

Kostenersatz im zivilen Ablehnungsverfahren*

1. Einleitung

Die Ablehnung von Richtern im Zivilprozess ist äußerst heikel.¹ Sie erfolgt keineswegs leichtfertig und stellt sich besonders misslich dar, weil nach der st Rsp des OGH das Kostenersatzbegehren *jedenfalls* abzuweisen ist. Die Befangenheitsablehnung muss mE verfahrensrechtlich die ultima ratio sein, und soll es nach hM offenbar auch kostenrechtlich bleiben. Andererseits sind die Bestimmungen der §§ 19 ff JN die verfassungsrechtlich gebotenen und deshalb unverzichtbaren Garantien von Objektivität und Unparteilichkeit der gerichtlichen Organe im konkreten Einzelfall. Dringt die Partei mit dem Ablehnungsantrag durch, wird rechtzeitig und wirksam richterliches Fehlverhalten abgewehrt. Nicht nur für ein erfolgreiches Beschwerdeverfahren erscheint der Kostenersatz konsequent.

2. Ziviles Ablehnungsverfahren

Gem § 19 Z 2 JN kann die Partei einen Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit ablehnen. Über diesen Ablehnungsantrag entscheidet nach dienstlicher Äußerung des Richters gem § 183 Abs 3 Geo am Bezirksgericht dessen Vorsteher, über dessen Ablehnung und die eines Richters des Gerichtshofes der nach § 23 JN gebildete Ablehnungssenat. Lediglich gegen eine den Befangenheitsantrag ablehnende Entscheidung kann nach § 24 Abs 2 JN Rekurs erhoben werden. Der Revisionsrekurs an den OGH ist jedenfalls unzulässig.² Diese kurz skizzierten Bestimmungen der Befangenheitsablehnung gelten in allen zivilgerichtlichen Verfahrensarten³ sowie für die Ablehnung anderer gerichtlicher Organe gem §§ 26, 27 JN. Die Frage der Kostenerstattung wird von Rsp und Lehre kaum erörtert. Die Bemessung des Streitwerts im Ablehnungsverfahren ist – soweit ersichtlich – überhaupt nicht thematisiert.

3. Kostenentscheidung und Kostenerstattung

Im Ablehnungsverfahren richtet sich die Kostenentscheidung und die Kostenerstattung nach den §§ 40 ff ZPO. Das erstinstanzliche Verfahren über den Ablehnungsantrag löst keine Gerichtsgebühren aus. Das Rekursverfahren ist ebenfalls gerichtskostenfrei.⁴ Die Frage des zivilprozessualen Kostenersatzes reduziert sich damit im Wesentlichen auf die anwaltlichen Vertretungskosten.⁵ Lediglich in Verfahren ohne Anwaltpflicht bedarf der Rekurs keiner Unterschrift eines Rechtsanwalts,⁶ sodass diesbezüglich ein Kostenersatz gem § 42 ZPO von vornherein ausscheidet, wenn sich die Partei nicht eines berufsmäßigen Vertreters bedient.

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), *Anwalt.Thiele@litigation.at*, Rechtsanwalt in Salzburg.

¹ Obwohl § 19 JN unter dem Begriff der „Ablehnung“ sowohl jene wegen Befangenheit als auch wegen Ausgeschlossenheit erfasst, beschränken sich die nachfolgenden kostenrechtlichen Überlegungen auf die Befangenheitsablehnung. Die Ausgeschlossenheit stellt einen Nichtigkeitsgrund dar mit der Kostenfolge des § 51 ZPO.

² St Rsp OGH 8.1.1936, SZ 18/6; 24.1.1951, JBl 1951, 488; 23.2.1955 RZ 1955, 95; 21.4.1988, 8 N 10/88, EvBl 1989/18; 28.8.1997, 3 Ob 253/97w, ZfRV 1998, 38; zu den Ausnahmen siehe *Ballon in Fasching*, ZPO² Rz 8 zu § 24 JN.

³ Exekution: EvBl 1980/101 = JBl 1980, 487 = RZ 1981/5; Insolvenz: § 171 KO, § 76 AO mit äußerst lesenswerter E des OLG Linz 20.5.1998, 2 R 98/98i, 99/98m, ZIK 1998, 209; OGH 12.2.1998, 8 Ob 309/97t, SZ 71/24; Außerstreit: EFSlg 63.901.

⁴ Daran hat auch die jüngste, saftige Gerichtsgebührenerhöhung durch VO vom 12.6.2001, BGBl II 2001/213, wirksam mit 1.7.2001, (noch) nichts geändert.

⁵ Zum Umfang des zivilprozessualen Kostenersatzes im allgemeinen siehe *Thiele*, *Anwaltskosten* (2000), 52 ff.

⁶ OGH 17.6.1981, 1 Ob 645/81, EvBl 1981/219 = SZ 54/96.

3.1 Meinungsstand

Nach der ständigen – aber kaum begründeten – **Rechtsprechung des OGH**⁷ gibt es keine Kostenersatzpflicht im Ablehnungsverfahren, da es sich um ein einseitiges, d.h. nicht kontradiktorisches, Verfahren handelt, an dem der Prozessgegner nicht beteiligt ist.⁸ Das Kostenersatzbegehren ist daher – unabhängig von der Frage nach dem Erfolg des Ablehnungsantrages – stets abzuweisen, da ein Ersatz im Gesetz nicht vorgesehen ist.⁹

Nach der **Gegenauffassung**¹⁰ steht dem Ablehnungswerber ausschließlich *bei Erfolg seines Antrages* ein Kostenersatzanspruch gegenüber dem Gegner zu. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind aber als weitere Verfahrenskosten gem § 52 ZPO der Entscheidung in der Hauptsache vorzubehalten. Ihr (endgültiger) Ersatz hängt dann vom Obsiegen des Ablehnungswerbers im zugrundeliegenden Rechtsstreit ab.

Eine **dritte Ansicht** hält die im Beschwerdeverfahren anfallenden Kosten für grundsätzlich erstattungsfähig. Die Kosten des Ablehnungsverfahrens sind Kosten des gesamten Verfahrens und damit aufgrund der Kostenentscheidung der Hauptsache nach den §§ 40 ff ZPO zu behandeln. Eine vom Ausgang des zugrundeliegende Rechtsstreits unabhängige Ersatzpflicht besteht wegen der Einseitigkeit des Ablehnungsverfahrens keinesfalls.¹¹ Eine isolierte Kostenentscheidung iSe vom Ausgang in der Hauptsache unabhängigen Ersatzpflicht kommt nach dazu **ergänzender Meinung**¹² allenfalls nach Sonderbestimmungen, wie zB § 393 EO im Provisorialverfahren in Betracht.

3.2 Eigene Stellungnahme

Ausgangspunkt der Kritik bildet die in der E vom 21.2.1990¹³ – soweit ersichtlich – erstmals rechtssatzmäßig formulierte Abweisung des Antrages auf Zuspruch von Prozesskosten im Befangenheitsstreit: „*Im Ablehnungsverfahren als einseitigem Verfahren gibt es nach dem Gesetz keine Kostenersatzpflicht. Das Kostenersatzbegehren ist daher - unabhängig von der Frage nach dem Erfolg des Ablehnungsantrages – abzuweisen.*“¹⁴

Richtig daran ist zunächst, dass weder die §§ 19 ff JN noch die §§ 40 ff ZPO eine *besondere* Kostenersatzvorschrift für Ablehnungssachen bereithalten. Dass damit zugleich ein Rückgriff auf die *allgemeinen Kostentragungsregeln* des Zivilverfahrens¹⁵ ausgeschlossen wäre, ist nicht gesagt, und lässt sich auch nicht aus dem Wesen des Befangenheitsstreits als einseitigem Verfahren ableiten.¹⁶

Wie *M. Bydlinski* zutreffend dargelegt hat,¹⁷ vermögen „einseitige Verfahren“ lediglich keine vom Ausgang in der Hauptsache unabhängige Ersatzpflicht zu begründen. Der Ablehnungsantrag löst nämlich keinen Zwischenstreit¹⁸ aus, weil die Parteien nicht mit

⁷ Zurückgehend auf die E v 21.2.1990, 1 Ob 46/89, NRsp 1990/120/121 = SZ 63/24.

⁸ In diesem Sinn auch OLG Linz, 1 R 15/99b, und *Mayr in Rechberger*, ZPO² Rz 6 zu § 24 JN, der wie in der Voraufgabe die Ansicht des OGH unerörtert wiederholt; ebenso LG Salzburg, 2.6.1999, 53 R 145/99a; OLG Linz, 2.6.2001, 1 R 104/01s.

⁹ Deutlich OGH 25.7.2000, 1 Ob 191/00w, und 1 Ob 188/00d vom gleichen Tag.

¹⁰ *Ballon in Fasching*, ZPO² Rz 4 zu § 23 JN unter Berufung auf OLG Linz, 2 R 192/91.

¹¹ *M.Bydlinski*, Der Kostenersatz im Zivilprozeß (1992), 358.

¹² In diese Richtung OLG Linz 29.12.1997, 2 R 273/97y.

¹³ OGH 1 Ob 46/89, NRsp 1990/120/121 = SZ 63/24.

¹⁴ Vgl auch jüngst OGH 16.1.2001, 4 Ob 328/00i, unter Berufung auf *Mayr in Rechberger*, ZPO² Rz 6 zu § 24 JN und die Vorjudikatur (SZ 63/24; 1 Ob 191/00w uva).

¹⁵ Dazu *Thiele*, Anwaltskosten, 61 ff; jüngst *Chvosta*, Prozesskostenrecht (2001), 68 ff.

¹⁶ So beruft sich der OGH in der E v 30.9.1997, 10 ObS 275/97g, sogar selbst auf die offenbar subsidiär geltenden sonstigen Prozesskostenersatzregelungen einschließlich jener nach Sonderverfahrensgesetzen wie zB § 77 Abs 1 Z 2 lit b ASGG (Ersatz nach Billigkeit).

¹⁷ Der Kostenersatz im Zivilprozeß, 358.

¹⁸ Zu diesem Begriff vgl §§ 285, 324 ZPO; näher *Chvosta*, Prozesskostenrecht, 100 f.

widerstreitenden Anträgen in Konfrontation treten.¹⁹ Demzufolge wird auch keine vom Prozesserverfolg in der Hauptsache unabhängige Ersatzpflicht begründet.²⁰ Es besteht keine abgesonderte Kostenhaftung hinsichtlich des Ablehnungsverfahrens. Die vom Höchstgericht wohl im Umkehrschluss daraus gezogene Konsequenz, dass die Kosten des Ablehnungsverfahrens insgesamt nicht zu ersetzen sind, und zwar unabhängig vom zugrundeliegenden Rechtsstreit, ist aus dem Fehlen eines Zwischenstreits allerdings nicht zu begründen. Ähnlich der Zurückverweisung der Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung an das Erstgericht – nach einem erfolgreichen Ablehnungsverfahren eben an einen anderen, unbefangenen Richter –, bilden die Kosten des Befangenheitsstreits weitere Verfahrenskosten. Wer diese Kosten endgültig zu tragen hat – der Ablehnungswerber selbst oder bei seinem Obsiegen der Prozessgegner –, hängt dann vom Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ab. Die in § 52 Abs.1 Satz 2 ZPO vorgesehene Ausnahmeregelung für einen selbständigen Zwischenstreit ist daher nicht anzuwenden.

Dem auf der Hand liegenden Einwand, es sei nicht einzusehen, warum der letztlich unterliegende Prozessgegner auch die Kosten eines erfolglosen Ablehnungsverfahrens seines Gegenübers tragen soll, versucht eine Mindermeinung²¹ offenbar durch eine „doppelte Erfolgsabhängigkeit“ des Kostenersatzes im Ablehnungsverfahren zu begegnen: ausschließlich die Kosten einer erfolgreichen Ablehnungsbeschwerde seien zu ersetzen. Denn nur in diesem Fall wären die Ablehnungskosten „als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw Rechtsverteidigung notwendig anzusehen“. ME bedeutet die „doppelte Erfolgsqualifizierung“ aber einen Systembruch. Obwohl der Befangenheitsstreit, wie bereits dargelegt, kein Zwischenverfahren darstellt, wird so getan als ob und zunächst entsprechend dem Ausgang des Ablehnungsverfahrens eine bedingte Ersatzpflicht iSd § 41 ZPO nach dem Erfolgsprinzip fingiert. Bedingung dieser erfolgsabhängigen Ersatzpflicht ist dann das Obsiegen des Ablehnungswerbers in der Hauptsache. Warum die Kosten des in der Ablehnungssache erfolglosen, aber in der Hauptsache obsiegenden, nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw Rechtsverteidigung notwendig gewesen sein sollen, bleibt offen. Die doppelte Erfolgsqualifizierung führt zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Behandlung der Ablehnungs- und der sonstigen Prozesskosten, die sich mangels Vorliegen eines Zwischenstreits systemkonform nicht rechtfertigen lässt.²² Es ist anerkannt, dass bei Entscheidungen, die nicht den Hauptgegenstand des Prozesses, sondern vielmehr Nebenfragen betreffen, ein insoweit vorliegender "Prozesserverfolg" nur dann für eine (abgesonderte) Kostenentscheidung von Bedeutung ist, wenn ein Zwischenstreit vorliegt, wenn sich also die Streitparteien in Ansehung der betreffenden Frage mit widerstreitenden Anträgen gegenüberstehen; dabei kann ein Gegenantrag einer Partei auch in einem Rechtsmittel bestehen, mit dem sie eine über Antrag ihres Gegners gefällte Entscheidung bekämpft.²³ So sind zB die Kosten eines Berichtigungsantrags nicht gesondert zuzuerkennen, wenn sich nicht der Gegner gegen eine Berichtigung ausgesprochen hat; auch in Ansehung der Kosten eines (erfolgreichen) Rekurses des Antragstellers gegen einen die Verfahrenshilfe versagenden Beschluss sind nach nunmehr überwiegender Judikatur die Rekurskosten (nur) dann dem Gegner unabhängig vom Ausgang der Hauptsache zum Ersatz aufzuerlegen, wenn insoweit ein echter Zwischenstreit besteht.²⁴

Liegt ein derartiger Zwischenstreit nicht vor, kann der insoweit bloß formale Rechtsmittelerfolg einer Partei nicht zu einem eigenen Kostenersatzanspruch gegen den

¹⁹ Zutreffend OLG Linz, 29.12.1997, 2 R 273/97y.

²⁰ *M.Bydlinski*, Der Kostenersatz im Zivilprozeß, 359 sieht darin zu Recht einen „bloßen Zwischenfall“ in der „neutralen Sphäre“ des Gerichts.

²¹ *Ballon* in *Fasching*, ZPO² Rz 4 zu § 23 JN; OLG Linz, 2 R 192/91.

²² Insofern erscheint auch *Ballons* Berufung auf *M.Bydlinski* nicht ganz schlüssig.

²³ Vgl dazu *M.Bydlinski*, Der Kostenersatz im Zivilprozeß, 357, mit Darstellung des Meinungsstandes.

²⁴ Dazu OLG Wien, 21.8.1997, 3 R 133/97v; 30.8.1996, 7 Ra 195/96i, AnwBl 1997, 213 = WR 802.

Prozessgegner führen. Vielmehr ist ein allfälliger Kostenersatzanspruch nur bei einem (späteren) Obsiegen in der Hauptsache begründet, was im Regelfall bedeutet, dass das Rechtsmittelgericht die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels iSd § 52 ZPO vorbehält bzw zu weiteren Verfahrenskosten erklärt.²⁵

Im Übrigen scheint die wohl hinter der „doppelten Erfolgsqualifizierung“ stehende Überlegung zu kurz gegriffen. Selbst wenn der Ablehnungswerber mit seinem Antrag unterlegen ist,²⁶ hat er doch idR bewirkt, dass der weiterhin amtierende Richter „auf der Hut“ ist und seine Sache womöglich besonders gewissenhaft macht.²⁷ Die Fälle mutwilliger oder rechtsmissbräuchlicher Ablehnungsanträge können mE ohnehin bei der abschließenden Kostenentscheidung in der Hauptsache ausreichend im Rahmen der Zweckmäßigungs- und Notwendigkeitsprüfung berücksichtigt und im einzelnen herausgefiltert werden. Deshalb hängt mE grundsätzlich auch der Kostenersatz für einen erfolglosen Ablehnungsantrag allein vom Obsiegen des Ablehnungswerbers in der Hauptsache ab, da die erfolglose Befangenheitsablehnung idR nicht von vornherein als unzweckmäßig oder unnötig anzusehen ist. In der Sache kann es keinen Unterschied machen, ob im Zeitpunkt der Kostenentscheidung der Prozessausgang noch offen ist - dann ist eben mit einem Kostenvorbehalt iSd § 52 ZPO vorzugehen - oder ob bereits feststeht, welche Partei wegen ihres Unterliegens in der Hauptsache die Kostenersatzpflicht auch hinsichtlich all jener Kosten trifft, die nicht einem echten Zwischenstreit zuzuordnen sind; diese hat ihrem Gegner dann alle nicht abgesondert zu behandelnden (notwendigen) Prozesskosten zu ersetzen sowie ihre eigenen endgültig selbst zu tragen.²⁸

4. Streitwertfestsetzung

Wenn man, wie die st höchstgerichtliche Rsp einen Kostenersatzanspruch in jedem Fall verneint, muss die Frage nach der Berechnung des Streitwerts im Ablehnungsverfahren rein akademisch bleiben. In der übrigen Judikatur (und Literatur) wird der Streitwert des Ablehnungsverfahrens – stillschweigend – mit dem Wert der Hauptsache gleichgesetzt.²⁹ Das kann dazu führen, dass ein Ablehnungsverfahren, bei dem es immerhin um die Unabhängigkeit und Objektivität des Richters im konkreten Einzelfall³⁰ geht, zu gering bewertet wird, zB bei einem Streit um einen Hauptanspruch von zweihundert Euro. Umgekehrt kann diese einheitliche Betrachtung dazu führen, dass der Ablehnungsstreit wesentlich zu hoch angesetzt wird, zB wenn Forderungen eingeklagt sind, die in die Millionen gehen. Die Entscheidung des Ablehnungsstreits schafft schließlich keinen Exekutionstitel. Die Prämisse, dass der Ablehnungsstreit in der Qualifizierung immer gleich der Hauptsache sei, d.h. dass der vermögensrechtliche Sachwert allein maßgebend sein soll, ist mE in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Der Streitgegenstand im Ablehnungsverfahren ist nicht denknotwendig derselbe wie im Hauptprozess. Mangels Zweiseitigkeit liegt auch kein echter Zwischenstreit vor,³¹ der *gegen* eine selbstständige Streitbewertung sprechen würde.

²⁵ ZB bei erfolgreichem Rekurs gegen eine a limine Zurückweisung: LGZ Wien, WR 259; die Kosten einer - wegen eines Zustellmangels erfolgreichen - Nichtigkeitsberufung: HG Wien, AnwBl.1995, 897; Kosten im Verfahren über einen Antrag auf Aufhebung einer irrtümlich erteilten Vollstreckbarkeitsbestätigung: SZ 17/29; bei einem erfolgreichen Rekurs gegen die Zurückweisung einer Berufung: LGZ Wien, MietSlg.30.689; überhaupt bei allen erfolgreichen Rekursen im Rahmen einer bloß einseitigen Auseinandersetzung der Partei mit dem Gericht: OLG Innsbruck, ZfRV 1981, 51.

²⁶ Zu denken ist insbes an formale Gründe, zB Präklusion gem § 21 Abs 2 JN.

²⁷ Die persönlichen Erfahrungen des Verfassers bestätigen diese Annahme.

²⁸ Vgl OLG Wien, AnwBl 1981, 330 mit Anm *H.Schmidt* zu den Kosten eines Berichtigungsantrages.

²⁹ Vgl OLG Linz, 29.12.1997, 2 R 273/97y.

³⁰ So zutreffend *Mayr in Rechberger*, ZPO² vor § 19 JN; *Ballon in Fasching*, ZPO² Rz 1 zu § 19 JN.

³¹ Siehe dazu bereits oben Pkt. 3.2.

Ablehnungsverfahren haben mE keine auf Geld oder eine geldwerte Leistung gerichteten Ansprüche zum Gegenstand. Sie entspringen nicht originär vermögensrechtlichen Verhältnissen. Die Befangenheitsablehnung gründet allein im Verfassungs-³² und Prozessrecht³³, maW im öffentlichen Recht. Als nicht vermögensrechtliche Streitigkeit ist sie selbstständig und unabhängig vom Streitwert der Hauptsache zu bewerten. Streitigkeiten ohne Vermögenswert (wie zB Statussachen) sind allerdings idR nicht zu bewerten.³⁴ Dem zufolge fehlt eine ausdrückliche Bewertungsvorschrift für Ablehnungsverfahren, sodass auf die in § 56 Abs 2 JN³⁵ genannten Grundsätze der Bewertung nach dem Interesse des Ablehnungswerbers zurückgegriffen werden kann. Am ehesten kommt eine Analogie „auf Abgabe von Willenserklärungen“³⁶ iSd § 59 JN in Betracht, die sich auf den Normzweck dieser Bestimmung stützt.³⁷ Anzuraten ist daher, vorsorglich schon bei Einbringung des Ablehnungsantrages einen ausdrückliche Streitwert anzugeben, und sei es den im prozesseinleitenden Schriftsatz gemachten zu wiederholen. Dadurch wird der Zweifelsstreitwert des § 56 JN im Ablehnungsverfahren vermieden. Eine augenfällig überhöhte Festsetzung kann vom Gericht nach § 60 JN korrigiert werden.

5. Zusammenfassung

Nach ständiger oberstgerichtlicher Rsp gibt es im Ablehnungsverfahren keine Kostenersatzpflicht. Ein Teil der Lehre hält demgegenüber nur die Kosten einer erfolgreichen Ablehnung bei Obsiegen in der Hauptsache für ersetzbar. Nach der hier vertretenen Auffassung stellen die Kosten des Ablehnungswerbers im Befangenheitsstreit in jedem Fall weitere Prozesskosten dar. Sie sind vielmehr als unselbständiger Teil des Hauptverfahrens gem § 52 ZPO vorzubehalten. Ihr Ersatz hängt allein vom Ausgang in der Hauptsache ab.

³² Art 87 ff B-VG; Art 6 Abs 1 EMRK.

³³ §§ 19 bis 27 JN.

³⁴ So bereits *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁴ (1994) Rz 107.

³⁵ „In allen anderen Fällen ...“, also auch in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten.

³⁶ Insbes unter Berücksichtigung des auf einen Beschluss gerichteten Ablehnungsbegehrens: „Der Richter (*Name*) ist in der (*Rechtssache*) infolge von Befangenheit ausgeschlossen“.

³⁷ Dargelegt von *Mayr* in *Rechberger*, ZPO² Rz 1 zu § 59 JN.