

# TE OGH 2019/12/16 1Ob218/19v

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.12.2019

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Hofrat Mag. Wurzer als Vorsitzenden sowie die Hofräte und Hofrättinnen Mag. Dr. Wurdinger, Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer, Dr. Parzmayr und Dr. Faber als weitere Richter in der außerstreitigen Rechtssache des Antragstellers Mag. C\*\*\*\*\* E\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Birgit Hermann-Kraft und andere Rechtsanwälte in Kufstein, gegen den Antragsgegner M\*\*\*\*\* E\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Herbert Marschitz und andere Rechtsanwälte in Kufstein, wegen 11.805,34 EUR sA, über den Revisionsrekurs des Antragsgegners gegen den Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 29. August 2019, GZ 4 R 102/19g-29, mit dem der Beschluss des Bezirksgerichts Rattenberg vom 6. März 2019, GZ 2 Nc 26/18m-25, aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und dem Rekursgericht die neuerliche Entscheidung über den Rekurs des Antragstellers aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Mit der beim Erstgericht zu 1 C 710/17i ursprünglich eingebrachten Mahnklage begehrte der nunmehrige Antragsteller vom Antragsgegner die Zahlung eines angemessenen Benützungsentgelts für die Nutzung eines (in beider Miteigentum stehenden) Bauernhauses, der Garage, des Zuhouses, der Felder und Wiesen, des Betriebsgebäudes sowie einen anteiligen (1/5) Erlös aus der Vermietung des Bauernladens. Zuletzt begehrte er die Zahlung von 4.070,60 EUR sA. Im streitigen Verfahren wurden ein Prozessprogramm erstellt, Urkunden vorgelegt und dazu Erklärungen abgegeben, vier Zeugen und die beiden Parteien vernommen.

Mit in Rechtskraft erwachsenem Beschluss des Erstgerichts zu 1 C 710/17i hob dieses das durchgeführte Verfahren als nichtig auf und sprach aus, dass der im streitigen Verfahren mit Mahnklage erhobene Anspruch auf Leistung eines anteiligen Benützungsentgelts im außerstreitigen Verfahren zu behandeln und zu erledigen sei; weiters wurde die in einen verfahrenseinleitenden Antrag im Außerstreitverfahren umgedeutete Klage an die nach der Geschäftsverteilung des Erstgerichts für Außerstreitsachen zuständige Gerichtsabteilung 2 abgetreten. Der Entscheidung lag zugrunde, dass der Kläger vom Beklagten ein angemessenes Benützungsentgelt für die Nutzung seines Anteils an einer

Liegenschaft begehre. Gemäß § 838a ABGB seien aber Ansprüche aus der Verwaltung bzw Nutzung einer gemeinschaftlichen Sache durch einen Miteigentümer allein sowie damit zusammenhängende Ansprüche auf Herausgabe von Erträgen im Verfahren außer Streitsachen zu erledigen.

Im Verfahren außer Streitsachen fand eine Verhandlung statt, in der die Parteien vorbrachten, außer Streit stellten, bestritten, beantragten und einwendeten „wie bisher“. Vom Erstrichter wurde das „Prozessprogramm“ übernommen, die bisher gelegten Urkunden dargetan, wozu die Parteien sich „wie bisher“ erklärt. Die „bisher“ eingeholten Beikarten wurden dargetan und einvernehmlich die Aussagen der bereits im streitigen Verfahren vernommenen Parteien und Zeugen verlesen.

Der Antragsteller dehnte sein Begehr auf 11.805,34 EUR sA an Benützungsentgelt aus. Der Antragsgegner bewohne und nutze sämtliche gemeinsame Baulichkeiten und Liegenschaften allein bzw mit seiner Familie, ziehe derzeit den ausschließlichen Nutzen aus diesen Räumlichkeiten und Liegenschaften und habe daher auch alle damit verbundenen Aufwendungen und Betriebskosten allein zu tragen.

Der Antragsgegner wendete ein, wenn tatsächlich ein Benützungsentgelt zustünde, so wären die laufenden Aufwendungen für das Gebäude entsprechend anteilig gegenzurechnen. Dies betreffe insbesondere die verbrauchsunabhängigen Betriebskosten für das Gebäude, die Versicherung, die Grundsteuer und die laufenden Erhaltungskosten. Dafür zahle er monatlich 200 EUR, sodass sich für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum von 15 Monaten eine Gegenforderung aus anteiligen Betriebskosten von 3.000 EUR ergebe. Eine „allfällige“ diesbezügliche Gegenforderung werde mit einer allenfalls zu Recht bestehenden Forderung „gegenverrechnet“. Nicht alle Gebäudeteile würden von ihm und seiner Familie benutzt, auch nicht das gesamte Grundstück und insbesondere auch nicht das Zuhause.

Nachdem in dieser Verhandlung nur noch eine Urkunde vorgelegt wurde, wies das Erstgericht das Begehr des Antragstellers auf Zahlung von 11.805,34 EUR sA ab. Es stützte seine Feststellungen auf einen Verlassenschaftsakt sowie auf Urkunden und die Aussagen von Zeugen sowie der beiden Parteien, die im für nichtig erklärt streitigen Verfahren einvernommen worden waren. Rechtlich folgerte es aus dem festgestellten Sachverhalt, dass ein aufrechter Pachtvertrag bestehe und daher ein Anspruch auf Benützungsentgelt ausscheide.

Das Rekursgericht hob aus Anlass des Rekurses des Antragstellers den erstinstanzlichen Beschluss von Amts wegen gemäß § 55 Abs 3, § 57 Z 1 AußStrG auf und wies die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück. Ein qualifizierter Begründungsmangel nach § 57 Z 1 AußStrG dürfe von Amts wegen wahrgenommen werden. Der bekämpfte Beschluss sei nicht überprüfbar. Die Ergebnisse eines in der gemäß § 40a JN unrichtigen (und daher nichtigen) Verfahrensart durchgeführten Verfahrens dürfen nach herrschender, vom Rekursgericht geteilter Meinung nicht (auch nicht nach § 281a ZPO) im neuen Verfahren verwertet werden; das in der falschen Verfahrensart durchgeführte Beweisverfahren sei nichtig und daher rechtlich so zu behandeln, als ob es gar nicht durchgeführt worden wäre. Auch wenn die Konsequenzen der Nichtigerklärung unökonomisch seien, sei die Verwertung eines rechtskräftig für nichtig erklärt Verfahrensaufwands systemwidrig. Die Nichtigerklärung eines Verfahrensteils würde diesfalls keine rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen und wäre damit sinnentleert. Da die bekämpfte Entscheidung – mit Ausnahme von zwei verlesenen Beikarten und einer in der Verhandlung vorgelegten Urkunde – auf nichtige und folglich nicht zu beachtende Beweisergebnisse gestützt sei, sei sie nicht überprüfbar. Schließlich seien – mit den genannten Ausnahmen – keine „nicht von der Nichtigkeitssanktion“ erfassten und daher beachtlichen Beweisergebnisse vorhanden, anhand derer in Behandlung der Beweisrüge die erstinstanzliche Beweiswürdigung überprüft werden könnte.

Fraglich sei auch, ob – mit Ausnahme des antragseinleitenden Schriftstücks – das gesamte im streitigen Verfahren erstattete Vorbringen und Beweisanbot durch den Passus „Die Parteien bringen vor, stellen außer Streit, bestreiten, beantragen und wenden ein wie bisher.“ wirksam im Außerstreitverfahren neu erstattet worden sei. „Verneinendenfalls“ fehle es den getroffenen Feststellungen auch weitgehend an einer Grundlage im Vorbringen der Parteien und diese wären als überschießend unbeachtlich. Die daraus resultierende Lückenhaftigkeit des Vorbringens wäre vom Gericht auch mit den Parteien zu erörtern gewesen, „weshalb auch aus diesem Grund zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung eine Aufhebung geboten“ sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Rekursgericht erklärte den Revisionsrekurs für zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage

der Verwertbarkeit von Beweisergebnissen eines für nichtig erklärten Verfahrensteils fehle.

Der dagegen erhobene – vom Antragsteller nicht beantwortete – Revisionsrekurs des Antragsgegners ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig und im Sinn des im Abänderungsantrag enthaltenen Aufhebungsantrags (RIS-Justiz RS0041774 [T1]) auch berechtigt.

1. Im Ergebnis zu Recht rügt der Antragsgegner, dass die Voraussetzungen für die von Amts wegen vorgenommene (§ 55 Abs 3 AußStrG) Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses gemäß § 57 Z 1 AußStrG nicht vorliegen. Nach dieser Bestimmung liegt ein qualifizierter Verfahrensmangel vor, wenn die Fassung des Beschlusses so mangelhaft ist, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann (a), der Beschluss mit sich selbst im Widerspruch ist (b) oder – außer in den Fällen des § 39 Abs 4 AußStrG – keine Begründung enthält (c) und diesen Mängeln durch eine Berichtigung des Beschlusses nicht abgeholfen werden kann. § 57 Z 1 AußStrG entspricht im Wesentlichen § 477 Abs 1 Z 9 ZPO (RS0121710), weshalb die in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien zum Vorliegen dieses Nichtigkeitsgrundes heranzuziehen sind (RS0121710 [T4]).

Entgegen der Ansicht des Rekursgerichts, das aufgrund der – seiner Ansicht nach – nicht zu beachtenden Beweisergebnisse die erstinstanzliche Entscheidung für nicht überprüfbar ansieht und meint, in Behandlung der Beweisrüge die erstinstanzliche Beweiswürdigung nicht überprüfen zu können, liegt darin kein qualifizierter Verfahrensmangel im Sinn des § 57 Z 1 AußStrG. Ein solcher Mangel läge nämlich nur vor, wenn eine mangelhafte Begründung die Überprüfung der angefochtenen Entscheidung hindert (vgl RS0121710 [T1]), also wenn die Entscheidung etwa gar nicht oder so unzureichend begründet wäre, dass sie sich nicht überprüfen ließe (RS0007484; RS0042133 [T6, T10 und T11]), wovon hier jedoch keine Rede sein kann. Das Erstgericht traf Feststellungen auf Basis der herangezogenen Beweise und begründete im Rahmen der Beweiswürdigung den festgestellten Sachverhalt. Eine unvollständige, mangelhafte oder fehlerhafte Beweiswürdigung verwirklicht diesen Verfahrensmangel jedenfalls nicht (RS0106079). Die Verletzung der Unmittelbarkeit kann zwar unter bestimmten Voraussetzungen einen Verfahrensmangel begründen (Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I2 § 31 Rz 24), nicht aber einen solchen nach § 57 Z 1 AußStrG. Da der erstinstanzliche Beschluss keinen qualifizierten Verfahrensmangel im Sinn des § 57 Z 1 AußStrG aufweist, hat das Rekursgericht schon aus diesem Grund zu Unrecht

– von Amts wegen (§ 55 Abs 3 AußStrG) – die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben.

2. Nach dem Inhalt des Protokolls über die Verhandlung im Verfahren außer Streitsachen erstatteten die Parteien dasselbe Vorbringen wie bereits im nichtig erklärten streitigen Verfahren, nahmen dieselben Außerstreitstellungen vor und beantragen sowie wendeten ein wie dort. Die bereits zuvor vorgelegten Urkunden wurden neuerlich dargetan und die Parteien gaben dazu eine Urkundenerklärung ab. Weiters wurde in zwei Akten Einsicht genommen.

Die Parteien wiederholten somit (anders als das Rekursgericht meint) im Außerstreitverfahren ihr bereits im streitigen Verfahren erstattetes Vorbringen. Die Urkunden wurden neuerlich dargetan und fanden damit jedenfalls Eingang ins Verfahren. Warum es sich gerade bei den Urkunden um „nicht zu beachtende Beweisergebnisse“ handeln soll, legt das Rekursgericht – selbst unter Zugrundelegung seiner Rechtsansicht – nicht nachvollziehbar dar.

3. Der auf Simotta (Das Vergreifen in der Verfahrensart und seine Folgen § 40a JN], in FS Fasching [1988], 463 ff [474] unter Verweis auf Fasching, Lehrbuch2 Rz 1796; ihr folgend Horn in Fasching/Konecny3 § 40a JN Rz 7; zweifelnd Mayr in Rechberger/Klicka, ZPO5 § 40a JN Rz 5; für Verwertung dagegen Trenker in wobl 2015/105, 277 [Glosse zu 5 Ob 200/14v]) zurückgehenden Rechtsansicht, wonach die im unrichtigen und daher nichtigen Verfahren gewonnenen Beweisergebnisse nicht (auch nicht nach § 281a ZPO) im neuen Verfahren verwertet werden dürfen, weil das in der falschen Verfahrensart durchgeführte Beweisverfahren nichtig sei und daher rechtlich so zu behandeln wäre, als ob es gar nicht durchgeführt worden wäre, kann jedenfalls für das Verfahren außer Streitsachen nicht gefolgt werden.

Das Außerstreitverfahren ist durch den Grundsatz des Beweisaufnahmehermessens gekennzeichnet (RS0006319 [T2]; vgl Höllwerth aaO § 31 Rz 11). Der Richter ist in der Wahl der Beweismittel, durch die er die Wahrheit zu finden erwartet, in keiner Weise beschränkt (RS0006319 [T1]). Dies entspricht dem im Außerstreitverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz (§ 16 AußStrG; RS0006319 [T8]). Insoweit normiert § 31 AußStrG den Grundsatz der Unbeschränktkeit der Beweismittel (6 Ob 156/16h mwN; Höllwerth aaO § 31 Rz 8).

§ 281a ZPO – auf den das Rekursgericht Bezug nimmt – wurde durch das AußerstreitgesetzBGBI I 2003/111 nicht in das Verfahren außer Streitsachen übernommen, bestand doch aufgrund der Bestimmungen der §§ 31 bis 35 AußStrG keine Notwendigkeit für einen Verweis auf die allgemeinen Bestimmungen der Zivilprozessordnung über den Beweis

und die Beweisaufnahme (6 Ob 249/08y mwN; Rechberger in Rechberger, AußStrG2 § 35 Rz 1; Höllwerth aaO § 35 Rz 5).

Im Allgemeinen gilt der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Außerstreitverfahren nicht (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 8; RS0006319; RS0006370; Höllwerth aaO § 31 Rz 21; Fucik/Kloiber, AußStrG [2005] § 31 Rz 4). Nach § 13 AußStrG ist das Verfahren so zu gestalten, dass eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung des Verfahrensgegenstands und eine möglichst kurze Verfahrensdauer gewährleistet sind. Daher besteht im Außerstreitverfahren (wie dargelegt) ein Beweisaufnahmeverfahren. Hinsichtlich des Umfangs der Beweisaufnahme ist der Richter daher nicht streng an die Anträge der Parteien gebunden; er kann darüber hinausgehen, aber auch nach seinem Ermessen im Interesse einer zügigen Verfahrensführung von der Aufnahme einzelner Beweismittel Abstand nehmen, wenn auch auf andere Weise eine (ausreichend) verlässliche Klärung möglich ist (RS0006319 [T6]). Nach § 31 Abs 1 AußStrG kann zur Feststellung des Sachverhalts jedes dafür geeignete Beweismittel verwendet werden.

Daraus ergibt sich, dass die in der unrichtigen Verfahrensart in Anwesenheit beider Parteien durchgeführten Beweisaufnahmen auch im Verfahren außer Streitsachen verwertet werden dürfen. Der Umstand, dass der Zivilprozess für nichtig erklärt worden ist, führt nicht dazu, dass die dort (unter Beteiligung der Parteien) aufgenommenen Beweise im Außerstreitverfahren keine Berücksichtigung finden dürfen. Gegen eine Verwendung der bereits eingeholten Beweise bestehen somit grundsätzlich keine Bedenken. Der Oberste Gerichtshof hat überdies mehrfach den vom Gericht einzuhaltenden Grundsatz der Verfahrensökonomie betont (vgl 6 Ob 179/16s mwN). Gegen diesen würde jedoch verstößen, wenn die bereits vorliegenden Beweismittel – unter Beachtung des rechtlichen Gehörs – nicht verwertet werden könnten. Alle sachlichen Gründe sprechen daher dafür, aber keine zwingenden methodischen Bedenken dagegen, Beweisergebnisse aus einem – wegen Unzulässigkeit des streitigen Verfahrens – für nichtig erklärt Prozess nicht von der Verwertung im anschließend nach dem Außerstreitgesetz zu führenden Verfahren auszuschließen (Trenker aaO).

4. Dem Revisionsrekurs ist aus den dargelegten Gründen Folge zu geben, der Beschluss des Rekursgerichts aufzuheben und diesem die Entscheidung über den Rekurs des Antragstellers aufzutragen.

Der Vorbehalt der Entscheidung über die Verfahrenskosten beruht auf § 78 Abs 1 Satz 2 AußStrG.

#### **Textnummer**

E127145

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

ECLI:AT:OGH0002:2019:0010OB00218.19V.1216.000

#### **Im RIS seit**

29.01.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

09.08.2021

**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)