

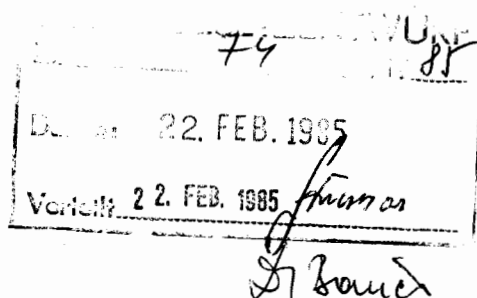
Institut für zivilgerichtliches  
Verfahren an der Universität Wien  
o.Univ.Prof.Dr.Winfried Kralik

1010 Wien, 20. 2. 1985

Schottenbastei 10-16  
Tel. 4300 / 31 77 u. 31 78

Dem  
Präsidium des Nationalrates

Dr. Karl Renner-Ring 3  
1010 W i e n



Betr: Entwurf eines Rechtspflegergesetzes 1985  
zu GZ 17.001/48-I 8/84

Ich entspreche dem Ersuchen des Bundesministeriums für Justiz und erlaube mir, zum Entwurf eines Rechtspflegergesetzes 1985 folgende Bemerkungen zu machen. 25 Ausfertigungen der Stellungnahme habe ich unmittelbar an das Präsidium des Nationalrates gesandt.

Allgemeines:

Meine Stellungnahme bezieht sich weniger auf die rechtspolitischen Anliegen des Gesetzes als auf die gesetzestech- nische Durchführung und theoretischen Bedenken. Man sollte sich jedoch überlegen, ob es richtig ist, ganze Arbeitsgebiete ausschließlich dem Rechtspfleger anzuvertrauen, sodaß die Richter etwa in Grundbuch- und Registersachen keine Erfahrung mehr sammeln, was sich ja jetzt schon zum Teil in der Praxis zeigt und zu Unsicherheiten auch in den Rechtsmittelinstanzen führt (siehe dazu Wagner, NZ 1982, 59).

Der Entwurf übernimmt viele Vorschriften aus dem geltenden Rechtspflegergesetz. Man sollte es daher soweit als möglich vermeiden, Paragraphen, die doch im wesentlichen denselben Inhalt haben, nur aus systematischen Gründen umzustellen, wodurch sie eine andere Paragraphenzahl als bisher erhalten. Das erschwert nur in Zukunft dem Rechtsanwender, Gesetzesstellen aufzufinden und die vorhandene Rechtsprechung und Lehre zu verwenden. Ein Beispiel dafür ist es, wenn der Entwurf den

- 2 -

gegenwärtigen § 4 zum § 2 macht und die §§ 2 und 3 um eine Zahl aufrücken läßt. Ich weiß, daß es nicht schön ist, in früheren Paragraphen auf spätere zu verweisen, aber dieser Schönheitsfehler wiegt im Verhältnis zur höheren Arbeitsbelastung nicht schwer. Er kann auch dadurch vermieden werden, daß man unnötige Verweisungen vermeidet. Ich werde bei der Besprechung des Paragraphen zeigen, daß das möglich ist.

Es ist anzuerkennen, daß sich der Entwurf bemüht, die Gesetzessprache stellenweise zu verbessern. Das ist gegenüber der Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte ein großer Fortschritt. Doch ließe sich noch viel mehr tun, um plumpe und deshalb auch schwer verständliche Stellen in eine kürzere, flüssigere und allgemein gebräuchliche Sprache zu kleiden. Man muß ja nicht gleich einen Germanisten anstellen, es wird sich gewiß auch im Justizdienst ein Mann mit feinerem Sprachgefühl finden lassen.

Die Neufassung des Gesetzes sollte auch Anlaß dazu sein, das Gesetz von unnötigem Ballast zu befreien. Dazu gehören völlig unnötige Bestimmungen, wie zB in § 43 Abs 3 des Entwurfes, daß die Prüfung nicht bestanden ist, wenn die Note auf "nicht genügend" lautet. Man wird sich auch überlegen müssen, ob es sachgerecht ist, alle die zahllosen Einzelheiten der Prüfung zu regeln. Weiters sollte man doch überflüssige Wiederholungen vermeiden, wie zB daß das Mahnverfahren und das Erteilen und Aufheben von Rechtskraftbestätigungen zum Arbeitsbereich jedes Rechtspflegers gehöre. Schließlich würde ich dringend empfehlen, verstreute Bestimmungen zusammenzufassen. So sind zB die Angelegenheiten, die dem Richter ohne Rücksicht auf den Arbeitsbereich des Rechtspflegers vorbehalten sind, derzeit auf die §§ 9 Abs 3, 10 Abs 2, 22 und 23 des Entwurfes verteilt.

#### Zu § 1 des Entwurfes

Inwiefern soll die Stellung des Rechtspflegers durch die Worte "als Organe des Bundes" unterstrichen werden? Diese Stellung ist ja schon in Art 82 Abs 1 B-VG verfassungsmäßig garantiert. Die Wiederholung in einem einfachen Bundesgesetz kann ihr nicht mehr Gewicht geben, sondern nur den Text unnötig

- 3 -

verlängern. Ich meine, daß man den geltenden Text noch kürzen kann, indem man sagt: "Rechtspfleger sind Gerichtsbeamte, denen aufgrund dieses Bundesgesetzes die Besorgung von Geschäften der Gerichtsbarkeit übertragen ist".

### Zu § 2 des Entwurfes

Er sollte besser § 4 bleiben.

Neben der Aufzählung der Arbeitsgebiete könnten in diesem (oder einem anderen Paragraphen) die Tätigkeiten zusammengefaßt werden, zu denen die Rechtspfleger jedes Arbeitsgebietes berechtigt sind. Dadurch würden die Wiederholungen im ersten Absatz und in den §§ 14 - 16, 20 vermieden und außerdem klargestellt, daß diese Befugnisse auch dem Rechtspfleger in Verlassenschaftsachen, Angelegenheiten des Gerichtserlages, Grundbuchs- und Schiffsregistersachen und Sachen des Handels- und Genossenschaftsregisters zustehen. Die Bestimmung müßte also lauten:

"(1) Ein Gerichtsbeamter kann für einen oder mehrere der folgenden Arbeitsgebiete zum Rechtspfleger bestellt werden:

1. Exekutionssachen
2. Verlassenschafts- und Pflugschaftssachen, Angelegenheiten des Gerichtserlages und der Einziehung gerichtlicher Verwahrnisse
3. Grundbuchs- und Schiffsregistersachen
4. Sachen des Handels- und Genossenschaftsregisters.

(2) Zum Wirkungskreis des Rechtspflegers jedes Arbeitsgebietes gehört:

1. Mahnverfahren bis zu dem Zeitpunkt, in dem eine mündliche Verhandlung notwendig wird, durchzuführen
2. die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gerichtlicher Entscheidungen zu bestätigen oder die Bestätigung zu versagen und solche Bestätigungen, die nicht von einem Richter stammen, aufzuheben
3. über Anträge auf Verfahrenshilfe zu entscheiden, wenn sie für ein Verfahren vor dem Rechtspfleger begehrt wird

4. auf Ersuchen inländischer Gerichte Rechtshilfe zu leisten, wenn die erbetene Amtshandlung in sein Arbeitsgebiet fällt
5. in den Verfahren, die er durchführt, Ordnungsstrafen bis zum Betrag von S 1.000,- zu verhängen."

#### Zu § 3 des Entwurfes

Die Worte "für einen oder mehrere der in § 2 angeführten Arbeitsgebiete" können entfallen, da sie bereits in § 2 enthalten sind. Vielleicht könnte man das Gesetz auch so sprachlich verbessern:

"Die Besorgung von Geschäften der Gerichtsbarkeit darf einem Gerichtsbeamten nur übertragen werden, wenn ein Bedarf danach besteht und er persönlich

1. mit den Arbeiten der Geschäftsstelle vertraut und
2. zum selbständigen Parteienverkehr geeignet ist,
3. Erledigungen auf dem betreffenden Arbeitsgebiet zuverlässig vorbereitet und
4. die Ausbildung erfolgreich abgeschlossen hat."

#### Zu § 5 des Entwurfes

Der Begriff "dienstliche Bezeichnung" sollte nicht durch "Funktionsbezeichnung" ersetzt werden. Funktion bedeutet auch gar nicht eine dienstliche Stellung, sondern Aufgabe, Obliegenheit, Tätigkeit. Der Rechtspfleger hat Funktionen, ist aber keine Funktion. Schon gar nicht deutet Funktion auf eine besonders wichtige Tätigkeit hin, es sei denn, man sieht in jedem Fremdwort etwas Geheimnisvolles.

Man könnte auch die Worte "neben seinem Amtstitel" wegfallen lassen. Sie fehlen ja auch im § 24 des Entwurfes.

Der Absatz 2 könnte daher lauten:

"(2) Der Gerichtsbeamte, der in dieser Eigenschaft verwendet wird, hat die Bezeichnung 'Rechtspfleger' zu führen."

- 5 -

Zu § 6 des Entwurfes

§ 5 sagt, wer den Rechtspfleger einem bestimmten Gericht zuweist. Man würde nur erwarten, in § 6 zu erfahren, wer den Rechtspfleger einer bestimmten Gerichtsabteilung zuteilt. Diesem kann man es dann wohl überlassen, ob und inwieweit er eine Vertretungsregelung für zweckmäßig erachtet, statt sie ihm zwingend vorzuschreiben.

Zu § 7 des Entwurfes

Diese Bestimmung sollte aus den Gründen, die ich eingangs genannt habe, weiterhin § 11 bleiben. In ihr wären aber auch § 24 Abs 1 JN und § 22 GOG ("Selbstablehnung") zu berücksichtigen. Man könnte daher die Verweisung auf bestimmte Paragraphen vermeiden und sagen:

"Die Vorschriften über die Ablehnung von Richtern gelten sinngemäß auch für Rechtspfleger. Doch entscheidet über die Ablehnung endgültig der Vorsteher des Bezirksgerichtes oder der Präsident des Gerichtshofes, dem der Rechtspfleger zugeteilt ist."

Zu § 8 des Entwurfes

Es ist fraglich, ob es zweckmäßig ist, die allgemeinen Weisungen auf Rechtsfragen zu beschränken. Sie können doch andere Fragen betreffen, wie etwa Richtlinien für die Ausübung des Ermessens oder bestimmte Formulierungen im Entscheidungstenor. Sie können sich auch darauf beziehen, Geschäftsstücke bestimmter Art (und nicht nur "einzelne Geschäftsstücke", wie es in § 9 heißt) oder unter bestimmten Bedingungen vorzulegen oder vor anderen Geschäftsstücken zu erledigen. Man könnte auch daran zweifeln, ob die Einschränkung auf Rechtsfragen verfassungsmäßig ist, weil sie in Art 87 a B-VG fehlt.

Zu § 9 des Entwurfes

Der Absatz 2 könnte entfallen. Die Zuweisung eines vorgelegten Schriftstückes an den Rechtspfleger ist eine besondere

- 6 -

Weisung im Sinne des § 8 Abs 3 des Entwurfes. Die besondere Regelung der Zuweisung an den Rechtspfleger kann höchstens die Frage aufwerfen, ob nicht die Zuweisung einer Richtersache an den Rechtspfleger die Nichtigkeit der Entscheidung des Rechtspflegers heilt (siehe OLG Frankfurt 26. 10. 1972 NJW 1973, 289).

Der Absatz 3 zählt einige Angelegenheiten auf, die dem Richter vorbehalten sind. Weitere derartige Vorschriften sind über das Gesetz verstreut und sollten, soweit sie allgemeiner Natur sind und sich nicht nur auf ein bestimmtes Arbeitsgebiet beziehen, in einem Paragraphen zusammengefaßt werden. Dieser Paragraph könnte etwa so lauten:

"Dem Richter bleibt stets vorbehalten:

1. Rechtsmittel und Beschwerden zu erledigen
2. Rechtshilfe auf Ersuchen ausländischer Gerichte zu leisten, Rechtshilfeersuchen inländischer oder ausländischer Gerichte abzulehnen oder die begehrte Amtshilfe zu verweigern
3. Ordnungsstrafen von mehr als S 1.000,- zu verhängen
4. Die Haft anzuordnen oder Ordnungsstrafen in Haft umzuwandeln
5. Eide anzuordnen und abzunehmen
6. Die Aufhebung einer Verordnung durch den Verfassungsgerichtshof zu beantragen
7. Entscheidungen zu fällen, bei denen ausländisches Recht auch nur als Vorfrage anzuwenden ist
8. Berichte an vorgesetzte Behörden zu verfassen und Schreiben an österreichische Vertretungsbehörden im Ausland, an ausländische Behörden und zwischenstaatliche Organisationen zu richten."

Dazu möchte ich noch bemerken:

Zu Z 1 siehe die Bemerkungen zu § 11 des Entwurfes.

Zu Z 2 Daß die Rechtshilfe für ausländische Gerichte dem Richter vorbehalten ist, ergibt zwar schon ein Umkehrschluß aus § 21 Z 2 des Entwurfes. Es sollte aber doch ausdrücklich ausgesprochen werden, weil nach der

- 7 -

verallgemeinernden Fassung des Entwurfes wohl davon auszugehen ist, daß alles im Zweifel Rechtspflegersache ist (BayObLG 16. 8. 1982 BayObLGE 1982, 284). Ein solcher Umkehrschluß (siehe LG Graz 15. 1. 1982 RPfLSlgA 6303) ergibt aber auch, daß nur die Vornahme von Rechtshilfehandlungen für inländische Gerichte in den Aufgabenkreis des Rechtspflegers fällt. Die Ablehnung eines solchen Ersuchens (§ 47 Abs 3 JN) ist dem Richter vorbehalten. Gleiches muß wohl auch für die Amtshilfe gelten.

Zu Z 5 Wenn der Rechtspfleger den Eid anordnet und der Richter ihn bloß abnimmt, wird der Richter zum Vollzugsorgan der Beschlüsse des Rechtspflegers und hätte nur beim Offenbarungseid die Möglichkeit, von der Abnahme des Eides nach § 47 Abs 4 EO abzusehen. Es sollte daher das ganze Eidesverfahren Richtersache sein.

Zu Z 6 Die Frage hat den deutschen Bundesverfassungsgerichtshof schon zweimal beschäftigt (9. 2. 1971 NJW 1971, 605 = JuS 1971, 316 und 17. 12. 1980 NJW 1981, 674). Er meint, die Vorlage sei Richtersache, weil der Rechtspfleger nicht als Gericht im Sinne des Grundgesetzes angesehen werden könne und ihn überdies eine Vorlagepflicht bei rechtlichen Schwierigkeiten treffe. Es ist zwar das Ergebnis zu begrüßen, die Begründung aber durchaus nicht überzeugend. Der Rechtspfleger wird sicher als Gericht tätig, die Vorlagepflicht sagt nichts über den Wirkungskreis aus und die Frage der Schwierigkeit hängt von dem einzelnen Fall ab. Es ist daher zweckmäßig, die Frage ausdrücklich zu regeln.

Zu Z 7 Die Anwendung ausländischen Rechtes ist so heikel, daß jede Entscheidung, die von ihr abhängt, vom Richter getroffen werden sollte.

### Zu § 10 des Entwurfes

Auch wenn man meinen Vorschlägen nicht folgt, kann der Absatz 2 nicht so bestehen bleiben, wie er ist. Denn die Vorstellung ist ein Rechtsmittel und doch vom Rechtspfleger selbst zu erledigen. Wozu dann die Vorlage an den Richter? Es müßte also statt Rechtsmittel Rekurse heißen. Absatz 2 wäre also zu streichen.

### Zu § 11 des Entwurfes

1. Solange § 517 ZPO wenigstens von der Praxis auch auf alle Beschlüsse des Exekutionsverfahrens angewendet wird, obwohl er seinem ganzen Inhalt nach nur für den Zivilprozeß paßt, muß man sich ernstlich überlegen, ob nicht wenigstens gegen Beschlüsse eines Rechtspflegers der Richter der ersten Instanz angerufen werden kann. Ich würde es befürworten.

2. Es ist entschieden abzulehnen, daß Vorstellungen vom Rechtspfleger selbst zu erledigen sind. Die Bestimmung stellt zwar im Sinne der Entscheidung des LG Wien 31. 3. 1983 RPflSlgA 6441 gegen Maurer, RZ 1982, 158 klar, daß die Vorstellung gegen Rechtspflegerentscheidungen zulässig ist. Sie läßt aber schon in der Fassung des Entwurfes zwei Fragen offen:

Kann sich der Richter die Entscheidung von Vorstellungen vorbehalten oder sie an sich ziehen? Das imperative "ist" deutet darauf hin, daß sie der Richter gar nicht erledigen darf, was wohl nicht gemeint ist.

Welche Bedeutung kommt dem Wörtchen "selbst" zu? Muß es als Verstärkung des Vorlageverbotes angesehen werden (das wäre sein grammatikalischer Sinn) oder soll es sagen, daß die Vorstellung von demselben Rechtspfleger zu erledigen ist, von dem die angefochtene Entscheidung stammt?

Die Bestimmung ist aber schon aus folgenden Gründen rechtspolitisch verfehlt:

a) Das Rechtsmittel der Vorstellung verzögert schon jetzt die Verfahren unnötig. Der Richter kann ja dem Rekurs unter



- 9 -

den gleichen Voraussetzungen wie der Vorstellung stattgeben (§ 9 Abs 2 AußStrG). Man sollte sich daher gleich dazu entschließen, die Vorstellung im Außerstreitverfahren zu beseitigen, ohne erst die allgemeine Reform abzuwarten.

b) Die Erledigung durch den Rechtspfleger verzögert das Verfahren noch weiter. Denn auf diese Weise wird nun auch eine zweite Vorstellung gegen die Entscheidung des Richters zulässig. Man stelle sich also folgendes vor: Der Rechtspfleger weist den Antrag auf Ermächtigung, eine Vaterschaftsklage zu erheben, ab. Dagegen wird Vorstellung erhoben. Der Rechtspfleger weist die Vorstellung als verspätet zurück. Dagegen kann neuerlich Vorstellung erhoben werden, der der Rechtspfleger wieder nicht stattgibt. Dem Rekurs gibt der Richter statt, der die erste Vorstellung für rechtzeitig hält oder meint, es sei auf sie trotz verstrichener Frist nach § 11 Abs 2 AußStrG Rücksicht zu nehmen. Nun gibt der Rechtspfleger der ersten Vorstellung keine Folge. Dagegen Rekurs. Wenn nun der Richter die Entscheidung des Rechtspflegers gar aufheben und zur Verfahrensergänzung an ihn zurückverweisen darf, so beginnt alles von neuem. Aber auch wenn der Richter dem Rekurs Folge gibt, könnte nun zB der Mann, gegen den die Vaterschaftsklage gerichtet werden soll, eine Vorstellung einbringen, die der Richter mangels Rechtsmittellegitimation zurückweist, wogegen nun endlich Rekurs an die 2. Instanz erhoben werden kann. Das Beispiel ist freilich ein Extremfall, zeigt aber zu welcher Verschleppung die Erledigung der Vorstellung durch den Rechtspfleger führen kann.

c) Die Kenntnis von Vorstellungen bietet dem Richter eine weitere Gelegenheit, die Tätigkeit des Rechtspflegers zu überwachen und durch Weisungen zu leiten.

d) Die Begründung einer ablehnenden Entscheidung durch den Richter hat mehr Gewicht. Der Richter wird die Abweisung unter neuen Gesichtspunkten und vollständiger begründen können, worauf ja § 9 Abs 3 AußStrG so großen Wert legt. Außerdem überzeugt die Begründung besser, wenn sie von einer anderen Person stammt und hinter ihr das Ansehen des Richters steht.

- 10 -

3. Nach herrschender Rechtsprechung gelten bei Rechtsmitteln gegen Entscheidungen des Rechtspflegers auch für das Verfahren vor dem Richter erster Instanz die Vorschriften über das Rechtsmittelverfahren. Nach dem Wortlaut des Gesetzes würde dies ME nur auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels und die Kostenentscheidung zutreffen. Rechtsprechung und Lehre wenden aber auch die Vorschriften über das Neuerungsverbot und die Aufhebung und Zurückverweisung zur Verfahrensergänzung an. Ich wäre dafür, klar zum Ausdruck zu bringen, daß das Verfahren vor dem Richter ein erstinstanzliches Verfahren ist, in dem auch Neuerungen zulässig sind. Vor allem aber sollten Zurückverweisungen von dem Richter an den Rechtspfleger verboten sein. Hat doch die ZVN in § 496 Abs 3 ZPO dem Berufungsgericht als Regel aufgetragen, das Verfahren selbst zu ergänzen und in der Sache zu entscheiden. Das war ein großer Fortschritt auf dem Wege der Verfahrensbeschleunigung. Auf diesem Wege sollte auch hier weitergegangen werden. Die für das Berufungsgericht vorgesehenen Ausnahmen treffen hier niemals zu, da ja das Verfahren bei demselben Gericht geführt wird. Aber selbst wenn der Beschluß des Rechtspflegers nichtig ist, soll die Sache nicht zurückverwiesen werden, sondern der Richter soll den Beschluß aufheben, die Nichtigkeit beheben und selbst entscheiden. Dadurch würde sich auch die Frage erledigen, ob gegen den zurückverweisenden Beschluß des Richters ein Rechtsmittel zulässig ist, was Walter, RZ 1957, 61 und LG Wien 14. 2. 1962 RPflSlgA 3899, wenn auch aus ganz verschiedenen Gründen verneint haben. Walter sieht die Entscheidung des Richters als Entscheidung 2. Instanz an, die zur Anfechtbarkeit eines Rechtskraftvorbehaltes bedürfte, den er aber für sinnlos hält, weil nicht die höchste Instanz über den Rekurs entscheiden würde. Das LG hält die Entscheidung des Richters für eine der ersten Instanz, gegen die alle Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheidungen zulässig sind, meint aber, daß die Zurückverweisung an den Rechtspfleger eine verfahrensleitende Verfügung und deshalb unanfechtbar sei.

- 11 -

4. Nach § 11 Abs 3 des Entwurfes ist ein Rekurs, dem der Richter nicht vollständig stattgibt, "gegebenenfalls mit einem aufklärenden Bericht" dem Rechtsmittelgericht vorzulegen. Erst aus den Erläuterungen erfährt man, daß der Rechtspfleger die Vorlage verfügen und den aufklärenden Bericht erstatten kann. Der aufklärende Bericht kann sich also offenbar darauf beschränken, daß der Richter nicht bereit ist, dem Rechtsmittel vollständig stattzugeben. Wenn man das wirklich will, dann sollte man es auch im Gesetz klar und deutlich aussprechen und nicht hinter einem Wechsel von "er" zu "es" verstecken. Diese Regelung ist aber entschieden abzulehnen. Schon jetzt zeigt es sich, daß es Richter gibt, die Rechtsmittel gegen Rechtspflegerentscheidungen nicht mit dem nötigen Ernst prüfen, sondern sich durch die Vorlage an das Rechtsmittelgericht vom Halse schaffen. Nun müßte aber dem Gesetzgeber aus Gründen der Prozeßökonomie und zwar sowohl im öffentlichen wie im Parteiinteresse daran gelegen sein, die Senate der Rechtsmittelgerichte möglichst zu entlasten und die Verzögerung, die die Vorlage mit sich bringt, zu vermeiden. Es ist daher notwendig, dem Richter selbst aufzutragen, genau zu begründen, warum er dem Rechtsmittel nicht stattgeben zu können glaubt. Oft wird es dem Richter auch erst bei der Ausarbeitung der Begründung klar werden, daß ein Rechtsmittel, das er auf den ersten Blick für unberechtigt hielt, doch begründet ist.

5. Diese Begründungspflicht des Richters kann auch Nichtigkeiten vermeiden helfen. Die Abgrenzung von Richter- und Rechtspflegerischen ist sehr kasuistisch und wird manchmal verschiedene Auslegungen zulassen. Das führt immer wieder dazu, daß Rechtspflegerbeschlüsse von den höheren Instanzen als nichtig aufgehoben werden, weil die Sache kraft Gesetzes dem Richter vorbehalten war. Man könnte nun wenigstens von einer amtswegigen Wahrnehmung dieser Nichtigkeit absehen, wenn der Richter im Vorlagebericht seine vollständige Übereinstimmung mit dem Inhalt der Rechtspflegerentscheidung entsprechend begründet hat.

6. Das Gericht zweiter Instanz und der OGH sollen eine Sache niemals an den Rechtspfleger, sondern nur an den Richter

der ersten Instanz zurückverweisen können. Ist nämlich jede Zurückverweisung an sich schon eine arge und teure Verzögerung des Verfahrens, so soll nun das Spiel der Rechtsmittel nicht wieder beim Rechtspfleger beginnen. Ein Verfahren, das schon einmal fehlerhaft oder mangelhaft war, bedarf der Hand des Richters.

Ich würde daher etwa folgende Fassung vorschlagen:

- " § 11 (1) Entscheidungen des Rechtspflegers können wie die des Richters angefochten werden. Ist jedoch das Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Richters nur wegen des Streitwertes unzulässig, so kann gegen die Entscheidung des Rechtspflegers binnen vierzehn Tagen der Richter angerufen werden, der endgültig entscheidet.
- (2) Der Richter hat die Rechtsmittel genau zu prüfen und, wenn er sie zur Gänze für berechtigt hält, ihnen auch dann stattzugeben, wenn dritte Personen durch die angefochtene Entscheidung Rechte erlangt haben. Hält er das Verfahren vor dem Rechtspfleger für fehlerhaft oder mangelhaft, so hat er die Entscheidung aufzuheben, das Verfahren selbst zu verbessern oder zu ergänzen und neu zu entscheiden. Der Richter hat nach den Vorschriften zu verfahren, die für die erste Instanz gelten. Nur über den Kostenersatz ist nach den Bestimmungen des Rechtsmittelverfahrens zu entscheiden.
- (3) Findet der Richter, daß einem Rekurs gar nicht oder nur teilweise Folge zu geben ist, so hat er ihn dem Rechtsmittelgericht samt allen Akten, die für die Beurteilung erforderlich sind, vorzulegen. In dem Vorlagebericht hat er genau zu begründen, warum er das Rechtsmittel ganz oder teilweise für unberechtigt hält.

- 13 -

- (4) Die Entscheidung des Rechtspflegers über eine Sache, die dem Richter vorbehalten ist, kann in zweiter und dritter Instanz aus diesem Grunde nicht mehr von amtswegen für nichtig erklärt werden, wenn der Richter im Vorlagebericht entsprechend begründet hat, warum er ihren Inhalt für richtig hält.
- (5) Wird eine Sache von der zweiten oder dritten Instanz an die erste Instanz zurückverwiesen, so ist sie immer vom Richter zu erledigen."

#### Zu § 13 des Entwurfes

Diese Bestimmung sollte § 6 bleiben. Dort paßt sie auch systematisch besser hin. Sie sollte auch sagen, wer die Befugnis aberkennen darf.

#### Zu § 14 des Entwurfes

Der Paragraph sollte nur mehr den Wirkungskreis in Exekutionssachen umschreiben, da ohnehin jeder Rechtspfleger Mahnverfahren durchführen und die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit von Entscheidungen bestätigen darf.

Die Ziffer 5 sollte aus den in § 9 genannten Gründen entfallen.

Die Entscheidung über Aufschiebungsanträge gehört ebenso wie die Entscheidung über Einstellungs- und Einschränkungsanträge zur Exekution. Die Befugnis dazu ist also schon in den Ziffern 3 und 4 enthalten. Aus Ziffer 6 ergibt sich daher nur durch einen Umkehrschluß, daß die Entscheidung über die hier nicht genannten Aufschiebungsanträge dem Richter vorbehalten bleibt. Deshalb gehört die Bestimmung in den Absatz 2.

Das LG Graz 15. 2. 1982 RPfLSlgA 6303 hat nach dem Wortlaut entschieden, ob alle Beschlüsse oder nur die stattgebenden Beschlüsse in den Wirkungskreis des Rechtspflegers fallen. Es wäre daher, wenn man bei der Regelung des Entwurfes bleiben sollte, zu empfehlen, die Z 1 des Absatzes 2 so zu fassen:

"1. die Entscheidung über Exekutionsanträge auf Grund ausländischer Titel", um zu vermeiden, daß etwa abweisende oder zurückweisende Beschlüsse als Rechtspflegersache angesehen werden. Ich würde aber vorschlagen, das ganze Exekutionsverfahren auf Grund ausländischer Titel dem Richter vorzubehalten und zu sagen:

"(2) Dem Richter bleiben vorbehalten:

1. die Exekution auf Grund ausländischer Titel
2. die Entscheidung über Aufschiebungsanträge, bei denen die Erfolgsaussichten eines anhängigen Verfahrens zu prüfen sind."

#### Zu § 15 des Entwurfes

Es wäre besser, in Z 1 des Absatzes 1 auf das zweite Hauptstück des AußStrG zu verweisen. Der Ausdruck "Verlassenschaftsabhandlung" ist nämlich nicht eindeutig: So hat zB nach § 23 Abs 2 AußStrG das inländische Gericht die Abhandlung dem ausländischen Gericht zu überlassen und sich auf das Ausfolgungsverfahren zu beschränken; oder nach § 72 AußStrG Verfügungen zu treffen, obwohl eine Verlassenschaftsabhandlung nicht stattfindet; oder nach § 73 Abs 3 AußStrG den Nachlaß an Zahlungs Statt zu überlassen, auch wenn eine Verlassenschaftsabhandlung nur auf Antrag einzuleiten ist. Es soll aber der Rechtspfleger gewiß auch diese Geschäfte erledigen können.

Weiters schiene es mir zweckmäßig darauf hinzuweisen, daß für Pflugschaftsangelegenheiten, die vom Abhandlungsgericht zu erledigen sind, wie zB die Bestellung von Kuratoren für die Verlassenschaft oder abwesende Erben usw auch die Vorschriften des § 16 des Entwurfes gelten (siehe OGH 6. 2. 1975 EvBl 1976/12).

Die Z 2 des Absatzes 1 kann entfallen, weil diese Bestätigungen ohnehin in den Wirkungskreis jedes Rechtspflegers fallen.

Ich möchte noch bemerken, daß die Aufgabenteilung zwischen Richter und Rechtspfleger in den einzelnen Arbeitsgebieten nicht übereinstimmt. So sind zB Zwangsmaßnahmen nach § 19 AußStrG in § 16 Abs 2 Z 6 des Entwurfes dem Richter vorbehalten, während sie anscheinend in den anderen Arbeitsgebieten vom Rechtspfleger

- 15 -

angeordnet werden dürfen. Zu diesen Maßnahmen gehört es nach § 19 Abs 3 AußStrG auch, Exekutionen von amtswegen zu bewilligen. Es darf also in Pflegschaftssachen der Rechtspfleger zwar keine Exekution von amtswegen anordnen, wohl aber nach § 16 Abs 1 Z 3 des Entwurfes über Anträge auf Exekutionsbewilligung entscheiden. Der Rechtspfleger in Verlassenschaftssachen darf zwar die Exekution von amtswegen bewilligen, aber nicht eine Exekution auf Antrag.

Ich würde daher folgende Fassung empfehlen:

"(1) Der Wirkungskreis in Verlassenschaftssachen umfaßt:

1. alle Geschäfte, die im zweiten Hauptstück des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen vorgesehen sind
  2. die Entscheidung über Anträge auf Bewilligung der Exekution zur Hereinbringung von Geldforderungen durch zwangsweise Pfandrechtsbegründung oder Exekution auf das bewegliche Vermögen, wenn der Titel vom Verlassenschaftsgericht stammt. Wird die Exekution durch Zwangsverwaltung begehrt, bleibt die Entscheidung dem Richter vorbehalten.
- (2) Dem Richter bleibt die Erledigung von Verlassenschaftssachen vorbehalten, sobald sich herausstellt,
1. daß die Aktiven .....
- (3) Zwangsmaßnahmen nach § 19 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen darf nur der Richter beschließen.
- (4) Auf pflegschaftsbehördliche Verfügungen, die das Abhandlungsgericht zu treffen hat, ist überdies § 16 entsprechend anzuwenden.

#### Zu § 16 des Entwurfes

Es ist eine unzulässige Tautologie, den Wirkungskreis in Pflegschaftssachen mit den Geschäften in ~~Pflegschaftssachen~~ zu umschreiben.

Die Aufzählung der Paragraphen in den Z 2 und 3 des 2. Absatzes ist unnötig und möglicherweise auch nicht vollständig. Sie kann jedenfalls leicht unrichtig und unvollständig werden, wenn der Gesetzgeber Vorschriften ändert oder neue Fälle schafft. Auch ist es nicht recht erklärlich, warum gerade hier Paragraf aufgezählt werden, nicht aber in den anderen Ziffern. Kann man sich von der Aufzählung nicht trennen, so müßte doch kenntlich gemacht werden, daß sie nur Beispiele anführt.

Folgende Fragen scheinen mir nicht klar gelöst oder es ist nicht sicher, ob die Rechtsfolge gewollt ist:

a) Nach dem neuen Wortlaut des Absatzes 1 fallen alle Entscheidungen in Unterhaltssachen künftig in den Aufgabenkreis des Rechtspflegers und zwar auch dann, wenn sie nicht die Bemessung des Unterhaltes, sondern zB die Frage, ob überhaupt ein Unterhaltsanspruch besteht oder ob er subsidiär ist oder ob der notwendige oder der angemessene Unterhalt gebührt usw betreffen. Das war bisher nicht so (siehe OGH 29. 5. 1969 RZ 1969, 209; 17. 3. 1982 RPflSlgA 6379). Hingegen ist die Genehmigung von Vereinbarungen über den Unterhalt (jetzt § 16 Abs 1 Z 5 RPflG) nach dem Entwurf nicht mehr Rechtspflegersache, weil der Unterhaltsvergleich eine Vertretungshandlung in Vermögensangelegenheiten ist, die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören. Er bedarf daher der Genehmigung des Gerichtes nach § 154 Abs 3 ABGB. Diese Genehmigung ist aber nach § 16 Abs 2 Z 3 des Entwurfes dem Richter vorbehalten.

b) Nach den Erläuterungen zu § 16 soll die Genehmigung von Vereinbarungen nach § 177 Abs 1 ABGB dem Rechtspfleger zukommen. Aus dem Text geht mE das Gegenteil hervor. Zunächst ist die Genehmigung derartiger Vereinbarungen sehr wohl ein Verfahren zur Regelung der familienrechtlichen Beziehungen, denn diese sind erst durch die Genehmigung der Vereinbarung geregelt. Aber selbst wenn dem nicht so wäre, so läge doch ein Fall des Abs 2 Z 3 vor. Denn die Vereinbarung regelt nicht oder doch nicht in erster Linie Rechtsverhältnisse zwischen den



- 17 -

Eltern, sondern zwischen den Eltern und dem Kinde. Das Kind ist also Partei des Rechtsgeschäftes und des Genehmigungsverfahrens. Es wird dabei von den Eltern vertreten. Deshalb hat das Gericht die Vereinbarung nur darauf zu prüfen, ob sie dem Wohle des Kindes entspricht. Es handelt sich also um die Genehmigung einer Vertretungshandlung der Eltern. Es ist an sich folgerichtig, daß die Genehmigung ebenso wie das streitige Regelungsverfahren dem Richter vorbehalten bleibt. Denn in beiden Fällen hat das Gericht dasselbe zu prüfen, nämlich das Wohl des Kindes. Auch wäre es widersinnig, wenn der Richter eine Vereinbarung, die im Zuge eines streitigen Regelungsverfahrens zustande kommt, dem Rechtspfleger zur Genehmigung zuweisen könnte.

c) Es ist nicht ganz verständlich, warum die Z 3 des Absatzes 2 auf die Genehmigung von Vertretungshandlungen und Einwilligungen von Eltern und Vormünder beschränkt ist, während die Vertretungshandlungen von Kuratoren und Sachwaltern vom Rechtspfleger genehmigt werden. Erfahrungsgemäß stellen sich bei Abwesenheitskuratelen oder Kuratelen für unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft viel häufiger schwierige wirtschaftliche und rechtliche Fragen als bei Kindern. Im übrigen ist aber kein Unterschied zwischen einer Vertretungshandlung für Kinder oder Ungeborene oder Behinderte im Sinne des § 273 ABGB. Nebenbei sei bemerkt, daß § 154 Abs 2 ABGB offenbar irrtümlich zitiert wurde, weil dort keine Mitwirkung des Gerichtes vorgesehen ist.

d) Die Z 8 des 2. Absatzes spricht von pflegschaftsbehördlichen Verfügungen über Personen. Der Wortlaut läßt zweifeln, ob damit nur Verfügungen über die Person oder auch Verfügungen über deren Vermögen gemeint sind.

Ich würde also folgende Änderung des Entwurfes empfehlen:

"(1) Der Wirkungskreis in Pflegschaftssachen umfaßt:

1. die Geschäfte der Fürsorge für Personen, die unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen, soweit diese Geschäfte von den Gerichten im Verfahren außer Streitsachen zu erledigen sind.

2. die Entscheidung über Anträge auf Bewilligung der Exekution zur Hereinbringung von Geldforderungen durch zwangsweise Pfandrechtsbegründung oder Exekution auf das bewegliche Vermögen und über Anträge auf Bewilligung der Exekution zur Sicherstellung nach § 372 EO, wenn der Titel vom Pflégschaftsgericht stammt. Wird aber Exekution durch Zwangsverwaltung begehrt, so bleibt die Entscheidung in beiden Fällen dem Richter vorbehalten.
- (2) Dem Richter bleiben weiters vorbehalten:
1. (wie im Entwurf)
  2. (wie im Entwurf, aber ohne Aufzählung der Paragrafhe)
  3. die Genehmigung von Vertretungshandlungen und Einwilligungen mit Ausnahme der Ermächtigung zur Erhebung von Klagen auf Feststellung der Vaterschaft oder auf Leistung des gesetzlichen Unterhalts.
  4. - 7. (wie im Entwurf)
  8. alle Verfügungen über die Person und das Vermögen von Pflegebefohlenen, sobald feststeht,
    - a) daß sie nicht ....
  9. Amtsrekurse nach § 15 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen."

#### Zu § 24 des Entwurfes

Schreiben an ausländische Behörden sind nach § 9 Abs 3 des Entwurfes dem Richter vorbehalten. Man sollte daher besser von "Schreiben, die an Privatpersonen im Ausland gerichtet sind" sprechen. Der sprachlich unrichtige Ausdruck "Funktionsbezeichnung" sollte entfallen und statt dessen klar gesagt werden, daß der Rechtspfleger "mit seinem Vor- und Zunamen und dem Beisatz 'Rechtspfleger' eigenhändig zu unterschreiben" hat. Bei eigenhändiger Unterfertigung kommt eine Ausfertigungsstampiglie ohnehin nicht in Frage.

Zu den §§ 34 und 40 des Entwurfes

Stoff der Lehrgänge und Prüfungen sollten nicht nur Rechtsvorschriften sein, sondern auch deren praktische Handhabung, die zweckmäßige Ausübung des Ermessens und der Verfahrensleitung, besonders aber auch die Vermittlung von Erfahrungen über die Art der Vernehmung von Zeugen und Parteien und über die Beweiswürdigung. Das muß man aber wohl ebensowenig aufzählen, wie man sagen muß, daß der Stoff der Lehrgänge auch Stoff der Prüfungen über den Lehrgang ist. Es fragt sich sogar, ob nicht auch die Vertrautheit mit den Arbeiten der Geschäftsstelle, die Eignung zum selbständigen Parteienverkehr (§ 3 des Entwurfes) ebenfalls zu prüfen sind.

Beide Paragrafe ließen sich daher folgendermaßen straffen:

"§ 34. Der Grundlehrgang hat die theoretischen und praktischen Kenntnisse zu vermitteln, die für alle Arbeitsgebiete unerläßlich sind; der Arbeitsgebietslehrgang die besonderen Kenntnisse für das betreffende Arbeitsgebiet.

§ 40. Die Prüfung über den Grundlehrgang ist nur mündlich, die über den Arbeitsgebietslehrgang zuerst schriftlich und dann mündlich abzulegen."

Zu den §§ 38 ff des Entwurfes

Das schwerfällige Wort Prüfungskommissär, sollte durch Prüfer ersetzt werden. Einen Prüfungskommissär zu bestellen ist überdies ein Pleonasmus, weil ein Kommissär eben ein Besteller ist.

Zu § 41 Abs 2 des Entwurfes

Es scheint mir doch sehr übertrieben, daß die Behelfe, die bei den Prüfungen verwendet werden dürfen, durch eine Verordnung des Ministers bestimmt werden. Man könnte das doch dem Vorsitzenden überlassen und nur vorschreiben, daß er dies rechtzeitig oder eine bestimmte Frist vor der Prüfung bekanntzugeben hat.

Zu den §§ 26, 32, 36, 38 und 45 des Entwurfes

Es ist befremdlich, daß die Ausbildungslehrgänge nicht bei den Oberlandesgerichten und erforderlichenfalls beim Gerichtshof erster Instanz eingerichtet sind; weiters daß über die Zulassung zum Lehrgang der Minister entscheidet, während über die viel wichtigere Frage der Zulassung zur Ausbildung der Präsident des Oberlandesgerichtes abspricht. Das ist deshalb so befremdlich, weil die Übungskurse für Richteramtsanwärter dezentralisiert sind, der Oberlandesgerichtspräsident die Ausbildung leitet und zur Richteramtsprüfung zuläßt (§§ 12, 14, 21 RDG). Nun nimmt § 45 des Entwurfes sogar dem Minister die vorhandene Möglichkeit, die Oberlandesgerichtspräsidenten mit der Abhaltung von Lehrgängen zu beauftragen, soweit es sich nicht gerade um den Arbeitsgebietslehrgang für das Handels- und Genossenschaftsregister handelt. Mit steigendem Umfang der Rechtspflegertätigkeit wird auch die Zahl der auszubildenden Rechtspfleger steigen. Und gerade für Rechtspfleger kann es doch nur wünschenswert sein, daß sie durch Richter ausgebildet werden, die die örtlichen Besonderheiten, etwa die Bevölkerung in bäuerlichen Gegenden und die landesgesetzlichen Vorschriften (zB für die Teilung von Grundstücken, die Vertretung der Gemeinden) sowie die Praxis der Landesbehörden kennen.

Daher wäre dringend zu raten:

1. Die Rechtspflegerlehrgänge und die Prüfungen darüber einschließlich der Auswahl der Prüfer dem Oberlandesgerichtspräsidenten anzuvertrauen und
2. diesen zu ermächtigen, ihre Befugnisse wenigstens hinsichtlich der Lehrgänge an die Präsidenten der Gerichtshöfe erster Instanz zu übertragen.

### Abschluß

Zuletzt möchte ich noch zwei Fragen anschnneiden, die allenfalls im Gesetz geregelt werden könnten:

Die erste Frage ist gewiß von sehr untergeordneter Bedeutung: Sollte man für Rechtspfleger eine dem § 578 ZPO entsprechende Bestimmung treffen? Etwa:

"Rechtspfleger dürfen, solange sie in dieser Eigenschaft verwendet werden, die Bestellung als Schiedsrichter nicht annehmen."

Die zweite Frage betrifft den Fall, daß ein Rechtspfleger ein Geschäft besorgt, das einem Arbeitsgebiet angehört, für das er nicht bestellt ist. Fällt dies unter den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 2 ZPO? Diese Frage sollte jedenfalls geklärt werden, sei es dahin, daß ein Nichtigkeitsgrund vorliegt, sei es dahin, daß dieser Mangel bedeutungslos ist. So zB:

"Besorgt ein Rechtspfleger ein Geschäft aus einem Arbeitsgebiet, für das er nicht bestellt ist (oder: das zu besorgen er nicht befugt ist), so ist es nichtig" oder aber "Die Amtshandlung eines Rechtspflegers ist nicht deshalb nichtig, weil sie zu einem Arbeitsgebiet gehört, für das er nicht bestellt ist (oder: auf dem tätig zu werden er nicht befugt ist)."

