

ren über eine einvernehmliche Scheidung: Es findet **keine Erstreckung** auf das außerstreitige Verfahren statt (1 Ob 208/18x EF-Z 2019/104, 187 [Gitschthaler]; RIS-Justiz RS0132597). Zur Erstreckung auf ein anlässlich eines Hauptverfahrens entstandenes Ablehnungsverfahren s 7 Ob 163/16w (RIS-Justiz RS0036104).

2. Abschnitt Verfahren

Vor § 8

Verfahrenseinleitung. Ein Teil der grundsätzlichen Entscheidung zwischen Offizial- oder Dispositionsmaxime betrifft die Verfahrenseinleitung (vgl *Fucik* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 171 Rz 2; *Jelinek*, LBI IV 62; *Rechberger*, LBI IV 68). Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen der einzelnen Außerstreitverfahren kann es dafür keine einheitliche Lösung geben: Das Außerstreitverfahren kommt dabei nicht ohne **Offizialgrundsatz** aus, weil insbes die dieser Verfahrensart zugewiesenen rechtsfürsorgenden Regelungsaufgaben **im öffentlichen Interesse** liegen. Es muss daher die Möglichkeit geben, bestimmte Verfahren (nur oder auch) **von Amts wegen** einzuleiten. Dies gilt umso mehr, wenn es um besonders schutzwürdige Parteien geht, die ihre Interessen nicht selbst wahrnehmen können. Daraus ergibt sich aber auch die Notwendigkeit, etwa Bestimmungen über Antragsbindung und Antragsrücknahme, aber auch solche des Rechtsmittelverfahrens wie *reformatio in peius* oder Teilrechtskraft anders zu gestalten als im Zivilprozess.

Anderes gilt für jene Materien, die sich nicht wesentlich von jenen des Zivilprozesses unterscheiden (vgl § 1 Rz 4); dort gilt der **Dispositionsgrundsatz**, nach dem die Parteien über Einleitung, Gegenstand und Ende des Verfahrens bestimmen (*G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* I² § 8 Rz 1).

Amtsbetrieb. Unabhängig von der Methode der Verfahrenseinleitung hat das Gericht – im Außerstreitverfahren wie im Zivilprozess – von Amts wegen für die **Inganghaltung** des eingeleiteten Verfahrens zu sorgen; seine Verfahrenshandlungen sind also prinzipiell nicht an den Antrag einer Partei gebunden. Vgl dazu Näheres bei § 13.

Einleitung des Verfahrens

§ 8. (1) Soweit nichts anderes angeordnet ist, ist ein Verfahren nur auf Antrag einzuleiten.

(2) Verfahrenseinleitende Anträge sind, sofern sie nicht sogleich ab- oder zurückzuweisen sind, spätestens gleichzeitig mit der Einleitung von Erhebungen allen Personen, deren Parteistellung sich aus dem Akt ergibt (aktenkundige Parteien), wie eine Klage zuzustellen.

(3) In Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet werden, hat das Gericht den Gegenstand des Verfahrens spätestens in seiner ersten Verfahrenshandlung gegenüber der Partei deutlich zu bezeichnen.

Literatur: *Jelinek*, Zur Amtswegigkeit im Außerstreitverfahren, LBI IV (1986) 61; *Rechberger*, Zur Amtswegigkeit, Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit im Außerstreitverfahren, LBI IV (1986) 67; *Klicka*, Die Reform des Außerstreitverfahrens als rechtspolitische Regelungsaufgabe, LBI XX (1998) 27; *Lukits*, Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber (Teil III), EF-Z 2017/28, 61.

Frauenberger-Pfeiler in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Sander/Wessely*, Österreichisches Zustellrecht² (2012) § 87 ZPO.

G. Kodek in *Gitschthaler/Höllwerth I*² § 8; *Schneider* in *Schneider/Verweijen* § 8; *Feil/Marent*² § 8; *Feil*³ § 8; *Fucik/Kloiber* § 8; *Klicka/Oberhammer/Domej*⁵ Rz 113 ff; *Langer*² 64 ff; *Maurer/Schrott/Schütz* § 8; *Mayr/Fucik*² Rz 200 ff.

Übersicht

| | |
|---|-----|
| Antragsbedürftigkeit | 1–3 |
| Prüfung verfahrenseinleitender Anträge | 4–5 |
| Zustellung des verfahrenseinleitenden Antrags | 6–9 |
| Bezeichnung des Gegenstandes des Verfahrens | 10 |
| Sanktionen bei Verstößen | 11 |

- 1 **Antragsbedürftigkeit.** Im Allgemeinen Teil des AußStrG wird der Grundsatz festgeschrieben, dass ein Verfahren nur auf Antrag einzuleiten ist (seine Wiederholung im Besonderen Teil, wie etwa in § 82 Abs 1, ist an sich überflüssig). Dies gilt allerdings nur, soweit in den Materie-Gesetzen oder den Verfahrensvorschriften des Besonderen Teils nichts anderes angeordnet ist. Damit hat sich das Gesetz im Zweifel für den Dispositionsgrundsatz entschieden (RIS-Justiz RS0006259; *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth I*² § 8 Rz 2).

Aufgrund der beiden abweichenden Methoden, die von den genannten Vorschriften geregelt werden, ergeben sich allerdings drei Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung:

- a) Verfahren, die **nur auf Antrag** einzuleiten sind,
- b) Verfahren, die **auf Antrag oder von Amts wegen** einzuleiten sind und
- c) Verfahren, die **nur von Amts wegen** einzuleiten sind.

Nur von Amts wegen einzuleiten sind etwa das Verlassenschaftsverfahren mit Ausnahme der Abhandlung einer Verlassenschaft über im Ausland gelegenes bewegliches Vermögen (§ 143 Abs 2) oder (in bestimmten Fällen) die Erklärung eines Vaterschaftsanerkennnisses als rechtsunwirksam (§ 154 Abs 1 Z 1 ABGB), sowie firmen- und grundbuchsrechtliche Zwangsstrafverfahren (§ 283 UGB; § 24 FBG; *G. Kodek in Gitschthaler/Höllwerth I*² § 8 Rz 8).

Auf Antrag oder von Amts wegen einzuleiten sind etwa das Verfahren über die Bestellung eines gerichtlichen Erwachsenenvertreters (§ 117 Abs 1), Maßnahmen zur Wahrung des Wohls eines Minderjährigen (§ 211 Abs 1 Satz 2 ABGB); die Obsorgebetrauung nach Scheidung der Eltern (§ 180 ABGB), die Genehmigung einer Vereinbarung über die Obsorge oder über das Recht auf persönliche Kontakte (§ 109 Satz 2), die Aufsicht über das Vermögen von Personen unter gesetzlicher Verwaltung (§ 133 Abs 1 Satz 1) und die Vorlage der Pflugschaftsrechnung (§ 135 Abs 4) und das Unterbringungsverfahren nach dem UbG.

Die **Wahrung der Rechte schutzberechtigter Personen** (§ 21 ABGB) kann ein amtswegiges Vorgehen notwendig machen, obwohl ein entsprechendes Verfahren grundsätzlich auf Antrag einzuleiten ist (vgl RIS-Justiz RS0013479; *G. Kodek in Gitschthaler/Höllwerth I*² § 8 Rz 9; *Lukits*, EF-Z 2017/28, 61 [63]). So schließt die Bestimmung des § 8 die amtswegige Ausübung gebotener Überwachungsaufgaben des gesetzlichen bzw gerichtlichen Erwachsenenvertreters einer derartigen Person durch das Pflugschaftsgericht nicht aus (6 Ob 286/05k EF-Z 2006/53, 94 = EFSlg 114.017 für den Fall der pflugschaftsgerichtlichen Bewilligung für einen vom Sachwalter geschlossenen Heimvertrag; RIS-Justiz RS0008080 für die gerichtliche Überwachung der Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters im Hinblick auf die Rechtsfürsorge für den ruhenden Nachlass). Auch eine Regelung der persönlichen Kontakte ist zwar grundsätzlich nur auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes möglich, im Hinblick auf § 178 ABGB ist aber, insbesondere im Fall von Gewaltanwendung, auch ein amtswegiges Vorgehen möglich (LGZ Wien 42 R 407/06y EF-Z 2007/80, 139 = EFSlg 113.731).

Diese Einteilung ist nicht nur für die Art der Verfahrenseinleitung selbst relevant, sondern das Gesetz knüpft daran noch **weitere Rechtsfolgen**, nämlich für die Zurückziehung des Antrags (§ 11), für die Fortsetzung des Verfahrens nach Unterbrechung (§ 26 Abs 3), für das Ruhen des Verfahrens (§ 28 Abs 2 bis 4), für den prätorischen Vergleich (§ 30 Abs 3) und für die Bindung der Entscheidung an die Anträge (§§ 36 Abs 4, 55 Abs 2, 70 Abs 1, 77 Abs 2).

- 4 Prüfung verfahrenseinleitender Anträge.** Wie im Zivilprozess sind Rechtsschutzanträge auch im Außerstreitverfahren vor der weiteren Behandlung auf das **Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen und der Schlüssigkeit** zu prüfen. Ist der Antrag unzulässig oder unschlüssig, ist er jedoch – entgegen dem von Abs 2 erweckten Eindruck – **nicht** „sogleich zurück- bzw abzuweisen“. Bei Form- oder Inhaltsmängeln hat das Gericht vielmehr – so wie im Zivilprozess – für eine **Verbesserung** zu sorgen (§ 10 Abs 4 Satz 1). Lediglich bei nicht verbesserbaren Mängeln kommt es zur sofortigen Zurück- bzw Abweisung, ohne dass der Antrag anderen Parteien zur Kenntnis gebracht werden müsste (ErlRV 27; *Schneider* in *Schneider/Verweijen* § 8 Rz 14).
- 5** Ist ein unzuständiges Gericht angerufen worden und der Antrag nach § 44 Abs 1 JN **an das zuständige Gericht zu überweisen**, so hat das Gericht, an das die Sache überwiesen worden ist, die Parteien gem § 44 Abs 2 JN vom Überweisungsbeschluss zu verständigen und die Zustellungen nach § 8 Abs 2 vorzunehmen (*G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* I² § 8 Rz 16).
- 6 Zustellung des verfahrenseinleitenden Antrags.** Der Antrag ist nach seiner Prüfung, spätestens aber gleichzeitig mit der Einleitung von Erhebungen, allen aktenkundigen Parteien wie eine Klage zuzustellen (8 Ob 54/11s EF-Z 2011/143, 237; 5 Ob 39/13s NZ 2016/16, 60). Damit soll das Gericht aber zweifellos nicht dazu angeregt werden, sich mit der Zustellung Zeit zu lassen. Vielmehr ergibt sich die **Verpflichtung des Gerichts, die Zustellung möglichst früh zu bewirken**, sowohl aus § 13 Abs 1, wonach das Gericht für eine angemessene Verfahrensdauer zu sorgen hat, als auch aus § 15, wonach allen Parteien Gelegenheit zu geben ist, von den Anträgen der anderen Kenntnis zu erhalten und dazu Stellung zu nehmen. Die ordnungsgemäße Verständigung der Parteien wahrt damit gleichzeitig auch das rechtliche Gehör (*Mayr/Fucik*² Rz 202).
- 7** Das Gesetz stellt einen **Zusammenhang** zwischen der **Zustellung** von verfahrenseinleitenden Anträgen und der **Einleitung von Erhebungen** her. Nach den Mat will die Bestimmung sicherstellen, „dass – insbesondere in dringenden, einer einstweiligen Verfügung gleich kommenden Angelegenheiten – Erhebungen nicht erst begonnen werden dürfen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zugestellt worden (oder gar der Rückschein wieder eingelangt) ist“ (ErlRV 27). Wenn das Gesetz davon spricht, dass ein solcher Antrag spätestens gleichzeitig mit der Einleitung von Erhebungen **zuzustellen ist**, so fragt es sich allerdings, ob damit nicht der Zeitpunkt gemeint ist, zu dem das Schriftstück tatsächlich zugekommen ist – also die Wirkungen der Zustellung eintreten. Nach hA wird unter „Zustellung“ nämlich der Vorgang verstanden, durch welchen dem als Empfänger des Schriftstücks Bezeichneten Gelegenheit

geboten wird, von einem im Auftrag des Gerichts an ihn gerichteten Schriftstück Kenntnis zu nehmen (vgl. *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 87 Rz 3; *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*³ II/2 § 1 ZustG Rz 10; *Rechberger/Simotta*⁹ Rz 514; *Frauenberger-Pfeiler* in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Sander/Wessely* § 87 ZPO Rz 3; 5 Ob 2397/96b RdW 1997, 275 = RIS-Justiz RS0106442; 10 Ob 351/97h immolex 1998/8, 12 = MietSlg 49.707 = RIS-Justiz RS0108429; 6 Ob 93/09h; 6 Ob 40/17a RIS-Justiz RS0106442). Dieser Vorgang beginnt in dem Augenblick, in dem das Schriftstück die Behörde verlässt (*Feil*, *Zustellwesen*⁵ § 1 ZustG Rz 1), und endet, sobald die Zustellwirkungen nach dem Zustellgesetz eintreten, also in dem vom Gesetz vorgesehen Normalfall **mit dem tatsächlichen Zukommen des Schriftstücks**. Dies fügt sich nahtlos in eine Ratio der Bestimmung, die viel eher einleuchtet: Die Zustellung hat wohl deswegen spätestens gleichzeitig mit der Einleitung von Erhebungen zu geschehen, damit eine von diesen Erhebungen allenfalls betroffene Partei über das Verfahren und seinen Gegenstand Bescheid weiß. Nur so ist das **rechtliche Gehör** gewahrt, denn erst ab diesem Zeitpunkt kann die – nun ausreichend informierte – Partei sinnvoll ihre Parteirechte ausüben, insb im Hinblick auf eine gründliche Verfahrensvorbereitung (*Klicka*, LBI XX 39). In diesem Sinn ordnet auch die Parallelbestimmung des Abs 3 für den Fall der amtswegigen Einleitung des Verfahrens an, dass das Gericht den Gegenstand des Verfahrens spätestens in seiner ersten Verfahrenshandlung gegenüber der Partei deutlich zu bezeichnen hat; die Partei soll also auch hier **möglichst frühzeitig Kenntnis vom Verfahrensgegenstand** erhalten.

Demgegenüber stößt die von den Mat (ErlRV 27; diesen folgend: *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 8 Rz 23; *Schneider* in *Schneider/Verweijen* § 8 Rz 17; *Mayr/Fucik*² Rz 202) insb für dringende Fälle genannte Möglichkeit der Einleitung von Erhebungen, **bevor** noch der Antrag zugestellt worden ist, auf **Bedenken**. Dass ein dringender Fall vorliegt, vermag daran nichts zu ändern, weil die Einleitung von Erhebungen allein noch keine schnellere Abhilfe garantiert, wenn vor Erlassung des Beschlusses dennoch Gehör gewährt werden muss. Außerdem gibt es für dringende Fälle eben die einstweiligen Verfügungen, die dann, wenn das Verfahren auch von Amts wegen eingeleitet werden kann, auch von Amts wegen erlassen werden können (§ 378a EO). Wortlaut und Zweck der Bestimmung des Abs 2 sprechen demnach dafür, dass die **Zustellwirkungen des verfahrenseinleitenden Antrags spätestens gleichzeitig mit der Einleitung von Erhebungen** eintreten müssen.

Ist im ursprünglichen Begehren die falsche Person bezeichnet, so ist im Außerstreitverfahren jederzeit eine **Richtigstellung auf die tatsächlich gemeinte Person** möglich (*G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* I² § 2 Rz 266). 8

- 9 Der Antrag ist wie eine Klage zuzustellen, also **mit Zustellnachweis**; die **Zustellung an einen Ersatzempfänger ist zulässig** (§ 106 Abs 1 ZPO; zu Recht krit zur Aufgabe der Eigenhandzustellung durch das BBG 2009: *G. Kodek in Gitschthaler/Höllwerth I² § 8 Rz 17*). In gewissen Fällen kann auch elektronisch zugestellt werden (s näher hierzu *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth I² § 24 Rz 9, 27 ff*). Sind die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten, so gilt § 112 ZPO. Die Zustellung muss aber nur an die „aktenkundigen“ Parteien – damit sind jene gemeint, **deren Parteistellung sich aus den Akten ergibt** – erfolgen. Da Erhebungen erst nach der Zustellung eingeleitet werden können (vgl oben Rz 7), ist die Ausforschung von Parteien, deren Existenz zwar bekannt ist, deren Identität oder Zustelladresse jedoch nicht aus den Akten hervorleuchten, **nicht möglich**. Unter aktenkundigen Parteien sind daher bloß solche zu verstehen, denen der verfahrenseinleitende Antrag **ohne weitere Erhebungen** zugestellt werden kann (vgl RIS-Justiz RS0127056).
- 10 **Bezeichnung des Gegenstands des Verfahrens**. In Verfahren, die von Amts wegen eingeleitet werden (unabhängig davon, ob sie auch auf Antrag eingeleitet werden könnten), ist der Verfahrensgegenstand **spätestens in der ersten Verfahrenshandlung gegenüber der Partei** deutlich zu bezeichnen. Dies kann schriftlich oder mündlich erfolgen (*Schneider in Schneider/Verweijen § 8 Rz 25 mwN*) und soll sicherstellen, dass jede Partei, die von einer Verfahrenshandlung betroffen ist, auch den Gegenstand des Verfahrens kennt. Im Unterschied zu Abs 2, wonach die Zustellung an alle Parteien zu erfolgen hat, bevor überhaupt Erhebungen eingeleitet werden können, kann die Bezeichnung nach Abs 3 gegenüber verschiedenen Parteien **zu unterschiedlichen Zeitpunkten** erfolgen; es kommt auf den Zeitpunkt der Verfahrenshandlung gegenüber der jeweils betroffenen Partei an.
- Auch hier können und sollen „aktenkundige“ Parteien aber **schon vorher** vom Verfahrensgegenstand informiert werden (arg „spätestens“). Freilich wäre auch die Bekanntgabe des Verfahrensgegenstands selbst schon eine Verfahrenshandlung gegenüber der Partei (vgl dazu § 12 Rz 2; aA offenbar *Schneider in Schneider/Verweijen § 8 Rz 26*), sodass die Bezeichnung des Verfahrensgegenstands streng genommen „stets schon“ in der ersten Verfahrenshandlung gegenüber einer Partei zu erfolgen hat (und nicht „spätestens“). Gemeint ist jedenfalls eine möglichst frühe Bekanntgabe.
- 11 **Sanktionen bei Verstößen**. Wird ein Verfahren von Amts wegen eingeleitet, obwohl es dafür nach dem Gesetz eines Antrags bedarf, so ist dies gleichzeitig auch ein Verstoß gegen § 36 Abs 4. Das Verfahren muss analog § 56 Abs 1 für **nichtig** erklärt werden (aA *G. Kodek in Gitschthaler/Höllwerth I² § 8 Rz 35*, der einen bloßen Verfahrensmangel annimmt); eine Zurückverweisung an das Gericht erster Instanz gem

§ 57 kommt naturgemäß nicht in Frage. Der Verstoß gegen den Antragsgrundsatz ist aus Anlass eines zulässigen Rechtsmittels **auch von Amts wegen** aufzugreifen (LG Salzburg 21 R 189/07a EFSlg 118.654 = EF-Z 2008/13, 27 [*Gitschthaler*]).

Wird ein Antrag gestellt, obwohl ein Verfahren nur von Amts wegen eingeleitet werden darf, so kommt zwar eine „Verbesserung“ nicht in Frage, eine **Zurückweisung** des Antrags iSd Abs 2 macht aber nur dann Sinn, wenn sich das Gericht durch diesen Antrag nicht veranlasst sieht, ein entsprechendes Verfahren von Amts wegen einzuleiten (vgl 1 Ob 72/15t iFamZ 2015/180, 208 [*Fucik*]; *Schneider* in *Schneider/Verweijen* § 8 Rz 28).

Begehren

§ 9. (1) Der Antrag muss kein bestimmtes Begehren enthalten, jedoch hinreichend erkennen lassen, welche Entscheidung oder sonstige gerichtliche Tätigkeit der Antragsteller anstrebt und aus welchem Sachverhalt er dies ableitet.

(2) Wird ausschließlich eine Geldleistung begehrt, ihre Höhe aber nicht bestimmt angegeben, so hat das Gericht die Partei unter Setzung einer angemessenen Frist zur ziffernmäßig bestimmten Angabe des Begehrens aufzufordern, sobald die Verfahrensergebnisse eine derartige Angabe zulassen. Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

(3) Nach fruchtlosem Verstreichen der gesetzten Frist ist ein ziffernmäßig nicht bestimmter Antrag zurückzuweisen. Auf diese Rechtsfolge ist in der Aufforderung hinzuweisen.

Literatur: *W. Kralik*, Allgemeine Vorbemerkungen zur Reform des Außerstreitverfahrens, LBI II (1984) 9; *Feitzinger*, Zur Entwurfsarbeit am neuen Außerstreitgesetz, in: Das neue Außerstreitverfahren – Texte und Strukturen (Richterwoche 1997), Schriftenreihe des BMJ 88 (1997) 15; *Fucik*, Zum Pflugschaffverfahren im neuen Außerstreitgesetz, ebenda 167; *Zangl*, Das neue Außerstreitverfahren – Das Verfahren erster Instanz, ÖJZ 2005/7, 121; *Rassi*, Umgang mit Beweisschwierigkeiten im Unterhaltsverfahren. Teil II: Aufklärungspflicht und materiell rechtliche Auskunftspflichten, EF-Z 2011/4, 14; *Schneider*, Pflugschaffverfahren – effizient geführt, EF-Z 2018/29, 58; *Fucik*, Zehn Jahre Außerstreitgesetz, NZ 2013/149, 364.

Geroldinger in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 226; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 226; *Rechberger/Simotta*⁹ Rz 584.

G. Kodek in *Gitschthaler/Höllwerth* I² § 9; *Schneider* in *Schneider/Verweijen* § 9; *Feil/Marent*² § 9; *Feil*³ § 9; *Fucik/Kloiber* § 9; *Klicka/Oberhammer/Domej*⁵ Rz 115; *Langer*² 67 ff; *Maurer/Schrott/Schütz* § 9; *Mayr/Fucik*² Rz 203 f.