zu erstatten, wenn ihre Säumnis als grob schuldhaft anzusehen ist und durch das neue Vorbringen eine erhebliche Prozessverzögerung zu befürchten ist. Solches Vorbringen wäre vom Gericht nach § 179 ZPO zurückzuweisen (vgl Deixler-Hübner aaO, § 399 ZPO Rz 2 mwN). Haben sich die Parteien daher durch mündlichen Vortrag in den Rechtsstreit eingelassen, so kann kein Versäumungsurteil mehr ergehen. Erscheint eine der Parteien zu einer späteren Verhandlung nach erfolgter mündlicher Streiteinlassung nicht, so treten bloß die in Paragraph 145 f, ZPO geregelten Säumniswirkungen ein. Das Beweisverfahren wird daher trotz Abwesenheit einer Partei fortgesetzt, sodass die ihre in dieser Tagsatzung zustehenden Parteienhandlungen präkludiert sind - etwa die Fragestellung an Zeugen oder Sachverständige. Überdies ist es ihr verwehrt, in einer weiteren Tagsatzung neues Vorbringen und neue Beweisanträge zu erstatten, wenn ihre Säumnis als grob schuldhaft anzusehen ist und durch das neue Vorbringen eine erhebliche Prozessverzögerung zu befürchten ist. Solches Vorbringen wäre vom Gericht nach Paragraph 179, ZPO zurückzuweisen vergleiche Deixler-Hübner aaO, Paragraph 399, ZPO Rz 2 mwN).

Da die beklagte Partei in der Tagsatzung vor dem BG Donaustadt am 23.6.2004 durch das Vortragen des Einspruchsvorbringens sich mündlich in den Streit eingelassen hat, war die Fällung eines Versäumungsurteiles durch das Erstgericht in der Verhandlung vom 11.1.2005 unzulässig.

Ein Urteil ist gemäß § 477 Abs.1 Z 4 ZPO nichtig, wenn einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch ungesetzlichen Vorgang, insbesondere durch Unterlassung der Zustellung entzogen wurde. Ein Urteil ist gemäß Paragraph 477, Absatz , Ziffer 4, ZPO nichtig, wenn einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch

ungesetzlichen Vorgang, insbesondere durch Unterlassung der Zustellung entzogen wurde.

Dieser Nichtigkeitsgrund betrifft den Ausschluss einer Partei vom rechtlichen Gehör. Soweit das Gericht im Einklang mit dem Gesetz ohne Zuziehung einer Partei tätig wird, liegt mangels ungesetzlichen Vorganges der Tatbestand dieses Nichtigkeitsgrundes nicht vor. Durch den gesetzwidrigen Vorgang muss der Partei die Möglichkeit genommen werden, vor Gericht zu verhandeln. Von dem Nichtigkeitsgrund betroffen ist der Ausschluss der Partei von der Verhandlung. Überall dort, wo das Gesetz eine mündliche Verhandlung zwingend vorschreibt, bedeutet die gesetzwidrige Hinderung einer Partei, daran teilzunehmen, den Nichtigkeitsgrund. Wurden mehrere Verhandlungstermine abgehalten, dann liegt ein Nichtigkeitsgrund schon vor, wenn einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, nur bei einem der mehreren Termine entzogen wurde, sofern der Stoff dieses Termins nicht bei einer folgenden Tagsatzung neuerlich erörtert und verhandelt wurde (Kodek in Rechberger<sup>2</sup>, Rz 7 zu § 477 ZPO mwN). Dieser Nichtigkeitsgrund betrifft den Ausschluss einer Partei vom rechtlichen Gehör. Soweit das Gericht im Einklang mit dem Gesetz ohne Zuziehung einer Partei tätig wird, liegt mangels ungesetzlichen Vorganges der Tatbestand dieses Nichtigkeitsgrundes nicht vor. Durch den gesetzwidrigen Vorgang muss der Partei die Möglichkeit genommen werden, vor Gericht zu verhandeln. Von dem Nichtigkeitsgrund betroffen ist der Ausschluss der Partei von der Verhandlung. Überall dort, wo das Gesetz eine mündliche Verhandlung zwingend vorschreibt, bedeutet die gesetzwidrige Hinderung einer Partei, daran teilzunehmen, den Nichtigkeitsgrund. Wurden mehrere Verhandlungstermine abgehalten, dann liegt ein Nichtigkeitsgrund schon vor, wenn einer Partei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, nur bei einem der mehreren Termine entzogen wurde, sofern der Stoff dieses Termins nicht bei einer folgenden Tagsatzung neuerlich erörtert und verhandelt wurde (Kodek in Rechberger<sup>2</sup>, Rz 7 zu Paragraph 477, ZPO mwN).

Das angefochtene Versäumungsurteil ist daher nichtig, weil der beklagten Partei die Möglichkeit genommen wurde, an dem bei einer weiteren Tagsatzung durchzuführenden Beweisverfahren teilzunehmen. Die frühere Rechtsprechung, wonach die Außerachtlassung früheren Vorbringens oder erheblicher Beweisanträge des Säumigen einen wesentlichen Verfahrensmangel, aber keinen Nichtigkeitsgrund bilde (vgl EFSIg. 79.222 u.a.) bezog sich auf die Rechtslage vor der ZVN 2002, somit auf die a.F. der §§ 399, 442 Abs.3 ZPO. Nach diesen Regelungen war ein sogenanntes "unechtes" Versäumungsurteil zulässig und war die säumige Partei jedenfalls von jedem weiteren Vorbringen ausgeschlossen. Hingegen ist nach der neuen Rechtslage - wie dargestellt - die Fällung eines Versäumungsurteiles überhaupt nicht mehr zulässig und ist die säumige Partei - außer im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des § 179 ZPO - von einem weiteren Vorbringen im folgenden Verfahren nicht ausgeschlossen. Es liegt daher nicht bloß ein Verfahrensmangel in der gegenständlichen Vorgangsweise des Erstgerichtes begründet, sondern der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund. Das angefochtene Versäumungsurteil ist daher nichtig, weil der beklagten Partei die Möglichkeit genommen wurde, an dem bei einer weiteren Tagsatzung durchzuführenden Beweisverfahren teilzunehmen. Die frühere Rechtsprechung, wonach die Außerachtlassung früheren Vorbringens oder erheblicher Beweisanträge des Säumigen einen wesentlichen Verfahrensmangel, aber keinen Nichtigkeitsgrund bilde vergleiche EFSIg. 79.222 u.a.) bezog sich auf die Rechtslage vor der ZVN 2002, somit auf die a.F. der Paragraphen 399., 442 Absatz , ZPO. Nach diesen Regelungen war ein sogenanntes "unechtes" Versäumungsurteil zulässig und war die säumige Partei jedenfalls von jedem weiteren Vorbringen ausgeschlossen. Hingegen ist nach der neuen Rechtslage - wie dargestellt - die Fällung eines Versäumungsurteiles überhaupt nicht mehr zulässig und ist die säumige Partei - außer im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des Paragraph 179, ZPO - von einem weiteren Vorbringen im folgenden Verfahren nicht ausgeschlossen. Es liegt daher nicht bloß ein Verfahrensmangel in der gegenständlichen Vorgangsweise des Erstgerichtes begründet, sondern der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund.

Der Nichtigkeitsberufung war daher Folge zu geben, das angefochtene Versäumungsurteil aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 ZPO. Der Nichtigkeitsberufung war daher Folge zu geben, das angefochtene Versäumungsurteil aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 52, ZPO.

Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

#### **Anmerkung**

EW00532 16R77.05v

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2005:01600R00077.05V.0425.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20050425\_OLG0009\_01600R00077\_05V0000\_000

**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)