



Präs. 1612-9/00

4/SN-78/ME

An das
Präsidium des Nationalrates

Parlament
1017 Wien

Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf eines
Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in
Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz)

Ich beehre mich, anliegend 25 Ausfertigungen der vom
Begutachtungssenat am 11. Oktober 2000 beschlossenen Stellungnahme des
Obersten Gerichtshofes zu übermitteln.

Wien, am 18. Oktober 2000

Dr. Felzmann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:



Präs. 1612-8/00

Stellungnahme
des Begutachtungssenates I des Obersten Gerichtshofes
zum Entwurf eines Bundesgesetzes
über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten
außer Streitsachen (Außerstreitgesetz - AußStrG)

Das Anliegen des Entwurfs, an die Stelle des fast 150 Jahre alten Außerstreitgesetzes ein modernes Gesetz treten zu lassen, das den heutigen rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere Art. 6 EMRK und dem in Art. 18 B-VG verankerten Legalitätsgrundsatz, entspricht, ist zu begrüßen. Das Gleiche gilt für das Bemühen, die bewährten Grundsätze der Rechtsprechung aufrecht zu erhalten und in den Gesetzestext zu übernehmen.

Dringend erforderlich wäre freilich, eine andere Bezeichnung für das Gesetz zu finden. Insbesondere erscheint es dringend geboten, eine Kurzbezeichnung einzuführen, die sich von der alten unterscheidet, käme es doch sonst beim Aufsuchen von Entscheidungen zu den einzelnen Gesetzesstellen - vor allem mittels Computers - allzu leicht zu Verwechslungen und zu (durchaus vermeidbaren) Erschwerungen für die Rechtsanwender.

Gegen einzelne der in den Allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs, insbesondere über das Rechtsmittelverfahren, enthaltene Regelungen, sind freilich Bedenken geltend zu machen.

Zu Art. I:

Zu § 20:

Nach Abs. 1 müssen sich in Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Da nach Abs. 2 die

Bestimmungen der ZPO über Bevollmächtigte nur dort sinngemäß anzuwenden sind, wo nichts anderes angeordnet ist, könnte die Auffassung vertreten werden, dass sich im Hinblick auf die besondere Regelung des Abs 1 auch die in § 28 Abs 1 ZPO genannten Personen bei der Verfassung von Revisionsrekursen und Revisionsrekursbeantwortungen eines Rechtsanwalts bedienen müssten. Das wäre aber sachlich nicht gerechtfertigt und war - mangels irgendeines Hinweises in den Erläuterungen - offenbar auch nicht die Absicht der Verfasser des Entwurfs. Insoweit wäre eine Klarstellung - etwa durch Hinweis auf § 28 Abs 1 ZPO im Abs 1 - zweckmäßig.

In dieser Gesetzesstelle müsste auch ein Hinweis darauf enthalten sein, dass auch Notare - jedenfalls in den in § 5 NotO idF des Entwurfes (Art IV Z 1) besonders angeführten Materien - Rekurse und Revisionsrekurse verfassen dürfen. Das wird zwar vom Entwurf - wie sich aus den Erläuterungen zu Art IV Z 1 (§ 5 NotO) ergibt (S. 274) - beabsichtigt, kommt aber (auch im Entwurf des § 5 NotO) nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck. § 45 Abs 2 schließt wiederum alle Parteien von einem Protokollarrekurs aus, die durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten sind. Das träfe aber auch auf die in Art IV Z 1 des Entwurfes angeführten "sonstigen Verfahren außer Streitsachen" dann zu, wenn im Einzelfall der Notar in erster Instanz die Partei vertritt. Bemerkte sei, dass es keine negativen Erfahrungen des Obersten Gerichtshofs mit Notaren als Parteienvertreter gibt; sie sollten daher weiterhin das Recht haben, innerhalb ihrer Vertretungsbefugnis auch Revisionsrekurse zu verfassen.

Zu § 22:

Die in Abs 2 Satz 2 vorgesehene Ausnahme für Parteien, die von einem Rechtsanwalt oder Notar vertreten werden, erscheint entbehrlich, weil eine Nichtbefolgung der Vorschrift durch Rechtsanwalt oder Notar keine andere Folge hat als die gleiche Säumigkeit einer unvertretenen Partei. In keinem Fall hindert ja der Mangel von Abschriften weitere Verfahrensschritte; die Erläuterungen halten selbst ausdrücklich fest, dass ein Verstoß einer anwaltlich vertretenen Partei gegen die Gebote des Abs 2 nicht zu einer Zurückweisung des Schriftsatzes berechtigt (S. 70). Sinn gewänne freilich die Unterscheidung in Abs 2, wenn in Abs 4 klargestellt würde, dass das Fehlen von Gleichschriften eines von einem

Rechtsanwalt oder Notar verfassten Schriftsatzes einen Verbesserungsauftrag des Gerichtes rechtfertigt.

Zu § 28:

Sollte es Absicht des Gesetzgebers sein, dass die Parteien und ihre Vertreter von Tagsatzungen zur nichtöffentlichen Beweisaufnahme verständigt werden (so die Erläuterungen S.75), sollte das im Gesetz ausdrücklich angeordnet werden. Nach dem Wortlaut des Entwurfs wäre auch die Auslegung möglich, dass keine Verständigung erforderlich ist, die Parteien und deren Vertreter aber, die - etwa auf Grund ihrer Verbindung mit der zu vernehmenden Person - von dem Termin erfahren haben und erscheinen, teilnehmen können. Das wäre aber in Verfahren, an denen mehrere Parteien beteiligt sind, durchaus bedenklich, weil damit ein ungleicher Einfluss auf die Beweisaufnahme verbunden sein könnte, insbesondere dadurch, dass nur dem Erschienenen die Möglichkeit zur Fragestellung offensteht.

Zu § 34:

Nach § 223 Abs 3 AußStrG in der derzeit geltenden Fassung sind Beschlüsse über die Unterbrechung und Fortsetzung des Verfahrens über die Scheidung im Einvernehmen unanfechtbar. Nach der erklärten Absicht der Verfasser des Entwurfs (S. 85), soll das auch für die Verfügungen gemäß § 34 gelten, es sei denn die zwingenden Grenzen des Abs 3 würden nicht eingehalten. Mit dieser Absicht steht aber der Wortlaut des Entwurfs nicht im Einklang. Zur Anfechtbarkeit wird lediglich in Abs 4 gesagt, dass gegen den Beschluss, mit dem eine dem Abs 3 nicht entsprechende Anordnung getroffen wird. (in Abweichung von § 45 Abs 1 des Entwurfs) ein abgesondertes Rechtsmittel zulässig sei. Daraus ist zu folgern, dass ein Innehaltungsbeschluss, der dem Abs 3 nicht widerspricht, gemäß § 45 Abs 1 des Entwurfs zwar nicht mit abgesondertem Rekurs, aber wohl mit dem gegen die Entscheidung über die Sache angebrachten Rekurs gerügt werden kann. Das bedeutet eine gegenüber § 223 Abs 3 AußStrG geänderte Rechtslage, wenngleich einzuräumen ist, dass in einem Rekurs über die Entscheidung in der Sache der Beanstandung eines vorangegangenen Innehaltens kaum Erheblichkeit zukommen wird.

Zu § 47:

Die Erläuterungen geben keine Begründung dafür, warum das Erstgericht in allen Fällen des § 47 Abs 1 eine Gleichschrift des Rechtsmittels den anderen Parteien zuzustellen hat, nicht aber selbst unzulässige Rekurse - wie das für unzulässige Revisionsrekurse vorgesehen ist (§ 68 Abs 1 des Entwurfs) - zurückweisen darf. Im Hinblick auf § 46 Abs 3 des Entwurfs - welcher sich an § 11 Abs 2 AußStrG anlehnt - ist es verständlich, dass das Erstgericht Rekurse nicht selbst wegen Verspätung zurückweisen darf; für unzulässige Rekurse - wie etwa Rekurse gegen verfahrensleitende Beschlüsse - gilt diese Erwägung jedoch nicht; im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens wäre hier eine Zurückweisungspflicht des Erstgerichts zu begrüßen.

Zu § 49:

Hier ist - wie schon zu § 47 - darauf hinzuweisen, dass auch dem Erstgericht die Verpflichtung auferlegt werden sollte, unzulässige Rekurse zurückzuweisen. Die - nur historisch zu erklärende - unterschiedliche Behandlung von Rekursen und Revisionsrekursen in diesem Belang entbehrt einer stichhaltigen Begründung.

Zu § 52:

Abs. 2 erster Halbsatz soll nur die bisherige Rechtsprechung fortschreiben (Erläuterungen S. 97). Soweit der Entwurf eine Ausnahme vom Verbot, solche Tatsachen und Beweismittel im Rekurs geltend zu machen, die schon im Verfahren erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, für den Fall vorsieht, dass es sich bei der Verspätung des Vorbringens um eine entschuldbare Fehlleistung handelt, würde dadurch das Rekursverfahren unter Umständen erheblich erschwert. Die Frage nämlich, ob die Säumnis der Partei auf Vorsatz, grobe oder leichte Fahrlässigkeit oder gar nur eine entschuldbare Fehlleistung zurückzuführen ist, kann in der Regel nicht auf Grund der Aktenlage, sondern nur nach der Erhebung von Tatsachen beurteilt werden. Im Gesetz sollte daher vorgesehen werden, dass die im letzten Halbsatz vorgesehene Ausnahme nur zu gelten hat, wenn das Vorliegen einer entschuldbaren Fehlleistung der Partei offenkundig ist oder der Rechtsmittelwerber diesen Umstand schon im Rechtsmittel bescheinigt.

Zu § 55:

Hat das Erstgericht die Sachanträge mit dem angefochtenen Beschluss nicht vollständig erledigt, dann besteht kein Grund zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses; vielmehr kann der angefochtene Beschluss als Teilbeschluss behandelt werden, während dem Erstgericht die Entscheidung über die noch offenen Sachanträge aufzutragen ist (vgl Kodek in Rechberger ZPO², § 496 Rz 2 mwN).

Zu § 56:

Wenn man schon bei Vorliegen der dort aufgezählten Nichtigkeitsgründe eine Bestätigung des angefochtenen Beschlusses ermöglicht, um bloße Formalentscheidungen zu vermeiden, dann erhebt sich die Frage, ob das nicht erst recht dann angebracht sein könnte, wenn bei einer mündlichen Verhandlung die Öffentlichkeit in gesetzwidriger Weise ausgeschlossen worden ist (§ 55 Z 2 des Entwurfs), ist doch in diesem Fall ein Einfluss des Verfahrensfehlers auf den Inhalt der Entscheidung noch wesentlich schwerer vorstellbar als bei dem - ganz besonders schwerwiegenden - Unterbleiben des rechtlichen Gehörs.

Zu § 57:

Ein Verstoß gegen die Geschäftsverteilung fällt unter den Tatbestand des Abs 3 Z 2. Eine dem § 260 Abs 4 ZPO entsprechende Norm fehlt jedoch im Entwurf, ohne dass eine sachliche Berechtigung für diesen Unterschied zur ZPO zu erkennen wäre.

Zu §§ 61 und 62:

Es wäre wünschenswert, aus Anlass der Einführung des neuen Außerstreitgesetzes die Revisionsrekursbestimmungen denjenigen der ZPO auch insoweit anzugleichen, als (mit den dort vorgesehenen Ausnahmen [§ 502 Abs 4 und 5 ZPO]) - wie vor der WGN 1997 - eine untere Wertgrenze für die Zulässigkeit des Revisionsrekurses (§ 500 Abs 2 lit a; § 502 Abs 2 ZPO) eingeführt wird (§ 14 Abs 2 Z 1 AußStrG idF WGN 1989). Sachliche Gründe für eine unterschiedliche Rechtsmittelzulässigkeit sind nicht zu sehen.

Zu § 66:

Diese Bestimmung unterscheidet sich von der Vorläuferbestimmung (§ 15 AußStrG idgF) bloß in Z 1. § 15 Z 1 AußStrG sieht - im Gleichklang mit § 503 Z 1 ZPO - als Nichtigkeitsgrund vor, dass die Entscheidung des Gerichts zweiter Instanz nichtig ist. Das ergibt sich aus Z 1 des Entwurfs nicht mit der gleichen Deutlichkeit. Mag auch der Fall des § 55 Z 1 (entspricht § 477 Abs 1 Z 9 ZPO) nur auf den Beschluss zweiter Instanz bezogen sein (hat nämlich das Gericht zweiter Instanz einen nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Beschluss gefasst, bestünde wohl kein Anlass, die krasse Fehlerhaftigkeit des Beschlusses der ersten Instanz noch einmal aufzugreifen, und die Sache an das Erstgericht zurückzuverweisen), so ist jedenfalls der Tatbestand des § 56 Abs 1 Z 3 - wie auch die Erläuterungen (S. 105) ausdrücklich hervorheben - nur im Verfahren erster Instanz zu verwirklichen (§ 51 Abs 2 kennt keine zwingend vorgeschriebene mündliche Rekursverhandlung). Das Gleiche gilt für den Tatbestand des § 57 Abs 3 Z 3 (Entscheidung durch Rechtspfleger statt Richter) und einen Fall des § 57 Abs 3 Z 1 (ausgeschlossener oder abgelehnter Rechtspfleger).

Wünschenswert wäre eine Klarstellung, dass - um einen Wertungswiderspruch zu vermeiden - auch im Außerstreitverfahren - wie die Rechtsprechung schon wiederholt ausgesprochen hat - der Grundsatz zu gelten hat, dass vom Rekursgericht verneinte Nichtigkeiten des Verfahrens erster Instanz, nicht mehr im Revisionsrekurs gerügt werden können.

Zu § 67:

Aus welchem Grund Abs 1 enger gefasst ist als § 47 Abs 1, weshalb also hier nicht verfügt wird, dass auch ein Revisionsrekurs gegen einen Beschluss, mit dem über die Erlassung, Einschränkung oder Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden worden ist, den Rechtsmittelgegnern zuzustellen ist, lässt sich den Erläuterungen nicht entnehmen. § 76 des Entwurfs verweist auch nur (mit Ausnahmen) auf die §§ 378 - 401 EO, also nicht auch auf § 402 EO.

Zu § 69:

Die Anordnung, dass § 55 im Revisionsrekursverfahren nicht sinngemäß anzuwenden sei, ist schwer zu verstehen. Sollte gemeint sein, dass diese

Bestimmung deshalb für den Obersten Gerichtshof nicht anwendbar sei, weil dieser in den im § 55 aufgezählten Fällen die Beschlüsse der Vorinstanzen nicht aufheben "darf", sondern aufheben "muss", wäre eine deutlichere Formulierung wünschenswert.

Zu § 70:

Nach Abs 1 kann der Abänderungsantrag - auch wenn er auf einen der Wiederaufnahmsgründe der ZPO gestützt ist - erst nach Rechtskraft des Beschlusses über die Sache beantragt werden. Diesen Unterschied zu § 530 Abs 1 ZPO könnte ein Hinweis auf § 52 Abs 2 nicht gänzlich rechtfertigen. Übersehen würde dabei nämlich, dass im Revisionsrekursverfahren - wie sich aus den Revisionsrekursgründen des § 66 ergibt und im Entwurf auch hervorgehoben wird (S. 106) - jedenfalls das Neuerungsverbot gilt. In der Zeit zwischen der Entscheidung des Rekursgerichts und jener des OGH kann daher eine Partei neue Tatsachen und Beweismittel weder mit einem Rechtsmittel noch mit einem Abänderungsantrag geltend machen. Das könnte in dringenden Fällen unter Umständen von Nachteil sein.

Zu § 72:

Die Erläuterungen betonen (S. 109), dass die Kenntnisvoraussetzung für die übergangene Partei nicht vor dem Zeitpunkt angesetzt werden kann, in dem die Partei von der Zurückweisung ihres Rekurses als verspätet erfährt. Das ist aber dem vorgeschlagenen Gesetzestext zumindest nicht eindeutig und klar zu entnehmen.

Zu § 75:

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass - anders als in den Erläuterungen (S. 110) - der ausdrückliche, den §§ 538 und 543 ZPO entsprechende Hinweis fehlt, dass ein unschlüssiger Antrag nicht ab-, sondern zurückzuweisen ist.

Zu § 76:

In Abs 3 Z 6 lit d ist vorgesehen, dass die Vorschriften der §§ 397 und 398 EO über den Widerspruch im Außerstreitverfahren keine Anwendung zu

finden hätten. Der Widerspruch würde - wie die Erläuterungen ausführen (S. 113) - durch den Rekurs ersetzt, für den kein Neuerungsverbot gelte. Das hat dann freilich zur Konsequenz, dass der ungehört gebliebene Gegner der gefährdeten Partei einen Rekurs erheben muss, der, soweit er auf Neuerungen gestützt wird, in der Regel wohl zu einer Aufhebung führt. Das bedeutet aber gewiss keine Beschleunigung im Verhältnis zu einem Widerspruchsverfahren.

Zu § 77:

Da nach der Rechtsprechung auch für die einstweilige Regelung der Benützung ehelichen Gebrauchsvermögens keine Gefahrenbescheinigung erforderlich ist (SZ 57/89 uva), wäre auch hier eine dem § 78 Abs 2 des Entwurfs entsprechende Bestimmung erforderlich gewesen.

Zu § 78:

Dort sollte zur Erreichung des Zwecks, den Entfall der Gefährdungsbescheinigung festzuschreiben, nicht schlechthin auf § 379 EO, sondern auf § 379 Abs 2 EO verwiesen werden.

Zu § 86:

Die Abgrenzung von Entscheidungen, die in einem Verfahren nach der EO, und solchen, die nach dem AußStrG zu vollstrecken sind, ist aus folgenden Erwägungen nicht geglückt:

1. Nach Abs 1 Satz 1 sind "Leistungsentscheidungen" nach der Exekutionsordnung zu vollstrecken. Geht man vom Wortlaut des § 7 Abs 1 EO aus, sind darunter Entscheidungen zu verstehen, die zu einer Geldleistung oder zu (vertretbaren oder unvertretbaren) Handlungen (einschließlich der Herausgabe von Sachen), nicht aber zu Unterlassungen verpflichten. Es ist unklar, ob solche Entscheidungen von der Vollstreckung nach der Exekutionsordnung ausgenommen sein sollen.

2. Nach Abs 1 Satz 2 greift die Vollstreckung nach dem AußStrG unter anderem Platz, soweit eine Vollstreckung nach der Exekutionsordnung nicht "tunlich" ist. Abgesehen davon, dass die Auslegung dieses Begriffes in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen würde, fragt sich, ob der Verpflichtete die

Einstellung eines eingeleiteten Exekutionsverfahrens mit der Begründung erreichen kann, dass die Vollstreckung nach der EO nicht "tunlich" sei. Für eine solche Entscheidung ist weder in der EO noch im Entwurf Vorsorge getroffen und sie ist auch wenig zweckmäßig.

3. Nach Abs 3 kann das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen von der Vollstreckung "nach Abs 1" absehen. Damit ist auch die Vollstreckung von "Leistungsentscheidungen" im Sinn des Abs 1 Satz 1 erfasst, die nach der EO zu geschehen hat. Für diesen Fall scheint es aber nicht angebracht, dass das Außerstreitgericht über die Fortsetzung der Exekution entscheiden kann. Es müssen hierfür die in der EO vorgesehenen Mittel als ausreichend angesehen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch zur Erwägung zu stellen, ob nicht die Unterscheidung zwischen beiden Vollstreckungsarten darin liegen könnte, dass "rein vermögensrechtliche" (§ 61 Abs 2 des Entwurfs) Ansprüche stets nach der EO und andere Ansprüche stets nach dem AußStrG zu vollstrecken sind.

Zu § 87:

Die vorgeschlagene Bestimmung für das Beurkundungsverfahren für Erklärungen über die Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind sieht - wie bereits die durch das KindRÄG 1999 vorgeschlagene Fassung des § 163c Abs 2 ABGB - keine Angaben über den Zeitpunkt der Beiwohnung vor. Nach den Erläuterungen wird diese Angabe für entbehrlich gehalten. Wie der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Stellungnahme zum Entwurf des KindRÄG 1999, Präs 1611-5/99, ausgeführt hat, ist nicht erkennbar, warum diese Angabe nunmehr entbehrlich sein soll. Diese Angabe kann vielmehr bei einer Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des Anerkennnisses, etwa zur Beurteilung eines Gerichts darüber, ob der Anerkennende der Mutter innerhalb der gesetzlichen Vermutungsfrist beigewohnt hat oder dass Umstände vorliegen, die die Vermutung seiner Vaterschaft entkräften, von Bedeutung sein; es wäre sogar zu überlegen, § 163c Abs 2 ABGB und § 87 des Entwurfes in Fällen medizinischer Fortpflanzungshilfe bei intrauterinen Verfahren durch den Besamungszeitpunkt, bei In-Vitro-Fertilisationen durch den Zeitpunkt der Reimplantation zu ergänzen (so Schwimann, StAZ 1993, 180 f; derselbe in ABGB², § 163c Rz 1).

Zu § 88:

Abs 2 der vorgeschlagenen Bestimmung schränkt die Befugnisse des Staatsanwaltes im Abstammungsverfahren - als ersten Schritt vor einer künftigen Reform des materiellen Rechts - insoweit ein, als ohne Änderung der materiellen Rechtslage dessen Rechtsmittellegitimation dann nicht mehr gegeben sein soll, wenn er nicht selbst den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, obwohl er am Verfahren erster Instanz beteiligt wird. Der Oberste Gerichtshof hat schon in seiner Stellungnahme zum Entwurf des KindRÄG, Präs 1611-5/99, vom 19. 3. 1999 zu Z 18 dieses Entwurfs (§ 163c Abs 2 ABGB) seine Bedenken gegen die Aufrechterhaltung der Beteiligung des Staatsanwaltes im Abstammungsverfahren dargelegt, welche weiter bestehen. Es bestehen aber auch Bedenken dagegen, die Rechtsmittelbefugnis des Staatsanwaltes bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung seiner Beteiligung am Abstammungsverfahren abzuschaffen.

Zu § 89 und § 90:

Die in den §§ 70 ff des Entwurfs vorgesehenen Vorschriften über das Abänderungsverfahren gelten auch im Abstammungsverfahren. Nur die 10-jährige Frist des § 72 Abs 5 des Entwurfs soll hier nicht zum Tragen kommen. Der Entwurf hält ua die Möglichkeit der geltenden Rechtslage für Klagen im Abstammungsverfahren aufrecht, unter bestimmten Voraussetzungen den Antrag mit Beschluss als zurückgenommen zu erklären. Es wäre zweckmäßig klarzustellen, ob ein solcher Beschluss eine Entscheidung "über die Sache" im Sinne des § 70 des Entwurfes ist oder ob in diesen Fällen bei Änderung der Sachlage ohne besondere Voraussetzungen ein neuer Antrag möglich ist.

Zu § 93 und § 96:

§ 93 Abs 2 des Entwurfs sieht für die Zustimmung zu einer Inkognitooption eine strengere Form vor (Zustimmung nur vor Gericht oder in Form einer öffentlichen Urkunde). Damit soll nach den Erläuterungen sichergestellt werden, dass eine Belehrung der verzichtenden Partei erfolgt. Dem angestrebten Ziel wäre eine ausdrückliche Bestimmung dahin dienlicher, dass der Verzichtende über die Folgen einer Inkognitooption zu belehren ist.

Zu § 95:

Da sich die Befristung der Zustimmungserklärung in § 258 Abs 3 AußStrG als unpraktisch erwiesen hat, sieht die vorgeschlagene Bestimmung vor, dass eine Zustimmung bis zur Entscheidung erster Instanz widerrufen werden kann. Da Zustimmungserklärungen, solange sie nicht widerrufen wurden, wirksam bleiben und auch einem weiteren Verfahren zugrunde gelegt werden sollen (Abs 3), ist die Aufnahme der Verpflichtung des Gerichts zu empfehlen, die zustimmende Partei von der Einleitung eines Verfahrens zu verständigen, damit diese nicht erst auf das Rechtsmittel gegen den Bewilligungsbeschluss verwiesen wird.

Zu § 99:

§ 99 Abs 3 des Entwurfs sieht vor, dass das Gericht den Parteien die - durch Entschließung des Bundespräsidenten bewirkte - Ehelicherklärung mitzuteilen hat. Dagegen hat das Gericht nach der geltenden Rechtslage (§ 265 AußStrG) auch die Anmerkung derselben im Geburtenbuch zu veranlassen. Eine solche Verständigungspflicht fehlt nunmehr, sie wäre aber zweckmäßigerweise festzulegen.

Zu § 100:

Nach Abs 4 der vorgeschlagenen Bestimmung ist ein Scheidungsantrag von Amts wegen als zurückgenommen zu erklären, wenn der Antragsteller zur mündlichen Verhandlung im Verfahren über einen Antrag auf einvernehmliche Scheidung nicht erscheint. § 221 Abs 2 AußStrG sieht dagegen vor, dass in einem solchen Fall der Antrag "als ohne Verzicht auf den Anspruch" zurückgenommen zu erklären ist. Das dient vor allem der Klarstellung, dass ein neuerlicher Antrag ohne weitere Formalitäten möglich ist. Wenngleich eine Regelung im allgemeinen Teil des Entwurfs über eine Antragsrücknahme unter Anspruchsverzicht fehlt, weshalb jede Antragsrücknahme im neuen Außerstreitverfahren ohne Anspruchsverzicht erfolgt, fehlt dennoch eine Klarstellung, ob in einem solchen Fall jederzeit ein neuer Antrag gestellt werden kann, oder ob die Voraussetzungen für das Abänderungsverfahren vorliegen müssen, wenn eine Änderung dieser Entscheidung angestrebt wird.

Gemäß § 460 Z 3 ZPO ist die Verhandlung in streitigen Ehesachen nicht öffentlich. Gemäß § 27 Abs 1 des Entwurfs ist die mündliche Verhandlung in Außerstreitsachen öffentlich. § 100 des Entwurfs sieht keine andere Regelung für die mündliche Verhandlung über eine Scheidung im Einvernehmen vor. Damit ist die Verhandlung über eine solche Scheidung nach dem Entwurf öffentlich. Der Unterschied, der sich dadurch ergibt, ist sachlich nicht gerechtfertigt. Es wäre daher eine Bestimmung vorzusehen, die die Nichtöffentlichkeit der mündlichen Verhandlung über eine Scheidung im Einvernehmen vorsieht. Eine derartige Regelung enthält der Entwurf folgerichtig auch für die Verhandlung im Unterhaltsverfahren (§ 118 Abs 1).

Zu § 103:

Nach den Erläuterungen übernimmt Abs 6 der vorgeschlagenen Regelung die Bestimmungen der ZPO über die Verständigung des Krankenversicherers (§ 460 Z 11 ZPO idF des EheRÄG 1999). Die entsprechende Regelung ist aber im Abs 7 der vorgeschlagenen Bestimmung enthalten (S. 133).

Zu § 119:

Abs 1 der vorgeschlagenen Bestimmung sieht vor, den Minderjährigen darüber zu belehren, dass die Anbahnung oder Aufrechterhaltung des persönlichen Verkehrs mit beiden Elternteilen seinem Wohl entspricht; lehnt der mehr als 14 Jahre alte Minderjährige trotz dieser Belehrung weiterhin die Ausübung des persönlichen Verkehrs ab, dann sind Anträge auf Regelung des persönlichen Verkehrs ohne weitere inhaltliche Prüfung abzuweisen. Der Oberste Gerichtshof hat bereits in seiner Stellungnahme zum Entwurf des KindRÄG 1999, Präs 1611-5/99, zum damit geplanten inhaltsgleichen § 185c ABGB vorgeschlagen, den Minderjährigen (auch) darüber zu belehren, dass der antragstellende Elternteil das Recht hat, mit ihm persönlich zu verkehren (§ 148 ABGB). Am Erfordernis auch dieser Belehrung des den persönlichen Verkehr verweigern den Minderjährigen wird weiterhin festgehalten.

Zu § 120:

Die mit dieser Bestimmung vorgeschlagene Besuchsbegleitung kann nach dem Wortlaut des Abs 1 dann angeordnet werden, wenn das Wohl des Minderjährigen die Unterstützung bei der Ausübung des Besuchsrechts durch eine Begleitperson erfordert. Die Ausführungen in den Erläuterungen, es sei inhaltliche Voraussetzung für die Anordnung der Besuchsbegleitung, dass das Wohl des betroffenen Kindes persönliche Kontakte zu dem nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil erfordere, sind daher nicht nachvollziehbar.

Eine Regelung über die - nachträgliche - Tragung der Kosten der Besuchsbegleitung wäre, wie die Ausführungen darüber in den Erläuterungen zeigen, wünschenswert.

Zu § 143:

Im letzten Absatz der Erläuterungen zu dieser vorgeschlagenen Bestimmung sollte das Wort "Anfechtungsklagen" durch den Ausdruck "Abänderungsanträge" ersetzt werden (S. 185).

Zu § 159:

Die Regelung des sogenannten "Ausfolgungsverfahrens" lässt viele Fragen offen. Unklar ist schon, wer als Antragsteller in Betracht kommt. Es könnte wohl am ehesten sachgerecht sein, dass der Ausfolgung ein Ersuchen der ausländischen Behörde voranzugehen hat. Da die Ausfolgung in gewisser Weise mit der Überlassung der Verlassenschaft an Zahlungs Statt vergleichbar ist, könnte es gerechtfertigt sein, das in § 164 hierfür vorgesehene Verfahren für sinngemäß anwendbar zu erklären, wobei allerdings die Verständigung auf Personen beschränkt werden sollte, die im Inland ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Dies erscheint auch unter dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, dass diese Personen die Möglichkeit haben müssen, sich gegen eine ungerechtfertigte Ausfolgung des im Inland vorhandenen beweglichen Vermögens an ausländische Behörden zur Wehr zu setzen. Einer näheren Regelung bedarf auch die in Abs 2 vorgesehene Möglichkeit, mit der Ausfolgung "innezuhalten". Es ist völlig unklar, ob ein Beschluss über das Innehalten zu ergehen hat, wer hievon zu verständigen ist und wie es zu der zunächst aufgeschobenen Ausfolgung kommt. Unerlässlich ist wohl,

dass dem Gläubiger eine Frist gesetzt wird, nach deren Ablauf das Vermögen ausgefolgt wird, wenn es nicht vorher gerichtlich gepfändet wird. Da im Allgemeinen eine einstweilige Verfügung eine hinlängliche Sicherungsmöglichkeit bieten wird, scheint es erwägenswert, die Regelung überhaupt zu streichen, zumal es in Fällen, in denen die Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht vorliegen, kaum gerechtfertigt sein wird, mit der Ausfolgung des Vermögens innezuhalten.

Zu § 166:

1. Verfehlt ist die Formulierung "als Erben in Frage kommenden Parteien" in Abs 1. Ob jemand Partei ist, hängt gemäß dem hier allein in Betracht kommenden § 2 Abs 1 Z 3 davon ab, ob seine rechtlich geschützte Stellung unmittelbar beeinflusst werden kann. Dies trifft aber eben erst zu, wenn eine Person als Erbe in Betracht kommt. Statt "Parteien" sollte es daher besser "Personen" heißen.

2. In den Erläuterungen zum § 166 (S 226 unten) wird zu Unrecht die Rechtsfolge des antrittslosen Verstreichens der Bedenkzeit (keine Beziehung zum weiteren Verfahren) davon abhängig gemacht, dass hierauf in der Aufforderung hingewiesen wurde. Dies wird im Gesetzestext - zu Recht - nicht verlangt. Auch wenn keine Belehrung über die Rechtsfolge erfolgte, kann eine Person dem Verfahren erst beigezogen werden, wenn sie die Erbantrittserklärung abgibt (so zutreffend Abs 3).

Zu § 167:

Nach den Erläuterungen ist die öffentliche Bekanntmachung auch erforderlich, wenn keine Erben bekannt sind. Dies kommt im Gesetzestext nicht eindeutig zum Ausdruck. Überdies ist es sprachlich nicht genau, von unbekanntem Erben oder Noterben zu sprechen, weil es nicht darauf ankommt, ob Erben oder Noterben unbekannt sind (was praktisch immer der Fall sein kann), sondern weil vielmehr wesentlich ist, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass noch weitere als Erben oder Noterben in Betracht kommende Personen vorhanden sind. Abs 1 sollte daher etwa folgendermaßen lauten: "Sind keine Erben bekannt oder bestehen nach der

Aktenlage Anhaltspunkte dafür, dass neben den bekannten Personen noch andere Personen als Erben oder Noterben in Betracht kommen, so.....".

Die mit Abs 1 des Entwurfes übereinstimmenden Wendungen in Abs 2 und § 174 Abs 1 Z 2 müssten entsprechend angepasst werden.

Zu § 175:

In Abs 2 sollte auch darauf Bedacht genommen werden, dass beantragt werden kann, eine bestimmte Sache in das Inventar aufzunehmen.

Zu § 185:

Unklar ist in Abs 1 der Satzteil "sind vor der Einantwortung nachweislich davon zu verständigen". Da die Verständigung vor der Einantwortung zu geschehen hat und sie daher offensichtlich die Voraussetzung hierfür ist, kann mit dem Wort "davon" nicht die Einantwortung gemeint sein. Es wäre daher vorteilhaft, dass der Inhalt der Verständigung näher umschrieben wird.

Zu § 196:

1. In Abs 2 Z 5 ist die Bedeutung des Satzteils "- soweit sich aus den Feilbietungsbedingungen nichts anderes ergibt -" unklar. Es kann in den Feilbietungsbedingungen wohl ohne Zustimmung der betroffenen Buchberechtigten nicht festgelegt werden, dass Lasten nicht zu übernehmen sind. Diese Zustimmung ist in der Praxis aber kaum zu erlangen und müsste dem Gericht jedenfalls in einverleibungsfähiger Form nachgewiesen werden. Der Fall, dass sich aus den Feilbietungsbedingungen etwas anderes als die Übernahme der Lasten durch den Ersteher ergibt, ist daher kaum denkbar.

2. Unklar ist ferner, wer unter den Parteien zu verstehen ist, denen das Edikt zu eigenen Händen zuzustellen ist. Sollten damit neben dem Antragsteller die Buchberechtigten gemeint sein, so können sie nicht dem Parteibegriff des allein in Betracht kommenden § 2 Abs 1 Z 3 unterstellt werden, weil ihre rechtlich geschützte Stellung durch den Verkauf, wie zu 1 dargelegt wurde, nicht beeinflusst wird. Da es sich bei der freiwilligen Feilbietung um einen - mit Hilfe des Gerichtes herbeigeführten - Verkauf handelt, ist es überhaupt fraglich, ob Buchberechtigte

verständigt werden müssen, weil dies auch bei einem rechtsgeschäftlichen Verkauf, sieht man von einem an erster Stelle stehenden Pfandgläubiger ab (s § 119 Z 6 GBG), nicht der Fall ist.

Zu § 197:

Es dürfte in der Praxis zu Unklarheiten und Unsicherheiten kommen, wenn für die Durchführung der freiwilligen Feilbietung allgemein die Bestimmungen der EO als anwendbar erklärt werden. Dies ist zum einen schon deshalb zu weit, weil offensichtlich nur an die Bestimmungen der Zwangsversteigerung von Liegenschaften und Superädifikaten (§§ 133 ff EO), nicht aber auch jene über den Verkauf beweglicher Sachen (§§ 249 ff EO) gedacht ist. Ferner könnten etwa Zweifel darüber entstehen, ob gemäß § 184 EO die Erhebung eines Widerspruchs möglich ist. Es ist daher geboten, dass jene Bestimmungen der EO, die anwendbar sind, durch Bezeichnung der Zahl des Paragraphen genannt werden und nicht, wie dies im Entwurf geschieht, durch die Verwendung des Wortes "insbesondere" die Entscheidung darüber, welche Bestimmungen angewendet werden, dem Gerichtskommissär überlassen wird.

Zu Art IV (NO):

Zu § 111:

Es sollte auch des Falles gedacht werden, dass der Notar, der die letztwillige Anordnung in Verwahrung genommen hat, selbst der zuständige Gerichtskommissär ist.

Zu Art V (JN):

Zu § 108:

Im letzten Satz der Erläuterungen zu Abs 3 der vorgeschlagenen Bestimmung wäre das Wort "einziger" auf "einzigem" richtigzustellen.

Zu Art IX (LiegTeilG):**Zu § 29:**

In Abs 1 könnte das Wort "Ansuchens" entsprechend der jüngeren Terminologie (vgl etwa § 10 GUG) durch "Antrag" ersetzt werden, zumal sich dieser Ausdruck auch in § 189 Abs 1 AußStrG idF des Entwurfes findet.

Zu Art XIII (GBG):**Zu § 124:**

In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung wird darauf hingewiesen, dass in Zukunft auch im Rechtsmittelverfahren in Grundbuchsachen die im § 20 AußStrG vorgesehene Vertretungspflicht vor dem OGH zu beachten sein werde. Dies ergibt sich jedoch nicht mit der gebotenen Deutlichkeit aus dem Gesetz, weil § 20 AußStrG gemäß § 75 GBG idF des Entwurfs nur gilt, wenn dies "erforderlich" ist. Es könnte aber auch die Meinung vertreten werden, die Vertretungspflicht sei nicht (unbedingt) erforderlich, konnte doch das Rechtsmittelverfahren vor dem Obersten Gerichtshof bisher auch ohne eine solche Vertretungspflicht abgewickelt werden. Es ist daher zweckmäßig, im GBG § 20 AußStrG für anwendbar zu erklären.

Zu § 134:

Im Hinblick auf die allgemeine Anordnung in § 75 ist es wohl überflüssig, im Satz 2 zu wiederholen, dass die Vorschriften über das Verfahren außer Streitsachen, "soweit erforderlich", ergänzend heranzuziehen sind.

Wien, am 11. Oktober 2000

Dr. Felzmann

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

