

# TE OGH 1986/1/22 30b135/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.01.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Kinzel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hule, Dr.Warta, Dr.Klinger und Mag.Engelmaier als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing.Walter A, techn.Angestellter,

2391 Kaltenleutgeben, Hauptstraße 43, vertreten durch Dr.Peter Fichtenbauer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei B Beton- und Fertigteilwerk Ing.A.C Gesellschaft mbH & Co.KG, 2340 Mödling, Schulweg 2-8, vertreten durch Dr.Hanns und Dr.Hanns F.Hügel, Rechtsanwälte in Mödling, wegen § 36 EO (Streitwert 158.372,67 S s.Ng.), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 17. September 1985, GZ18 R 164/85-12, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 26. März 1985, GZ21 Cg 113/84-8, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 8.145,45 S (darin 565,95 S Umsatzsteuer und 1.920,-- S sonstige Auslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Mit wegen nicht rechtzeitiger Überreichung der Klagebeantwortung beantragtem Versäumnungsurteil des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 14.9.1983, 21 Cg 126/83, wurde der dort beklagte Kläger verurteilt, der dort klagenden Beklagten binnen 14 Tagen 176.972,67 S samt Nebengebühren zu zahlen. Er erhob gegen dieses Urteil Berufung wegen Nichtigkeit, weil ihm die Klage und der Auftrag, sie zu beantworten, nicht zugestellt worden seien, so daß er von dem Rechtsstreit erst durch die Zustellung des Versäumnungsurteiles am 19.9.1983 erfahren habe. Diese Berufung wurde mit Beschluß des Oberlandesgerichtes Wien vom 29.11.1983, 14 R 253/83, mit der Begründung verworfen, daß die Klage und der Auftrag, sie zu beantworten, dem damaligen Beklagten laut Rückschein am 28.6.1983 eigenhändig zugestellt worden seien. Infolge des auch erhobenen Widerspruches wurde das Versäumnungsurteil zu Beginn der Streitverhandlung vom 8.3.1984 aufgehoben. Die Geldforderung wurde der Gläubigerin bisher weder aberkannt, noch ihr Erlöschen festgestellt, doch wurde das Klagebegehren im Verfahren 21 Cg 126/83 des Landesgerichtes für ZRS Wien auf 158.372,65 S s.Ng. eingeschränkt.

Mit Beschluß vom 1.2.1984, 21 Cg 126/83, bewilligte das Titelgericht der nunmehrigen Beklagten aufgrund des genannten Versäumnungsurteiles zur Sicherung der Forderung von 158.372,67 S samt Nebengebühren die Exekution durch bücherliche Vormerkung des Simultanpfandrechtes auf der Liegenschaft EZ 696 und der Hälfte der Liegenschaft EZ 403 je GB Kaltenleutgeben. Diese Exekution zur Sicherstellung wurde vom Bezirksgericht Mödling zu E 1695/84 (TZ 910/84) vollzogen.

Gegen diese Exekutionsbewilligung machte der Verpflichtete am 9.4.1984 beim Landesgericht für ZRS Wien als Bewilligungsgericht im Wege der Klage die Einwendung geltend, daß er nach Zustellung des seine Nichtigkeitsberufung verwerfenden Beschlusses des Oberlandesgerichtes Wien am 30.1.1984 durch Einsicht in den Titelakt festgestellt habe, daß die Unterschrift auf dem Rückschein über die Zustellung der Klage und des Auftrages zu ihrer Beantwortung nicht von ihm stamme. Diese Geschäftsstücke seien ihm daher nicht ordnungsgemäß zugestellt worden. Deshalb sei das Versäumnungsurteil nichtig und liege kein Grund zur Exekution zur Sicherstellung vor. Diese Möglichkeit sei nur für den Fall geschaffen worden, daß ein Beklagter trotz ordnungsgemäßer Zustellung der Klage nicht zur Tagsatzung erscheine oder dem Auftrag zur Klagebeantwortung nicht nachkomme und dann gegen das Versäumnungsurteil Widerspruch erhebe. Der nunmehrige Kläger begehrte, die Exekution für unzulässig zu erklären.

Die nunmehrige Beklagte beantragte die Abweisung dieses Begehrens, weil dem im Titelprozeß Beklagten die Klage und der Auftrag, sie zu beantworten, am 28.6.1983 eigenhändig zugestellt worden seien, seine Berufung wegen Nichtigkeit deshalb verworfen und von ihm keine Nichtigkeitsklage erhoben worden sei. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Es stellte den schon dargelegten Verlauf des Titelverfahrens und des Sicherungsexekutionsverfahrens und weiters fest, daß der Kläger erstmals nach Verwerfung der Berufung wegen Nichtigkeit die Fälschung seiner Unterschrift auf dem die Zustellung der Klage und des Auftrages zu ihrer Beantwortung betreffenden Rückschein behauptet habe.

Zur Rechtsfrage führte das Erstgericht aus, daß § 36 Abs 1 EO nur dann anzuwenden sei, wenn der Verpflichtete vom Titelverfahren keine Kenntnis gehabt habe und daher durch die Exekution überrascht werde. Die Impugnationsklage als außerordentlicher Rechtsbehelf sei ausgeschlossen, wenn ein ordentliches Rechtsmittel zugestanden sei und Erfolg hätte haben können. Der nunmehrige Kläger habe in seiner dann verworfenen Berufung wegen Nichtigkeit nicht behauptet, daß seine Unterschrift auf dem erwähnten Rückschein gefälscht sei, obwohl er dies hätte tun können, wenn er vor Erhebung des Rechtsmittels Akteneinsicht genommen hätte. Diese Unterlassung stelle ein Verschulden des nunmehrigen Klägers dar. Das dem Exekutionstitel zugrundeliegende Verfahren sei daher in dem Sinn beendet, daß der für die Bewilligung der Sicherungsexekution erforderliche aufrechte Bestand des Titels teils durch Parteiendisposition, teils durch gerichtliche Entscheidung anerkannt sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es erachtete das Klagebegehren bereits aufgrund des eigenen Vorbringens des Klägers für abweisungsreif. Nach dem allein in Betracht kommenden § 36 Abs 1 Z 1 EO stehe dem Verpflichteten die Möglichkeit offen, die für die Fälligkeit oder Vollstreckbarkeit des Anspruches maßgebenden Tatsachen oder die angenommene Rechtsnachfolge zu bestreiten. Es könne dahingestellt bleiben, ob diese Regelung auch auf Fälle angewendet werden könne, in denen der Exekutionstitel mangels wirksamer Zustellung nicht vollstreckbar sei, und ob sie bei einer Exekution zur Sicherstellung in Betracht komme, weil der Kläger keinen Mangel bei der Zustellung des Exekutionstitels, sondern einen Mangel bei der Zustellung der das Verfahren einleitenden Verfügung geltend mache. Ein solcher Mangel könne aber auf die Vollstreckbarkeit des Titels solange keinen Einfluß haben, als dieser nicht beseitigt sei. Eine solche Beseitigung könne aber nicht durch eine Impugnationsklage erreicht werden, weil das darüber ergehende Urteil keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Titels habe. Die Meinung des Klägers, die Möglichkeit, aufgrund eines Versäumnungsurteiles, gegen das Widerspruch erhoben worden sei, Exekution zur Sicherstellung zu führen, sei nur dann gegeben, wenn dem Beklagten die das Verfahren einleitende Verfügung ordnungsgemäß zugestellt worden sei, finde weder im Wortlaut noch im Zweck des § 371 Z 1 EO eine Stütze. Der im Titelverfahren beklagte Impugnationskläger hätte seine Einwendung nur in der Berufung gegen das Versäumnungsurteil oder mit Nichtigkeitsklage geltend machen können.

Seinen auf die §§ 500 Abs3 und 502 Abs4 Z 1 ZPO gestützten Ausspruch, daß die Revision zulässig sei, begründete das Berufungsgericht damit, daß zur Frage, ob ein Mangel bei der Zustellung der das Titelverfahren einleitenden Verfügung mit Klage nach § 36 EO geltend gemacht werden könne, eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes fehle.

In seiner das gesamte Berufungsurteil bekämpfenden Revision wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Mangelhaftigkeit des Verfahrens beantragt der Kläger, das angefochtene Urteil im klagestattgebenden Sinn abzuändern, allenfalls es aufzuheben. Die Revisionsgegnerin erachtet die Revisionsgründe als nicht gegeben und beantragt, dem Rechtsmittel nicht Folge zugeben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die nach § 502 Abs4 Z 1 ZPO zulässige Revision ist nicht begründet.

Die Einwendungen nach § 36 EO richten sich nicht wie die nach § 35 EO gegen den Anspruch selbst, sondern dagegen, daß dieser an sich aufrechter Anspruch vollstreckt oder derzeit vollstreckt wird. Eine der Voraussetzungen dieses Rechtsbehelfes ist, daß dem Verpflichteten eine im § 36 EO angeführte Einwendung zusteht, wobei es nicht entscheidend ist, wann sie entstanden ist oder wann sie geltend gemacht hätte werden können. Als Einwendungen kommen in Betracht: Mangel der Fälligkeit, der Vollstreckbarkeit oder der Rechtsnachfolge, dauernder Verzicht auf die Einleitung oder Fortsetzung der Exekution oder Exekutionsstundung (Heller-Berger-Stix I 428 f), wobei sich für die Sicherungstellungsexekution aus deren Natur Modifikationen ergeben (vgl. § 370 EO).

Daß dem Beklagten zwar das Versäumnungsurteil, nicht aber die Klage und die Ladung zur ersten Tagsatzung bzw. der Auftrag zur Klagebeantwortung zugestellt wurden, stellt daher keinen Impugnationsgrund, sondern einen Umstand dar, der mit Berufung (§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO) geltend gemacht werden kann, wobei eine allfällige Nichtigkeit mit der formellen Rechtskraft des Urteils geheilt ist und daher schon deshalb im Exekutionsverfahren nicht mehr wahrgenommen werden kann (Rechberger, Die fehlerhafte Exekution 137; vgl. SZ 11/24).

Das Berufungsgericht hat daher das abweisende Urteil der ersten Instanz mit Recht bereits aufgrund der nicht ergänzungsbedürftigen erstgerichtlichen Feststellungen bestätigt, weshalb der Revision nicht Folge zu geben ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E07263

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0030OB00135.85.0122.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19860122\_OGH0002\_0030OB00135\_8500000\_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)