

§ 24 Abs 2 JN: Schein der richterlichen Unparteilichkeit und Instanzen im Ablehnungsverfahren

Übersicht

1. Einleitung und die beiden Problemstellungen
2. Die Anscheinsregel
 - a. Ethos und Schein der Vertrauenswürdigkeit
 - b. Der böse Schein und der Skandal
 - c. Europaisches Recht und Rechtsvergleich
3. Die Instanzenzugs-Verkürzung: § 24 Abs 2 JN
 - a. Systematische Einordnung
 - b. Zuständigkeit für das erst- und zweitinstanzliche Ablehnungsverfahren
 - c. Wortinterpretation, grammatikalische und systematische Interpretation
 - d. Historische und teleologische Interpretation
 - e. Rechtsprechung seit 1936
 - f. Exkurs: (Österreichisches) Verfassungsrecht
4. Ausblick und Conclusio

1. Einleitung und die beiden Problemstellungen

Die richterliche Unbefangenheit schützt die Interessen der Prozesspartei, hat aber vor allem eine staatstragende Funktion: den Schutz des Ansehens der Justiz.¹ Die Unbefangenheit des Richters soll das Vertrauen der Bevölkerung in die Justiz wahren. Eine mögliche Befangenheit soll daher nicht restriktiv beurteilt, sondern in Zweifelsfällen als gegeben angenommen werden.² In der Realität stellt sich die Ablehnungserklärung³ aber oft als zahnlos heraus, wenn der abgelehnte Richter bleiben möchte. Äußerungen eines Abgelehnten gemäß § 22 Abs 2 JN, die wörtlich bloß lauten „*ich fühle mich nicht befangen*“, stellen allein auf innere Vorgänge ab und sind daher nicht geeignet, den Anschein einer objektiven Befangenheit zu zerstreuen. Aber sie bewirken in der traurigen Justizpraxis typischerweise, dass der Richter einfach bleibt und entscheidet.⁴

Dieses Rechtsschutzdefizit wird dadurch verstärkt, dass die jahrzehntelange einhellige Spruchpraxis des OGH mit

einer dogmatisch unzutreffenden Auslegung des § 24 Abs 2 JN den Instanzenzug verkürzt. Das vorrangige Anliegen der Justiz dürfte es sein, Querulanten einzubremsen;⁵ doch lässt sich dies mit den Verfahrensgarantien in Einklang bringen? Im Folgenden soll beleuchtet werden, dass Befangenheitsindizien in der Praxis viel stärker objektiviert werden müssten, und dass die derzeitige Spruchpraxis zu § 24 Abs 2 JN weder im Gesetz Deckung findet noch mit Verfassungs- und Europarecht zu vereinbaren ist.

2. Die Anscheinsregel

*„Mein Kind, es sind allhier die Dinge,
Gleichwohl, ob große, ob geringe,
Im Wesentlichen so verpackt,
Dass man sie nicht wie Nüsse knackt.*

*Wie wolltest du dich unterwinden,
Kurzweg die Menschen zu ergründen.
Du kennst sie nur von außenwärts.
Du siehst die Weste, nicht das Herz.“*

Wilhelm Busch, Schein und Sein (1908/1909)

(Un-)Befangenheit betrifft psychologische Motive des Richters/der Richterin, also subjektive „innere Vorgänge“; die direkte objektive Überprüfung ist einer anderen Person nicht möglich. Zur Beurteilung müssen daher objektiv von außen erkennbare „sekundäre“ Umstände herhalten. Reichen diese Umstände aus, um die richterliche Befangenheit zumindest befürchten zu lassen, soll über die Ablehnungserklärung positiv entschieden werden.

a. Ethos und Schein der Vertrauenswürdigkeit

Das staatliche Richteramt ist in Art 87 B-VG normiert. Das Grundvertrauen des Volkes basiert auf dem Ethos der Staatsdiener, nur das Gemeinwohl zu verfolgen und nicht

private Interessen, unter allen Umständen loyal dem Volk zu dienen sowie die Pflichten zur Objektivität und Unparteilichkeit nicht zu verletzen. Insoweit ist schon der bloße Anschein einer möglichen Pflichtverletzung zu vermeiden. Der „böse Schein“ persönlicher Befangenheit darf schon deswegen nicht aufkommen, damit das Grundvertrauen in die Integrität des Staates keinen Schaden nimmt. Es ist daher unerheblich, ob ein Amtswalter aus Absicht, Fahrlässigkeit oder Naivität den Schein der Parteilichkeit erweckt; entscheidend ist allein die öffentliche Wirkung.⁶

b. Der böse Schein und der Skandal

Die Ausübung eines öffentlichen Amtes steht unter dem Gebot, jeden Anschein zu vermeiden, der das öffentliche Vertrauen stören könnte. Die kanonistische Amtsmaxime *ut scandalum evitetur* gelte auch in der Staatsverwaltung, wird in der Lit vertreten.⁷ Das Postulat, dass der „böse Schein“ vermieden werden müsse, zieht sich bis in jüngste Lit⁸ und ist zumindest bis Papst Innozenz IV (1243-1254) zurück verfolgbar: Sinibaldo de Fieschi, wie der Pontifex bürgerlich hieß, ließ aus den Klöstern und Ländereien heimlich Geld für Konflikte (Feindseligkeiten

mit Kaiser Friedrich II) beiseiteschaffen und ordnete an: *Eidem mandat, ut id ita exequatur, ut scandalum evitetur* (Er beauftragt ihn, es so auszuführen, dass ein Skandal vermieden wird).⁹ Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, ob es damals nicht vielmehr ein guter äußerer Schein war, der den Skandal rund um einen dahinterliegenden Vorgang vermied, welcher womöglich nicht ganz compliant war.

c. Europäisches Recht und Rechtsvergleich

Artikel 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren)¹⁰ stellt an die Justiz eine Reihe von Ansprüchen. Gerichte müssen nicht nur unabhängig (vom Staat) und unparteiisch (bezogen auf die Verfahrensparteien) sein. Jedes Gericht muss „auf das Erscheinungsbild achten, damit die Gerichte [...] in der Öffentlichkeit das Vertrauen wecken, das unverzichtbar ist.“¹¹ Hieraus folgt, dass es auf die subjektive innere Befangenheit gar nicht ankommt, sondern nur auf objektive äußere Umstände, welche an der Unparteilichkeit des Richters zweifeln lassen.¹² Ein Blick zu anderen Rechtsordnungen zeigt eine ähnliche gesetzliche Lage, nämlich ein Abstellen auf die (objektivierte) Außenwirkung:

Österreich

„Ein Richter kann in bürgerlichen Rechtssachen abgelehnt werden: [...] 2. weil ein zureichender Grund vorliegt, **seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen.**“ (§ 19 JN)

Deutschland

„(1) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, **als auch wegen Besorgnis der Befangenheit** abgelehnt werden“ (§ 42 Zivilprozessordnung¹³)

Schweiz

„Eine Gerichtsperson tritt in den Ausstand, wenn sie [...] aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, **befangen sein könnte.**“ (Art 47 Zivilprozessordnung¹⁴)



3. Die Instanzenzugs-Verkürzung: § 24 Abs 2 JN

„Auch wenn der Thron deines Herzens so schwer zu besteigen ist wie der Schicksalsberg und mir deine Tore verschlossen bleiben, so bin ich dazu geboren, dein treuer Untertan zu sein.“

Ivonne Artelt (2016)

Über eine Ablehnungserklärung wird in der Form eines Beschlusses entschieden. Daraus folgt, dass gemäß § 528 Abs 1 Z 2 ZPO der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig ist, wenn der „angefochtene erstrichterliche Beschluß zur Gänze bestätigt worden ist, es sei denn, daß die Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückgewiesen worden ist“.¹⁵ Dies würde die Rechtsmittelmöglichkeit gerade bei einem so (auch verfassungsrechtlich) wichtigen Thema im Rahmen der ZPO einschränken, bei Verfahren zB nach dem AußStrG, das keine vergleichbare Revisionsrekursbeschränkung kennt, nicht. Der österreichische Oberste Gerichtshof befasst sich allerdings **niemals** mit Fragen, welche die Ablehnung des Erstrichters betreffen,¹⁶ auch nicht im außerstreitigen Bereich. Denn § 24 Abs 2 JN wird von den Gerichten schon seit 1936 dahingehend verstanden, dass es nur eine einzige Rechtsmittelinstanz gebe. Diese Praxis der Rechtsmittelbeschränkung ist allerdings *praeter legem*.

Wiederum sind die gesetzlichen Normen im DACH-Raum ähnlich:

Österreich

„Gegen die Stattgebung der Ablehnung findet kein Rechtsmittel, gegen die Zurückweisung der **Rekurs an das zunächst übergeordnete Gericht statt**“ (§ 24 Abs 2 JN)

Deutschland

„Gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet **sofortige Beschwerde statt**.“ (§ 46 Abs 2 Zivilprozessordnung)

Schweiz

„(1) Wird der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten, so entscheidet das Gericht. (2) Der Entscheid ist **mit Beschwerde anfechtbar**.“ (Art 50 Zivilprozessordnung)

a. Systematische Einordnung von § 24 Abs 2 JN

Als eigentlich systematisch durchaus bemerkenswert ist zu erwähnen, dass das Ablehnungsverfahren nicht der Justizverwaltung zuzuordnen, sondern Sache der (ordentlichen) Gerichtsbarkeit ist.¹⁷ Dies ist erst seit der teilweisen¹⁸ Aufhebung der Geschäftsordnung der Gerichte für die I. und II. Instanz mit Erk des VfGH vom 13. März 1959, G 43/58, VII/58 gänzlich der Fall. Bis dahin hatte der Präsident des Gerichtshofs oder der Vorsteher des Bezirksgerichts bei einer Ablehnung die Befugnis, eine Rechtssache einfach sofort einem „rechtlich nicht behinderten“ Richter zu übertragen. Über eine Ablehnungserklärung einer Partei ergeht seitdem ausnahmslos kein Bescheid mehr, sondern ein Beschluss, eine Entscheidung aus der Sphäre und mit den Mitteln der Justiz. Nebenbei bemerkt verlangt Artikel 6 EMRK unter anderem ein zügiges Verfahren „*innerhalb einer angemessenen Frist*“. Im Hinblick auf diesen Anspruch an die Justiz wäre Art 6 EMRK womöglich am effektivsten gedient, wenn eine Ablehnungserklärung im Zweifelsfall zum Richterwechsel führen und das Verfahren schnellstmöglich mit einem neuen Richter fortgeführt würde?

Nach hA gelten für das Ablehnungsverfahren die jeweils für das dazugehörige „Hauptverfahren“ anwendbaren prozessrechtlichen Vorschriften (soweit nicht die JN Sonderregeln enthält). Auch das Rechtsmittelverfahren im Ablehnungsprozess richtet sich nach den Vorschriften jenes Verfahrens, in dem die Ablehnung erfolgte.¹⁹ So können in Ablehnungsverfahren etwa unterschiedliche Regeln betreffend die Anwaltpflicht gelten, je nachdem ob es sich beim Hauptverfahren zB um einen Insolvenz-, Ehescheidungs-, Erbrechts- oder Schadenersatzprozess handelt. Wenn man diese seit 1 Ob 645/81 bestehende Judikaturlinie weiterdenkt, hieße das beispielsweise, dass allen amtsbekannten Parteien in einer im Rahmen eines Außerstreitverfahrens hervorkommenden Ablehnung Gehör zu gewähren ist (bei sonstiger Nichtigkeit der Entscheidung über die Ablehnungserklärung),²⁰ wenn auch ohne mündliche Verhandlung gemäß § 24 JN.

b. Zuständigkeit für das erst- und zweitinstanzliche Ablehnungsverfahren

Die erstinstanzliche Zuständigkeit für eine Entscheidung über eine Ablehnungserklärung liegt idR bei demselben Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört (§ 23 JN). Dies ist seit der Achten Gerichtsentlastungsnovelle 1933²¹ so geregelt. Vorher entschied erstinstanzlich das vorgesetzte Kreis-, Landes- oder Handelsgericht, und nur bei der Ablehnung eines Richters an einem Gerichtshof entschied der Gerichtshof selbst in erster Instanz. Rekursinstanzen bei Zurückweisung der Ablehnung

waren ausschließlich die Oberlandesgerichte, gegen deren bestätigende Entscheidung stand der Weg zum OGH nach allgemeinen Regeln offen.²² Seit 1933 gibt es den heutigen Instanzenzug, der das jeweilige Obergericht als Rekursgericht einsetzt – und die dritte Instanz nicht ausschließt, wenn man § 24 Abs 2 JN richtig versteht.

c. Wortinterpretation, grammatikalische und systematische Interpretation

Der Wortlaut des § 24 Abs 2 JN lässt nicht auf eine wie auch immer geartete Rechtsmittelbeschränkung im Fall der Zurückweisung schließen: „*Gegen die Stattgebung der Ablehnung findet kein Rechtsmittel, gegen die Zurückweisung der Rekurs an das zunächst übergeordnete Gericht statt*“. Die stRsp interpretiert den Wortlaut des Gesetzes und insbesondere das Wort „zunächst“ so, dass nur ein einziger Instanzenzug stattfinden könne. Für ein solches Ergebnis fehlt es der Gesetzesbestimmung aber an sprachlichen Indikatoren wie „nur“, „ausschließlich“, „einzig“, etc.

Insbesondere lässt das Wort „zunächst“ nicht zwingend darauf schließen, dass nach einer Rechtsmittelinstanz schon Schluss sein müsse. Im allgemeinen Sprachgebrauch indiziert „zunächst“ definitiv keine abschließende Aufzählung. Im Gegenteil – „zunächst“ führt zur Erwartungshaltung, dass nach dem ersten Schritt zumindest ein weiterer folgen wird („zunächst servieren wir die Vorspeise“). Oder es wird einfach nur die Proximität der Relation zweier Gerichte beschrieben (wofür die historische Auslegung sehr spricht, siehe unten).

Im österreichischen Zivilprozess gibt es – als allgemeine Regel – einen dreistufigen Instanzenzug. Einschränkende Ausnahmen sind gesetzlich ausdrücklich normiert.²³ Ausnahmen sind restriktiv auszulegen.²⁴ § 24 Abs 2 JN ist eine partielle Sonderregelung gegenüber den allgemeinen Regeln über die Anfechtbarkeit von Beschlüssen,²⁵ die anordnet, dass Beschlüsse, die einen Richter als befangen erklären, nicht anfechtbar sind. Es handelt sich um eine (aus Sicht des Ablehnenden) rechtsschutzfreundliche Regel. Es kann nicht vermutet werden, dass der Gesetzgeber eine rechtsschutzfeindliche Rekursbeschränkung gerade für den Fall der Zurück- oder Abweisung statuieren wollte.

Die JN wurde seit 1933 über 60-mal geändert.²⁶ Wenn der Gesetzgeber gewünscht hätte, dass gerade im richterlichen Ablehnungsverfahren schon nach einer Instanz ausnahmslos kein Rechtsmittel mehr stattfinden solle: Warum hat er nie in § 24 Abs 2 JN eine ausdrückliche Rechtsmittelbeschränkung eingeführt, wo doch in § 528 Abs 2 ZPO eine solche steht? Der Gesetzgeber ist natürlich

in Kenntnis der stRsp seit 1 Ob 242/57, die im Ergebnis wohl meint, es bestehe eine planwidrige und durch richterliche Rechtsfortbildung schließungsbedürftige Lücke im Gesetz (es fehle das Wort „nur“ in § 24 Abs 2 JN). Der Gesetzgeber hätte, wäre es ihm tatsächlich als Lücke erschienen, eine solchen redaktionellen Fehler gewiss zwischenzeitig korrigiert und den Instanzenzug zweifelsfrei und ausdrücklich gekappt.

d. Historische und teleologische Interpretation

§ 24 JN war Teil der ursprünglichen Version der JN 1895 – damals noch ohne Abs 2, der erst 1933 mit der Achten Gerichtsentlastungsnovelle²⁷ hinzugefügt wurde. Die Novelle war eine von vielen „Verordnungen“, die während der „Selbstausschaltung des Parlaments“ von der austrofaschistischen Regierung aufgrund des kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes oktroyiert wurden. Aus diesem Grund existieren hierzu auch keine parlamentarischen Materialien, denn der Nationalrat war damit nie befasst worden. Der Zeitgenosse *Bettelheim* kommentierte: „*Die Gerichtsferien haben nun die Überraschung einer VIII. Gerichtsentlastungsnovelle*“



als Verordnung nach dem kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetze [...] beschert. [...] Nichts von allem was sie enthält, war – die Reform des anwaltlichen Disziplinarverfahrens vielleicht ausgenommen – so dringend, dass es ohne Anhörung der Interessenten verfügt und in Wirksamkeit gesetzt werden musste.“²⁸

Teleologische und systematische Überlegungen sprechen sehr dafür, dass der Gesetzgeber 1933 mit der neuen Bestimmung überhaupt keinerlei Beschränkung des Instanzenzuges im Sinn hatte. Dies wird offenkundig, wenn man die hier interessierenden Teile dieser Novelle in ihrem **Zusammenhang** betrachtet:

Bestimmung vor 1933

§ 23

Über die die Ablehnung entscheidet, **falls der abgelehnte Richter einem Bezirksgericht angehört, das vorgesetzte Kreis-, Landes- oder Handelsgericht**, falls er aber einem Gerichtshofe angehört, dieser Gerichtshof, und wenn dieser durch das Ausscheiden des abgelehnten Richters beschlussfähig werden sollte, der im Instanzenzuge übergeordnete Gerichtshof.

§ 24

Die Entscheidung über die Ablehnung erfolgt ohne vorhergehende mündliche Verhandlung durch Beschluss, es kann jedoch das zur Entscheidung berufene Gericht vor der Beschlussfassung alle ihm zur Aufklärung nötig erscheinenden Erhebungen und Einvernehmungen anordnen.

Eine Entscheidung, welche der Ablehnung Folge gibt, kann durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden. (...)

Bestimmung nach 1933 (bis heute)

§ 23

Über die Ablehnung entscheidet, **falls der abgelehnte Richter einem Bezirksgerichte angehört, der Vorsteher des Bezirksgerichtes und, wenn dieser selbst, allein oder mit andern Richtern des Bezirksgerichtes, abgelehnt wird, das vorgesetzte Landes- oder Handelsgericht**, falls der abgelehnte Richter einem Gerichtshofe angehört, dieser Gerichtshof und, wenn dieser durch das Ausscheiden des abgelehnten Richters beschlussunfähig werden sollte, der zunächst übergeordnete Gerichtshof.

§ 24

(1) Über die Ablehnung wird ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entschieden, doch können vor der Beschlussfassung alle zur Aufklärung nötig erscheinenden Erhebungen und Einvernehmungen angeordnet werden.

(2) Gegen die Stattgebung der Ablehnung findet kein Rechtsmittel, gegen die Zurückweisung der Rekurs an das zunächst übergeordnete Gericht statt.

Die Einführung des Abs 2 in § 24 JN ist also einfach nur als Klarstellung zur Änderung der Zuständigkeiten in § 23 JN zu verstehen.²⁹ Man gelangt seit 1933 nicht mehr jedenfalls mit einem Rechtsmittel sogleich zum Oberlandesgericht, sondern eben zu jenem Gericht, das „zunächst“ übergeordnet ist (=das auch im regulären Instanzenzug sowieso folgen würde). Diese die Relationen der Gerichte beschreibende Zuordnungsfunktion des Worts „zunächst“ ist in § 23 letzter Halbsatz und in § 24 Abs 2 JN ident.

e. Rechtsprechung seit 1936

Der OGH erblickte 1936 in § 24 Abs 2 JN erstmals eine Rechtsmittelbeschränkung. Jene Entscheidung betraf ein Verfahren nach dem AußStrG. Der OGH begründete seine Auslegung damit, dass das damals geltende AußStrG

im Unterschied zur JN das Ablehnungsverfahren nicht explizit regelte. Da der § 24 JN mit dem Absatz 2 eine Neuregelung erfahren hatte, müsse angenommen werden – so der OGH –, „*dass der Rechtsmittelzug damit vollständig geordnet wurde, so dass andere Rechtsmittel als die im § 24 Abs 2 JN angeführt sind, nicht zulässig sind.*“³⁰

Während der 1950er Jahre wurde das Erkenntnis des 1. Senats aus 1936 vermehrt zitiert und in die Rsp übernommen. Jegliche inhaltliche Auseinandersetzung mit der damaligen Begründung blieb dabei aber, soweit ersichtlich, stets aus.³¹ Von der rechtsschutzfeindlichen Rechtsprechungslinie gab es vereinzelt löbliche Ausnahmen (9 ObA 135/89); die überwiegende Menge der Judikate interpretiert aber seitdem das „zunächst“ in § 24 Abs 2 JN als Beschränkung des Instanzenzuges.³² Es handle sich bei § 24 JN um eine abschließende, jede

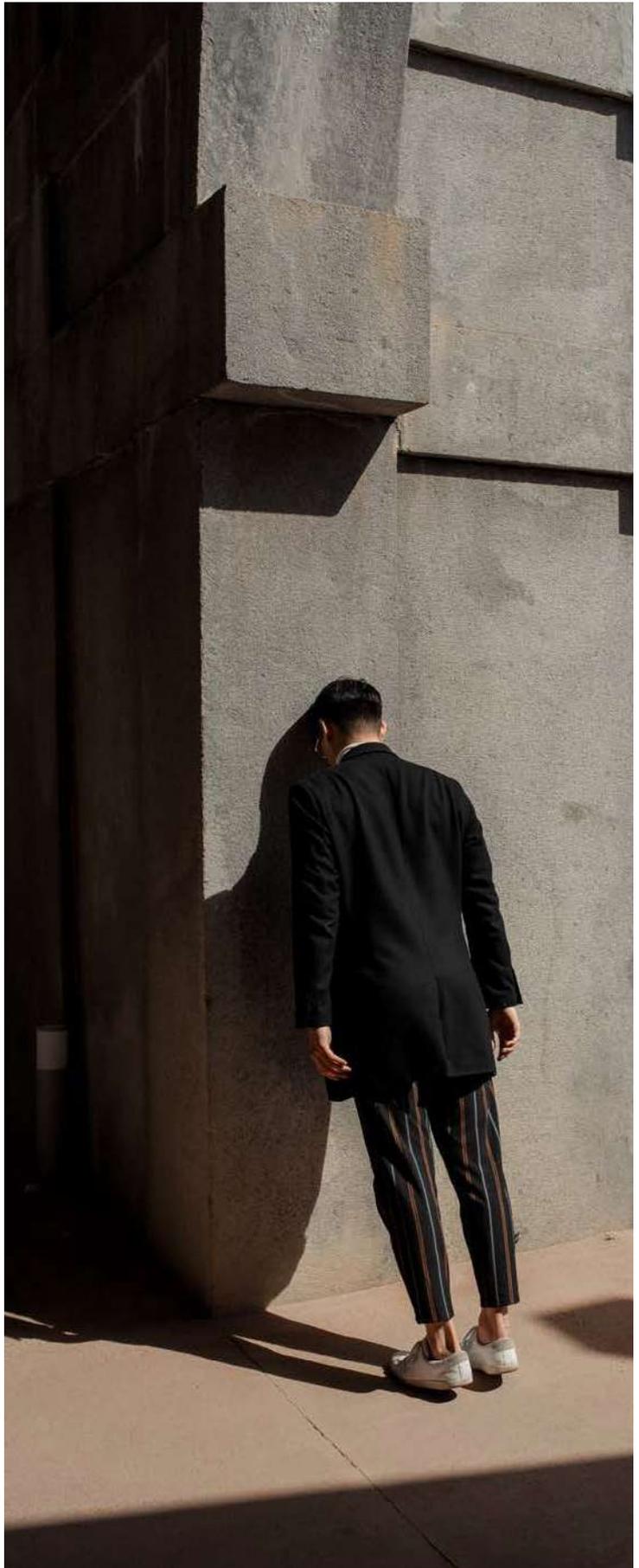
andere allgemeine Regel verdrängende Sonderregelung über die Rechtsmittelzulässigkeit.³³

Ein gern gebrauchtes Argument der Justizpraxis für die Auslegung als Rechtsmittelbeschränkung ist es, dass Prozessverschleppungen durch missbräuchliche Ablehnungsanträge unterbunden werden sollen: *„Ablehnungsregeln sollen den Parteien keineswegs die Möglichkeit bieten, sich eines ihnen nicht genehm erscheinenden Richters zu entledigen“*.³⁴ Dem ist entgegen zu halten, dass in § 25 JN eine Regelung für offensichtlich missbräuchliche Ablehnungserklärungen ergänzt wurde (*„Ein abgelehnter Richter hat bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ablehnungsantrages alle Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten; er hat ferner, wenn die Ablehnung offenbar unbegründet ist und die Absicht vermuten lässt, den Prozess zu verschleppen, auch eine begonnene Verhandlung fortzusetzen [...]“*). § 25 JN wurde zeitgleich mit den Änderungen in §§ 23 und 24 JN im Jahr 1933 eingeführt. Der Querulanten-Schutz bildet seit jeher mit dem richtigerweise dreistufigen Instanzenzug also eine harmonische Einheit.

f. Exkurs: (Österreichisches) Verfassungsrecht

Gegen die unter Punkt e. geschilderte Spruchpraxis bestehen verfassungsrechtliche Bedenken. Der VfGH hatte sich mit der Problematik der Verwendung des § 24 Abs 2 JN durch die Gerichte aber bislang noch nicht zu befassen. Eine einzige Entscheidung (über einen Verfahrenshilfeantrag zur Einbringung eines Individualantrags auf Aufhebung des § 24 Abs 2 JN) gibt es in diesem Zusammenhang.³⁵ Diese beschäftigte sich allerdings nicht inhaltlich mit der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesbestimmung (die, wenn man die Norm korrekt als rechtsschutzfreundlich interpretiert, ohnehin unproblematisch ist). Der VfGH erwog lediglich, dass der Antragsteller seine Bedenken auch im Wege einer Anregung auf Einbringung eines Gesetzesprüfungsantrages an das Rekursgericht hätte geltend machen können.

§ 24 Abs 2 JN in einer extensiven Interpretation rechtsschutzfeindlich auszulegen, kommt einer Verweigerung des Zugangs zum gesetzlichen Richter nahe. Der OGH sprach hingegen mehrfach aus, dass er gegen die Einschränkung des Rechtszuges in bestimmten Fällen keine Bedenken habe. *„Art 92 Abs 1 BVG nehme dem einfachen Gesetzgeber nicht das Recht, in bestimmten Fällen einen Rechtszug an den Obersten Gerichtshof auszuschließen, die Garantie eines durchlaufenden Instanzenzuges an den Obersten Gerichtshof sei aus der Verfassungsbestimmung nicht abzuleiten.“* Das ist selbstverständlich richtig. Aber es ist eben der Gesetzgeber, der Rechtsschutzbeschränkungen anzuordnen hat und nicht das Gericht durch richterliche Rechtsfortbildung.



4. Ausblick und Conclusio

Die Bestimmungen der §§ 19 ff JN bilden bereits seit ihrer Neuformulierung 1933 eine harmonische Einheit und ein in sich geschlossenes System, in dem die von der Rechtsprechung seit 1936 vielbeschworene Gesetzeslücke tatsächlich nicht existiert. Der bestehende Gesetzestext bietet jedenfalls keine taugliche Rechtfertigung für den Ausschluss der dritten Instanz gerade bei einer so elementaren Frage wie der Unparteilichkeit von Richtern. Die jahrzehntelange und einzig auf dem *argumentum ad verecundiam* gestützte Rechtsprechung ist, sauber dogmatisch interpretiert, nicht weiter aufrechtzuerhalten und eine baldige Korrektur durch den OGH erscheint wünschenswert.

An die Parteien und ihre Vertreter sei hier der Appell gerichtet, den äußeren Anschein von Richtern distanziert und kritisch zu würdigen, und – fernab von jeglichem „Querulantenentum“ – mögliche Befangenheiten präzise und ohne Polemik mutig aufzuzeigen. Nicht nur persönliche

Beziehungen, sondern gerade auch gröbere Verfahrensfehler oder nicht mehr vertretbare Fehlentscheidungen können durchaus valide Indizien für einen getriebenen äußeren Anschein darstellen.

Eine objektivierte Befürchtung einer Partei, dass ein Richter an einer unparteilichen Entscheidung gehemmt sein könnte, ist weder ein Vorwurf noch ein persönlicher Angriff gegen ihn. An die die Justiz sei daher der Appell gerichtet, begründete Ablehnungserklärungen künftig noch mehr mit der gebotenen Ernsthaftigkeit und Sorgfalt inhaltlich zu würdigen, anstatt sie cursorisch abzutun oder gar als untergriffige Attacke zu verwerfen. Wenn beide Seiten sich angemessen um Mäßigung in Emotion und Ton bemühen, könnte rasch eine verbesserte Kultur im sachlichen Umgang mit dem „bösem Anschein“ der Parteilichkeit gefunden werden. Schaden würde dies gewiss weder dem Ansehen der Justiz, noch dem Stande der Parteienvertreter, noch den Parteien selbst.

Mag. Peter Melicharek ist Rechtsanwalt im Wiener Advocatur Bureau und Legal Tech-Unternehmer. Er praktiziert schwerpunktmäßig in den Bereichen Stiftungsrecht, Wirtschaftsrecht und Prozessführung.



Mag. Manuela Schmidt ist Rechtsanwaltsanwärtlerin im Wiener Advocatur Bureau. Sie beschäftigt sich insbesondere mit der Immobilienbranche und ist daher im außerstreitigen Firmenbuchs- und Grundbuchsrecht tätig.



¹ Siehe etwa auch RS0045949 „Im Interesse des Ansehens der Justiz ist bei der Beurteilung, ob Befangenheit vorliegt, ein strenger Maßstab anzuwenden“; gemeint ist damit ein rechtsschutzfreundlicher Prüfungsmaßstab.

² Vgl etwa 4 Ob 193/03s, 17 Ob 30/08y, 2 Ob 196/15k.

³ Wir entschieden uns bewusst gegen die in der Praxis häufig vorkommende Bezeichnung „Ablehnungsantrag“. Die Partei beantragt nicht, ihr Recht ausüben zu dürfen, einen womöglich parteilichen Richter abzulehnen – sondern sie übt es aus und erklärt die Ablehnung.

⁴ LG Korneuburg 30.9.2013, 25 Nc 26/13d.

⁵ *Ballon in Fasching/Konecny*³ § 19 JN (Stand 30.11.2013), RZ 2/1.

⁶ *Depenheuer*, Amt, II. Rechtlich, Version 22.10.2019, 17:30 Uhr, in: Staatslexikon⁸ online, URL: <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Amt> (abgerufen: 29.11.2021); vgl auch Puza, Amt, III. Kirchenrechtlich (kanonisches Recht), Version 22.10.2019, 17:30 Uhr, in: Staatslexikon⁸ online, <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Amt> (abgerufen: 29.11.2021).

⁷ *Isensee*, Kirche und Staat am Anfang des 21. Jahrhunderts; Erstes Seggauer Gespräch, 19. und 20. April 2006, öarr 2006, 21 mit Verweis auf *Hilp*, den bösen Schein vermeiden – zu Ethos und Recht des Amtes in Kirche und Staat (2004).

⁸ *Zach*, Inkompatibilität von Richteramt und Vorsitz in der Schlichtungsstelle, *ecolex* 2010, 131.

⁹ *Aposcripta* 8961, Papst Innozenz IV an Kardinal St. Sabine.

¹⁰ Europäische Menschenrechtskonvention, gem BVG BGBl. Nr. 59/1964 mit Verfassungsrang ausgestattet.

¹¹ A.K. gg Liechtenstein, Urteil v 9.7.2015, Kammer V, Bsw Nr 38.191/12.

¹² vgl etwa BGH V ZB 102/11 (mwN). Dieser Überlegung folgend sollen auch schwere Verfahrensfehler, Aktenwidrigkeit, unhaltbare richterliche Fehlentscheidungen usw Indikatoren für den „bösen Schein“ sein (10 Bkd 10/09, 5 Ob 80/97v u.a.; Anm: in diesen Judikaten wurde zwar ausgesprochen, dass solche groben *errores in iudicando* einen Befangenheitsanschein begründen könnten, aber dass ein solcher jeweils *in casu* nicht vorliege. Die Zurückhaltung der Justiz, selbst handwerklich größte Fehler von Richterinnen und Richtern als einen objektiven Befangenheitsanschein begründend anzuerkennen, erscheint bedenklich.)

- ¹³ (Deutsche) Zivilprozessordnung, in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl I S. 3202, ber 2006 I S 431, 2007 S. 1781).
- ¹⁴ (Schweizerische) Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2021).
- ¹⁵ Die Rsp stellt allein auf die Formulierung des Spruchs, nicht auf die Qualität der materiellen Auseinandersetzung mit der Prozessmaterie ab. Daher kann ein Rechtsmittelsenat ganz einfach den Gang zum OGH abschneiden, wenn er „Abweisung“ anstelle „Zurückweisung“ auf seine Erledigung schreibt, bei ansonsten identem Entscheidungsinhalt.
- ¹⁶ stRsp, zuletzt 3 Ob 135/21f. Als einzige Ausnahme wird genannt, dass keine der Vorinstanzen meritorisch über die Ablehnung abgesprochen hätte – ein bislang, soweit ersichtlich, rein theoretisches Szenario. Denn die Rsp nimmt lediglich an, es sei keine inhaltliche Erledigung erfolgt, wenn ein Rechtsmittel a limine zurückgewiesen wird. Sobald eine spruchmäßige Abweisung ausgesprochen wurde, und möge der Rechtsmittelinhalt auch komplett ignoriert worden sein, ist dieser Weg verschlossen. Im Ergebnis können es sich die Entscheidungsträger der Justiz damit aufgrund der vorzitierten Rsp aussuchen, ob sie ihre kursorische Verwerfung „Zurückweisung“ oder „Abweisung“ betiteln möchten und im ersten Fall ein Rechtsmittel ermöglichen, im zweiten aber nicht. Es bestehen uE verfassungsrechtliche Bedenken.
- ¹⁷ *Mayr in Rechberger*, ZPO⁴, § 23 JN Rz 1, mwN.
- ¹⁸ In § 11 Abs 1 Z 17 Geo wurden die Worte „und Ablehnung“ aufgehoben.
- ¹⁹ RS0006000 (zuletzt 6Ob181/20s).
- ²⁰ *Rechberger in Rechberger*, AußStrG § 15 Rz 1.
- ²¹ BGBl. Nr. 346/1933.
- ²² vgl *König/Broll*, Zum Rechtsmittelverfahren in Ablehnungssachen, JBl 1990, 367, die § 16 AußStrG (alt) als Beispiel nennen. Der OGH hat die Ansicht Königs und Brolls, dass § 24 Abs 2 JN keine Instanzenzugsverkürzung darstelle, schon seit 1 Ob 644/90 mehrfach verworfen – jedoch ohne sich inhaltlich mit ihren Argumenten zu befassen, sondern einfach nur mit Verweis auf die zahlreiche alte (unbegründete) Rsp.
- ²³ zB § 528 Abs 2 ZPO.
- ²⁴ EFSlg 88.781 uvam, hRsp; aA *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 22.
- ²⁵ RS0046010.
- ²⁶ Erstmals mit BGBl Nr 554/1933, zuletzt mit BGBl I Nr 148/2020.
- ²⁷ BGBl. Nr. 346/1933.
- ²⁸ *Bettelheim*, JBl 1933, 357.
- ²⁹ *König/Broll*, JBl 1990, 367.
- ³⁰ OGH 8. 1. 1936, 1 Ob 957,35 (SZ XVIII/6); *König/Broll*, JBl 1990, 366.
- ³¹ *König/Broll*, JBl 1990, 366; *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I, 211f.
- ³² RS0074402.
- ³³ RS0046010, siehe auch *Mayr in Rechberger*, ZPO⁴, § 23 JN Rz 5.
- ³⁴ RS0046087; zuletzt etwa 1 Ob 75/20s. Man sollte sich richtigerweise fragen, ob es vielleicht objektivierbare Gründe sind, etwa ein äußerer Anschein der möglichen Befangenheit, wieso ein Richter „nicht genehm“ erscheint. Diesfalls sollte die mögliche Befangenheit allerdings ernstgenommen und eine Ablehnungserklärung nicht sprachlich in solcher Weise abgewertet werden.
- ³⁵ VfGH 24. 04. 2009, G 22/09.
- ³⁶ 5 Ob 263/04v, weitere E: 1 Ob 181/06h, 1 Ob 50/07w.