



Fundstelle: Zak 2011/487, 359

Das Verfahren in Ablehnungssachen ist – entgegen der jüngeren Ansicht des OGH einseitig. Nur jene Prozesspartei, die den Ablehnungsantrag gestellt hat, ist am Verfahren zu beteiligen und hat ein Rekursrecht; ein Kostenersatz findet nicht statt.

Leitsatz verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Das Oberlandesgericht Linz als Rekursgericht hat durch Senatspräsident Dr. Wilhelm Jerczynski als Vorsitzenden sowie Mag. Hans Peter Frixeder und Mag. Edeltraud Kraupa in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. M***** M*****, ***** vertreten durch Mag. Florian Traxlmayr, Rechtsanwalt in Linz, gegen die beklagten Parteien 1) L***** AG und 2) L***** S***** GmbH, *****vertreten durch Dr. Ludwig Beurle und andere, Rechtsanwälte in Linz, wegen restlich EUR 271.000,00 und Feststellung (Streitwert EUR 5.000,00), 38 Cg 14/11p des Landesgerichtes Linz, über den Rekurs des Klägers gegen den Beschluss des Landesgerichtes Linz vom 21. April 2011, 35 Nc 8/11z-3, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

Die Rekursbeantwortung der Beklagten wird zurückgewiesen. Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben. Der Kläger hat seine Rekurskosten selbst zu tragen.

Begründung:

Der Kläger begehrte nach Bewilligung der Verfahrenshilfe von den Beklagten EUR 270.000,00 Schadenersatz, weil sie ihn bei der Ausübung des Bestattungsgewerbes rechtswidrig behindert und schließlich in die Insolvenz getrieben hätten.

Die Beklagten bestritten das Klagsvorbringen und beantragten Klagsabweisung.

Mit der Behauptung, sein Schaden betrage mittlerweile EUR 1,375.000,00, beantragte der Kläger die Ausdehnung der Verfahrenshilfe auf diesen Betrag sowie auf ein Feststellungsbegehren (ON 6).

Das Erstgericht wies diesen Antrag ab (ON 7); das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung mit der Maßgabe, dass der Antrag des Klägers auf Ausdehnung der Verfahrenshilfe zurückgewiesen wurde (ON 16).

Danach dehnte der Kläger sein Begehren auf EUR 1,375.000,00 sowie um ein Feststellungsbegehren aus (ON 18).

Mit Beschluss vom 14. März 2011, ON 19, erklärte das Erstgericht die Verfahrenshilfe für erloschen und wies den darüber hinausgehenden Antrag der Beklagten auf Entziehung der Verfahrenshilfe ab (ON 19). Es vertrat – mit ausführlicher Begründung – die Ansicht, dass die weitere Rechtsverfolgung des Klägers offenbar mutwillig und aussichtslos sei. Es führte unter anderem aus, dass der Beklagte (richtig: Kläger) mit seinem Bestattungsunternehmen wirtschaftlich gescheitert sei und nun einen stolzen Betrag von EUR 1,375.000,00 einklage. Eine Partei, die die Kosten dieses Prozesses selbst tragen müsste, hätte die Klage jedenfalls nur um jene Beträge ausgedehnt, deren Verjährung droht.

Der Kläger lehnte daraufhin die Verhandlungsrichterin wegen dieser Formulierungen ab. Mit „stolzer Betrag“ bringe die Richterin eine emotionelle negative Wertung und ein Missfallen gegenüber dem begehrten Schadenersatz zum Ausdruck. Mit der Feststellung, dass der Kläger „wirtschaftlich gescheitert ist“, stelle die Richterin in für den Kläger beleidigender Weise die Eignung, ein Bestattungsunternehmen zu führen, in Frage, ohne auf die konkreten Umstände, weshalb es zur Einstellung des Unternehmens des Klägers gekommen ist, überhaupt einzugehen. Im Übrigen habe die Richterin den Kläger, als dieser sie bei Gericht aufgesucht habe, ohne ihn anzuhören und ohne die Möglichkeit einer Terminvereinbarung abrupt und unfreundlich des

Zimmers verwiesen.

Die abgelehnte Richterin erklärte, nicht befangen zu sein. Mit der Formulierung des „wirtschaftlichen Scheiterns“ habe sie ausdrücken wollen, dass der Kläger ein Insolvenzverfahren hinter sich hat und letztlich seinen Betrieb - nach eigenem Vorbringen - aus wirtschaftlichen (nicht etwa aus in seiner Person gelegenen) Gründen einstellen musste. Der Betrag, um den die Klage ausgedehnt wurde, sei in der Tat als „stolz“ anzusehen. Richtig sei, dass sie den Kläger nach seinem dritten Besuch nicht mehr besonders freundlich, aber jedenfalls sachlich, bestimmt und mit Sicherheit nicht unfreundlich aus dem Zimmer verwiesen habe, nachdem sie ihm zum wiederholten Male vergeblich zu erklären versucht habe, dass seine Besuche nichts bringen.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das *Erstgericht* die Ablehnung zurückgewiesen. Die beanstandeten Formulierungen seien weder unsachlich noch beleidigend, die Verweisung des Klägers aus dem Richterzimmer nicht unsachlich.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs des Klägers mit dem erschießbaren Abänderungsantrag, der Ablehnung Folge zu geben. Die Rekursbeantwortung der Beklagten ist unzulässig.

Nach ständiger und herrschender Rechtsprechung sind an dem von Amtswegigkeit geprägten Ablehnungsverfahren nur jene Prozessparteien beteiligt, die selbst einen Ablehnungsantrag gestellt haben. Ein Rekursrecht gegen eine abweisende Entscheidung steht nur jener Prozesspartei zu, die selbst abgelehnt hat, oder - im Falle einer Selbstanzeige gemäß § 22 GOG - dem Richter (Mayr in Rechberger³, Rz 1 und 4 zu § 24 JN; Klauser-Kodek¹⁶ E 13 zu § 24 JN; Ballon in Fasching, Kommentar², Rz 1 und 6 zu § 24 JN). Ein Kostenersatz findet im Ablehnungsverfahren nicht statt (Mayr aaO, Rz 6; Klauser-Kodek¹⁶, E 5 zu § 24 JN; Ballon aaO, Rz 4 zu § 23 JN; RIS Justiz RS0035778).

Im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof in der vom Erstgericht erwähnten Entscheidung 4 Ob 143/10y ausgesprochen, dass das Verfahren über die Ablehnung eines Richters „grundsätzlich zweiseitig“ sei (RIS-Justiz RS0126587), und dass über die Kosten dieses Zwischenstreites unabhängig von dessen Ausgang zu entscheiden sei (RIS-Justiz RS0126588). Diese Entscheidung eines einfachen Senates ist aber bislang vereinzelt geblieben; sie vermag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

„Gesetzlicher Richter“ ist derjenige Richter, welchem die Geschäftsverteilung seines Gerichtes ein Verfahren nach im Vorhinein bestimmten Kriterien zuweist, mitsamt allen seinen Stellvertretern. Auch der ausgeschlossene oder befangene Richter ist gesetzlicher Richter, und nicht erst der durch die zuständigen Organe (Gerichtsvorsteher, Befangenheitssenat) als zuständig bestimmte Stellvertreter. Andernfalls würde genau das eintreten, was durch eine feste Geschäftsverteilung verhindert werden soll: dass nämlich der gesetzliche Richter erst im Nachhinein durch eine individuelle Entscheidung bestimmt werden würde.

Die Entscheidung im Ablehnungsverfahren greift nicht in die feste Geschäftsverteilung ein, sondern wendet sie an, indem sie im Falle der Ausgeschlossenheit oder Befangenheit des zunächst berufenen Richters die Sache seinem nach der Geschäftsverteilung zuständigen Stellvertreter zuweist. Die Unanfechtbarkeit stattgebender Entscheidungen gemäß § 24 Abs 2 JN ist kein Argument für, sondern gegen die Zweiseitigkeit des Verfahrens: In diesem geht es nicht um die Wahrnehmung von Parteiinteressen, sondern um das öffentliche Interesse an der Objektivität der Rechtsprechung (Ballon aaO, Rz 6 zu § 24 JN). Das Gesetz sieht die Gefahr, dass eine Sache einem unbefangenen Richter abgenommen wird, offenkundig als so gering an, dass es sie zu Gunsten einer Verfahrensbeschleunigung vernachlässigt. Das ist sachgerecht und nicht unfair; es gibt kein Verfassungs- oder gar Menschenrecht der Prozessparteien auf Abwehr eines Ablehnungsantrages.

Die zwingende Einräumung eines Äußerungsrechtes würde zu einer „Äußerungsflut“ führen, weil jede Äußerung beinahe zwangsläufig eine das Verfahren weiter verlängernde und verteuernde 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.

Dass das Ablehnungsverfahren kein Zwischenstreit ist, in dem die Prozessparteien einander gegenüber stehen, wird dann besonders deutlich, wenn ein Richter selbst gemäß § 22 GOG seine Befangenheit anzeigt. Wäre das Verfahren zweiseitig, und würde er gegen eine abweisende Entscheidung erfolglos Rekurs erheben, stellte sich die Frage, wer dann die Kosten der Rekursbeantwortungen beider Parteien zahlte. Eine unmittelbare persönliche Kostenersatzpflicht des Richters gibt es seit der Zivilverfahrens-Novelle 1983 nicht mehr (die §§ 51 Abs 2, 514 Abs 3 ZPO aF wurden aufgehoben), und für einen Amtshaftungsanspruch wäre Unvertretbarkeit erforderlich. Die Parteien müssten dann wohl ihre Kosten selbst tragen, was aber den Grundsätzen eines Zwischenstreites widerspräche.

Eine unmittelbare Anwendung des § 521a ZPO über die Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil diese Bestimmung ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien voraussetzt. Im Ablehnungsverfahren stehen einander aber nur die ablehnende Partei und der Richter gegenüber; die andere Partei ist gar nicht Beteiligte dieses Verfahrens. Das ist keineswegs ungewöhnlich; beispielsweise ist das Verfahren über einen Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention gemäß § 18 Abs 2 ZPO nur zwischen dem Antragsteller und dem Nebenintervenienten zu führen.

Dass der Oberste Gerichtshof diese Überlegungen angestellt und die – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – aufgezeigten Auswirkungen seiner Entscheidung 4 Ob 143/10y bedacht und gewollt hätte, ist der Begründung dieser Entscheidung nicht zu entnehmen. Dass tragfähige Gründe, an der Einseitigkeit festzuhalten, nicht zu erkennen seien, ist keine tragfähige Begründung dafür, in Österreich deutsches (Verfassungs-)Recht anzuwenden, und dass kein Grund bestehe, an der einen Kostenersatz ablehnenden Rechtsprechung festzuhalten, ist keine tragfähige Rechtsgrundlage dafür, eine Partei mit unter Umständen erheblichen Kosten zu belasten. Die Entscheidung bietet daher keinen Anlass, von der herrschenden Rechtsprechung abzugehen und das Ablehnungsverfahren mehrseitig zu gestalten, sodass die Rekursbeantwortung der Beklagten als unzulässig zurückzuweisen war.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Der Rekurswerber bemängelt, dass ihm keine Möglichkeit eingeräumt wurde, auf die Stellungnahme der abgelehnten Richterin zu replizieren. Die Einholung einer solchen Stellungnahme ist aber nicht zwingend (Klauser-Kodek¹⁶, E 13 zu § 22 JN; Mayr aaO, Rz 2 zu § 22 JN; Ballon aaO, Rz 5 zu § 22 JN). Der Rekurswerber bleibt eine Erklärung dafür schuldig, welches entscheidungswesentliche Vorbringen er in einer solchen Äußerung erstattet hätte. Im Rekurs bringt er dazu nur mehr vor, dass ihm die abgelehnte Richterin einen Verhandlungstermin für Ende März 2011 in Aussicht gestellt (und nicht eingehalten) hätte. Daraus allein könnte aber keine Befangenheit der Richterin abgeleitet werden; Ungeduld des Rekurswerbers ist gleichfalls kein Ablehnungsgrund.

In der Sache beanstandet der Rekurswerber weiterhin die Formulierungen „stolzer“ Betrag und „wirtschaftlich gescheitert“. Die Formulierung „stolzer“ Betrag sei eine persönliche Wertung, die die gebotene Sachlichkeit und Distanz vermissen lasse. Aus sprachwissenschaftlicher Sicht handle es sich beim Adjektiv „stolz“ um eine persönliche Einschätzung, die keinen Inhalt transportiere. Mit „wirtschaftlichem Scheitern“ nehme die Erstrichterin eine „emotional gefärbte, ebenfalls die Sachlichkeit vermissende, negative und für den Kläger beleidigende Wertung vor, im Übrigen ohne die Hintergründe der Eröffnung des Konkursverfahrens überhaupt zu hinterfragen“.

Nach Duden, Deutsches Universalwörterbuch⁷, das wohl als sprachwissenschaftliches Werk gelten darf, bedeutet „stolz“ im hier verwendeten Zusammenhang umgangssprachlich „(im Hinblick auf Anzahl, Menge, Ausmaß) erheblich, beträchtlich; als ziemlich hoch empfunden; beeindruckend“. Die Verwendung der Umgangssprache allein deutet aber weder auf eine „emotionale Einstellung“ noch auf mangelnde Sachlichkeit und Distanz hin. Die mit der Verwendung des Wortes „stolz“ verbundene Wertung ist nicht unsachlich und zur Prüfung, ob die weitere Prozessführung des Rekurswerbers offenbar mutwillig iSd § 63 Abs 1 ZPO ist, auch notwendig. Die Meinungen

darüber, ob EUR 1,375.000,00 ein „stolzer“ Betrag sind, dürften entgegen der Ansicht des Rekurswerbers bei der Mehrheit der österreichischen Bevölkerung nicht sehr weit auseinandergehen.

„Scheitern“ bedeutet nach Duden, aaO, „ein angestrebtes Ziel o.Ä. nicht erreichen, keinen Erfolg haben; misslingen, missglücken, fehlschlagen“. Dieser Begriff ist weder emotional gefärbt noch beleidigend, sondern wertfrei. Da die abgelehnte Richterin, wie der Rekurswerber selbst hervorhebt, sich zu den Hintergründen des Konkursverfahrens überhaupt nicht geäußert hat, begründet auch diese beanstandete Formulierung nicht einmal den objektiven Anschein einer Befangenheit.

Der angefochtene Beschluss, auf dessen zutreffende Begründung im Übrigen verwiesen wird (§ 500a ZPO), ist damit frei von Rechtsirrtum, sodass dem Rekurs ein Erfolg zu versagen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf der oben dargestellten Rechtsprechung, nach der es im Ablehnungsverfahren keinen Kostenersatz gibt.

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 24 Abs 2 JN kein Rechtsmittel zulässig (Klauser-Kodek¹⁶ E 17 und 20 zu § 24 JN; Mayr aaO, Rz 5 zu § 24 JN; Ballon aaO, Rz 8 zu § 24 JN; RIS-Justiz RS0098751, RS0074402).

Anmerkung*

I. Das Problem

Im Ausgangsverfahren begehrte der verfahrensbeholdene Kläger zunächst von den Beklagten EUR 270.000,00 Schadenersatz, weil sie ihn bei der Ausübung des Bestattungsgewerbes rechtswidrig behindert und schließlich in die Insolvenz getrieben hätten. Als er sein Begehren auf EUR 1,375.000,00 ausdehnte, erklärte das Erstgericht die Verfahrenshilfe für erloschen und wies den darüber hinausgehenden Antrag der Beklagten auf Entziehung der Verfahrenshilfe ab. Begründend führte die Richterin aus, dass die weitere Rechtsverfolgung des Klägers offenbar mutwillig und aussichtslos wäre; der Kläger wäre mit seinem Bestattungsunternehmen „wirtschaftlich gescheitert“ würde einen „stolzen“ Betrag von EUR 1,375.000,00 einklagen.

Daraufhin lehnte Kläger die Verhandlungsrichterin wegen dieser Formulierungen 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 Kläger sie bei Gericht suchte, 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 Klägers aus dem Richterzimmer nicht unsachlich.

Dagegen erhob der Kläger das Rechtsmittel des Rekurses; die Beklagten erstatteten eine Rekursbeantwortung. Das zuständige Oberlandesgericht hatte sich primär mit der inhaltlichen Frage einer Berechtigung des Ablehnungsantrages zu befassen, nahm jedoch auch zu prozessuelne Fragen des Ablehnungsverfahrens Stellung.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das OLG Linz gab dem Rekurs keine Folge, bestätigte die Unbefangenheit der Erstrichterin und wies die Rekursbeantwortung der Beklagten als unzulässig ohne Kostenzuspruch zurück.

Der 3-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

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Interesse an der Objektivität der Rechtsprechung ginge.¹ 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 Ablehnungsantrages. Die zwingende Einräumung eines Äußerungsrechtes würde zu einer „Äußerungsflut“ führen, weil jede Äußerung beinahe zwangsläufig eine das Verfahren weiter verlängernde und verteuernde 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 träfe. Eine unmittelbare Anwendung des § 521a ZPO über die Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens 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 ist gar nicht Beteiligte dieses Verfahrens. Ein Kostenersatz (zugunsten des Ablehnungsgegners) daher ebenfalls ausgeschlossen.

Zu den geltend gemachten Ablehnungsgründen hielt das OLG Linz unter Rückgriff auf da 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 iS des § 63 Abs 1 ZPO wäre, auch notwendig waren. Da sich die abgelehnte Richterin im Übrigen zu den Hintergründen des Konkursverfahrens überhaupt nicht geäußert hatte, begründete auch diese beanstandete Formulierung nicht einmal den objektiven Anschein einer Befangenheit.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

A. Materiell-rechtliche Beurteilung

„*Hard cases make bad law*“ lautet ein anglo-amerikanisches Rechtssprichwort, 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 EUR 1,375.000,00“ 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.² Das verfassungsrechtlich durch Art 83 Abs 2, 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.³ 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 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 Berufungsgerichts deckt sich mit der st Rsp⁴ 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

¹ *Ballon in Fasching*, Kommentar², § 24 JN Rz 6.

² OGH 26.2.1998, 8 Ob 65/98m, ÖJZ-LSK 1998/151 = EFSIlg 87.934 = EFSIlg 87.945.

³ Deutlich OGH 23.9.2008, 17 Ob 30/08y, ecollex 2009/24, 59 (*Hellbert*) = RdW 2009/224, 279 zur Ablehnung eines Laienrichters.

⁴ Jüngst OGH 14.7.2011, 2 Ob 43/11d, nv, mwN.

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

B. Prozessuale Würdigung

Mit der vorliegenden Entscheidung verweigert der 4. Senat des OLG Linz allerdings der jüngsten Rsp⁵ des Höchstgerichts zur Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens die Gefolgschaft zu leisten. 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 gemäß § 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 Ablehnungsantrages.
- Die Zweiseitigkeit würde zu einer „Äußerungsflut“ führen, weil jede Äußerung beinahe zwangsläufig eine das Verfahren weiter verlängernde und verteuernde Gegenäußerung nach sich zöge.
- Das Ablehnungsverfahren stelle keinen Zwischenstreit dar, da einander nicht die Prozessparteien gegenüber stehen würden, was insbesondere dann deutlich sei, wenn ein Richter selbst gemäß § 22 GOG seine Befangenheit anzeigt.
- 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 gemäß § 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 Rsp⁶ hielt an der Einseitigkeit des Ablehnungsverfahrens fest und lehnte daraus folgend einen Kostenersatz für diesen Verfahrensabschnitt ab. Das Kostenersatzbegehren wurde daher – unabhängig von der Frage nach dem Erfolg des Ablehnungsantrags – stets abgewiesen.⁷

Die vom 4. Senat vollzogene Judikaturänderung⁸ hin zur nunmehrigen Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens ist keineswegs vereinzelt geblieben. Andere Senate entscheiden mittlerweile gleichermaßen.⁹

Den vom OLG Linz behaupteten Begründungsmangel quittiert dem gegenüber 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 Lehre¹⁰ ausgeführt, dass das Ablehnungsverfahren ebenso wie etwa ein

⁵ OGH 18.1.2011, 4 Ob 143/10y, ecollex 2001/132, 325 = Zak 2011/143, 79.

⁶ Beginnend mit OGH 21.2.1990, 1 Ob 46/89, ÖJZ NRsp 1990/120/121 = SZ 63/24; zuletzt noch OGH 24.1.2008, 6 Nc 25/07i, nv.

⁷ Deutlich OGH 25.7.2000, 1 Ob 191/00w, nv.

⁸ OGH 18.1.2011, 4 Ob 143/10y, ecollex 2001/132, 325 = Zak 2011/143, 79.

⁹ OGH 27.4.2011, 7 Ob 204/10s, nv; 16.6.2011, 7 Ob 80/11g, nv; 14.7.2011, 2 Ob 43/11d, nv.

¹⁰ Thiele, Kostenersatz im zivilen Ablehnungsverfahren, RZ 2001, 270.

Verfahren über eine Unzuständigkeitseinrede einen Zwischenstreit bildet, über dessen Kosten nach den Regeln des Ausgangsverfahrens unabhängig von dessen Ausgang zu entscheiden ist.¹¹ Damit genügt die Entscheidung ihrer Begründungspflicht, die im Übrigen bei Kostenfragen nach dem Prinzip der Einfachheit¹² 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 im Sinn einer subjektiven Prüfung, d.h. auf der Grundlage der persönlichen Überzeugung eines bestimmten Richters in einem bestimmten Fall, aber auch im Sinn einer objektiven Prüfung, d.h. durch die Feststellung, ob der Richter ausreichende Gewähr bietet, jeden legitimen Zweifel in dieser Richtung auszuschalten, vorzunehmen.¹³ 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.¹⁴ Ebenso brachte die österreichische Verfassungsjudikatur¹⁵ 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 Instanzgericht¹⁶ im Zivilverfahren ausdrücklich gebilligt worden, sodass die nunmehr eingennommene Position widersprüchlich und unzutreffend ist.

Der Verweis auf das (eingeschränkte) Prozessrechtsverhältnis unter Beteiligung eines Nebenintervienten 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, mit der Zivilverfahrens-Novelle 2009¹⁷ mit Wirkung vom 1.4.2009 aufgehoben wurde. Neben verfassungsrechtlichen Überlegungen einer Herstellung der „Waffengleichheit“ iS des Art 6 MRK¹⁸ haben v.a. kostenpolitische Überlegungen den Gesetzgeber¹⁹ dazu bewogen, die Frage der Zulassung des Nebenintervienten zweckmäßigerweise sofort zu klären und nicht erst mit der Endentscheidung anfechten zu lassen. Derartige Überlegungen lassen sich zwanglos auf das Ablehnungsverfahren übertragen, ohne dass gleich eine „Äußerungsflut“ zu befürchten sein muss. Übrigens: Im Zwischenstreit²⁰ über die Zulassung des Nebenintervienten wird auch dieser (ausnahmsweise) Kostenersatzpflichtig.²¹

Das Höchstgericht hält zutreffend fest, dass das Ablehnungsverfahren *grundsätzlich* zweiseitig ist.²² Das bedeutet, dass im Fall der (amtswegig) wahrgenommenen Befangenheit, d.h. wenn ein Richter selbst nach § 22 GOG seine Befangenheit anzeigt, zunächst für ein zweiseitiges Ablehnungsverfahren kein Anlass besteht. Die vom OLG Linz befürchtete „persönliche Kostenersatzpflicht 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 im Sinn dieser Bestimmung wird

¹¹ OGH 18.1.2011, 4 Ob 143/10y, Pkt. 5.1, ecolex 2001/132, 325 = Zak 2011/143, 79.

¹² Vgl. Thiele, Anwaltskosten² (2007), 30.

¹³ 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, 11/1987/134/188 – *Hauschildt/Dänemark*, ÖJZ MRK 1990/4, 188.

¹⁴ Vgl. *Miehsler/Vogler*, Int. Komm zur EMRK (1986), Art 6 Rz 304; EGMR 28.6.1984, A/80 – *Campbell & Fell/GB*, EuGRZ 1985, 534.

¹⁵ VfGH 28.11.1985, G 109/84, VfSlg 10.701; 1.12.1986, B 616/85, VfSlg 11.131.

¹⁶ OLG Linz 17.1.1997, 4 R 5/97a.

¹⁷ BGBl I 2009/30.

¹⁸ Zu diesem auch für die Zweiseitigkeit des Ablehnungsverfahrens ganz zentralen Gesichtspunkt sogleich unten.

¹⁹ EB RV 89 BlgNR 24. GP zu Art III Z.2.

²⁰ Auch dieser ist zweiseitig, aber eben zwischen dem Nebenintervienten und dessen Prozessgegner.

²¹ St Rsp OGH 14.12.2010, 3 Ob 211/10s, ecolex 2011/131, 325 = RdM-LS 2011/11 mwN.

²² OGH 14.7.2011, 2 Ob 43/11d, nv: Hervorhebung vom Verfasser.

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 Entscheidung äußern kann.²³ Eine Kostenersatzpflicht im Ablehnungsverfahren als einseitige Verfahren, an dem der Prozessgegner nicht beteiligt wird, besteht zwangsläufig aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht. Daraus folgt aber – letztlich aus denselben Gründen – eine Kostentragung beim zweiseitigen Ablehnungsverfahren.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht des OLG Linz handelt es sich beim Verfahren in Ablehnungssachen nach § 24 JN um ein einseitiges, sodass für den Prozessgegner des Ablehnungswerbers weder die Möglichkeit einer Äußerung oder 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.

²³ EGM 15.10.2009, 17056/06 – *Micallef/Malta*, NLMR 2009, 294 = EF-Z 2010/35, 58 (*Kodek*); deutlich OGH 5.10.2010, 17 Ob 11/10g – *Vita-Lady*, ÖJZ EvBl-LS 2010/174, 1085 = ÖBl 2011/10, 42 = wbl 2011/43, 109 = Zak 2010/771, 439.