

Dritten abfordern kann, ist sein Wiederkaufsrecht kein Hindernis im Sinne des § 94 Zahl 1 GBG gegen die grundbücherliche Übertragung der Liegenschaft auf eine andere Person und die Verfügung des Grundbuchgerichtes, wonach die Einverleibung des Eigentumsrechtes für den Erwerber der Liegenschaft bewilligt wird, ist nicht geeignet, die Rechte des bürgerlich sichergestellten Wiederkaufsberechtigten zu verkürzen. Er kann sich daher durch eine solche Grundbuchsverfügung nicht für beschwert erachten und ist sohin zum Rekurse gegen einen derartigen Beschluß nicht berechtigt.

82. Der Grundsatz, daß über das Ausmaß der gesetzlichen Unterhaltsleistungen des Vaters für sein uneheliches Kind im außerstreitigen Verfahren zu entscheiden ist, ist nicht anwendbar:

1. solange die Vaterschaft nicht anerkannt oder durch Urteil festgestellt ist,

2. wenn ein Vormundschaftsgericht im Geltungsgebiet des ABGB durch förmlichen, rechtskräftigen, auch dem unehelichen Vater zugestellten Beschluß den Vormund auf den Prozeßweg verwiesen hat,

3. wenn als Vormundschaftsgericht das Gericht eines Rechtsgebietes einschreitet, das nach seinen Rechtsvorschriften die Regelung des Unterhalts im außerstreitigen Verfahren nicht kennt, im Geltungsgebiet des § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle ein Vormundschaftsgericht dagegen nicht besteht, der Anspruch gegen den Kindesvater aber in diesem Gebiet geltend zu machen ist.

Für diese Fälle steht nur der Rechtsweg (das Streitverfahren) offen.

ABGB § 166, KaisVO v. 12. Okt. 1914 (RGBl. Nr. 276) –

I. § 16 der Teilnovelle zum ABGB.

VII. Zivilsenat. Beschl. v. 6. Dezember 1944 (VII B 33/1944).

I. Amtsgericht Graz.

In Sachen des minderjährigen K. A. H. in Czernichow, Klägers, vertreten durch das Kreisjugendamt in Saybusch (Oberschlesien) als Amtsvormund, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Luschin in Graz, Radetzkystraße 7,

gegen

den SS-Oberpionier R. N., derzeit Feldpostnummer 44 516 C, Beklagten, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Alexander Creydt in Graz, wegen Leistung des Unterhaltes

hat das Reichsgericht, VII. Zivilsenat, in der nichtöffentlichen Sitzung vom 6. Dezember 1944 durch den Senatspräsidenten Dr. Zellner und die Reichsgerichtsräte Dr. Roppert und Dr. Bittner auf den Rekurs des Klägers gegen den Beschluß des Amtsgerichtes in Graz vom 16. Oktober 1944, GZ. 7 C 306/44-3, womit die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen wurde, beschlossen:

Es wird dem Rekurse Folge gegeben, der angefochtene Beschluß aufgehoben und dem Erstgericht aufgetragen, von dem Zurückweisungsgrund der Unzulässigkeit des Rechtsweges abzusehen und das Verfahren nach dem Gesetz fortzusetzen.

Die Rekurskosten sind als Kosten des weiteren Verfahrens zu behandeln.

Gründe

Mit dem rechtskräftigen Urteil des Amtsgerichtes Graz vom 6. Januar 1943, GZ C 223/42, wurde der Beklagte als außerehelicher Vater des am 3. Mai 1941 von J. H. im Umsiedlerlager Graz-Liebenau geborenen Kindes K. A. H. festgestellt, das weitere Klagebegehren auf Leistung des Unterhaltes aber abgewiesen, weil der Beklagte zur Wehrmacht eingezogen war und ihm ein Anspruch auf Kriegsbesoldung damals nicht zustand. Die Kindesmutter wurde inzwischen in Czernichow Kreis Saybusch angesiedelt, die Vormundschaft über den minderjährigen Kläger wird beim Amtsgericht Saybusch geführt. Der durch das Kreisjugendamt in Saybusch als Amtsvormund vertretene minderjährige Kläger hat nun eine neue Klage gegen den Kindesvater beim Amtsgericht in Graz mit dem Begehren auf Verurteilung zur Leistung eines monatlichen Unterhaltsbeitrages von 20 RM eingebracht, da der Beklagte nunmehr Kriegsbesoldung beziehe. Das Amtsgericht hat mit dem angefochtenen Beschluß diese Klage von Amts wegen wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen, weil vor einem in den Alpen- und Donaureichsgauen gelegenen Gericht ein solcher Anspruch nur im außerstreitigen Verfahren geltend gemacht werden könne.

Der gemäß § 2 Abs. 2 der Zweiten Kriegsmaßnahmenverordnung vom 27. September 1944 (RGBl. I S. 229) zugelassene Rekurs des Klägers gegen diesen Beschluß ist gerechtfertigt.

Das Amtsgericht entnimmt offenbar dem § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle zum ABGB (Kaiserliche Verordnung vom 12. Oktober 1914 österr. RGBl. Nr. 276), daß in dem Geltungsgebiet dieser Bestimmung das Ausmaß der dem unehelichen Vater nach dem Gesetz obliegenden Leistungen in allen Fällen im Verfahren außer Streitsachen festzustellen sei. Diese Ansicht ist in solcher Allgemeinheit nicht richtig. Die erwähnte Gesetzesstelle bestimmt: „Wird die Vaterschaft anerkannt, so hat das Gericht das Ausmaß der dem Vater nach dem Gesetz obliegenden Leistungen im Verfahren außer Streitsachen von Amts

wegen festzustellen, wenn aber die Entscheidung von der Ermittlung streitiger Tatsachen abhängt, die mit den Mitteln des Verfahrens außer Streitsachen nicht festgestellt werden können, den Vormund zur Erhebung der Klage anzuweisen.“ Das Geltungsgebiet dieser Vorschrift deckt sich gegenwärtig nicht mehr vollständig mit dem Geltungsgebiet des ABGB, da für die Untersteiermark die Sonderbestimmung der §§ 8 und 9 der Dienstanweisung über die einstweilige Regelung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtssachen in der Untersteiermark vom 1. April 1942 (Verordnungs- und Mitteilungsblatt des Chefs der Zivilverwaltung in der Untersteiermark S. 546) in Kraft steht, wonach in der Untersteiermark alle Streitigkeiten über den gesetzlichen Unterhalt und ebenso über die Feststellung der außerehelichen Vaterschaft ausnahmslos im außerstreitigen Verfahren entschieden wird.

Nach dem Gründebericht zur Regierungsvorlage der I. Teilnovelle sollte nun die in der Rechtsprechung bestrittene Frage, ob das Ausmaß dessen, was der Vater eines unehelichen Kindes nach §§ 166 bis 168 ABGB zu leisten hat, von Amts wegen im außerstreitigen Verfahren zu bestimmen sei oder ob hierfür unter allen Umständen eine verlässliche Entscheidungsgrundlage im Streitverfahren geschaffen werden müsse, einer einheitlichen Lösung zugeführt werden. Dabei hat sich das Gesetz zwar grundsätzlich für das außerstreitige Verfahren entschieden, hat dies aber keineswegs ausnahmslos getan und unterscheidet sich dadurch von dem nunmehr für die Untersteiermark geltenden Recht, wo für solche Ansprüche nur das außerstreitige Verfahren zugelassen ist.

Die erste Einschränkung zu § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle ergibt sich schon aus dem von dem Gesetz selbst aufgestellten Erfordernis, daß die Vaterschaft zu dem unehelichen Kinde anerkannt sein müsse, was nach richtiger Auslegung sowohl den Fall der Anerkennung der Vaterschaft durch den Kindesvater als auch den Fall der urteilsmäßigen Feststellung der Vaterschaft zu dem unehelichen Kinde umfaßt (vgl. hierzu auch die Entscheidung des ehemaligen Obersten Gerichtshofs in Wien SZ III 10 und des Obersten Gerichtes in Brünn Nr. 4519 aml. Sammlung). Wird daher die Regelung der Unterhaltspflicht des außerehelichen Vaters gleichzeitig mit der Klage wegen Feststellung seiner Vaterschaft verlangt, so kann dies nur im Streitverfahren geschehen.

Aber auch für den Fall der Anerkennung (oder Feststellung) der Vaterschaft hat das Gesetz die Regelung der gesetzlichen Unterhaltsleistungen des außerehelichen Vaters nicht ausnahmslos in das außerstreitige Verfahren verwiesen, sondern hat in Berücksichtigung der Besonderheiten des Verfahrens außer Streitsachen und namentlich unter Bedachtnahme auf den im § 2 Zahl 7 des Kaiserlichen Patentens vom 9. August 1854 (ö.RGBl. Nr. 208) aufgestellten Grundsatz eine Ausnahme für den Fall zugelassen, „daß die Entscheidung

von der Ermittlung streitiger Tatsachen abhängt, die mit den Mitteln des Verfahrens außer Streitsachen nicht festgestellt werden können“. In einem solchen Falle hat das Gericht den Vormund zur Erhebung der Klage anzuweisen. Hierdurch ist also dem Vormundschaftsgericht die Vorentscheidung in der Frage übertragen, ob die Regelung der gesetzlichen Unterhaltsleistungen des außerehelichen Vaters nach Anerkennung oder Feststellung seiner Vaterschaft weiterhin im außerstreitigen Verfahren oder im Streitverfahren zu geschehen hat. Die Entscheidung über die anzuwendende Verfahrensart ist nicht in das Ermessen des Gerichtes gestellt, sondern an die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen gebunden. Sowohl das Kind als auch der außereheliche Vater haben ein Recht darauf, daß der Anspruch auf die Unterhaltsleistungen in dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren erhoben und entschieden werde. Erst die rechtskräftige Entscheidung über die Verfahrensart bindet das Prozeßgericht. Um eine voreilige Verweisung auf den Rechtsweg durch das Vormundschaftsgericht zu vermeiden und diese Frage verbindlich klären zu können, haben sowohl das Oberste Gericht in Brünn in dem Plenarbeschluß vom 27. Oktober 1920 prä. 1019/20 (Amtl. Sammlung Nr. 734) als auch der ehemalige Oberste Gerichtshof in Wien in dem Plenarbeschluß vom 29. Oktober 1924 prä. 400/24 (Judikatenbuch Nr. 17, SZ VI 343) mit Recht ausgesprochen, daß der Beschluß des Vormundschaftsgerichtes, durch den der Vormund zur Klage auf Erfüllung der dem außerehelichen Vater gesetzlich verbliebenen Leistungen angewiesen wird, nicht nur dem Vormund, sondern auch dem außerehelichen Vater zuzustellen ist, der nach § 9 des Kaiserlichen Patentes vom 9. August 1854 (– im Sudetenland und im Protektorat Böhmen und Mähren jetzt nach den §§ 6 und 37 des Gesetzes vom 19. Juni 1931 über die Grundbestimmungen des gerichtlichen Verfahrens außer Streitsachen [SdGuV Nr. 100] –) zum Rekurs dagegen berechtigt ist, und daß erst die Rechtskraft dieses Verweisungsbeschlusses den Streitrichter bindet. Das Vorliegen eines solchen rechtskräftigen Verweisungsbeschlusses schließt dann im Prozeß aus, daß der Beklagte die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges mit Erfolg erhebe oder das Prozeßgericht von Amts wegen die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückweise, wenn nach seiner Meinung der Anspruch in das außerstreitige Verfahren gehört (§ 42 Abs. 3 JN). Daß die Abgrenzung zwischen streitiger und außerstreitiger (freiwilliger) Gerichtsbarkeit unter den Begriff der Zulässigkeit des Rechtsweges fällt und daß es in Streitsachen die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges begründet, wenn in Wahrheit über einen zum Verfahren außer Streitsachen gehörenden Anspruch zu erkennen ist, ist in der Rechtslehre nicht zweifelhaft (vgl. auch Jonas-Pohle ZPO vor § 1 III Nr. 3). Im Geltungsgebiet der ZPO vom 1. August 1895 bildet es überdies den Nichtigkeitsgrund nach § 477 Zahl 6, wenn im Streitverfahren über eine nicht auf den Rechtsweg gehörige Sache erkannt wurde.

Außer den oben behandelten Fällen ergibt sich aber eine weitere Ausnahme von der Anwendbarkeit des außerstreitigen Verfahrens aus dem Gesetze selbst. Die Bestimmung des § 16 Abs. 2 der Ersten Teilnovelle zum ABGB ist nicht ohne ihren Zusammenhang mit dem ersten Absatz dieser Bestimmung zu betrachten, welcher dem Gericht die Pflicht auferlegt, für die Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde Sorge zu tragen. Diese Anweisung richtet sich an das Vormundschaftsgericht. Wenn nun diese Gesetzesstelle im zweiten Absatz von der Regelung der Unterhaltsleistungen im außerstreitigen Verfahren und der etwaigen Anweisung des Vormundes zur Klageerhebung gegen den Vater handelt, so kann auch in diesem zweiten Absatz nur das Vormundschaftsgericht gemeint sein, dem nach § 109 JN, §§ 187 ff. ABGB und §§ 181 ff. des Kaiserlichen Patentens vom 9. August 1854 diese Aufgabe zugewiesen ist. Hierfür spricht auch die Vorschrift des § 17 der I. Teilnovelle, wonach das Gericht (nämlich das Vormundschaftsgericht) dem Vormund bei bestimmten Aufgaben behilflich sein soll. Hieraus geht aber hervor, daß die in § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle vom Gesetzgeber gewollte Regelung im außerstreitigen Verfahren nur dann eintreten kann und soll, wenn im Geltungsgebiet dieser Bestimmung ein Vormundschaftsgericht vorhanden ist, das diese Aufgabe erfüllen kann, denn einem anderen Gericht ist sie durch jene Gesetzesbestimmung nicht zugewiesen worden. Fehlt es daher im Geltungsgebiet des § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle zum ABGB an einem Vormundschaftsgericht, das nach dieser Gesetzesstelle vorgehen könnte, und hat das außerhalb dieses Geltungsgebietes gelegene Vormundschaftsgericht nach den für dieses Gericht geltenden Rechtsvorschriften nicht die Möglichkeit, das Ausmaß der gesetzlichen Unterhaltsleistungen des außerehelichen Kindesvaters im außerstreitigen Verfahren zu regeln, wie dies bei den im Altreich gelegenen Vormundschaftsgerichten zutrifft, so kann sich ein Prozeßgericht, für welches der § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle zum ABGB in Geltung steht, und bei dem von einem außerhalb dieses Rechtsgebiets wohnenden Kinde die Klage gegen den außerehelichen Vater auf Leistung des gesetzlichen Unterhaltes eingebracht wird, nicht auf die Unzulässigkeit des Rechtsweges berufen, denn die Bestimmung des § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle, welche die Regelung der gesetzlichen Unterhaltspflicht des außerehelichen Vaters nicht ausnahmslos in das außerstreitige Verfahren verwiesen hat, hat solche Fälle, in denen es an einem hierzu berufenen Vormundschaftsgericht fehlt, überhaupt nicht betroffen. Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu dem Grundsatz der Ausschließlichkeit des örtlichen Verfahrensrechts, weil die Rechtsvorschrift des § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle, welche für die Anwendung des Streitigen oder außerstreitigen Verfahrens maßgebend ist, selbst die rechtliche Möglichkeit der Anwendung des Streitverfahrens für die von ihm nicht geregelten Fälle offen läßt. Zu einem entsprechenden Ergebnis ist übrigens auch der ehemalige Oberste Gerichtshof

in Wien in der Entscheidung SZ VIII/48 gelangt, indem er bezüglich des Unterhaltsanspruches *ehelicher* Kinder ausländischer Staatsbürger, die sich im Auslande aufhalten, anerkannt hat, daß ihr Unterhaltsanspruch gegen ihre im Inland wohnenden Eltern im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen ist und daß der Grundsatz, daß nach dem Rechte des ABGB die Unterhaltsansprüche minderjähriger ehelicher Kinder stets im außerstreitigen Verfahren durchzusetzen sind, dann nicht anwendbar sei, wenn kein inländisches Gericht zur Pflugschaft berufen ist.

Wird die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichtes von dem Gericht eines Rechtsgebietes ausgeübt, welches die Regelung der gesetzlichen Unterhaltsleistung des außerehelichen Vaters im außerstreitigen Verfahren nicht kennt, so entfällt naturgemäß auch die Vorentscheidung dieses Vormundschaftsgerichtes darüber, ob der Anspruch im streitigen oder außerstreitigen Verfahren geltend zu machen sei und es kommt dann das Erfordernis eines rechtskräftigen auch dem Kindesvater zugestellten Verweisungsbeschlusses, wie er zwischen dem Vormundschaftsgericht und Prozeßgericht nach § 16 Abs. 2 der I. Teilnovelle sonst notwendig wäre, nicht in Betracht.

Wird der dem Erstgericht vorliegende Sachverhalt nach diesen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt, so ergibt sich, daß das Amtsgericht zu Unrecht die vorliegende Klage von Amts wegen wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückgewiesen hat. Sein Beschluß ist daher aufzuheben und ihm die Fortsetzung des Verfahrens nach dem Gesetz aufzutragen, wobei von dem Zurückweisungsgrunde der Unzulässigkeit des Rechtsweges Abstand zu nehmen ist.

Die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes ist nicht erhoben worden.

Der Ausspruch über die Rekurskosten beruht auf den §§ 50 und 52 ZPO.

83. Im Rahmen der §§ 644 BGB/1168a ABGB besteht eine Wiederherstellungspflicht. Eine Wiederherstellung eines beschädigten oder zerstörten Werks kommt nur dann nicht in Frage, wenn die Wiederherstellung nicht möglich ist oder sich dadurch die Geschäftsgrundlage so geändert hat, daß die Leistungspflicht nach den allgemeinen Grundsätzen aufhört (§ 242 BGB).

BGB § 644, ABGB § 1168a.

VII. Zivilsenat. Urteil v. 7. Dezember 1944 (VII 146/1944).

I. Landgericht Leoben.

II. Oberlandesgericht Graz.