

# TE OGH 2009/2/25 30b34/09k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Prückner als Vorsitzenden sowie die Hofräte und Hofrätinnen Hon.-Prof. Dr. Sailer, Dr. Lovrek, Dr. Jensik und Dr. Fichtenau als weitere Richter in der Verlassenschaftssache nach DI Franz Ladislaus K\*\*\*\*\*, über den Rekurs der Miterbin Helga A\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Peter Michael Wolf, Rechtsanwalt in Mödling, gegen den Beschluss des Landesgerichts Wiener Neustadt als Rekursgericht vom 14. November 2008, GZ 16 R 173/08t-135, womit die Zulassungsvorstellung samt dem ordentlichen Revisionsrekurs und der außerordentliche Revisionsrekurs der Miterbin gegen den Beschluss des Landesgerichts Wiener Neustadt als Rekursgericht vom 26. August 2008, GZ 16 R 173/08t-128 zurückgewiesen wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Mit Punkt 3 seines Beschlusses vom 7. Februar 2008 (ON 113) bestimmte das Erstgericht die Belohnung des im Verlassenschaftsverfahren bestellten Verlassenschaftskurators und trug der Erbengemeinschaft zur ungeteilten Hand deren Bezahlung auf.

Den dagegen erhobenen Rekurs der Miterbin (ON 120) wies das Rekursgericht wegen Verspätung zurück und sprach aus, dass der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig sei (ON 128).

Dagegen erhob die Miterbin einen „außerordentlichen“ Revisionsrekurs; in eventu Zulassungsvorstellung mit dem Antrag, das Rekursgericht möge seinen Zulässigkeitsausspruch abändern; in eventu beantragte die Miterbin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rekursfrist (ON 130).

Mit dem nun angefochtenen Beschluss wies das Rekursgericht die Zulassungsvorstellung samt dem ordentlichen Revisionsrekurs und dem außerordentlichen Revisionsrekurs zurück und sprach aus, dass der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig sei. Das Rekursgericht vertrat dazu die Auffassung, dass der Revisionsrekurs über den Kostenpunkt und über Gebühren gemäß § 62 Abs 2 Z 1 und 3 AußStrG jedenfalls (absolut) unzulässig sei. Das gelte auch für Rekursentscheidungen, mit welchen ein Rechtsmittel wegen Verspätung zurückgewiesen werde. Sei aber der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, seien die Bestimmungen im Gesetz über die Zulassungsvorstellung nicht anzuwenden.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der - innerhalb der gesetzten Frist verbesserte - Rekurs der Miterbin mit dem Antrag auf ersatzlose Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses. Der Verlassenschaftskurator stellt in seiner -

gesetzlich zwar nicht vorgesehenen, aber nicht jedenfalls unzulässigen (Fucik/Kloiber, AußStrG § 48 Rz 2) - Rekursbeantwortung den Antrag, den Rekurs zurückzuweisen; hilfsweise, ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

I. Zur Zulässigkeit:

1. Die Zurückweisung des von der Miterbin erhobenen Revisionsrekurses ist auch ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG - der hier anzuwenden ist (§ 203 Abs 7 AußStrG; 8 Ob 106/05d) - anfechtbar:

Für die Anfechtung von Beschlüssen, die nicht im Rahmen eines Rekursverfahrens ergehen, gilt § 45 AußStrG. Sie können daher unabhängig vom Wert des Entscheidungsgegenstands und ohne Rücksicht darauf, ob die Entscheidung von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG abhängt, angefochten werden (Fucik/Kloiber aaO § 62 Rz 3). Das gilt auch, wenn das Rekursgericht als bloßes Durchlaufgericht ein an den Obersten Gerichtshof gerichtetes Rechtsmittel zurückgewiesen hat (Fucik/Kloiber aaO § 67 Rz 2; RIS-JustizRS0044547 zu § 528 ZPO; zum AußStrG RIS-JustizRS0007047, zuletzt ausdrücklich 5 Ob 91/08f). Es könnte allerdings erwogen werden, in Fällen eines absoluten Ausschlusses des Revisionsrekurses (hier: Gebühren iSd § 62 Abs 2 Z 3 AußStrG) auch die Bekämpfung von Zurückweisungsbeschlüssen der zweiten Instanz als Durchlaufgericht als absolut unzulässig anzusehen. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich: Einerseits wurde auch die Unanfechtbarkeit von Beschlüssen bejaht, mit welchen das Rekursgericht Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof in diesen Materien als Durchlaufgericht zurückwies (zB 6 Ob 663/88 - Gebührenbestimmung im Außerstreitverfahren; RIS-JustizRS0017148 - Kosten). Andererseits wird vertreten, dass Rekurse gegen Zurückweisungsbeschlüsse des Rekursgerichts als Durchlaufgericht auch in den von absoluten Rechtsmittelausschlüssen erfassten Fällen zulässig sind (zB 8 Ob 617/93 und 2 Ob 233/00d - jeweils Kosten; 3 Ob 275/06x - bestätigender Beschluss; 1 Ob 230/07s - Fristsetzungsantragsverfahren; weitere Fälle s RIS-Justiz RS0044547).

Der Senat schließt sich letzterer Auffassung an: Dafür spricht das von Zechner (in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/1 § 523 Rz 3) gebrauchte Argument, dass die erstgenannte Rechtsprechungslinie dem „höherrangigen“ Grundsatz widerspricht, dass Zurückweisungsbeschlüsse der zweiten Instanz als Durchlaufgericht anfechtbar sind. Es fehlt an einer gesetzlichen Grundlage für die Bejahung der Unanfechtbarkeit: Weder § 528 Abs 2 ZPO noch § 62 Abs 2 AußStrG sind anwendbar. Diese Bestimmungen regeln ausschließlich die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses, behandeln aber nicht die Frage der Zulässigkeit eines Rekurses gegen Beschlüsse des Rekursgerichts als Durchlaufgericht. Für diese fehlt ein ausdrücklicher gesetzlicher Rechtsmittelausschluss. Ihre Unanfechtbarkeit könnte nur im Wege eines Größenschlusses, also mit dem Ergebnis eines Auslegungsaktes, begründet werden. Dafür fehlt es jedoch nach Ansicht des Senats an einer ausreichenden Grundlage: Der Sinn der Rechtsmittelbeschränkungen des § 528 Abs 2 ZPO und des § 62 Abs 2 AußStrG liegt darin, Anfechtungsmöglichkeiten zu versagen, wenn das Rekursgericht im Rahmen eines Rekursverfahrens über ein an dieses gerichtetes Rechtsmittel - sei es formell, sei es meritorisch - abgesprochen hat (6 Ob 228/05f). Dieser Fall ist aber nicht verwirklicht, wenn das Gericht zweiter Instanz ein an den Obersten Gerichtshof gerichtetes Rechtsmittel zurückweist. Vielmehr ist dem Rechtsmittelwerber das Recht zuzugestehen, die Frage, ob überhaupt ein von einem Rechtsmittelausschluss betroffener Fall vorliegt, vom Obersten Gerichtshof überprüfen zu lassen (ebenso Kodek in Rechberger, ZPO<sup>3</sup> § 528 Rz 36).

Hat daher das Gericht zweiter Instanz ein an den Obersten Gerichtshof gerichtetes Rechtsmittel zurückgewiesen, ist dieser Beschluss auch dann anfechtbar, wenn eine von einem absoluten Rechtsmittelausschluss erfasste Materie (hier: Belohnung eines Verlassenschaftskurators, Gebühren iSd § 62 Abs 2 Z 3 AußStrG) betroffen ist.

2. Aber auch die Zurückweisung der Zulassungsvorstellung samt Revisionsrekurs ist anfechtbar: Gemäß § 63 Abs 4 Satz 2 AußStrG ist gegen den Beschluss des Rekursgerichts, mit welchem es die Zulassungsvorstellung samt dem ordentlichen Revisionsrekurs zurückweist, kein Rechtsmittel zulässig. Allerdings gilt nach der Rechtsprechung zur vergleichbaren Bestimmung des § 508 Abs 4 ZPO der Rechtsmittelausschluss nur für die inhaltliche Beurteilung der Zulassungsfrage, nicht aber dafür, ob überhaupt ein Fall des § 508 ZPO vorliegt (RIS-JustizRS0112034; zuletzt 1 Ob 140/08g; s auch Zechner aaO § 508 Rz 13). Dieser Grundsatz ist auf § 63 Abs 4 AußStrG zu übertragen. Weist das Rekursgericht im Außerstreitverfahren eine Zulassungsvorstellung samt Revisionsrekurs mit der Begründung zurück, dass seine Entscheidung im Zwischenverfahren nach § 63 AußStrG wegen Unanwendbarkeit dieses Zwischenverfahrens nicht anfechtbar sei, ist dieser Beschluss bekämpfbar, wie dies in der Rechtsprechung zu § 508

ZPO vertreten wird (RIS-Justiz RS0112034).

II. Der Rekurs der Miterbin ist allerdings nicht berechtigt:

Zutreffend ist das Rekursgericht davon ausgegangen, dass der von der Miterbin erhobene Revisionsrekurs absolut unzulässig ist, weil bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 62 Abs 2 Z 3 AußStrG eindeutig ableitbar ist, dass gegen die Bestimmung der Gebühren des Verlassenschaftskurators ein Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig ist (8 Ob 106/05d). Die Bestimmung der Gebühren betreffen alle Entscheidungen, mit denen im Rahmen des Rekursverfahrens (s I.1.) in irgendeiner Form - materiell oder formell - über Gebühren abgesprochen wird, gleichgültig, ob es sich um ihre Bemessung oder darum handelt, ob und von welcher Partei die bestimmten Gebühren zu tragen sind (so zur vergleichbaren Beurteilung, welche Entscheidungen den Kostenpunkt betreffen RIS-Justiz RS0007695). Der absolute Rechtsmittelausschluss erlaubt auch keine Wahrnehmung allfälliger Nichtigkeitsgründe (1 Ob 528/93 ua).

Das Rekursgericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass gegen seine Rekursentscheidung weder ein „außerordentlicher Revisionsrekurs“ zulässig ist, noch die Vorschriften über die Zulassungsvorstellung (§ 63 AußStrG) anzuwenden sind.

**Textnummer**

E90270

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0030OB00034.09K.0225.000

**Im RIS seit**

27.03.2009

**Zuletzt aktualisiert am**

20.02.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)