

# AußStrG

## Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG)

BGBl I 2003/111 idF BGBl I 2006/92, BGBl I 2007/111, BGBl I 2008/68, BGBl I 2009/30, BGBl I 2009/40, BGBl I 2009/52, BGBl I 2009/75, BGBl I 2009/137, BGBl I 2010/29, BGBl I 2010/58 und BGBl I 2010/111 sowie KindNamRÄG 2013, BGBl I 2013/15, BGBl I 2013/158, BGBl I 2014/92, BGBl I 2015/1 und BGBl I 2015/87

### I. Hauptstück

#### Allgemeine Bestimmungen

#### 1. Abschnitt

#### Anwendungsbereich und Parteien

#### Anwendungsbereich

**§ 1. (1)** Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren außer Streitsachen (Außerstreitverfahren).

(2) Das Außerstreitverfahren ist in denjenigen bürgerlichen Rechtssachen anzuwenden, für die dies im Gesetz angeordnet ist.

(3) Soweit nichts anderes angeordnet ist, sind die Allgemeinen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auch auf Außerstreitverfahren anzuwenden, die in anderen gesetzlichen Vorschriften geregelt sind.

Das Außerstreitverfahren ist ein eigenständiges und neben der Zivilprozessordnung <sup>1</sup> gleichberechtigtes zivilgerichtliches Verfahren und damit ein neben der ZPO laufender Zweig des zivilgerichtlichen Verfahrens(dazu *Fucik in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> § 1 JN Rz 259). Auch die Außerstreitsachen sind bürgerliche Rechtssachen. Das AußStrG weicht zwar in einigen Wertentscheidungen von der ZPO ab, doch werden Bereiche der ZPO (vor allem allgemeine Regeln) dort, wo es sich als nützlich erweist, durch Verweisung übernommen (*Feil/Marent*, Außerstreitgesetz § 1 Rz 1 mwN). Alle Verweisungen auf die ZPO sind immer im Licht der Grundsätze des Allgemeinen Teils des AußStrG zu sehen und entsprechend auszulegen. Nicht zuletzt hat der Gesetzgeber des AußStrG 2003 auf einen Globalverweis auf die ZPO verzichtet (Zak 2007/589, 339 = WoBl 2007/135, 345 = RZ 2008/EÜ 37, 23 = MietSlg 59.608 = JUS Z/4387; iFamZ 2009/63, 87), sodass auch bei Analogien Vorsicht geboten ist. Bei der Neueinführung des AußStrG 2003 hat man vermieden, jene Bestimmungen in anderen Rechtsnormen, in denen Rechtsschutzansprüche in das Außerstreitverfahren verwiesen werden, einzeln anzuführen, weil sich derartige Verweisungen in zahlreichen Normen finden, die mit dem neuen AußStrG nicht geändert werden sollten und eine Vollständigkeit ohnehin nicht erreicht werden kann (224 BlgNR 22. GP 22). Die Abgrenzung des streitigen vom außerstreitigen Verfahren liegt im Ermessen des Gesetzgebers, ohne dass dabei – soweit die Grundsätze des Art 6 MRK gewahrt bleiben – verfassungsgesetzliche Schranken be-

stunden (EvBl 1983/31 = EFSlg 41.636; dazu auch ZfRV 1987, 68 = ÖStA 1987, 69 und 77). – Siehe **Fucik**, Überblick über die Rechtsprechung des OGH zum AußStrG 2010, in *Fucik/Konecny/Oberhammer*, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 61.

Der österreichische Gesetzgeber hat in immer stärkeren Maß auch **echte streitige Ansprüche** (zB Vermögensteilung nach der Scheidung, Festsetzung von Enteignungsschädigungen, Unterhaltsansprüche, Einräumung von Notwegerechten) zur Gänze oder in bestimmten Fällen in das Außerstreitverfahren verwiesen (**Fucik** in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> I § 1 JN Rz 262). Das ist der Grund dafür, dass „echte Außerstreitsachen“ und die „streitigen Sachen der außerstreitigen Gerichtsbarkeit“ unterschieden werden (**Klicka/Oberhammer**, Außerstreitverfahren<sup>3</sup> Rz 4). Beim AußStrG 2003 hat der Gesetzgeber diese Unterscheidung allerdings nicht gemacht, sodass sich aus der Unterscheidung allenfalls ein Hinweis auf die nächstverwandten Vorschriften zur Füllung einer echten Gesetzeslücke gewinnen, aber kein Nutzen aus der Bildung einer eigenen Verfahrenskategorie des „streitigen Verfahrens außer Streitsachen“ ziehen lässt (**Fucik**, JBl 2011, 717). **Für die Abgrenzung der beiden Bereiche ist die Rechtsfigur der Zulässigkeit des Rechtswegs maßgebend**; das ergibt sich aus §§ 40a und 42 JN. Die Verletzung der Grenzen des streitigen Rechtswegs wird als schwerer Verfahrensfehler angesehen, der die Nichtigkeit des Verfahrens und der verfehlten Entscheidung bewirkt, wenn er darin liegt, dass eine nichtstreitige Sache im Zivilprozess verhandelt und entschieden wurde (§ 477 Abs 1 Z 6 ZPO; siehe § 40a JN). Es kommt dabei nicht auf die von der Partei bezeichnete Verfahrensart an, sondern entscheidend ist der Inhalt des von der Partei gestellten Entscheidungsbegehrens und ihr Sachvorbringen (EFSlg 128.218 und Rz 3 ff). – Siehe die instruktive Übersicht über die wichtigsten Außerstreitmaterien von **Fucik** aaO Rz 267.

- 2 Der Gesetzgeber des neuen AußStrG wich von der früheren Linie, dass **im Zweifel** zivilrechtliche Ansprüche nicht im Außerstreitverfahren, sondern im Zivilprozess durchzusetzen sind (dazu zB JBl 1972, 263 = SZ 44/181 = RZ 1972, 69; RdW 2002/601, 663 = ecolex 2003/25, 37 = WBl 2003/20, 44 = GesRZ 2002, 218) nicht ab, was sich allein schon aus der Formulierung des § 1 Abs 2 ergibt, wonach das Außerstreitverfahren in denjenigen bürgerlichen Rechtssachen anzuwenden ist, für die dies im Gesetz angeordnet ist. Das führt aber zur Fragestellung, ob ungeachtet des Verweisungsausspruchs auch **ohne gesetzliche Anordnung** bestimmte Ansprüche im Außerstreitverfahren geltend gemacht werden können, wenn sich das schlüssig und unmissverständlich aus der Natur des Anspruchs und der durch seine Geltendmachung hergestellten Rechtsbeziehungen zwischen dem Antragsteller und dem Gericht ergibt. Schon die Rechtsprechung vor dem AußStrG 2003 hat die Verfolgung solcher Ansprüche im Außerstreitverfahren für zulässig angesehen (EvBl 1977/19 = RZ 1977, 51; EvBl 1990/47; WBl 1991, 190; EFSlg 57.711; RdW 2002/602, 603 = GesRZ 2002, 218 = ecolex 2003/35, 37 = WBl 2003/20, 44 = GeS 2003, 21 = immolex 2006/120, 285 [**Prader**]; dazu auch WoBl 2005/133, 353 [**Call**] = immolex 2006/10, 25 = MietSlg 57.510/12; Zak 2007/385, 217 = immolex 2007/107, 216 = WoBl 2007/101, 254; Zak 2007/714, 417 = WoBl 2008/20, 51 = immolex 2008/39, 86 = NZ 2008/43, 149; immolex 2008/65, 147 = Zak 2008/201, 115) und diese Rechtsprechung fand auch Zustimmung in der Lehre (**Klicka/Oberhammer/Domej**, Außerstreitverfahren Rz 26 und 27 mwN; **Ballon** in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, I § 1 JN Rz 260; **Rechberger** in *Rech-*

berger, AußStrG § 1 Rz 6 mwN; kritisch allerdings *Mayr/Fucik*<sup>3</sup> Rz 35; *Deixler-Hübner*, PraktZPO II<sup>5</sup> 4). Siehe die Kataloge der Rechtsangelegenheiten, die im Außerstreitverfahren zu entscheiden sind: *Rechberger* Rz 9; *Fucik* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, I § 104a JN Rz 1; *Feil/Marent* Rz 30 ff bis 63; siehe auch *Klauser/Kodek*, ZPO<sup>16</sup> Art I EGZPO.

In einem **negativen Kompetenzkonflikt** mit dem OGH entschied der VfGH, dass das Begehren einer Gemeinde gegen den Bund auf **Ersatz von Aufwendungen, die ihr in Zusammenhang mit dem Aufsuchen von Fliegerbombenblindgängern** auf ihren Liegenschaften entstanden sind, in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fällt (VfGH 30.6.2012, KI-I/09 = Zak 2012/564, 298). Für einen Ersatzanspruch eines Liegenschaftseigentümers (hier: der Stadtgemeinde Salzburg) gegen den Bund für Aufwendungen, die ihm in Zusammenhang mit der **Suche nach Fliegerbombenblindgängern** aus dem Zweiten Weltkrieg auf seinem Grundstück entstanden sind, gibt es weder eine privat- noch eine öffentlich-rechtliche Grundlage (OGH 17.10.2012, 7 Ob 133/12b = Zak 2012/734, 395).

§ 5 OÖ WaldbrandbekämpfungsgG gewährt Ersatzansprüche gegen den Bund für Kosten der Waldbrandbekämpfung. Bei der Geltendmachung ist eine sukzessive Kompetenz der Gerichte vorgesehen, wobei von der schlüssigen Verweisung in das Außerstreitverfahren auszugehen ist (Zak 2012/565, 298).

Die **Wahl der Verfahrensart** durch die Parteien steht nicht zur Disposition (dazu *Feil/Marent* § 1 AußStrG Rz 3 mwN; JBl 1950, 384; EvBl 1955/330). Da es sich bei der streitigen und außerstreitigen Zivilgerichtsbarkeit um zwei getrennte Arten der Justizgewährung handelt, geht es zwischen diesen Verfahrensarten **nicht um die Zulässigkeit des Rechtswegs**, sondern nur darum, ob ein bestimmter Rechtsschutzanspruch in einer dieser beiden Verfahrensarten geltend zu machen ist (dazu zB *Mayr* in FS *Rechberger* 2005, 355). Auch wenn in § 40a JN formuliert ist: „In welchem Verfahren eine Rechtssache zu behandeln und zu erledigen ist ....“, ist *Dolinar* (Außerstreitverfahrensrecht 36) dahin zu folgen, dass es bei der Anwendbarkeit des streitigen oder außerstreitigen Verfahrens um eine **Prozessvoraussetzung sui generis** und um die anzuwendende Verfahrensart geht. Daher schlägt *Mayr* (aaO 366, 368 mwN) zutreffend die Bezeichnung „Zulässigkeit des streitigen bzw außerstreitigen Verfahrens“ vor (vglS auch *Klicka/Oberhammer/Domej* Rz 28). Ist die Zulässigkeit des Außerstreitverfahrens aber eine **Prozessvoraussetzung**, ist deren Fehlen in jeder Lage des Verfahrens auf Antrag oder von Amts wegen wahrzunehmen und führt zur Nichtigkeit eines allenfalls durchgeführten Verfahrens (*Rechberger* aaO Rz 7 mwN), sofern nicht § 40a JN anzuwenden ist (*Bal-lon* Rz 265). Eine Heilung durch Einlassung auf ein Verfahren ist ebenso unmöglich wie eine „nachträgliche Genehmigung“ des falschen Verfahrenswegs (*Klicka/Oberhammer/Domej* Rz 30).

An eine **rechtskräftige Unzuständigkeitsentscheidung des Prozessrichters** ist der Außerstreitrichter gebunden. Umgekehrt **bindet eine rechtskräftige Unzuständigkeitsentscheidung des Außerstreitrichters** den Prozessrichter. Diese Bindungswirkung erstreckt sich aber nur auf die **jeweilige Verfahrensart**, nicht aber auch auf die Lösung materiellrechtlicher Vorfragen (siehe bei *Feil/Marent* aaO Rz 4 mwN). Die Entscheidungsbefugnis des Streitrichters/Außerstreitrichters wird nicht dadurch ausgeschlossen,

dass Vorfragen geprüft werden müssen, zu deren selbstständiger Entscheidung der jeweils angerufene Richter berufen wäre (MietSlg 37.714/15).

Das Prozesshindernis der **Streitanhängigkeit** besteht auch im Außerstreitverfahren (WoBl 2003/130, 250 = RZ 2003, 108), verbietet aber grundsätzlich nur die doppelte Geltendmachung identer Ansprüche zwischen denselben Parteien.

- 5 **In welchem Verfahren eine Rechtssache zu verhandeln und zu entscheiden ist, richtet sich nach dem Inhalt und dem Vorbringen der Partei** (§ 40a JN; RZ 2012/EÜ 138, 181). Nach hA sind für die Beurteilung der Anwendbarkeit des streitigen oder außerstreitigen Verfahrens nur der Inhalt des Begehrens und das Sachvorbringen des Antragstellers maßgebend (WoBl 2007/60; immolex 2008/65, 147 = Zak 2008/201, 115; **Ballon** in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 1 JN Rz 266; **Mayr**, in *Rechberger*<sup>3</sup> § 40a JN Rz 2 mwN). Ohne Einfluss ist, was der Gegner einwendet und ob der behauptete Anspruch begründet ist (**Klauser/Kodek**, ZPO<sup>16</sup>, Art I EGZPO E 9; SZ 74/180 = MietSlg 53.635; immolex 2003/140, 250; MietSlg 55.060; WoBl 2004/56, 19; Zak 2008/192, 112 = EF-Z 2008/82, 140). Einwendungen des Antragsgegners, amtliches Wissen und Feststellungen eines Gerichts sind nicht zu berücksichtigen (**Mayr** 369 mwN in FN 39; anders **Ballon** in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup>, I § 40a JN Rz 3; **Simotta** in FS *Fasching* 467; **Rechberger/Simotta** Rz 96: Anwendung des § 40a JN auch dann, wenn das Gericht erst auf Grund von Erhebungen oder amtlichen Wissens feststellt, dass sich der Rechtsschutzwerber in der Verfahrensart vergriffen hat). Die Frage der sachlichen Berechtigung des Begehrens ist auf jeden Fall zu vernachlässigen (EvBl 1976/124; MietSlg 43.294/22). So ist zB für die Abgrenzung der Verfahrensarten bei **Grenzstreitigkeiten** entscheidend, ob nach den Behauptungen die unkenntliche Grenze nach dem letzten ruhigen Besitzstand, allenfalls nach billigem Ermessen festzustellen ist, weil nicht behauptet und bewiesen werden kann, wo die richtige Grenze verläuft (Außerstreitverfahren), oder ob eine bestimmte Grenze als richtig behauptet wird und deren Verlauf festgestellt werden soll (Streitverfahren; Zak 2008/720, 415 = MietSlg 60.074). Im letzteren Fall muss der Kläger die seiner Meinung nach richtige Grenze eindeutig bezeichnen. Die Klage nach § 851 ABGB ist als Eigentumsklage besonderer Art aufzufassen. Das Begehren dieser Klage muss die Feststellung der Grenze zum Gegenstand haben und der Kläger muss im Prozessweg den Nachweis der von ihm behaupteten Grenze oder wenigstens eines zwischen dieser und der im Außerstreitverfahren festgesetzten Grenze gelegenen Grenzverlaufs erbringen (Zak 2008/720, 415 = MietSlg 60.074). Begehrt aber der Kläger die Feststellung eines konkret bezeichneten Grenzverlaufs, bedeutet die Festlegung des Grenzverlaufs in anderen als in den vom Kläger angeführten Punkten den Zuspruch eines vom Begehren nicht umfassten Aliuds (RIS-Justiz RS0114308). Die Unterinstanzen sind nicht gehalten, den genauen, abweichenden Grenzverlauf zu erforschen und festzustellen (6 Ob 226/00d). Im Streitverfahren geht es nur um die Frage, ob der begehrte Grenzverlauf erwiesen wurde oder nicht, sodass mangels Nachweises des begehrten Grenzverlaufs die Klage abzuweisen ist.
- 6 § 40a JN regelt die Zulässigkeit des Rechtswegs, soweit er den Verfahrenstyp betrifft (streitiges, außerstreitiges Verfahren) und stellt für diese Art der Rechtswegzulässigkeit eine ergänzende Bestimmung zu § 42 JN dar (**Horn** in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, I § 40a JN Rz 1). § 40a JN dient zwar primär zur Abgrenzung zwischen dem streitigen und außer-

streitigen Verfahren, sie kann aber auch für die Abgrenzung zwischen anderen Verfahrensarten (Exekutions- und Grundbuchverfahren, Exekutions- und Firmenbuchverfahren, Exekutions- oder Streitiges Zivilverfahren, Streitiges Zivilverfahren und Ersatzanspruch nach Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach § 394 EO und für Insolvenz- oder Streitiges Zivilverfahren) von Bedeutung sein (ausführlich **Horn** in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, I § 40a JN Rz 5 ff; siehe auch Zak 2015/572, 318).

§ 40a JN soll die Zurückweisung eines Rechtsschutzbegehrens allein deshalb, weil der Antragsteller innerhalb der verschiedenen Zweige des zivilgerichtlichen Verfahrens den **falschen Verfahrenstyp** gewählt hat, vermeiden (**Simotta** in FS *Fasching* 464; **Mayr** in FS *Rechberger* 375). § 40a JN ist dann anzuwenden, wenn der Antragsteller im zivilgerichtlichen Verfahren (Streitiges/außerstreitiges Verfahren) die spezielle Verfahrensart verfehlt (**Ballon** aaO Rz 2). Dabei können Zweifel über die anzuwendende Verfahrensart nur dann angenommen werden, wenn die verfehlt Wahl **nicht völlig unbeabsichtigt** war (1 Ob 137/02g; EFSlg 82.078; 101.563; Zak 2008/195, 113 = WoBl 2008/52, 149 = EvBl 2008/75, 403 = RZ 2008/EÜ 256, 209 = MietSlg 59.077; **Ballon** aaO Rz 8). Die bewusste Wahl einer unrichtigen Verfahrensart kann einem Rechtsanwalt in eigener Sache nicht unterstellt werden (MietSlg 54.567). Ein unbeabsichtigt verfehltes Rechtsschutzbegehren ist – von wenigen Ausnahmen abgesehen (zB RZ 1993/99 = JUS Z/1194) – nicht zurückzuweisen, sondern **umzudeuten und im richtigen Verfahren** als ein verfahrenseinleitender Antrag zu behandeln (EFSlg 101.561; RZ 2002, 168 = EvBl 2002/179, 681 = JUS Z/3397). § 40a JN **ist auch dann anzuwenden**, wenn sich die bis zum Eintritt der Rechtskraft von Amts wegen wahrzunehmende Unzulässigkeit des (außer)streitigen Rechtswegs erst im Rechtsmittelverfahren herausstellt, es sei denn, es wäre nach § 42 Abs 3 JN schon bindend über die Zulässigkeit des (außer)streitigen Rechtswegs abgesprochen worden. Der verfahrenseinleitende Akt wird somit von der Nichtigkeit eines nicht in der richtigen Verfahrensart abgewickelten Verfahrens nicht erfasst (1 Ob 137/02g; Zak 2010/618, 358 = iFamZ 2010/231, 317 = EF-Z 2011/21, 31). § 40a JN ist dann **nicht anzuwenden**, wenn eine Partei die Wahl zwischen zwei Verfahrensarten hat, wenn bereits bindend über die Zulässigkeit eines Verfahrenstyps abgesprochen worden ist (§ 42 Abs 3 JN), wenn es sich um ein von Amts wegen eingeleitetes Außerstreitverfahren handelt, wenn im Außerstreitverfahren die Parteien einander nicht kontradiktorisch gegenüberstehen, wenn der Streitige Rechtsweg unzulässig ist, das Außerstreitverfahren aber nur von Amts wegen eingeleitet werden darf und wenn es sich um die Unzulässigkeit des Rechtswegs im Verhältnis Zivil-Verwaltungsverfahren handelt (**Ballon** aaO Rz 2). Für **Simotta** (FS *Fasching* 466) ist § 40a JN nicht anzuwenden, wenn bereits bindend über die Zulässigkeit des Außerstreitverfahrens entschieden worden ist. Unzulässig ist auch eine **amtswegige Umdeutung** eines im Außerstreitverfahren gestellten Antrags in eine Klage (immolex 1998/103 = MietSlg 49.582; RdW 1999, 476 = immolex 1999/135 = WoBl 2000/43, 94 = MietSlg 51.368; RdW 2001/679, 672 = JUS Z/3236; 6 Ob 85/02x). **Die Kostenentscheidung im Zwischenverfahren nach § 40a JN richtet sich nach jener Verfahrensart, die in dem das Verfahren einleitenden Rechtsschutzantrag gewählt und behauptet wurde** (RS0046245). Danach sind hier die Kostenersatzregeln des Zivilprozesses maßgebend. Ist der Klägerin iSd § 51 Abs 1 ZPO die Einleitung des nichtigen Verfahrens anzulasten (vgl 1 Ob 137/02g), hat sie die Kosten des Zwischen-



streits zu tragen (Zak 2008/195, 113 = WoBl 2008/52, 149 = EvBl 2008/75, 403 = RZ 2008/EÜ 256, 209 = MietSlg 59.077).

- 7 Wird eine **Klage in einen Antrag im Außerstreitverfahren umgedeutet**, ist die Rechtsache gem § 44 JN an das zuständige Gericht zu überweisen und umgekehrt hat auch eine Überweisung vom außerstreitigen in das streitige Verfahren zu erfolgen (**Rechberger/Simotta** Rz 96; **Ballon** Rz 7 mwN). Erfolgt aber die **Umdeutung** eines beim Außerstreitrichter eingebrachten Rechtsschutzantrags **in eine Klage** (dazu EFSlg 100.100) und ergibt sich daraus die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, ist § 44 JN nicht anzuwenden (WoBl 2000/43 [**Oberhammer**]), sodass das für den Zivilprozess richtigerweise unzuständige Gericht die Klage mangels Zuständigkeit zurückweisen müsste (siehe aber § 239a oder § 261 Abs 1 ZPO und **Rechberger/Simotta** Rz 149/1). Die Zurückweisung eines im Außerstreitverfahren gestellten Antrags wegen Unzulässigkeit des Außerstreitverfahrens kann nur dann stattfinden, wenn das angerufene Gericht nicht auch für die Klage sachlich und örtlich zuständig ist (ZIK 2003/41, 30 = EvBl 2003/40, 193 = RZ 2003, 110 = EFSlg 100.174).

Haben die Parteien die **Wahl zwischen den beiden Verfahrensarten**, können sie von der einmal getroffenen Wahl nicht wieder abgehen, sodass eine Umdeutung und eine Überweisung in das andere Verfahren nicht mehr zulässig ist (NZ 1993, 44; ähnlich RZ 1993/99 = ÖA 1993, 21).

- 8 Bei einem **unbeabsichtigten Vergreifen im Verfahrenstyp** ist der Antrag nicht sofort zurückzuweisen, sondern – sofern noch keine bindende Entscheidung nach § 42 Abs 2 JN vorliegt – in **jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft der Sachentscheidung** zu behandeln (JBl 1991, 322; RZ 2002, 168 = EvBl 2002/179, 681 = JUS Z/3397). **Simotta** (in FS *Fasching* 467) will § 40a JN auch dann anwenden, wenn das Gericht erst auf Grund von Erhebungen oder von amtlichem Wissen zu der Ansicht gelangt, dass sich der Antragsteller in der Verfahrensart vergreifen hat. Bei **Form- und Inhaltsmängeln** des umzudeutenden Antrags ist ein Verbesserungsverfahren nach §§ 84 f ZPO einzuleiten (**Mayr** in *Rechberger*<sup>3</sup> § 40a JN Rz 4). Das Rechtsschutzbegehren ist zurückzuweisen, wenn es trotz eines durchgeführten Verbesserungsverfahrens nicht den für die Feststellung der richtigen Verfahrensart notwendigen Inhalt aufweist (**Feil/Marent** aaO Rz 18).
- 9 Eine **Überweisung in das Außerstreitverfahren** durch den Prozessrichter kommt dann nicht in Betracht, wenn die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens nach § 37 MRG die vorherige Befassung einer **Schlichtungsstelle der Gemeinde** voraussetzt (SZ 58/164; dazu auch 4 Ob 342/97s und MietSlg 49.582 = immolex 1998/103; siehe auch **Feil/Marent** Rz 21).
- 10 Zweifel über die anzuwendende Verfahrensart verlangen eine **Entscheidung in Beschlussform** (**Ballon** aaO Rz 8). Der Beschluss ist den Parteien zuzustellen (EvBl 1991/85; 1992/60). Ist es offenkundig, dass der Antragsteller den Rechtsschutzantrag irrtümlich falsch bezeichnet hat, kann von einer Beschlussfassung abgesehen werden (**Simotta** in FS *Fasching* 477). Entscheidet das Gericht über die richtige Verfahrensart nicht mit Beschluss und geht das Gericht ohne Beschlussfassung nach § 40a JN vor, können beide Parteien bei nächster Gelegenheit die Unzulässigkeit der vom Gericht gewählten Verfahrens-

art einwenden. Würde man das den Parteien verwehren, könnten sie in der Bekämpfung der späteren Sachentscheidung die Nichtigkeit des Verfahrens nach § 477 Abs 1 Z 6 ZPO mit Erfolg geltend machen (**Ballon** Rz 9 mwN). **Die Wahrnehmung der Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs erfordert keinen Sachbeschluss** (RS0043993; RS0070443; RS0070434; RS0070515 ua). Ein Beschluss nach § 40a JN ist **selbstständig anfechtbar**. Dabei richtet sich die Anfechtung nach der vom Rechtsschutzwerber gewählten Verfahrensart (**Feil/Marent** Rz 25 mwN). Der rechtskräftige Beschluss hat Bindungswirkung (differenzierend **Simotta** in FS *Fasching* 486). Erging ein Beschluss im streitigen Verfahren und wurde er a limine gefasst, hat dieser Beschluss keine Bindungswirkung und der Beklagte kann diesen Beschluss auch nicht anfechten (**Ballon** Rz 10 mwN). Wurde der Beschluss erst im laufenden Verfahren gefasst, ist der rechtskräftige Beschluss jedenfalls bindend (**Simotta** aaO 488). Sämtliche in einem anderen Verfahrenstyp gefassten Beschlüsse entfalten mit ihrer Rechtskraft Bindungswirkung.

**§ 29 JN ist auch im Außerstreitverfahren anzuwenden** und erfasst, wie sich aus einem Gegenschluss zu Satz 2 ergibt, insbesondere den **Wegfall der internationalen Zuständigkeit**, und zwar auch dann, wenn diese nicht nach § 27a JN aus der örtlichen Zuständigkeit folgt, sondern – wie in § 106 JN – getrennt davon geregelt ist. Daraus folgt, dass ein behaupteter Wegfall der Voraussetzungen von § 106 Abs 1 Z 2 lit c JN an der internationalen Zuständigkeit der österreichischen Gerichte nichts ändern kann. Es ist aber zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die internationale Zuständigkeit bei Anhängigwerden des Verfahrens gegeben waren. Das Fehlen der internationalen Zuständigkeit ist nach § 42 Abs 1 Satz 1 JN in jeder Lage des Verfahrens und ohne darauf gerichteten Antrag wahrzunehmen. Anderes gilt nur dann, wenn die Unzuständigkeit nach § 104 Abs 3 JN geheilt ist (§ 42 Abs 1 Satz 2 JN) oder eine insofern bindende Entscheidung vorliegt (§ 42 Abs 3 JN). Die internationale Zuständigkeit ist dann zu bejahen, wenn die Rechtsverfolgung im Ausland auf Grund der der Einleitung des Verfahrens gegebenen Sachlage (§ 29 JN) tatsächlich unmöglich war. Spätere Sachverhaltsänderungen sind, soweit sie zum Wegfall der Zuständigkeit führen, unerheblich (iFamZ 2011/248, 336 = ZfRV 2011/58, 231 = NZ 2011/113, 341). – Ausführlich **Gartner** in *Fasching/Konecny*, I § 29 JN Rz 1 ff.

**Der Anwendungsbereich des Außerstreitverfahrens wurde zwar durch § 37 MRG erheblich ausgeweitet**, doch wird der allgemeine Grundsatz, dass Rechtssachen, die nicht ausdrücklich oder doch wenigstens unzweifelhaft schlüssig ins Außerstreitverfahren verwiesen sind, auf den streitigen Rechtsweg gehören, durch die Regelungen des § 37 MRG nicht berührt. Eine Erweiterung des taxativen Zuständigkeitskatalogs des § 37 Abs 1 MRG durch Analogie ist ausgeschlossen. Die Frage, ob ein Rechtsschutzbegehren im Außerstreitverfahren nach § 37 MRG oder im Streitverfahren zu erledigen ist, muss nach dem Wortlaut des Entscheidungsbegehrens und den zu seiner Begründung vorgebrachten Sachverhaltsbehauptungen beurteilt werden, was durch den allgemeinen Grundsatz zu ergänzen ist, dass Rechtssachen, die nicht ausdrücklich oder doch wenigstens schlüssig ins Außerstreitverfahren nach § 37 MRG verweisen sind, auf den streitigen Rechtsweg gehören (WoBl 2009/119, 319 = RdW 2009/358, 403 = Zak 2009/138, 95 = MietSgl 60.254). Die im wohnrechtlichen Außerstreitverfahren geltende Verpflichtung zur amtswegigen Prüfung des Sachverhalts endet dort, wo ein Vorbringen der Parteien nicht vorliegt und Anhaltspunkte für eine weitere Aufklärungsbedürftigkeit fehlen.

Die Parteien trifft in diesem Verfahren zwar keine förmliche Beweislast, aber doch eine qualifizierte Behauptungspflicht (RS0070480; dazu auch Zak 2010/510, 295 = immolex 2010/7, 19 = WoBl 2011/17, 43). Das Fehlen der Sachlegitimation ist keine Prozessvoraussetzung und führt nach ständiger Rechtsprechung zur Abweisung des Rechtsschutzantrags wegen materieller und formeller (unschlüssiger) Begründetheit (RS0035170). Das AußStrG, das auf einen Globalverweis auf die ZPO verzichtet, wodurch die Anwendbarkeit von Bestimmungen der ZPO ausgeschlossen wurde und auch bei Analogien Vorsicht geboten erscheint, normiert zwar in § 2 Abs 1 Z 2 (auch) einen formellen Parteibegriff. Antragsgegner ist demnach derjenige, der vom Antragsteller als solcher bezeichnet ist, Es ist derjenige, gegen den sich der Antrag inhaltlich wendet. Aus dem Antrag muss sich genau bestimmen lassen, wer gegen wen ein Recht geltend macht. Insofern schadet auch eine andere – wenn auch unrichtige – Bezeichnung nicht und das spricht für eine jederzeitige Zulässigkeit der **Änderung der ursprünglich unrichtig bezeichneten Partei** in Fällen, in denen sich der Antrag seinem Sachvorbringen nach eindeutig gegen eine Person in ihrer bestimmten Eigenschaft richtet (Zak 2007/589, 339 = WoBl 2007/135, 345 = RZ 2008/EÜ 37, 23 = MietSlg 59.608 = JUS Z/4387). – Siehe *Radler*, Benützungsentgelt wegen übermäßiger Nutzung der gemeinsamen Sache – streitiger oder außerstreitiger Rechtsweg?, Zak 2016/8, 5.

- 13 Ist das MRG auf ein Mietverhältnis grundsätzlich anzuwenden, gelten nach § 37 Abs 1 Z 6 und Abs 3 MRG für das **Verfahren in Angelegenheiten der Veränderung (Verbesserung) des Mietgegenstands** (§ 9 MRG) die allgemeinen Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren in Angelegenheiten außer Streitsachen. Nach der Rechtsprechung gilt die für die Veränderung (Verbesserung) des Mietgegenstands festgeschriebene Verweisung in das Außerstreitverfahren nach § 37 Abs 1 Z 6 MRG auch für **Ansprüche des Vermieters auf Unterlassung oder Wiederherstellung des bisherigen Zustands** (Beseitigung, Entfernung), wenn der Mieter Veränderungen (Verbesserungen), die nach § 9 MRG der Zustimmung des Vermieters bedürfen, ohne dessen Zustimmung in Angriff nimmt, durchführt oder bereits vorgenommen hat (RS0069603; 5 Ob 32/08d; 9 Ob 23/09m). Maßgeblich ist dabei immer der Wortlaut des Entscheidungsbegehrens des Klägers und der zu seiner Begründung vorgetragene Sachverhalt (RS0005896; RS0102190). Auch wenn in einer Klage **neben einem Zahlungsbegehren**, hinsichtlich dessen der streitige Rechtsweg nicht strittig ist, **ein Wiederherstellungsbegehren** enthalten ist und dieses nicht ausdrücklich auf § 9 MRG gestützt wird und ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Beklagten behauptet wird, ändert das nichts daran, dass das Wiederherstellungsbegehren im Außerstreitverfahren geltend zu machen ist. Ansprüche aus der Veränderung des Mietgegenstands sind nur dann (ausnahmsweise) nicht im streitigen Rechtsweg durchzusetzen, wenn sie sich nicht unmittelbar auf das Gesetz, sondern auf eine konkrete Vereinbarung im Mietvertrag stützen (RS0069665). Wird ein Klagebegehren aber auf eine Bestimmung des Mietvertrags gestützt, ist damit noch nicht zwangsläufig auch die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs gegeben. Wird nämlich im Mietvertrag nur das Gleiche verankert, was sich ohnehin bereits aus § 9 MRG ergibt, reicht die vertragliche Bestimmung für die Annahme des streitigen Rechtswegs nicht aus. Nur konkrete bindende Absprachen über die in den §§ 8 und 9 MRG angeführten Rechte und Pflichten können die Zulässigkeit des Rechtswegs auslösen, nicht aber die im



Gesetz vorgesehenen genormten Inhalte eines jeden Mietvertrags (6 Ob 206/00p; 5 Ob 170/01p; 6 Ob 55/07t; 5 Ob 32/08d). Auf solche konkreten bindenden Absprachen muss sich aber der Kläger berufen. Gilt nach der Rechtsprechung die für eine Veränderung (Verbesserung) des Mietgegenstands festgeschriebene Verweisung in der Außerstreitverfahren auch für Ansprüche auf Wiederherstellung des vorigen Zustands (Beseitigung, Entfernung), kann es nicht darauf ankommen, ob der Kläger den schon aus dem Gesetz ableitbaren Anspruch auf Wiederherstellung als Schadensersatzanspruch qualifiziert. Die Wiederherstellung des vorherigen Zustands im Mietobjekt muss nicht notwendigerweise einen „Schaden“ ausgleichen, ähnelt aber in ihren Auswirkungen der „Naturalrestitution“ des Schadensersatzrechts (§ 1323 ABGB). **Das ändert aber nichts am außerstreitigen Rechtsweg** (ÖJZ EvBl-LS 2010/97, 611 = Zak 2010/338, 196 = immolex 2010/113, 313).

Angelegenheiten, die das Recht des Vermieters, **Änderungen am vermieteten Objekt** vorzunehmen, oder die Pflicht des Mieters zur Duldung dieser Eingriffe betreffen, sind im Vollenwendungsbereich des MRG im Außerstreitverfahren zu klären. Auch der Antrag, den Vermieter auf **Rückgängigmachung** unberechtigter Änderungen zu verpflichten, ist beim Außerstreitgericht (bzw der Schlichtungsstelle) einzubringen. Der streitige Rechtsweg steht nur dann offen, wenn der geltend gemachte Anspruch aus einer konkreten Vereinbarung abgeleitet wird (Zak 2015/433, 236).

Die **Antragslegitimation iSd § 6 Abs 1 MRG** steht nur dem Hauptmieter und nicht auch dem Untermieter zu (Zak 2008/607, 353 = immolex 2009/15, 51 = MietSlg 60.234). **14**

Über **Ansprüche des Mieters** (zB Unterlassung von Beeinträchtigungen seiner Mietrechte) **gegen den Vermieter** ist im Außerstreitverfahren zu entscheiden (immolex 2007/150, 308 = WoBl 2008/4, 12 = MietSlg LX/14). **15**

Im **vollen Anwendungsbereich des MRG** trifft den Vermieter eine umfassende, in § 3 MRG geregelte **Erhaltungspflicht**. Über diesen Antrag ist im Außerstreitverfahren zu entscheiden (§ 37 Abs 1 Z 2 MRG). Ein Antrag nach § 3 MRG kann nur vom Hauptmieter gestellt werden. Ist in der Gemeinde, in der das Bestandsobjekt liegt, eine Schlichtungsstelle eingerichtet, ist der Antrag zunächst an die Schlichtungsstelle zu richten. Im Vollenwendungsbereich des MRG können vom Vermieter gem § 4 MRG auch nützliche **Verbesserungsarbeiten** verlangt werden (§ 37 Abs 1 Z 2 MRG). **16**

Im Vollenwendungsbereich des MRG kann der Hauptmieter einer Wohnung den **Ersatz von Aufwendungen** nach § 10 MRG begehren (§ 37 Abs 1 Z 6 MRG). **17**

Nach der Rechtsprechung sind die Vorschriften über die Miteigentumsgemeinschaft auch für das **Innenverhältnis von Mitmieter untereinander** sinngemäß anzuwenden (SZ 64/93), sodass für entsprechende Streitigkeiten der Mitmieter über die Benützung der gemeinsamen Sache der Außerstreitrichter zuständig ist und die allgemeinen Regelungen des AußStrG anzuwenden sind. Die Regelung der Benützung einer Wohnung durch mehrere Mitmieter hat durch den Außerstreitrichter zu erfolgen, wenn eine Benützungsvereinbarung fehlt (SZ 68/169). Immer handelt es sich bei einer gerichtlichen Benützungsregelung um eine von Billigkeitserwägungen getragenen Ermessensentscheidung, die das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung zu sein hat. Als sol- **18**

che hängt die Entscheidung immer von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab (Zak 2009/670, 417 = immolex 2010/34, 116 = MietSlg 61.087).

- 19 Nach § 8 Abs 2 Z 3 MRG hat der **Hauptmieter das Betreten des Mietgegenstands** (dazu RS0069515) **durch den Vermieter** oder die von diesem beauftragten Personen zu gestatten, wobei die berechtigten Interessen des Mieters nach Maßgabe der Wichtigkeit des Grundes angemessen zu berücksichtigen sind; er hat die vorübergehende Benützung und die Veränderung seines Mietgegenstands zuzulassen, wenn und soweit ein solcher Eingriff in das Mietrecht zur Durchführung von Veränderungen (Verbesserungen) in einem anderen Mietgegenstand notwendig, zweckmäßig und bei billiger Abwägung aller Interessen auch zumutbar ist. Die Zumutbarkeit ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Veränderung keine wesentliche oder dauernde Beeinträchtigung des Mietrechts zur Folge hat. Gegenstand eines aus Duldung gerichteten Verfahrens nach dieser Bestimmung ist die Frage, inwieweit bei einem bestehenden Bestandverhältnis ein Mieter in besonderer Ausformung des § 1098 ABGB durch § 8 MRG Beeinträchtigungen des Mietrechts hinzunehmen hast (WoBl 2001/173). Nach § 37 Abs 1 Z 5 MRG entscheidet das Bezirksgericht, in dessen Sprengel das Miethaus gelegen ist, im Außerstreitverfahren über Anträge auf **Duldung von Eingriffen in das Mietrecht zur Durchführung von Erhaltungs-, Verbesserungs-, Änderungs- und Errichtungsarbeiten einschließlich des Anspruchs auf angemessene Entschädigung** im außerstreitigen Verfahren. Davon ausgenommen ist nur die Durchsetzung konkreter vertraglicher Ansprüche. Ob ein Kläger einen im Rechtsweg durchzusetzenden vertraglichen Anspruch oder einen nach § 37 MRG in das Außerstreitverfahren verwiesenen Anspruch nach § 8 MRG geltend macht, hängt vom Wortlaut des Entscheidungsbegehrens und dem zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalt ab. Für die Bejahung der Zulässigkeit des Rechtswegs reicht es aber noch nicht aus, dass sich der Kläger auf einen Mietvertrag stützt, andernfalls doch bei jedem dem Tatbild des § 8 MRG entsprechenden Sachverhalt immer der Rechtsweg zulässig wäre, weil aus Verbesserungs- und Erhaltungsarbeiten abgeleiteten Ansprüchen immer ein Mietvertrag als gesetzlicher Vertragstyp mit den im Gesetz festgeschriebenen Rechten und Pflichten zugrunde liegt. Der OGH hat daher zur Abgrenzung des streitigen vom außerstreitigen Rechtsweg den Grundsatz entwickelt, dass nur konkrete bindende Absprachen über die in den §§ 8 und 9 MRG angeführten Rechte und Pflichten die Zulässigkeit des Rechtswegs auslösen können, nicht aber die im Gesetz vorgesehenen genormten Inhalte eines jeden Mietvertrags. Enthält der Mietvertrag keine über das Gesetz hinausgehenden Regelungen, ist der Anspruch im Außerstreitverfahren durchzusetzen (immolex 2007/150, 308 = WoBl 2008/4, 12 = MietSlg 59.371).
- 20 Eine **Einheit zwischen dem Verfahren vor der Schlichtungsstelle und dem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren** besteht nur insoweit, als für in einer Gemeinde, die über einen in Mietangelegenheiten fachlich geschulten Beamten oder Angestellten verfügt, geeignete Mietgegenstände eine Anrufung der Schlichtungsstelle Prozessvoraussetzung für das gerichtliche Verfahren ist und der bei der Schlichtungsstelle eingebrachte Antrag weder erweitert noch geändert werden darf (RS0006307). § 25 Abs 1 HeizKG sieht eine Anrufung des Gerichts erst nach Befassung der in § 39 Abs 1 MRG bezeichneten Gemeindeschlichtungsstelle vor (dazu Zak 2011/33, 178).