

# TE OGH 2001/6/20 3Ob305/00z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.06.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Angst als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, Dr. Pimmer, Dr. Zechner und Dr. Sailer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Hedwig J\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Ursula Mair, Rechtsanwältin in Landeck, gegen die beklagte Partei R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Paul Grossmann, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen Unzulässigkeit einer Exekution, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Landesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 27. September 2000, GZ 2 R 214/00k-14, womit über die Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Landeck vom 28. Februar 2000, GZ 3 C 1/00s-7, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind wie weitere Kosten des Verfahrens erster Instanz zu behandeln.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist Alleineigentümerin einer mit einem Haus bebauten Liegenschaft, auf der zugunsten der beklagten Partei jeweils im Vorrang vor dem für den Ehemann der Klägerin eingetragenen Belastungs- und Veräußerungsverbot Höchstbetragshypotheken von zusammen mehr als S 20,000.000 einverleibt sind.

Die Klägerin wurde mit Urteil unter anderem schuldig erkannt, der beklagten Partei bei sonstiger Exekution in diese Liegenschaft S 1,000.000 zu zahlen. Zur Einbringung dieses Teilbetrags wurde der beklagten Partei mit Beschluss des Erstgerichts vom 28. 9. 1999 die Zwangsversteigerung der Liegenschaft bewilligt. Das Exekutionsverfahren ist noch anhängig.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin auszusprechen, dass diese Exekution "derzeit unzulässig" sei. Dieses Begehren begründete sie im Wesentlichen damit, dass zwar mit ihrer Zustimmung ein für das Unternehmen ihres Ehemannes gewährter Betriebsmittelkredit auf ihrer Liegenschaft habe besichert werden sollen, sie jedoch ausdrücklich gewünscht habe, dass die zum damaligen Zeitpunkt noch nicht errichteten Zubauten, die zum Zweck der Begründung von Wohnungseigentum für ihre fünf damals noch minderjährigen Kinder entstehen sollten, von der Pfandhaftung ausgenommen sein, also nur der im Juli 1992 bestehende Altbestand des Hauses der Kreditbesicherung dienen habe sollen.

Ihr Ehegatte und der Direktor der beklagten Partei hätten vereinbart, dass die Einverleibung des Wohnungseigentums der Kinder zur Vermeidung eines pflegschaftsgerichtlichen Verfahrens erst erfolgen solle, wenn sie volljährig seien. In

der Folge sei ihrem Ehegatten ein Kredit über S 5,000.000 eingeräumt worden. Auch bei weiteren Verpfändungen ihrer Liegenschaft sei sie davon ausgegangen, dass nur der Altbestand gemäß der Vereinbarung aus dem Jahr 1992 belastet werden solle.

Die Exekutionsführung sei unzulässig, weil die beklagte Partei aufgrund der dargestellten Umstände mit der Klägerin die zumindest schlüssige Vereinbarung getroffen habe, dass der dem Grunde und der Höhe nach "titelmäßig" festgestellte Anspruch erst exekutiv durchgesetzt werden könne, sobald "die Anteile der Kinder lastenfrei gestellt" seien. Da die jüngste Tochter noch minderjährig sei, könne diese Vereinbarung frühestens mit Erreichung deren Volljährigkeit im Jahre 2003 erfüllt werden.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Kreditmittel seien nicht in den Betrieb des Ehemannes der Klägerin geflossen, sondern hätten ausschließlich zum Aufbau des von der Klägerin auf der Liegenschaft betriebenen Ferienhofes gedient. Es sei nie in Frage gestanden, dass die gesamte Liegenschaft als Pfand bestellt werde. Eine Vereinbarung in dem von der Klägerin behaupteten Sinn habe es nie gegeben. Zur Zeit der ersten Kreditvergabe seien die Zubauten bereits zumindest im Rohbau fertig gewesen, weshalb es unlogisch, unkaufmännisch und nahezu unsinnig gewesen wäre, bei der Kreditbesicherung ausgerechnet auf jene beträchtlichen Zubauten zu verzichten, für deren Errichtung sie (beklagte Partei) zunächst den beantragten Kredit von S 5,000.000 und später noch einmal soviel zur Verfügung gestellt habe. Es habe auch nie eine Zusicherung oder Verwendungserklärung gegeben, bei Volljährigkeit der Kinder der Klägerin deren angebliche Anteile freizustellen. Der Ehegatte der Klägerin habe lediglich beiläufig geäußert, dass später eventuell daran gedacht sei, den Kindern einmal Wohnungen zu überlassen. Es sei völlig offen geblieben, ob und zu welchem Zeitpunkt dies der Fall sein könne. Die Klagsführung entlarve sich unter Bedachtnahme auf alle Umstände als Versuch einer weiteren Verzögerung der exekutiven Durchsetzung ihrer Pfandrechte.

Das Erstgericht wies mit Urteil die Klage ab. Es traf Feststellungen über die Kreditgewährung an den Ehemann der Klägerin, zur Fertigstellung des Wohn- und Appartementhauses und zur Teilabdeckung eines Kontos sowie über die mit der Klägerin schriftlich getroffene Vereinbarung. Weiters stellte es fest, dass im Titelverfahren kein Einwand in der Richtung erhoben worden sei, dass die Beklagte vereinbarungswidrig die Forderungen gegen den Ehemann der Klägerin auf der gesamten Liegenschaft sichergestellt habe.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klägerin, wenn sie von einem schlüssigen Verzicht auf die Zwangsversteigerung spreche, Tatsachenbehauptungen vermissen lasse, aus denen ein solcher Verzicht abgeleitet werden könnte. Überdies würde ein allfälliger Verzicht auf die Exekutionsführung einen konkret individualisierten Titel voraussetzen, von dessen zwangsweiser Durchsetzung der Gläubiger Abstand nehme (vgl JBl 1994, 50). Auch erscheine das Klagsvorbringen nicht ausreichend schlüssig. Die Klägerin übersehe, dass im Falle einer Lastenfreistellung der Anteile der Kinder eine exekutive Durchsetzung in deren Anteile überhaupt nie möglich wäre, zumal diese weder in den Kreditvertrag noch in die Pfandurkunde eingebunden worden seien. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass die Klägerin, wenn sie von einem schlüssigen Verzicht auf die Zwangsversteigerung spreche, Tatsachenbehauptungen vermissen lasse, aus denen ein solcher Verzicht abgeleitet werden könnte. Überdies würde ein allfälliger Verzicht auf die Exekutionsführung einen konkret individualisierten Titel voraussetzen, von dessen zwangsweiser Durchsetzung der Gläubiger Abstand nehme (vergleiche JBl 1994, 50). Auch erscheine das Klagsvorbringen nicht ausreichend schlüssig. Die Klägerin übersehe, dass im Falle einer Lastenfreistellung der Anteile der Kinder eine exekutive Durchsetzung in deren Anteile überhaupt nie möglich wäre, zumal diese weder in den Kreditvertrag noch in die Pfandurkunde eingebunden worden seien.

Mit dem angefochtenen Beschluss gab das Berufungsgericht der gegen das erstgerichtliche Urteil erhobenen Berufung der Klägerin Folge. Es hob das angefochtene Urteil auf, verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück und sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Das Berufungsgericht sah in den Behauptungen der Klägerin, die im Berufungsverfahren die vertragliche Pfandrechtsbegründung nicht bestreite, sondern ausführe, dass nicht der Anspruch, sondern nur die Exekution klagsgegenständlich sei, keine namhaften Widersprüche. Die Klagsbegründung sei dahingehend aufzufassen, dass die Klägerin behaupte, die (im Hinblick auf § 13 Abs 1 GBG unvermeidliche) Belastung ihrer (ganzen) Liegenschaft beruhe auf der Vereinbarung, dass künftig Wohnungseigentum begründet und ihren Kindern Wohnungseigentumseinheiten lastenfrei übertragen würden und die beklagte Partei ungeachtet ihres Pfandrechts an der gesamten Liegenschaft auf

eine diese Eigentumswohnungen betreffende Exekution überhaupt und hinsichtlich der "verbleibenden" Liegenschaft auf eine Exekution solange verzichte, bis nach Volljährigkeit aller Kinder mit Zustimmung der beklagten Partei für diese lastenfreies Wohnungseigentum geschaffen worden sei. Damit behaupte sie einen Sachverhalt, der grundsätzlich dem Tatbestand des § 36 Abs 1 Z 3 EO (Verzicht auf die Einleitung der Exekution) zu unterstellen wäre. Zum behaupteten teils gänzlichen, teils befristeten Exekutionsverzicht habe das Erstgericht aus rechtlichen Erwägungen keine Feststellungen getroffen. Zu Unrecht berufe es sich dabei auf die Entscheidung JBI 1994, 50 (gemeint JBI 1994, 49 = EvBl 1993/167), welche zwar eine Klage nach § 36 EO, in der Sache selbst aber eine normative Vollstreckungsverjährung betreffe. Das Berufungsgericht sah in den Behauptungen der Klägerin, die im Berufungsverfahren die vertragliche Pfandrechtsbegründung nicht bestreite, sondern ausführe, dass nicht der Anspruch, sondern nur die Exekution klagsgegenständlich sei, keine namhaften Widersprüche. Die Klagsbegründung sei dahingehend aufzufassen, dass die Klägerin behaupte, die (im Hinblick auf Paragraph 13, Absatz eins, GBG unvermeidliche) Belastung ihrer (ganzen) Liegenschaft beruhe auf der Vereinbarung, dass künftig Wohnungseigentum begründet und ihren Kindern Wohnungseigentumseinheiten lastenfrei übertragen würden und die beklagte Partei ungeachtet ihres Pfandrechts an der gesamten Liegenschaft auf eine diese Eigentumswohnungen betreffende Exekution überhaupt und hinsichtlich der "verbleibenden" Liegenschaft auf eine Exekution solange verzichte, bis nach Volljährigkeit aller Kinder mit Zustimmung der beklagten Partei für diese lastenfreies Wohnungseigentum geschaffen worden sei. Damit behaupte sie einen Sachverhalt, der grundsätzlich dem Tatbestand des Paragraph 36, Absatz eins, Ziffer 3, EO (Verzicht auf die Einleitung der Exekution) zu unterstellen wäre. Zum behaupteten teils gänzlichen, teils befristeten Exekutionsverzicht habe das Erstgericht aus rechtlichen Erwägungen keine Feststellungen getroffen. Zu Unrecht berufe es sich dabei auf die Entscheidung JBI 1994, 50 (gemeint JBI 1994, 49 = EvBl 1993/167), welche zwar eine Klage nach Paragraph 36, EO, in der Sache selbst aber eine normative Vollstreckungsverjährung betreffe.

Im Verfahren nach § 36 Abs 1 Z 3 EO gehe es im Gegensatz zu dem nach § 35 EO nicht um eine Überprüfung des bereits im Titelverfahren entschiedenen Anspruchs. Die Zulässigkeit der Klage nach § 36 EO hänge daher nicht davon ab, ob die den Gegenstand der Einwendung bildenden Tatsachen vor oder nach Entstehung des Exekutionstitels eingetreten sind und ob der Verpflichtete von diesen in dem der Entstehung des Exekutionstitels vorangehenden gerichtlichen Verfahren wirksam Gebrauch machen konnte oder nicht. Im Verfahren nach Paragraph 36, Absatz eins, Ziffer 3, EO gehe es im Gegensatz zu dem nach Paragraph 35, EO nicht um eine Überprüfung des bereits im Titelverfahren entschiedenen Anspruchs. Die Zulässigkeit der Klage nach Paragraph 36, EO hänge daher nicht davon ab, ob die den Gegenstand der Einwendung bildenden Tatsachen vor oder nach Entstehung des Exekutionstitels eingetreten sind und ob der Verpflichtete von diesen in dem der Entstehung des Exekutionstitels vorangehenden gerichtlichen Verfahren wirksam Gebrauch machen konnte oder nicht.

Wegen der aufgrund der unrichtigen Rechtsansicht des Erstgerichtes fehlenden Tatsachenfeststellungen begehre die Klägerin zu Recht die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

Den Zulässigkeitsausspruch begründet das Berufungsgericht damit, dass ihm eine Judikatur des Obersten Gerichtshofs zur Impugnationsklage gegen eine Exekution, die auf einem über eine Hypothekarklage ergangenen Urteil beruht, nicht zugänglich geworden sei. Wesen und unabdingbare Voraussetzung der Hypothekarklage sei, dass auf der betroffenen Liegenschaft bereits ein Pfandrecht für die klagende Partei einverleibt sei, welches Gegenstand der Prüfung im Titelprozess sei. Um eine Umgehung der Beschränkung des § 35 Abs 1 EO zu verhindern, sei scharf zwischen Einwendungen gegen den Anspruch und solchen im Sinn des § 36 EO zu unterscheiden. Wenn also im Rahmen der Hypothekarklage (auch im Hinblick auf § 13 Abs 1 GBG) unabdingbar über den Bestand des Pfandrechts zu urteilen sei, wäre auch die Ansicht denkbar, dass die Einwände der Klägerin, selbst wenn sie zuträfen, in diesem Falle stets nur den im Rahmen der Hypothekarklage bereits rechtskräftig geprüften Bestand des Pfandrechts betreffen könnten und ihre Klage damit in Wahrheit auf eine im Sinn des § 35 Abs 1 EO nicht zulässige Überprüfung des Anspruchs hinausliefe und ihre Behauptungen auch, soweit sie nur eine Stundung betreffen, wegen des untrennbaren Zusammenhangs unbeachtlich wären. Den Zulässigkeitsausspruch begründet das Berufungsgericht damit, dass ihm eine Judikatur des Obersten Gerichtshofs zur Impugnationsklage gegen eine Exekution, die auf einem über eine Hypothekarklage ergangenen Urteil beruht, nicht zugänglich geworden sei. Wesen und unabdingbare Voraussetzung der Hypothekarklage sei, dass auf der betroffenen Liegenschaft bereits ein Pfandrecht für die klagende Partei einverleibt sei, welches Gegenstand der Prüfung im Titelprozess sei. Um eine Umgehung der Beschränkung des Paragraph 35, Absatz eins, EO zu verhindern, sei scharf zwischen Einwendungen gegen den Anspruch und solchen im Sinn des

Paragraph 36, EO zu unterscheiden. Wenn also im Rahmen der Hypothekarklage (auch im Hinblick auf Paragraph 13, Absatz eins, GBG) unabdingbar über den Bestand des Pfandrechtes zu urteilen sei, wäre auch die Ansicht denkbar, dass die Einwände der Klägerin, selbst wenn sie zuträfen, in diesem Falle stets nur den im Rahmen der Hypothekarklage bereits rechtskräftig geprüften Bestand des Pfandrechtes betreffen könnten und ihre Klage damit in Wahrheit auf eine im Sinn des Paragraph 35, Absatz eins, EO nicht zulässige Überprüfung des Anspruchs hinausliefe und ihre Behauptungen auch, soweit sie nur eine Stundung betreffen, wegen des untrennbaren Zusammenhangs unbeachtlich wären.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der beklagten Partei, mit dem sie die Wiederherstellung des Ersturteils anstrebt.

Die Klägerin erstattete eine Rekursbeantwortung.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Der Verzicht auf den durch Zwangsvollstreckung betriebenen Anspruch durch den Gläubiger (§ 1444 ABGB) stellt nach Rechtsprechung und Lehre (SZ 53/111; ÖBl 1988, 15 [Schmidt]; Heller/Berger/Stix, EO4, 373; Dullinger in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 35 Rz 51) eine den Anspruch aufhebende Tatsache dar, welche unter den Voraussetzungen des § 35 EO mit Oppositionsklage geltend gemacht werden kann. Im Gegensatz dazu wird im § 36 Abs 1 Z 3 EO ausdrücklich der Verzicht auf die Einleitung der Exekution überhaupt oder für eine einstweilen noch nicht abgelaufene Frist als Impugnationsklagegrund genannt. Während nach § 35 Abs 1 EO Oppositionsgründe nach Entstehung des Exekutionstitels bzw nach dem letztmöglichen Zeitpunkt für Vorbringen vor einer gerichtlichen Entscheidung entstanden sein müssen, enthält § 36 EO eine derartige Einschränkung nicht, weshalb nach ständiger Rechtsprechung Impugnationsklagegründe, insbesondere auch der Verzicht des Gläubigers, geltend gemacht werden können, auch wenn diese bereits vor Entstehung des Titels entstanden sind (Rebernig in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO § 36 Rz 45; Jakusch in Angst, EO § 36 Rz 38 je mN aus der Rechtsprechung). Der Verzicht auf den durch Zwangsvollstreckung betriebenen Anspruch durch den Gläubiger (Paragraph 1444, ABGB) stellt nach Rechtsprechung und Lehre (SZ 53/111; ÖBl 1988, 15 [Schmidt]; Heller/Berger/Stix, EO4, 373; Dullinger in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO Paragraph 35, Rz 51) eine den Anspruch aufhebende Tatsache dar, welche unter den Voraussetzungen des Paragraph 35, EO mit Oppositionsklage geltend gemacht werden kann. Im Gegensatz dazu wird im Paragraph 36, Absatz eins, Ziffer 3, EO ausdrücklich der Verzicht auf die Einleitung der Exekution überhaupt oder für eine einstweilen noch nicht abgelaufene Frist als Impugnationsklagegrund genannt. Während nach Paragraph 35, Absatz eins, EO Oppositionsgründe nach Entstehung des Exekutionstitels bzw nach dem letztmöglichen Zeitpunkt für Vorbringen vor einer gerichtlichen Entscheidung entstanden sein müssen, enthält Paragraph 36, EO eine derartige Einschränkung nicht, weshalb nach ständiger Rechtsprechung Impugnationsklagegründe, insbesondere auch der Verzicht des Gläubigers, geltend gemacht werden können, auch wenn diese bereits vor Entstehung des Titels entstanden sind (Rebernig in Burgstaller/Deixler-Hübner, EO Paragraph 36, Rz 45; Jakusch in Angst, EO Paragraph 36, Rz 38 je mN aus der Rechtsprechung).

Soweit der erkennende Senat in der schon vom Erstgericht zitierten Entscheidung SZ 66/61 = JBl 1994, 49 = EvBl 1993/167 anscheinend für die Impugnationsklage einen Verzicht nach Schaffung des Exekutionstitels zu verlangen scheint, kann diese Rechtsansicht im Hinblick auf die dargestellte herrschende Ansicht nicht aufrecht erhalten werden. Dasselbe gilt für die darin in Anschluss an ältere Lehrmeinungen vertretene Ansicht, der Verzicht setze bereits einen konkreten individualisierten Exekutionstitel voraus. Wie schon das Berufungsgericht hervorhob, war diese Rechtsansicht im damals zu entscheidenden Fall auch nicht entscheidungswesentlich, lag ihm doch nach dem festgestellten Sachverhalt nicht ein rechtsgeschäftlicher Verzicht, sondern eine statutarische Bestimmung zugrunde, die eine Vollstreckungsverjährung vorsah. Demnach kann die vorliegende Impugnationsklage nicht schon deshalb als unschlüssig abgewiesen werden, weil der behauptete Verzicht lange vor Schaffung des Exekutionstitels erfolgt sein soll.

Grundsätzlich zuzustimmen ist allerdings der im Rekurs hervorgehobenen Ansicht von Heller/Berger/Stix (EO4, 430; ähnlich auch 436), dass zur Vermeidung einer Umgehung der Präklusionsregelung des § 35 Abs 1 EO scharf zwischen Anspruchs- und Exekutionsverzicht unterschieden werden muss. Die Klägerin hat jedoch im vorliegenden Fall keine Tatsachenbehauptungen aufgestellt, die dem Klagegrund im Fall der von Heller/Berger/Stix kritisierten Entscheidung RZ 1938, 26 vergleichbar wäre. Zu Recht hat das Berufungsgericht ihr Vorbringen nicht so verstanden, dass sie damit

einen Verzicht der beklagten Partei auf den Anspruch geltend gemacht hätte, soweit er den nicht sonderrechtsfähigen Zubau zum Haus der Klägerin betrifft. Es ist ja ohnehin unstrittig, dass sich das von der Klägerin der beklagten Bank eingeräumte Pfandrecht im Sinn des § 13 Abs 1 GBG auf den gesamten Grundbuchkörper erstreckt. Wenn nun nach den - noch ungeprüften - Behauptungen der Klägerin die Vereinbarung dahin ging, die neu gebauten Teile des Hauses sollten (letztlich) nicht zugunsten der besicherten Forderungen der beklagten Bank verwertet, sondern bei Erreichen der Volljährigkeit der Kinder der Klägerin in Form des Wohnungseigentums an diese übereignet werden, kann dies auch durchaus so interpretiert werden, dass sich damit die beklagte Bank schlüssig bereit erklärt hätte, jedenfalls im Falle der zügigen Begründung von Wohnungseigentum für die Kinder deren Anteile spätestens bei Volljährigkeit der jüngsten Tochter aus der Pfandhaftung zu entlassen und eine allfällige Zwangsversteigerung auf die der Klägerin verbleibenden Anteile zu beschränken. Daher wäre ein wirksamer Verzicht auf die Haftung dieser erst zu schaffenden Anteile noch nicht erfolgt, sondern lediglich in Aussicht gestellt worden. Es ist nun wiederum eine Frage der Auslegung, ob in der behaupteten Absprache auch ein schlüssiger Verzicht auf die Zwangsversteigerung der Liegenschaft bis zur Ermöglichung der Lastenfreistellung der erst zu schaffenden neuen Wohnungseigentumsanteile gesehen werden kann. Allerdings kann keineswegs gesagt werden, dass das Vorbringen an sich deshalb unschlüssig wäre, weil ein derartiger (wohl auch von der Klägerin als bloß befristet verstandener) Exekutionsverzicht aus der behaupteten Vereinbarung keinesfalls abgeleitet werden könnte. Grundsätzlich zuzustimmen ist allerdings der im Rekurs hervorgehobenen Ansicht von Heller/Berger/Stix (EO 4, 430; ähnlich auch 436), dass zur Vermeidung einer Umgehung der Präklusionsregelung des Paragraph 35, Absatz eins, EO scharf zwischen Anspruchs- und Exekutionsverzicht unterschieden werden muss. Die Klägerin hat jedoch im vorliegenden Fall keine Tatsachenbehauptungen aufgestellt, die dem Klagegrund im Fall der von Heller/Berger/Stix kritisierten Entscheidung RZ 1938, 26 vergleichbar wäre. Zu Recht hat das Berufungsgericht ihr Vorbringen nicht so verstanden, dass sie damit einen Verzicht der beklagten Partei auf den Anspruch geltend gemacht hätte, soweit er den nicht sonderrechtsfähigen Zubau zum Haus der Klägerin betrifft. Es ist ja ohnehin unstrittig, dass sich das von der Klägerin der beklagten Bank eingeräumte Pfandrecht im Sinn des Paragraph 13, Absatz eins, GBG auf den gesamten Grundbuchkörper erstreckt. Wenn nun nach den - noch ungeprüften - Behauptungen der Klägerin die Vereinbarung dahin ging, die neu gebauten Teile des Hauses sollten (letztlich) nicht zugunsten der besicherten Forderungen der beklagten Bank verwertet, sondern bei Erreichen der Volljährigkeit der Kinder der Klägerin in Form des Wohnungseigentums an diese übereignet werden, kann dies auch durchaus so interpretiert werden, dass sich damit die beklagte Bank schlüssig bereit erklärt hätte, jedenfalls im Falle der zügigen Begründung von Wohnungseigentum für die Kinder deren Anteile spätestens bei Volljährigkeit der jüngsten Tochter aus der Pfandhaftung zu entlassen und eine allfällige Zwangsversteigerung auf die der Klägerin verbleibenden Anteile zu beschränken. Daher wäre ein wirksamer Verzicht auf die Haftung dieser erst zu schaffenden Anteile noch nicht erfolgt, sondern lediglich in Aussicht gestellt worden. Es ist nun wiederum eine Frage der Auslegung, ob in der behaupteten Absprache auch ein schlüssiger Verzicht auf die Zwangsversteigerung der Liegenschaft bis zur Ermöglichung der Lastenfreistellung der erst zu schaffenden neuen Wohnungseigentumsanteile gesehen werden kann. Allerdings kann keineswegs gesagt werden, dass das Vorbringen an sich deshalb unschlüssig wäre, weil ein derartiger (wohl auch von der Klägerin als bloß befristet verstandener) Exekutionsverzicht aus der behaupteten Vereinbarung keinesfalls abgeleitet werden könnte.

Anders als im Falle der Entscheidung RZ 1938, 26 behauptet die Klägerin auch betreffend die neu gebauten Teile des Hauses nicht einen ausdrücklichen Verzicht der beklagten Partei auf den Anspruch auf Duldung der Exekution auch in diese Anteile. Auch wenn in der Klagserzählung davon die Rede ist, dass die neu gebauten Hausteile "von der Haftung ausgenommen" bzw nicht "belastet" werden sollten, ist dies im Zusammenhang nicht so zu verstehen, dass damit geltend gemacht würde, die getroffene Vereinbarung habe in Wahrheit die Einräumung einer Hypothek auf die Gesamtliegenschaft gar nicht gerechtfertigt. Von einem ausdrücklichen Verzicht auf den Anspruch im Hinblick auf die Haftung der Neubauteile ist im Vorbringen keine Rede. Damit kann dann aber nicht gesagt werden, dass die Klägerin sich in Wahrheit auf einen Oppositionsgrund stütze und dadurch, dass sie diesen lediglich unter dem Titel des § 36 Abs 1 Z 3 EO geltend macht, die Präklusion nach § 35 Abs 1 EO umgehen wolle. Anders als im Falle der Entscheidung RZ 1938, 26 behauptet die Klägerin auch betreffend die neu gebauten Teile des Hauses nicht einen ausdrücklichen Verzicht der beklagten Partei auf den Anspruch auf Duldung der Exekution auch in diese Anteile. Auch wenn in der Klagserzählung davon die Rede ist, dass die neu gebauten Hausteile "von der Haftung ausgenommen" bzw nicht "belastet" werden sollten, ist dies im Zusammenhang nicht so zu verstehen, dass damit geltend gemacht würde, die getroffene Vereinbarung habe in Wahrheit die Einräumung einer Hypothek auf die Gesamtliegenschaft gar nicht

gerechtfertigt. Von einem ausdrücklichen Verzicht auf den Anspruch im Hinblick auf die Haftung der Neubauteile ist im Vorbringen keine Rede. Damit kann dann aber nicht gesagt werden, dass die Klägerin sich in Wahrheit auf einen Oppositionsgrund stütze und dadurch, dass sie diesen lediglich unter dem Titel des Paragraph 36, Absatz eins, Ziffer 3, EO geltend macht, die Präklusion nach Paragraph 35, Absatz eins, EO umgehen wolle.

Demnach kann auch nicht gesagt werden, die Einwendungen der Klägerin betreffen den im Rahmen der Hypothekarklage bereits rechtskräftig geprüften Bestand des Pfandrechts selbst.

Auch den übrigen Kritikpunkten im Rekurs der beklagten Partei kann nicht gefolgt werden.

Wenngleich, wie bereits ausgeführt wurde, sachenrechtlich eine Beschränkung der Sachhaftung der Liegenschaft der Klägerin auf Teile des Hauses nicht möglich ist, wird dadurch die Zulässigkeit einer Vereinbarung, wie sie die Klägerin geltend macht, nicht gehindert. Auch die Verwechslung der Parteien in Punkt 3. des Klagsvorbringens bewirkt, da es sich um einen völlig offenkundigen und somit ohne weiteres durchschaubaren Irrtum handelt, keine Unschlüssigkeit der Klage. Ob hier bloß der Versuch der klagenden Partei vorliegt, das Zwangsversteigerungsverfahren zu verschleppen, wird sich erst aufgrund des Beweisverfahrens herausstellen können. Da dem Klagsvorbringen nicht entnommen werden kann, die Klägerin behaupte, es sei vereinbart worden, der Exekutionsverzicht gelte solange, bis den Kindern der Klägerin lastenfreie Wohnungseigentumsanteile verschafft wären, also nicht nur bis zu einem Zeitpunkt, zu dem dies bei Mitwirkung aller Beteiligten ehestens möglich wäre, kommt es nicht darauf an, ob der Ehemann der Klägerin, zu dessen Gunsten ein Belastungs- und Veräußerungsverbot im Grundbuch einverleibt ist, der Begründung des Wohnungseigentums zustimmen wird oder bereits zugestimmt hat.

Der Einwand, die Klägerin habe während eines früheren Zwangsversteigerungsverfahrens keine Impugnationsklage eingebracht, muss schon am Neuerungsverbot scheitern und ist überdies mangels einer zeitlichen Einschränkung in § 36 EO unbeachtlich. Der Einwand, die Klägerin habe während eines früheren Zwangsversteigerungsverfahrens keine Impugnationsklage eingebracht, muss schon am Neuerungsverbot scheitern und ist überdies mangels einer zeitlichen Einschränkung in Paragraph 36, EO unbeachtlich.

Demnach hat das Berufungsgericht zu Recht das Ersturteil aufgehoben.

Dem Rekurs war daher der Erfolg zu versagen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, ZPO.

#### **Anmerkung**

E62145 03A03050

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

ECLI:AT:OGH0002:2001:0030OB00305.00Z.0620.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20010620\_OGH0002\_0030OB00305\_00Z0000\_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)