

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* **Gerhard Hopf**

*Redaktion* **Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer**

*Evidenzblatt* **Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer**

*MRK-Entscheidungen* **Wolf Okresek**

November 2011

21

937 – 984

## Aktuelles

**Fristenhemmung schließt die „Randtage“ mit ein!** ➔ 937

## Zivilverfahren praktisch

**EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick** *Robert Fucik* ➔ 941

## Beiträge

### **Der sachliche Anwendungsbereich der EU-Unterhaltsverordnung**

*Martin Weber* ➔ 947

**Zweiseitigkeit des zivilen Ablehnungsverfahrens und Kostenersatz**

*Clemens Thiele* ➔ 944

## Evidenzblatt

### **Reisebüro kann als Veranstalter haften** ➔ 968

**Gegenaufrechnung des Klägers kann beachtlich sein**

*Bettina Nunner-Krautgasser* ➔ 970

**Wertträgerereignis von ÖBB-Online-Tickets** ➔ 974

## MRK-Entscheidung

**Streichung aus der Liste** ➔ 981

## Forum

**Anspruchskonkurrenz bei Garantierückforderung durch den  
Auftraggeber – Bemerkung zur E 2 Ob 157/10 t** *Philipp Fidler* ➔ 982

## Sprache und Recht

**Zu hoch und zu lang** *Reinhard Hinger* ➔ 984

Schwerpunkt  
Zivilverfahren

# Zweiseitigkeit des zivilen Ablehnungsverfahrens und Kostenersatz

ÖJZ 2011/98

§§ 19 ff JN

OGH 18. 1. 2011,  
4 Ob 143/12 y

Befangenheits-  
ablehnung;

zweiseitiges  
Ablehnungs-  
verfahren;

Kostenersatz

Nach einer jüngst vollzogenen Judikaturänderung ist das Ablehnungsverfahren zweiseitig auszugestalten. Das OLG Linz hat dem Höchstgericht allerdings die Gefolgschaft verweigert und beharrt auf einer verfassungsrechtlich bedenklichen Einseitigkeit.

Von Clemens Thiele

## Inhaltsübersicht:

- A. Anlassfall
- B. Die Entscheidung des Gerichts
- C. Materiell-rechtliche Beurteilung
- D. Prozessuale Würdigung
  - 1. Die Argumente des OLG Linz
  - 2. Die Judikatur des OGH
  - 3. Eigene Stellungnahme
- E. Zusammenfassung

### A. Anlassfall

Im Ausgangsverfahren begehrte der verfahrensbeholfene Kl zunächst von den Bekl € 270.000,- Schadenersatz, weil sie ihn bei der Ausübung des Bestattungsgewerbes rechtswidrig behindert und schließlich in die Insolvenz getrieben hätten. Als er sein Begehren auf € 1,375.000,- ausdehnte, erklärte das ErstG die Verfahrenshilfe für erloschen und wies den darüber hinausgehenden Antrag der Bekl auf Entziehung der Verfahrenshilfe ab. Begründend führte die Richterin aus, dass die weitere Rechtsverfolgung des Kl offenbar mutwillig und aussichtslos wäre; der Kl wäre mit seinem Bestattungsunternehmen „wirtschaftlich gescheitert“ und würde einen „stolzen“ Betrag von € 1,375.000,- einklagen.

Daraufhin lehnte der Kl die Verhandlungsrichterin wegen dieser Formulierungen als befangen ab, weil sie in beleidigender Weise eine emotionelle negative Wertung und ein Missfallen gegenüber dem begehrten Schadenersatz zum Ausdruck brächten. Im Übrigen hätte ihn die Richterin, als der Kl sie bei Gericht aufsuchte, ohne ihn anzuhören und ohne die Möglichkeit

einer Terminvereinbarung abrupt und unfreundlich des Zimmers verwiesen. Die abgelehnte Richterin erklärte, nicht befangen zu sein. Der nach § 23 JN iVm § 19 Z 10 Geo gebildete Senat des LG Linz wies die Ablehnung zurück. Die beanstandeten Formulierungen waren weder unsachlich noch beleidigend, die Verweisung des Kl aus dem Richterzimmer nicht unsachlich.

Dagegen erhob der Kl das Rechtsmittel des Rek; die Bekl erstatteten eine Rekursbeantwortung. Das zuständige OLG hatte sich primär mit der inhaltlichen Frage einer Berechtigung des Ablehnungsantrages zu befassen, nahm jedoch auch zu prozessualen Fragen des Ablehnungsverfahrens Stellung.

### B. Die Entscheidung des Gerichts<sup>1)</sup>

Das OLG Linz gab dem Rek keine Folge, bestätigte die Unbefangenheit der Erstrichterin und wies die Rekursbeantwortung der Bekl als unzulässig ohne Kostenanspruch zurück.

Der Drei-Richter-Senat verneinte die Zweiseitigkeit des richterlichen Ablehnungsverfahrens nach §§ 19 ff JN, weil es darin nicht um die Wahrnehmung von Parteiinteressen, sondern um das öffentliche Interesse an der Objektivität der Rsp ginge.<sup>2)</sup> Das Gesetz sähe die Gefahr, dass eine Sache einem unbefangenen Richter abgenommen wurde, offenkundig als so gering an, dass es sie zu Gunsten einer Verfahrensbeschleunigung vernachlässigte. Das wäre sachgerecht und nicht unfair; es gäbe kein Verfassungs- oder gar Menschenrecht der Prozessparteien auf Abwehr eines Ablehnungsantrags. Die zwingende Einräumung eines Äußerungsrechts

1) OLG Linz 4 R 96/11 g Zak 2011/487, 359.

2) *Ballon in Fasching*, Kommentar<sup>2</sup> § 24 JN Rz 6.

würde zu einer „Äußerungsflut“ führen, weil jede Äußerung beinahe zwangsläufig eine das Verfahren weiter verlängernde und verteuende Gegenäußerung nach sich zöge. Dass bei offenkundig unbegründeten Anträgen keine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen sein soll, würde querulatorische Parteien unsachlich begünstigen, während seriöse Ablehnungswerber das volle Kostenrisiko träge. Eine unmittelbare Anwendung des § 521 a ZPO über die Zweiseitigkeit des RekVerf käme schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Bestimmung ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien voraussetzte. Im Ablehnungsverfahren stünden einander aber nur die ablehnende Partei und der Richter gegenüber; die andere Partei wäre gar nicht Beteiligte dieses Verfahrens. Ein Kostenersatz (zugunsten des Ablehnungsggners) wurde daher ebenfalls ausgeschlossen.

Zu den geltend gemachten Ablehnungsgründen hielt das OLG Linz unter Rückgriff auf das allgemeine Sprachverständnis fest, dass die von der Erstrichterin im beanstandeten Beschluss verwendeten Formulierungen nicht unsachlich, sondern zur Prüfung, ob die weitere Prozessführung des Rekurswerbers offenbar mutwillig iSd § 63 Abs 1 ZPO wäre, auch notwendig waren. Da sich die abgelehnte Richterin im Übrigen zu den Hintergründen des KonkVerf überhaupt nicht geäußert hatte, begründete auch diese beanstandete Formulierung nicht einmal den objektiven Anschein einer Befangenheit.

### C. Materiell-rechtliche Beurteilung

„Hard cases make bad law“, lautet ein anglo-amerikanisches Rechtspruchwort, das besagt, dass aus Härtefällen schlechte Rechtssätze folgen.

Der Anlassfall ist von den Instanzgerichten materiell völlig zutreffend entschieden worden, da die von der abgelehnten Richterin gewählten sachgerechten Formulierungen „wirtschaftlich gescheitert“ und „stolzer Betrag von € 1,375.000,-“ keineswegs eine Befangenheit mit Grund befürchten lassen, oder dass bei objektiver Betrachtung auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte. Dies gerade dann, wenn man bei der Überprüfung der Unbefangenheit im Interesse des Ansehens der Justiz einen strengen Maßstab anlegt.<sup>3)</sup> Das verfassungsrechtlich durch Art 83 Abs 2, Art 87 Abs 3 B-VG gebotene Rechtsinstitut der Ablehnung soll nämlich eine ausgewogene Vorgangsweise ermöglichen, nicht aber, dass Parteien sich eines nicht genehmen Richters entledigen können.<sup>4)</sup>

Dem Ablehnungswerber kann durchaus querulatorisches Verhalten unterstellt werden, doch hat die Erstrichterin das ihr Vorgeworfene gar nicht getan. Der Richter darf lebhaft sein, auch laut und deutlich sprechen und seiner Pflicht mit Eifer und Leidenschaft nachgehen, aber Entgleisungen, grobe Unsachlichkeiten, rein gefühlsmäßig wertende, herabwürdigende oder gar beleidigende Äußerungen begründen erst die Besorgnis der Befangenheit, auch wenn in freier Rede und Gegenrede während der mündlichen Verhandlung (oder auch danach) dem Richter schon eher einmal unbeabsichtigt ein „Ausrutscher“ unterlaufen kann. Nichts dergleichen, nicht einmal ein verzeihlicher Ausrutscher, ist mE im Konkreten der Erstrichterin vorzuwerfen. Die

Entscheidung des BerG deckt sich mit der stRsp<sup>5)</sup> in Ablehnungssachen, nach der es genügt, dass eine Befangenheit mit Grund befürchtet werden muss – auch wenn der Richter tatsächlich unbefangen sein sollte – oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte; andererseits soll es durch die Regelungen über das Ablehnungsrecht nicht ermöglicht werden, sich nicht genehmer Richter entledigen zu können.

### D. Prozessuale Würdigung

Mit der vorliegenden Entscheidung verweigert der 4. Senat des OLG Linz allerdings der jüngsten Rsp<sup>6)</sup> des Höchstgerichts zur Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens die Gefolgschaft. Es lohnt durchaus, die (Hinter-)Gründe für dieses zivilverfahrensrechtliche Rebellentum zu erörtern.

#### 1. Die Argumente des OLG Linz

Die Argumente des OLG Linz lassen sich stichwortartig wie folgt zusammenzufassen:

- Die Unanfechtbarkeit stattgebender Entscheidungen gem § 24 Abs 2 JN bilde ein Argument gegen die Zweiseitigkeit des Verfahrens.
- Die Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens sei zu Gunsten einer Verfahrensbeschleunigung zu vernachlässigen; das sei sachgerecht und nicht unfair.
- Es gebe kein Verfassungs- oder gar Menschenrecht der Prozessparteien auf Abwehr eines Ablehnungsantrags.
- Die Zweiseitigkeit würde zu einer „Äußerungsflut“ führen, weil jede Äußerung beinahe zwangsläufig eine das Verfahren weiter verlängernde und verteuende Gegenäußerung nach sich zöge.
- Das Ablehnungsverfahren stelle keinen Zwischenstreit dar, weil einander nicht die Prozessparteien gegenüberstehen würden, was insb dann deutlich sei, wenn ein Richter selbst gem § 22 GOG seine Befangenheit anzeige.
- Die vom Ablehnungswerber verschiedene Partei sei gar nicht Beteiligte dieses Verfahrens, was keineswegs ungewöhnlich sei, weil beispielsweise auch das Verfahren über einen Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention gem § 18 Abs 2 ZPO nur zwischen dem Antragsteller und dem Nebenintervenienten geführt werde.
- Der OGH habe die Auswirkungen seiner Judikaturänderung weder ausreichend bedacht noch die Zweiseitigkeit tragfähig begründet.

#### 2. Die Judikatur des OGH

Die bisherige Rsp<sup>7)</sup> hielt an der Einseitigkeit des Ablehnungsverfahrens fest und lehnte daraus folgend einen

3) OGH 8 Ob 65/98 m ÖJZ-LSK 1998/151 = EFSlg 87.934 = EFSlg 87.945.

4) Deutlich OGH 17 Ob 30/08 y ecolex 2009/24, 59 (Hellbert) = RdW 2009/224, 279, zur Ablehnung eines Laienrichters.

5) Jüngst OGH 2 Ob 43/11 d Zak 2011/592, 318 mwN.

6) OGH 4 Ob 143/10 y ecolex 2001/132, 325 = Zak 2011/143, 79 = JBl 2011, 395 = Jus-Extra OGH-Z 4966.

7) Beginnend mit OGH 1 Ob 46/89 ÖJZ NRsp 1990/120/121 = SZ 63/24; zuletzt noch OGH 24. 1. 2008, 6 Nc 25/07 i (6 Nc 26/07 m).

Kostensatz für diesen Verfahrensabschnitt ab. Das Kostensatzbegehren wurde daher – unabhängig von der Frage nach dem Erfolg des Ablehnungsantrags – stets abgewiesen.<sup>8)</sup>

Die vom 4. Senat vollzogene Judikaturänderung<sup>9)</sup> hin zur nunmehrigen Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens ist keineswegs vereinzelt geblieben. Andere Senate entscheiden mittlerweile gleichermaßen.<sup>10)</sup>

Den vom OLG Linz behaupteten Begründungsmangel quittiert demgegenüber der 2. Senat wörtlich mit: „Der Oberste Gerichtshof hat in seiner Entscheidung 4 Ob 143/10y mit eingehender Begründung jüngst dargelegt, dass das Verfahren über die Ablehnung eines Richters sowohl in erster als auch in zweiter Instanz grundsätzlich zweiseitig ist.“ In der Tat hat der 4. Senat unter Hinweis auf einen Teil der Lehre<sup>11)</sup> ausgeführt, dass das Ablehnungsverfahren ebenso wie etwa ein Verfahren über eine Unzuständigkeitseinrede einen Zwischenstreit bildet, über dessen Kosten nach den Regeln des Ausgangsverfahrens unabhängig von dessen Ausgang zu entscheiden ist.<sup>12)</sup> Damit genügt die Entscheidung ihrer Begründungspflicht, die im Übrigen bei Kostenfragen nach dem Prinzip der Einfachheit<sup>13)</sup> ohnehin eingeschränkt ist.

### 3. Eigene Stellungnahme

Die Befangenheit im Zivilprozess ist keine bloße Sache zwischen dem Ablehnungswerber und dem Richter. Die Prüfung, ob die Unparteilichkeit nach § 19 JN iVm Art 6 MRK gegeben ist, ist iS einer subjektiven Prüfung, dh auf der Grundlage der persönlichen Überzeugung eines bestimmten Richters in einem bestimmten Fall, aber auch iS einer objektiven Prüfung, dh durch die Feststellung, ob der Richter ausreichende Gewähr bietet, jeden legitimen Zweifel in dieser Richtung auszuschalten, vorzunehmen.<sup>14)</sup> Der Zweck eines fairen Verfahrens nach Art 6 MRK erschöpft sich entgegen der Ansicht des OLG Linz nicht in der bloßen Vermeidung von Fehlurteilen oder der möglichst raschen „Abführung“ von Zivilprozessen: Recht soll nicht nur geübt, sondern auch sichtbar geübt werden.<sup>15)</sup> Ebenso brachte die österr Verfassungsjudikatur<sup>16)</sup> zum Ausdruck, dass bei der Beurteilung der Fairness eines Verfahrens auch der äußere Schein von Bedeutung ist. Diese Auslegung des § 19 Z 2 JN ist bisher auch vom gleichen Instanzgericht<sup>17)</sup> in Zivilverfahren ausdrücklich gebilligt worden, sodass die nunmehr eingenommene Position widersprüchlich erscheint und unzutreffend ist.

Der Verweis auf das (eingeschränkte) Prozessrechtsverhältnis unter Beteiligung eines Nebenintervenienten vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Voranzustellen ist, dass die Bestimmung des § 18 Abs 4 ZPO, nach der die Zulassung der Nebenintervention nicht durch ein abgesondertes Rechtsmittel angefochten werden konnte, durch die Zivilverfahrens-Novelle 2009<sup>18)</sup> mit Wirkung vom 1. 4. 2009 aufgehoben wurde. Neben verfassungsrechtlichen Überlegungen einer Herstellung der „Waffengleichheit“ iSd Art 6 MRK<sup>19)</sup> haben va kostenpolitische Überlegungen den Gesetzgeber<sup>20)</sup> dazu bewogen, die Frage der Zulassung des Nebenintervenienten zweckmäßigerweise sofort zu klären und nicht erst mit der

Endentscheidung anfechten zu lassen. Derartige Überlegungen lassen sich zwanglos auf das Ablehnungsverfahren übertragen, ohne dass zugleich eine „Äußerungsflut“ befürchtet werden muss. Übrigens: Im Zwischenstreit<sup>21)</sup> über die Zulassung des Nebenintervenienten wird auch dieser (ausnahmsweise) kostensatzpflichtig.<sup>22)</sup>

Das Höchstgericht hält zutreffend fest, dass das **Ablehnungsverfahren grundsätzlich zweiseitig** ist.<sup>23)</sup> Das bedeutet, dass im Fall der (amtswegig) wahrgenommenen Befangenheit, dh wenn ein Richter selbst nach § 22 GOG seine Befangenheit anzeigt, zunächst für ein zweiseitiges Ablehnungsverfahren kein Anlass besteht. Die als Akt der Rsp<sup>24)</sup> zu qualifizierende Befangenheitsanzeige hat nach § 22 Abs 3 GOG eine unmittelbare gerichtliche Entscheidung über das Vorhandensein des Befangenheitsgrundes zur Folge. Daran kann sich ein von den Parteien anzustrengendes zweiseitiges Rechtsmittelverfahren anschließen. Die vom OLG Linz befürchtete „persönliche Kostensatzpflicht des Richters“ im Umweg des Amts- bzw Organhaftungsverfahrens hat insofern keinen Platz.

Abschließend ist (nochmals) die auch in Österreich geltende Verfassungslage des Art 6 MRK zu beachten: Zur Chancengleichheit und damit zu den Garantien des Art 6 Abs 1 MRK gehört die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. Das rechtliche Gehör iS dieser Bestimmung wird nicht nur dann verletzt, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wird, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten. Das Gericht hat daher den Parteien Verfahrensvorgänge, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen betreffen, bekanntzugeben und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, dazu Stellung zu nehmen. Eine Beweisaufnahme ohne Zuziehung der Parteien führt noch nicht zur Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es genügt, dass sich eine Partei zu den Tatsachen und Beweisergebnissen vor der Ent-

8) Deutlich OGH 25. 7. 2000, 1 Ob 191/00 w.

9) OGH 18. 1. 2011, 4 Ob 143/10 y ecollex 2001/132, 325 = Zak 2011/143, 79.

10) OGH 27. 4. 2011, 7 Ob 204/10 s; 16. 6. 2011, 7 Ob 80/11 g; 2 Ob 43/11 d Zak 2011/592, 318.

11) Thiele, Kostensatz im zivilen Ablehnungsverfahren, RZ 2001, 270.

12) OGH 4 Ob 143/10 y P 5.1 ecollex 2001/132, 325 = Zak 2011/143, 79.

13) Vgl Thiele, Anwaltskosten<sup>2</sup> (2007) 30.

14) EKMR 25. 6. 1992, 47/1991/299/370, Thorgeir Thorgeirson/Island, ÖJZ MRK 1992/38, 810; 1. 7. 1991, 15975/90, ÖJZ MRK 1991/21, 858; EGMR 24. 5. 1989, Nr 11/1987/134/188, Hauschildt/Dänemark, ÖJZ MRK 1990/4, 188.

15) Vgl Miehsler/Vogler, Int Komm zur EMRK (1986) Art 6 Rz 304; EGMR 28. 6. 1984, Nr A/80, Campbell & Fell/GB, EuGRZ 1985, 534.

16) VfGH 28. 11. 1985, G 109/84, VfSlg 10.701; 1. 12. 1986, B 616/85, VfSlg 11.131.

17) OLG Linz 17. 1. 1997, 4 R 5/97 a.

18) BGBl I 2009/30.

19) Zu diesem auch für die Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens ganz zentralen Gesichtspunkt sogleich unten.

20) ErläutRV 89 BlgNR 24. GP zu Art III Z 2.

21) Auch dieser ist zweiseitig, aber eben zwischen dem Nebenintervenienten und dessen Prozessgegner.

22) StRsp OGH 3 Ob 211/10 s ecollex 2011/131, 325 = RdM-LS 2011/11 mwN.

23) OGH 2 Ob 43/11 d Zak 2011/592, 318; Hervorhebung vom Verfasser.

24) VwGH 20. 12. 1956, Z 2435/56 EvBl 1957/38; OGH 19. 11. 1987, 6 Ob 708/87.

scheidung äußern kann.<sup>25)</sup> Eine Kostenersatzpflicht im Ablehnungsverfahren als einseitigem Verfahren, an dem der Prozessgegner nicht beteiligt wird, besteht zwangsläufig aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht.<sup>26)</sup> Daraus folgt aber – letztlich aus denselben Gründen – eine Kostentragung beim zweiseitigen Ablehnungsverfahren. Die Zweiseitigkeit ist durch Art 6 MRK bedingt.

## E. Zusammenfassung

Nach Ansicht des OLG Linz handelt es sich beim Verfahren in Ablehnungssachen nach § 24 JN um ein einseitiges, sodass für den Prozessgegner des Ablehnungs-

werbers weder die Möglichkeit einer Äußerung noch gar einer Rechtsmittelbeantwortung besteht; Kostenersatz gebührt ebenfalls keiner. Diese Auffassung widerspricht nicht nur der jüngeren Auffassung des OGH, die von einer Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens ebenso wie von einer Kostenersatzpflicht bei verlorenen Ablehnungsanträgen ausgeht, sondern auch der geltenden Verfassungsrechtslage.

25) EGMR 15. 10. 2009, Nr 17056/06, *Micallef/Malta*, NLMR 2009, 294 = EF-Z 2010/35, 58 (*Kodek*); deutlich OGH 17 Ob 11/10 g, *Vita-Lady*, ÖJZ EvBl-LS 2010/174, 1085 = ÖBl 2011/10, 42 = wbl 2011/43, 109 = Zak 2010/771, 439.

26) Zu den einfachgesetzlichen Gründen bereits *Thiele*, RZ 2001, 270, 272 mwN.

### → In Kürze

Nach nunmehr gefestigter Rsp handelt es sich beim Verfahren in Ablehnungssachen nach § 24 JN um ein zweiseitiges, sodass für den Prozessgegner des Ablehnungswerbers sowohl die Möglichkeit einer Äußerung als auch einer Rechtsmittelbeantwortung besteht; ebenso gebührt Kostenersatz in diesem Zwischenstreit.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Clemens Thiele, LL. M. Tax (GGU), ist Rechtsanwalt und Gründer der Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg.  
Kontaktadresse: EUROLAWYER® Rechtsanwältinnen,  
Imbergstraße 19, 5020 Salzburg.  
Tel: (0662) 628 03 70, Fax: (0662) 628 037 22,  
E-Mail: [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at),  
Internet: [www.eurolawyer.at](http://www.eurolawyer.at)

#### Vom selben Autor erschienen:

Anwaltskosten<sup>3</sup> (2011); Kostenersatz im zivilen Ablehnungsverfahren, RZ 2001, 270.

