
Erstes Kapitel

Der Zivilprozess und seine verfassungsrechtlichen Grundlagen

I. Wesen des Zivilverfahrens und historische Entwicklung

Literatur: *Böhm*, Die österreichischen Justizgesetze von 1895/96, in *Hofmeister* (Hrsg), Kodifikation als Mittel der Politik (1986) 59; *Fischer*, Festvortrag „100 Jahre Republik – 100 Jahre Justizgeschichte“ Richtertag 2017, RZ 2018, 22; *Jelinek*, Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen, in *Habscheid* (Hrsg), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen (1991) 41; *Kodek*, Budgetbegleitgesetz 2011 – die justiziellen Bestimmungen im Überblick, Zak 2011/8, 4; *Lewisch/Rechberger* (Hrsg), 100 Jahre ZPO – Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (1998); *Matscher*, Der Beitrag des österreichischen Parlaments zur Entwicklung des zivilprozessualen Rechts, in *Schambeck* (Hrsg), Parlamentarismus und öffentliches Recht (1993); *Mayr* (Hrsg), 100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze (1998); *Mayr*, Neue Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, AnwBl 2009, 54; *Peer/Scheuer*, Neuerungen im Bereich des Zivilverfahrensrechts durch das Budgetbegleitgesetz 2011, ÖJZ 2011/13, 101; *Rechberger*, Zur Entwicklung des Zivilverfahrensrechts in Österreich in den letzten 50 Jahren, FS 50 Jahre Oberösterreichische Juristische Gesellschaft (2010) 54; *Spiegel*, ZVN 2022: Digitalisierung im Zivilverfahren, eolex 2022/420; *Sprung*, Die Grundlagen des österreichischen Zivilprozessrechts, ZZP 1977, 380; *Steininger*, 150 Jahre Oberster Gerichtshof in Wien, RZ 1998, 262.

Unter **Zivilverfahren** versteht man die staatlich geregelte Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche. Die Rechtsdurchsetzung kann nur in Ausnahmefällen (Notwehr, Notstand, Selbsthilfe) den Betroffenen selbst überlassen bleiben. IdR ist daher ein Verfahren vor staatlichen Organen (Gerichten) notwendig, in dem zunächst geklärt wird, ob der Anspruchswerber (Kläger = derjenige, der behauptet, Gläubiger zu sein) gegen den Anspruchsgegner (Beklagter = derjenige, der als Schuldner bezeichnet wird) einen privatrechtlichen Anspruch hat (**Erkenntnisverfahren** = Zivilprozess, Hauptrechtsquellen: JN und ZPO). Wird der behauptete Anspruch in einer staatlichen Entscheidung, idR in einem gerichtlichen **Urteil** als bestehend anerkannt, jedoch nicht freiwillig erfüllt, schließt sich daran ein **Zwangsvollstreckungsverfahren** zur faktischen Rechtsverwirklichung an (Exekution, Hauptrechtsquelle: EO). Ist ein Schuldner nicht in der Lage einen Anspruch zu erfüllen, dh insolvent, kommt es zu einem **Insolvenzverfahren** als Gesamtvollstreckungsverfahren zugunsten mehrerer Gläubiger (Sanierungs- oder Konkursverfahren; Hauptrechtsquelle: IO). Das **Außerstreitverfahren** schließlich ist ein Sonderverfahren zugunsten gewisser zivilrechtlicher Angelegenheiten, die in einem formfreieren und flexibleren Verfahren erledigt werden sollen (Hauptrechtsquelle: AußStrG).

Die österreichischen Zivilprozessgesetze (JN und ZPO) wurden 1895 und 1896 beschlossen, traten am 1. 1. 1898 in Kraft und lösten damit vor allem die AGO von 1781 ab (gleichzeitig wurde auch die EO in Kraft gesetzt). Die AGO und deren überarbeitete Fassung von 1796, die westgalizische Gerichtsordnung, bauten noch auf den Prozessprinzipien der Schriftlichkeit, Mittelbarkeit, Nichtöffentlichkeit und der an feste Beweisregeln gebundenen Beweiswürdigung auf, sodass die ZPO mit ihren **Grundsätzen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit, freien Beweiswürdigung** und auch vor allem **Raschheit des Verfahrens** die bisherigen Grundsätze gerade in ihr Gegenteil verkehrte und damit die damals wohl **modernste Prozessordnung Europas** darstellte.

Bereits vor Geltung der ZPO wurde dem Ruf nach einer Verfahrensbeschleunigung mit Verabschiedung des bis 1983 in Geltung gestandenen Bagatellverfahrens (RGBl 1873/66) entsprochen. Auch dieses sah bereits das Prinzip der Unmittelbarkeit und freien Beweiswürdigung vor.

Der Vater der ZPO, *Franz Klein*, wurde aber bald nach Inkrafttreten der Zivilprozessgesetze, basierend auf seinen Veröffentlichungen „pro futuro“, mit deren Reform beauftragt. *Franz Klein* sah im Zivilprozess nicht nur einen Streit zwischen zwei Privatpersonen über zivilrechtliche Verpflichtungen (eine Art Kampf um das Recht), sondern erblickte im Entstehen eines Zivilprozesses ein soziales Übel, das negative Auswirkungen auf die Wirtschaft zeitigte und daher möglichst effektiv zu beseitigen sei, weshalb der Prozess **einfach, rasch und billig** ausgestaltet werden müsse (sog **Grundsatz des sozialen Zivilprozesses**).¹

Die ZPO wurde erstmals 1914 durch die erste Gerichtsentlastungsnovelle (RGBl 1914/118) novelliert. Dabei wurde bei den Gerichtshöfen erster Instanz die obligatorische Senatsgerichtsbarkeit durch die Einzelgerichtsbarkeit ersetzt. Dieser folgten bis 1933 noch weitere sieben Gerichtsentlastungsnovellen. 1979 wurde mit dem Konsumentenschutzgesetz (KSchG) die erleichterte Möglichkeit der Bekämpfung von Versäumungsurteilen (VU) geschaffen. **Grundlegende Änderungen** erfolgten dann erst durch die **Zivilprozessrechtsnovellen 1983** (BGBl 1983/135) und **1986** (BGBl 1986/71), die vor allem vom Grundsatz des „**verbesserten Zugangs zum Recht**“ gekennzeichnet waren. Diese Novellen brachten Änderungen im Bereich der Verbesserungsfähigkeit von Schriftsätzen, im Eheverfahren und im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren, sowie eine Verlängerung der Rechtsmittelfristen.

Durch die erweiterte **Wertgrenzennovelle 1989** (BGBl 1989/343) wurden die **Wertgrenzen** für das Gerichtshofverfahren **sukzessive angehoben** und die rechtliche Möglichkeit der **Grundsatzrevision** geschaffen. Die Neuregelung eines **Fristsetzungsantrags** sollte die Verfahren beschleunigen. Weitere Novellierungen erfolgten im Zug der **EO-Novelle 1991** (BGBl 1991/628) im Bereich der §§ 27 und 50 sowie im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren durch die **ASGG-Novelle 1994** (BGBl 1994/624).

Eine weitere Änderung vollzog sich schließlich durch die erweiterte **Wertgrenzennovelle 1997** (BGBl I 1997/140), die vor allem eine grundlegende Novellierung des **Rechtsmittelverfahrens**, Änderungen im Bereich der internationalen **Zuständigkeit** sowie die Anhebung vieler **Wertgrenzen** brachte. Mit der **Zivilverfahrens-Novelle 2002** (BGBl I 2002/76) wurden zahlreiche **verfahrensbeschleunigende Maßnahmen** und Änderungen vor allem im Bereich des **Mahnverfahrens** (vor allem seine Ausweitung auf das Gerichtshofverfahren), bei den **VU** und im **typischen Verfahrensablauf (Abschaffung der ersten Tagsatzung)** eingeführt. Die **Zivilverfahrens-Novelle 2004** (BGBl I 2004/128) brachte kleine Änderungen in der **Gerichtsbesetzung**, im Recht der **Verfahrenshilfe**, bei der **Akteneinsicht** und beim **VU** und das **Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006** (BGBl I 2006/7) reformierte das Schiedsverfahren.

Weitere Neuerungen erfuhr die ZPO durch die **Zivilverfahrensnovelle 2009** (BGBl I 2009/30), durch zwei Sammelgesetze – nämlich die **Budgetbegleitgesetze 2009 und 2011** – die **Grundbuchs-Novelle 2012** (BGBl I 2012/30) und das **Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2013** (BGBl I 2013/118). Einen fundamentalen Wechsel im Rechtsschutzsystem hinsichtlich der Geltendmachung von Verfassungswidrigkeiten eines einfachen Gesetzes (oder einer Verordnung) brachte die **Änderung des B-VG** (BGBl I 2013/114): Seit 1. 1. 2015 können die Parteien eines

¹ Vgl dazu *Lewis* in *Lewis/Rechberger*, 100 Jahre ZPO 97 ff.

Zivilprozesses aus Anlass eines Rechtsmittels an die zweite Instanz **einen Antrag auf Gesetzes- bzw. Verordnungsprüfung** stellen (Art 139, 140 B-VG, s dazu S 7 f). Mit der Novelle 2015 (BGBl I 2015/94) kam es zu Systemanpassungen iZm Prozesseinreden.² Seither wurde die ZPO auch durch Novellen in anderen Rechtsbereichen (geringfügig) angepasst. So im Rahmen des **2. Erwachsenenschutzgesetzes** (BGBl I 2017/59), dem **Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018** (BGBl I 2018/32), dem **Erwachsenenschutz-Anpassungsgesetz Justiz** (BGBl I 2018/58) und der **UWG-Novelle 2018** (BGBl I 2018/109).

➤ ZVN 2022

Die **Zivilverfahrens-Novelle 2022 (ZVN 2022)**, die seit 1. 5. 2022 in Kraft ist, machte es sich zum Ziel, die **Digitalisierung und Modernisierung des Zivilprozesses** weiter voranzutreiben. Zwar sollten Arbeitsabläufe der Gerichte nun vollständig digital ablaufen können, doch wurden die **verfahrensrechtlichen Vorgaben und Abläufe grundsätzlich nicht verändert**. Dort, wo die **digitale Aktenführung** Sonderregelungen erforderte – etwa bei der **Unterschriftsleistung** –, wurden neue Regelungen geschaffen, die parallel zu den für auf Papier geführte Akten nun für digital geführte Akten gelten. Um die Papierlast zu minimieren, wurde nun vor allem auch auf die **Einbringung von physischen Originalen** – sog „Urschriften“ – verzichtet. Diese werden nur mehr bei Bedarf auf Auftrag des Gerichts vorgelegt – zB bei Zweifel an der Authentizität oder wenn dies vom Gesetz angeordnet ist. In diesem Zusammenhang wurde notwendigerweise auch das **Gebührenrecht** überarbeitet (Akteneinsicht, Kopiergebühr etc).

Die **EO** erfuhr zahlreiche Anpassungen, zunächst mit der **EO-Novelle 2008** (BGBl I 2008/37), dem **Sicherheitsbehörden-Neustrukturierungs-Gesetz** (BGBl I 2012/50), dem **Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013** (BGBl I 2013/33), sowie der **EO-Novelle 2014** (BGBl I 2014/69) und der **EO-Novelle 2016** (BGBl I 2016/100). Auch hier kam es seither nur zu kleineren Novellierungen durch das **Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018** (BGBl I 2018/32), das **Zivilrechts- und Zivilverfahrensrechts-Änderungsgesetz 2019** (BGBl I 2019/38) und das **Gewaltenschutzgesetz 2019** (BGBl I 2019/105). Im Zuge einer **Gesamtreform des Exekutionsrechts** (GREx; BGBl I 2021/86) erfuhr die **EO 2021** schließlich eine umfassende Novellierung.

Die **IO** wurde im Jahr 2010 durch das **Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010** (BGBl I 2010/29) umfassend novelliert und erfuhr seither Änderungen durch das **Budgetbegleitgesetz 2011** (BGBl I 2010/111), das **Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013** (BGBl I 2013/109), die **EO-Novelle 2014** (BGBl I 2014/69), das **Sanierungs- und Abwicklungsgesetz** (BGBl I 2014/98), das **Versicherungsaufsichtsgesetz 2016** (BGBl I 2015/34), das **Abschlussprüfungsrechts-Änderungsgesetz 2016** (BGBl I 2016/43), das **IRÄG 2017** (BGBl I 2017/122), das **Zivilrechts- und Zivilverfahrensrechts-Änderungsgesetz 2019** (BGBl I 2019/38), die **GREx** (BGBl I 2021/86), das **RIRUG** (BGBl I 2021/147) und zuletzt durch das **Pfandbriefgesetz** (BGBl I 2021/199).

² Vgl dazu Nachweise in der bisherigen Judikatur: RIS-Justiz RS0040233, zuletzt 1 Ob 249/15x.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Zivilverfahrens

Literatur: *Adamovich*, Einwirkungen der Verfassung auf die Rechtsprechung, RZ 1993, 7; *Adamovich*, Ausschluss der Öffentlichkeit im zivilgerichtlichen Verfahren durch Parteienantrag? RZ 2004, 165; *Ballon*, Der Einfluss der Verfassung auf das Zivilprozessrecht, ZZP 1983, 409; *Berchtold*, Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 40 Jahre EMRK II (1992) 711; *Böhm*, Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung des zivilgerichtlichen Verfahrens aus verfassungsrechtlicher Sicht, FS Machacek und FS Matscher (2008) 731; *DACH* (Hrsg), Grundrechtsschutz im gerichtlichen Verfahren (1994); *Fasching*, Verfassungskonforme Gerichtsorganisation, 10. ÖJT 1988, I/3; *Fasching*, Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990, 749; *Fragner/Schimka*, Verwaltungsgerichtsbarkeit-Novelle 2012, GesRZ 2012, 91; *Grois*, Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, AnwBl 2013, 426; *Holoubek*, Parteienantrag auf Normenkontrolle – Erste Erfahrungen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, RZ 2017, 83; *Klicka*, Der Antrag auf Normenkontrolle durch die Verfahrenspartei im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, wobl 2015, 10; *Kodek*, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2008/25; *Lebitsch*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Organisation der Bezirksgerichte, RZ 1994, 258; *Lienbacher*, Der Öffentlichkeitsgrundsatz des Zivil- und Strafverfahrens im österreichischen Verfassungsrecht, ÖJZ 1990, 425; *Lovrek*, Rechtsstaatlichkeit aus Sicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit, AnwBl 2019/131; *Matscher*, Der Einfluss der EMRK auf den Zivilprozess, FS Henckel (1995) 593; *Matscher*, Der Gerichtsbegriff der EMRK, FS Baumgärtel (1990) 363; *Matscher*, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 1980, 1; *Mayer*, Funktion und Grenzen der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat, 11. ÖJT 1991, I/1; *Mayr/Rath-Kathrein*, Verfassungsrechtliche Fragen der wohnrechtlichen Schlichtungsstellen, wobl 2013, 67; *Moritz*, Zur kompetenzrechtlichen Bedeutung des Art 15 Abs 9 B-VG, JBl 1989, 72; *Parzmayr*, Die Grenzen der Öffentlichkeit im Zivilprozess, ÖJZ 2016/86; *Pernthaler*, Rechtsweg als Menschenrecht – Zur neueren Auslegung des Art 6 MRK als Rechtsweggarantie für „civil rights“, FS Klecatsky (1990) 221; *Pöschl*, Normprüfungsanträge durch die Parteien – Die Entstehungsgeschichte und ihr verfassungsrechtlicher Kontext, RZ 2017, 56; *Ratz*, Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2016/72; *Schambeck*, Demokratie und Gerichtsbarkeit, RZ 1992, 219; *Spending*, Zum Parteienantrag auf Normenkontrolle – Ein Überblick über die Rechtsprechung des VfGH zu den Antragsvoraussetzungen, ÖJZ 2017/87; *Stefula*, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle an den VfGH in Zivilverfahren, Zak 2015/7; *Stefula*, Erste Erfahrungen mit dem Parteienantrag auf Normenkontrolle aus Sicht der Zivilgerichtsbarkeit – Normprüfungsanträge durch Verfahrensparteien, RZ 2017, 79; *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 443; *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960).

A. Organisation der Gerichte

1. Die Gerichte

Das Zivilverfahrensrecht steht unter mehreren **verfassungsrechtlichen Vorgaben**. Zunächst gibt das Verfassungsrecht organisatorische Strukturen vor. Art 82 B-VG setzt den **Bund** als Träger der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein – mit der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 (BGBl I 2012/51) wurde daneben (für bestimmte Angelegenheiten) eine Verwaltungsgerichtsbarkeit der Länder eingeführt. Art 92 B-VG sieht den **OGH als oberste Instanz** in Zivil- und Strafsachen vor, was zweierlei bedeutet: Eine Bestandsgarantie für den OGH (nicht aber, dass dieser auch in jeder Sache angerufen werden kann!) und den Ausschluss eines weiteren Rechtszuges (insb an den VfGH). Das bedeutet, dass die Beachtung grundrechtlicher Aspekte eines Zivilrechtsfalls dem OGH überantwortet ist. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit der **Anrufung des EGMR** in Straßburg, sofern die Verletzung eines sich aus der EMRK ergebenden Grundrechts mit einer Beschwerde geltend gemacht wird. Auf den Weiterbestand der innerstaatlichen Entscheidung hat eine Entscheidung des EGMR allerdings keinen unmittelbaren Einfluss, der EGMR kann nur eine **Verletzung der EMRK feststellen** und einen allfälligen Schadenersatz gegen die Republik Österreich zusprechen.

Einen fundamentalen Wechsel im Rechtsschutzsystem hinsichtlich der Geltendmachung von **Verfassungswidrigkeiten** eines einfachen Gesetzes (und der Gesetzwidrigkeit einer Verordnung) brachte die Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes (BGBl I 2013/114): Seit 1. 1. 2015 kann die Partei eines in erster Instanz entschiedenen Gerichtsverfahrens, die wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Norm in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, selbst einen **Antrag auf Gesetzes- bzw. Ordnungsprüfung (Parteiaantrag auf Normenkontrolle bzw. Gesetzesbeschwerde)** stellen (Art 139, 140 B-VG).³ Dieses Antragsrecht an den VfGH besteht aus **Anlass** eines gegen diese Entscheidung erhobenen **Rechtsmittels**. Die Voraussetzungen und Wirkungen dieses Antrags richten sich nach den Bestimmungen des VfGG. Die Verständigung des VfGH von der Antragstellung ist zum Prozessakt zu nehmen und dem Gegner zur Kenntnis zu bringen (§ 528b Abs 1). Das Rechtsmittelverfahren bleibt davon grundsätzlich unberührt; das Gericht hat den VfGH allerdings von der rechtskräftigen Zurückweisung bzw. Zurücknahme des Rechtsmittels zu verständigen (§ 528b Abs 2). Mittlerweile vom VfGH teilweise aufgehobene Ausnahmen⁴ dieses Antragsrechts auf Normenkontrolle bestehen nach § 57a Abs 1 bzw. § 62a Abs 1 VfGG ua für Verfahren über Besitzstörung, Beweissicherung oder eV, das Exekutionsverfahren, das Insolvenzverfahren,⁵ und die Kindesrückstellung. Die verfahrenstechnische Umsetzung des Parteiaantrags auf Normenkontrolle bringen die §§ 57a, 62a VfGG und § 528b bzw. § 80a AußStrG. Daneben besteht die allgemeine Anfechtungsbefugnis wegen Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes (oder Gesetzwidrigkeit einer Verordnung) für **jedes Gericht**, welches **Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit** eines anzuwendenden Gesetzes (bzw. Gesetzmäßigkeit einer anzuwendenden Verordnung) hat nach Art 89 Abs 2 B-VG.

2. Trennung Justiz – Verwaltung

Art 94 Abs 1 B-VG enthält den Grundsatz der **Trennung von Justiz und Verwaltung**, was von der hM⁶ so verstanden wird, dass ein Rechtsstreit einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde zugewiesen sein muss und es (in beide Richtungen!) **keinerlei Instanzenzüge** zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden geben darf.

Mit der **Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012** (BGBl I 2012/51) wurde Art 94 B-VG ein neuer Abs 2 angefügt. Mit diesem wurde dem einfachen Gesetzgeber die Befugnis eingeräumt, in einzelnen Angelegenheiten einen **Instanzenzug von der Verwaltungsbehörde an die ordentlichen Gerichte** vorzusehen. Schon bisher hat der Gesetzgeber in gewissen Materien (insb außerstreitigen Mietsachen, Sozialrechtssachen, Enteignungsentschädigungen) vor dem gerichtlichen Verfahren die Durchführung einer Art behördlichen **Schlichtungsverfahrens** vor einer Verwaltungsstelle für wünschenswert gehalten (vor allem aus Entlastungsgründen für die Gerichte)⁷ und in der Vergangenheit (als Umgehung des früheren Art 94 B-VG) zur sog „**sukzessiven Kompetenz**“ gegriffen.

Sukzessive Kompetenz bedeutet, dass zunächst ein Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde durchgeführt wird, die Sache aber danach immer noch vor das Gericht gebracht werden

³ Dazu *Holoubek*, RZ 2017, 83; *Pöschl*, RZ 2017, 56; *Klicka*, wobl 2015, 10; *Stefula*, Zak 2015/7 und RZ 2017, 79.

⁴ Dazu *Spenling*, ÖJZ 2017/87.

⁵ Dies ist nicht verfassungswidrig: VfGH G 647/2015 RdW 2017/137.

⁶ Vgl etwa *Kodek/Mayr*, ZPR⁵ Rz 47 f; *Fasching*, ZPR² Rz 85.

⁷ Die darin ergehende Entscheidung hat Rechtskraftwirkung (auch für einen Rechtsnachfolger, vgl S 215 f): 8 Ob 76/99f immolex 2000/3.

kann und mit Anrufung des Gerichts (durch die mit der Entscheidung der Verwaltungsbehörde unzufriedene Partei) die Verwaltungsentscheidung **ex lege** – dh automatisch – **außer Kraft tritt**. Es wird also vor dem Gericht ein komplett neues Verfahren durchgeführt. Schon Art 94 B-VG aF sollte man bei vernünftiger Auslegung nur den Sinn geben, einerseits gemischte Behörden zu verhindern (die gleichzeitig Gericht und Verwaltungsbehörde sind, zB nach dem historischen Vorbild der „gemischten Bezirksämter“) und andererseits einen Instanzenzug vom Gericht zu einer übergeordneten Verwaltungsbehörde auszuschließen, weshalb der juristische Trick der sukzessiven Kompetenz eigentlich nicht notwendig gewesen wäre. Art 94 Abs 2 B-VG regelt nun, dass die Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung durch ein rechtsstaatlich gesehen höherwertiges Organ, ein Gericht, nicht unmöglich gemacht werden soll. Nur die Justiz wird in Art 94 Abs 1 B-VG davor geschützt, dass die Verwaltung in ihren Bereich eingreift. Nach dem Wortlaut des neuen Art 94 Abs 2 B-VG scheint jedenfalls nunmehr klar gestellt, dass ein **Außerkrafttreten der Verwaltungsentscheidung** bei der Befassung durch das Gericht **nicht mehr erforderlich** ist.⁸

3. Unabhängigkeit der Justiz

Literatur: *Brenn*, Richterliche Unabhängigkeit: Grenzen der Dienstaufsicht, ÖJZ 2019/104; *König*, EU-Justizbarometer 2020, AnwBl 2020/227; *Piska/Wieser*, Feste Geschäftsverteilung wackelt im Überlastungsfall, ecolex 2015, 771; *Ratz*, Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2016/72; *Straganz-Schröfl*, Wie unabhängig ist die europäische Justiz? RZ 2018, 221.

Zur Verhinderung von Einflussnahmen auf Gerichtsverfahren garantiert Art 83 Abs 2 B-VG die Wahrung des **gesetzlichen Richters** und verhindert die willkürliche, individuelle Auswechslung des Entscheidungsorgans. Dies ist durch Art 87 Abs 3 B-VG abgesichert, der die Einrichtung einer **festen Geschäftsverteilung** vorsieht, wonach die im einzelnen Streitfall vorgesehenen Richter jeweils im Voraus erkennbar sein müssen. **Verstöße** gegen das Gebot des gesetzlichen Richters werden von der ZPO – allerdings mit gewissen Einschränkungen, dh Heilungsmöglichkeiten – auch **sanktioniert**: So ist die Entscheidung eines unzuständigen Gerichts – sofern nicht Heilung der Unzuständigkeit eingetreten ist (dazu S 81 ff) – mit einem Nichtigkeitsgrund nach § 477 Abs 1 Z 3 behaftet und Verstöße gegen die Gerichtsbesetzung bzw Geschäftsverteilung sind nach den § 260 Abs 4, § 477 Abs 1 Z 2 ebenfalls (heilbare) **Nichtigkeitsgründe**.

Der Absicherung gegen unsachliche Einflüsse auf das Verfahren dienen auch die **Ablehnungsgründe** (dazu S 13 ff) sowie die Regeln über die **richterliche Unabhängigkeit**,⁹ insb die **Weisungsungebundenheit** der Richter bei ihrer rechtsprechenden Tätigkeit (Art 87 Abs 1 B-VG) und der Schutz vor **grundloser Absetzung** oder **Versetzung** (Art 88 B-VG).

Der **Rechtspfleger** (dazu näher S 11) als mit richterlichen Funktionen betrauter Beamter wurde in Art 87a B-VG verfassungsrechtlich eingerichtet, unterliegt aber insb einer Weisungsbefugnis durch seinen vorgesetzten Richter.

⁸ Vgl *Mayr/Rath-Kathrein*, wobl 2013, 67; *Grois*, AnwBl 2013, 426.

⁹ *Ratz*, ÖJZ 2016/72.

B. Verfahrensgarantien

1. Öffentlichkeit

Literatur: *Lutschounig*, Medienöffentlichkeit im (Zivil-)Prozess – droht ein „gläserner“ Gerichtssaal? ÖJZ 2017/117; *Parzmayr*, Die Grenzen der Öffentlichkeit im Zivilprozess, ÖJZ 2016/86; *Schneider*, Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz – ein Widerspruch? ÖJZ 2013, 149.

Das Verfassungsrecht enthält auch Regeln zur inhaltlichen Ausgestaltung des Verfahrensablaufs. So finden die Verhandlungen grds öffentlich statt (Art 90 Abs 1 B-VG). Ausnahmen lässt Satz 2 zu, wovon in der ZPO insb in den §§ 171 ff, in § 19 AußStrG,¹⁰ § 26 UWG sowie § 30 KSchG Gebrauch gemacht wurde. Keine (Volks-)Öffentlichkeit gibt es ex lege in **Ehesachen** (§ 460 Z 3) und – über Entscheidung durch das Gericht bzw auch teilweise auf Antrag – bei **Tatsachen des Familienlebens** oder bei Gefährdung der **Sittlichkeit**. Mit der UWG-Novelle 2018 (BGBl I 2018/109) wurde das Antragsrecht dahin gehend ergänzt, dass auch bei der **Erörterung von Geschäftsgeheimnissen** die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann (§ 172 Abs 2). Bei Ausschluss der Volksöffentlichkeit sind in streitigen Verfahren – außer der Partei und ihrem Bevollmächtigten – **drei Vertrauenspersonen** zuzulassen, wenn die Partei dies verlangt (§ 174 Abs 1). In Außerstreitverfahren kann die Partei bei der mündlichen Verhandlung hingegen nur die Anwesenheit **einer Vertrauensperson** verlangen (§ 19 Abs 5 AußStrG).¹¹ Der Grund für diese unterschiedliche Rechtslage erschließt sich dem Rechtsanwender freilich nicht so recht. Die Verletzung der Öffentlichkeit wird von der ZPO als Nichtigkeitsgrund sanktioniert (§ 477 Abs 1 Z 7).

2. Fair trial und rechtliches Gehör

Die **wichtigste verfassungsrechtliche Regelung** über das Gerichtsverfahren bringt **Art 6 EMRK**. Er fordert, dass über **zivilrechtliche Ansprüche** ein auf Gesetz beruhendes Gericht („tribunal“) innerhalb angemessener Frist in einem öffentlichen, fairen Verfahren („fair trial“) unter Wahrung des **rechtlichen Gehörs** der Parteien entscheidet. Das rechtliche Gehör kann auch aus dem **Rechtsstaatsprinzip** abgeleitet werden und war bereits seit 1898 durch die ZPO selbst abgesichert. § 477 Abs 1 Z 4 erklärt den Entzug der Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, also einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör, zu einem **Nichtigkeitsgrund** für die Berufung bzw Revision. Noch einen Schritt weiter gehend, bildet es nach der ZPO sogar einen Grund für eine nach Rechtskraft der Entscheidung mögliche **Nichtigkeitsklage** gem § 529, wenn einer Partei das rechtliche Gehör zur Gänze entzogen wurde (zB wenn sie niemals vom Verfahren verständigt wurde).

Art 6 EMRK garantiert ein Gerichtsverfahren für „zivilrechtliche Ansprüche“. Die Zuweisung einer Zivilsache vor eine Verwaltungsbehörde ist daher verfassungswidrig. Dem entspricht es,¹² dass § 1 JN die Zivilgerichtsbarkeit für „bürgerliche Rechtssachen“ einrichtet. Was unter einer zivilrechtlichen (= bürgerlichen) Rechtssache zu verstehen ist, ergibt sich einerseits aus den zu Art 6 EMRK entwickelten europäischen Standards, andererseits daraus, ob

¹⁰ Vgl *Deixler-Hübner*, Außerstreitverfahrensrecht⁵ Rz 32 ff.

¹¹ Krit *Deixler-Hübner*, Außerstreitverfahrensrecht⁵ Rz 35; vgl auch *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 19 Rz 49.

¹² Vgl *Rechberger/Simotta*, ZPR⁹ Rz 37.

durch den geltend gemachten Anspruch **öffentliche Interessen** (dh Interessen der Allgemeinheit) oder **Individualinteressen des betroffenen Bürgers** betroffen sind (sog „**Interessentheorie**“). Andere Abgrenzungsmodelle stellen auf die Über- und Unterordnung der Verfahrensparteien ab (**Subjektionstheorie**) oder darauf, ob es sich um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Beteiligte handelt (**Subjektstheorie**).¹³ Sowohl Subjektions- als auch Subjektstheorie sind Zirkeldefinitionen, weil sie gerade nicht sagen, wann eine Überordnung bzw ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt vorliegt, sondern diese – zu treffende! – Abgrenzung voraussetzen. Einen Schritt weiter geht demgegenüber die Interessentheorie, da sie – anhand der Interessenbetrachtung, also der Beurteilung ob der geltend gemachte Anspruch Interessen der Allgemeinheit oder reine Individualinteressen betrifft – zumindest im Groben angibt, wann eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Angelegenheit vorliegt.¹⁴

IZm dem Anspruch auf ein gerichtliches Verfahren in Zivilsachen gem Art 6 EMRK steht die Frage, ob die betroffene Partei auf den **Rechtsweg** (dh die Anrufung der Gerichte) wirksam **verzichten** kann, sodass eine dennoch erhobene Klage als unzulässig zurückzuweisen ist. Die hM¹⁵ lässt diesen **Rechtsschutzverzicht (pactum de non petendo)** nicht zu, deutet ihn aber regelmäßig in einen materiell-rechtlichen Verzicht auf den Anspruch (oder allenfalls in eine materielle Vergleichsvereinbarung) um, sodass auf die Erhebung einer Zivilklage zwar nicht verzichtet werden kann, diese aber letztlich doch materiell-rechtlich erfolglos bleibt, soweit auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet werden kann.

3. Waffengleichheit

Als besondere Ausgestaltung des **Gleichheitsgrundsatzes** wird im Zivilprozess der Grundsatz der **Waffengleichheit** angesehen. Er bedeutet, dass beiden Parteien des Prozesses gleichwertige Möglichkeiten in der Rechtsverfolgung bzw Rechtsverteidigung zur Verfügung stehen müssen.¹⁶ Einseitige Rechtsmittel stehen dazu in einem Spannungsverhältnis und sind aus heutiger Sicht des Rechtsstaates und der Waffengleichheit nicht mehr vertretbar (vgl S 249).

III. Gericht und Gerichtspersonen

A. Aufbau der Gerichtsbarkeit

Die Gerichtsbarkeit in **bürgerlichen Rechtssachen** wird – neben den Strafverfahren – durch die **ordentlichen Gerichte** ausgeübt (§ 1 JN), soweit sie nicht durch besondere Gesetze vor andere Behörden oder Organe verwiesen sind. Die ordentlichen Gerichte sind die **Bezirksgerichte**, **Landesgerichte**, **Oberlandesgerichte** und der **Oberste Gerichtshof**. Speziell für Wien sind das BG für Handelssachen, ein eigenes LG für Zivilrechtssachen, ein eigenes LG

¹³ Vgl dazu 1 Ob 98/16t EvBl 2017/78; 9 ObA 88/18h ecolex 2019/236 uva; RIS-Justiz RS0045438 mwN.

¹⁴ Krit zur Interessentheorie *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1 Rz 5; vgl auch *Kodek in Rummel/Lukas*⁴ § 1 Rz 22 f.

¹⁵ Vgl *Kodek/Mayr*, ZPR⁵ Rz 10, 111 mwN; *Fasching*, JBl 1990, 754; aM *Dolinar/Roth*, ZPR¹⁶ 7, 229.

¹⁶ 1 Ob 170/74 JBl 1975, 379 = RZ 1975/76 sah unzutreffend in der Einseitigkeit des Rekurses an sich noch keine Schlechterstellung für die am Rekursverfahren nicht beteiligte Seite, mittlerweile gilt gem § 521a die Zweiseitigkeit im Rekursverfahren.

für Strafsachen, das Handelsgericht und das Arbeits- und Sozialgericht sowie für Graz ebenfalls ein eigenes LG für Zivilrechtssachen und ein eigenes LG für Strafsachen eingerichtet. Bei der Gerichtsbarkeit unterscheidet man zwischen der **Kausalgerichtsbarkeit** – für Streitigkeiten in Handels-, Arbeits- und Sozialrechtssachen – und der **allgemeinen Gerichtsbarkeit**. In Österreich bestehen derzeit ca 115 BG – wobei größere BG in Gerichtsabteilungen gegliedert sind –, 20 LG und vier OLG.¹⁷

B. Gerichtspersonen

1. Berufsrichter

Berufsrichter sind Beamte, die auf Antrag der Bundesregierung vom Bundespräsidenten oder unmittelbar vom Bundesminister für Justiz auf eine Planstelle bei einem Gericht ernannt werden. Ernennungsvoraussetzungen sind die österreichische Staatsbürgerschaft, der Abschluss des rechtswissenschaftlichen Diplomstudiums, eine siebenmonatige Gerichtspraxis,¹⁸ eine insgesamt vierjährige Rechtspraxis, davon zumindest ein Jahr im richterlichen Vorbereitungsdienst und die erfolgreiche Ablegung der Richteramtprüfung (§§ 2, 16 ff und 26 RStDG). In der Ausübung ihres richterlichen Amtes sind die Richter **unabhängig, unversetzbar** und **grds unabsetzbar**. Bei der Besorgung von Justizverwaltungssachen sind sie dagegen grds weisungsgebunden (vgl dazu auch S 7).

Unter den Richtern eines Gerichts gilt der **Grundsatz der festen Geschäftsverteilung** (Art 83 Abs 2 B-VG; vgl S 8). Beispielsweise vom Personalsenat eines Landesgerichts (LG) wird die – idR nach Anfangsbuchstaben des Beklagten festgelegte – Geschäftsverteilung in seinem Sprengel jeweils für ein Geschäftsjahr (1. Februar bis 31. Jänner des folgenden Jahres) beschlossen.

2. Laienrichter

Nach Art 91 Abs 1 B-VG hat das **Volk** an der Rechtsprechung **mitzuwirken**. Während im Strafprozess den Laienrichtern eine kontrollierende Aufgabe zukommt, sollen im Zivilverfahren fachkundige Personen insb im Hinblick auf die Entscheidungsfindung beigezogen werden. **Laiengerichtsbarkeit** besteht in der Zivilgerichtsbarkeit fast ausschließlich in erster und zweiter Instanz in **Handelssachen** sowie in sämtlichen Instanzen der **Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit**. Voraussetzungen für das Laienrichteramt sind die österreichische Staatsbürgerschaft, die Vollendung des 24. Lebensjahrs und Fachkenntnisse. Laienrichter werden von ihrer beruflichen Interessensvertretung auf eine Periode von fünf Jahren bestellt und sind ebenfalls in Ausübung ihres Amtes **unabhängig** (§§ 15 ff ASGG).

3. Rechtspfleger

Rechtspfleger sind nichtrichterliche **Beamte des gehobenen Fachdienstes**, die zur selbstständigen Erledigung bestimmter Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit herangezogen werden. Ihre

¹⁷ Website des BMJ unter <https://www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/justizbehoerden-8ab4a8a422985de30122a91f9c3962d0.de.html> (abgerufen am 19. 1. 2023).

¹⁸ Diese wurde von fünf auf sieben Monate angehoben: BGBl I 2016/39.

Befähigung haben sie durch die erfolgreiche Ablegung der Rechtspflegerprüfung (§ 38 RpfLG) nachzuweisen. Die Rechtspfleger werden einer Geschäftsabteilung zugeordnet und haben dort für den Richter bestimmte Erledigungen durchzuführen. Sie sind zwar ebenfalls in Ausübung ihres Amtes unabhängig, doch dem **zuständigen Richter weisungsgebunden** (§ 8 RpfLG). Auch innerhalb des Aufgabenbereichs des Rechtspflegers kann sich der **Richter bestimmte Rechtssachen vorbehalten** oder diese zur Bearbeitung an sich ziehen (§ 9 RpfLG).¹⁹

Zum Wirkungskreis der Rechtspfleger gehört im Rahmen des Erkenntnisverfahrens (§ 16 Abs 1 RpfLG) insb die **Erlassung von Zahlungsbefehlen** (Z 1 lit a) sowie die **Erteilung und Aufhebung der Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsklausel** (Z 2 und 3). Besondere Einsatzgebiete des Rechtspflegers sind im (nationalen) Exekutionsverfahren und Insolvenzverfahren (§§ 17 und 17a RpfLG) insb das **Fahnisexekutionsverfahren** und das **Privatinsolvenzverfahren**. Im **Außerstreitverfahren** sind sie zuständig für Teile des **Verlassenschaftsverfahrens** (§ 18 RpfLG), des **Kindschafts- und Erwachsenenschutzverfahrens** (§ 19 RpfLG) sowie insb **Grundbuchs- und Firmenbuchverfahren** (§§ 21 und 22 RpfLG). Mit dem BGBl I 2016/98 wurde der Zuständigkeitsbereich des Rechtspflegers deutlich erweitert.

Entscheidungen durch Rechtspfleger ergehen in Beschlussform und können wie Beschlüsse eines Richters durch **Rekurs** angefochten werden. Über Rechtsbehelfe und nicht aufsteigende Rechtsmittel kann der/die Rechtspfleger/in – mit Ausnahme der Vorstellung – selbst entscheiden (§ 11 RpfLG). Gegen Entscheidungen, die aufgrund des Streitwertes nicht oder nur beschränkt anfechtbar sind, kann **binnen 14 Tagen Vorstellung** an den Richter erhoben werden. Dieser entscheidet über rechtzeitige und zulässige Vorstellungen mit Beschluss in der Sache selbst (§ 12 RpfLG).

C. Gerichtsbesetzung

In der allgemeinen Zivil- und Handelsgerichtsbarkeit unterscheidet man die Einzel- und die Senatsgerichtsbarkeit.

1. Einzelrichterverfahren

Am Bezirksgericht (BG) entscheidet stets ein **Einzelrichter** (§ 5 JN). Aber auch im Gerichtshofverfahren erfolgte seit der ersten Gerichtsentlastungsnovelle 1914 eine allmähliche Zurückdrängung der Senatsgerichtsbarkeit, sodass heute praktisch alle Verfahren in der ersten Instanz durch einen Einzelrichter erledigt werden.

2. Senatsverfahren

Im allgemeinen Zivilverfahren ist die **Senatsgerichtsbarkeit** in der **ersten Instanz** die verschwindende **Ausnahme**. Ein Senat kann von der Partei **beantragt** werden, wenn der Wert des Streitgegenstands an Geld- oder Geldeswert zum Zeitpunkt der Antragstellung **€ 100.000,- übersteigt** (§ 7a Abs 1 und 2 JN), ein Antrag auf Senatsentscheidung ist allerdings in der Pra-

¹⁹ Den Parteien kommt jedoch kein diesbezügliches Antragsrecht zu, vgl RIS-Justiz RS0128570; 7 Ob 234/12f Zak 2013/191.

xis selten. In allgemeinen Zivilsachen entscheiden **drei Berufsrichter**, in Handelssachen **zwei Berufsrichter** und ein **fachkundiger Laienrichter** aus dem Handelsstand (§ 7 JN).

In **Arbeits- und Sozialrechtssachen** (vgl S 266 f) entscheiden in erster Instanz immer ein Berufsrichter und zwei Laienrichter, in zweiter Instanz drei Berufsrichter und zwei Laienrichter, in dritter Instanz ebenfalls drei Berufsrichter und zwei Laienrichter bzw bei einem verstärkten Senat sieben Berufsrichter und vier Laienrichter (§ 11 ASGG). Die Laienrichter haben je zur Hälfte dem Kreis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer anzugehören (§ 12 Abs 1 und 2 ASGG); in Sozialrechtssachen dem Kreis der Versicherten und ihrer Arbeitgeber (§ 12 Abs 3 ASGG).

➔ ZVN 2022

Fachkundige Laienrichter führen gem § 15 Abs 1 ASGG während der Dauer ihrer Verwendung die Bezeichnung „**Kommerzialrat/Kommerzialrätin**“. § 16 ASGG regelt nun die **Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes** eines fachkundigen Laienrichters. So können nur Personen zwischen dem **vollendeten 24. und 65. Lebensjahr** bestellt werden, die die Voraussetzungen für das Wahlrecht zum Nationalrat erfüllen, zur Übernahme des Amtes bereit sind, infolge ihres Berufes über eine genaue Kenntnis des geschäftlichen Verkehrs und der für diesen geltenden Gesetze und Gewohnheiten verfügen sowie von der zuständigen Wirtschaftskammer und dem Personalsenat des betreffenden Gerichtshofs vorgeschlagen werden. Vgl dazu auch S 267.

Auch in der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit entscheiden in **höherer Instanz stets Senate**. In zweiter Instanz sind dies grds **Dreiersenate**, bestehend aus drei Berufsrichtern (§ 7 Abs 2 JN, § 8 JN, in Handelssachen wird nur bei Berufungen, nicht bei Rekursen, ein fachkundiger Laienrichter als Mitglied des Rechtsmittelsenats tätig, § 7 Abs 2 JN, § 8 Abs 2 JN), **beim OGH Fünfersenate** aus fünf Berufsrichtern (§ 6 OGHG). Der verstärkte Senat entscheidet über Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung und besteht aus elf Richtern (§ 8 OGHG), bei einfachen Erledigungen – Ordination und Delegation – entscheiden auch beim OGH Dreiersenate (§ 7 OGHG).

Ein **verstärkter Senat** ist nur auf Beschluss des einfachen Senats einzuberufen, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt und der Senat beabsichtigt, von einer stRsp des OGH oder von einer früheren Entscheidung eines verstärkten Senats abzuweichen, oder wenn die grundsätzliche Rechtsfrage vom OGH bisher nicht einheitlich beantwortet worden ist (§ 8 Abs 1 OGHG).

Der **Senatsvorsitzende** hat die Verhandlung zu führen und verfahrensleitende Maßnahmen in- und außerhalb der Verhandlung zu setzen, die Entscheidungen des Senats zu verkünden oder schriftlich ausfertigen zu lassen. Die **Entscheidungsfindung** erfolgt durch **Beratung und Abstimmung**, wobei die Stimmenmehrheit den Ausschlag gibt.

Der Berichterstatter gibt seine Stimme zuerst ab. Die anderen Stimmabgaben erfolgen nach Anciennität (also nach dem Dienstalter). Der Vorsitzende stimmt zum Schluss ab (§ 10 JN).

D. Ablehnung von Gerichtspersonen

Literatur: *Fucik*, Die Ausgeschlossenheit nach dem FamRÄG 2009 und dem EPG, ÖJZ 2010, 839; *Geroldinger*, Familiäres Naheverhältnis des Richters zum Prozessbevollmächtigten als Ausschließungsgrund? JBl 2014, 620; *Ziehensack*, Die Ablehnung von Richtern, Zak 2006/426.

Gerichtspersonen, die in persönlicher Beziehung zur Streitsache stehen, können von den Parteien wegen **Ausgeschlossenheit** (§ 20 JN) oder **Befangenheit** (§ 19 JN) abgelehnt werden. Über die Ablehnung eines Bezirksrichters entscheidet der **Gerichtsvorsteher**, über dessen Ablehnung oder die Ablehnung eines am LG tätigen Richters ein **besonderer Senat** des Gerichtshofs mit **Beschluss** (§§ 22, 23 JN).

Nur ein verneinender, nicht hingegen ein die Ablehnung bejahender Beschluss ist mit **Rekurs** anfechtbar (§ 24 Abs 2 JN). Ein **Revisionsrekurs** an den OGH ist daher im Ergebnis bei inhaltlicher Entscheidung über die Befangenheit jedenfalls unzulässig. Es handelt sich bei der Entscheidung der zweiten Instanz über einen Rekurs in Ablehnungssachen entweder um einen – die Ablehnung verneinenden – **bestätigenden** Beschluss, der nach § 528 Abs 2 Z 2 unanfechtbar ist, oder – bei Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung – um einen die Ablehnung bejahenden (und daher wegen § 24 Abs 2 JN unanfechtbaren) Beschluss.²⁰ Die Ablehnung **verneinende Entscheidung** über einen Richter eines Rechtsmittelsenates ist ohne die Einschränkungen der §§ 519, 528 mit Rekurs an den OGH anfechtbar. Die Anfechtungsbeschränkung des § 24 Abs 2 JN findet dann keine Anwendung, wenn entgegen § 25 JN kein Ausspruch über die Nichtigkeitsklärung der Prozesshandlungen des erfolgreich abgelehnten Richters getroffen wurde.²¹

1. Ausgeschlossenheit

§ 20 JN nennt die **Ausschließungsgründe** **taxativ**:

- Der Richter ist selbst Partei (Mitberechtigter, Mitverpflichteter, Regressverpflichteter: Z 1);
- der Richter ist oder war Ehegatte/eingetragener Partner bzw Lebensgefährte einer Partei oder mit ihr in gerader Linie verwandt bzw verschwägert, oder bis zum vierten Grad der Seitenlinie verwandt oder im zweiten Grad verschwägert (Z 2);
- der Richter ist oder war Wahl- oder Pflegekind bzw Wahl- oder Pflegeelternteil der Partei oder diese ist eine schutzberechtigte Person, die von ihm vertreten wird (früher: Sachwalterschaft; Z 3);
- der Richter war oder ist als Bevollmächtigter einer der Parteien bestellt (Z 4);
- der Richter einer höheren Instanz hat an der Entscheidung der unteren Instanz mitgewirkt (Z 5) oder der Richter müsste bei einer Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmeklage über seine eigene Ausgeschlossenheit oder Amtspflichtverletzung erkennen (§ 537).

Vor dem FamRÄG 2009 betraf die Ausgeschlossenheit von Richtern nur Rechtssachen, in denen der Richter Ehegatte einer der Parteien war. Seither sind auch **Lebensgefährten** in den Bereich des § 20 JN einbezogen; seit Inkrafttreten des EPG (BGBl I 2009/135) auch **eingetragene Partner**. Der Richter ist unter den unter § 20 Abs 1 Z 2 und 3 JN angegebenen Fällen auch

20 Die hRsp will zu Unrecht nur aus § 24 Abs 2 JN (dh unabhängig von § 528) eine absolute Unzulässigkeit der Anrufung der dritten Instanz bei meritorischer Entscheidung in Ablehnungssachen herleiten: RIS-Justiz RS0074402, 6 Ob 124/17d; RIS-Justiz RS0098751, 9 Ob 36/19p; RIS-Justiz RS0046010, 3 Ob 248/18v; RIS-Justiz RS0046065, zuletzt 4 Ob 128/19f; für das Außerstreitverfahren RIS-Justiz RS0016522. Dies gilt nicht bei Verweigerung der meritorischen Behandlung des Rekurses (dh Zurückweisung aus formellen Gründen): darüber hinaus RIS-Justiz RS0044509, 1 Ob 32/19s.

21 RIS-Justiz RS0107874, 7 Ob 184/17k MietSlg 69.540.

dann ausgeschlossen, wenn das Naheverhältnis zu diesen Personen nicht mehr besteht – etwa weil die Ehe (Lebensgemeinschaft oder eingetragene Partnerschaft) aufgelöst wurde.

Die Ausgeschlossenheit verkörpert einen **Nichtigkeitsgrund** (§ 477 Abs 1 Z 1), der in jeder Verfahrenslage **von Amts wegen** wahrzunehmen ist. Nach Rechtskraft des Verfahrens kann die Ausgeschlossenheit noch mit **Nichtigkeitsklage** (§ 529) geltend gemacht werden.

2. Befangenheit

§ 19 JN umschreibt die Befangenheit bloß **abstrakt**; diese liegt vor, wenn ein „zureichender Grund besteht, die Unbefangenheit des Richters in Zweifel zu ziehen“ (§ 19 Z 2 JN). Zeigt der Richter selbst seine Befangenheit an, so ist diese **im Allgemeinen** zu bejahen.²²

Beispiel:²³

Der Richter ist befangen, wenn er zB mit einer Prozesspartei **befreundet** oder **verfeindet**, ein **Nachbar** oder befreundeter **Berufskollege** ist.²⁴

Befangenheit ist auch dann anzunehmen, wenn sich der Richter außerhalb der Verhandlung **über den Prozessausgang äußert**. Sie muss darüber hinaus dann angenommen werden, wenn der Richter eine Partei oder deren Vertreter **persönlich angreift** oder sich seine **Verhandlungsführung** als **unkollegial** auszeichnet.²⁵

Wenn wegen des verhandelnden Richters eine (unbegründete) **Amtshaftungsklage** oder eine **Straf- bzw Disziplinaranzeige** eingebracht wurde, ist dieser nach mittlerweile stRsp **nicht als befangen** anzusehen.²⁶ Auch die Erstattung von Straf- oder Disziplinaranzeigen gegen einen Parteienvertreter löst keine Befangenheit aus.²⁷

Ein Richter ist aber nicht schon deshalb befangen, weil er sich in der Entscheidung seiner **eigenen**, in einem Fachartikel publizierten **Rechtsansicht** anschließt.²⁸

Die Befangenheit des Richters kann nicht **mehr geltend gemacht** werden, wenn sich die Partei trotz Kenntnis des jeweiligen Befangenheitsgrundes in die **Streitsache einlässt** oder – nach Streiteinlassung weitere – **Anträge stellt** (§ 22 Abs 3 JN). Der Befangenheitsgrund ist also sofort nach seinem Bekanntwerden geltend zu machen.²⁹ Gelangt der Partei der Befangenheitsgrund aber erst im laufenden Verfahren zur Kenntnis, so kann ein Ablehnungsantrag idR noch **bis zur Rechtskraft der Entscheidung** – jedoch **unmittelbar nach Bekanntwerden** des

²² RIS-Justiz RS0046053, zuletzt präzisierend 2 Ob 193/15v Zak 2016/333 unter Verweis auf 1 Ob 196/14a Zak 2015/64 und Ablehnung von 9 Nc 36/12m.

²³ Dazu ausführliche Beispiele bei Mayr in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 19 JN Rz 6 f und *Ballon* in *Fasching/Konecny*³ § 19 JN Rz 9 f je mwN; *Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider*, ZPR¹⁵ Rz 111.

²⁴ Vgl *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer*, PraktZPR⁶ I 22; *Fasching*, ZPR² Rz 164; 9 ObA 135/89 JBl 1990, 122 (*Schumacher*); RIS-Justiz RS0045935, 8 Nc 38/17f; 2 Nc 35/21a; 2 Nc 21/22v.

²⁵ 1 Ob 3/92 SZ 65/125; RIS-Justiz RS0046083; vgl auch *Ziehensack*, Zak 2006/426.

²⁶ 8 ObA 47/19y; 1 Ob 59/18k; 1 Ob 185/14h; 8 Ob 143/12f Zak 2013/332 uva; RIS-Justiz RS0045970.

²⁷ 6 Ob 290/06z Zak 2007/315.

²⁸ RIS-Justiz RS0111290, 2 Ob 180/18m; 1 Ob 28/20d; 4 Ob 149/21x; 2 Nc 35/21a.

²⁹ RIS-Justiz RS0045977, 1 Ob 199/12i; 2 Ob 167/13t.