

# TE OGH 2006/5/4 9Ob36/06v

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.05.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsrechtsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling, Dr. Hradil, Dr. Hopf und Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Pflegschaftssache der Minderjährigen 1. Andreas Ghosen A\*\*\*\*\*, geb 23. Februar 1989, und 2. Daniel A\*\*\*\*\* geb 25. Mai 1990, beide \*\*\*\*\* über den außerordentlichen Revisionsrechts des Vaters Ramez A\*\*\*\*\* vertreten durch Rathauscher Sumper Rechtsanwältinnen in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rechtsgericht vom 24. Jänner 2006, GZ 44 R 628/05m-U10, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Donaustadt vom 15. September 2005, GZ 1 P 297/02i-U4, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrechts des Vaters wird mangels der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG zurückgewiesen (§ 71 Abs 3 AußStrG). Der außerordentliche Revisionsrechts des Vaters wird mangels der Voraussetzungen des Paragraph 62, Absatz eins, AußStrG zurückgewiesen (Paragraph 71, Absatz 3, AußStrG).

## Text

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Dem Beteiligten, der sich trotz Aufforderung nach § 185 Abs 3 AußStrG aF, RGBI 1854/208, nicht geäußert und damit keine eigenen Tatsachenbehauptungen aufgestellt hatte, war es schon bisher nach ständiger Rechtsprechung verwehrt, dem Sachverhalt, von dem das Gericht bei seiner Entscheidung im Hinblick auf dessen Schweigen ausgehen durfte, im Rechts neue, davon abweichende Tatsachenbehauptungen entgegenzuhalten (Fucik, AußStrG<sup>2</sup> [MTA] 166; 1 Ob 715/79, SZ 52/155; 1 Ob 2092/96w; 6 Ob 176/00a; RIS-Justiz RS0006783, RS0006941 ua). Die neue Säumnisvorschrift nach § 17 AußStrG - auf den vorliegenden Revisionsrechts ist bereits das neue AußStrG, BGBI I 2003/111, anzuwenden, weil das Datum der Entscheidung erster Instanz nach dem 1. 1. 2005 liegt (§ 203 Abs 7 AußStrG) - beschränkt sich nicht mehr wie § 185 Abs 3 AußStrG aF, dem sie nachgebildet ist (vgl Zangl, ÖJZ 2005/7), auf Verfahren in Vormundschafts- und Kuratelsangelegenheiten (III. Hauptstück des AußStrG aF), sondern sie rückte in die Allgemeinen Bestimmungen des AußStrG (II. Hauptstück) vor. Die Möglichkeit der "Säumnisentscheidung" wurde damit verallgemeinert (Fucik/Kloiber, AußStrG § 17 Rz 1). Dem Beteiligten, der sich trotz Aufforderung nach Paragraph 185, Absatz 3, AußStrG aF, RGBI 1854/208, nicht geäußert und damit keine eigenen Tatsachenbehauptungen aufgestellt hatte, war es schon bisher nach ständiger Rechtsprechung verwehrt, dem Sachverhalt, von dem das Gericht bei seiner Entscheidung im Hinblick auf dessen Schweigen ausgehen durfte, im Rechts neue, davon abweichende Tatsachenbehauptungen entgegenzuhalten (Fucik, AußStrG<sup>2</sup> [MTA] 166; 1 Ob 715/79, SZ 52/155; 1 Ob 2092/96w; 6 Ob 176/00a; RIS-Justiz

RS0006783, RS0006941 ua). Die neue Säumnisvorschrift nach Paragraph 17, AußStrG - auf den vorliegenden Revisionsrekurs ist bereits das neue AußStrG, BGBl römisch eins 2003/111, anzuwenden, weil das Datum der Entscheidung erster Instanz nach dem 1. 1. 2005 liegt (Paragraph 203, Absatz 7, AußStrG) - beschränkt sich nicht mehr wie Paragraph 185, Absatz 3, AußStrG aF, dem sie nachgebildet ist vergleiche Zangl, ÖJZ 2005/7), auf Verfahren in Vormundschafts- und Kuratelsangelegenheiten (römisches III. Hauptstück des AußStrG aF), sondern sie rückte in die Allgemeinen Bestimmungen des AußStrG (römisches eins. Hauptstück) vor. Die Möglichkeit der "Säumnisentscheidung" wurde damit verallgemeinert (Fucik/Kloiber, AußStrG Paragraph 17, Rz 1).

Nach § 17 AußStrG kann das Gericht eine Partei unter Setzung einer angemessenen Frist auffordern, sich zum Antrag einer anderen Partei oder zum Inhalt der Erhebungen zu äußern, oder die Partei zu diesem Zweck zu einer Vernehmung oder Tagsatzung laden. Lässt die Partei die Frist ungenützt verstreichen oder leistet sie der Ladung nicht Folge, so kann das Gericht annehmen, dass keine Einwendungen gegen die Angaben der anderen Partei oder gegen eine beabsichtigte Entscheidung auf der Grundlage des bekannt gegebenen Inhalts der Erhebungen bestehen. Die Aufforderung zur Äußerung sowie die Ladung haben einen Hinweis auf diese Rechtsfolge zu enthalten und sind wie eine Klage zuzustellen. Gegen eine solche Fristsetzung oder Ladung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig. Die Gesetzesmaterialien erläutern zu § 17 AußStrG, dass sich der vormalige § 185 Abs 3 AußStrG aF hervorragend bewährt habe, durch die Rechtsprechung in einem dem Untersuchungsgrundsatz angemessenen Umfang konturiert worden sei und sich somit als im Sinn eines schlanken, beschleunigten Verfahrens und damit im Sinn des Art 6 EMRK eines in angemessener Frist abgeführten Verfahrens als verallgemeinerungsfähig erwiesen habe. Auch mit dem neuen § 17 AußStrG sollen Verfahrensverzögerungen durch die Passivität einer Partei so weit wie möglich ausgeschlossen werden (vgl RV 224 BlgNR 22. GP 33 f). Nach Paragraph 17, AußStrG kann das Gericht eine Partei unter Setzung einer angemessenen Frist auffordern, sich zum Antrag einer anderen Partei oder zum Inhalt der Erhebungen zu äußern, oder die Partei zu diesem Zweck zu einer Vernehmung oder Tagsatzung laden. Lässt die Partei die Frist ungenützt verstreichen oder leistet sie der Ladung nicht Folge, so kann das Gericht annehmen, dass keine Einwendungen gegen die Angaben der anderen Partei oder gegen eine beabsichtigte Entscheidung auf der Grundlage des bekannt gegebenen Inhalts der Erhebungen bestehen. Die Aufforderung zur Äußerung sowie die Ladung haben einen Hinweis auf diese Rechtsfolge zu enthalten und sind wie eine Klage zuzustellen. Gegen eine solche Fristsetzung oder Ladung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig. Die Gesetzesmaterialien erläutern zu Paragraph 17, AußStrG, dass sich der vormalige Paragraph 185, Absatz 3, AußStrG aF hervorragend bewährt habe, durch die Rechtsprechung in einem dem Untersuchungsgrundsatz angemessenen Umfang konturiert worden sei und sich somit als im Sinn eines schlanken, beschleunigten Verfahrens und damit im Sinn des Artikel 6, EMRK eines in angemessener Frist abgeführten Verfahrens als verallgemeinerungsfähig erwiesen habe. Auch mit dem neuen Paragraph 17, AußStrG sollen Verfahrensverzögerungen durch die Passivität einer Partei so weit wie möglich ausgeschlossen werden vergleiche Regierungsvorlage 224 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 33 f).

Nachdem sich der Vater in erster Instanz zum Antrag seiner Kinder auf Unterhaltsfestsetzung trotz Fristsetzung und Belehrung über die Rechtsfolgen nach § 17 AußStrG durch das Erstgericht nicht geäußert hatte, stellte er erstmals im Rekurs gegen die erstgerichtliche Unterhaltsfestsetzung verschiedene gegenläufige Tatsachenbehauptungen auf; die Nichtäußerung habe auf einem Missverständnis beruht. Auf diese neuen Tatsachenbehauptungen ging das Rekursgericht unter Hinweis auf § 17 AußStrG nicht ein, was der Vater in seinem Revisionsrekurs beanstandet. Richtig ist, dass schon nach früherer, durch die Rechtsprechung zu § 10 AußStrG aF konkretisierter Rechtslage im Verfahren außer Streitsachen grundsätzlich Neuerungserlaubnis bestand. Die Möglichkeit von Neuerungen ist nun in § 49 - nicht § 46, wie der Revisionsrekurswerber mehrfach behauptet, - AußStrG geregelt, wobei dessen Abs 2 und 3 Einschränkungen der Neuerungserlaubnis vorsehen. Wenn diese Einschränkungen im Vergleich zum alten Gesetzestext weiterreichend erscheinen mögen, schreiben sie doch nur die bisherige Rechtsprechung fest, der die Gesetzesmaterialien unter Berufung auf das dort näher zitierte Schrifttum attestieren, dass sie den Bedürfnissen der Praxis und nicht zuletzt dem Beschleunigungsgedanken und dem Gedanken der Mitwirkungspflicht, der Wahrheits- und der Vollständigkeitspflicht der Parteien Rechnung trug (RV 224 BlgNR 22. GP 48). Für "nova reperta" - also Tatsachen und Beweismittel, die schon zur Zeit der Fassung des Beschlusses erster Instanz vorhanden waren, - besteht nach § 49 Abs 2 AußStrG eine ausdrückliche Einschränkung der Neuerungserlaubnis darin, dass sie dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie von der Partei schon vor der Erlassung des Beschlusses vorgebracht hätten werden können, es sei denn, es handelt sich bei der Unterlassung des Vorbringens in erster Instanz um eine „entschuldbare Fehlleistung“ der Partei. Schon die bisherige Rechtsprechung ging davon aus, dass Neuerungen nur insoweit zu

beachten sind, als ein entsprechendes Tatsachenvorbringen in erster Instanz „nicht möglich“ war (Fucik aaO 23; 3 Ob 30/03p; 4 Ob 185/03i; 8 Ob 62/04g; RIS-Justiz RS0006897 ua). Nachdem sich der Vater in erster Instanz zum Antrag seiner Kinder auf Unterhaltsfestsetzung trotz Fristsetzung und Belehrung über die Rechtsfolgen nach Paragraph 17, AußStrG durch das Erstgericht nicht geäußert hatte, stellte er erstmals im Rekurs gegen die erstgerichtliche Unterhaltsfestsetzung verschiedene gegenläufige Tatsachenbehauptungen auf; die Nichtäußerung habe auf einem Missverständnis beruht. Auf diese neuen Tatsachenbehauptungen ging das Rekursgericht unter Hinweis auf Paragraph 17, AußStrG nicht ein, was der Vater in seinem Revisionsrekurs beanstandet. Richtig ist, dass schon nach früherer, durch die Rechtsprechung zu Paragraph 10, AußStrG aF konkretisierter Rechtslage im Verfahren außer Streitsachen grundsätzlich Neuerungserlaubnis bestand. Die Möglichkeit von Neuerungen ist nun in Paragraph 49, - nicht Paragraph 46, wie der Revisionsrekurswerber mehrfach behauptet, - AußStrG geregelt, wobei dessen Absatz 2 und 3 Einschränkungen der Neuerungserlaubnis vorsehen. Wenn diese Einschränkungen im Vergleich zum alten Gesetzestext weiterreichend erscheinen mögen, schreiben sie doch nur die bisherige Rechtsprechung fest, der die Gesetzesmaterialien unter Berufung auf das dort näher zitierte Schrifttum attestieren, dass sie den Bedürfnissen der Praxis und nicht zuletzt dem Beschleunigungsgedanken und dem Gedanken der Mitwirkungspflicht, der Wahrheits- und der Vollständigkeitspflicht der Parteien Rechnung trug Regierungsvorlage 224 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 48). Für "nova reperta" - also Tatsachen und Beweismittel, die schon zur Zeit der Fassung des Beschlusses erster Instanz vorhanden waren, - besteht nach Paragraph 49, Absatz 2, AußStrG eine ausdrückliche Einschränkung der Neuerungserlaubnis darin, dass sie dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie von der Partei schon vor der Erlassung des Beschlusses vorgebracht hätten werden können, es sei denn, es handelt sich bei der Unterlassung des Vorbringens in erster Instanz um eine „entschuldbare Fehlleistung“ der Partei. Schon die bisherige Rechtsprechung ging davon aus, dass Neuerungen nur insoweit zu beachten sind, als ein entsprechendes Tatsachenvorbringen in erster Instanz „nicht möglich“ war (Fucik aaO 23; 3 Ob 30/03p; 4 Ob 185/03i; 8 Ob 62/04g; RIS-Justiz RS0006897 ua).

In den Fällen des § 17 AußStrG geht es hingegen nach den Gesetzesmaterialien, wie schon bisher in den Fällen des § 185 Abs 3 AußStrG aF (6 Ob 176/00a; RIS-Justiz RS0006783 ua), weiterhin nicht an, dass eine Partei, nachdem sie sich in erster Instanz nicht geäußert hat - ohne dass dies wegen eines Wiedereinsetzungsgrunds restituiert wurde (vgl dazu schon die Judikatur des LGZ Wien zu § 185 Abs 3 AußStrG aF in EFSIg 47.375, 55.838, 82.983 ua) -, nunmehr ihr Vorbringen im Rekurs nachtragen könnte (RV 224 BlgNR 22. GP 49; Fucik/Kloiber aaO § 49 Rz 7). Da die versäumte Äußerung nach § 17 AußStrG (auch im Fall „entschuldbarer Fehlleistung“) bei Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung nicht als zulässige Neuerung im Rekurs nachgeholt werden kann, kommt in derartigen Fällen allenfalls die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 21 AußStrG (die im Wesentlichen dem vormaligen § 17 AußStrG aF entspricht) in Betracht (vgl auch Burgstaller in Jabornegg, HGB-Kommentar, § 18 FBG Rz 21), wenn die Säumnis auf einem „minderen Grad des Versehens“ beruht (und auch die übrigen Voraussetzungen nach § 21 AußStrG iVm §§ 146 ff ZPO gegeben sind). In den Fällen des Paragraph 17, AußStrG geht es hingegen nach den Gesetzesmaterialien, wie schon bisher in den Fällen des Paragraph 185, Absatz 3, AußStrG aF (6 Ob 176/00a; RIS-Justiz RS0006783 ua), weiterhin nicht an, dass eine Partei, nachdem sie sich in erster Instanz nicht geäußert hat - ohne dass dies wegen eines Wiedereinsetzungsgrunds restituiert wurde vergleiche dazu schon die Judikatur des LGZ Wien zu Paragraph 185, Absatz 3, AußStrG aF in EFSIg 47.375, 55.838, 82.983 ua) -, nunmehr ihr Vorbringen im Rekurs nachtragen könnte Regierungsvorlage 224 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 49; Fucik/Kloiber aaO Paragraph 49, Rz 7). Da die versäumte Äußerung nach Paragraph 17, AußStrG (auch im Fall „entschuldbarer Fehlleistung“) bei Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung nicht als zulässige Neuerung im Rekurs nachgeholt werden kann, kommt in derartigen Fällen allenfalls die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Paragraph 21, AußStrG (die im Wesentlichen dem vormaligen Paragraph 17, AußStrG aF entspricht) in Betracht vergleiche auch Burgstaller in Jabornegg, HGB-Kommentar, Paragraph 18, FBG Rz 21), wenn die Säumnis auf einem „minderen Grad des Versehens“ beruht (und auch die übrigen Voraussetzungen nach Paragraph 21, AußStrG in Verbindung mit Paragraphen 146, ff ZPO gegeben sind).

Gründe, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen, werden vom Revisionsrekurswerber nicht aufgezeigt. An ihr ist daher weiterhin festzuhalten. Die Rechtslage ist damit insofern auch völlig klar (vgl schon 6 Ob 148/05s ua), betonen doch bereits die Gesetzesmaterialien, dass mit der Neuregelung nur die bisherige Rechtsprechung festgeschrieben wurde. Mangels erheblicher Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG ist der Revisionsrekurs des Vaters zurückzuweisen (§ 71 Abs 2 AußStrG). Gründe, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen, werden vom Revisionsrekurswerber nicht aufgezeigt. An ihr ist daher weiterhin festzuhalten. Die Rechtslage ist damit insofern auch völlig klar vergleiche schon 6

Ob 148/05s ua), betonen doch bereits die Gesetzesmaterialien, dass mit der Neuregelung nur die bisherige Rechtsprechung festgeschrieben wurde. Mangels erheblicher Rechtsfrage iSd Paragraph 62, Absatz eins, AußStrG ist der Revisionsrekurs des Vaters zurückzuweisen (Paragraph 71, Absatz 2, AußStrG).

Mit ihrem unzulässigen Antrag auf Bewilligung der vorläufigen Vollstreckbarkeit nach § 44 Abs 1 AußStrG (vgl Fucik/Kloiber aaO § 44 Rz 3) - er kann jedoch als Anregung, von Amts wegen tätig zu werden, gedeutet werden - sind die Minderjährigen auf die vorliegende Entscheidung zu verweisen. Mit ihrem unzulässigen Antrag auf Bewilligung der vorläufigen Vollstreckbarkeit nach Paragraph 44, Absatz eins, AußStrG vergleiche Fucik/Kloiber aaO Paragraph 44, Rz 3) - er kann jedoch als Anregung, von Amts wegen tätig zu werden, gedeutet werden - sind die Minderjährigen auf die vorliegende Entscheidung zu verweisen.

#### **Anmerkung**

E806849Ob36.06v

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inZak 2006/476 S 279 - Zak 2006,279 = ÖJZ-LSK 2006/196 = ÖJZ-LSK2006/197 = EF-Z 2006/58 S 100 - EF-Z 2006,100 = EvBl 2006/142 S 766 -EvBl 2006,766 = ÖA 2006,337 S87 - ÖA 2006 S87 = EFSIg 115.884XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2006:0090OB00036.06V.0504.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.06.2009

**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)