



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die richterliche Anleitungspflicht im Spannungsfeld zwischen
Wahrheitsfindung und Parteilichkeit unter besonderer Berücksichtigung des „Überraschungsverbotes“

Verfasser

Mag. iur. Alexander Scharwitzl

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Prof. Mag. Dr. Thomas Klicka

In Memoriam
emer o. Univ. -Prof. Dr. Peter Böhm,
der mich bereits im Studium sowohl
fachlich als auch menschlich
nachhaltig beeindruckt hat.
Ihm verdanke ich das
Interesse am Zivilprozess und die
Verwirklichung dieser Arbeit.

Meinen lieben Eltern,
die mich immer unterstützt haben.
Danke für alles!

DANKSAGUNG

An erster Stelle gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Peter Böhm, der mir die Erstellung dieser Arbeit ermöglicht hat und Herrn Prof. Dr. Thomas Klicka für seine Bereitschaft, ursprünglich als Zweitbegutachter und letztlich auch als Erstbetreuer mein Projekt zu unterstützen.

Des Weiteren richtet sich mein Dank an Herrn Prof. Dr. h.c. Dr. Walter H. Rechberger, der mir in der, aufgrund äußerer Umstände, schwierigen Endphase dieser Arbeit rasch und unbürokratisch seine Hilfe angeboten und dankenswerter Weise auch die Zweitbetreuung übernommen hat.

Letztlich wäre diese Arbeit ohne die Unterstützung von Frau Barbara Pitzl nicht möglich gewesen. Ihre Hilfsbereitschaft war bereits in der Anfangsphase meiner Arbeit – bei Ausfertigung einer Bestätigung für die Nationalbibliothek – herausragend und hat sich im Zuge dieses Projektes weiter gesteigert. Wann immer ich Rat und Tat im Zusammenhang mit dem Universitätsbetrieb benötigte, war Barbara Pitzl eine unverzichtbare Stütze. Vielen Dank dafür!

Abschließend möchte ich mich auch bei meiner Frau Karin bedanken, die mich stets verständnisvoll bei diversen Nachtschichten und Problemen mit der Textverarbeitung maßgeblich unterstützt hat.

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	V
-----------------------------------	----------

VORWORT	VII
----------------------	------------

I. DIE ANLEITUNGS- SOWIE ERÖRTERUNGSPFLICHT UND DAS ÜBERRASCHUNGSVERBOT	1
--	----------

1 Die Anleitungs- und Erörterungspflicht gemäß §§ 182, 182a ZPO.....	1
1.1. Historische Entwicklung der Rolle des Richters im Prozess	1
1.1.1. Die Entwicklungen vor 1781	2
1.1.2. Die Allgemeine Gerichtsordnung (AGO) von 1781	4
1.1.2.1. Allgemeines.....	4
1.1.2.2. Wesentliche Verfahrensregelungen	5
1.1.2.2.1. Allgemeines	5
1.1.2.2.2. Schriftlichkeit	6
1.1.2.2.3. Tatsachenvorbringen und Eventualmaxime'	7
1.1.2.2.4. Beweisverfahren	8
1.1.2.3. Die Rolle des Richters	9
1.1.2.3.1. Allgemeines	9
1.1.2.3.2. Beweisverfahren	10
1.1.2.3.3. Verfahrensführung	12
1.1.2.4. Fazit.....	14
1.1.2.5. Weitere Entwicklungen.....	15
1.1.2.5.1. Die WGO 1796	15
1.1.2.5.2. Das Bagatellverfahren.....	16
1.1.3. Die <i>Kleinsche</i> Justizreform 1895.....	18
1.1.3.1. Allgemeines.....	18
1.1.3.2. Wesentliche Verfahrensregelungen	20
1.1.3.2.1. Allgemeines	20
1.1.3.2.2. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit	20
1.1.3.2.3. Tatsachenvorbringen	21
1.1.3.2.4. Beweisverfahren	22
1.1.3.3. Die Rolle des Richters	22
1.1.3.3.1. Allgemeines	22
1.1.3.3.2. Beweisverfahren	23
1.1.3.3.3. Verfahrensführung	24

1.1.3.4.	Fazit	26
1.1.4.	Die Novellen der Zivilprozessordnung und ihre Auswirkungen auf die Anleitungspflicht	26
1.1.4.1.	Die Zivilverfahrensnovelle 1983	27
1.1.4.2.	Die Zivilverfahrensnovelle 2002	28
1.2.	Die Anleitungs- und Erörterungspflicht	29
1.2.1.	Inhalt der Anleitungs- und Erörterungspflicht	29
1.2.1.1.	Allgemeines	29
1.2.1.2.	Inhalt der Bestimmungen der §§ 182, 182a ZPO	34
1.2.1.2.1.	Erörterung des Sachvorbringens	37
a.	Die für die Entscheidung erheblichen Angaben (1. Fall)	38
b.	Vervollständigung ungenügender Angaben (2. Fall)	40
c.	Bezeichnung von Beweismitteln (3. Fall)	46
d.	Ergänzung von Beweismitteln (4. Fall)	49
e.	Alle Aufschlüsse zur Feststellung des Tatbestandes (5. Fall)	52
1.2.1.2.2.	Erörterung des Rechtsvorbringens	58
1.2.1.2.3.	Die Fälle des § 182 Abs 2 ZPO	60
1.2.2.	Sonderfragen	63
1.2.2.1.	Überlegungen zu materiellrechtlichen Einreden am Beispiel der Verjährungseinrede	63
1.2.2.1.1.	Allgemeine Grundlagen	63
1.2.2.1.2.	Eigene Überlegungen	65
1.2.2.2.	Überschießende Beweisergebnisse	84
1.2.2.3.	Klagsänderung und Anleitungspflicht	89
1.2.3.	Besonderheiten im bezirksgerichtlichen Parteienprozess	91
1.2.4.	Anleitungspflicht im Senat	100
1.2.5.	Anleitungspflicht nach § 39 ASGG im Zusammenhang mit § 40 ASGG	101

EXKURS: EINFLUSS DER EMRK AUF DIE ANLEITUNGSPFLICHT 111

i.	Grundlagen	111
a)	Entstehung und Allgemeines	111
b)	Organisation und Prozessuales im Überblick	113
c)	Die Grundrechte der EMRK	116
(1)	Recht auf Leben	117
(2)	Verbot von Folter und unmenschlicher/erniedrigender Strafe oder Behandlung	117
(3)	Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit	117
(4)	Garantie der persönlichen Freiheit	118

(5)	Freizügigkeit	118
(6)	Schutz des Privat- und Familienlebens	118
(7)	Recht auf Eheschließung	119
(8)	Recht auf Bildung	119
(9)	Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit	119
(10)	Verfahrensgarantien in Zivil- und Strafsachen	119
(11)	Nulla poena sine lege	120
(12)	Das Recht auf wirksame Beschwerde	120
ii.	Die Bestimmung des Art 6 Abs 1 MRK	120
a)	Der Begriff der „civil rights“	121
b)	Die einzelnen Verfahrensgarantien	123
(1)	Die Organisationsgarantie	123
(2)	Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht	127
(3)	Faires Verfahren	129
(4)	Angemessene Verfahrensdauer	130
(5)	Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens	131
iii.	Der Bezug zur Anleitungspflicht	132
2	Das Überraschungsverbot	139
2.1.	Rechtliche Grundlagen	139
2.2.	Inhalt des Überraschungsverbotes	141
II. DIE GRUNDLAGEN FÜR DIE PRÜFUNG EINER BEFANGENHEIT		148
1	Allgemeines	148
2	Befangenheitsgründe	152
3	Die Parteilichkeit im Besonderen	154
4	Die Geltendmachung	157
III. DIE MÖGLICHE BEFANGENHEIT IM ZUGE DER RICHTERLICHEN ANLEITUNG		159
1	Allgemeines	159
2	Abgrenzung des relevanten Bereichs	160

3	Vorliegen einer Befangenheit	162
3.1.	Allgemein geltende Befangenheitsgründe im Rahmen der Anleitungspflicht	163
3.2.	Vorliegen einer Befangenheit als Besonderheit der Anleitungspflicht	167
3.2.1.	Allgemeines	167
3.2.2.	Ausprägungsformen einer möglichen Befangenheit bzw Parteilichkeit.....	168
3.2.3.	Vorliegen und Grenzen des Anscheins der Befangenheit bzw Parteilichkeit	171
3.2.3.1.	Überschreitung der Anleitungspflicht	171
3.2.3.2.	Unterschreitung der Anleitungspflicht.....	176
	IV. SCHLUSSBEMERKUNGEN	178
1	Kritik.....	178
1.1.	Unbestimmtheit der Anleitung	178
1.2.	Überschießende Anleitung.....	181
1.3.	Überlegungen zum bezirksgerichtlichen Verfahren	184
1.4.	Wertungswiderspruch ASGG/ZPO	186
2	Lösungsansätze.....	187
2.1.	Gesetzestext	187
2.2.	Synergien.....	191
2.3.	Besonderheit des ASGG-Verfahrens.....	193
	ZUSAMMENFASSUNG/SUMMARY	196
	LEBENS LAUF.....	199
	LITERATURVERZEICHNIS	200

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
aaO	am angegebenen Ort
Abs	Absatz
Art	Artikel
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
AtomHG	Atomhaftpflichtgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
EGHMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erk	Erkenntnis
ErlBem	Erläuternden Bemerkungen
etc	et cetera
EU	Europäische Union
FB	Forschungsband
ff.	fortfolgend
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idR	in der Regel
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
leg. cit.	legis citatae
mAn	meiner Ansicht nach
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rz	Randziffer
StGB	Strafgesetzbuch

StGG	Staatsgrundgesetz
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
vgl	vergleiche
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZP	Zusatzprotokoll
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVN	Zivilverfahrensnovelle

Vorwort

Im Zuge meiner Tätigkeit als Rechtsanwaltsanwarter und der damit einhergehenden Verhandlungstätigkeit konnte ich die unterschiedlichsten Auffassungen der einzelnen Richterinnen und Richter von der, hier als Sammelbegriff untechnisch so bezeichneten, Anleitungspflicht erfahren. So wurde teilweise die, in vorliegender Arbeit noch näher zu beleuchtende, Manuduktionspflicht gegenüber der unvertretenen Partei durch das Gericht so intensiv wahrgenommen, dass man mitunter den Eindruck gewinnen konnte, als beruflicher Parteienvertreter der anderen Seite, kein objektives Verfahren erwarten zu können. Andererseits gab es auch Situationen, in denen allfälligen Argumenten der Gegenseite keinerlei Beachtung durch das Gericht geschenkt wurde, obwohl das eine oder andere Detail vielleicht doch bei genauerer Erörterung letztlich eine taugliche Einwendung ergeben hätte können.

Nun möchte ich hier keineswegs der Justiz in irgendeiner Form zu nahe treten, vielmehr bin ich davon überzeugt, dass durch die richterliche Praxis und der daraus gewonnenen Erfahrung haltbares und relevantes Vorbringen jeweils von Schutzbehauptungen unterschieden werden konnte. Letztlich könnte meines Erachtens diese Vorgehensweise auch als eine Art „Quasi-Anleitung“ im Interesse der unvertretenen Partei gesehen werden, etwa zur Kostenvermeidung bei Verlängerung der Verhandlung durch irrelevante Tatsachenbehauptungen. Dennoch weckten derartige Situationen und die unterschiedlichen Handhabungen des Gerichtes mein Interesse daran, wie eine doch recht unterschiedliche Vorgehensweise ihre ausreichende Deckung im Gesetz und seinen Intentionen findet.

Den Gedanken zu Ende gedacht ergibt sich sodann fast zwingend die Folgefrage, wie weit die Richterin/der Richter dabei gehen darf bzw. muss, um einerseits der Verpflichtung zur Anleitung Genüge zu tun, andererseits jedoch bei Entscheidung der Sache die ebenfalls gesetzlich geforderte Objektivität zu wahren.

Besonders interessant erschien mir in diesem Zusammenhang auch der Aspekt, dass die gesetzliche Regelung dieser beiden Aufträge an die unabhängige Richterin/den unabhängigen Richter den jeweiligen, dem Zeitgeist unterworfenen, Ansprüchen an die Rechtsordnung unterliegt. Zusätzlich müssen dabei auch zahlreiche weitere Anforderungen an die Prozessordnung berücksichtigt werden. So darf beispielsweise nicht übersehen werden, dass der Justizapparat Kosten verursacht, die naturgemäß bei kürzerer Verfahrensdauer geringer ausfallen. Ebenso wird das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen durch eine rasche Entscheidung besser befriedigt. Derart gäbe es noch viele Punkte, die bei Normierung allein der beiden oben erwähnten Pflichten der Gerichte zu berücksichtigen sind.

Die Gesetzgebung hat somit die Aufgabe, diese Bedürfnisse bei Schaffung oder Novellierung einer Prozessordnung nicht außer Acht zu lassen und darüber hinaus ein möglichst objektives, rasches und faires Verfahren zu gewährleisten. Die Schwierigkeit dieses Unterfangens, aber auch die Beeinflussung durch unterschiedliche Anforderungen an ein Gerichtsverfahren wird besonders in der historischen Entwicklung der Anleitungspflicht deutlich, weshalb ich deren Verlauf im ersten Kapitel dieser Arbeit darstellen möchte. Meines Erachtens schafft dies einerseits das notwendige Verständnis für die Problematik der Regelung von zumindest prima facie einander widersprechenden oder zumindest in Konkurrenz stehenden Anforderungen an eine Prozessordnung. Andererseits kann daraus aber auch ersehen werden, wie sehr gerade die Rolle des Richters/der Richterin dem Wandel der Zeit unterworfen ist.

Darauf aufbauend möchte ich sodann die Anleitung- und Erörterungspflicht samt allfälligen Besonderheiten sowie das Überraschungsverbot näher beleuchten. Dabei soll auch anhand von teilweise sehr unterschiedlichen Judikaten aufgezeigt werden, wie schwierig die Schaffung einer allgemeinen Norm ist, die dem Richter/der Richterin (vorwiegend erster Instanz) eine eindeutig gesetzeskonforme Verhaltensweise ermöglicht.

Nach ausführlicher Darstellung der Befangenheit werde ich versuchen, das durchaus schwierige „Zusammenspiel“ von Anleitungspflicht und (der Vermeidung von) Befangenheit bzw. deren Grenzen systematisch darzustellen. Sodann erlaube ich mir zwar Kritik an der bestehenden Regelung zu üben, um letztlich jedoch auch den Versuch zu unternehmen, konstruktive Lösungsansätze aufzuzeigen.

Abschließend möchte ich noch darauf hinweisen, dass ich im Sinne der Lesbarkeit in der Arbeit im Weiteren darauf verzichtet habe, jeweils auch „die Richterin“ anzuführen. Sofern demnach unten „der Richter“ bzw. generell geschlechtsspezifische Ausdrücke verwendet werden, umfassen diese Begriffe jeweils beide Geschlechter gleichermaßen. Dies soll – und möge dies als historisch bedingtes Bonmot gesehen werden – ungeachtet der Tatsache gelten, dass *Canstein* (Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechtes 1893, Seite 157) ausführt: „*Richter sind Männer*“.

I. Die Anleitungs- sowie Erörterungspflicht und das Überraschungsverbot

1 Die Anleitungs- und Erörterungspflicht gemäß §§ 182, 182a ZPO

Eingangs soll als Grundlage für das Verständnis der heute mitunter als grundsätzlich selbstverständlich gesehenen Befugnisse und Pflichten des Richters die Rolle des Gerichts vor dem historischen Hintergrund dargestellt werden. Eine zu weit zurückreichende und detaillierte Darstellung erschien mir für das hier gewünschte Grundverständnis nicht erforderlich, jedoch bieten die Literaturhinweise dem interessierten Leser die Möglichkeit, den einen oder anderen Aspekt weiter zu vertiefen.

1.1. Historische Entwicklung der Rolle des Richters im Prozess

Wie bereits im Vorwort erwähnt, unterlag und unterliegt die Anleitungspflicht bzw. die „materielle Prozessleitung“¹ dem Wandel der Zeit. Die Anforderungen an den Richter, insbesondere seine Befugnisse und Pflichten, werden beeinflusst durch *„unwägbar Äußerungen des Wertgefühls, das in der Rechtspflege eine große Rolle spielt“*.² Schöniger-Hekele³ geht sogar weiter und führt aus: *„In kaum einem anderen Bereich des gerichtlichen Prozesses tritt der grundsätzliche Standpunkt einer Gesetzgebung zum Prozeßzweck derart bedeutsam und sichtbar hervor als in der Verteilung der Aufgaben der Verhandlung zwischen den Parteien und dem Rich-*

¹ Zum Begriff Schrutka, Grundriß² 1917, 190; Petschek/Stagel, Zivilprozeß 1963, 222.

² Fasching, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 75.

³ Schöniger-Hekele, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 48.

ter sowie in der Ausstattung des letzteren mit Befugnissen zur Gewinnung der Grundlagen seines Rechtsspruches“.

Die Rolle des Richters lediglich als Prozess-Aufsichtsorgan unter dem Regime der reinen Verhandlungsmaxime⁴ nach *Gönner*⁵, die dem Richter nur die Verhandlungsführung ohne „Eingreifen“ in das Verfahren überträgt, kann – im Lichte der jeweiligen Sicht des *„Wesens der Prozessgesetzgebung“*⁶ – durchaus seine Berechtigung haben. Im Gegensatz dazu ist meines Erachtens aber auch das Bedürfnis nachvollziehbar, dass die Verhandlung durch ein geschultes Organ als Garant für eine effiziente und faire Rechtsfindung geführt wird.

Ebendiese gegenläufigen Positionen finden sich historisch auch in der österreichischen Zivilprozessgesetzgebung und daher soll im Folgenden die Entwicklung des Richters vom *„Hampelmann[...], der sich nur bewegen durfte, wenn die Parteien ihn am Schnürchen zogen“*⁷ hin zu einer *„Schlüsselrolle“*⁸ im Prozess, aufgezeigt werden.

1.1.1. Die Entwicklungen vor 1781⁹

Vor 1700 fand sich in den Erbländern eine Vielzahl von Rechtsbräuchen, ergänzt durch Gewohnheitsrecht. Der sogenannte „gemeine Prozess“ (im Wesentlichen auf dem römischrechtlichen, dem kanonischen und letztlich dem sächsischen Prozess basierend) spielte nur eine untergeordnete Rolle, da er im Verhältnis zu den einzelnen Territorialprozessordnungen nur

⁴ Etwa *Sperl*, Lehrbuch I 1930, 359; *Nörr*, Naturrecht 1976, 19; *Leipold*, Verfahrensbeschleunigung, in FS Fasching 1988, 338 ff.

⁵ *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 39.

⁶ *Schöniger-Hekele*, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 46.

⁷ *Sprung*, Zielsetzungen, *JB* 1981, 338; *Schoibl*, Entwicklung 1987, 38; *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 39.

⁸ *Schoibl*, Entwicklung 1987, 49.

⁹ *Loschelder*, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 26 ff.

subsidiär zur Anwendung gelangte.¹⁰ Erwähnenswert in diesem Zusammenhang erscheint die Tatsache, dass eine Trennung zwischen stoff-sammelndem und entscheidendem Richter – wie später auch in der AGO – vorgesehen war. Dies wurde als Voraussetzung für ein objektives Urteil angesehen.¹¹ Überdies galt die Dispositionsmaxime¹² getreu dem Grundsatz „iudex ne procedat ex officio“, wobei diese Sichtweise – entgegen dem heutigen Verständnis – für das gesamte Verfahren gelten sollte.¹³ Die Rolle des Richters war mit dem aktuellen Bild eines Richters nicht vereinbar, war doch der Richter seinerzeit zur Passivität im Verfahren verurteilt. Nur beispielhaft möchte ich dazu anführen, dass etwa im Beweisverfahren die seitens der Parteien vorbereiteten Fragen durch den Richter an die Zeugen zu stellen und durch letztere ausschließlich mit „ja“ oder „nein“ zu beantworten waren.¹⁴ Allein dieser Umstand scheint aus heutiger Sicht schon aus einem „Rechtsempfinden“ heraus, ohne detaillierte Kenntnis der Prozessordnung und ihrer Grundsätze nahezu grotesk und würde wohl auch dem Laien nicht als wesentliches Element eines fairen, ausgeglichenen Verfahrens erscheinen.

Kaiser Joseph I. versuchte 1709 eine erste vereinheitlichende Niederschrift zu schaffen, die für Böhmen und Mähren gelten sollte. Dem ehrgeizigen Vorhaben, nämlich der Erfassung aller Rechtsmaterien (eben auch des Prozessrechtes), war jedoch vorerst kein Erfolg beschieden.¹⁵

Erst 1726 gelang es, den Abschnitt über den Zivilprozess fertigzustellen. Der Entwurf war in 30 (Unter-)Abschnitte¹⁶ unterteilt, enthielt jedoch nur die zu regelnde Rechtsmaterie. Zusätzlich wurden die bis dahin gültigen Gesetzesstellen der Böhmischen Landesordnung von 1627 sowie der mährischen Landesordnung von 1628, der Stadtrechte und auch das Ge-

¹⁰ Böhm, Justizgesetze 1986, 60; Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 31.

¹¹ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 31.

¹² Leipold, Verfahrensbeschleunigung, in FS Fasching 1988, 335 ff.

¹³ Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 34.

¹⁴ Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 37.

¹⁵ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 26.

¹⁶ Ott, Rezeptionsgeschichte 1879, 282 ff.

wohnheitsrecht¹⁷ und deren Problematik dargestellt sowie letztlich Lösungsvorschläge unterbreitet. Der Entwurf eines Gesetzestextes fehlte völlig.¹⁸

Vereinfacht dargestellt, war dem „*gemeinrechtlichen Prozess*“¹⁹ die materielle Prozessleitung durch das Gericht völlig unbekannt.²⁰ Der Richter hatte nur die Möglichkeit, durch Eide, Strafen oder Kautionen das Verfahren zu beeinflussen. Zusätzliche Instrumente, um etwa den Prozessfortgang oder gar die Beschaffung von Entscheidungsgrundlagen zu steuern, standen dem Richter nicht zur Verfügung.²¹

1.1.2. Die Allgemeine Gerichtsordnung (AGO) von 1781²²

1.1.2.1. Allgemeines

Maria Theresia setzte sich ab ca. 1753²³ für eine Reform des bis dahin geltenden gemeinen Prozessrechtes ein. Dazu setzte sie eine sogenannte Kompilationskommission ein, deren Aufgabe es ursprünglich war, ein für alle Erbländer geltendes Zivilgesetzbuch zu schaffen.²⁴ Sie versuchte dadurch, ein „*sicheres, gleiches Recht und eine gleichförmige rechtliche Verfahrensort*“²⁵ zu schaffen.

Die Initiative dafür wurde 1776 von Maria Theresia gesetzt, nämlich auf Basis eines Entwurfs (1775) des Schweizer Joseph Hyazinth Ritter von

¹⁷ Ott, Rezeptionsgeschichte 1879, 282.

¹⁸ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 28.

¹⁹ Schoibl, Entwicklung 1987, 33.

²⁰ Pollak, System 1932, 636.

²¹ Schoibl, Entwicklung 1932, 35ff.

²² Schöniger-Hekele, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 47; Schoibl, Entwicklung 1987, 33 ff.

²³ Canstein, Lehrbuch² I 1893, 50.

²⁴ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 25.

²⁵ Schoibl, Entwicklung 1987, 33.

Froidevo (Froidevaux).²⁶ Diese Kodifikations(vor)arbeiten bildeten sodann unter Maria Theresias Sohn Josef II ihrerseits die Grundlage für die Allgemeine Gerichtsordnung 1781 (auch Josefinische Gerichtsordnung²⁷). Diese durfte zum damaligen Zeitpunkt durchaus als große Errungenschaft gesehen werden, spricht etwa Nörr²⁸ davon, dass *„die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781 dem Gesetzgebungsstile nach einen durchaus moderneren Eindruck [machte, Anm. des Verf.]“*

Unter dem Regime der Allgemeinen Gerichtsordnung 1781 (AGO) wurden die Schriftlichkeit, die Heimlichkeit, die Mittelbarkeit und die gebundene Beweiswürdigung normiert. Die AGO sah bezüglich des Prozessablaufes jedoch eine *„fast unbeschränkte Parteiherrschaft“*²⁹ vor.

1.1.2.2. Wesentliche Verfahrensregelungen

1.1.2.2.1. Allgemeines

Es oblag überwiegend den Parteien, den Verhandlungsstoff zu liefern und das Verfahren durch Anträge und Beweisbeschaffung zu steuern. Das betraf bereits die Einleitung des Verfahrens, denn diese unterlag der strengen Dispositionsmaxime. Gemäß § 1 AGO sollte der Richter *„niemals von Amts wegen verfahren“*.³⁰ Der Richter konnte nur auf Antrag der Parteien und nicht von amtswegen einschreiten. Dadurch wurde der Richter quasi zu einem *„Urteilsapparat, der juristisch=geistig verarbeitet, was die Parteien in diese Rechtsprechungsmaschine einschieben“*.³¹

²⁶ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 55 ff.; Canstein, Lehrbuch² I 1893, 50 ff.

²⁷ Leonhard, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948, 126.

²⁸ Nörr, Naturrecht 1976, 24.

²⁹ Schöniger-Hekele, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 47.

³⁰ Siehe dazu Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 33 ff.

³¹ Sperl, Lehrbuch I 1930, 359.

Das Gericht war dadurch dem Geschick und den Aktivitäten der Parteien ausgeliefert. Eine Entscheidung durfte nur auf Grundlage des Vorbringens der Parteien erfolgen. Dadurch hatten diese jedoch nicht nur – zumindest bis zu einem gewissen Grad – den Verfahrensablauf und Verfahrensausgang „in der Hand“, sondern konnten auch die Verfahrensdauer beeinflussen, ohne dass dem Gericht ausreichende Möglichkeiten zur Einflussnahme bereit gestellt wurden. Das Hauptproblem dabei liegt auf der Hand, dass für eine Partei in der Regel die Länge des Verfahrens von wesentlichem Interesse für die Verfolgung ihres Rechtsschutzzieles ist. Durch das Fehlen einer objektiven Prozessleitung, im Sinne einer ökonomischen und durch Parteieninteressen unbeeinflussten Verfahrensführung, konnte die Durchsetzung eines unter Umständen zu Recht bestehenden Anspruches vereitelt oder zumindest verzögert werden.

Eine Einflussnahme des Gerichtes auf Vollständigkeit oder Klarheit des Sachverhaltes war nicht vorgesehen, wodurch eine kontinuierliche, vorhersehbare Spruchpraxis nicht gewährleistet werden konnte. Diese Art der Verfahrensgestaltung minderte somit einerseits die Präventivwirkung der Rechtsvorschriften, verursachte aber auch weitere, damit einhergehende Nachteile. So nennt etwa *Schöniger-Hekele*³² Kostspieligkeit und Beweisprobleme.

1.1.2.2.2. *Schriftlichkeit*

Die AGO normierte das Gebot der Schriftlichkeit, welches lediglich in drei Ausnahmefällen durchbrochen werden konnte. Bei Prozessen auf dem Lande, bei geringem Streitwert oder Rechtsstreitigkeiten „die aus einer bloß mit Worten zugefügten Unbill“ entstehen, konnte das Schriftlichkeitsgebot außer Acht gelassen werden. Das mündliche Verfahren unterschied

³² *Schöniger-Hekele*, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 47.

sich vom schriftlichen Verfahren jedoch überwiegend nur darin, dass die Parteien dabei ihren Vortrag bei Gericht zu Protokoll erklärten.³³

Im schriftlichen Verfahren wurde das Vorbringen über sogenannte „*Satzschriften*“ (heute Schriftsätze) erstattet, in denen „*das Factum [...], ohne einer Rechtsstelle erzählt*“ und die Beweismittel genannt werden sollten.³⁴ Das Gericht konnte daher nur aufgrund des schriftlichen Parteivortragens (und schriftlicher Beweisergebnisse) seine Entscheidung treffen.³⁵

1.1.2.2.3. Tatsachenvorbringen und Eventualmaxime^{36,37}

Die Bestimmungen der AGO boten den Parteien nur eine sehr beschränkte Möglichkeit, Tatsachen vorzubringen. So hatten der Kläger in der Klage und der Beklagte in der Einrede die Möglichkeit, rechtserhebliche Tatsachen ausführlich darzutun. Die sodann folgenden Schriftsätze („Satzschriften“) der klagenden Partei (Replik) und der beklagten Partei (Duplik) durften keine neuen Tatsachen enthalten (Eventualmaxime). Es bestand lediglich die Möglichkeit, die Behauptungen der Gegenpartei zu widerlegen, rechtsbegründende Tatsachen konnten nicht mehr vorgebracht werden. Der Prozess war strikt in Abschnitte geteilt, die darüber hinaus präjudiziell für den Folgeabschnitt waren.³⁸ *Klein*³⁹ meinte sogar zu dieser Prozesspraxis, „*man könnte sagen, er [der Prozess, Erg. des Verf.] erstarrte stufenweise, jedes folgende Stadium fußte auf einer unanfechtbar gewordenen Grundlage*“. Mit Einbringung der Schluss- und Gegenschlusschrift durch die Parteien war der erste Abschnitt des Prozesses beendet.

³³ *Schoibl*, Entwicklung 1987, 34; *Canstein*, Lehrbuch² I 1893, 6ff.

³⁴ *Loschelder*, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 86.

³⁵ *Malaniuk*, Stellung des Richters 1948, 183.

³⁶ Zum Folgenden grundsätzlich *Schoibl*, Entwicklung 1987, 33 ff; *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 65.

³⁷ Zum Begriff etwa *Pollak*, System 1932, 291; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 710.

³⁸ *Malaniuk*, Stellung des Richters 1948, 181.

³⁹ *Klein*, Zivilprozeß 1927, 30.

1.1.2.2.4. *Beweisverfahren*

Das Beweisverfahren fand sich in einem engen, formalistischen Korsett eingefasst und der Richter war zusätzlich an gesetzlich festgelegte Beweisregeln gebunden (siehe sogleich im nächsten Kapitel 1.1.2.3.2.). Nach Beendigung des ersten Prozessabschnittes wurde durch Urteil über die Beweispflichten der Parteien abgesprochen. Als zulässige Beweise waren das Eingeständnis, die Urkunden, die Zeugen, die Kunstverständigen (heute Sachverständigen) und die Parteieneide (Haupt-, Erfüllungs- und Schätzungseid) vorgesehen.⁴⁰ Nach Festlegung der notwendigen Beweise durch das Gericht in Urteilsform, war es diesem nicht mehr möglich, weitere Beweise – etwa bei Hervorkommen neuer, rechtserheblicher Tatsachen – durch ein zweites Beweisurteil aufzutragen.⁴¹

Bei der Beweiswürdigung wurde dem Richter weiterhin keine aktive Rolle zugestanden. Die Parteieneide konnten nicht auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden, vielmehr normierte die AGO – wie eingangs bereits erwähnt –, wann ein Beweis als erbracht galt. War sodann die Einvernahme der Zeugen durch das Gericht festgelegt, musste diese Beweisaufnahme nicht einmal zwingend vor dem erkennenden Richter durchgeführt werden.⁴²

Das Schriftlichkeitsgebot schlug auch auf die Beweisführung durch, der Richter hatte seine Entscheidung auf der Grundlage von schriftlich vorliegenden Beweisergebnissen zu treffen.⁴³ So konnten bspw die Parteieneide durch Einsendung der unterschriebenen, schriftlichen Eidesformel ersetzt werden.⁴⁴ Durch die Aufforderung zur Ableistung des Parteieneides (Haupteid) wurde der bestreitende Gegner aufgefordert, diese Bestreitung eidlich zu bekräftigen. Wurde der Eid dann geleistet, galt die bestrittene

⁴⁰ Zu den einzelnen Beweisen *Loschelder*, Allgemeine Gerichtsordnung 1987, 119 ff.

⁴¹ *Loschelder*, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 118 ff.

⁴² *Schoibl*, Entwicklung 1987, 35.

⁴³ *Malaniuk*, Stellung des Richters 1948, 183.

⁴⁴ *Schoibl*, Entwicklung 1987, 35.

Tatsache als falsch, wurde er verweigert, war für diese Tatsache der volle Beweis der Richtigkeit erbracht.⁴⁵

1.1.2.3. Die Rolle des Richters

1.1.2.3.1. Allgemeines

Wie bereits angedeutet, war der Richter unter dem Regime der AGO im Lichte der materiellen Prozessleitung weitestgehend zur Passivität verurteilt.⁴⁶ Die Einflussnahme auf das Verfahren betraf vorwiegend die Verfahrensgestaltung. So oblag es dem Gericht, Schriftsätze zuzustellen, die Verhandlungen sowie Termine und Fristen anzuberaumen⁴⁷ und ähnliche Aufgaben der „*formellen Prozeßleitung*“⁴⁸ zu erfüllen. Jedoch zeigt sich sogar hier die seinerzeit durchaus erwünschte Passivität des Richters, indem etwa Termine zwar durch das Gericht anberaumt wurden, eine Erstreckung, welche von beiden Parteien beantragt wurde, jedoch bewilligt werden musste.⁴⁹ Die Einflussnahme auf inhaltliche Belange im Sinne einer tatsächlichen, materiellen Prozessleitung war unter der AGO weiterhin nahezu nicht vorhanden.

Unter dem Titel der materiellen Prozessleitung wurde dem Richter lediglich die Prüfung der Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit von Parteihandlungen, die Abweisung unzulässiger und verspäteter Eingaben, die Bestellung von Prozesskuratoren (zur Wahrung der Rechte von Abwesenden) und die Belehrung der Parteien über Prozessvorschriften und Rechtsfolgen von unterlassenen Prozesshandlungen übertragen.⁵⁰

⁴⁵ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 138ff.

⁴⁶ Malaniuk, Stellung des Richters 1948, 183; Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 36.

⁴⁷ Canstein, Lehrbuch² I 1893, 173.

⁴⁸ Pollak, System 1932, 236.

⁴⁹ Malaniuk, Stellung des Richters 1948, 184; Leonhard, Jugendjahre 1930, 23.

⁵⁰ Canstein, Lehrbuch² I 1893, 173 ff.

1.1.2.3.2. *Beweisverfahren*

Im Beweisverfahren oblag dem Richter die Entscheidung über die Zulässigkeit der angebotenen Beweismittel. Am Ende des ersten Prozessabschnittes (nach Eingang bzw Wechsel aller Schriftsätze) hatte er in einem Beweisurteil die Zulässigkeit der Beweise festzustellen und sodann die notwendigen Beweise für entscheidungserhebliche, strittige Tatsachen den Parteien aufzutragen. Damit war die Einflussnahme des Richters auf die Beweisaufnahme weitestgehend beendet, da etwa ein zweites Beweisurteil zur Festlegung weiterer Beweise nicht zulässig war.⁵¹

Zudem musste, wie bereits erwähnt, die Beweisaufnahme auch nicht zwingend vor dem erkennenden Gericht durchgeführt werden. Das so erhaltene schriftliche Beweisergebnis hatte das Gericht sodann nach gesetzlichen Vorgaben zu würdigen („legale Beweistheorie“⁵²). Jedes Beweismittel war gesetzlich als volles oder halbes Beweismittel festgelegt. Vollen Beweiswert hatten etwa das Eingeständnis, die einander deckenden Gutachten zweier Kunstverständiger oder die übereinstimmenden Zeugenaussagen zweier unbedenklicher Zeugen. Mindestens zwei halbe Beweise ergaben ebenso einen vollen Beweis, sodass auch dadurch ein „Factum“ als bewiesen galt.⁵³ Das Gericht war daher in einem heute so wesentlich erscheinenden Punkt, nämlich der freien Beweiswürdigung, darauf beschränkt, festzustellen, ob das gesetzlich normierte Erfordernis für den Beweis erfüllt und dieser daher erbracht war oder nicht.⁵⁴

Die AGO sah letztlich nur bei „bedenklichen“ Zeugen (wie etwa Dienstboten, die im Prozess ihres Dienstherrn aussagten) eine freie Würdigung der Zeugenaussage durch den Richter nach Ermessen insofern vor, als der Richter entschied, wie viele bedenkliche Zeugen notwendig waren, um

⁵¹ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 118.

⁵² Canstein, Lehrbuch² I 1893, 445.

⁵³ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 119.

⁵⁴ Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 38.

das „Factum“ letztlich zu beweisen. Aussagen sogenannter verwerflicher Zeugen waren für den Prozess nicht von Relevanz (zB: nahe Verwandte, Ehegatten,...).

Die passive Rolle des Richters zeigt sich nicht zuletzt auch in der Tatsache, dass ein benannter Zeuge nur dann vernommen werden konnte, wenn die nominierende Partei einen „Weisartikel“ eingebracht hatte.⁵⁵ Die Weisartikel hielten detailliert fest, zu welchem Beweisthema, somit zu welchen Tatsachen, der Zeuge zu befragen war. Jeder Weisartikel durfte nur eine Tatsache enthalten, und der Richter war daran gebunden. Eine Befragung von Zeugen zu Tatsachen, die nicht in dem Weisartikel angeführt waren, wurde vom Gericht nicht durchgeführt.⁵⁶

Die Sichtweise der Rolle des Richters kommt auch bei den Parteieneiden⁵⁷, hier insbesondere dem Haupteid, zum Ausdruck. Wie oben beschrieben, galt der geleistete Eid der beklagten Partei über die Bestreitung einer von der klagenden Partei vorgebrachten Tatsache als voller Beweis für das Nichtbestehen derselben. Nahm der Beklagte den Eid jedoch nicht an, so war es an der klagenden Partei, den Eid hinsichtlich der behaupteten Tatsache zu leisten. Wurde dieser erbracht, war der Prozess gewonnen, andernfalls obsiegte die beklagte Partei. Bei Ableistung eines Eides entschied allein das Verhalten der Parteien über den Prozessausgang. Der Richter wurde dabei in keiner Phase zu einer Beweiswürdigung oder Wahrheitsfindung ermächtigt, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen hatte er für die eine oder andere Partei zu entscheiden. Mangels jeglichen Beitrags des Richters in diesem Zusammenhang wurde der Parteieneid auch als Grundlage für Vergleiche gesehen, da allein die Parteien

⁵⁵ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 95.

⁵⁶ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 130; Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 36.

⁵⁷ Canstein, Lehrbuch² I 1893, 497 ff.

durch ihr Verhalten entschieden, ob gewisse Tatsachen als bewiesen oder eben unwahr galten.⁵⁸

Nur der Vollständigkeit halber soll noch erwähnt werden, dass die Gegenpartei bei aufgetragenem Eid als dritte Möglichkeit (neben Annahme oder Nichtannahme) die Erbringung eines Gegenbeweises wählen konnte. Misslang dieser, galt die seitens der klagenden Partei behauptete Tatsache ebenfalls als wahr.⁵⁹

1.1.2.3.3. *Verfahrensführung*

Abgesehen von den unter Kapitel 1.1.2.3.1. angeführten, rein formalen Prozessleitungsbefugnissen des Richters, war dieser hinsichtlich Verfahrensfortgang und Entscheidungsgrundlage, überspitzt formuliert, den Parteien und der AGO ausgeliefert. Die dem Gericht zur Verfügung gestellten, entscheidungswesentlichen Tatsachen konnten durch die Parteien willkürlich und bewusst selektiv im Verfahren vorgebracht werden. Eine Einflussnahme durch den Richter, sollte auch ein Anhaltspunkt für rechtserhebliche, jedoch nicht (ausreichend) vorgebrachte Tatsachen bestehen, scheiterte an fehlenden, entsprechenden Befugnissen durch die Verfahrensgesetze. Darüber hinaus oblag es mehr oder weniger allein den Parteien, den Verlauf des Prozesses durch Anträge zu steuern. Richterliche Einflussnahme war nur in den engen Grenzen der rein formalen Prozessführung vorgesehen. Die Sammlung des Prozessstoffes wurde ausschließlich von den Parteien beherrscht. Ein unvollständiger Vortrag konnte nicht durch gerichtlichen Auftrag ergänzt werden, lediglich im mündlichen Verfahren hatte der Richter die Pflicht, *„alles was zur verlässlichen Erörterung des Factums, und der beyden Teilen zu Statten kommenden Beweise gehöret, in das Klare zu setzen...“*.⁶⁰

⁵⁸ Schoibl, Entwicklung 1987, 35.

⁵⁹ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 140.

⁶⁰ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 99.

Zusätzlich konnte das Gericht (im mündlichen Verfahren) bei Nichterscheinen beider Parteien kein Urteil – in welcher Art auch immer – fällen, sondern musste sich in Geduld üben, da ein neuer Verhandlungstermin nur auf Antrag einer der Parteien anberaumt werden konnte.⁶¹

Ein weiterer, für das Bild der Funktion des Richters zu dieser Zeit meines Erachtens wichtiger Aspekt war dessen Rolle bei der „Inrotulierung“⁶² der Akten am Schluss des Verfahrens. Dabei wurden die für das Verfahren relevanten Schriften vor einer Gerichtsperson zusammengelegt und bildeten die Grundlage für die gerichtliche Entscheidung. Im Entwurf der AGO von 1776 war noch vorgesehen, dass nach Ablauf der Frist zur Einbringung der Schriftsätze der Richter – unabhängig davon, ob die Schriftsätze rechtzeitig eingelangt waren oder nicht – den Termin zur Inrotulierung anberaumen sollte. Die AGO 1781 sah jedoch vor, dass der Termin zur Inrotulierung durch das Gericht nur nach Vorliegen sämtlicher Schriftsätze anberaumt werden konnte. Lediglich die Parteien konnten diese Starre des Gerichtes auflösen, indem bei Säumnis einer Partei die Inrotulierung beantragt wurde. Auch hier ist erkennbar, dass sich die AGO dem Parteienbetrieb verschrieben hatte. Das Gericht war dazu verdammt, tatenlos dem Prozessstillstand zuzusehen, bis eine der Parteien die Fortführung des Verfahrens wieder in die Hand nahm. Nahmen die Parteien diese Möglichkeit nicht in Anspruch, sah die AGO vor, dass auch nach Ablauf der Frist eingebrachte Schriften – sofern diese nur vor dem Antrag auf Inrotulierung einlangten – zu berücksichtigen seien.⁶³

Die AGO 1781 beachtete bereits die auch heute noch gerne gelebte Praxis der Vergleichsgespräche. Nicht zuletzt dabei wurde der Richter in seiner Rolle beschränkt und durfte nur „mit Anstand und Bescheidenheit“ auf einen Vergleich hinwirken. Nicht genug damit, hielt man es darüber hinaus

⁶¹ Schoibl, Entwicklung 1987, 35.

⁶² Zum Begriff siehe Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 148.

⁶³ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 94ff.

für erforderlich, dem Richter ein „ungestümes Zureden“ zum Vergleich zu untersagen.⁶⁴

Letztlich war das Gericht nach § 437 AGO zudem verpflichtet, unklare Gesetzesbestimmungen über Entschließungen bei Hofe auslegen zu lassen, sofern „über den Verstand des Gesetzes ein begründeter Zweifel“ vorliegt.⁶⁵ Dies führte zu einer Vielzahl von Nachtragsverordnungen, sodass abgesehen von einer weiteren Beschneidung richterlicher Befugnisse zusätzlich die Übersichtlichkeit und meines Erachtens auch der Kodifizierungsanspruch darunter leiden musste.⁶⁶

1.1.2.4. Fazit

Die mangelnde Möglichkeit des Gerichtes, Einfluss auf den Prozessverlauf zu nehmen, in Verbindung mit der nahezu unbegrenzten Parteiherrschaft auf den Verfahrensverlauf, führte letztlich dazu, dass Prozesse über Jahre hinaus keiner Beendigung zugeführt werden konnten. Dieser Punkt wurde noch verstärkt durch den oben erwähnten § 437 AGO, welcher dem Richter die Einholung von Entschließungen vorschrieb und die selbstständige Auslegung zweifelhafter Bestimmungen untersagte.⁶⁷ Das ursprüngliche Bestreben nach Kodifikation und Vereinheitlichung der Prozessordnung wurde nicht zuletzt durch diese Bestimmung konterkariert, da eine *„Flut von unablässig aufeinander folgenden Hofdekreten über authentische Interpretationen, die auch [...] allgemeine Geltung erlangten“*⁶⁸, die Schaffung einer übersichtlichen und einheitlichen Rechtslage verhinderte.

⁶⁴ Loschelder, Allgemeine Gerichtsordnung 1978, 97.

⁶⁵ Schoibl, Entwicklung 1987, 38; Leonhard, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948, 127.

⁶⁶ Böhm, Justizgesetze 1986, 59.

⁶⁷ Schöniger-Hekele, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 15; Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 39.

⁶⁸ Schöniger-Hekele, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 15.

Aufgrund des oben skizzierten Ablaufes der Beweiserhebungen war zusätzlich keine Kontinuität in der Entscheidungspraxis gegeben und daher der Ausgang des Verfahrens nahezu unvorhersehbar. Die „*Berechenbarkeit des Verfahrensganges*“ präsumiert jedoch die „*rechtspolitische Garantiefunktion der ,schützenden Normen‘*“ als „*unaufgebbares Strukturelement*“.⁶⁹

Dadurch ging das Vertrauen in die Justiz verloren, Prozesse wurden nicht mehr als Möglichkeit zur Durchsetzung einer (vermeintlich) gesicherten Rechtsposition gesehen. Vielmehr schwand durch die Unvorhersehbarkeit der Entscheidung und der überlangen Verfahrensdauer das Interesse an gerichtlicher Hilfe bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen.⁷⁰

1.1.2.5. Weitere Entwicklungen

Die entstandene Unzufriedenheit mit der geltenden AGO erweckte mehrere Reformbestrebungen.⁷¹ Aufgrund ihrer geringen praktischen Relevanz für diese Arbeit wird auf deren Aufzählung und Erörterung verzichtet. Jedoch soll der Vollständigkeit halber die WGO 1796 und aufgrund der wichtigen Schritte in Richtung des „modernen“ Zivilprozessrechtes das Bagatellverfahren kurz dargestellt werden.

1.1.2.5.1. Die WGO 1796⁷²

Aufgrund der Ablehnung einer mittlerweile unübersichtlich gewordenen AGO (siehe Kapitel 1.1.2.4.) wurde der Ruf nach einer neuen Gerichtsordnung laut. Das Ergebnis war die Gerichtsordnung 1796, deren örtlicher

⁶⁹ Böhm, *Bewegliches System* 1986, 228.

⁷⁰ Matscher, *Verfahrensdauer*, in FS Fasching 1988, 351.

⁷¹ Schöniger-Hekele, *Zivilprozeßreform 1895* (2000), 16 ff; Schoibl, *Entwicklung* 1987, 40 ff.

⁷² Schoibl, *Entwicklung* 1987, 38; Böhm, *Justizgesetze* 1986, 59.

Geltungsbereich jedoch nicht mit jenem der AGO übereinstimmte. Die sogenannte Westgalizische Gerichtsordnung (WGO) sollte nämlich im 1795 erworbenen Westgalizien, dem „*altösterreichischen Experimentierfeld*“⁷³ erprobt werden.

Die WGO unterschied sich inhaltlich unwesentlich von der AGO, da die bereits erwähnten, zahlreichen Hofkanzleidekrete (zwischen 1781-1796), die im Geltungsbereich der AGO als Einzelgesetze galten, in der WGO berücksichtigt wurden.⁷⁴

1.1.2.5.2. Das Bagatellverfahren

Die weitere Entwicklung brachte zahlreiche Einzelgesetze hervor, die aus der AGO/WGO herausgelöst wurden. Dem lag der Versuch zugrunde, durch diese Einzelgesetzgebung neue Prozessformen zu schaffen. Beispielsweise seien, neben dem hier zu behandelnden Bagatellverfahren, das Eheverfahren (1819), das Summarverfahren (1845) und das Mahnverfahren (1873) genannt.⁷⁵

Als außerordentlich wichtiges Einzelgesetz jener Zeit ist jedoch sicherlich das Bagatellverfahren zu sehen. *Schoibl*⁷⁶ bezeichnet das vom damaligen Justizminister Dr. Julius Glaser vorgelegte Gesetz über das Bagatellverfahren sogar als „*entscheidende Wende in der weiteren Entwicklung des österreichischen zivilgerichtlichen Verfahrens*“. Bei Rechtssachen mit geringem Streitwert sollte als Auswirkung der Beschleunigungstendenz⁷⁷ das Bagatellverfahren (RGI 66/1873) zur Anwendung gelangen, und es sah dieses eine Reihe von Änderungen vor.⁷⁸

⁷³ *Böhm*, Justizgesetze, 59.

⁷⁴ *Canstein*, Lehrbuch² I 1893, 53.

⁷⁵ *Böhm*, Justizgesetze 1986, 60.

⁷⁶ *Schoibl*, Entwicklung 1987, 42 ff.

⁷⁷ *Canstein*, Lehrbuch² I 1893, 4.

⁷⁸ *Canstein*, Lehrbuch² I 1893, 7.

So sollte der Prozess in diesen Angelegenheiten in einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung geführt werden. Darüber hinaus verlief das Verfahren unter dem Gebot der Unmittelbarkeit (stoffsammelnder und erkennender Richter waren ident⁷⁹) und wurde die Eventualmaxime abgeschafft.

Die Rolle des Richters wurde auch dadurch aufgewertet, dass man die gesetzliche durch eine freie Beweiswürdigung und insbesondere den Parteieneid durch die Parteienvernehmung ersetzte.⁸⁰ Das Bekenntnis zur materiellen Wahrheit manifestierte sich mE besonders deutlich gerade in dieser Abkehr vom formalen Eid hin zur eidlichen Parteienvernehmung und der Möglichkeit einer Beweisaufnahme durch amtswegige Parteienvernahme.⁸¹

Neben anderen Gesetzen war es besonders das Gesetz über das Bagatellverfahren, das die spätere ZPO beeinflussen sollte. Dabei zeigte sich eine deutliche Tendenz, die Parteienherrschaft zu verringern und der Verantwortung des Staates – nämlich, die Rechtspflege als bedeutendes Gut durch entsprechende Gesetzgebung zu pflegen – gerecht zu werden. Durch die Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten des Richters als das „*die Gewalten, Befugnisse und Pflichten [des Staates, Anm. des Verf.]*“ vertretende und zu „*deren Ausübung berufene Organ*“⁸², kommt dies schließlich deutlich zum Ausdruck.

⁷⁹ Schoibl, Entwicklung 1987, 43.

⁸⁰ Leonhard, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948, 130.

⁸¹ Leonhard, Jugendjahre 1930, 19.

⁸² Sperl, Lehrbuch I 1930, 236.

1.1.3. Die *Kleinsche* Justizreform 1895

1.1.3.1. Allgemeines

Die sozialpolitischen Forderungen⁸³ im Sinne der „*Ideen der bürgerlichen Freiheit*“⁸⁴ des ausgehenden 19. Jahrhunderts beeinflussten auch die weitere Entwicklung des Zivilprozesses. Vor diesem politischen Hintergrund erschien in den Jahren 1890/1891 die Aufsatzreihe „Pro Futuro“⁸⁵ von Franz Klein (1854-1926) in den Wiener Juristischen Blättern. Darin betonte Klein die soziale Verantwortung des Verfahrens im gesellschaftlichen Gesamtgefüge⁸⁶ und war daher der Ansicht, dass das Verfahren einerseits zu straffen⁸⁷ und darüber hinaus die materielle Wahrheit zu erforschen sei. In dem erklärten Ziel, das Verfahren in angemessener Frist⁸⁸ durchzuführen, zeigt sich zusätzlich eine Berücksichtigung wirtschaftlicher Aspekte aber auch des Gemeinwohls im Prozess durch Klein⁸⁹. Wesentliches Anliegen Kleins und der darauf folgenden Prozessreform war jedoch nicht zuletzt auch die materielle Prozessleitung durch das Gericht⁹⁰ und die damit einhergehende Neugestaltung von Stellung und Funktion des Richters.⁹¹ Der Verhandlungsgrundsatz wurde daher zugunsten des Untersuchungsgrundsatzes zurückgedrängt.⁹²

⁸³ Böhm, Justizgesetze 1986, 63; Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 42.

⁸⁴ Leonhard, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948, 129ff; Stampfer, Rechtsgestaltung 1998, 72.

⁸⁵ JBI 1890 Heft 43-52 und JBI 1891, Heft 1-9; auch als selbstständige Publikation unter dem Titel: „Pro Futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozeßreform in Österreich“ in Wien 1891 erschienen; siehe auch Klein, Zivilprozeß 1927, 47.

⁸⁶ Schöniger-Hekele, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 24; Böhm, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 87 f.

⁸⁷ Leonhard, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948, 131ff.; derselbe, Jugendjahre 1930, 6; Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 89.

⁸⁸ Matscher, Verfahrensdauer, in FS Fasching 1988, 351.

⁸⁹ Böhm, Justizgesetze 1986, 62; Rechberger, Gestaltungsanliegen 1998, 55ff; Fasching, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 102.

⁹⁰ Böhm, Bewegliches System 1986, 238; Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 92.

⁹¹ Böhm, Justizgesetze 1986, 64.

⁹² Rechberger, Gestaltungsanliegen 1998, 60; Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 91.

In den JBl 1890 (S 509) nannte Klein weitere sechs Problembereiche, die seiner Meinung nach jedenfalls reformbedürftig wären. Dem Thema der Arbeit treu bleibend sollen hier nur die „richterliche Mitwirkung bei der Sachverhaltsfeststellung“, „die Mittel zur Prozeßbeschleunigung“ und „die Mündlichkeit im Verfahren vor Einzelrichtern“ genannt werden. Klein sah den Prozess somit nicht (mehr) als bloßes Werkzeug des Parteieninteresses, sondern als eine Wohlfahrtseinrichtung zum Schutze gesellschaftlicher Interessen und individueller Rechtsgüter.⁹³ Klein war folgender Ansicht: *„Wenn der Rechtskonflikt eine leichtere oder schwerere Wunde am Gemeinschaftskörper ist, hat das Urteil eben diese Wunde zu heilen. Es muss [...] das [...] notwendige Heilmittel gefunden werden, und es ergibt sich daraus, daß – die Wunde für den Sachverhalt der Komplikation und das materielle Recht als Medizin genommen – die Heilung der Wunde [...] von der [...] Richtigkeit des Urteils [...] abhängt.“*⁹⁴

Das Ziel sollte ein einfacher, billiger⁹⁵ und schneller⁹⁶ Prozess sein, dessen Verfolgung der *„Staat in sein sozialpolitisches Programm integrieren [muss, Erg. durch den Verf.]“*.⁹⁷ Wesentliche Aspekte eines Verfahrens auf Grundlage seiner soziologischen Prozessauffassung sah Klein daher einerseits in der aktiven und auch physischen Teilnahme der Parteien am Prozess, aber auch in der formellen und materiellen Prozessleitung im Zusammenhang mit richterlichen Aufklärungspflichten.⁹⁸

Aufgrund oder vielmehr trotz dieser progressiven Ansätze wurde Franz Klein 1891 *„mit sehr bescheidener Stellung in das Justizministerium beru-*

⁹³ Schoibl, Entwicklung 1987, 47; Leonhard, Jugendjahre 1930, 6; Stampfer, Rechtsgestaltung 1998, 78; Fasching, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 76.

⁹⁴ Klein, Zivilprozeß 1927, 200 ff.

⁹⁵ Siehe Fasching, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 110 ff.

⁹⁶ Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 89, der unter Verweis auf FN 1 aaO von der *„Beschleunigung“ des Verfahrens* spricht; Fasching, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 99.

⁹⁷ Schoibl, Entwicklung 1987, 47.

⁹⁸ Schoibl, Entwicklung 1987, 49; Klein, Zivilprozeß 1927, 176; Leonhard, Jugendjahre 1930, 6; Fasching, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 102.

fen⁹⁹ und mit der Kodifikation eines neuen Zivilprozessrechtes betraut. Bereits nach zwei Jahren konnte Klein am 20. März 1983 die Reformentwürfe samt Erläuterungen vorlegen, welche am 1. August 1895 kaiserlich sanktioniert wurden und am 1.01.1898 in Kraft traten.¹⁰⁰

1.1.3.2. Wesentliche Verfahrensregelungen

1.1.3.2.1. Allgemeines

Die wesentlichen Merkmale des „sozialen Zivilprozesses“¹⁰¹ wurden stichwortartig und in groben Zügen bereits bei der Erläuterung der Ansätze Kleins in seinen Aufsätzen „Pro Futuro“ dargestellt. Nun sollen kurz – mit dem Hauptaugenmerk auf die Änderungen zur AGO (WGO) aber auch auf die Rolle des Richters unter der Zivilprozeßordnung 1895 – die Prozessgrundsätze dargestellt werden. An dieser Stelle soll jedoch besonders hervorgehoben werden, dass die Kleinsche Reform erstmals eine ernst zu nehmende richterliche Prozessleitungsbefugnis enthält, deren „glückliche Gestaltung“¹⁰² etwa von Leonhard betont wird.

1.1.3.2.2. Mündlichkeit und Unmittelbarkeit

In Abkehr vom Schriftlichkeitsgebot der AGO war nunmehr der Mündlichkeitsgrundsatz¹⁰³ beherrschendes Prinzip. Klein war der Überzeugung, dass nur jene Tatsachen Entscheidungsgrundlage sein sollen, die in der

⁹⁹ Klein, Zivilprozeß 1927, 47.

¹⁰⁰ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 36; Leonhard, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948, 135.

¹⁰¹ Zur „Sozialfunktion“ des Zivilprozesses siehe Fasching, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 102 ff; derselbe, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 75; Matscher, Verfahrensdauer, in FS Fasching 1988, 351.

¹⁰² Leonhard, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948, 133.

¹⁰³ Zum Begriff Pollak, System 1932, 455; Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 666 ff; derselbe, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 111 ff; Dolinar, Zivilprozessrecht¹⁰ 2010, 243; Neumayr, Zivilprozessrecht² I 2004, 12.

mündlichen Verhandlung vorgebracht wurden.¹⁰⁴ Gleichzeitig bildet die Mündlichkeit die Grundlage für die Unmittelbarkeit.¹⁰⁵

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit¹⁰⁶ wurde von Franz Klein als wesentliches Element der materiellen Wahrheitsfindung gesehen. Dieser Grundsatz konnte nur in zwei Fällen durchbrochen werden, nämlich bei der Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter und hinsichtlich des vorbereitenden Verfahrens.¹⁰⁷ Es erscheint mir einleuchtend, dass dem Richter als entscheidendem Organ natürlich wesentliche Parameter für die Klärung des wahren Sachverhaltes entgehen würden, dürfte er nicht – wie unter dem Regime der AGO (WGO) – zu Parteivortrag und Zeugenaussage auch seinen persönlichen Eindruck von den handelnden Personen zur Wahrheitsfindung heranziehen. Daher hat der erkennende Richter die Parteien zu hören, das Beweisverfahren abzuführen und sodann das Urteil zu fällen.¹⁰⁸

1.1.3.2.3. Tatsachenvorbringen

Die streng formalen Regelungen der AGO (WGO), wie in Kapitel 1.1.2.2.3. beschrieben, wichen der grundsätzlichen Freiheit der Parteien, bis zum Schluss der Streitverhandlung Vorbringen erstatten zu können. Der Entfall der Eventualmaxime stand ganz im Zeichen des von Klein propagierten Schutzes der individuellen Rechtsgüter¹⁰⁹, mag auch auf den ersten Blick dieses Privileg der Schnelligkeit des Prozesses nicht unbedingt zuträglich gewesen sein. Daher sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt, dass

¹⁰⁴ Zu den anfänglichen Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Mündlichkeit mit der Protokollierung und den vorgesehenen Schriftsätzen siehe *Leonhard*, Jugendjahre 1930, 13ff.

¹⁰⁵ *Fasching*, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 112; *Bajons*, Beweismiederholung, in FS Fasching 1988, 26; *Neumayr*, Zivilprozessrecht² I 2004, 12.

¹⁰⁶ Zum Begriff *Sperl*, Lehrbuch I 1930, 351; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 672 ff; *Leonhard*, Jugendjahre 1930, 6ff.

¹⁰⁷ *Leonhard*, Jugendjahre 1930, 6 ff.

¹⁰⁸ *Malaniuk*, Stellung des Richters 1948, 186; *Fasching*, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 113.

¹⁰⁹ *Schöniger-Hekele*, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 24.

auch dieser Grundsatz nicht unbeschränkt gelten sollte, sondern getreu dem Grundsatz eines raschen Verfahrens das Gericht einer allfälligen Prozessverschleppung Einhalt gebieten konnte (und auch heute noch kann, siehe Kapitel 1.1.3.3.3.).

1.1.3.2.4. Beweisverfahren

Das Gericht soll nach freier Würdigung der angebotenen und aufgenommenen Beweise entscheiden, welche rechtserheblichen Tatsachen es als erwiesen erachtet. Wesentliches Element dabei ist sicherlich auch die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit, wie unter Kapitel 1.2.3.2.2. beschrieben. Der Parteieneid im Sinne der AGO musste daher der neuen Beweiserhebung und -würdigung weichen, da dieser mit der nunmehr normierten freien Beweiswürdigung unvereinbar war.¹¹⁰

1.1.3.3. Die Rolle des Richters

1.1.3.3.1. Allgemeines

Die Rolle des Richters hatte sich massiv gewandelt. Die weitreichende Passivität und Zurückhaltung des Richters im Rahmen der AGO (WGO), die ihn zu einem *„Konsument(en) des ohne seine Mitwirkung von den Parteien allein zusammengetragenen und vor den Richterstuhl hingelegten Materials“*¹¹¹ machte, wurde durch die Reform beseitigt und das Gericht als *„Produzent von Entscheidungsgrundlagen“*¹¹² eingerichtet. Der Richter

¹¹⁰ Leonhard, Jugendjahre 1930, 19ff; Bajons, Beweiswiederholung, in FS Fasching 1988, 26.

¹¹¹ Sperl, Lehrbuch I 1930, 236.

¹¹² Sperl, Lehrbuch I 1930, 236.

konnte nunmehr aktiv¹¹³ das Verfahren gestalten und war „in der formellen und materiellen Leitung des Prozesses [...] geradezu souverän“.¹¹⁴

1.1.3.3.2. Beweisverfahren

Die „Zivilprozeßordnung 1895“ sah bereits eine amtswegige Beweisaufnahme zur Sachverhaltsermittlung vor. Der dadurch normierten Stoffsammlungsbefugnis des Richters stand eine erstmals eingeführte Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien gegenüber. Diese Neuerungen, von *Schöniger-Hekele*¹¹⁵ als „*abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz*“ bezeichnet, gewährleisteten im Zusammenhalt mit der nunmehr normierten freien Beweiswürdigung eine bestmögliche Erforschung der materiellen Wahrheit.

Durch die freie Beweiswürdigung findet die persönliche Wahrnehmung des Richters Eingang in das Urteil, sodass dadurch eine lebensnähere Wahrheitsfindung nicht von der Hand zu weisen ist.¹¹⁶ Dies vor allem dann, wenn man sich im Gegensatz dazu eine Entscheidung auf Grundlage von Protokollen vor Augen hält, die noch dazu von Dritten (beauftragten Tagsatzungskommissären, ersuchten Richtern) erstellt wurden.¹¹⁷ Der Richter hat daher, fernab jeglicher gesetzlichen Beweisregeln, nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob er eine vorgebrachte Tatsachenbehauptung für wahr hält oder nicht.¹¹⁸

¹¹³ *Deixler-Hübner*, Streitgegenstand, in FS Sprung 2001, 109.

¹¹⁴ *Malaniuk*, Stellung des Richters 1948, 189.

¹¹⁵ *Schöniger-Hekele*, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 29.

¹¹⁶ *Kralik*, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 93.

¹¹⁷ *Malaniuk*, Stellung des Richters 1948, 183.

¹¹⁸ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 812.

1.1.3.3.3. Verfahrensführung¹¹⁹

Zwar blieb der Dispositionsgrundsatz¹²⁰ auch in der „Zivilprozessordnung 1895“ aufrecht, dh die Parteien bestimmten die Einleitung, den Gegenstand und das Ende des Verfahrens. Jedoch oblag nunmehr dem Richter die Prozessführung und wurden ihm dazu weitere Befugnisse eingeräumt. So konnte das Gericht Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge wegen Verschleppungsabsicht oder Unerheblichkeit zurückweisen. Ebenso durften nunmehr Fristen ausschließlich durch das Gericht bestimmt und erstreckt werden, wodurch der zeitliche Ablauf des Prozesses in der Hand des Gerichtes lag. Letztlich wurde dem Richter auch die Aufklärungspflicht im Rahmen der mündlichen Streitverhandlung auferlegt.

Die entsprechende Bestimmung lautete im Original:

§. 182.

Der Vorsitzende hat bei der mündlichen Verhandlung durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, daß die für die Entscheidung erheblichen tatsächlichen Angaben gemacht oder ungenügende Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Thatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche nothwendig erscheinen.

Wenn eine Partei in ihrem Vortrage von dem Inhalte eines von ihr überreichten vorbereitenden Schriftsatzes abweicht oder wenn die Vorträge der Parteien mit sonstigen von amtswegen zu berücksichtigenden Proceßacten nicht im Einklange stehen, hat der Vorsitzende darauf aufmerksam zu machen. Ebenso hat er die Bedenken hervorzuheben, welche in Ansehung der von amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Außer dem Vorsitzenden können auch die anderen Mitglieder des Senates an die Parteien die zur Ermittlung des Streitverhältnisses und zur Feststellung des Thatbestandes geeigneten Fragen richten. ¹²¹

¹¹⁹ Schöniger-Hekele, Zivilprozeßreform 1895 (2000), 27ff.; Leonhard, Jugendjahre 1930, 6ff.

¹²⁰ Oberhammer, Konfliktvermeidung 1993, 33.

¹²¹ Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), RGBl 113/1895; in weiterer Folge auch nahezu unverändert etwa Hermann, Jurisdiktionsnorm 1937, 197.

Zusätzlich fand auch die Manuduktionspflicht des Richters gegenüber der unvertretenen und rechtsunkundigen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren ihren Einzug in das Prozessrecht (§§ 432 und 435 ZPO). Auch diese Bestimmungen möchte ich aufgrund ihrer Relevanz für diese Arbeit im Original zitieren:

§. 432.

Der Richter hat Parteien, welche rechtsunkundig und nicht durch Advocaten vertreten sind, erforderlichenfalls die zur Vornahme ihrer Prozesshandlungen nöthige Anleitung zu geben und dieselben über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren.

Insbefondere hat der Richter solche Parteien bei Verkündung seiner Entscheidungen auf die Frist, binnen welcher eine Entscheidung durch ein Rechtsmittel angefochten werden kann, und auf die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Bestellung eines Advocaten als Prozessbevollmächtigten für die Ergreifung des Rechtsmittels vorschreiben, aufmerksam zu machen.

122

§. 435.

Wenn die schriftlich überreichte Klage nach Ansicht des Richters in irgend einem Punkte einer Ergänzung oder Aufklärung bedarf, oder wenn sich gegen die Einleitung des Verfahrens Bedenken ergeben, hat der Richter dem Kläger, wenn derselbe nicht durch einen Advocaten vertreten ist, vor Erledigung der Klage, zu den entsprechenden Vervollständigungen oder Richtigstellungen die nöthige Anleitung zu geben.

Erscheint die mündlich zu Protokoll gegebene Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit des Gerichtes, wegen Mangels der persönlichen Befugnis zur Klage oder wegen mangelnder Prozessfähigkeit des Beklagten unzulässig, so ist hierüber dem Kläger mündlich oder auf Verlangen schriftlich Belehrung zu erteilen. Ebenso ist, wenn die Klage offenbar unbegründet erscheint, dem Kläger mündlich eine angemessene Belehrung zu erteilen. Die Aufnahme der Klage darf jedoch nicht verweigert werden, wenn der Kläger trotz der Belehrung auf der Protokollirung besteht.

123

¹²² Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), RGBl 113/1895; siehe auch *Hermann*, Jurisdiktionsnorm 1937, 320 f.

¹²³ Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), RGBl 113/1895; siehe auch *Hermann*, Jurisdiktionsnorm 1937, 321 f.

1.1.3.4. Fazit

Die Zivilprozessreform von 1895 leitete eine grundlegende Neuordnung des Zivilverfahrens, insbesondere jedoch der Rolle des Richters ein. Nicht umsonst bezeichnet *Schoibl*¹²⁴ diese Reform als „*letzten, entscheidenden Schritt zum ‚modernen‘ Zivilprozeß*“. Das Selbstverständnis und die Aufgabe der Richterschaft wurden durch diese Reform deutlich verändert, wandelte sich doch die richterliche Zurückhaltung in eine aktive, materielle Prozessleitung.¹²⁵ Die neue Rolle des Richters war anfangs durchaus nicht unumstritten¹²⁶, so berichtet *Klein*¹²⁷, dass „*das neue Recht irritierte*“, jedoch „*ward aber weder der Bevölkerung noch dem Juristen der Abschied schwer und nur Schlendrian und Routine, die sich nun zu Ungewohntem aufrufen mussten, weinten ihm vielleicht eine Träne nach.*“

1.1.4. Die Novellen der Zivilprozessordnung und ihre Auswirkungen auf die Anleitungspflicht

Bis zum Jahre 1983 folgten mehrere Novellen, die jedoch nicht die richterliche Anleitungspflicht betrafen und hier daher nicht näher behandelt werden sollen.¹²⁸ Nur beispielhaft sei die Gerichtsentlastungsnovelle (RGBI 118/1914) genannt, die eine Beschleunigung und Kostenreduktion durch Einführung des Einzelrichters in Gerichtshofprozessen brachte. Weitere Novellen, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, betrafen etwa die Organisation des Höchstgerichtes (BGBl 328/1968), die Einführung der Verfah-

¹²⁴ *Schoibl*, Entwicklung 1987, 45.

¹²⁵ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 5; *Fasching*, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 99, der vom „*Kleinschen Bild des aktiven Richters*“ spricht.

¹²⁶ Siehe *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 47, FN 42; dort zitiert nach *Schima*, Das österreichische Zivilprozeßrecht im Lichte neuerer Prozeßtheorie, in FS ZPO (1948) 257, in der der ZPO gar „*polizeistaatliche Tendenzen*“ unterstellt wurden.

¹²⁷ *Klein*, Zivilprozeß 1927, 49.

¹²⁸ Zum Inhalt der Zivilverfahrensnovelle 1981 siehe insb. *Fasching*, Zivilverfahrensnovelle 1981, *JBf* 1982, 68.

renshilfe (BGBl 569/1973), sowie die Einführung des Widerspruchs gegen Versäumungsurteile (BGBl 140/1979).¹²⁹

1.1.4.1. Die Zivilverfahrensnovelle 1983

Trotz dieser „kleineren“ Novellen wurde der Ruf nach einer „großen Rechtsreform“¹³⁰ lauter. Die Zivilverfahrensnovelle 1983 (BGBl 135/1983) wollte den Zugang zum Recht¹³¹ erleichtern – zusätzlich sollte auch die Beschleunigung des Verfahrens erreicht werden¹³² – und brachte neben anderen Neuerungen (zB Erleichterung der Wiedereinsetzung, Lockerung des Formzwanges, etc) auch eine Abänderung bzw. Ergänzung der Anleitungspflicht in § 182 Abs 2 ZPO. Die Bestimmung wurde um die richterliche Pflicht ergänzt, bei Bedenken gegen die Zuständigkeit des Gerichtes, vor einer Entscheidung darüber, den Parteien Gelegenheit zur Heilung zu geben. Alternativ dazu soll die Partei ebenso die Möglichkeit haben, einen Überweisungsantrag zu stellen.¹³³

Aus den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage¹³⁴ geht hervor, dass durch diese Maßnahme „Unzuständigkeiten und die Frustrierung von Verfahrensaufwand“ vermieden werden sollen. Durch die Einordnung in § 182 ZPO wollte man klarstellen, dass nur anlässlich einer „ohnedies stattfindenden“ Verhandlung diese Gelegenheit eingeräumt werden sollte, wobei dafür nicht unbedingt eine Tagsatzung anberaumt werden müsse.

Das Recht der Partei zur Heilung oder Antragstellung bei (drohender) Unzuständigkeit wurde durch die WGN 1997 (BGBl 140/1997) noch erweitert,

¹²⁹ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 36.

¹³⁰ Allgemein dazu etwa die unterhaltsame Rede von Franz Novak in Novak, Grosse Rechtsreform 1968.

¹³¹ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 37.

¹³² Matscher, Verfahrensdauer, in FS Fasching 1988, 353.

¹³³ Fasching, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 106.

¹³⁴ 669 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XV. GP, 24.04.1981.

da zusätzlich auch die unter Umständen fehlende inländische Gerichtsbarkeit von der Regelung umfasst werden sollte. Die Erläuternden Bemerkungen führen aus, dass dadurch auch sichergestellt werden sollte, *„dass dem Beklagten in Abstimmung mit dem § 104 Abs 3 JN (Art VI Z 14) die Möglichkeit gegeben wird, durch seine Einlassung das Fehlen der inländischen Gerichtsbarkeit zu heilen.“*¹³⁵

1.1.4.2. Die Zivilverfahrensnovelle 2002

Mit der Zivilverfahrensnovelle 2002 (BGBl 78/2002) wurde sodann § 182a ZPO eingeführt. Das Gericht wurde durch diese Bestimmung angehalten, mit den Parteien das Sach- und Rechtsvorbringen zu erörtern. Zusätzlich darf das Gericht seine Entscheidung nicht auf rechtliche Gesichtspunkte stützen, wenn diese von der Partei erkennbar übersehen wurden und keine Erörterung und Gelegenheit zur Äußerung stattgefunden hat.

Proklamierter Schwerpunkt der Reform war laut Erläuternder Bemerkungen zur Regierungsvorlage¹³⁶ die Beschleunigung, die Vereinfachung und die effizientere Gestaltung gerichtlicher Verfahren.¹³⁷ Die in der Praxis ohnehin oft gelebte Erörterung, erstreckt auf das gesamte Erkenntnisverfahren, sollte dadurch zur Pflicht gemacht werden. Diese Verpflichtung muss aber auch im Zusammenhang mit der – durch diese Novelle ebenso eingeführten – Präklusionsvorschrift des § 179 ZPO gesehen werden. Verpflichtet die zuletzt genannte Bestimmung die Partei, keine schuldhafte Verzögerung bei Vorbringen oder Beweisanbot auftreten zu lassen, ist es nur recht und billig, dem Richter aufzutragen, während des gesamten Verfahrens seine Sichtweise der Sach- und Rechtslage, als Grundstock für

¹³⁵ 898 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP, 5.11.1997

¹³⁶ 962 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP, 30.1.2002.

¹³⁷ *Beran et. al.*, Zivilverfahrensnovelle 2002, RZ 2002, 258.

die Beurteilung relevanten Tatsachenvorbringens (und damit einhergehender Beweise), mit den Parteien zu erörtern.

Die Erläuternden Bemerkungen sehen (aaO) daher die Erörterung des Sachvorbringens sowie das Rechtsgespräch als „*Feststellung der Streitpunkte und des dafür in Betracht kommenden rechtlichen Rahmens*“.

1.2. Die Anleitungs- und Erörterungspflicht

1.2.1. Inhalt der Anleitungs- und Erörterungspflicht

1.2.1.1. Allgemeines¹³⁸

Die Anleitungs- und Erörterungspflicht ist eine Auswirkung der Prozessleitung, welche dem Richter obliegt. Nach dem Inhalt der Prozessleitung kann dabei – wie bereits im geschichtlichen Teil erwähnt – die formelle und die materielle Prozessleitung¹³⁹ unterschieden werden. Die formelle Prozessleitung umfasst dabei den äußeren Ablauf des Verfahrens. So hat das Gericht Tagsatzungen anzuberaumen, Schriftsätze und Ladungen zuzustellen und Fristen zu bestimmen.¹⁴⁰

Hingegen ist die materielle Prozessleitung die „**Gerichtstätigkeit zur Sicherung der erschöpfenden Verhandlung und sachgerechten Entscheidung über das Rechtsschutzbegehren**“.¹⁴¹ Im Rahmen der materiel-

¹³⁸ Klicka in *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ 2007, Rz 127ff; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz. 779 ff; *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz. 604 ff.

¹³⁹ *Böhm*, *Bewegliches System* 1986, 238, wo die materielle Prozessleitung als „*Angelpunkt und Kernstück eines funktionsfähigen Zivilverfahrens*“ bezeichnet wird; *Baumbach*, *Elementarbuch* 1936, 34.

¹⁴⁰ *Pollak*, *System* 1932, 634; *Ballon*, *Einführung*¹² 2009, Rz. 140.

¹⁴¹ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 781; *Deixler-Hübner*, *Streitgegenstand*, in *FS Sprung* 2001, 110.

len Prozessleitungspflicht überträgt die ZPO dem Richter auch die Anleitungs- und Erörterungspflicht. Dem Gericht wird dabei kein Ermessen eingeräumt, sondern formulieren die §§ 182, 182a ZPO eindeutig, dass der Richter den dort normierten Pflichten nachzukommen hat.¹⁴² Unstrittig besteht die Pflicht zur Anleitung auch gegenüber der vertretenen Partei (also im Anwaltsprozess).¹⁴³ Eine weit stärkere Ausprägung erfährt die Anleitungspflicht im Sinne einer Manuduktionspflicht gegenüber der unvertretenen (rechtsunkundigen) Partei¹⁴⁴ im bezirksgerichtlichen Verfahren (im Sinne der §§ 432, 435 ZPO), auf die in dieser Arbeit noch gesondert eingegangen werden wird.

Als Mittel zur Zweckerreichung der richterlichen materiellen Prozessleitung sieht § 182 Abs 1 ZPO die Fragestellung vor, trägt dem Gericht jedoch auch auf, *„in anderer Weise darauf hinzuwirken, daß die für die Entscheidung erheblichen tatsächlichen Angaben gemacht [...] vervollständigt, die Beweismittel bezeichnet [...] oder ergänzt“* und letztlich *„alle Aufschlüsse gegeben werden, die zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes [...] notwendig erscheinen“*. Weiters sollen durch den Richter auch auf Widersprüche *„aufmerksam“* gemacht bzw. *„Bedenken hervorgehoben“* werden (§ 182 Abs 2 ZPO). Die Aufzählung der richterlichen Möglichkeiten zur Anleitung erfolgte im Gesetz daher nicht taxativ und soll der Richter daher nicht in seiner Kreativität beschränkt werden (*„...in anderer Weise...“*, § 182 Abs 1 ZPO).¹⁴⁵ Vorwiegend wird sich – im Anwaltsprozess – die Anleitung jedoch in einer Befragung, Erörterung, Aufklärung bzw. einem *„Aufmerksam machen“* (siehe § 182 Abs 2 ZPO) erschöpfen.¹⁴⁶ Eine allgemeine, generell-abstrakte Regelung des Verhaltens der Richterschaft

¹⁴² Deixler-Hübner, Streitgegenstand, in FS Sprung 2001, 112.

¹⁴³ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz. 655; derselbe, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 77; Simotta in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz. 606; Deixler-Hübner, Streitgegenstand, in FS Sprung 2001, 112; Böhm, ZAS 1974, 13; Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 946; Buchegger, Prozeßleitungspflicht, JBI 1990, 803; Klauser/Kodek, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 182 ZPO, E 4.

¹⁴⁴ Böhm, Bewegliches System 1986, 240.

¹⁴⁵ Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 92.

¹⁴⁶ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 13; Ballon, Einführung¹² 2009, Rz 141; Böhm, Bewegliches System 1986, 240.

durch das Gesetz ist aufgrund der individuell zu beurteilenden Einzelfälle gar nicht möglich. Dem Richter kann nur ein „Näherungswert“ des angeordneten Verhaltens aufgezeigt werden, die Intensität und Form der so dann konkret angewandten Mittel muss dem Richter überlassen und letztlich durch diesen dem Einzelfall angepasst werden. Als Grundsatz darf vereinfacht festgehalten werden, dass die Ansprüche an die Anleitungspflicht umso höher sein werden, je nachvollziehbarer bzw offensichtlicher das irrtümliche Unterlassen eines korrekten Verhaltens bzw Vorbringens (der Partei oder des Vertreters) – etwa aufgrund eines Rechtsirrtums, mag dieser seinen Ursprung im formellen oder materiellen Recht (bspw Beweislastverteilung) haben – erscheint.¹⁴⁷

In § 182a ZPO wird dem Richter zusätzlich aufgetragen, das Sach- und Rechtsvorbringen zu „erörtern“. Dazu meint *Schrager*¹⁴⁸, dass bei „*richtigem Verständnis des § 182 Abs 1 ZPO*“ die neue Regelung des § 182a ZPO keinen Mehrwert brachte, da die ergangene Judikatur zu erstgenannter Bestimmung diesen Bereich ohnehin bereits weitgehend im Sinne der neuen Bestimmung abgedeckt hätte. Die Pflichten des § 182a ZPO stehen auch in direkter Wechselwirkung mit § 258 Abs 1 Z 3 ZPO, welcher die vorbereitende Tagsatzung behandelt. In dieser Bestimmung wird unter der Ziffer 3 des ersten Absatzes ebenso die Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens **bereits in der vorbereitenden Tagsatzung** normiert.¹⁴⁹

Die gut gemeinte Anordnung in der ZPO steht jedoch mitunter der normativen Kraft des Faktischen hilflos gegenüber, da als Voraussetzung für eine ausführliche Erörterung zumindest brauchbare Schriftsätze und gut

¹⁴⁷ Siehe dazu insbesondere *Böhm*, *Bewegliches System* 1986, 239 ff; auch *Oberhammer*, *Konfliktvermeidung* 1993, 58 sowie OGH 7 Ob 83/05i, *JB* 2006, 187.

¹⁴⁸ *Schrager* in *Fasching/Konecny*, *Kommentar Zivilprozeßgesetze*² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 1, wobei er jedoch betont, dass durch die neue Bestimmung jedenfalls postuliert wurde, dass auch die anwaltlich vertretene Partei Adressat der Prozessleitungspflicht sei.

¹⁴⁹ *Schrager* in *Fasching/Konecny*, *Kommentar Zivilprozeßgesetze*² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 1.

vorbereitete Prozessteilnehmer unabdingbar sind. Diesem Anliegen der §§ 182, 182a ZPO machen nach meiner bescheidenen Erfahrung nicht selten die Überlastung der Gerichte und Mandatserteilungen in letzter Minute – um nur einige Gründe zu nennen – einen Strich durch die Rechnung.¹⁵⁰ Trotz der dezidierten Erwähnung in § 258 ZPO, der die Überschrift „Vorbereitende Tagsatzung“ trägt, stellen die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage klar, dass in Weiterführung der bisherigen Judikatur zu § 182 ZPO über das **gesamte** Erkenntnisverfahren hinweg eine Pflicht zur Erörterung des Sach- und Rechtsvorbringens der Parteien besteht.¹⁵¹ Von jenen im Gesetz genannten Formen der richterlichen Pflichten („Fragestellung“ etc, siehe oben) wird in praxi als Sammelbegriff auch oft generell von der Anleitungspflicht gesprochen.¹⁵²

Dem Gericht wird jedoch nicht exklusiv die „Bürde“ der Stoffsammlung und Prozessstoffgliederung überbunden.¹⁵³ Die materielle Prozessleitung, und hier insbesondere die Anleitungspflicht, wird nämlich durch die in der ZPO normierte, zwingendes Recht darstellende, Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht¹⁵⁴ der Parteien (§ 178 ZPO) unterstützt, sodass meines Erachtens auch diese Parteienpflichten vice versa die Erfüllung der richterlichen Prozessleitungspflichten erleichtern. Zusätzlich sind die Parteien auch angehalten, möglichst früh Behauptungen und Beweismittel vorzubringen, da bei (grob) schuldhafter Verspätung der Parteien, welche eine Verzögerung des Verfahrens zur Folge hätte, diese Aspekte durch Entscheidung des

¹⁵⁰ Siehe zur erforderlichen richterlichen Vorbereitung auch ausführlicher *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu § 183, Rz 3; *Pollak*, System 1932, 637, der die Vorbereitung als Amtspflicht bezeichnet; *Kralik*, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 94; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 1963, 316; *Kuderna*, Soziale Funktion, DRdA 1986, 193.

¹⁵¹ 962 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP, 30.1.2002; *Stohanzl*, Taschenkommentar ZPO⁹ 2002, § 182a ZPO, 283; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung⁶⁷, Band 1 2009, Rz 20.

¹⁵² *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 12.

¹⁵³ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 782ff; *derselbe*, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 77 f.

¹⁵⁴ *Pollak*, System 1932, 481; *Buchegger*, Zivilprozeßrecht³ 1992, 11; *Böhm*, Bewegliches System 1986, 233; *Kralik*, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 91; zur Geschichte der Wahrheitspflicht siehe auch *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 60 ff; *Buchegger*, Prozeßleitungspflicht, JBl 1990, 805.

Gerichtes präkludiert werden können (§ 179 ZPO).¹⁵⁵ In den Erläuternden Bemerkungen wird dieser Zusammenhang zwischen den §§ 182, 182a ZPO und § 179 ZPO gesondert erwähnt, und es trägt meiner Meinung nach die Normierung einer zumutbaren, möglichst raschen „Lieferung“ des Prozessstoffes (samt Beweisanboten) ebenso dazu bei, dem Richter die Erfüllung seiner Anleitungs- und Erörterungspflichten zu erleichtern bzw zu ermöglichen.¹⁵⁶

Zusätzlich gibt die ZPO in § 183 dem Richter zur „*Erfüllung der dem Vorsitzenden [...] obliegenden Verpflichtungen*“ Werkzeuge in die Hand, die ihn bei der Ausübung der diskretionären Gewalt¹⁵⁷ unterstützen sollen. So kann der Vorsitzende insbesondere das persönliche Erscheinen der Parteien verlangen, diesen die Vorlage von Urkunden etc. auftragen, aber auch Urkunden von Behörden oder Notaren beschaffen lassen sowie die Abhaltung eines Augenscheins, die Einholung von Sachverständigengutachten und die Einvernahme von (nicht beantragten) Zeugen anordnen (§ 183 ZPO). Diese Aufzählung erfolgte vom Gesetzgeber letztlich auch nicht taxativ („...kann der Vorsitzende **insbesondere**...“; Hervorhebung durch den Verf.), insofern dem Verhandlungsleiter weitere Möglichkeiten, der Erfüllung seiner Prozessleitungspflicht zu entsprechen, zur Verfügung stehen.¹⁵⁸

Auf Grundlage der Verpflichtung der Parteien zur Vollständigkeit und Wahrheit im Parteienvortrag (§ 178 ZPO) und den Mitteln des Richters zur Wahrheitserforschung (§ 183 ZPO) leitet man aus der materiellen Prozessleitung jedoch nicht nur die Pflicht des Richters zur Anleitung, sondern auch eine **Wahrheitserforschungspflicht** ab.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Buchegger, Zivilprozeßrecht³ 1992, 11.

¹⁵⁶ 962 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP, 30.1.2002.

¹⁵⁷ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 782; Buchegger, Zivilprozeßrecht³ 1992, 11.

¹⁵⁸ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 183, Rz 1; Pollak, System 1932, 637.

¹⁵⁹ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 14; Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 655 (hier „Wahrheitsforschungspflicht“ genannt); derselbe, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 79.

1.2.1.2. Inhalt der Bestimmungen der §§ 182, 182a ZPO¹⁶⁰

In § 182a ZPO wird *expressis verbis* die Erörterung des Sach- **und** Rechtsvorbringens angeordnet. Auch in § 182 Abs 1 ZPO wird von der „*Feststellung des Tatbestandes*“ (also den Tatsachen) und den von den Parteien „*behaupteten Rechten und Ansprüchen*“ gesprochen. Daraus lässt sich erkennen, dass einerseits der relevante, entscheidungserhebliche Sachverhalt¹⁶¹, aber auch die Rechtslage bzw letztlich auch die Rechtsansicht des Gerichtes mit den Parteien erörtert werden sollen und diese Bereiche daher auch der richterlichen Anleitungspflicht unterliegen. Die Grenzen des entscheidungserheblichen Sachverhaltes bestimmen sich nach dem „*sachlichen Umfang des Rechtsstreits*“¹⁶², somit nach dem Streitgegenstand.¹⁶³ Die Anleitungspflicht findet daher jedenfalls im be-
haupteten Anspruch¹⁶⁴ der Parteien ihre Grenze, und es kommen somit die nachfolgend dargestellten Tatbestände der Anleitungspflicht nur in diesem Rahmen zum Tragen.

Der OGH grenzt dabei die Pflichten des Gerichtes auch negativ ab, demnach den Parteien im Anwaltsprozess nicht die Möglichkeit zu eröffnen ist, ein „*abzuweisendes Klagebegehren dahin zu ändern, dass die rechtlichen Voraussetzungen für eine (teilweise) Klagsstattgebung gegeben sein könnten*“.¹⁶⁵ Es ist fraglich, ob die Ergänzung einer unschlüssigen Klage tatsächlich als Klagsänderung zu sehen ist. Erst dann könnte sich die Frage nach einer allfälligen Gesetzmäßigkeit einer erfolgten richterlichen Anleitung stellen. Ich bin der Ansicht, dass eine gerichtliche Anregung zur

¹⁶⁰ Zu diesem Kapitel siehe allgemein *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000.

¹⁶¹ *Böhm*, Bewegliches System 1986, 236.

¹⁶² *Böhm*, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 84.

¹⁶³ Zu den Problemen bei der Begriffsbestimmung des „Streitgegenstandes“ vgl *Böhm*, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 83 ff; zur Einschränkung der Anleitungspflicht auf den „*durch die Klage umrissenen Streitgegenstand*“ vgl *Klicka*, Aufklärungspflichten, JBI 1992, 233.

¹⁶⁴ OGH 7 Ob 83/05i, JBI 2006, 184; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 1.

¹⁶⁵ Vgl OGH 1 Ob 21/02y, JBI 2003, 43 mit weiterem Hinweis auf 1 Ob 144/97a.

Verbesserung einer unschlüssigen Klage bereits aus § 182 Abs 1 ZPO 5. Variante, (siehe dazu Kapitel I, 1.2.1.2.1. e.) geboten ist. Eine Diskussion der soeben zitierten höchstgerichtlichen Entscheidung erübrigt sich jedoch. Durch die ZVN 2002 und Einführung des § 182a ZPO wurde die diesbezügliche Anleitungspflicht jedenfalls unstrittig erweitert, sodass die zuletzt genannte Sichtweise des OGH keinesfalls mehr rigoros durchgehalten werden kann. So führte der OGH¹⁶⁶ in einer jüngeren Entscheidung aus, dass in Abkehr von der bis zur ZVN 2002 geltenden Judikatur nunmehr auch erkennbare rechtliche Gesichtspunkte von einer Partei übersehen werden können. Sollte dies der Fall sein und dieser Umstand auch für das Gericht erkennbar sein, so wird eine Anleitungspflicht nach § 182a ZPO ausgelöst. In dieser Entscheidung führt der OGH weiters aus, dass die Partei somit auf ein „*verfehltes Klagebegehren*“, das dem „*offenkundig verfolgten Rechtsschutzziel*“ widerspricht, aufmerksam zu machen ist. Danach muss sogar zu einer Klagsänderung angeleitet und diese zugelassen werden, sofern dadurch „*ein neuer Prozess vermieden und das Ziel der endgültigen und erschöpfenden Bereinigung des Streits erreicht werden kann*“.¹⁶⁷

Schragel¹⁶⁸ unterteilt die Erörterungspflicht in drei aufeinanderfolgende Phasen, nämlich in die Abgrenzung des strittigen Sachverhaltes, die Erörterung der strittigen Rechtsfragen und zuletzt, welches ergänzende Sachvorbringen die definierten Rechtsfragen erfordern.

Die kurze Darlegung der erforderlichen Abgrenzung des strittigen bzw Feststellung des unstrittigen Sachverhaltes soll hier den einzelnen, im Folgenden zu behandelnden Tatbeständen der §§ 182, 182a ZPO vorgezogen werden, da diese Aufgabe des Richters zwar den genannten Bestimmungen logisch immanent ist, meines Erachtens jedoch bei der (so-

¹⁶⁶ OGH 7 Ob 83/05i, JBl 2006, 186.

¹⁶⁷ OGH 7 Ob 83/05i, JBl 2006, 186; Siehe dazu auch FN 207.

¹⁶⁸ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 3.

dann folgenden) Darstellung der Tatbestände anhand der *verba legalia* keinen Platz zu finden vermag. § 182 Abs 1 ZPO spricht von den „erheblichen tatsächlichen Angaben“, insofern das Gericht – in jeder Phase des Verfahrens¹⁶⁹ – zur Erstattung dieser als erheblich erachteten Angaben anzuleiten hat. Bereits aus dieser Bestimmung lässt sich daher ableiten, dass es dem Richter einerseits obliegt festzustellen, welche Fakten (voraussichtlich) für die Urteilsfindung notwendig sein werden, andererseits jedoch auch im Auge zu behalten hat, welche Angaben übereinstimmen bzw gar nicht bestritten werden. Im Sinne der Prozessökonomie wäre es meiner Ansicht nach wohl sogar fahrlässig, Beweiserhebungen hinsichtlich unstrittiger Entscheidungsgrundlagen durchzuführen. Als ersten Schritt hat der Richter somit festzustellen, welches Vorbringen übereinstimmend erstattet bzw sodann seitens der Parteien außer Streit gestellt wird, um dadurch beurteilen zu können, worüber Beweis zu erheben sein wird.¹⁷⁰

Schließlich soll auch festgehalten werden, dass sich die Anleitungspflicht vorwiegend auf verfahrensrechtliche Aspekte konzentrieren soll. Der Richter soll keine „*guten Ratschläge über das materielle Recht*“¹⁷¹ geben. Dennoch ist mE das materielle Recht nicht außer Acht zu lassen, insofern das Gericht zwar nicht direkt auf die Erfüllung der erforderlichen Tatbestandsmerkmale – bspw im Sinne einer Aufzählung der noch zu erfüllenden Tatbestandsmerkmale, um eine Subsumtion unter eine Rechtsnorm zu ermöglichen – des materiellen Rechtes hinzuwirken hat; dennoch wird das Gericht jeweils die möglicherweise anzuwendende (materiellrechtliche) Norm im Auge zu behalten haben und allein dadurch auch in einer gewissen Form die Grenzen des rein prozessrechtlichen Beraters¹⁷² un-

¹⁶⁹ Fucik in Fucik/Klauser/Kloiber, Zivilprozessrecht¹¹ 2011, 269.

¹⁷⁰ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 182, 182a, Rz 4; Simotta in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz 606.

¹⁷¹ Hule, Fehlerhafte Schriftsätze, ÖJZ 1964, 509; dazu auch Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 18 (FN 61); Stohanzl, ZPO¹⁴, E 1a zu § 182 ZPO 1990.

¹⁷² Hule, Fehlerhafte Schriftsätze, ÖJZ 1964, 509.

weigerlich überschreiten müssen.¹⁷³ Nur so kann mE auch die an das Gericht gestellte Aufgabe der Erforschung der materiellen Wahrheit erfüllt werden (siehe dazu auch Kapitel 1.2.2.1.).

Im Folgenden möchte ich nun zuerst die Erörterung und Anleitung im Rahmen der Klärung des **Sachvorbringens** und sodann jene des **Rechtsvorbringens** darstellen, dies durchaus bewusst in Wahrung der Reihenfolge des § 182a ZPO („...Sach- und Rechtsvorbringen...“) und in Abkehr von der oben zitierten „Phaseneinteilung“ nach *Schragel* (siehe FN 163). Die Orientierung an der im Gesetz normierten Reihenfolge möchte ich nicht aufgeben, da mE sowohl die Erörterung des Sachvorbringens als auch jene des Rechtsvorbringens letztlich keinen chronologischen Vorrang genießen darf, da beide Aspekte derart untrennbar miteinander verwoben sind, dass eine klare Trennung faktisch nicht möglich ist. Kein Rechtsgespräch kann ohne die zugrunde liegenden Fakten geführt werden, umgekehrt kann jedoch auch keine Beurteilung der erforderlichen Fakten ohne rechtlichen Hintergrund erfolgen, weshalb ich keinen Grund für ein Abgehen von der gesetzlich vorgegebenen Reihenfolge sehe.

1.2.1.2.1. Erörterung des Sachvorbringens

*Schuhmacher*¹⁷⁴ unterteilt § 182 Abs 1 ZPO in vier, eine Anleitungspflicht auslösende, Fälle ein. Diese Vorgehensweise stellt mE die geeignetste Form zur detaillierten Darstellung der Anleitungspflichten des Gerichtes nach der genannten Bestimmung dar; und daher möchte ich dieser Einteilung grundsätzlich folgen. Ich bin jedoch abweichend von der Sichtweise *Schuhmachers* der Ansicht, dass sich Absatz 1 leg cit durch **fünf** [siehe dazu insbesondere auch unten das Kapitel „Bezeichnung von Beweismitteln (3. Fall)“] Tatbestände auszeichnet, die dem Richter eine Erörte-

¹⁷³ Vgl zum Zusammenhang von materiellem und prozessualen Recht und deren „*Funktionszusammenhang*“, der meines Erachtens in diese Richtung deutet, *Böhm*, *Bewegliches System* 1986, 221 ff.

¹⁷⁴ *Schuhmacher*, *Anleitungspflichten* 2000, 12 ff.

rungspflicht auferlegen, welche im Folgenden näher dargestellt werden sollen.

a. Die für die Entscheidung erheblichen Angaben (1. Fall)

Der Richter hat darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen Angaben gemacht werden. Bereits aus der Prozessförderungs- und Wahrheitspflicht der Parteien lässt sich die grundsätzliche Intention der Prozessordnung erkennen, dass der Sachverhalt als Entscheidungsgrundlage seitens der Parteien umfassend dargelegt werden soll. Insbesondere die Wahrheitspflicht¹⁷⁵ überträgt der Partei die Verpflichtung, auch für sie ungünstige Tatsachenbehauptungen „ohne Rückhalt“¹⁷⁶ wahr und vollständig anzugeben.¹⁷⁷

Dem Gericht liegen üblicherweise vor der vorbereitenden Tagsatzung nur Klage und Klagebeantwortung, oft nur Klage und (mitunter unsubstantiierter) Einspruch sowie die vorbereitenden Schriftsätze vor. Selten werden aus diesen Unterlagen alle relevanten Angaben hervorgehen. In Abkehr von der historischen Rolle des Richters ist diesem daher nunmehr die „aktive Verantwortung“¹⁷⁸ zur Erhebung der relevanten Tatsachen durch Anleitung übertragen.¹⁷⁹ Nun stellt sich die Frage, welche Tatsachen als relevant zu beurteilen sind, und darüber hinaus, in welchem Rahmen sich das Gericht dabei bewegen darf und muss.

Bereits hier zeigt sich die oben erwähnte Verknüpfung der Erörterung der Sach- und Rechtslage, kann die Entscheidung darüber, ob eine Tatsache als relevant für die Entscheidung zu sehen ist, erst aufgrund einer ersten –

¹⁷⁵ Guillen, Prozessuale Probleme, in FS Baur 1981, 372, sieht die Wahrheitspflicht auch als Ausprägung der „Sittlichkeit“ des Zivilprozesses während des Verfahrens.

¹⁷⁶ Pollak, System² 1932, 482.

¹⁷⁷ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 653; Klicka, Aufklärungspflichten, JBl 1992, 233.

¹⁷⁸ Kugler, Kooperationsmaxime 2002, 29.

¹⁷⁹ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 13.

vereinfachen, mitunter sogar letztlich unrichtigen – rechtlichen Beurteilung getroffen werden.¹⁸⁰ Der Richter muss daher laufend die Tatsachenangaben jeder Partei, quasi als Diener zweier Herren, isoliert betrachten, vorläufig deren Richtigkeit (bzw. Beweisbarkeit) unterstellen und sodann eine „provisorische Subsumtion“ vornehmen. Erst auf dieser Grundlage und im Lichte der allenfalls anwendbaren (materiellen) Rechtsnorm kann die Relevanz von Tatsachen beurteilt werden.¹⁸¹ Nur eine – dem jeweiligen Verfahrensfortschritt entsprechende – „abstrakte“ rechtliche Beurteilung kann den Richter sodann in die Lage versetzen, sachbezogen einzuschätzen, zu welchen weiteren tatsächlichen Angaben die Parteien nunmehr anzuweisen sind.¹⁸²

Auf dieser Basis muss der Richter jeder – auf Grundlage der momentanen rechtlichen Beurteilung als erheblich eingestuft – Tatsache, die sich unter Umständen auch nur aus einem Indiz¹⁸³ des Parteienvortrages ergibt, im Sinne einer Hinwirkung auf konkretes Vorbringen der Partei nachgehen. Sofern sich aus den vorgebrachten Tatsachen für den Richter keine Hinweise für einen materiellrechtlichen Tatbestand ergeben, wird die Anleitungspflicht nicht ausgelöst und muss diese Regelung naturgemäß versagen.¹⁸⁴

Hinsichtlich des Umfanges der als relevant erkannten Tatsachen ist das Gericht im Rahmen des Streitgegenstandes weitgehend frei, unstrittig ist der Richter keinesfalls durch die Angaben in der Klage beschränkt.¹⁸⁵ Wie bereits erwähnt, ergibt sich auch aus einer allfälligen (negativen) Folgewirkung für die Partei keine Beschränkung des Umfanges der richterlichen

¹⁸⁰ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu § 182, 182a, Rz 6.

¹⁸¹ Schima, Prozeßgesetz JBl 1967, 547.

¹⁸² Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 16.

¹⁸³ Pollak, System² 1932, 482; siehe auch Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 14, der davon spricht, dass von den Parteien die „einen materiellrechtlichen Tatbestand, anreißenden“ Tatsachenbehauptungen“ aufgestellt werden müssen.

¹⁸⁴ Böhm, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 90.

¹⁸⁵ Böhm, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 93; Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 14.

Anleitungspflicht. Die Partei kann demnach auch zu Tatsachenangaben angeleitet werden, die unter Umständen für sie nachteilig wäre. Der Richter ist somit befugt und letztlich auch verpflichtet, ihm relevant erscheinende Tatsachen zu erörtern, und zwar unabhängig von etwaigen Auswirkungen, die diese investigative Vorgehensweise auf das Rechtsschutzbegehren einer der Parteien hat. Abschließend lässt sich daher sagen, dass (im Rahmen des Streitgegenstandes) keine Einschränkung des Richters, welche Tatsachen er als erheblich erörtert wissen möchte, existiert. Das Gericht ist dabei jedoch auf eine entsprechende Reaktion der Parteien angewiesen, denn eine Ausübung von Zwang zur Erstattung oder Berichtigung des Vorbringens ist dem Richter verwehrt.¹⁸⁶ Unter Umständen kann sogar eine (amtswegige) Beweisaufnahme nicht durchgesetzt werden [siehe dazu das Kapitel „Ergänzung von Beweismitteln (4. Fall)“].¹⁸⁷

Dabei soll nochmals in Erinnerung gerufen werden, dass sich die Anleitungspflicht über das gesamte Verfahren erstreckt, insofern die wahrheitsmäßige Feststellung des Tatbestandes in jeder Phase des Verfahrens zu erfolgen hat und bei Auftauchen neuer Erkenntnisse auch über den gesamten Prozess „nachzubessern“ ist. *Schuhmacher*¹⁸⁸ spricht diesbezüglich auch von einer **dynamischen Anleitungspflicht**.

b. Vervollständigung ungenügender Angaben (2. Fall)¹⁸⁹

Gemäß dem zweiten Fall hat der Richter darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben über Umstände vervollständigen, sofern diese Angaben für die Begründung oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemacht wurden. Dabei muss selbstverständlich auch die „Entschei-

¹⁸⁶ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 182, 182a, Rz 8.

¹⁸⁷ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 14 ff.

¹⁸⁸ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 15.

¹⁸⁹ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 18 ff; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung⁶⁷ I 2009, Rz 28.

„Tatsachenerheblichkeit“ des ersten Falles (siehe oben) „mitgelesen“ werden. Nur bei Tatsachen, die Anhaltspunkte für eine Relevanz im Lichte der zu fällenden Entscheidung bieten, kann eine Verpflichtung des Richters, dieser „Spur“ nachzugehen, sinnvoll sein. Sofern demnach die Ergänzung einer Tatsache, im oben beschriebenen Lichte der vorläufigen Subsumtion, keine Auswirkungen auf das zu fällende Urteil haben kann, ist die Anleitung zur Ergänzung naheliegenderweise zu unterlassen. Sollte sich im Laufe des Verfahrens die Sach- und Rechtslage jedoch ändern, wäre das Gericht selbstverständlich verpflichtet, das bestehende Tatsachenfragment aufzugreifen und im Sinne einer Ergänzung die Partei(en) anzuleiten.

Ähnlich dem ersten Fall des § 182 Abs. 1 ZPO muss daher auch hier das Vorbringen der Parteien (abgesehen von der soeben erwähnten Entscheidungserheblichkeit) auf eine allfällige Tauglichkeit zur Begründung oder Bekämpfung von geltend gemachten Ansprüchen überprüft werden. Im Unterschied zur ersten Alternative des § 182 Abs. 1 ZPO – und das erhellt bereits aus der Formulierung dieser 2. Alternative im Gesetz („vervollständigt“) – müssen hier bereits im Vorbringen zumindest Tatsachenfragmente enthalten sein, die dem Richter eine potentielle (und entscheidungsrelevante) Subsumtion unter eine materiellrechtliche Norm wahrscheinlich bzw. nicht undenkbar erscheinen lassen. Die allenfalls anzuwendende materiellrechtliche Norm muss demnach aus dem Parteivorbringen zumindest rudimentär zu erkennen sein, andernfalls die Anleitungspflicht nicht ausgelöst wird.

Die Judikatur hat in diesem Zusammenhang in zahlreichen Entscheidungen über eine Auslösung der Anleitungspflicht darauf abgestellt, dass der anspruchsbegründende oder –bekämpfende Sachverhalt **erkennbar** vorgebracht, **angedeutet** oder dem **Vorbringen** im Ansatz zu **entnehmen** ist

bzw der rechtserzeugende Sachverhalt **berührt** wird.¹⁹⁰ Nachdem, wie bereits erwähnt, den Richter im Rahmen der materiellen Prozessleitung auch eine Wahrheitserforschungspflicht¹⁹¹ trifft, ist meines Erachtens nicht argumentierbar, warum beim 2. Fall des § 182 Abs 1 ZPO die Parteien nicht auch zu für sie ungünstigen Angaben angeleitet werden sollen.¹⁹² Jedenfalls den beiden letzten oben erwähnten, von der Judikatur entwickelten Auslösern für eine Anleitungspflicht („dem Vorbringen im Ansatz zu entnehmenden Sachverhaltselementen“ bzw „Berühren des Sachverhaltes“) kann unterstellt werden, dass dadurch auch die Anleitung zu „nachteiligen“ Angaben sprachlich erfasst wird. Für eine Auslegung derart, dass die Anleitung nicht auch in eine solche uU benachteiligende Richtung erfolgen soll, bietet weder Gesetzestext noch Judikatur eine Grundlage. Den Parteien steht es ja letztlich auch frei, der Anleitung zur Vervollständigung von Angaben, welche für sie nachteilig wären, nicht zu folgen bzw nicht darauf zu reagieren. Die Grenze möchte der Gesetzgeber mE eindeutig erst dort ziehen, wo der Richter in Ausübung der diskretionären Gewalt gegen den Willen der Partei(en) Tatsachenangaben vervollständigen möchte. Erst hier sieht die gesetzliche Regelung vor, dass die amtswegige Ladung von Zeugen bzw die Beischaffung von Urkunden nicht durchsetzbar sein soll, wenn sich beide Parteien dagegen erklären (§ 183 Abs 2 ZPO). Der Gesetzgeber möchte also erst bei einer „zwangsweisen“ Durchsetzung der Erhebung von Tatsachen durch das Gericht, bei ablehnendem Einvernehmen beider Parteien, das richterliche Streben nach der materiellen Wahrheit einschränken. Im Rahmen des § 182 ZPO bewegt sich das Entscheidungsorgan jedoch in einer deutlich weniger eingriffsgeneigten Sphäre im Vergleich zur diskretionären Gewalt. Der Richter soll durch Erörtern, Fragen etc auf eine Vervollständigung der Angaben **hinwirken**. Aus § 183 Abs 2 ZPO ergibt sich daher mE eine eindeutige Wertung des Gesetzgebers, wann das Gericht bei Erforschung der materiellen Wahrheit auf den

¹⁹⁰ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 20 ff, mit einer Fülle von Entscheidungsnachweisen.

¹⁹¹ Etwa *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 655.

¹⁹² So jedoch *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 15.

Willen der Parteien Rücksicht zu nehmen hat. Ich bin daher der Meinung, dass eine Anleitung auch zur Vervollständigung jener Angaben rechtlich möglich ist, die einer Partei zum Nachteil gereichen können. Die Grenze dabei wird letztlich erst in der gemeinsamen Verweigerung von Beweismitteln (Zeugen- bzw Urkundenbeweis) durch beide Parteien iSd § 183 Abs 2 ZPO zu sehen sein [siehe dazu das Kapitel „Ergänzung von Beweismitteln (4. Fall)“].

Die Unterscheidung der ersten beiden Fälle ist dogmatisch durchaus interessant; ich gehe jedoch davon aus, dass die gesonderte Behandlung dieser beiden Fälle des § 182 Abs 1 ZPO aufgrund nachstehender Überlegungen nicht augenscheinlich gerechtfertigt erscheint und darüber hinaus wohl in der Praxis nur geringe Bedeutung hat. Vorauszuschicken ist, dass das Gesetz in den beiden Fällen (1. und 2. Fall) des § 182 Abs 1 ZPO lediglich von „Angaben“ spricht. Es wird daher offen gelassen, was unter dem Begriff „Angaben“ zu verstehen ist. Als Angabe im Sinne des Gesetzes kann etwa der gesamte Anspruchstatbestand gemeint sein. Andererseits kann dieser Begriff auch dahingehend verstanden werden, dass nur Teile des Parteienvorbringens (im Extremfall nur ein Wort) davon erfasst werden. Würde man der zweiten Sichtweise folgen, kann dies zu nachstehender Problematik führen.

In beiden Fällen (1. Fall und 2. Fall des § 182 Abs 1 ZPO) ist Voraussetzung für die Auslösung der richterlichen Anleitungspflicht ein mehr oder weniger vorhandenes Tatsachensubstrat, das der Annahme einer Tatbestandsmäßigkeit (im materiellrechtlichen Sinne) begründet und auf deren vollständige Erhebung der Richter hinzuwirken hat.

Im ersten Anwendungsfall sollen Indizien bereits ausreichen¹⁹³, die Anleitung zur Erstattung der entscheidungserheblichen Angaben auszulösen.

¹⁹³ Siehe FN 144, wo *Schuhmacher*, aaO von den einen Tatbestand ‚anreißenden‘ Tatsachenbehauptungen spricht.

Was aber anderes sind Indizien als ungenügende Angaben?¹⁹⁴ *Schuhmacher*¹⁹⁵ selbst führt in seinen Überlegungen zu der zweiten Variante des § 182 Abs 1 ZPO aus, dass nach oberstgerichtlicher Judikatur bereits das „Berühren“ des anspruchsbegründenden Sachverhaltes ausreicht. Die Unterscheidung von Tatbeständen „anreißenden“ (siehe FN 183) und Sachverhalte „berührenden“ Tatsachen scheint meines Erachtens höchstens semantischer Natur zu sein, rechtfertigt in dieser Form jedoch nicht die Unterscheidung von zwei Anlassfällen der Anleitungspflicht. Nach dem bisher Gesagten sind bei vorhandenen Indizien, die ja nur auf Angaben der Parteien beruhen können, letztere anzuleiten, die entscheidungsrelevanten Tatsachen vorzubringen (Abs 1, 1. Fall leg cit). Das bedeutet, dass bei Vorliegen von Tatsachenangaben – nur diese können allenfalls zumindest Indizwirkung entfalten –, die eventuell eine Subsumtion unter eine materiellrechtliche Norm vermuten lassen, aber letztlich nicht ausreichend sind, die Partei durch das Gericht zu weiteren Tatsachenbehauptungen anzuleiten ist. Das entspräche jedoch meines Erachtens der 2. Variante des Abs. 1 leg cit, da letztlich zu einer Vervollständigung angeleitet wird. Die 1. Variante wäre bei dieser Betrachtungsweise somit obsolet.

Diese Argumentation ließe sich mMn aber auch umkehren. Der erste Fall des § 182 Abs 1 ZPO normiert, dass darauf hinzuwirken ist, dass entscheidungserhebliche, tatsächliche Angaben gemacht werden sollen. Nachdem, wie bereits ausgeführt, die „wesentliche Angabe“ vom Richter nur erkannt werden kann, wenn diese zumindest ansatzweise vorliegt („Tatsachengerüst“), ergibt sich daraus, dass dem Anleitungsfall in der 1. Variante unterstellt werden muss, dass eine tatsächliche Angabe erst dann als entscheidungserheblich gesehen werden kann, wenn alle Elemente für die Subsumtion unter die materielle Norm gegeben sind. Man kann daher die 1. Variante des Abs. 1 leg cit derart lesen, dass erst mit der vollständigen Darlegung der Angaben diese „entscheidungserheblich

¹⁹⁴ Im Sinne des oben angeführten Verständnisses der „Angaben“ als Teil des Parteivorbringens.

¹⁹⁵ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 23.

gemacht“ wurden. Dann wäre jedoch die gesonderte Erfassung der Ergänzung als 2. Variante des Abs. 1 leg cit überflüssig.

Nach dieser Argumentation würde daher die erste oder die zweite Variante im Gesetzestext für sich allein vollkommen ausreichen bzw sind beide Varianten als eine einzige zu lesen. Telos der beiden Varianten ist unzweifelhaft die Erhebung der entscheidungsrelevanten Angaben für eine Urteilsfindung, möge dies nun im Wege einer Anleitung zur „tatsächlichen Angabe“, die erst bei Vorliegen aller benötigten Angaben als entscheidungserheblich zu sehen ist, oder zur „Vervollständigung“ der übrigen Angaben geschehen. Diesem vorläufigen Ergebnis widerspricht meiner Ansicht nach auch nicht, dass in der 1. Variante von „für die Entscheidung erheblichen“ Angaben und in der 2. Variante von „Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches gemachten Umstände“ gesprochen wird. Sinn des Prozesses ist die Durchsetzung bzw Bekämpfung des (behaupteten) Rechtsanspruches. Die Entscheidung des Gerichtes wird daher den Anspruch als zu Recht bestehend feststellen oder eben nicht. Es zeigt sich daher, dass jede anspruchsbegründende bzw – bekämpfende Angabe auch entscheidungserheblich ist und vice versa.

Nach meinem Dafürhalten wäre nach dem bisher Gesagten und im Lichte dieser Argumentation daher der erste Anleitungsfall des § 182 Abs 1 ZPO nicht nur „*Programm für die anderen Anleitungsfälle [und so auch für den zweiten Fall des § 182 Abs 1 ZPO, Anm. des Verf.]*“¹⁹⁶, sondern mit dem zweiten Fall identisch.

Dennoch lässt sich nicht leugnen, dass der Gesetzgeber die Erstattung der relevanten Angaben und deren Vervollständigung gesondert im Gesetzestext geregelt hat. Die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung kann daher exakter Weise nur so gelesen werden, und es rechtfertigt meines Erachtens nur diese Sichtweise eine Unterscheidung, dass der

¹⁹⁶ *Schuhmacher, Anleitungspflichten* 2000, 18.

1. Fall des § 182 Abs 1 ZPO sich ausschließlich auf die **Anzahl** erforderlicher Tatbestandselemente bezieht, demnach bei Fehlen des oder eines Tatbestandselements die Anleitungspflicht eine solche nach dem 1. Fall des § 182 Abs 1 ZPO auslöst. Die zweite Variante der zitierten Bestimmung kann sodann nur die **Vervollständigung** bereits vorgebrachter Tatbestandsbehauptungen betreffen. Die Vervollständigung betrifft somit lediglich das relevante und bereits vorgebrachte Tatbestandselement (also keinen Fall der 1. Variante des § 182 Abs 1 ZPO), das jedoch durch die Partei noch nicht ausreichend dargelegt wurde. Wie *Böhm*¹⁹⁷ in anderem Zusammenhang ausführte, darf dabei jedoch nicht bloß an den „*Tatbestand einer bestimmten Rechtsnorm*“ gedacht werden, sondern an jeden „zur Anspruchsbegründung“ geeigneten „*Tatsachenkomplex*“.

Ich vertrete weiters die Ansicht, dass diese Sichtweise auch durch den im Anschluss darzustellenden dritten Anwendungsfall des § 182 Abs 1 ZPO unterstützt wird.

Damit lässt sich nach meinem Dafürhalten abschließend argumentieren, dass der Gesetzgeber unter dem Begriff „Angaben“ der beiden ersten Fälle des § 182 Abs 1 ZPO bereits einen den Anspruch begründenden Tatbestand (und nicht nur Teile eines Parteivorbringens) im Sinn hatte.

c. Bezeichnung von Beweismitteln (3. Fall)

§ 182 Abs 1 ZPO fordert eine Anleitung einerseits zur Bezeichnung und andererseits zur Ergänzung der Beweismittel. Offensichtlich ist die Ähnlichkeit der vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen zu den oben behandelten beiden Anlassfällen (1. und 2. Variante des § 182 Abs 1 ZPO). Die Aufforderung durch das Gericht zur Bezeichnung eines fehlenden Beweismittels (sprich: Beweisanbot) kann nur dann vorgenommen werden,

¹⁹⁷ *Böhm*, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 93.

wenn im Ansatz erkennbar ist, welche Beweismittel überhaupt zur Verfügung stehen könnten. Wenn diese Beweismittel „im Ansatz“ zur Verfügung stehen, müssen sie – wenn auch noch so rudimentär – bereits im Parteivorbringen (etwa auch in den vorgebrachten Tatsachen) ihren Ursprung haben.

Es besteht also ein Anhaltspunkt für ein erforderliches Beweisanbot, welches jedoch noch nicht zur Gänze (also nicht ausreichend bzw nicht im Rahmen eines formellen Beweisantrages) unterbreitet wurde. Lediglich bei bereits bekannten, aber unvollständigen Beweismitteln soll das Gericht sodann durch Anleitung nach einer Vervollständigung trachten. Bei diesen Anleitungsfällen zeigen sich nach meinem Dafürhalten die Unterschiede der beiden Auslöser der Anleitungspflicht viel deutlicher als in den ersten beiden Varianten des § 182 Abs 1 ZPO. Aus diesem Grund erscheinen meine Ausführungen am Beginn dieses Absatzes betreffend die Bezeichnung und Ergänzung der Beweismittel derart naheliegend und zwingend logisch, dass dem Leser die neuerliche Darlegung überflüssig vorkommen mag. Die Darstellung der beiden Punkte ist jedoch wichtig, zeigt sie doch, dass lediglich aufgrund der klaren Erfassung des Begriffes „Beweismittel“ keine Schwierigkeit bei der Abgrenzung der Reichweite einer Anleitung zum Beweisanbot per se und zu einer solchen zur Ergänzung des Beweisanbotes besteht. Dieses Problem ergibt sich meiner Meinung nach vorwiegend bei der schwierigeren Erfassung des Begriffes der „Angaben“ iSd § 182 Abs 1 ZPO.

Diesem Gedanken folgend bin ich aber weiters der Überzeugung, dass die leichtere Grenzziehung zwischen der Anleitung zur Lieferung eines Beweisanbotes und jene zu seiner Ergänzung, aufgrund der Wahl eines klar abgrenzbaren Begriffes durch den Gesetzgeber¹⁹⁸, nicht die Zusammenfassung zu einem Anleitungsfall rechtfertigt.¹⁹⁹ Auf Grundlage dieser Ar-

¹⁹⁸ Nämlich „Beweismittel“ im Gegensatz zu dem mE unbestimmten Begriff der „Angaben“ iSd 1. und 2. Variante des § 182 Abs 1 ZPO.

¹⁹⁹ So aber *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 23 ff.

gumentation müssen daher streng genommen – entsprechend der Unterteilung der ersten beiden Varianten – zum Thema „Beweismittel“ zwei Tatbestände aus dem § 182 Abs 1 ZPO herausgelesen werden, sodass ich der Überzeugung bin, dass in § 182 Abs 1 ZPO – wie bereits erwähnt – insgesamt **fünf** Anlassfälle normiert werden.

Das „Hinwirken“ des Gerichts auf Bezeichnung von Beweismitteln ist schon aus dem Wortsinn als Anleitung zum Beweisanbot zu lesen. Wie bereits erwähnt, muss daher bei Vorliegen von Tatsachen im Parteivorbringen, die entscheidungsrelevant erscheinen und für die kein Beweisanbot unterbreitet wurde, die Partei dazu angeleitet werden.

Dies kann sich aus mehreren Konstellationen ergeben. So kann sich bei der Erörterung des Rechtsvorbringens herauskristallisieren, dass der Richter – entgegen der Ansicht der vorbringenden Partei – die Beweislast bei ihr sieht. Die Partei hat es somit bislang gar nicht für notwendig befunden, Beweisanbote bezüglich dieser Tatsache zu stellen und wäre daher dazu anzuleiten. Ebenso kann eine Partei eine Tatsache – die etwa im Zuge der Parteienvernehmung hervorkommt – entgegen der richterlichen Sichtweise als nicht entscheidungsrelevant ansehen und demnach die Stellung eines Beweisanbotes gänzlich unterlassen. Generell kann gesagt werden, dass Tatsachen, die für die Entscheidung von Relevanz sein können und nicht durch ein Beweisanbot gedeckt sind, die Anleitungspflicht nach dem 3. Fall des § 182 Abs 1 ZPO auslösen. Aus dem Gesetzeswortlaut²⁰⁰ kann im Zusammenhalt mit § 76 ZPO²⁰¹ der Bestimmung des § 182 Abs 1, 3. Fall ZPO auch unterstellt werden, dass eine gesonderte Zuordnung der Beweismittel zu einzelnen Tatsachen durch die Parteien vorzunehmen ist. Sofern dies nicht erfolgt, ist durch den Richter auch zu dieser Zuordnung

²⁰⁰ § 182 Abs 1 ZPO: „....**Beweismittel für diese Angaben**...“, (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁰¹ Dieser führt aus, dass für jene „**Ausführungen**“, die eines Beweises bedürfen, die Beweismittel im „**einzelnen**“ zu bezeichnen sind. Daraus kann – wie auch aus dem § 182 Abs 1 ZPO (siehe FN 159) – wohl eine Verpflichtung der Zuordnung von Beweismitteln zu konkreten Tatsachenbehauptungen herausgelesen werden.

aufzufordern. Dies schon allein aus dem Grund, dass das Gericht eben für Beweisanbote zu relevanten Tatsachen anleitungspflichtig ist. Das Gericht kann jedoch nur dann erkennen, ob zu einem (dem Richter) relevant erscheinenden Vorbringen ein Beweisanbot erbracht wurde, wenn die Partei ordnungsgemäß eine Zuordnung vorgenommen hat.²⁰² Eine Bindung des Gerichts an die von den Parteien vorgenommene Zuordnung der Beweismittel ist jedoch nicht gegeben. Sofern etwa ein Zeuge zu bereits vorgebrachten Tatsachen eine Aussage trifft, unterliegt diese selbstverständlich der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Zur Problematik der „überschießenden Beweise“ siehe unten (Kapitel 1.2.2.2.).

d. Ergänzung von Beweismitteln (4. Fall)²⁰³

Im Gegensatz zu dem Tatsachenvorbringen in der 2. Variante des § 182 Abs 1 ZPO – bei der meiner Meinung nach zur Ergänzung unzureichender Vorbringen, die ein erkennbares Tatbestandselement (noch) nicht erfüllen, anzuleiten ist – kann dies bei der Erörterung der Ergänzung von Beweismitteln nicht so gesehen werden. Zu Ende gedacht würde dies den Richter in die Verlegenheit bringen, der Partei zu signalisieren, dass dem angebotenen Beweis nicht die erforderliche Überzeugungskraft innewohnt, insofern dieser (bereits angebotene) Beweis zu ergänzen sei. Die Intention, das Gericht zu einer solchen antizipierten Beweiswürdigung zu verpflichten, kann mE dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden. Vielmehr muss es mAn sogar Aufgabe des Richters sein, den Anschein einer Voreingenommenheit durch vorgreifende Beweiswürdigung hintanzuhalten, um letztlich nicht in die Gefahr eines Ablehnungsantrages wegen Befangenheit zu kommen. Nach meinem Dafürhalten ergibt sich aus diesen Erwägungen daher zwingend logisch, dass dieser Anleitungsfall nur dann ausgelöst wird, wenn mögliche Beweismittel (zu erheblichen Tatsachen) im

²⁰² *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 24ff; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 182, 182a, Rz. 6.

²⁰³ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 24 ff.

Verfahren (etwa aus einer Urkunde oder im Zuge einer Parteien- oder Zeugeneinvernahme) hervorkommen, von den Parteien jedoch formal nicht angeboten oder beantragt wurde. Eine Anleitung zur Beweisergänzung (also weiteren Beweisanträgen) wegen mangelnder Beweiskraft der bisherigen Angebote ist nicht von der Prozessleitungspflicht erfasst, sondern vielmehr im Gegenteil durch das Gericht zu unterlassen.²⁰⁴

Umgekehrt sollte der Richter auch die Prozessökonomie und die rasche Abführung des Verfahrens im Auge behalten. Es wird also im Zuge der Erörterung der Rechtsfragen nach § 182a ZPO – welcher hier mE mitgelesen werden muss – auch ein quantitativ ausuferndes Beweisanbot oder ein sehr kostenintensives Beweisanbot (in Abhängigkeit vom Streitwert) zu erörtern sein.²⁰⁵

An dieser Stelle darf kurz auf **§ 183 Abs 2 ZPO** eingegangen werden. Die bisher beschriebenen Anleitungsfälle haben gemeinsam, dass sie vom Richter nicht mit Zwang durchgesetzt werden können, sondern letztlich nach richterlicher Anleitung einer Reaktion der Parteien bedürfen. Die Bestimmung des § 183 Abs 1 ZPO ermöglicht indes dem Gericht, seinen Verpflichtungen nach den §§ 182, 182a ZPO nachzukommen, indem amtswegig Zeugen geladen, Urkunden beigeschafft, Sachverständige beauftragt etc. werden dürfen. Jedoch findet auch die amtswegige Beweisbeschaffung ihre Grenzen nach Abs. 2 *leg cit*, wenn beide Parteien einen Zeugen- oder einen Urkundenbeweis ablehnen.²⁰⁶ Diese Ablehnung bedarf keiner Begründung und muss vom Gericht wertungsfrei zur Kenntnis genommen werden, die Ablehnung an sich darf also nicht in das Urteil einfließen.²⁰⁷ Diese Bestimmung soll hier erwähnt werden, da sich daraus mE eindeutig eine Beschränkung einerseits der Anleitungspflicht, aber letztlich

²⁰⁴ ÖBl 1990, 228.

²⁰⁵ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 182, 182a, Rz 6; siehe auch Kapitel 1.2.2.2. unten.

²⁰⁶ Fasching, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 79.

²⁰⁷ Der unterbliebene Beweis kann der beweispflichtigen Partei selbstverständlich trotzdem zum Nachteil gereichen; siehe auch dazu Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 183, Rz 8.

auch der oben erwähnten Wahrheitserforschungspflicht ergibt. Vereinfacht gesagt, soll die richterliche Neugier demnach dort ihr Ende finden, wo sich die Parteien übereinstimmend dagegen aussprechen.²⁰⁸

Davon zu unterscheiden ist die Problematik, inwiefern die Partei Beweise zur Unterstützung der Position der Gegenpartei preisgeben muss. Die Behandlung dieses Themas würde sich zu weit vom eigentlichen Anspruch dieser Arbeit entfernen; jedoch sei auf **§ 184 ZPO** sowie auf die Vorlagepflichten bei Urkunden gemäß den **§§ 301 ff. ZPO** verwiesen. Sofern sich die Urkunde in der Hand des Gegners befindet, kann über Antrag der einen Partei der anderen Partei über gerichtlichen Beschluss die Vorlage dieser Urkunde aufgetragen werden (§ 303 ZPO). Diese Vorlage darf sodann durch den Gegner nicht verweigert werden, wenn dieser selbst auf die Urkunde zum Zwecke der Beweisführung Bezug genommen hat, er nach bürgerlichem Recht zur Ausfolgung verpflichtet ist (zB Herausgabe eines Schuldscheines) oder die Urkunde dem Inhalt nach eine gemeinschaftliche ist (§ 304 ZPO). Die Vorlage anderer Urkunden kann sodann gemäß § 305 ZPO in den dort geregelten Fällen verweigert werden, diese Gründe ähneln jenen des § 321 ZPO (Verweigerung der Aussage von Zeugen). Gemäß § 184 ZPO wird bei derartigen Konstellationen jedenfalls ein Fragerecht gewährt, welches mE eine Art Ergänzung der richterlichen Anleitungspflicht darstellt. So finden sich ähnliche Formulierungen wie in den §§ 182, 182a ZPO, lediglich die Initiative geht dabei von der Partei aus. Insofern hat diese Bestimmung ebenso die Ergänzung der Tatsachen und Beweise zum Inhalt. Sollte dies jedoch nicht bereits im Rahmen der Anleitungspflichten des Gerichtes erfolgt sein, muss der Partei die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Punkte erörtert zu wissen. Diese Befragung auf Initiative einer Partei darf jedoch nicht mit der formellen Parteienvernehmung verwechselt werden, vielmehr soll durch Vorhaltungen eine Klarstellung oder Ergänzung des Vorbringens durch die Gegenseite

²⁰⁸ *Deixler-Hübner/Roth*, Zivilprozess in der Praxis⁴ 2006, 15.

bewirkt werden.²⁰⁹ Klicka²¹⁰ sieht in dieser Bestimmung sogar eine Verpflichtung der Partei, über Befragung durch das Gericht diesbezügliche weitere Beweise zu benennen, sollten diese auch nur der Gegenseite zu Gute kommen. Eine Sanktion bei Weigerung ist im Gesetz nicht vorgesehen, jedoch kann das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung diesen Umstand entsprechend berücksichtigen.

Davon abzugrenzen sind schließlich die bereits erwähnten **überschießenden Beweisergebnisse**. Diese Problematik bezeichnet das genaue Gegenteil der Ergänzung von Beweismitteln. Dabei ergeben Beweise Anhaltspunkte für relevante Tatsachen, die jedoch nicht durch entsprechendes Parteivorbringen unterlegt sind. Dieser Problematik werde ich mich unten in Kapitel 1.2.2.2. noch gesondert widmen.

e. Alle Aufschlüsse zur Feststellung des Tatbestandes (5. Fall)

In einer Art „Generalklausel“ trägt der fünfte Anleitungsfall des § 182 Abs 1 ZPO dem Richter auf, dafür Sorge zu tragen, dass *„überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen.“*

Der Richter muss also danach trachten, wahrheitsgemäß²¹¹ festzustellen, welcher Tatbestand der Urteilsfindung zugrunde zu legen ist, und dazu sollen die Parteien *„alle Aufschlüsse“* geben. Aufschlussreich für die Feststellung des relevanten Sachverhaltes und damit einer allfälligen Erfüllung eines Tatbestandes sind einerseits die vollständigen **Tatsachenbehauptungen** der Parteien und darüber hinaus der **Beweis** derselben. Diese

²⁰⁹ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 184, Rz 1; zu den Beweisvorlagepflichten siehe Rechberger in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz 800 f.

²¹⁰ Klicka, Aufklärungspflichten, JBl 1992, 233.

²¹¹ Bajons, Beweismiederholung, in FS Fasching 1988, 30.

Punkte sind jedoch auf den ersten Blick bereits durch die ersten vier Anleitungsfälle des § 182 Abs 1 ZPO erfüllt. Zumindest im Rahmen des Sachvorbringens kann die Ermittlung relevanter Tatsachen (und deren Beweise) ausreichend mit den bisher dargestellten Anleitungsfällen abgedeckt werden. *Schrage*²¹² hebt jedoch besonders hervor, dass die **wahrheitsgemäße** Feststellung aufgetragen wird. Darin liegt mE auch der wesentliche Unterschied zu den bisherigen Anleitungsfällen. Diese behandeln die Erhebung der tatbestandsmäßigen Tatsachen und deren Nachweis mittels Beweisen. Damit soll, vereinfacht gesagt, das „Rohmaterial“ für die Urteilsfindung geschaffen werden. Die Aufgabe des Richters geht jedoch viel weiter. Die Urteilsfindung birgt nicht nur die Lösung rechtlicher Probleme in sich, sondern es bereitet oftmals eben die Erhebung des zu beurteilenden Sachverhaltes und der dafür maßgeblichen „Begleitumstände“ im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung große Probleme. Dem Gericht muss zugemutet werden, aufgrund von letztlich parteiischen Vorträgen und (persönlich) unbekannten Zeugen, somit aus Erzählungen Dritter, den **wahren** Sachverhalt zu erheben. Die Erreichung dieses Zieles kann jedoch nicht nur durch Erörterung (zumindest andeutungsweise) vorgebrachter Tatsachen und deren Beweise das Auslangen finden. Das Gericht muss die Möglichkeit haben, auf die individuellen Parteien reagieren zu können. Wesentliches Merkmal dieses letzten Anleitungsfalles ist meines Erachtens daher die Freiheit des Richters, generell „die Angelegenheit“ zu erörtern, Fragen zu stellen etc., um mitunter auch bereits einen Eindruck von der Glaubwürdigkeit der Parteien, Sinnhaftigkeit des Begehrens/der Einwendung etc. zu erlangen. Daraus ergeben sich mE auch Überschneidungen mit dem Auftrag zur Erörterung der Sach- und Rechtslage nach § 182a ZPO.

²¹² *Schrage* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu § 182, 182a, Rz 9.

Die Bestimmung der hier durch das Gericht zu erörternden Inhalte ist aufgrund der Vielfalt unmöglich normativ-abstrakt zu erfassen, da im Einzelfall vom Richter entschieden werden muss, welcher Umstand (wenn auch nicht Tatbestandsmerkmal im Sinne der beiden ersten Varianten des § 182 Abs 1 ZPO) für die Urteilsfindung relevant sein kann. Wenn also die vorhergehenden Tatbestände des § 182 Abs 1 ZPO die Anleitungs- oder Erörterungspflicht nicht auslösen, dieser Punkt dem Richter jedoch erörterungswürdig erscheint, wäre mE ein Anwendungsfall dieser Variante gegeben. Zusammengefasst bedeutet dies, dass der Richter sämtliche Aspekte, die er unter Umständen in die Entscheidung einfließen lassen möchte, mit den Parteien zu erörtern hat. *Schrage*²¹³ führt etwa die Erörterung von Widersprüchen oder von Unwahrscheinlichkeiten an, deren Behandlung nach den bisherigen Anleitungsfällen keine Grundlage hätte. *Schuhmacher*²¹⁴ hebt dabei besonders die Anleitungs- und Erörterungspflichten im Rahmen der Sachanträge²¹⁵ hervor. *Schuhmacher* führt dabei aus, dass im Rahmen der Sachanträge insbesondere das *„Klarstellen, Präzisieren, Beseitigen von Widersprüchen und Schlüssigmachen der Sachanträge durch die Parteien zu forcieren ist“*.²¹⁶ AaO wird auch – und dieser Ansicht möchte ich mich vollinhaltlich anschließen – als Anwendungsfall der 5. Variante des § 182 Abs 1 ZPO (dort 4. Variante des § 182 Abs 1 ZPO) die Problematik subsumiert, dass etwa bei widersprüchlichem oder unschlüssigem Klagebegehren der begehrte Rechtsschutzumfang nicht erfasst werden kann. Das bedingt jedoch, dass der Richter seinen Aufklärungspflichten nach den ersten vier Varianten des § 182 Abs 1 ZPO nicht nachkommen kann, insofern eine Erörterung stattzufinden hat. Zusätzlich zu der 5. Variante des § 182 Abs 1 ZPO hat das Gericht auch gemäß § 182a ZPO den ausdrücklichen Auftrag, das Rechtsvorbringen

²¹³ *Schrage* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 182, 182a, Rz 9.

²¹⁴ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 28 f.

²¹⁵ Zum Begriff siehe *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 752.

²¹⁶ So auch *Böhm*, Bewegliches System 1986, 240, der als Ziel der richterlichen Anleitungspflicht in Bezug auf die Sachanträge vorwiegend die Herbeiführung der *„Widerspruchsfreiheit, Bestimmtheit und Deutlichkeit [...] im Rahmen des erkennbaren Sachverhalts“* sieht.

mit den Parteien zu erörtern, insofern § 182a ZPO mE gemeinsam mit § 182 ZPO anzuwenden ist und eine Anleitungspflicht begründet.

Völlig unstrittig ist daher bei Unschlüssigkeit der Klage das Klagebegehren nicht sofort abzuweisen, sondern eine Verbesserung durch das Gericht – wohl als Anwendungsfall der 5. Variante des § 182 Abs 1 sowie des § 182a ZPO – anzuregen.²¹⁷ Aber auch bei jeder Undeutlichkeit der Klageschrift oder Zweifeln des Richters über das Klagebegehren oder den Klagegrund an sich wäre – mE nach der 5. Variante des § 182 Abs 1 ZPO in Verbindung mit § 182a ZPO – der Anleitungsfall gegeben.²¹⁸ Wie bereits erwähnt, ist diese Anleitung jedoch durch den behaupteten Anspruch der Parteien begrenzt. Den Parteien ist daher „*Gelegenheit zu geben*“, ihr Begehren schlüssig zu stellen bzw Widersprüche klarzustellen, dies jedoch nur unter Beibehaltung des bisher vorgebrachten wesentlichen Inhaltes.²¹⁹ Die damit zusammenhängende Problematik der Anleitung zur Klagesänderung soll gesondert unten in Kapitel 1.2.2.3. behandelt werden.

Interessant erscheint mE in diesem Zusammenhang auch, in welcher Frist die Partei dem Verbesserungsauftrag nachzukommen hat. Dabei soll nochmals ins Gedächtnis gerufen werden, dass bislang lediglich der „Anwaltsprozess“ behandelt werden soll, insofern die weitergehende Anleitungspflicht gegenüber der unvertretenen, rechtsunkundigen Partei vorerst ausgeschlossen wird und dem Kapitel 1.2.3. vorbehalten bleiben soll. Der OGH hat dazu ausgesprochen, dass dem rechtskundigen Parteienvertreter ein Schlüssigstellen des Klagebegehrens in jener Tagsatzung, in welcher er dazu vom Gericht aufgefordert wurde, zumutbar erscheint. Demnach ist bei Fehlen von (mE durchaus vorstellbaren) rechtfertigenden Umständen die Gewährung einer über die Dauer der Tagsatzung hinausge-

²¹⁷ Vgl OGH 7Ob 148/08b; www.ris.bka.gv.at, Rechtssatznummer RS0117576 mit zahlreichen Judikaten dazu; OLG Wien 1 R 188/11s; vgl auch *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz 606; *Stohanzl*, ZPO¹⁴, E 8 zu § 182 ZPO 1990; *Neumayr*, Zivilprozessrecht² I 2004, 97; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 182 ZPO, E 11 – E 18.

²¹⁸ *Deixler-Hübner*, Streitgegenstand, in FS Sprung 2001, 114.

²¹⁹ OGH 1 Ob 21/02y, JBI 2003, 43.

henden Frist „*sachlich nicht geboten*“ und „*vom Gesetz her*“ nicht „*gerechtfertigt*“.²²⁰

Ich teile daher die Ansicht *Schuhmachers*, dass besonders im Rahmen der Sachanträge diesem fünften Fall des § 182 Abs 1 ZPO eine sehr wichtige praktische Bedeutung zukommt. Ich möchte jedoch auch nochmals meine Sichtweise hervorheben, dass der Richter generell alle Aspekte, die er für relevant erachtet – somit nicht nur im Rahmen von Sachanträgen bestehende Mängel – zu erörtern hat. § 182 Abs 1 ZPO spricht von „*allen Aufschlüssen*“, insofern gerade nicht bzw jedenfalls nicht ausschließlich die bereits in den ersten vier Anleitungsfällen behandelten Themen (Tatbestand und Beweis) gemeint sein sollen. Meines Erachtens muss es im Rahmen dieses Anleitungsfalles für das Gericht legitim sein, zum Beispiel Bedenken gegen völlig untauglich erscheinende Beweisanträge zu erörtern. Eine Ergänzung des Beweises wäre, wie bereits oben beschrieben, nicht zulässig, zumal der Richter in den Verdacht einer Befangenheit gelangen könnte. Meiner Meinung nach bietet dieser letzte Tatbestand des § 182 Abs 1 ZPO beispielsweise auch zusätzlichen Raum – neben der Erörterung der Sach- und Rechtslage nach § 182 a ZPO sowie der richterlichen Pflicht zu Vergleichsversuchen gemäß § 204 Abs 1 iVm § 258 Abs 1 Z 4 ZPO – für eine Erörterung der Sinnhaftigkeit allzu kostspieliger Beweisanträge (zB Lokalausweis im Ausland) im Verhältnis zum Streitwert, deren Erörterungspflicht sich aus den bisher dargestellten Anleitungsfällen nicht zwingend ergeben würde.

Nach meinem Verständnis sieht *Schuhmacher*²²¹ einen zusätzlichen, entscheidenden Unterschied dieser letzten Variante zu den vorgenannten Anleitungsfällen des § 182 Abs 1 ZPO darin, dass in diesem letzten Fall der Anleitungspflicht nach § 182 Abs 1 ZPO die Grundlage für die amtswegige Beweiserhebung nach § 183 ZPO gelegt wird und leitet erst daraus (unter

²²⁰ OGH 1Ob 169/04s.

²²¹ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 26 ff.

anderem) eine **Aufklärungspflicht** des Gerichtes ab. Meines Erachtens ergibt sich jedoch bereits aus den bisher dargestellten Anleitungsfällen des § 182 Abs 1 ZPO ganz deutlich eine Aufklärungspflicht, und zwar aus den nachstehenden Überlegungen.

§ 182 Abs 1 ZPO überträgt dem Gericht jeweils die Aufgabe, darauf hinzuwirken, dass die Angaben sowie Beweisanbote gemacht bzw. ergänzt werden. Dieses im Gesetz sogenannte „Hinwirken“ bezieht sich jedoch nach der Textierung mE nicht nur auf eine Interaktion mit den Parteien. Dieser Schluss liegt zwar nahe, wird im Gesetz doch beispielsweise die „*Fragestellung*“ (die naturgemäß an die Parteien zu erfolgen hat) angeführt²²²; dieselbe Bestimmung ermächtigt den Richter jedoch auch, „*in anderer Weise darauf hinzuwirken.*“ Dieses „Hinwirken“ beschreibt aber nach meiner Ansicht nicht zwingend ein ausschließliches „Einwirken“ auf die Parteien. Als Hinwirken kann ebenso auch eine amtswegige Beweisinitiative iSd § 183 ZPO verstanden werden. Sofern also die Anleitung zu keinem Erfolg führt, der Richter jedoch diese Tatsache bzw ein Beweismittel als relevant erachtet, kann mMn daraus sofort – und zwar bereits direkt in den oben erörterten Varianten des § 182 Abs 1 ZPO – die Verfügung nach § 183 ZPO erfolgen. Ich möchte damit ausdrücken, dass dem § 182 Abs 1 ZPO selbst bei Scheitern der Anleitungsversuche des Richters bereits generell eine Aufklärungspflicht innewohnt, die in jeder der dargestellten Varianten direkt auch eine Beweisinitiative des Gerichtes nach § 183 ZPO rechtfertigt. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte im Gesetz, dass sich erst bei einem Scheitern der Anleitungspflichten nach den hier als Varianten 1 bis 4 dargestellten Anleitungsfällen des § 182 Abs 1 ZPO aus der letzten Variante die Möglichkeit zur Nutzung der Behelfe des § 183 ZPO ergeben. Schließlich stellt auch § 183 Abs 1 ZPO dem Vorsitzenden die zur Erfüllung der „*nach § 182 obliegenden Verpflichtungen [Hervorhebung durch den Verf.]*“ geeigneten Werkzeuge zur Verfügung. In der zitierten Bestimmung werden daher alle Pflichten des Richters, die ihm durch § 182 ZPO

²²² Siehe § 182 Abs 1 ZPO, erster Satz; Neumayr, Zivilprozessrecht² I 2004, 11.

aufgetragen werden, erfasst. Eine Einschränkung auf die Erwirkung „*aller Aufschlüsse*“ iSd § 182 Abs 1, 5. Fall ZPO, ist nach meinem Dafürhalten nicht zu erkennen.

Ich bin daher der Ansicht, dass der Richter im gesamten Bereich des § 182 Abs 1 ZPO „*investigativ*“²²³ tätig sein kann und muss, nämlich immer dann, wenn Anleitungsversuche scheitern und das Gericht den entsprechenden Beweis dennoch erhoben wissen möchte (in den oben aufgezeigten Grenzen).

1.2.1.2.2. Erörterung des Rechtsvorbringens²²⁴

Das Gericht hat nunmehr gemäß § 182a ZPO den ausdrücklichen Auftrag, das Rechtsvorbringen mit den Parteien zu erörtern. Dabei sind insbesondere rechtliche Fragen bzw Sichtweisen zu erörtern, die das Gericht für wesentlich erachtet, eine Partei jedoch – mag es irrtümlich oder letztlich auch zu Recht – für unerheblich erachtet oder erkennbar übersehen hat²²⁵. Ihre Grenze soll die Anleitung dabei finden, wenn die Gegenpartei bereits diesbezügliche Einwendungen erhoben hat, wobei mE die Judikatur mittlerweile weiter geht, wonach erkennbare Einwendungen dennoch von der Partei übersehen worden sein und daher eine Anleitungspflicht auslösen können.²²⁶ Jedenfalls trifft das Gericht hinsichtlich „*rechtlich bedeutsamer Gesichtspunkte*“ immer nur dann eine Anleitungspflicht, wenn zumindest „*andeutungsweise aus den vorgetragenen (und allenfalls zu ergänzenden oder zu präzisierenden) Tatsachen*“ dieser Rechtsgrund auch

²²³ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 27.

²²⁴ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 182, 182a, Rz 5.

²²⁵ Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 949.

²²⁶ Simotta in Rechberger/Simotta, Grundriss⁹ 2010, Rz 607; siehe dazu auch www.ris.bka.gv.at, Rechtssatznummer RS0120056, in der auch durch die Gegenpartei „*erkennbar ins Spiel*“ gebrachte rechtliche Gesichtspunkte von einer Partei (erkennbar) übersehen werden und sodann unter Umständen eine Anleitungspflicht des Gerichtes auslösen können.

berührt wird.²²⁷ Keinesfalls ist im Anwaltsprozess zu einem prozessualen Antrag anzuleiten.²²⁸

Dem vorgelagert ist jedoch bereits im Rahmen des § 182 Abs 1 ZPO die Erörterung des Rechtsvorbringens mitumfasst, wenn auch – soweit möglich – nachrangig zur „*Sachaufklärung*“.²²⁹ Die Verpflichtungen des Richters im Rahmen des § 182 Abs 1 ZPO betreffend des Sachvorbringens wurden bereits ausführlich dargestellt. Ebenso wurde darauf hingewiesen, dass auch die Parteien einer Vollständigkeits- und Wahrheitspflicht unterliegen. Beide Seiten (Gericht und Parteien) können ihren Verpflichtungen jedoch nur dann nachkommen, wenn ausreichend geklärt ist, welche – teils widersprüchlichen – Rechtsansichten im Verfahren vertreten werden. Die Partei bedarf für die Erfüllung ihrer Verpflichtung zum wahren und vollständigen Tatsachenvortrag einer Darlegung der Rechtsansicht des Gerichtes²³⁰, denn nur so kann die Partei abschätzen, welches Vorbringen erforderlich ist. Ebenso bedarf das Gericht der Information darüber, welches Rechtsschutzbegehren²³¹ durch die Parteien gestellt wird. Erst dann können die oben dargestellten Erörterungspflichten erfüllt werden.

Die materielle Prozessleitungspflicht trägt dem Richter daher auch auf, jeweils die Rechtslage, so wie sie vom Gericht gesehen wird, mit den Parteien zu erörtern. Auch hier gilt, dass sich diese Pflicht über das gesamte Verfahren erstreckt; insofern also Umstände hervorkommen, die eine Änderung der Rechtsansicht des Gerichtes bedingen, so sind auch diese Umstände den Parteien darzulegen und allenfalls auch – und dabei überschneidet sich die Erörterung der Sachlage und jene der Rechtslage – Anleitungspflichten im Sinne der ersten vier Varianten des § 182 Abs 1 ZPO zu erfüllen. Plakatives Beispiel dafür wäre etwa die Erörterung der Be-

²²⁷ OGH 7Ob 83/05i, JBl 2006, 187.

²²⁸ Schragel in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, Rz 13; *Klausser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 182 ZPO, E 5.

²²⁹ Böhm, *Bewegliches System* 1986, 240.

²³⁰ Da die „*rechtliche Qualifikation des Streitverhältnisses dem Gericht*“ obliegt: vgl Böhm, *Ausrichtung*, in FS Kralik 1986, 103.

²³¹ Böhm, *Ausrichtung*, in FS Kralik 1986, 84.

weislastverteilung. Sollten sich die Ansichten des Gerichtes und der Partei über die Beweislast nicht decken, so wäre im Zuge der rechtlichen Erörterung diese Diskrepanz aufzudecken und allenfalls die Partei anzuleiten, entsprechende Beweisanbote – im Sinne der Varianten 3 und 4 des § 182 Abs 1 ZPO – anzubieten oder zu ergänzen. Wie bereits erwähnt, ist das Gericht dabei nicht dazu verpflichtet, die bisherige Beweiswürdigung offen zu legen oder gar weitere Beweisanträge, mangels Erbringung des Beweises, einzufordern.²³²

Dabei – wie generell bei der Anleitung der Parteien²³³ – ist jedoch behutsam vorzugehen, weil wiederum der Verdacht einer vorgefassten Meinung droht und damit unter Umständen die Befangenheit des Richters begründet werden kann (dazu ausführlich Kapitel II.). Der Richter wird daher gut daran tun, die Erwägungsgründe jeweils dahingehend zu relativieren, dass die Rechtsansicht ausschließlich unter der Bedingung der Beweisbarkeit der vorgebrachten Tatsachen und vorbehaltlich bisher noch nicht bekannter Umstände eingenommen wurde.

1.2.1.2.3. Die Fälle des § 182 Abs 2 ZPO

Im **zweiten Absatz, erster Satz des § 182 ZPO** wird mE lediglich ein besonderer Fall der Anleitungspflichten nach § 182 Abs 1 ZPO behandelt. Wie bereits beschrieben, sind jedenfalls nach der 5. Variante des § 182 Abs 1 ZPO auch Widersprüche (im Vorbringen jeweils einer Partei) durch das Gericht aufzuklären. Man könnte mMn auch die Ansicht vertreten, dass bei offensichtlichem Widerspruch nicht einmal die für die Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Angaben gemacht wurden, insofern eventuell bereits eine Anleitungspflicht nach der 1. Variante des § 182 Abs

²³² Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 946; Buchegger, Prozeßleitungspflicht, JBl 1990, 805.

²³³ Dolinar, Zivilprozessrecht¹⁰ 2010, 117.

1 ZPO zu bejahen wäre und daher der erste Satz des § 182 Abs. 2 ZPO bereits durch Abs. 1 leg cit abgedeckt ist.

*Schuhmacher*²³⁴ sieht in der gewählten Formulierung des Gesetzgebers – nämlich dass bei Widersprüchen zwischen Parteienvortrag und Schriftsatz bzw Parteienvortrag und bei von Amts wegen zu berücksichtigenden Umständen der Vorsitzende nur auf diesen Umstand „aufmerksam“ zu machen hat – eine „*abgemilderte Form der Anleitungspflicht*“. Diese Meinung teile ich nicht. Mag das „Aufmerksam machen“ auch die mildeste Form der Erörterung und damit Anleitung iSd § 182 ZPO sein, so ist sie grundsätzlich einmal dennoch Anleitung. Der Gesetzgeber hat sich – wie oben beschrieben – gerade nicht in einer taxativen Aufzählung festgelegt, in welcher Form das Gericht anzuleiten hat. Nach den verba legalia steht dem Richter jede „Weise“ zur Anleitung bei widersprüchlichem Vorbringen offen. Nach dem bisher Gesagten wird die Anleitung nach Abs 1 leg cit im Anwaltsprozess in der Regel wohl durch Erörtern, Aufklären, Befragung, Anregung, Belehrung²³⁵, mangels taxativer Aufzählung des Abs 1 leg cit jedoch bspw auch durch „Aufmerksam machen“, zu erfolgen haben. *Schuhmacher* ist daher beizupflichten, dass formal eine vermeintliche Einschränkung im § 182 Abs 2, erster Satz ZPO dadurch erfolgt, dass der Anleitungspflicht nur durch das Aufmerksam machen entsprochen werden soll. Jedoch dürfte gerade in dem speziellen Fall des § 182 Abs 2, erster Satz ZPO (widersprüchliche Parteienangaben), der kleinste gemeinsame Nenner der richterlichen Anleitungspflichten nach Abs 1 leg cit mit dem „Aufmerksam machen“ des § 182 Abs 2, erster Satz ZPO, nahezu identisch sein. Das Ergebnis einer Erörterung, Aufklärung, Befragung oder jeder anderen Art des „Hinwirkens“ iSd § 182 Abs 1 ZPO zu einem Widerspruch zwischen Schriftsatz und Vorbringen kann nur darin bestehen, dass der Partei dieser Widerspruch auffällt. Sodann muss auch hier, wie bereits im Vorfeld erörtert, die Initiative von der Partei ausgehen. Ich bin

²³⁴ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 32.

²³⁵ *Böhm*, Bewegliches System 1986, 239 f.

daher der Ansicht, dass in diesem speziellen Fall des Widerspruchs zwischen Parteienvortrag und Schriftsatz dasselbe Ergebnis – nämlich ein Parteienbewusstsein für den Widerspruch zu schaffen – bereits durch das „Aufmerksam machen“ erreicht wird. Ich sehe daher faktisch – zumindest im Anwaltsprozess – keine Abschwächung der Anleitungspflicht im ersten Satz des § 182 Abs 2 ZPO.

Zusammenfassend lässt sich zum ersten Satz des § 182 Abs 2 ZPO daher sagen, dass überwiegend bereits der erste Absatz der zitierten Bestimmung diesen Anlassfall abdeckt und demnach die abschließende Klärung einer allfälligen – mE nicht bestehenden – Abschwächung der Anleitungspflicht durch diese Bestimmung nicht von außerordentlicher, praktischer Relevanz ist (zum Parteienprozess siehe unten, Kapitel 1.2.3.).

§ 182 Abs 2, zweiter Satz ZPO hingegen beschreibt keinen Fall der hier zu behandelnden materiellen Prozessleitung sondern normiert einen Fall der formellen Prozessleitung. Der Richter hat dabei auf die Einhaltung der allgemeinen Prozessvoraussetzungen²³⁶ zu dringen, indem er Bedenken gegen deren Vorhandensein hervorzuheben hat. Gesondert ist sodann noch die Verpflichtung des Verhandlungsleiters geregelt, bei Bedenken gegen die inländische Gerichtsbarkeit bzw die Zuständigkeit des Gerichtes vor einer Entscheidung darüber den Parteien Gelegenheit zur Heilung nach § 104 JN bzw. zu einem Antrag auf Überweisung der Rechtssache an das zuständige Gericht zu geben.²³⁷

²³⁶ Zum Begriff siehe *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 1763.

²³⁷ *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu § 182, 182a, Rz 18; *Fasching*, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 106.

1.2.2. Sonderfragen

1.2.2.1. Überlegungen zu materiellrechtlichen Einreden am Beispiel der Verjährungseinrede

1.2.2.1.1. Allgemeine Grundlagen

Die bisher beschriebenen Anleitungspflichten des Gerichts sollen nach geltender Judikatur und Literatur nicht so weit führen, dass (zumindest im Anwaltsprozess!) auch zu den sogenannten materiellrechtlichen Einreden angeleitet werden muss.²³⁸ Als solche Einrede ist dabei jene zu sehen, die aufgrund der materiellrechtlichen Bestimmung nur dann für den Prozess von Relevanz sein soll, wenn die Partei diese Einrede dezidiert vorbringt. Als plakatives Beispiel habe ich als Grundlage für meine Ausführungen in diesem Kapitel die **Verjährungseinrede** gewählt, da mE anhand dieser Einrede meine Überlegungen nachvollziehbar dargestellt werden können. Die Verjährungseinrede soll nach § 1501 ABGB nur dann Eingang in die gerichtliche Entscheidung finden, wenn diese von der Partei (regelmäßig der beklagten Partei) auch eingewendet wurde. Dies soll auch dann gelten, wenn jene Tatsachen, die eine Verjährung zu begründen vermögen, gänzlich vorgebracht wurden.²³⁹

Eine Anleitungspflicht soll demnach nur dann ausgelöst werden, wenn aus dem Vorbringen **die Erhebung dieser Einrede**, zumindest rudimentär, zum Ausdruck kommt. Um im Zusammenhang mit einer allenfalls relevanten Verjährung eine Anleitungspflicht auszulösen, muss – wie oben beschrieben – das **Tatbestandselement der Erhebung** einer Verjährungseinrede nach derzeitiger Rechtslage zumindest berührt werden. Die Voraussetzung für ein Eingreifen des Richters wäre somit ein Vorbringen, welches die **Erhebung** der Verjährungseinrede bereits erkennen lässt.

²³⁸ Etwa *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 53 f.

²³⁹ *M. Bydlinski in Rummel*, Kommentar³ II 2002, zu § 1501, Rz 1.

Nicht ausreichend soll jedoch beispielsweise das alleinige Vorbringen bezüglich der übrigen Voraussetzungen, wie etwa jene des Zeitablaufs, sein. Bringt die Partei bzw deren Rechtsvertreter daher lediglich die Fakten zum Sachverhalt vor, mögen diese auch noch so offensichtlich einen Verjährungseinwand nahelegen (bspw: „...das liegt bereits 10 Jahre zurück, ich kann mich nicht mehr genau erinnern“), darf das Gericht diesen Umstand unberücksichtigt lassen und die Partei sehenden Auges in Richtung Prozessverlust bzw Verschlechterung der Prozessposition steuern lassen. Dabei möchte ich (vorerst) bewusst und uU etwas überzeichnet den Fokus allein auf die Situation des Richters lenken, und zwar unter Außerachtlassung der Tatsache, dass letztlich wohl allfällige Ansprüche aus dem Unterlassen der Erhebung einer Verjährungseinrede durch den Rechtsanwalt gegen diesen (unter Schaffung neuer Prozess- und Kostenrisiken für die zuvor schlecht vertretene Partei) geltend gemacht werden können. Nur wenn die Partei die Rechtsfolge, nämlich das Nichtbestehen des gegnerischen Anspruches aufgrund Zeitablaufs geltend macht, jedoch nicht expressis verbis die Einwendung der Verjährung erhebt, soll die Anleitungspflicht ausgelöst werden. ME kann dieser Fall daher ausschließlich dann eintreten, wenn der Partei die Verjährungsproblematik ohnehin bewusst ist und nur deren Geltendmachung „ungeschickt“ vorgenommen wird.

Dies führt zu der nach meinem Dafürhalten bedenklichen Konsequenz, dass bei einer Partei, die (auch) die Undurchsetzbarkeit der Forderung in ihrem Vorbringen erwähnt, zu der Verjährungseinrede (im Wege der Erörterung) anzuleiten wäre. Dabei wäre es im Extremfall mehr oder weniger unbeachtlich, welche konkreten Umstände die Partei diesen Schluss ziehen lassen, und mag diese Erwähnung auch nur am Rande eines Vorbringens zu ganz anderen, anspruchsvernichtenden Behauptungen erfolgen. Vice versa wäre es jedoch im Sinne der Anleitungspflicht unbeachtlich, würde die Partei – den Umstand der materiellrechtlich vorgeschriebenen Geltendmachung bzw die Verjährung per se „übersehend“ – dennoch sämtliche Angaben (wie insbesondere den Zeitablauf) für die Beurteilung der Verjährung machen, die Erhebung der Verjährungseinrede jedoch

nicht erkennen lassen. Diese Folgewirkung ist mE mit dem Gesamtkonzept der materiellen Prozessleitung nicht vereinbar, und daher möchte ich meinen Überlegungen dazu das nächste Kapitel widmen.

1.2.2.1.2. Eigene Überlegungen

Eingangs möchte ich festhalten, dass der dogmatische Ansatz durchaus einleuchtet. Der Richter soll nur dann zu einer Anleitung verpflichtet sein, wenn das Tatbestandselement entscheidungswesentlich ist. Sofern jedoch das materielle Recht den Umstand „Zeitablauf“ nur dann beachtet wissen will, wenn dieser vorgebracht wurde, kann eine Entscheidungswesentlichkeit nur schwerlich begründet werden.²⁴⁰ Aus nachstehenden Argumenten erscheint mir jedoch eine Ausdehnung der materiellen Prozessleitung zumindest überlegenswert.

Unzweifelhaft ist der Anleitungspflicht auch eine Wahrheitsforschungspflicht immanent (siehe oben, Kapitel 1.2.1.1.). Ziel der materiellen Prozessleitung ist die Erforschung der **materiellen Wahrheit**²⁴¹ durch „*aktive Sachaufklärung*“²⁴² und die Ermittlung der Wahrheit ist „*unerläßliche Voraussetzung richtiger Rechtsfindung*“.²⁴³ Wie im vorhergehenden Kapitel beschrieben, würde dieser Grundsatz aber letztlich mit Füßen getreten, lässt man bei Umständen, die eine Verjährungseinrede geradezu aufdrängen – vom Parteienvertreter jedoch nicht formell zur Einrede erhoben werden – die Anleitungspflicht entfallen. Meiner Ansicht nach wird der Richter, bei unterstelltem Vorhandensein eines erkennbaren Tatsachensubstrats für das Durchdringen einer Verjährungseinrede, geradezu in die Rolle des Verhandlungsleiters der AGO zurückversetzt, indem er wider besseres Wissen in Passivität verfallen und die Partei ihrem Schicksal überlassen muss. Die Wahrheit wird bei dieser Konstellation

²⁴⁰ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 54.

²⁴¹ Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 91.

²⁴² Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 647; Böhm, Bewegliches System 1986, 233.

²⁴³ Böhm, Bewegliches System 1986, 227.

dem Richter in ihrer ganzen Klarheit offengelegt, selbst das Erfordernis der „Erforschung“ entfällt dabei; dennoch soll das Gericht zu keiner Reaktion verhalten sein.²⁴⁴ Diese Auslegung ist daher, mAn, schon mit der Wahrheitserforschungspflicht nicht vereinbar.

Die verjährte Forderung soll bekanntlich auch nach Eintritt der Verjährung weiterhin als Naturalobligation erfüllbar sein²⁴⁵, ein durchsetzbarer Anspruch des Gläubigers besteht jedoch nicht mehr. Insofern darf daraus geschlossen werden, dass nach eingetretener Verjährung der Schuldner weiterhin, im Sinne einer willentlichen Entscheidung, erfüllen darf. Konsequenterweise überträgt das materielle Recht daher dem Schuldner die Aufgabe, für den Fall, dass er nicht mehr leisten möchte, die Verjährung dezidiert geltend zu machen. Nur wenn er aufgrund des Zeitablaufs eben nicht mehr leisten will, obwohl er dies nach dem Gesetz noch könnte, soll dieser Einwand erhoben werden können. Nun zeigt aber das Faktum des angestregten Prozesses, nur da kann ja die Problematik einer Anleitungspflicht auftreten, dass der Schuldner eben gerade nicht mehr leisten will. Als zweite Grundlage lässt sich aus dieser Tatsache ableiten, dass der Schuldner offenbar weitere Gründe sieht, die Schuld nicht begleichen zu müssen. Die Einlassung auf den Prozess (bei anwaltlicher Vertretung) wird nämlich im Regelfall nur dann Sinn machen, wenn vertretbare Argumente für einen Prozessgewinn vorhanden sind. Das Rechtsschutzbegehren der Partei ist wohl eindeutig als Wille zur Abwehr des Anspruches zu erkennen. Die Partei möchte daher ihre Naturalobligation gerade nicht erfüllen, und es lassen sich, neben anderen, eventuell anspruchsvernichtenden Argumenten, dem Vorbringen auch Hinweise auf eine Verjährung – außer der konkreten Erhebung der Einrede selbst – in unserem Beispiel entnehmen. Allein daraus lässt sich jedoch erkennen, dass die Verjährungseinrede aller Voraussicht nach nur – etwa aus Unachtsamkeit –

²⁴⁴ Dies unter der Annahme, dass der Zeitablauf eindeutig im Vorbringen erkennbar ist. Dasselbe muss jedoch auch bei unvollständigen Angaben gelten, die eine Vermutung in Richtung einer Verjährung zu erzeugen geeignet sind (Stichwort „anreißen“).

²⁴⁵ Koziol/Welser, Grundriss¹³ II 2007, 81; 422 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP.

übersehen worden sein kann. Zumindest dann sollte sich mE sodann für den Richter ein starkes, ja „ununterdrückbares“ Interesse an der Aufklärung des nicht klar zu deutenden Verhaltens der Partei, ob tatsächlich keine Verjährung geltend gemacht werden will, sodass sich im Sinne der Erforschung der materiellen Wahrheit die Erörterung dieses Umstandes geradezu aufdrängt.²⁴⁶ Mag sich in praxi vielleicht auch das Interesse in Grenzen halten, so wäre mAn zumindest ein Zweifel beim Richter angebracht, ob tatsächlich eine so wesentliche Einwendung nicht erhoben sein wollte, sodass auch daraus zumindest eine Erörterung der Verjährungsproblematik an sich ableitbar wäre. Wie Hule²⁴⁷ meinte, soll *„keine Partei ein Recht [haben, Anm. d. Verf.], daß ihr Prozessgegner möglichst durch einen Fallstrick des Prozessrechtes scheitern solle“*. Nun handelt es sich hier zwar nicht um einen solchen des Prozessrechtes, jedoch erscheint mir die Interessenlage der beklagten Partei ähnlich, soll ein so wesentliches Verteidigungsinstrument wie die Verjährung nur aufgrund eines Versehens, und zwar gänzlich ohne Eingreifen des Richters, nicht genutzt werden können.

Verschlimmert wird diese Praxis noch dazu dadurch, dass mE § 1501 ABGB dieses Verhalten letztlich auch nicht vorschreibt (siehe unten). Im Lichte des Grundsatzes der Erforschung der materiellen Wahrheit kann mE auch der lediglich über einen allfällig vorhandenen Dispositionswillen der Partei „zweifelnde Richter“ keinen Platz finden, zumal nahezu mit Sicherheit nicht davon auszugehen ist, dass eine Partei freiwillig auf die Geltendmachung der Verjährung verzichten will. Eine Anleitung konkret zur Erhebung der formellen Einrede wäre selbstverständlich auch hier überschießend, die Erörterung der rechtlich relevanten zeitlichen Aspekte des Sachverhaltes wäre mE jedoch jedenfalls angebracht. In diesem Sinne

²⁴⁶ Siehe dazu auch Fasching, Auslegung, JBl 1990, 754: dabei soll im Zweifel bei Verfahrensgesetzen jene Interpretationsart angewendet werden, die vorrangig die Sacherledigung des Rechtsschutzantrages gewährt.

²⁴⁷ Hule, Fehlerhafte Schriftsätze, ÖJZ 1964, 509.

führen auch die *Materialien*²⁴⁸ aus: „*Eine aufklärende Frage, der Hinweis auf einen erheblichen Punkt, an dem die Partei achtlos vorüberging, kann vielleicht dem ganzen Prozesse eine andere Wendung, einen anderen Ausgang geben und der Richter soll ruhigen Muthes die Partei ihr Recht verlieren sehen, ohne jenes Wort zu sprechen?*“.

In diesem Zusammenhang darf auch nicht übersehen werden, dass Franz Klein (siehe oben, Kapitel 1.1.3.) den Zivilprozess **schnell und billig** gestalten wollte. Unzweifelhaft sollen diese Grundsätze auch heute noch gelten, wonach eine rasche, richtige und effiziente Beendigung des Rechtsstreits sowohl im Interesse der Parteien als auch in jenem des Staates liegen wird. *Kuderna*²⁴⁹ sieht die „Billigkeit“ (im Sinne eines Kostenbewusstseins) des Prozesses als eines der „vier sozialen Elemente des Zivilprozesses“ und erörtert weiters, dass der Richter bei „*Führung jedes einzelnen Prozesses die Verfahrensnormen im Geiste der sozialen Funktion auszulegen und anzuwenden [hat, Erg. durch den Verf.]*“. Wenn der Richter demnach die Bestimmungen der §§ 182, 182a ZPO derart auszulegen und anzuwenden hat, dass (neben den anderen, sozialen Elementen des Zivilprozesses) der Prozess billig geführt wird, wäre die rasche Erledigung durch Erörterung einer möglichen Verjährung geradezu idealtypisch durchzuführen.²⁵⁰ Zusätzlich ist auch *Fasching*²⁵¹ der Ansicht, dass bei der Auslegung der Prozessgesetze „*die der Rechtsdurchsetzung günstigere Auslegungsmöglichkeit den Vorrang habe*“. Mag auch die Gegenpartei durch die Anleitung/Erörterung benachteiligt werden, bestünde doch die Möglichkeit, dass die beklagte Partei den Verjährungseinwand übersieht. Nach meinem Dafürhalten ist dem entgegen zu halten, dass auch die Gegenpartei eine gewisse Verantwortung, ihren Anspruch vor gerichtlicher Geltendmachung gewissenhaft zu überprüfen, trifft. Eine etwaige Verjäh-

²⁴⁸ *Materialien*, Band I, 262.

²⁴⁹ *Kuderna*, Soziale Funktion, DRdA 1986, 184.

²⁵⁰ Zu allfälligen Bedenken hinsichtlich des materiellrechtlichen Erfordernisses der **Einwendung** siehe sogleich unten.

²⁵¹ *Fasching*, Auslegung, JBI 1990, 751; so auch *Ballon*, Verfahrensmängel, in FS Matscher 1993, 16 f.

rungsproblematik muss daher auch von einem Berechtigten aus einer Forderung mitbedacht werden. Mir erschiene es aus diesen Erwägungen – unter der Prämisse, sich einer raschen Abführung des Prozesses verschrieben zu haben – auch nicht unbillig, der vorschnell oder unbedacht handelnden klagenden Partei sodann allenfalls eine Niederlage aufzubürden. Wenn sich demnach ein Anhaltspunkt für eine Verjährungsproblematik ergibt, wäre es mE nur konsequent, diese Gelegenheit zur raschen Verfahrensbeendigung durch richterliche Anleitung zu fördern.

Diese Erweiterung der Anleitungspflicht ließe sich mE auch mit dem **materiellen Recht** und dessen geltender Auslegung vereinbaren.²⁵² Die Bestimmung des § 1501 ABGB normiert, dass *„ohne Einwendung der Parteien, von Amts wegen kein Bedacht [auf die Verjährung, Anm. des Verf.] zu nehmen“* ist. Vordergründig scheint diese Bestimmung keinen Platz für eine Verpflichtung des Richters nach den §§ 182, 182a ZPO („...von Amts wegen...“) zu bieten. Der Wille zur Einwendung der Verjährung muss jedoch, wie oben beschrieben, im Regelfall bei einer Partei, die sich zur Verteidigung ihrer Rechte (hier überwiegend zur Vernichtung des Anspruchs der Gegenpartei) auf einen Prozess einlässt, zumindest vermutet werden. Sofern also alle Voraussetzungen (zumindest vermeintlich) für eine Verjährungseinrede vorliegen, diese jedoch nicht ausreichend – zumindest rudimentär als Einrede erkennbar – artikuliert werden (bspw. „...das ist so lange her, die Forderung steht der Gegenseite doch gar nicht mehr zu“, wodurch eine Anleitungspflicht wohl ohnehin bestehen würde), wird der Partei wohl zu unterstellen sein, dass sie bei aktueller Kenntnis des § 1501 ABGB die Einrede in aller Regel erhoben hätte. Insofern fehlt zwar rein formal eine materiellrechtliche Voraussetzung, nämlich die „Einwendung“ – wobei unterstellt werden muss, dass der Wille zur Schaffung dieser Voraussetzung bei der Partei gegeben ist – die zudem zusätzlich aus dem Vorbringen in der unterstellten Fallkonstellation für das Gericht erkennbar sein wird. Die „Einwendung“ des § 1501 ABGB könnte dabei mE

²⁵² Zu meiner Sicht der Auslegung des § 1501 ABGB siehe weiter unten.

als weiteres, materiellrechtlich erforderliches Tatbestandsmerkmal (zusätzlich zu den übrigen Voraussetzungen, wie insbesondere dem Zeitablauf) gesehen werden. Dieses Tatbestandselement setzt sich mAn aus einem inneren Willen (dieser ergibt sich mE bereits aus dem Wort „Einwendung“, da diese schon begrifflich ein aktives Tun der Partei verlangt) und einer daraus erfolgenden Aktion (Erhebung der Einrede, sprich: das Artikulieren der Rechtsbehauptung, dass die Forderung aufgrund Zeitablaufes nicht mehr gerichtlich durchsetzbar ist) zusammen. Der innere Wille muss, wie oben dargestellt, nahezu zwingend prima facie angenommen werden, sodass dieses Element mAn keiner weiteren Erörterung bedarf.

Lediglich die Artikulation der Verjährungsfolge unterbleibt im angenommenen Sachverhalt. Unterstellt man jedoch der Partei den erforderlichen inneren Willen aufgrund ihrer Verteidigungsbereitschaft durch Einlassung in den Prozess, kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ebenso davon ausgegangen werden, dass die Einrede bei Kenntnis oder Berücksichtigung der Voraussetzungen erhoben worden wäre.

Die Einrede „*schwebt*“ daher geradezu offensichtlich und für das Gericht erkennbar im Raum, sodass es letztlich gar keiner Bedachtnahme darauf durch das Gericht iSd § 1501 ABGB bedarf. Meines Erachtens kann der Partei sogar eine Art „*bis zur Unkenntlichkeit verkümmerte*“ Einrede unterstellt werden, die nur aufgrund der Unachtsamkeit der Partei (bzw des Parteienvertreters) nicht dezidiert geltend gemacht wird.²⁵³ Zwar spricht *Fasching*²⁵⁴ davon, dass der Richter nicht zur „*Erhebung von Ansprüchen anleiten [darf, Anm. d. Verf.], die sie weder ausdrücklich noch aus dem gesamten Vorbringen ableitbar unzweifelhaft geltend macht.*“ Nach meinem Dafürhalten bietet jedoch die „Lebensnähe“ der richterlichen Tätig-

²⁵³ Die Unachtsamkeit wird unterstellt, da wohl nur diese im Anwaltsprozess überhaupt eine Anleitungspflicht auslösen kann und regelmäßig kein beruflicher Parteienvertreter absichtlich die Verjährungseinrede ausklammern wird. Selbst dieser Fall stellt jedoch kein Problem dar, da bei Erörterung der zeitlichen Aspekte des Sachverhaltes auch eine allfällige absichtliche Unterlassung der Verjährungseinrede erkannt und sodann – wunschgemäß – vernachlässigt werden kann.

²⁵⁴ *Fasching*, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 81.

keit²⁵⁵, der sich die neue ZPO verschrieben hat, ohne Erörterung zumindest der Motive der Partei keinen Raum für Zweifel an der Bereitschaft einer Prozesspartei, alle Mittel zur Abwendung des Anspruches zu ergreifen. Man muss mE daher bis zur Widerlegung im Rahmen einer Erörterung davon ausgehen, dass die verteidigende Partei „unzweifelhaft“ die Verjährungseinrede erheben möchte und dies lediglich aus Unachtsamkeit bislang unterlassen hat. Auf Grundlage eines Vorbringens verjährungsrelevanter Tatsachen, die mitunter auch außer Streit gestellt bzw sogar von der klagenden Partei vorgebracht werden können, muss daher das Gericht vor Erörterung zu dem Schluss gelangen, dass die Partei aus diesem Vorbringen – bei Bedachtnahme auf die Geltendmachung der Verjährung – näher einer unzweifelhaften Erhebung der Einrede ist als ihr Verzicht auf die Verjährungseinrede anzunehmen ist. Das Gericht muss dabei auch nicht „von Amts wegen“ iSd § 1501 ABGB Bedacht auf die Verjährung nehmen. Das wäre nur der Fall, wenn etwa ohne Anhaltspunkte, quasi investigativ, nach Tatbestandsmerkmalen für eine Verjährung gefragt bzw völlig ohne Erörterung der erwiesene Zeitablauf trotz fehlender Einrede als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden würde. Vorliegend würde es sich jedoch lediglich um Klärung bzw Konkretisierung von prozessimmanenten relevantenTatsachenelementen handeln.

Aufgrund der verba legalia des § 182 Abs 1 ZPO kann jedoch gerade dieses Unterbleiben der dezidierten Aussage, dass bspw das Recht „undurchsetzbar“ sei, auch unter den 2. Fall des § 182 Abs 1 ZPO subsumiert werden. Diese Bestimmung trägt dem Gericht nämlich auf, *„darauf hinzuwirken, daß [...] ungenügende Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt [werden]“*.²⁵⁶ Demnach muss mE auch die Interpretation zulässig sein, dass die „Angabe“ iSd § 182 Abs 1 ZPO bezüglich der Einwendung iSd § 1501 ABGB ebenso unvollständig (nämlich im Sinne einer „verkümmer-

²⁵⁵ Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 93.

²⁵⁶ Hervorhebungen durch den Verfasser.

ten *Einrede*“: siehe oben) erbracht werden kann, da bei Vorliegen der üb-
rigen Voraussetzungen der Wille zur Erhebung idR zweifellos gegeben
sein wird und lediglich das formelle Vorbringen unvollständig erfolgte. Das
Gesetz (§ 1501 ABGB) normiert daher, dass die Verjährung nicht von
Amts wegen wahrzunehmen ist, insofern der Richter bei Vorliegen der
Voraussetzungen die Verjährung nicht per se und ohne Zutun der Partei
anzunehmen hat. Vielmehr muss dazu noch eine Disposition der Partei
treten, die eine Erhebung der Einrede zumindest indiziert. Dadurch soll
grundsätzlich der berechtigten Partei die Inanspruchnahme dieser rechtli-
chen Möglichkeit überlassen werden; der beklagten Partei steht es frei, die
Naturalobligation zu erfüllen. Im Falle einer Einlassung auf den Prozess
stellt sich mE jedoch die Frage, ob ernsthaft am Willen der Partei, diese
Einrede erheben zu wollen, gezweifelt werden kann. Gerade die Bekämp-
fung des Anspruches der klagenden Partei im Rahmen eines Zivilprozes-
ses (mit Kostenfolgen, Prozessrisiko, etc) zeigt mAn deutlich, dass die be-
klagte Partei mit allen Mitteln die Erfüllung der geltend gemachten Forde-
rung verhindern möchte. Nach allgemeiner Lebenserfahrung erscheint mir
eine Situation, in der die beklagte Partei den Anspruch zwar bekämpft, wil-
lentlich jedoch die (durchsetzbare) Verjährungseinrede nicht erhebt, nahe-
zu undenkbar. Ich bin der Überzeugung, dass in aller Regel lediglich ein
Versäumnis bzw eine Unachtsamkeit der Grund für eine unterlassene Gel-
tendmachung der Verjährung sein wird. Gerade durch die Einlassung in
den Prozess zeigt sich mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrschein-
lichkeit der Wille auch zur Erhebung der Verjährungseinrede. Dieser Wille
tritt durch die Anspruchsbekämpfung naturgemäß nicht dezidiert in Rich-
tung der Erhebung einer Verjährungseinrede zu Tage. Dennoch bin ich
der Ansicht, dass bei einer beklagten Partei durch Einlassung auf den
Prozess ein zwar nicht näher spezifizierter, aber dennoch ganz eindeuti-
ger Wille zur Abwehr des Anspruches und damit (vermutlich) auch zur Er-
hebung der Verjährungseinrede erkennbar wird. Wenn man nun diesen of-
fensichtlichen Willen zur Anspruchsabwehr heranzieht, wird man wohl, ei-
ne vernünftig handelnde Partei vorausgesetzt, davon ausgehen müssen,
dass sämtliche anspruchsbekämpfenden Möglichkeiten von dieser ausge-

schöpft werden wollen. Unter diesen Voraussetzungen kann mE jedoch bei Vorliegen von zusätzlichen tatsächlichen Voraussetzungen für eine Verjährungseinrede letztlich nur davon ausgegangen werden, dass der Wille zur Erhebung der Einrede wohl vorliegen wird. Die eigentliche Ursache für die unterlassene Geltendmachung wird letztlich daher nur aufgrund einer gerade nicht willentlich (im Sinne einer vom ABGB geforderten Disposition) erfolgten Außerachtlassung der materiellrechtlichen Bestimmung zur Verjährungseinrede zu sehen sein. Vielmehr wird man unterstellen müssen, dass eine willentliche und wissentliche Disposition der Partei, unter der Annahme einer vernünftig handelnden Partei, noch gar nicht stattgefunden haben kann. Der Wille der Partei zur Erhebung der Einrede muss mAn daher als vorhanden angesehen werden, eine Auseinandersetzung der Partei über ihre diesbezügliche Dispositionsmöglichkeit iSd § 1501 ABGB hat dabei jedoch – aus welchem Grund auch immer – offenbar noch nicht stattgefunden. Wenn demnach das dispositive Element (der Wille) zur Geltendmachung einer Verjährungseinrede derart deutlich vermutet werden muss, erscheint es mir fraglich, ob die strenge Auslegung des § 1501 ABGB aufrecht erhalten werden kann. Daher mutet es mAn im Lichte dieser Ausführungen sehr formalistisch an, davon auszugehen, dass der Wille zur Unterlassung der Verjährungseinrede (bei fehlender Erhebung) jedenfalls gegeben sei, wo mE die besseren Gründe eher für eine unfreiwillige Nichterhebung der Einrede sprechen. Schließlich wäre dabei ja auch nicht das dispositive Element der Verjährungseinrede das Subjekt der (mE überlegenswerten) Anleitung – der Wille würde mAn ja deutlich zu Tage treten – sondern wäre lediglich nach Kenntnis des (zumindest nach allgemeiner Lebenserfahrung wohl vorhandenen und durch abstrakten Abwehrwillen zu Tage tretenden) Einredewillens eine Anleitung „nur“ mehr hinsichtlich der Abklärung der unterlassenen Einrede und der rechtlichen Ausgestaltung dieses Willens erforderlich. Ich möchte dabei nicht der umfassenden Verantwortung des Richters für beide Parteien das Wort reden, mir erscheint jedoch der Rückzug vom reinen Formalismus (nämlich formale Erhebung der Einrede) unter den soeben geschilderten Voraussetzungen zumindest diskussionswürdig, da ich der

Ansicht bin, dass eine parteiliche Disposition über ihr Recht – wie von § 1501 ABGB gefordert – eben gar nicht stattgefunden haben kann und das Verhalten der Partei (Einlassung auf den Prozess) eher die Erhebung der Einrede nahelegt. Die richterliche Anleitung würde dabei nach meinem Dafürhalten nicht in die Sachdisposition der Parteien eingreifen, sondern diese erst ermöglichen.

Letztlich schließt man die Formulierung des § 1501 ABGB eine Erörterung der rechtlich relevanten zeitlichen Aspekte des Sachverhaltes im Rahmen der Anleitungspflicht auch nicht aus. Die Materialien führen aus, dass „*alle für die begehrte Zuerkennung des Rechtes irgendwie erheblichen Sachverhaltsmomente*“²⁵⁷ berücksichtigt werden müssen. Diese Klarstellung kann daher auch so gelesen werden, dass bereits vorgebrachte relevante Sachverhaltsmomente (nämlich etwa der verjährungsrelevante Zeitablauf) insofern zu berücksichtigen sind, als es abzuklären gilt, ob damit nicht eine Verjährungsproblematik releviert werden soll. Selbstverständlich darf der materiellen Prozessleitung keine Pflicht zum Eingriff in Sachdispositionen der Parteien unterstellt werden. Es erscheint mir jedoch die Annahme vertretbar, dass üblicherweise bei Nichterhebung der Verjährungseinrede (und dem Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen) eine Disposition der betroffenen Partei nicht stattgefunden hat. Vereinfacht gesagt sprechen alle Anzeichen für die Annahme eines Willens zur Erhebung der Einrede, lediglich die daraus (idR resultierende) Aktion, nämlich die Erhebung der Einrede, unterbleibt. Die Frage nach dem Grund (Unkenntnis, Unachtsamkeit, etc) für die unterlassene Einrede vermag die Anleitungspflicht selbstverständlich nicht auszulösen, dabei würde wohl tatsächlich über Gebühr in die Sachdisposition der Partei eingegriffen werden und bietet die materielle Prozessleitungspflicht keinesfalls eine Grundlage zur Erforschung der Motive für allfällige Sachdispositionen der Parteien. Darüber hinaus würde sich der Richter wohl auch in die Richtung einer allenfalls

²⁵⁷ *Materialien*, Band I, 263, abgedruckt in *Böhm*, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 103; *Deixler-Hübner*, Streitgegenstand, in FS Sprung 2001, 113.

bedenklichen Rechtsberatung (Befangenheit) begeben. Der Inhalt der richterlichen Erörterung im Zusammenhang mit materiellrechtlichen Einreden könnte demnach keinesfalls das „Warum“ der Nichterhebung betreffen! Durch das mAn überdeutliche Zutagetreten des Willens der beklagten Partei zur Nichterfüllung der Klagsforderung (durch Einlassung in den Prozess) erscheint es mir jedoch zumindest überlegenswert, auch diesbezügliche Zweifel des Richters – die ihm wohl unterstellt werden dürfen, versucht die beklagte Partei doch den Anspruch abzuwehren und bedient sich dabei nicht des probaten Mittels der Verjährungseinrede – durch Erörterung im Prozess auszuräumen. Die Frage, *ob* aufgrund des Vorbringens auch ein Einwand der Verjährung erhoben werden wollte, erscheint mir im Rahmen der Erörterung jedenfalls denkbar. Schließlich regelt § 1501 ABGB lediglich, dass die Verjährung nur über den Einwand wahrzunehmen sei, die Erörterung berechtigter Zweifel an der Nichterhebung wird mE dadurch nicht unterbunden.

Darüber hinaus übersieht vielleicht auch der Rechtsvertreter nur, dass die formelle Verjährungseinrede bspw im Schriftsatz (doch) nicht erhoben wurde. Dabei kann sich etwa auch aus der Art der Befragung der Zeugen durch den Parteienvertreter ergeben, dass dieser von einem erhobenen Verjährungseinwand ausgeht (welcher tatsächlich nicht vorliegt). Letztlich mag es viele Gründe geben, warum tatsächlich die Einrede nicht erhoben wurde, die mE zwingende Annahme, dass die Einrede üblicherweise wohl eher erhoben werden wollte, sollte aber das Gericht zu einer Erörterung veranlassen. Wenn die betroffene Partei im Zuge der Erörterung dennoch keine Einrede erhebt, wäre gewährleistet, dass die andere Partei nicht (nur) aufgrund einer Unachtsamkeit der Gegenseite gewonnen hat. Zusätzlich würde sich durch die Protokollierung der Erörterung die Ausgangsposition der (möglicherweise) unterlegenen Partei im Haftungsprozess gegen den Rechtsvertreter – welcher bspw irrtümlich die Erhebung der Einrede unterlassen hat – verbessern.

Sofern der Vertreter jedoch nicht irrtümlich davon ausgeht, dass die Einrede nicht formell zu erheben sei, müsste auch dieser Umstand vom Gericht durch Erörterung abgeklärt werden, andernfalls die Prozessleitung nicht erfüllt wurde (siehe FN 263 unten). Der Ansatzpunkt liegt daher mE darin, dass entsprechend § 1501 ABGB die Verjährungseinrede an sich tatsächlich nicht von Amts wegen beachtet, sprich: als Entscheidungsgrundlage gesehen werden darf. Eine Erörterung des Zeitablaufs und ein „Abklopfen“, ob tatsächlich der Wille für eine nicht erhobene Einrede vorhanden ist, sollte jedoch mE, als *Minus* zur gesetzlich normierten „Nichtbeachtung der Verjährung von Amts wegen“, keinesfalls ausgeschlossen werden.

Wie oben bereits beschrieben, kann die Anleitungspflicht keinesfalls so weit gehen, die Partei dahingehend zu beraten, welche rechtlichen Einwendungen erhoben werden können.²⁵⁸ Wenn man jedoch bei materiellrechtlichen Einwendungen auch eine Erörterung nach den §§ 182, 182a ZPO verneint, ist die Partei letztlich auf Gedeih und Verderb dem Können ihres **Rechtsvertreters** ausgeliefert. Das mag bis zu einem gewissen Grad durchaus unvermeidbar und daher faktisch zu akzeptieren sein. So meint auch Böhm²⁵⁹, dass *„ungeachtet ihrer [der Parteien bzw. ihrer Vertreter, Erg. des Verf.] nachlässigen (dh zumutbare Diligenzplichten verletzenden) Prozeßführung [...] ihr materielles Recht eben nicht zu schützen [ist, Erg. des Verf.]“*. Die Frage ist nun, ob das Unterlassen der Erhebung von materiellrechtlichen Einwendungen noch der Diligenzplicht des Vertreters unterliegt oder nicht. Diese Frage wird grundsätzlich im Einzelfall zu entscheiden sein, insofern auch Böhm einschränkt, dass *„bloßes Ungeschick“*²⁶⁰ durch die Prozessleitung zu korrigieren sein wird. Letztlich wird man jedoch davon ausgehen müssen, dass idR bei Unterlassen des Verjährungseinwandes eine Verletzung der anwaltlichen Sorgfaltspflichten

²⁵⁸ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 12.

²⁵⁹ Böhm, *Bewegliches System* 1986, 226.

²⁶⁰ Böhm, *Bewegliches System* 1986, 227.

vorliegen wird. Allgemein gültig muss mE jedoch ins Treffen geführt werden, dass die Erweiterung der ohnehin bestehenden Anleitungspflicht auf derartige Einreden, bei Vorliegen von Anhaltspunkten im Vorbringen, im Verhältnis zum Prozessausgang und einer materiell richtigen Entscheidung (und letztlich auch zu dem Vertrauen in die Justiz) eine zumutbare Belastung der Prozessordnung darstellen würde. Dies ist mE auch dadurch gerechtfertigt, dass das Prozessrecht eine diesbezügliche Ausgrenzung der materiellrechtlichen Einreden ja gerade nicht vornimmt, sondern diese lediglich aus dem materiellen Recht abgeleitet wird. Aufgrund der Unmöglichkeit (zumindest) für den Laien, die Qualifikation und Fertigkeit des Rechtvertreters ex ante beurteilen zu können und der Tatsache, dass regelmäßig auch Substitutionen erfolgen, wäre es mE jedoch unbillig im Sinne einer Arbeitsgemeinschaft im Prozess²⁶¹, wenn der Richter die erkennbar unzureichend vertretene Partei ein wesentliches Instrumentarium zur Bekämpfung eines Anspruchs verwirken lässt. *Kuderna*²⁶² führt die unzulängliche Vertretung und daraus allenfalls entstehende Nachteile sogar als Argument für die Prozessanleitungspflicht per se an. Die Anleitung im Sinne der §§ 182, 182a ZPO hat nach dieser Ansicht somit gerade den Zweck, auch die Nachteile eines unzulänglichen Vertreters zu kompensieren. Eine Kompensation mangelnder Vertretungsleistung kann den Anleitungspflichten sicherlich nur in Grenzen unterstellt werden, dennoch lässt sich daraus erkennen, dass der ZPO die von mir herangezogenen Grundsätze zumindest in Ansätzen nicht fremd sind.

Zusätzlich ist auch der *OGH*²⁶³ der Ansicht, dass *„einem Gericht überhaupt nicht zumutbar [ist, Anm. des Verf.], in falsch verstandener Objektivität eine Partei ohne Hinweis für sie schädliche Handlungen setzen zu lassen. [Hervorhebung durch den Verf.]“*. Meines Erachtens ergäbe sich aus dieser Sicht ein Wertungswiderspruch zu dem hier behandelten Fall,

²⁶¹ *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 1; *Salficky*, Überschießende Feststellungen, ÖJZ 2006, 789.

²⁶² *Kuderna*, Soziale Funktion, DRdA 1986, 184.

²⁶³ *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 11; *OGH* 7Ob 83/05i, *JB* 2006, 187.

wenn nämlich der Richter dieselbe Partei auf ein schädliches Unterlassen einer Handlung (hier Erhebung der Einrede), bei erkennbarer Grundlage im Vorbringen, nicht zumindest durch allgemeine Erörterung hinzuweisen hat. Die Vertretung durch einen Rechtsanwalt rechtfertigt mE auch hier keinesfalls ein passives Übergehen einer offensichtlichen Verjährungsproblematik unter dem Deckmantel der (zumeist wohl nicht schuldhaften) Auswahl der Rechtsvertretung. Selbstverständlich ändert die fehlende culpa in eligendo keinesfalls die Zurechenbarkeit der anwaltlichen Vertretungshandlungen zur Partei. Dennoch darf dabei – eher aus rechtspolitischen als auch juristischen Erwägungen – nicht übersehen werden, dass die Partei im Verhältnis zu Richter und Rechtsanwalt als juristischer Laie am wenigsten zur Einschätzung des Prozesses und der damit im Zusammenhang stehenden Pflichten und Regeln geeignet ist. Dennoch muss diese letztlich sämtliche Nachteile aus der inadäquaten Vertretung tragen (sei es der verlorene Prozess, sei es die Unbill eines Folgeprozesses gegen den Rechtsvertreter), obwohl uU die Relevanz der Verjährung des Anspruches im Prozess erkennbar war. Unter dem Regime des § 432 ZPO (Manuduktionspflicht) gilt der Grundsatz, dass keine Partei einen Rechtsanspruch auf den Vorteil, der aus der Rechtsunkenntnis der Gegenseite entspringt, besitzt.²⁶⁴ Aufgrund der erweiterten Manuduktionspflicht durch den Richter bei der rechtsunkundigen unvertretenen Partei ergibt sich aber eine mAn vergleichbare Situation zur vertretenen Partei im Anwaltsprozess. Da wie dort soll dem juristischen Laien im Prozess durch einen „Fachmann“ rechtliches Geleit gewährt werden. Mag die Unterstützung durch den Richter im Parteienprozess auch nicht das Ausmaß eines anwaltlichen Vertreters erreichen, erscheint mir eine Paralle zumindest dennoch erkennbar. Trotz juristischem Beistand (Richter) im bezirksgerichtlichen Verfahren soll dem Gegner kein Vorteil durch die rechtliche Unkenntnis der unvertretenen Partei erwachsen. Nach meinem Dafürhalten findet sich kein stichhaltiges Argument, warum dieser Grundsatz daher

²⁶⁴ Kodek in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 16.

nicht auch für eine unglückliche Auswahl²⁶⁵ des Rechtsvertreters gelten sollte. Der Prozess darf dabei nicht zum Schauplatz der Eitelkeiten werden. Der Zweck des Verfahrens ist nicht, im Sinne eines Wettstreites, die Fähigkeiten der Parteienvertreter – auf Kosten der Parteien – in einem Kräfteressen derselben zu testen. Ziel der Arbeitsgemeinschaft im Zivilprozess muss wohl die Ermittlung der materiellen Wahrheit unter Wahrung der übrigen Anliegen des Verfahrens (wie Raschheit, Vermeidung unnötiger Kosten, etc.) sein. Eine allfällige Überlastung der Gerichte²⁶⁶ kann mE kein Argument für die Auslegung der Rechtsvorschriften darstellen und muss, als ernst zu nehmendes Problem, letztlich auf anderer Ebene diskutiert werden.

Hinzu kommt, dass die Durchsetzung einer Haftung wegen eines „Kunstfehlers“ wohl nur bedingt eine Abhilfe für den Rechtssuchenden bieten kann. Diese Sichtweise wird mE auch durch die Ansicht *Faschings*²⁶⁷ unterstützt, der meint, dass die Anleitung durch das Gericht (generell, nicht in diesem Zusammenhang) *„notwendig [sei, Anm. d. Verf.], um die Partei nicht von den Zufälligkeiten des Könnens und der Rechtskenntnis ihres Vertreters abhängig zu machen“*. Welche Situation würde mehr diesem Grundsatz widersprechen, als ein möglicher Prozessverlust allein aufgrund der Tatsache, dass der Vertreter die Erhebung der formellen Einrede übersieht (bzw nicht indiziert, wonach als Folge über die richterliche Anleitung die Einrede noch erkannt und erhoben werden könnte), jedoch alle sonstigen Erfordernisse einer Verjährung offenbar vorliegen. Die fehlende Durchsetzung wäre ausschließlich auf das Fehlen von Können und Rechtskenntnis des Rechtsvertreters zurückzuführen. Gerade der Umstand, dass die unterlassene Erhebung der Verjährungseinrede als unentschuldigbarer Fehler eines Rechtsanwaltes zu sehen sein wird könnte mE herangezogen werden, um das Vorliegen einer Anleitungspflicht zu be-

²⁶⁵ Von einem Auswahlverschulden kann aufgrund der dargelegten Überlegungen mE keine Rede sein.

²⁶⁶ Siehe etwa OLG Wien, 1R 188/11s.

²⁶⁷ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 655; *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 57.

gründen. Gerade die Wesentlichkeit der materiellrechtlichen Voraussetzungen aber auch der Verjährungseinrede an sich lässt vermuten, dass eine Einredeerhebung wohl nur versehentlich unterblieben sein wird. Dies deckt sich auch mit meiner Argumentation, dass demnach in aller Regel vom Willen zur Erhebung der Einrede ausgegangen werden muss. Der Richter hätte keinen Grund anzunehmen, dass der Rechtsvertreter wesentlich (oder auftragsgemäß) einen derartigen Fehler begehen würde. Einerseits werden daher die konkreten Fälle einer derartigen Anleitung eher die Ausnahme darstellen und andererseits dadurch für den Richter leicht zu erkennen sein. Es wird in aller Regel tatsächlich besonderer Umstände bedürfen, dass der Rechtsvertreter tatsächlich die Erhebung einer materiellrechtlichen Einrede trotz Vorliegen der Voraussetzungen übersieht. Die Wahrscheinlichkeit, dass in diesem Fall auch dem Richter das Vorliegen von einrederrelevanten Angaben verborgen bleibt erscheint nahezu ausgeschlossen und wäre dadurch in einem hohen Maße sichergestellt, dass eine Disposition der Partei in Kenntnis der relevanten Umstände erfolgen und eine solche nicht – mangels Kenntnis oder Aufmerksamkeit – gänzlich unterbleiben würde. Eine Vielzahl von anspruchsbegründenden und –vernichtenden Angaben (und Einreden) werden jedoch ohnehin durch den Rechtsanwalt erörtert, beurteilt und letztlich vorgebracht und bewirken dadurch eine massive Entlastung der richterlichen Anleitungspflicht. Die richterliche Anleitung sowie die Anwaltpflicht würden mE daher als einander ergänzende Kräfte im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft im Zivilprozess der Förderung der materiellen Wahrheit dienen. Die richterliche Anleitung bei materiellrechtlichen Einreden im Anwaltsprozess würde dabei mAn in praxi nur wenige Fälle betreffen. Zusätzlich wäre aufgrund des Überwiegens sorgfältiger anwaltlicher Vertretungsleistungen auch eine (rechtspolitische) Gefährdung der Anwaltpflicht letztlich nicht gegeben.

Dabei darf auch nicht übersehen werden, dass die Partei in aller Regel keine Rechtskenntnisse besitzt, sodass durch diese mitunter – auch unter dem Eindruck des soeben verlorenen Prozesses – eine mögliche Haftung

des Rechtsanwaltes letztlich gar nicht geltend gemacht wird. Wie bereits ausgeführt, wäre die konkrete Notwendigkeit der Einrede letztendlich jedenfalls von der Partei zu erkennen, da eine direkte Anweisung zur Geltendmachung der Einrede von der Anleitungspflicht mE keinesfalls gedeckt wäre.

Ein weiteres Argument für die Berücksichtigung einer Pflicht zur Anleitung auch bei materiellrechtlichen Einreden bietet jedenfalls **§ 182a ZPO**. Diese Bestimmung trägt, wie oben dargestellt, dem Richter unzweifelhaft die Erörterung des Sach- und **Rechtsvorbringens** auf. Dabei hat *„die Prozessleitung [...] ihre Aufgabe nur erfüllt, wenn sie den Parteien klar gemacht hat, was sie nach Auffassung des Gerichtes zur Ermöglichung der rechtlichen Beurteilung der Sache noch behaupten und beweisen müssen und warum dem so ist.“*²⁶⁸ Dabei lässt sich der Grundsatz erkennen, dass alles aufgeklärt werden soll, was für die rechtliche Beurteilung von Relevanz ist. Wenn nunmehr alle Voraussetzungen für eine Verjährung außer der Einrede vorliegen, wäre für die rechtliche Beurteilung des indizierten Sachverhaltes durch das Gericht noch die fehlende Durchsetzbarkeit der Forderung aufgrund des Zeitablaufes durch die Partei zu „behaupten“. Nach der oben zitierten Auffassung wäre demnach auch die Notwendigkeit dieser Behauptung (der Undurchsetzbarkeit der Forderung) im Rahmen des Rechtsgespräches „klar zu machen“. Meines Erachtens verbietet die Vorschrift des § 1501 ABGB dem Gericht nämlich lediglich – wie oben beschrieben – die Verjährung gegen den Willen der Partei und ohne dessen Erörterung aufzugreifen. Das ist mAn auch notwendig, da nach Eintritt der Verjährung eine Naturalobligation bestehen bleibt. Das heißt, der Schuldner darf seine Forderung trotz Verjährung erfüllen, er muss es aber nicht (mehr). Die Entscheidung darüber obliegt daher dem Schuldner, ob er erfüllen will oder eben nicht. Dieser Kompetenz soll und darf das Gericht nicht (von Amts wegen) vorgreifen und findet § 1501 ABGB darin seine

²⁶⁸ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 5.

Rechtfertigung. § 1501 ABGB regelt daher mAn nur, ob das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen die Verjährung überhaupt aufgreifen darf. Die Klärung einer derartigen „Ermächtigung“ durch die Partei mittels Erörterung dieser Aspekte iSd § 182a ZPO wird nach meinem Dafürhalten durch ein Verbot der Beachtung von Amts wegen nicht verhindert. Die Geltendmachung der Verjährung jedoch, welche letztlich in nur einem Wort (bspw die Forderung ist „undurchsetzbar“, etc.) bestehen kann und deren Folge eine rechtsrichtige Entscheidung wäre, soll vom Gericht völlig ignoriert werden? Es ist davon auszugehen, dass jede Partei nach Vorliegen der Entscheidung, welcher sodann (üblicherweise) die fehlende Geltendmachung zu entnehmen ist (bspw: „Die Einrede der Verjährung wurde von der beklagten Partei entgegen § 1501 ABGB nicht geltend gemacht“), die Einrede nachträglich gerne erhoben gewusst hätte, und der Verfahrensausgang idR sodann auch ein anderer gewesen wäre. Dieser Umstand ist daher auch „erheblich“ im Sinne des § 182 Abs 1 ZPO und eine Subsumtion unter dessen Gebot der richterlichen Anleitung im Sinne einer Erörterung des Rechtsvorbringens nach meinem Dafürhalten jedenfalls gerechtfertigt. So führen auch bereits die *Materialien*²⁶⁹ aus wie folgt: *„So weit es sich um verzichtbare Privatrechte handelt, können daher nur die Parteien über Inhalt und Ausdehnung der Sachanträge bestimmen; in Ansehung dieser Anträge wird die richterliche Processleitung über eine gewisse Erläuterungs-, Aufklärungsbefugnis nicht hinausgehen dürfen.“* Demnach soll nur über eine Erläuterungs- oder Aufklärungsbefugnis hinaus keine weitere Anleitung erfolgen, grundsätzlich wird jedoch das Erfordernis einer solchen offenbar auch außerhalb der Sachanträge (wie etwa das Klagebegehren einen solchen darstellt) als notwendig erachtet.

*Schuhmacher*²⁷⁰ nennt die Verjährungseinrede zu Recht einen „*überwiegend rechtlichen Einwand*“. Es stellt sich daher für mich auch aus diesem Grund die Frage, warum die sich aufdrängende Vermutung des Bestehens

²⁶⁹ Abgedruckt in *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 37.

²⁷⁰ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 54.

eines Willens zur Erhebung dieses rechtlichen Einwandes einer Erörterung im Rahmen der Erörterung des Rechtsvorbringens nicht zugänglich sein soll (hinsichtlich des dispositiven Elements der Verjährungseinrede darf auf meine Ausführungen oben verwiesen werden). § 182a ZPO geht sogar noch weiter und verpflichtet das Gericht dazu, seine Entscheidung nur auf jene Gesichtspunkte zu stützen, die eine Partei erkannt hat und deren Tragweite (Erheblichkeit) dieser bewusst wurde. Sofern dem nicht so ist, müssen diese Punkte mit der Partei erörtert werden. Ganz bewusst möchte der Gesetzgeber daher, dass keine „Überrumpelung“ der Parteien das Prozessergebnis bewirkt, sondern eben das geltende Recht auf Grundlage der materiellen Wahrheit durchgesetzt wird.

Abschließend sei noch darauf verwiesen, dass die ZPO keinerlei Sanktionen für einen Verstoß des Richters gegen die Unterlassung einer Anleitung bei materiellrechtlichen Einreden enthält. Die ZPO zeigt lediglich die Grenzen der Anleitungspflicht auf, dh es wird nur geregelt, wo der Richter nicht unterstützen darf, und die aus einem Verstoß entstehenden Rechtsfolgen (Verfahrensmangel).²⁷¹ Eine Befangenheit ließe sich aus der Erörterung zeitlicher Aspekte des Anspruches wohl nicht konstruieren. Der Richter könnte also bei derzeitiger Rechtslage die Zeitaspekte erörtern oder eben nicht. Meiner Ansicht nach wären beide Vorgehensweisen durch die Parteien nicht angreifbar. Dies führt zu dem Ergebnis, dass zu dem oben beschriebenen Zufallselement der Wahl des Rechtsvertreters noch die Unsicherheit der Rechtsauffassung des Richters tritt. Dieser Umstand läuft mE daher zusätzlich der Kontinuität der Rechtsprechung und der „*Berechenbarkeit des Verfahrensganges*“²⁷² eindeutig zuwider.

Zusammengefasst bin ich daher der Ansicht, dass einige Gründe dafür sprechen, unter bestimmten Voraussetzungen – nämlich immer dann, wenn Anhaltspunkte als Basis für eine materiellrechtliche Einrede gege-

²⁷¹ Böhm, *Bewegliches System* 1986, 212.

²⁷² Böhm, *Bewegliches System* 1986, 228.

ben sind, deren Erhebung jedoch nicht erfolgt, aber aus dem Vorbringen ein Verzicht auf die Einrede nicht zweifelsfrei angenommen werden kann – durchaus eine Erörterung gemäß den §§ 182, 182a ZPO stattfinden sollte. Nicht zuletzt äußert sich darin mE auch der Grundgedanke, dass immer dann, wenn der Richter den (Rechts-)Irrtum der Partei erkennt, die Anleitungspflicht eine stärkere Ausprägung erfahren soll.²⁷³ Mag dieser Grundsatz auch auf einen Rechtsirrtum im Verfahrensrecht abzielen, so bin ich – auf der Grundlage des bisher Gesagten – dennoch der Ansicht, dass auch bei der materiellrechtlichen Einrede das „Erkennen“ oder „Erkennen müssen“ durch das Gericht dabei die Anleitungspflicht auslösen soll.

1.2.2.2. Überschießende Beweisergebnisse²⁷⁴

Wie bereits oben erwähnt, können im Laufe des Prozesses Beweisergebnisse hervorkommen, die für den Verfahrensausgang von Interesse sein können, jedoch nicht durch entsprechendes Vorbringen untermauert sind. So ersetzt etwa auch eine Urkunde, selbst wenn in dieser relevante Tatsachen enthalten sind, keinesfalls ein entsprechendes Vorbringen (zumindest) jener Partei, welche sich darauf berufen möchte bzw zu deren Vorteil das Beweisergebnis gereichen würde. Nun gilt es dabei zwei Probleme zu lösen. Einerseits, ob bereits das Beweisergebnis als relevante Tatsache für sich allein in das Urteil einfließen darf. Andererseits stellt sich die Frage, ob für den Fall, dass entsprechendes nachträgliches Tatsachenvorbringen zu erstatten ist, dazu letztlich auch anzuleiten ist, sofern die Partei diesen Umstand übersieht.

Zur ersten Frage ist auszuführen, dass vor der ZVN 2002 sowohl in der Judikatur als auch in der Lehre unterschiedliche Auffassungen darüber

²⁷³ Böhm, *Bewegliches System* 1986, 240; Fucik in *Rechberger*, *Kommentar*³ 2006, 947.

²⁷⁴ Schragel in *Fasching/Konecny*, *Kommentar Zivilprozeßgesetze*² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 9; Schuhmacher, *Anleitungspflichten* 2000, 30 ff.

bestanden haben, ob bereits das Beweisergebnis als solches – ohne zusätzliches Vorbringen, somit ganz im Sinne Franz Kleins²⁷⁵ – im Urteil zu berücksichtigen sei.²⁷⁶ Diese Frage geht jedoch Hand in Hand mit jener des Erfordernisses einer Anleitungspflicht. Nachdem, wie weiter unten ausgeführt werden wird, eine Anleitungspflicht zur Erstattung von Vorbringen zu überschießenden Beweisergebnissen bejaht wird, ist die Ergänzung des Vorbringens in dieser Situation Voraussetzung für deren Beachtung im Urteil.

Bei Hervorkommen von Beweisergebnissen, denen ein Mangel an Tatsachenvorbringen gegenübersteht, ist daher das Vorbringen zu ergänzen, und die Partei kann unstrittig aus eigener Initiative diese entsprechende Ergänzung des Vorbringens durchführen. Unterbleibt dies jedoch, weil die Partei diesen Umstand etwa übersieht, stellt sich sodann die Frage, ob auch dazu eine Anleitung durch das Gericht zu erfolgen hat. Auch die Lösung dieser Frage kann seit Einführung des § 182a ZPO eindeutig mit „ja“ beantwortet werden. Aufgrund der rigorosen Pflicht zur Erörterung der Sach- und Rechtslage ist auch, wie oben beschrieben, die Beweissituation mit den Parteien zu erörtern. Für eine Ausnahme dahingehend, dass vorliegende Beweise, deren Entscheidungsrelevanz die Partei zB nicht erkannte, mit dieser nicht zu erörtern wären, findet sich im Gesetz keine Grundlage. Sofern sich demnach entscheidungsrelevante Umstände aus der Beweiserhebung ergeben, muss eine Erörterung des Erfordernisses der Ergänzung der Tatsachen durch das Gericht erfolgen. Nur der Vollständigkeit halber soll noch erwähnt werden, dass auch bereits vor der ZVN 2002 und der Einführung des § 182a ZPO eine Pflicht der Erörterung des Erfordernisses von ergänzendem Vorbringen bei überschießenden Beweisergebnissen aus der Wahrheitserforschungspflicht des § 182 ZPO abgeleitet wurde.

²⁷⁵ Kralik, Verwirklichung, in FB Klein 1988, 93.

²⁷⁶ Siehe dazu vor allem *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 30, FN 101-104; *Salficky*, Überschießende Feststellungen, ÖJZ 2006, 787 ff.

Durch Beweisaufnahmen können jedoch auch Tatsachen hervorkommen, die eine neue Anspruchsgrundlage schaffen, die von der Partei bisher noch nicht bedacht oder gar vorgebracht wurde. Schwieriger zu lösen ist dabei die Frage, ob auch hier eine Anleitung zu ergänzendem Vorbringen erfolgen soll. Dabei besteht auch die Gefahr einer größeren Nähe zur Befangenheit, macht sich der Richter dabei ja nahezu zum Interessenvertreter der aus dem Beweisergebnis begünstigten Partei. *Schrage*²⁷⁷ ist dabei der Ansicht, dass eine Anleitung zu einem bisher nicht vorgebrachten Rechtsgrund nicht durch die §§ 182, 182a ZPO gedeckt ist. Dieser Meinung kann ich mich nicht anschließen, da mE dieselben Argumente zum Tragen kommen, welche ich zu den materiellrechtlichen Einreden ausgeführt habe. Zusätzlich lässt diese Ansicht auf die Zugrundelegung eines zu eng gefassten Begriffes des Streitgegenstandes schließen. Sowohl die herrschende Auffassung des rein prozessualen Streitgegenstandsbegriffs als auch die zweigliedrige Streitgegenstandstheorie sehen die Angabe des Rechtsgrundes des Klagebegehrens als nicht durch die ZPO gefordert an. Auch eine Befangenheit bzw Parteilichkeit lässt sich mE nicht begründen, könnte doch dieselbe ebenso darin gesehen werden, dass ein wesentlicher Rechtsgrund – der zum Obsiegen einer der Prozessparteien führen kann – durch das Gericht nicht erörtert, sondern stillschweigend übergangen wird.

Ich bin daher auch hier der Ansicht, dass eine Erörterung jener Anspruchs- oder Einwendungsgründe, deren Grundlage sich hinreichend aus der Beweiserhebung ergibt, im Sinne der ZPO und der materiellen Wahrheitsfindung durchzuführen ist. Diese Sichtweise würde letztlich auch im Einklang mit dem Postulat *Schuhmachers* stehen, nämlich „*einem ‚Sieg der materiellen Wahrheit‘ über das formalistische Prinzip der Bindung der Gerichte an die Parteibehauptung*“.²⁷⁸ Hier darf auch ein letztes Mal der

²⁷⁷ *Schrage* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 9; Zum Begriff des Streitgegenstandes siehe *Rechberger* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz. 384 ff.

²⁷⁸ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 31.

fünfte Anwendungsfall des § 182 Abs 1 ZPO bemüht werden, nach dem der Richter dafür zu sorgen hat, dass *„überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes [...] notwendig erscheinen“*. Die Tatbestandsrelevanz wird wohl unzweifelhaft gegeben sein, sodass mAn nicht erklärbar ist, warum ein Entfall der Erörterung gerade solcher Umstände, die eine wesentliche Grundlage für eine wahrheitsgemäße Feststellung des Sachverhaltes iSd Streitgegenstands darstellen können, im Sinne des § 182 Abs 1 ZPO gerechtfertigt sein soll.

Dies wäre mAn auch im Lichte der OGH-Judikatur durchaus geboten. So gelangt der OGH zwar zu der Erkenntnis²⁷⁹, dass die Partei im Rahmen der Prozessleitungspflicht nicht *„auf Rechtsgründe, die sich nicht einmal andeutungsweise aus den vorgetragenen und allenfalls zu ergänzenden oder zu präzisierenden Tatsachen ergeben“*, hinzuweisen wäre. E contra-rio darf aber daraus geschlossen werden, dass für den Fall des Vorliegens *„andeutungsweise vorgetragener Tatsachen“* auch in Richtung neu hervorkommender Rechtsgründe anzuleiten ist. In dieser Entscheidung stellt der OGH auch nochmals klar, dass jedenfalls seit der ZVN 2002 die Partei bei einem verfehlten Klagebegehren, das offenkundig dem verfolgten Rechtsschutzziel widerspricht, diese darauf aufmerksam zu machen ist. Letztlich wird eine diesbezügliche Anpassung sogar dann als Anleitungsfall gesehen, wenn als Ergebnis eine Klagsänderung erforderlich ist (dazu unten Kapitel 1.2.2.3.). Wenn demnach einerseits andeutungsweise vorgetragene Tatsachen Rückschlüsse auf einen Rechtsgrund ergeben und sodann zu dessen Ausführung angeleitet werden soll und andererseits sogar eine Klagsänderung über richterliche Anleitung noch als im Rahmen der §§ 182, 182a ZPO gesehen wird, scheint aus meiner Sicht eine Erörterung allenfalls neu hervorkommender Rechtsgründe im Zuge der Be-

²⁷⁹ OGH 10Ob 46/11d; OGH 7Ob 83/05i, JBI 2006, 187.

weisaufnahme – aus obigen Überlegungen – geboten, und auch im Sinne der Judikatur durchführbar.²⁸⁰

Die von der Judikatur dabei aufgezeigten Grenzen²⁸¹, dass nämlich ein Vorbringen (generell, nicht nur auf den hier erörterten Sonderfall der überschießenden Beweisergebnisse bezogen) dann nicht durch das Gericht erörtert werden muss, wenn die Schwächen bereits durch den Gegner aufgezeigt wurden, ließe sich ebenso mit meiner Ansicht vereinbaren. Ich möchte mich daher der Sichtweise des OGH anschließen und dazu ausführen, dass die Anleitungspflicht natürlich irgendwo ihre Grenze finden muss.²⁸² Wenn daher das Vorbringen durch die Gegenseite bereits aufgegriffen und deren Schwächen aufgezeigt wurden, scheint dies mE durchaus geeignet, die Aufmerksamkeit der Partei (welche das mangelhafte Vorbringen nicht ergänzt hat) auf diese Schwäche zu lenken. Die Partei (bzw deren Vertreter) müsste daher schon eine beispiellose Ignoranz an den Tag legen, wenn dieses Vorbringen der Gegenpartei nicht zur nochmaligen Überprüfung des Rechtsstandpunktes führte. Nichts anderes kann im Anwaltsprozess mE die Anleitungspflicht bewirken. Der Richter soll durch Erörtern, Befragen etc., den wahren Sachverhalt feststellen; in dieser Situation müsste er jedoch die Partei sozusagen an der Hand nehmen und ihr nahelegen, die Einwendungen doch zu widerlegen. Das ginge jedenfalls zu weit, denn der Effekt der Anleitung/Erörterung, nämlich im Sinne eines Aufmerksammachens bzw Schaffens eines Problembewusstseins zu einem bestimmten Punkt, wird mE dabei schon früher durch die Einwendungen der Gegenpartei ausreichend abgedeckt. Insofern ist es nur konsequent, wenn eine gesonderte Anleitung durch das Gericht abgelehnt wird.

²⁸⁰ So auch mAn OGH 7Ob 187/10s, wonach der Kläger im Zusammenhang mit Rechtsbehelfen der Gewährleistung nach Ansicht des OGH einerseits auf ein verfehltes Klagebegehren (hinsichtlich des Rechtsschutzbegehrens) hinzuweisen ist, dasselbe aber auch für das „zur Stützung des Klagebegehrens erstattete Vorbringen gelten“ muss.

²⁸¹ Etwa OGH 3Ob 207/10b; OGH 10Ob 46/11d; OGH 10Ob 46/11d, ecolex 2012 40.

²⁸² Böhm, *Bewegliches System* 1986, 226: „Gegen den erklärten Willen der Parteien bzw ihrer Vertreter oder ungeachtet ihrer nachlässigen (dh zumutbare Diligenzpflichten verletzenden) Prozessführung ist ihr [die Parteien, Anm. d. Verf.] materielles Recht eben nicht zu schützen“.

Bei dem hier zu besprechenden Thema könnte die mE ähnliche Situation auftreten, wenn der Gegner die Grundlage für neue Rechtsgründe im Beweisverfahren erkennt und aus advokatorischer Vorsicht ergänzendes Vorbringen zur Bekämpfung dieses Rechtsgrundes erstattet. Jedenfalls hier sollte die Anleitungspflicht ihre Grenze finden, da eine ausreichende „Präsenz“ des alternativen Rechtsgrundes im Prozess mAn durch das Vorbringen des Gegners gegeben ist. Die Tatsachen liegen durch das Vorbringen des Gegners vor, sie wurden für alle Beteiligten erkennbar im Prozess dargelegt und bilden somit eine beiden Prozessparteien zugängliche Information. Sofern selbst in dieser Situation die Gefahr durch eine Partei nicht erkannt wird, würde wohl auch eine Anleitungspflicht im bisher beschriebenen Umfang die Schaffung eines erforderlichen Problembewusstseins nicht mehr leisten. Schließlich wird man eine derartige Vorgehensweise auch den „Diligenzplichten“ (siehe FN 282) des Parteienvertreters zuordnen und eine Anleitung daher wohl ablehnen müssen.

Zusammenfassend wäre daher mE eine Anleitung im Sinne einer Erörterung bei Hervorkommen weiterer Rechtsgründe im Zuge des Beweisverfahrens so weit von den §§ 182, 182a ZPO erfasst, als keine anderen Umstände – wie insbesondere entsprechend eindeutiges Vorbringen der Gegenseite – diese als obsolet erscheinen lassen.

1.2.2.3. Klagsänderung und Anleitungspflicht

Die Klagsänderung betrifft Änderungen des Klagegrundes und/oder des Klagebegehrens.²⁸³ Lange Zeit gab es sowohl in der Judikatur als auch in der Lehre unterschiedliche Auffassungen dazu, ob die Anleitungspflicht auch eine solche zur Änderung der Klage einschließt.²⁸⁴ So hat der OGH

²⁸³ Klicka in *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ 2007, Rz. 208 ff; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 1222 ff.

²⁸⁴ Siehe dazu *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 44 ff mwN.

etwa in seiner Entscheidung 1Ob 21/02y²⁸⁵ noch ausgeführt, dass vom Berufungsgericht ein zu weites Verständnis der materiellen Prozessleitungspflicht unterstellt worden sei, da der Partei im fortgesetzten Verfahren (im Sinne einer Anleitung) „*die Möglichkeit eröffnet werden*“ sollte, neue Klagsgründe vorzubringen und damit eine Klageänderung herbeizuführen. In der Entscheidung OGH 7Ob 83/05i²⁸⁶ hielt indes der erkennende Senat (*Schrager*²⁸⁷ folgend) bereits fest, dass infolge der ZVN 2002 und Einführung des § 182a ZPO nunmehr auch auf ein „*verfehltes Klagebegehren [...] aufmerksam zu machen [...] ist*“ und insofern eine Umstellung des Klagebegehrens auch bei Vorliegen einer Klagsänderung zuzulassen ist. Wesentliche Voraussetzung dabei sei nach Ansicht des Höchstgerichtes und *Schrager*s (aaO) jedoch die Beibehaltung des durch die Partei verfolgten Rechtsschutzzieles. Das Rechtsschutzziel, als Begriff der (verfeinerten) zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie²⁸⁸ wird dabei von *Böhm*²⁸⁹ als „*meritorisches Rechtsschutzziel*“ definiert und es soll nach ihm darauf aufbauend letztlich auch der Streitgegenstand als „*potentieller Urteilsgegenstand*“ und „*hypothetischer Rechtskraftgegenstand*“ begriffen werden.

Auf dieser Grundlage wäre daher schon vor der ZVN 2002 eine Anleitung zu einer Klagsänderung zulässig gewesen²⁹⁰, da im Fokus des erkennbaren Rechtsschutzzieles und Urteilsbegehrens die von den „Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche“ iSd § 182 ZPO jedenfalls gegeben sind; insofern träfe das Gericht nach dieser Bestimmung eine Anleitungspflicht. Unter der Prämisse der Abhaltung eines raschen und billigen Prozesses, im Geiste Franz Kleins, wird in der Regel auch bei Beibehaltung des Rechtsschutzzieles keine unverhältnismäßige Verzögerung des Ver-

²⁸⁵ JBI 2003, 44.

²⁸⁶ JBI 2006, 186.

²⁸⁷ *Schrager* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 11; siehe auch *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 182a ZPO, E 4.

²⁸⁸ *Klicka* in *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ 2007, Rz. 89.

²⁸⁹ *Böhm*, Ausrichtung, in FS Kralik 1986, 111 f.

²⁹⁰ So auch *Böhm*, Bewegliches System 1986, 240; *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 48.

fahrens zu erwarten sein, zumal dadurch uU ein Folgeprozess verhindert werden kann.²⁹¹

Abschließend ist daher als Grundsatz festzuhalten, dass in Bezug auf ein verfehltes Klagebegehren, auch bei der Notwendigkeit einer Klagsänderung im Rahmen des Rechtsschutzzieles der Partei, eine Anleitungspflicht nach den §§ 182, 182a ZPO besteht, sofern sich zumindest rudimentär ein Hinweis auf den Rechtsgrund in der Klagserzählung findet.²⁹² Aufgrund der kürzlich ergangenen Judikatur sei auch jener Aspekt erwähnt, dass eine Klagsänderung, die eine Überschreitung der Zuständigkeit des Prozessgerichtes bewirkt, gegen den Widerspruch der beklagten Partei nicht zugelassen werden kann.²⁹³

1.2.3. Besonderheiten im bezirksgerichtlichen Parteienprozess

Eine weitergehende Anleitungs- und Belehrungspflicht sieht die ZPO im bezirksgerichtlichen Verfahren für die unvertretene und rechtsunkundige Partei vor und stellt damit den §§ 182, 182a ZPO ein – inhaltlich weitergehendes – Anleitungsäquivalent zur Seite (§§ 432, 435 ZPO).²⁹⁴

Dabei ist in **§ 432 ZPO** die „allgemeine Anleitungspflicht“ dahingehend geregelt, dass gemäß **Abs 1 leg cit** das Gericht *„erforderlichenfalls die zur Vornahme ihrer [der Parteien, Anm. des Verf.] Prozesshandlungen nötige Anleitung zu geben und dieselben über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu belehren“* hat. Prozesshandlungen (der Partei) sind dabei *„Willensbetätigungen der Parteien zur Ges-*

²⁹¹ Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 11.

²⁹² Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 946.

²⁹³ OLG Wien 10 Ra 114/11z, Zak 2012/356, 178.

²⁹⁴ Böhm, Bewegliches System 1986, 240; Neumayr, Zivilprozessrecht² I 2004, 11.

*taltung des Prozesses.*²⁹⁵ Sofern demnach die Handlung der Partei den Prozess „gestalten“ kann, wäre diese von der Manuduktionspflicht erfasst. Alleine aus dieser Begriffserklärung erhellt, dass die Anleitungspflicht gegenüber der unvertretenen, rechtsunkundigen Partei weiter geht als jene im Anwaltsprozess nach den §§ 182, 182a ZPO.²⁹⁶

Eingangs sei erwähnt, dass die ZPO als Voraussetzung für die Anwendung der zitierten Bestimmung normiert, dass die Partei unvertreten **und** rechtsunkundig sein muss. Im Umkehrschluss müsste man hier zu dem Ergebnis kommen, dass jede rechtskundige Partei (welche unvertreten bei Gericht erscheint) – mangels genauerer Definition im Gesetz – sodann keiner Manuduktion bedarf. Der Begriff „**rechtskundig**“ wird im Gesetz jedoch nicht definiert. Die extremen Positionen dieses Begriffes sind naturgemäß schnell gefunden, so werden Angehörige der Rechtsberufe (Rechtsanwalt, Notar, Richter, etc.) wohl eindeutig als rechtskundig im Sinne des Gesetzes erkannt werden, zumal diese nach § 28 ZPO auch bei Anwaltszwang keiner Vertretung durch einen Rechtsanwalt bedürfen. Nun ist diese Aufzählung in § 28 ZPO jedoch einerseits nicht abschließend und findet sich in den §§ 432 ff ZPO auch keinerlei Verweis auf diese Norm. Fraglich könnte aufgrund der unklaren, gesetzlichen Regelung daher bspw die Anwendung der erweiterten Manuduktion iSd §§ 432 ff ZPO bei Universitätsprofessoren der rechtswissenschaftlichen Fakultät - um nur ein plakatives Beispiel zu nennen - sein (im Ergebnis wäre mE die erweiterte Manuduktion wohl zu verneinen, da Universitätsprofessoren zum Richteramt befähigt sind). Ebenso lässt sich der Gegenpol des Rechtsunkundigen in praxi wohl leicht feststellen, sofern es sich um Personen handelt, die keinerlei Kontakt zu den Rechtswissenschaften haben. Schwieriger wird die Beurteilung mE jedoch bei Personen, die bspw das rechtswissenschaftliche Studium vorzeitig abgebrochen haben, mitten im Studium stehen oder das (vor langer Zeit) abgeschlossenen Studium im

²⁹⁵ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 747.

²⁹⁶ Fasching, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 79; Neumayr, Zivilprozessrecht² II 2004, 47.

Berufsleben nicht einsetzen. So mag es noch viele Beispiele geben, die eine eindeutige Entscheidung nicht zulassen. Meines Erachtens wäre es ebenso nicht dem Zwecke der Bestimmung entsprechend, wenn ein (akademischer) Experte auf einem Rechtsgebiet, welches keinerlei Bezug zu den relevanten formellen und materiellen Rechtsgebieten des Verfahrens aufweist (etwa dem AtomHG), keine Manuduktion im Verfahrensrecht genießen sollte, da er als rechtskundig angesehen wird.²⁹⁷ Das Gericht wird mAn daher als ersten Schritt – abseits der oben genannten unstrittigen Fälle – festzustellen haben, inwiefern die unvertretene Partei über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt, und zwar unabhängig davon, ob ein rechtswissenschaftliches Studium abgeschlossen wurde oder nicht.²⁹⁸ Die ZPO sieht jedoch keine diesbezüglichen Verfahrensbestimmungen für eine Feststellung der „Rechtskunde“ vor. Nach meinem Dafürhalten ist daher im Zweifel vordergründig durch Befragung darauf abzustellen, inwiefern von der Partei aufgrund des vorhandenen „Rechtswissens“ eine eigenständige Vornahme von Prozesshandlungen und Abschätzung der Folgen zu erwarten ist. *Fasching*²⁹⁹ erkennt dabei jedenfalls jenen Personenkreis als erfasst, welcher berufsbedingt auf dem „*streitigen Rechtsgebiet*“ die erforderlichen Kenntnisse zu besitzen hat (Vertreter und Organe von Körperschaften des öffentlichen Rechts oder von Behörden, etc). Sofern sich im Zuge der Befragung ergibt, dass eine – für den konkreten Prozess erforderliche – Rechtskunde fehlt, ist die Anleitungs- und Belehrungspflicht gemäß den §§ 432, 435 ZPO anzuwenden. Dies sollte mE auch dann gelten, wenn es sich bspw um einen Behördenvertreter handelt, da in diesem Fall – im Gegensatz zu den Vertretern nach § 28 ZPO – die generelle Kenntnis aller relevanten Bestimmungen (insbesondere der ZPO) nicht unterstellt werden kann. Die Eigenschaft als Behördenvertreter oder Vertreter einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ergibt, aufgrund der mitunter notwendigen Spezialisierung in einzelnen Bereichen, keinen

²⁹⁷ Auch auf den Zweck abstellend *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 8.

²⁹⁸ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 8.

²⁹⁹ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 1611.

ausreichenden Nachweis der erforderlichen Rechtskenntnis (nur beispielsweise sei der überwiegend oder ausschließlich mit Verwaltungsangelegenheiten befasste Vertreter genannt).

Sollte das Gericht im Gespräch mit der unvertretenen Partei den Eindruck gewinnen, dass die Partei durch ihre Rechtskenntnis zur Vornahme der nötigen Prozesshandlungen fähig ist und sich der Folgen ihrer Handlungen und Unterlassungen bewusst ist, würde zwar eine Anwendung der weiterführenden Manuduktion entfallen können; subsidiär³⁰⁰ wäre jedoch weiterhin eine Anleitung nach den §§ 182, 182a ZPO geboten. Bei der Beurteilung der Rechtskunde ist jeweils auf die Partei abzustellen, denn die Entsendung eines allfällig rechtsunkundigen Vertreters soll die an sich rechtskundige Partei nicht in den Genuss der erweiterten Anleitungspflichten gemäß § 432 ZPO kommen lassen.³⁰¹ Sofern die Partei trotz Ladung nicht erscheint, scheidet eine Manuduktion naturgemäß gänzlich aus.³⁰²

Die falsche Annahme des Rechtswissens einer Partei könnte man sodann nur im Rahmen eines Verfahrensmangels geltend gemacht werden, dann nämlich, wenn trotz Rechtsunkennntnis die gesetzlich vorgeschriebene Manuduktion unterblieben ist und dadurch die „*erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache*“³⁰³ behindert wurde. Das Fehlen der (durch das Erstgericht angenommenen) Rechtskenntnisse müsste dann wohl als Vorfrage im Rechtsmittelverfahren behandelt bzw. sodann vom Erstgericht neuerlich festgestellt werden. Eine gesonderte Bestimmung der Beschlussfassung über die Eignung bzw. das Rechtswissen, ähnlich jener in § 40 Abs 2 Z 4 ASGG, fehlt in der ZPO.³⁰⁴ Die Feststellung der

³⁰⁰ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 68.

³⁰¹ Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 9.

³⁰² Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 15.

³⁰³ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 1611.

³⁰⁴ Kuderna, Kommentar 1996, 237 ff.

unterbliebenen Manuduktion ließe sich aufgrund des Erfordernisses der Protokollierung einer erteilten Belehrung leicht feststellen.³⁰⁵

Gelangt das Gericht zu der Erkenntnis, dass die Partei (unvertreten und) rechtsunkundig ist, so hat es diese iSd §§ 432 und 435 ZPO anzuleiten. Entgegen der Anleitungspflicht der §§ 182, 182a ZPO wird diese Anleitung nach den *verba legalia* vorwiegend in einer „*Belehrung*“³⁰⁶ bestehen³⁰⁷ und ebenso im Gegensatz zur allgemeinen Anleitungspflicht unstrittig auch Fragen des materiellen Rechts umfassen.³⁰⁸ Keinesfalls ist das Gericht jedoch dazu verhalten, die Partei hinsichtlich allenfalls zu beantragender konkreter Beweise zu belehren.³⁰⁹ Dabei ist es Aufgabe des Richters, die Partei über ihre Rechte und Pflichten im Prozess zu belehren und sodann die Stoffsammlung nahezu „*inquisitorisch*“³¹⁰ durchzuführen. Insbesondere wird die Partei daher bei prozessualen Anträgen, Einreden (insb. Unzuständigkeitseinrede gem. § 104 Abs 3 JN³¹¹), Behauptungs- und Beweislasten³¹², Unterlassungsfolgen von Kostenvorschüssen, Heilungsmöglichkeiten bei Unzuständigkeit, Präklusionsfolgen, Rechtsmittelfristen und erforderlicher Anwaltpflicht im Rechtsmittelverfahren (§ 432 Abs 2 ZPO) anzuleiten sein. Die Anleitung im Sinne einer Belehrung hat dabei jedoch nur über die grundsätzliche Möglichkeit und deren prozessuale Ausgestaltung³¹³ zu informieren, keinesfalls hat der Richter dabei eine konkrete Maßnahme zu empfehlen oder darf sich gar dazu hinreißen lassen, die Prozesshandlung auszuformulieren bzw. etwa auf konkrete Be-

³⁰⁵ *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 1463; *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 35.

³⁰⁶ Im Gegensatz zur weniger unterstützenden Erörterung, Befragung, etc. im Anwaltsprozess siehe oben.

³⁰⁷ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 4.

³⁰⁸ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 11; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 1963, 353.

³⁰⁹ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 14; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 432 ZPO, E 8, E 9.

³¹⁰ *Buchegger*, Prozeßleitungspflicht, JBl 1990, 805; *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 5.

³¹¹ *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 19.

³¹² OLG Wien 32 R 187/83, JBl 1985, 437.

³¹³ *Fasching*, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 105.

weise hinzuweisen.³¹⁴ Wie auch bei der Anleitung im Anwaltsprozess ist nämlich nach Belehrung durch das Gericht die Initiative der Partei gefragt. Ein allzu nachhaltiges Insistieren des Richters bei Untätigkeit der Partei trotz Belehrung könnte das Gericht auch in das Fahrwasser der Befangenheit gelangen lassen. Insofern ist das Entscheidungsorgan gut beraten, es bei einer einmaligen, ausreichenden Belehrung zu belassen.³¹⁵

Zusammengefasst hat die Belehrung daher grundsätzlich abstrakt zu erfolgen. Dabei ist jedoch zu unterscheiden: Betreffend prozessualer Anträge, materieller Einreden, Sachanträge uä. soll die Partei naturgemäß auf den konkreten Rechtsbehelf hingewiesen werden. Die Abstraktheit zeigt sich sodann etwa bei den Beweisanträgen. Der Partei darf dabei durch das Gericht nicht konkret ein Beweismittel „empfohlen“ werden.³¹⁶ Der Richter hat dabei eben abstrakt darzulegen, welche Beweismittel für die entsprechende Tatsachenbehauptung im Rahmen der ZPO angeboten werden können. Wie auch im Anwaltsprozess gilt im Rahmen des § 432 ZPO, dass dem Gericht dabei keinesfalls eine Pflicht zur Darlegung der in Aussicht genommenen Beweiswürdigung auferlegt wird.³¹⁷

Auch bei der unvertretenen, rechtsunkundigen Partei ist die Manuduktionspflicht durch den geltend gemachten Anspruch beschränkt. Dieser Anspruchsbegriff wird unter dem Regime des § 432 ZPO jedoch im weitestmöglichen Sinn auszulegen sein, sodass jeder, aus dem Vorbringen ableitbare Anspruch im Wege der Anleitung aufzugreifen sein wird.³¹⁸ Das Gericht hat daher bei der Partei die Grundkenntnisse für ein adäquates Prozessverhalten und deren Folgen zu schaffen, die Umsetzung muss

³¹⁴ Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 13; Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 1611; Stohanzl, ZPO¹⁴, E 7 zu § 432 ZPO 1990. So auch im Verwaltungsverfahren: siehe VwGH 2011/05/0136, wbl 2012, 120.

³¹⁵ Es ist nicht Aufgabe des Richters, sich zum Rechtsbeistand der Partei zu erheben, OGH 2 Ob 387/53, JBl 1953, 572; OGH 2 Ob 10/50, JBl 1950/318.

³¹⁶ Stohanzl, ZPO¹⁴, E 7 zu § 432 ZPO 1990; Klauser/Kodek, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 432 ZPO, E 9.

³¹⁷ Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 19 ff.

³¹⁸ Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 12.

weiterhin der Partei obliegen.³¹⁹ Hier zeigt sich besonders deutlich die Nähe zur Befangenheit, muss der Richter hier doch einerseits die rechtsunkundige Partei zur Vornahme von Prozesshandlungen anleiten, ohne sich dabei andererseits zu ihrem Rechtsfreund zu machen.³²⁰ Die Grenze wird jedenfalls dort zu ziehen sein, wo die Partei die Erteilung eines für ihre Prozesschancen günstigen Rates erwartet oder einfordert.³²¹

Der Bereich, in dem eine Befangenheit (noch) nicht anzunehmen ist, die gesetzlich vorgeschriebene Manuduktion jedoch „übererfüllt“ wird, existiert – wie schon bei den §§ 182, 182a ZPO erwähnt – sicherlich auch im Rahmen der §§ 432, 435 ZPO und führt mE zu einer gewissen Diskontinuität in der Rechtsprechung (da auch, abseits der Befangenheit, nicht in einer anderen Form sanktionsbewehrt).

§ 432 Abs 2 ZPO normiert einen Sonderfall der Belehrungspflicht, nämlich jenen der Rechtsmittelbelehrung.³²² Dieser Anleitungsfall steht selbstverständlich ebenso unter den Voraussetzungen des Abs 1 leg cit (unvertreten, rechtsunkundig), und es ist diesbezüglich bei **mündlich** verkündeten Urteilen und Beschlüssen die Partei über das entsprechende Rechtsmittel, etwaige Formvorschriften, die Rechtsmittelfrist, eine allfällige Anwalts-pflicht³²³ und nach hA auch über die Möglichkeit der Verfahrenshilfe zu belehren.³²⁴

§ 432 Abs 3 ZPO normiert eine Sondervorschrift für tatsächlich (nicht rechtlich) Postulationsunfähige. Sofern demnach ein Schriftsatz nicht ver-

³¹⁹ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 64; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 1611; *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 1463.

³²⁰ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 16; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 1611; *Stohanzl*, ZPO¹⁴, E 13 zu § 432 ZPO 1990; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 432 ZPO, E 15; *Fucik* in *Fucik/Klauser/Kloiber*, Zivilprozessrecht¹¹ 2011, 433.

³²¹ *Stohanzl*, ZPO¹⁴, E 8 zu § 432 ZPO 1990; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 432 ZPO, E 10.

³²² *Fasching*, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 76.

³²³ Hinsichtlich schriftlicher Ausfertigungen siehe § 447 ZPO.

³²⁴ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 38; *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz. 944.

ständig verfasst wurde, hat das Gericht der Partei den Auftrag zur Bestellung eines Bevollmächtigten zu erteilen. Dieser hat sodann innerhalb der gesetzten Frist neuerlich einen verbesserten Schriftsatz einzubringen. Bloße Sprachbarrieren fallen nicht unter diese Bestimmung.³²⁵

§ 435 ZPO regelt schließlich, als Sonderfall der Anleitungspflicht nach § 432 ZPO, die Anleitung im Zusammenhang mit der schriftlichen (Abs. 1 leg cit) und protokollarischen (Abs. 2 leg cit) Klage. Der relevante Personenkreis ist in dieser Bestimmung weiter gefasst, da nur unvertretene Personen im Gesetz genannt werden. *Kodek*³²⁶ spricht sich dabei für eine teleologische Reduktion dahingehend aus, dass auch hier das Erfordernis der rechtsunkundigen Partei „mitzulesen“ ist. Aufgrund der Systematik der Normen und der zuvor vertretenen Ansicht, dass § 435 ZPO als besondere Erscheinungsform des § 432 ZPO zu verstehen ist,³²⁷ hat diese Ansicht durchaus etwas für sich. Andererseits wird durch die Klage, wie durch keinen anderen Sachantrag, die Prozessgrundlage, nämlich der Verfahrensgegenstand und das Rechtsschutzbedürfnis bestimmt.³²⁸ Die besondere Hervorhebung als eigene, spezielle Bestimmung (über die Anleitung nach § 432 ZPO hinaus) zeigt zudem, dass es auch dem Gesetzgeber ein besonderes Anliegen war, die Erhebung/Überreichung der Klage gesondert der richterlichen Anleitung zu unterwerfen. Aufgrund dieser essentiellen Bedeutung der Klage für den Zivilprozess, als quasi „erstes Drehbuch“ für den Prozess³²⁹, könnte man mE dem Gesetzgeber im Sinne des ökonomisch geführten Prozesses auch unterstellen, dass absichtlich der Kreis erweitert wurde und daher auch die rechtskundige Partei in den Genuss der Anleitungspflicht nach § 435 ZPO gelangen soll. Ich

³²⁵ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 40 ff; *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 1465.

³²⁶ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 435 ZPO, Rz 5.

³²⁷ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 435 ZPO, Rz 1; *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 66.

³²⁸ *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz. 520; zum Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses siehe *Rechberger* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz 26 ff. und *Böhm*, Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, JBl 1974, 1.

³²⁹ Man denke nur an ein Versäumnisurteil, bei dem die Klage mehr oder weniger das einzige Tatsachensubstrat darstellt.

neige daher zu der Ansicht, dass tatsächlich allein das Fehlen eines Rechtsvertreters, unabhängig vom Rechtswissen der Partei, das Gericht zur Anleitung nach § 435 Abs 1 ZPO verpflichtet.

Sofern die schriftlich überreichte Klage einer *Ergänzung* oder *Aufklärung* bedarf, oder sich gegen die Einleitung des Verfahrens *Bedenken* ergeben, hat der Richter gemäß **§ 435 Abs 1 ZPO** vor Erledigung der Klage zur Vervollständigung oder Richtigstellung anzuleiten. Insofern hat das Gericht, entsprechend der Anleitungspflicht nach § 432 iVm § 435 ZPO, die Prozessvoraussetzungen, das Prozessvorbringen und die Prozessanträge mit der Partei zu erörtern und allenfalls zu deren Vervollständigung bzw Richtigstellung anzuleiten. Auch dabei ist zu beachten, dass die richterliche Manuduktion im Rahmen des geltend gemachten Anspruches zu erfolgen hat, wobei auch hier der Anspruch in einem weiten Sinn, in Orientierung am begehrten Rechtsschutzziel, zu verstehen sein wird. Dadurch wird gleichzeitig – wie bereits bei der Anleitung nach den §§ 182, 182a ZPO ausgeführt (siehe dazu Kapitel 1.2.2.3.) – auch die Grenze für eine mögliche Anleitung zur Klagsänderung abgesteckt.³³⁰

§ 435 Abs 2 ZPO behandelt die Protokollarklage. Dabei ist einerseits auf die Ausführungen zu Abs. 1 leg cit zu verweisen, da die Punkte „Bedenken gegen Prozessvoraussetzungen“, „Ergänzung“ und „Richtigstellung“ auch für die Protokollarklage, trotz Nichterwähnung im Gesetz, ebenso Geltung besitzen. Zusätzlich führt die Bestimmung *expressis verbis* die Verpflichtung an, über die Unzulässigkeit des Rechtsweges, Unzuständigkeit, mangelnde persönliche Befugnis zur Klage und mangelnde Prozessfähigkeit des Beklagten (auf Verlangen auch schriftlich) zu belehren. Zusätzlich trägt das Gesetz dem Gericht auf, für den Fall der Unbegründetheit der Klage ebenso eine (mündliche) Belehrung zu erteilen. Nach hL

³³⁰ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 66 f; *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 435 ZPO, Rz 6; *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 1467.

umfasst die Manuduktion bei der Protokollarklage auch eine Belehrung über das materielle Recht.³³¹

1.2.4. Anleitungspflicht im Senat

In § 182 Abs 3 ZPO wird gesondert ein Fragerecht der Senatsmitglieder „zur Ermittlung des Streitverhältnisses und zur Feststellung des Tatbestandes“ normiert. Die Formulierung des Gesetzgebers könnte dazu verführen, die Anleitungspflichtung der Senatsmitglieder neben dem Vorsitzenden als eingeschränkt zu betrachten, da „nur“ ein Fragerecht eingeräumt wird.

Bereits ein Blick auf die §§ 9 ff JN lässt indes erkennen, dass die Senatsmitglieder grundsätzlich gleichgestellt sind, da dort keinerlei Stimmgewichtung bei der Abstimmung vorgenommen wird. Der Senat hat daher als Kollegialorgan die Verantwortung für die Entscheidung. Daraus muss sich jedoch als logische Konsequenz ergeben, dass den gesamten Senat die Pflichten der §§ 182, 182a ZPO treffen. Schließlich knüpfen sich an die Verletzung jener Pflichten auch Rechtsfolgen (Verfahrensmangel, Feststellungsmangel), die wohl nur dem gesamten entscheidenden Organ vorgeworfen werden können. Ebenso hat die Übertragung der Entscheidungsbefugnis an einen Senat jeweils die Wichtigkeit der zu entscheidenden Sache zur Grundlage. Wenn demnach, etwa in Abhängigkeit vom Streitwert, ein Senat zur Entscheidung berufen ist, hat dies die Überlegung zum Hintergrund, dass die Bewältigung der Angelegenheit durch mehrere Richter besser gewährleistet ist und etwa durch Beteiligung von Laienrichtern auch andere, durchaus streiterhebliche, Aspekte Berücksichtigung in der Entscheidung finden.

³³¹ Kodek in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 435 ZPO, Rz 8.

Sollen jedoch diese von Senatsmitgliedern als wesentlich erachteten Punkte letztlich auch aufgegriffen werden, um sodann in der Entscheidung berücksichtigt werden zu können, muss auch den Senatsmitgliedern einerseits die Möglichkeit zur Anleitung/Befragung offen stehen, ihnen aber auch eine diesbezügliche Verpflichtung auferlegt werden.³³²

Das Fragerecht nach § 182 Abs 3 ZPO ist mE daher eine stichwortartige Wiederholung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der „Fragestellung“ des § 182 Abs 1 ZPO. Demnach möchte mAn Abs. 3 leg. cit. lediglich klarstellen, dass aufgrund der den gesamten Senat treffenden Anleitungspflicht nach Abs 1 leg cit diesem auch die Werkzeuge der letztgenannten Bestimmung (insb. die Befragung) zur Verfügung stehen sollen. Die Rechte und Pflichten des Vorsitzenden sind daher mit jenen der Senatsmitglieder identisch und können durch den Vorsitzenden auch nicht beschränkt werden.³³³

1.2.5. Anleitungspflicht nach § 39 ASGG im Zusammenhang mit § 40 ASGG

Als weitere, und im österreichischen Prozessrecht letzte, Steigerungsform der Anleitungspflicht sieht das ASGG für das Verfahren in Arbeits- und Sozialrechtssachen in § 39 Abs 2 Z 1 ASGG eine über den Umfang der §§ 432, 435 ZPO noch hinausgehende Manuduktionspflicht vor.³³⁴

So wird eingangs in der oben genannten Bestimmung auf die Anleitung- und Belehrungspflichten der §§ 432, 435 ZPO verwiesen. Sodann wird je-

³³² Nach meinem Verständnis noch von der Gegenmeinung ausgehend, dass im Senat allein dem Vorsitzenden die materielle Prozessleitung obliegt: *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 1963, 231.

³³³ *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 21.

³³⁴ *Neumayr*, Zivilprozessrecht² II 2004, 127.

doch zusätzlich eine Erweiterung jener Pflichten dahin vorgenommen, dass über alle „*bei derartigen Arbeits- und Sozialrechtssachen **in Betracht kommenden** besonderen Vorbringen und Beweisanbietungen zu belehren [Hervorhebung durch den Verf.]*“ ist.³³⁵ Fraglich ist mE die Auslegung, der Wendung „in Betracht kommen“. Sofern Vorbringen und Beweisanbietungen durch Elemente des Parteienvortrages (rudimentäre Hinweise auf Anspruchsgrundlagen etc., siehe oben) in Betracht kommen, wäre jedenfalls eine abstrakte Belehrung bereits nach den §§ 182, 182a, 432 und 435 ZPO erforderlich.³³⁶ Insofern würde der gesonderten Erwähnung im ASGG keine besondere Bedeutung zukommen und wäre sie schwerlich als eine Erweiterung der Manuduktion nach der ZPO darstellbar. Sofern die Phrase jedoch auch jene Vorbringen und Beweise erfassen soll, die etwa „üblicherweise“ mit der Verfolgung eines derartigen Rechtsschutzzieles im Zusammenhang stehen, ein entsprechendes Vorbringen jedoch nicht einmal rudimentär vorhanden ist, nur dann kann der Bestimmung eine Erweiterung der Manuduktion unterstellt werden.

Zusätzlich normiert § 39 Abs 2 Z 1 ASGG, dass die Partei sodann zur „*Vornahme der sich **anbietenden** derartigen Prozeßhandlungen [sic] anzuleiten [Hervorhebung durch den Verf.]*“ ist.³³⁷ Auch bei dieser Formulierung lässt sich mAn kein eindeutiges Ergebnis einer Wortinterpretation³³⁸ ermitteln, kann sich eine Prozesshandlung grundsätzlich auch aufgrund des (bspw mangelhaften) Vorbringens anbieten. Sofern dies der Fall sein sollte und sich im Parteienvorbringen Anhaltspunkte etwa für eine Anspruchsgrundlage ergeben, würde sich daraus ein entsprechendes, vollständigeres Vorbringen mE rein semantisch ebenso „anbieten“. Entgegen der Ansicht *Schuhmachers*³³⁹ bin ich daher der Meinung, dass allein aus der gewählten Formulierung des Gesetzgebers die erweiterte Manudukti-

³³⁵ *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 58.

³³⁶ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 70.

³³⁷ *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993, 58.

³³⁸ *Zippelius*, Methodenlehre¹⁰ 2006, 44 ff; *Fasching*, Auslegung, JBl 1990, 751 (dort „grammatikalische“ Methode genannt); *F.Bydlinski*, Methodenlehre 1982, 437 ff.

³³⁹ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 70.

on nicht eindeutig ableitbar ist. Zusätzlich werden in § 39 Abs 2 Z 1 ASGG die sich „*anbietenden, **derartigen** [Hervorhebung durch den Verf.]*“ Prozesshandlungen bezeichnet. Durch den Begriff „*derartigen*“ wird jedoch mAn Bezug auf die „*bei **derartigen Arbeits- und Sozialrechtssachen in Betracht kommenden besonderen Vorbringen und Beweisanbietungen** [Hervorhebung durch den Verf.]*“ iSd 1. Satzes der genannten Bestimmung genommen. Insofern ließe sich aus dem Gesetzestext eher eine ausschließliche Erweiterung der Manuduktion hinsichtlich jener Ansprüche und Beweisanbote herauslesen, die eine Besonderheit der Arbeits- und Sozialrechtssachen darstellen (etwa die Möglichkeit der Vertretung nach § 40 Abs 2 ASGG, kollektivrechtliche Normen³⁴⁰, etc.). Eine Grundlage für „***sämtliche** in ihrer [der Partei, Anm. des Verf.] Position in Betracht kommenden rechtsbegründenden bzw rechtsaufhebenden Bestimmungen* [Hervorhebung durch den Verf.]“³⁴¹ bietet der Gesetzestext mE nicht.

Diese, sich mE aus dem Wortsinn der Bestimmung ergebende, Sichtweise würde auch mit dem System der ZPO besser vereinbar sein, da prima vista auch keine Rechtfertigung dafür ersichtlich ist, warum die unvertretene, rechtsunkundige Partei im Zivilprozess einen geringeren Schutz (im Sinne einer schwächer ausgeprägten Manuduktion) genießen soll, als jene im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren.³⁴² Dafür bietet mE auch die Ansicht Kudernas³⁴³ keine Grundlage, dass „*besonders stark ausgeprägte*“ Unterschiede bei den Chancen auf Rechtsdurchsetzung (im Arbeits- und Sozialrecht) bestehen. Diese können (und werden) ebenso häufig im Zivilprozess vorliegen, finden dort jedoch keine Berücksichtigung in Form einer derart weitgehenden Anleitung. Vielmehr führt Kuderna selbst (aaO) weiter aus, dass diese Sonderregeln „*so weit als möglich auf ein Maß beschränkt bleiben [sollen, Erg. durch den Verf.], das für die Herbei-*

³⁴⁰ Kuderna, Kommentar 1996, 229.

³⁴¹ Kuderna, Kommentar 1996, 229.

³⁴² So auch Fasching, Gleichheitssatz, in FG Fasching 1993, 20; derselbe Auslegung, JbI 1990, 757, FN 59, nach dem aufgrund der Gefährdung der richterlichen Objektivität die Regelung verfassungskonform eng auszulegen ist.

³⁴³ Kuderna, Soziale Funktion, DRdA 1986, 183.

führung der gleichen Wirksamkeit des Rechtsschutzes notwendig ist“. Die Erklärung, warum eine derart weitgehende Anleitung im Anwendungsbe- reich des ASGG der einzige Weg sein und darüber hinaus dieser auch dem Erfordernis nach Beschränkung auf ein notwendiges Maß genügen soll, bleiben Kuderna, aber auch die ErlBem schuldig. Als letztes Argu- ment dazu sei noch der Hinweis erlaubt, dass die Bestimmungen des ASGG nicht differenzieren, wer unvertreten vor Gericht erscheint. Soll tat- sächlich das besondere Ungleichgewicht, welches sich aus dem Abhän- gigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers als Besonderheit der Arbeits- und Sozialrechtssachen ergeben kann, berücksichtigt werden, wäre der (un- vertreten erscheinende) Konzernvorstand gegenüber dem Arbeitnehmer mit Rechtsbeistand wohl eher nicht erweitert anzuleiten. Nach den zitier- ten Bestimmungen ergibt sich jedoch eindeutig die undifferenzierte Anlei- tungspflicht nach § 39 ASGG. In diesem Fall wäre die Chance auf Rechtsdurchsetzung für die unvertretene Partei jedoch nicht durch ein starkes Ungleichgewicht abseits des Prozesses geprägt und daher die Anwendung einer erweiterten Anleitung nicht gerechtfertigt bzw jene nach den §§ 432, 435 ZPO ebenso vertretbar wie in einem vergleichbaren Zivil- prozess. Das Argument der sozialen Komponente³⁴⁴ des Zivilprozesses und damit der Chancenwahrung auf Rechtsdurchsetzung bei Ungleichge- wicht bietet nach meinem Dafürhalten demnach grundsätzlich keine Grundlage für die Intensivierung der Manuduktion in Arbeits- und Sozial- rechtssachen. Abweichend von diesen grundsätzlichen Überlegungen zu beiden Verfahren, nämlich dem arbeits- und dem sozialgerichtlichen, ließe sich eine Rechtfertigung der erweiterten Manuduktion allenfalls beim Ver- fahren über Sozialrechtssachen finden. Dabei wird regelmäßig der sozial- rechtlich Unkundige dem rechtlich und gerichtlich versierten Sozialrechts- träger gegenüber stehen. Dadurch wäre die generelle Annahme einer Un- terlegenheit der unvertretenen Partei gerechtfertigt, die sodann der erwei- terten Manuduktion als Basis dienen kann.

³⁴⁴ Rechberger in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz 22.

Hinzu kommt, dass etwa nach *Fasching*³⁴⁵ im Rahmen der logisch-systematischen Auslegung³⁴⁶ die „*vergleichbaren Vorschriften der anderen ZivilverfahrensG heranzuziehen*“ sind, insofern gerade eben auch die ZPO nicht unbeachtet bleiben darf. Dieser Wertungswiderspruch zwischen ZPO und ASGG wird jedoch schlichtweg hingenommen. Eine Gesetzesauslegung, unter Beachtung einer Argumentation der Gerechtigkeit und daher im Hinblick auf ein gerechtes Ergebnis³⁴⁷, müsste daher – neben einer Wortinterpretation – ebenso zu dem Ergebnis gelangen, dass bei reiner Betrachtung des Gesetzestextes keine Grundlage für eine Erweiterung der Anleitungspflicht in der aktuell herrschenden Ausprägung gegeben ist. Dieses Ergebnis lässt sich meines Erachtens nicht einmal dann annehmen, wenn man der Interpretation einen weiten Raum gestattet³⁴⁸, da der Gesetzestext schlicht keine Grundlage für diese extensive Auslegung bietet.

Für diese Sichtweise spricht nach meinem Dafürhalten auch § 39 Abs 2 Z 2 ASGG, wird dort doch im Wesentlichen ebenso § 434 Abs 2 ZPO (Einbringung der Protokollklage beim Bezirksgericht des Aufenthaltsortes) wiederholt und nur auf die Besonderheiten der Arbeits- und Sozialrechtssachen Rücksicht genommen. So soll der Partei nur eine zusätzliche Möglichkeit dahingehend geboten werden, dass auch beim Bezirksgericht die Klage zu Protokoll gegeben werden kann (obwohl der Wohnsitz, Aufenthalts- oder Beschäftigungsort außerhalb des Bezirksgerichtssprengels des zuständigen Landesgerichtes als Arbeits- und Sozialgericht liegt; dieses Gericht hat sodann die Klage an das zuständige Landesgericht als Arbeits- und Sozialgericht weiterzuleiten). Dabei wird mE auch hier nur den Besonderheiten der Arbeits- und Sozialrechtssachen Rechnung tra-

³⁴⁵ *Fasching*, Auslegung, JBI 1990, 751.

³⁴⁶ *F.Bydlinski*, Methodenlehre 1982, 442 ff.

³⁴⁷ *Zippelius*, Methodenlehre¹⁰ 2006, 57 ff.

³⁴⁸ *Steininger*, Auslegung, JBI 1971, 234; *Fasching*, Auslegung, JBI 1990, 750.

gend der Beschäftigungsort in die Bestimmung einbezogen.³⁴⁹ Aus dieser Bestimmung ist noch deutlicher zu erkennen, dass lediglich die Besonderheiten der Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Bestimmung erfasst werden sollen, wird im Übrigen doch auch auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 434, 520 ZPO verwiesen. Ungeachtet der mE bestehenden Defizite einer verbalen Ausgangsbasis für die erfolgte Erweiterung der Anleitungspflicht (siehe unten) können sich, wie erwähnt, letztlich auch aus einer systematischen Auslegung³⁵⁰ Zweifel an der praktizierten Erweiterung der Anleitungspflicht ergeben.³⁵¹ Ich bin daher der Ansicht, dass die „gelebte“ Erweiterung der Manuduktionspflicht nach § 39 Abs 2 Z 1 ASGG zwar scheinbar der Intention des Gesetzgebers entspricht (siehe sogleich), aber in den verba legalia nicht ausreichend umgesetzt wurde. Nicht zuletzt spricht der Gesetzgeber auch in § 432 ZPO davon, „*erforderlichenfalls die zur Vornahme ihrer [der Partei, Anm. des Verf.] Prozeßhandlungen nötige Anleitung zu geben*.“ Es werden daher nahezu dieselben Worte zur Umschreibung der Anleitungspflicht in der ZPO und im ASGG verwendet. Eine taugliche Grundlage für die vorgenommene Unterscheidung der Intensität dieser Pflicht ist daher mE im Gesetzestext nicht gegeben.

Aufgrund dieser Ausführungen lässt sich nach meinem Dafürhalten erst bei Lektüre der Erläuternden Bemerkungen der tatsächliche Wille des Gesetzgebers erkennen.³⁵² Meines Erachtens liefern jedoch auch die ErlBem keine taugliche Erklärung für die praktizierte Erweiterung der Manuduktionspflicht, sondern erweitern diese den Inhalt des Gesetzestextes, ohne dass sich dafür eine entsprechende Formulierung oder Grundlage in den verba legalia findet. Dennoch muss wohl der Wille des Gesetzgebers,

³⁴⁹ Neben der hier nicht weiter interessierenden Erleichterung mit der Schaffung einer Überweisungsmöglichkeit durch das Sprengel-BG an das zuständige Landesgericht als ASG.

³⁵⁰ Zippelius, Methodenlehre¹⁰ 2006, 52; F.Bydlinski, Methodenlehre 1982, 442 ff.

³⁵¹ Diese Ausführungen beziehen sich dabei ausschließlich auf den Gesetzestext unter Außerachtlassung der ErlBem, um aufzuzeigen, dass mE der Gesetzestext der Intention des Gesetzgebers „nachhinkt“.

³⁵² 7 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVI. GP, S 43.

dass nämlich die Parteien „über sämtliche in ihrer Position in Betracht kommenden rechtsbegründenden bzw. rechtsaufhebenden Bestimmungen zu unterrichten“³⁵³ sind, akzeptiert werden, wobei ich der Ansicht bin, dass der Gesetzgeber sein Anliegen auch im Gesetzestext zu formulieren gehabt hätte. Die ErlBem sind nach meinem Dafürhalten Auslegungshilfe, aber nicht Ersatz für einen mangelhaften Gesetzestext. Mag auch das Ziel der Auslegung sein, „die Gedanken des Gesetzgebers in einer konsensfähigen Gestalt zu gewinnen“³⁵⁴, so muss diese dennoch ihre Grundlage, aber auch ihre Grenze im „möglichen Wortsinn“³⁵⁵ des Gesetzes finden. Wie oben beschrieben, entfernt man sich bei der derzeitigen Anwendungspraxis des § 39 Abs 2 Z 1 ASGG vom Wortsinn der Bestimmung, sodass mE ohne Not und lediglich auf Grundlage der ErlBem eine Erweiterung der Anleitungspflicht erfolgt. Selbstverständlich muss dabei letztlich berücksichtigt werden, dass im Zuge der Interpretation im Sinne einer teleologischen Auslegung auch auf den Willen bzw die „Zweck- und Zweckmäßigkeitseinstellungen“³⁵⁶ des Gesetzgebers und dessen klare Absicht³⁵⁷ Rücksicht zu nehmen ist. Dabei können natürlich die ErlBem nicht ignoriert und darf nicht starr am Wortsinn des Gesetzes festgehalten werden. Die Erweiterung des möglichen Wortsinnes durch die ErlBem halte ich jedoch auch im Rahmen der teleologischen Auslegung für zumindest „unsauber“ im juristischen und legislativen Sinne.

Dessen ungeachtet sieht auf dieser Grundlage auch die Judikatur sowie die hL in der genannten Bestimmung eine Erweiterung der „bezirksgerichtlichen“ Manuduktion³⁵⁸, wobei die richterliche Anleitung- und Belehrungspflicht als für die „Erfüllung der sozialen Funktion des Prozesses von

³⁵³ 7 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVI. GP, S 43.

³⁵⁴ Zippelius, Methodenlehre¹⁰ 2006, 42.

³⁵⁵ Zippelius, Methodenlehre¹⁰ 2006, 45.

³⁵⁶ Zippelius, Methodenlehre¹⁰ 2006, 50.

³⁵⁷ Fasching, Auslegung, JBl 1990, 752.

³⁵⁸ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 70 ff; Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 1463; Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 29; Simotta in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz. 944; Fasching, Weiterentwicklung, in FB Klein 1988, 103.

*ganz besonderer Bedeutung*³⁵⁹ gesehen wird. Wie bereits dargestellt, betonte jedoch bereits Klein die soziale Komponente³⁶⁰ des Zivilprozesses (siehe Kapitel 1.1.3.1.), sodass auch dieser Aspekt mE keine ausreichende Unterscheidung zu den §§ 432, 435 ZPO zu begründen vermag. Zu den inhaltlichen Bedenken, wie etwa der Gefährdung richterlicher Objektivität³⁶¹, darf auf Kapitel 3 verwiesen werden. Dennoch soll die geltende Rechtslage und herrschende Ansicht und damit die Reichweite der Manuduktion im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren nunmehr dargestellt werden.

Voraussetzung für die Anwendung des § 39 Abs 2 Z 1 ASGG ist, dass die Partei kein Versicherungsträger ist und nicht durch eine qualifizierte Person (gem. § 40 Abs 1 ASGG, dazu siehe unten) vertreten wird.³⁶² Insofern wird auch hier, wie bei § 435 ZPO, dem allenfalls vorhandenen Rechtswissen der Partei keine Beachtung geschenkt. Weiters muss auch dabei gelten, dass im Falle der Vertretung durch eine qualifizierte Person jedenfalls die §§ 182, 182a ZPO zur Anwendung gelangen.³⁶³ Sofern diese Voraussetzungen erfüllt werden, muss das Gericht im Rahmen der erweiterten Manuduktionspflicht auch nur abstrakt relevante Anspruchsgründe erörtern, und es hat sodann eine Belehrung über alle damit im Zusammenhang stehenden Prozesshandlungen zu erfolgen. Dabei ist vom Gericht jeweils die für die Partei günstigste Position³⁶⁴ zu verfolgen und sind sodann in Erweiterung der bezirksgerichtlichen Anleitungspflichten auch das Vorbringen (auch Beweisanträge) und die entsprechenden Anträge für die Partei zu formulieren. Die Entscheidung, ob ein Vorbringen erstattet

³⁵⁹ OGH 10 ObS 48/98a; *Kuderna*, Kommentar 1996, 229.

³⁶⁰ *Matscher*, Verfahrensdauer, in FS Fasching 1988, 351; aber auch etwa *Kuderna*, Soziale Funktion, DRdA 1986, 182 ff., der in der Prozessanleitungspflicht eine Ausprägung des Gleichheitsgebotes und damit der sozialen Funktion des Prozesses sieht.

³⁶¹ Dazu insbesondere *Fasching*, Gleichheitssatz, in FG Fasching 1993, 19 ff, der sogar von einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 7 B-VG und des Art 2 StGG spricht.

³⁶² *Feitzinger/Tades*, ASGG² 1996, § 39, Anm 5.

³⁶³ *Feitzinger/Tades*, ASGG² 1996, § 39, Anm 6.

³⁶⁴ *Feitzinger/Tades*, ASGG² 1996, § 39, Anm 6; *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 31; 7 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVI. GP, 43; *Wresounig*, ASGG 1986, 99.

oder ein Antrag gestellt wird, bleibt freilich auch im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren der Partei vorbehalten.³⁶⁵

Eine deutliche Abgrenzung zu den bisherigen Erscheinungsformen der Anleitungspflicht ergibt sich aus der Verpflichtung des Richters im Rahmen des § 39 Abs 2 Z 1 ASGG, die Partei auch zu abstrakten, sich aus dem „*typischen Geschehensablauf*“³⁶⁶ ergebenden Ansprüchen und Einwendungen anzuleiten.³⁶⁷ Die Besonderheit gegenüber den Anleitungspflichten nach den §§ 182, 182a ZPO und §§ 423, 435 ZPO ergibt sich daraus, dass hier gerade kein Anhaltspunkt (den Tatbestand „anreißend“, siehe FN 183) im Parteienvorbringen enthalten ist, sondern bereits der üblicherweise mit derartigen Begehren einhergehende Anspruch (bzw die Einwendung) durch das Gericht aufgegriffen und erörtert werden muss.³⁶⁸ Das Gericht hat die Partei „*über sämtliche in ihrer Position in Betracht kommenden rechtsbegründenden [sic] bzw. rechtsaufhebenden Bestimmungen zu unterrichten und sie [...] anzuleiten*“.³⁶⁹

Dennoch findet man auch hier zu den ursprünglichen Grenzen der Anleitungspflicht zurück. Eine grenzenlose investigative Tätigkeit des Richters wird auch im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren nicht verlangt. So nennt Kuderna³⁷⁰ (im Verfahren über eine Entlassung) etwa die Frage nach einem Überstundenentgeltanspruch oder allfälligen Zulagen ohne jeden Anhaltspunkt im Vorbringen der Partei als zu weitgehend. Dennoch ist auch zu Sachanträgen, Klagsänderungen und Klagsausdehnungen sowie auch zu Einreden, wie der Verjährungseinrede, anzuleiten.³⁷¹

³⁶⁵ Kuderna, Kommentar 1996, 229.

³⁶⁶ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 71.

³⁶⁷ Kuderna, Kommentar 1996, 229.

³⁶⁸ Neumayr, Zivilprozessrecht² II 2004, 127.

³⁶⁹ 7 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVI. GP, S 43; auch Wresounig, ASGG 1986, 99.

³⁷⁰ Kuderna, Kommentar 1996, 230.

³⁷¹ Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 31; Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 71; Kuderna, Kommentar 1996, 229.

In diesem Zusammenhang soll auch noch § 87 Abs 1 ASGG erwähnt werden, nach dem § 183 Abs 2 ZPO (Verbot der amtswegigen Beweisaufnahme bei Weigerung beider Parteien betreffend Urkunden und Zeugen) im Beweisverfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht keine Anwendung finden soll.

Wie bereits erwähnt, entfällt die erweiterte Manuduktion, sobald die Partei durch einen qualifizierten Vertreter im Sinne des **§ 40 Abs 1 ASGG** vertreten wird.³⁷² Gemäß Abs 2 leg cit kann sich die Partei auch durch andere (als jene in Abs 1 leg cit genannten „qualifizierten“) Personen vor Gerichten erster Instanz vertreten lassen. Aufgrund der eindeutigen Bestimmung des § 39 Abs 2 Z 2 ASGG – in dem als Ausnahme nur die Vertretung durch qualifizierte Personen iSd § 40 Abs 1 ASGG genannt wird – soll dabei jedoch auch die erweiterte Manuduktionspflicht zur Anwendung gelangen.³⁷³

³⁷² Zu der damit im Zusammenhang stehenden Regelung der Verfahrenshilfe gem. § 39 Abs 5 ASGG in den Fällen der möglichen Vertretung nach § 40 Abs. 1 Z 2 ASGG siehe *Fink*, ASGG 1994, 85 ff.

³⁷³ *Kuderna*, Kommentar 1996, 228; *Wresounig*, ASGG 1986, 99.

Exkurs: Einfluss der EMRK auf die Anleitungspflicht

i. Grundlagen

a) Entstehung und Allgemeines

Die Europäische Menschenrechtskonvention kann durchaus als Antwort auf den Zweiten Weltkrieg und die damit einhergegangene Missachtung von Menschenrechten gesehen werden.³⁷⁴ Auf Initiative des damaligen, britischen Premiers Winston Churchill im Jahre 1946 zur Errichtung einer Art „*Vereinigter Staaten von Europa*“, wurde im Mai 1948 in Den Haag ein Europakongress (Congress of Europe) abgehalten und am 5. Mai 1949 die Satzung des Europarates von einer Staatenkonferenz in London angenommen.³⁷⁵ Durch die Errichtung des Europarates wurde der Grundstein für die Schaffung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (**EMRK**) gelegt. Bereits im Jahr der Gründung des Europarates beauftragte dieser den Ausschuss für Rechts- und Verwaltungsfragen mit der Klärung der Frage nach einer „*kollektiven Garantie von Menschenrechten*“.³⁷⁶

Bereits am 4. November 1950 wurde die Konvention sodann unterfertigt und trat am 3. September 1953 letztlich in Kraft.³⁷⁷ Die Anerkennung der Zuständigkeit des Gerichtshofes (und damit der Individualbeschwerde) war den Mitgliedstaaten dabei freigestellt. Österreich ratifizierte unter An-

³⁷⁴ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 1, Rz 1; Leuprecht, Europarat 1987, 8; Nowak in Ermacora/Nowak/Tretter, Menschenrechtskonvention 1983, 38.

³⁷⁵ Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 121.

³⁷⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 2, Rz 3.

³⁷⁷ Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 27; Guillen, Prozessuale Probleme, in FS Baur 1981, 365; Nowak in Ermacora/Nowak/Tretter, Menschenrechtskonvention 1983, 38.

erkenntnis der Individualbeschwerde am 3. September 1958 die Konvention.³⁷⁸ Die EMRK enthält dabei einen Grundrechtskatalog (Abschnitt I) sowie ein internationales Rechtsschutzsystem zur Durchsetzung dieser Grundrechte (Abschnitt II-IV). Zusätzlich wurden Änderungen bzw. Ergänzungen der EMRK durch Zusatzprotokolle, gleichrangig zur EMRK, geschaffen.³⁷⁹ Beispielsweise wurde durch das XI. Zusatzprotokoll der Ständige Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zur Geltendmachung von Menschenrechtsverletzungen durch Mitgliedstaaten, aber auch von Individualbeschwerden ins Leben gerufen.³⁸⁰ Mit dem Erlass der Konvention wurde erstmals die Möglichkeit geschaffen, Menschenrechte in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen.³⁸¹

Voraussetzung für eine Stellung als Signatar der EMRK ist die **Mitgliedschaft im Europarat**. Der Europarat sieht sich als die „*demokratische Stimme Europas*“.³⁸² Demgemäß ist in seiner Satzung die Aufgabe verankert, zum Schutz und zur Förderung der Ideale und Grundsätze eine engere Verbindung zwischen den Mitgliedern herzustellen sowie die Wahrung und Weiterentwicklung der Menschenrechte.³⁸³ Voraussetzung für eine Mitgliedschaft im Europarat ist einerseits die Eigenschaft als „europäischer Staat“ und darüber hinaus die Erfüllung der materiellen und formellen Kriterien. **Materiell** muss der Aspirant ein Bekenntnis zur Vorherrschaft des Rechtes und zum Grundsatz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ablegen. **Formell** erfordert der Beitritt die Einladung durch das Ministerkomitee zur Hinterlegung einer entsprechenden Urkunde beim Generalsekretär des Europarates. Der Austritt aus dem **Europarat** kann durch Erklärung gegenüber dem Generalsekretär bewirkt werden. Eine Kündigung der **EMRK** ist frühestens nach fünf Jahren unter Einhaltung einer

³⁷⁸ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 2, Rz 3; Nowak in Ermacora/Nowak/Tretter, Menschenrechtskonvention 1983, 39.

³⁷⁹ Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 130; Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 132.

³⁸⁰ Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 132; zur Ausgangslage vor dem 11. ZP siehe bspw. Trechsel, Reform 1993, 91 ff.

³⁸¹ Streinz, Europarecht⁵ 2001, Rz 57d.

³⁸² Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 122.

³⁸³ Leuprecht, Europarat 1987, 10.

sechsmonatigen Kündigungsfrist möglich.³⁸⁴ Die Mitgliedschaft endet ebenso, wenn die Partei aus dem Europarat ausscheidet.³⁸⁵

Trotz ihrer Wichtigkeit sieht die EMRK keine Voraussetzungen für deren Umsetzung und Stellung im Verhältnis zum nationalen Recht vor. In Österreich wurde die EMRK 1964 rückwirkend in den Rang eines Bundesverfassungsgesetzes gehoben³⁸⁶ und stellt die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950³⁸⁷ daher, als völkerrechtlicher Vertrag³⁸⁸, eine der österreichischen Grundrechtsquellen dar.³⁸⁹ Die Garantien der EMRK können daher wie andere, innerstaatliche Grundrechte vor dem Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden.³⁹⁰

b) Organisation und Prozessuales im Überblick

Durch das XI. Zusatzprotokoll wurde das dreigliedrige Rechtsschutzsystem der EMRK (Menschenrechtskommission, Gerichtshof und Ministerkomitee des Europarates)³⁹¹ durch Einrichtung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (**EGMR**) bei gleichzeitiger Abschaffung der Menschenrechtskommission novelliert. Der EGMR rekrutiert seine Richter mittels Wahl durch die Parlamentarische Versammlung des Europarates, wobei ein Richter pro Mitgliedstaat gewählt wird.³⁹²

³⁸⁴ Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 121 ff; Leuprecht, Europarat 1987, 10 ff.

³⁸⁵ Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 122, FN 49.

³⁸⁶ BGBl Nr. 59/1964; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 131; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 16, Rz 2; Goerlich, EGHMR 2004, 110; Leuprecht, Europarat 1987, 16; Ermacora in Ermacora/Nowak/Tretter, Menschenrechtskonvention 1983, 332, FN 2.

³⁸⁷ Schweitzer/Hummer, Europarecht⁵ 1996, Rz 796.

³⁸⁸ Streinz, Europarecht⁵ 2001, Rz 57c.

³⁸⁹ Wie etwa auch das B-VG und das StGG; siehe dazu Kneihls, Verfassungsrecht² 2008, 81; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 131.

³⁹⁰ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 16, Rz 2.

³⁹¹ Leuprecht, Europarat 1987, 12.

³⁹² Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 135; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 39, Rz 2; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 132.

Der EGMR entscheidet durch **Einzelrichter**, in **Ausschüssen** (3 Richter), **Kammern** (7 Richter) und in der **Großen Kammer** (17 Richter). Der Einzelrichter kann über die Zulässigkeit der Beschwerde entscheiden. Die Ausschüsse übernehmen ebenso die Aufgabe, Beschwerden betreffend ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Hinsichtlich der Begründetheit wurde durch das XIV. Zusatzprotokoll die Kompetenz der Ausschüsse dahingehend erweitert, dass in diesem Zusammenhang auch inhaltlich über Beschwerden entschieden werden darf, sofern dazu bereits eine gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofes vorliegt. Die Ausschüsse müssen dabei nicht zwingend als „1. Instanz“ betraut werden; insofern kann auch die Kammer über die Zulässigkeit der Beschwerde an sich, aber auch über deren Begründetheit entscheiden.³⁹³ Die Große Kammer entscheidet, wenn eine Kammer die Rechtssache zur Lösung einer schwerwiegenden Frage zur Auslegung der Konvention/Protokolle an sie übergibt oder wenn eine Partei dies – bei Vorliegen der Voraussetzungen – beantragt. Letztlich wurde – wie oben erwähnt – durch das XIV. Zusatzprotokoll neben den Ausschüssen auch die Institution des Einzelrichters geschaffen, welcher bei offensichtlichen Fällen die Unzulässigerklärung bzw die Streichung der Beschwerde veranlassen kann.³⁹⁴

Die Anrufung des EGMR kann einerseits mittels **Individualbeschwerde** und andererseits durch die **Staatenbeschwerde** erfolgen.³⁹⁵ Die Erhebung der Individualbeschwerde dient dem Schutz des einzelnen Beschwerdeführers gegen eine potentielle Verletzung von durch die Konvention garantierten Rechten (siehe dazu sogleich Kapitel c)). Die Verletzung muss dabei durch den Mitgliedstaat erfolgen und daher dem Staat zurechenbar sein. Weitere Voraussetzungen für die Erhebung der Individual-

³⁹³ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 40, Rz 1 ff; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 27, Rz 1.

³⁹⁴ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 43, Rz 5 f; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1570; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 27, Rz 4 ff.

³⁹⁵ Leuprecht, Europarat 1987, 13; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1569; Nowak in Ermacora/Nowak/Tretter, Menschenrechtskonvention 1983, 43 f.

beschwerde sind die Prozessfähigkeit der Partei, deren Opfereigenschaft, die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges und die Einhaltung der Frist zur Erhebung der Beschwerde. Die Partei- und Prozessfähigkeit ist naturgemäß – vor allem bei natürlichen Personen – weit gefasst, um einen weitreichenden Schutz der Garantien der EMRK zu gewährleisten. Die Opfereigenschaft ergibt sich aus der Betroffenheit der Person durch den hoheitlichen Akt und der daraus entstandenen Beschwer. Die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges soll den Staat in die Lage versetzen, allfällige Grundrechtsverletzungen selbst festzustellen und zu korrigieren, und dem Betroffenen erst subsidiär die Anrufung des EGMR ermöglichen. Diese Ausschöpfung des Rechtsweges hat auch Auswirkungen auf den Fristenlauf, da die sechsmonatige Frist zur Erhebung der Individualbeschwerde mit der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung zu laufen beginnt.³⁹⁶

Die Staatenbeschwerde kann von jenen Staaten erhoben werden, welche die Konvention ratifiziert haben. Der beschwerdeführende Staat muss zum Zeitpunkt der Beschwerde an die Einhaltung der Garantien der EMRK gebunden sein. Im Unterschied zur Individualbeschwerde kann bei der Staatenbeschwerde jede Verletzung der Konvention geltend gemacht werden, eine Betroffenheit muss daher nicht vorliegen. Dadurch lassen sich etwa auch abstrakt Normen von anderen Mitgliedstaaten auf deren EMRK-Konformität überprüfen. Grundsätzlich muss auch hier die Frist zur Erhebung der Beschwerde sowie die Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges eingehalten werden. Dies ergibt jedoch nur dann Sinn, wenn etwa der Staat für den konkreten Anlassfall (eines Individuums) die Beschwerde einreicht. Wenn die Beschwerde als Mittel zur abstrakten Normenprüfung herangezogen wird, entfallen diese Voraussetzungen naturgemäß.³⁹⁷

³⁹⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 44, Rz 2 ff.

³⁹⁷ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 46, Rz 1 ff.

Der EGMR beurteilt die Zulässigkeit einer Beschwerde mit **Entscheidung**. Über die Begründetheit wird in der Form eines **Urteils** entschieden, und dieses hat eine Begründung zu enthalten. Der verurteilte Mitgliedstaat hat sodann die Pflicht, die Verletzung zu unterbinden, wobei er in der Umsetzung weitgehend frei ist. Die Rechtskraftwirkung des Urteils ist auf den belangten Staat beschränkt und bindet grundsätzlich andere Mitgliedstaaten nicht direkt. Indirekt entfalten die Urteile des EGMR jedoch sehr wohl eine Art Bindungswirkung (Präjudizwirkung), da bei vergleichbarer Rechtslage eine neuerliche Beschwerde auf Grundlage der Erkenntnisse des Anlasses wahrscheinlich ist und somit Mitgliedstaaten auf die ausjudizierten Grundsätze reagieren und ihre Rechtsordnungen in aller Regel anpassen werden (Orientierungswirkung). Neben der Feststellung von Konventionsverletzungen kann der Gerichtshof auch Schadenersatz für die durch Verletzung der Konvention entstandenen Schäden zusprechen. Dieser muss rechtzeitig beantragt werden und wird sodann idR nach Billigkeit zugesprochen. Vom Schadensbegriff ist sowohl der materielle als auch der immaterielle Schaden erfasst. Letztlich kann im Urteil auch ein Kostenanspruch enthalten sein. Das Verfahren vor dem EGMR ist zwar grundsätzlich kostenfrei, durch Beiziehung eines Rechtsbeistandes, Erstellung von Übersetzungen aber auch notwendige Zeugenladungen können dennoch beträchtliche Kosten entstehen, die vom Gerichtshof nach Ermessen zugesprochen werden.³⁹⁸

c) Die Grundrechte der EMRK³⁹⁹

Die EMRK enthält, wie bereits erwähnt, einen Grundrechtskatalog, welcher durch die diversen Zusatzprotokolle erweitert wird. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die wichtigsten normierten Grundrechte – ohne

³⁹⁸ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 93, Rz 1 ff; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1571.

³⁹⁹ Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 138 ff; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 145 ff; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 745 ff; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1389 ff.

Anspruch auf Vollständigkeit – geboten werden⁴⁰⁰, um so ein grundlegendes Verständnis bzw einen Rahmen für die hier interessierende Bestimmung des Art 6 Abs 1 EMRK zu schaffen:

(1) Recht auf Leben

Durch dieses Grundrecht (Art 2 EMRK) wird umfassend das menschliche Leben des geborenen Menschen geschützt. Der VfGH hat ausgesprochen, dass der nasciturus davon nicht erfasst sein soll, insofern ein Schwangerschaftsabbruch (derzeit) nicht durch die EMRK ausgeschlossen wird (strittig!). Eine abschließende Beantwortung dieser Frage auf rechtsethischer bzw – philosophischer Ebene kann letztlich wohl nur schwer getroffen werden. Das Recht auf Leben schließt jedoch unstrittig nicht die Freiheit ein, (das eigene) Leben auch zu beenden bzw beenden zu lassen.

(2) Verbot von Folter und unmenschlicher/erniedrigender Strafe oder Behandlung

Art 3 der EMRK verbietet in umfassender Weise jegliche Folter oder unmenschliche (erniedrigende) Behandlung und gewährleistet dadurch den Schutz der physischen und psychischen Integrität. Bezeichnenderweise sind dafür auch keine Ausnahmen vorgesehen, worin der Stellenwert dieses Grundrechtes zum Ausdruck kommt. Die EMRK erachtet demnach keine Situation (man denke nur an Entführungen oä) als ausreichend, um als Rechtfertigung für Folter zu dienen.

(3) Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit

Art 4 EMRK hat wenig praktische Bedeutung und dient jedenfalls nicht dem Schutz vor unliebsamen Bürgerpflichten. Staatlich angeordnete Mitwirkungspflichten (bspw die Pflicht, als Geschworener tätig zu werden) er-

⁴⁰⁰ Dabei werden insbesondere die politischen und wirtschaftlichen Freiheitsrechte, mangels Relevanz für die hier interessierende Thematik, nicht erwähnt.

füllen daher regelmäßig nicht die Kriterien dieses Grundrechts und können daher – ohne Hinzutreten weiterer Umstände – nicht als Verletzung der EMRK geltend gemacht werden.

(4) Garantie der persönlichen Freiheit

Vor willkürlichem Freiheitsentzug durch den Staat ohne richterliche Kontrolle wird durch Art 5 EMRK geschützt. Am Maßstab dieses Grundrechts ist insbesondere die Zulässigkeit von Festnahme und Haft auszurichten, und es finden sich in diesem Artikel detaillierte Bestimmungen dazu. Diese Bestimmung war in Österreich Auslöser für die Schaffung des BVG vom 29.11.1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit⁴⁰¹, mit dem Zweck, die bis dahin geltende Rechtslage in Österreich mit Art 5 EMRK zu harmonisieren.

(5) Freizügigkeit

Gemäß Art 2 IV. Zusatzprotokoll wird jedermann die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit gewährleistet, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhält. Es werden jedoch gesetzliche Beschränkungen für zulässig erachtet („materieller Gesetzesvorbehalt“).

(6) Schutz des Privat- und Familienlebens

Art 8 EMRK schützt das Privatleben vor unnötigen Eingriffen durch den Staat. Dadurch soll eine Privatsphäre erhalten bleiben, in der die Persönlichkeit „unbeobachtet“ vom Staat entwickelt werden kann. Auch hier findet sich ein materieller Gesetzesvorbehalt, der Eingriffe bei Vorliegen von in der EMRK taxativ aufgezählten Gründen erlaubt. Zusätzlich schützt die Bestimmung auch das Familienleben, deren plakativste Auswirkung die Familienzusammenführung darstellt.

⁴⁰¹ BGBl 1988/684.

(7) Recht auf Eheschließung

Mit dem Schutz des Familienlebens einher geht auch das Recht auf Eingehen einer Ehe und Gründung einer Familie (Art 12 EMRK). Das Recht zur Festlegung des Heiratsalters, aber auch von Ehevoraussetzungen und Ehehindernissen wird dem Mitgliedstaat jedoch zugestanden. Ein Recht auf Scheidung wird durch diese Bestimmung gerade nicht normiert.

(8) Recht auf Bildung

Art 2 des I. Zusatzprotokolls bestimmt, dass Niemandem das Recht auf Bildung verwehrt werden darf. Daraus ergibt sich insbesondere das Recht auf Zugang zu Bildungseinrichtungen und Anerkennung absolvierter Ausbildungen. Ebenso wird aus dieser Bestimmung eine Pflicht des Mitgliedstaates, überhaupt ein Bildungswesen einzurichten, herausgelesen.

(9) Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit

Als Ergänzung der persönlichen Freiheit schützt Art 9 EMRK das individuelle Weltbild des Einzelnen. Naturgemäß steht dieses Grundrecht nur natürlichen Personen zu. Art 9 EMRK sieht einerseits die Möglichkeit der Beschränkung dieses Grundrechts vor, sofern dies im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder zum Schutz der Freiheiten anderer erforderlich ist. Andererseits ist der Staat jedoch auch verpflichtet, Maßnahmen zur Sicherstellung der Ausübung der Religion zu setzen.

(10) Verfahrensgarantien in Zivil- und Strafsachen

Art 6 EMRK bildet die Grundlage für eine Vielzahl von verfahrensrechtlichen Garantien sowohl im Bereich des Zivil- als auch des Strafrechts. Aufgrund der Relevanz für diese Arbeit wird dieser Bestimmung ein eigenes Kapitel gewidmet (siehe Kapitel ii., unten).

(11) Nulla poena sine lege

Art 7 EMRK enthält ein Verbot rückwirkender strafrechtlicher Bestimmungen. Zusätzlich sieht sowohl der EGMR als auch der VfGH dieser Bestimmung ein Klarheitsgebot immanent. Als Ausfluss der rechtsstaatlichen Prinzipien hat der Staat klar zu definieren, welche Handlungen strafbewehrt sind, sodass der Einzelne sein Handeln danach ausrichten kann.

(12) Das Recht auf wirksame Beschwerde

Gemäß Art 13 EMRK hat Jedermann bei Verletzung seiner durch die Konvention geschützten Rechte das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Der Gesetzgeber des Mitgliedstaates ist somit verpflichtet, eine solche Möglichkeit zu schaffen. Dadurch soll der Schutz der durch die Konvention gewährten Rechte sichergestellt werden.

ii. Die Bestimmung des Art 6 Abs 1 MRK

Basis des Art 6 EMRK bildet der effektive Rechtsschutz als „*Ausdruck eines europäischen Verfassungsprinzips der Rechtsstaatlichkeit*“.⁴⁰² Durch Art 6 EMRK tritt besonders deutlich das rechtsstaatliche Prinzip zu Tage und statuiert diese Bestimmung, dass jedermann Anspruch auf Abhandlung seiner zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen („civil rights and obligations“) oder über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage („criminal charge“) durch ein Gericht (Tribunal) in billiger Weise hat.⁴⁰³ Dabei zeigt sich, dass durch Art 6 leg cit ein „*faïres Verfahren*“ sowohl im strafverfahrensrechtlichen Bereich als auch im streitigen, zivilverfahrensrechtlichen Bereich gewährleistet werden soll. Die Bestimmung

⁴⁰² Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 383, Rz 1.

⁴⁰³ Kley-Struller, Art 6 EMRK 1993, 1; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 384, Rz 4; Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 162; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 959.

enthält demnach ein „*Bündel von besonderen Verfahrensrechten*“⁴⁰⁴, welches die Durchsetzung von zivilen Ansprüchen aber auch den Schutz im Falle staatlicher Anklage sicherstellen soll. Entgegen der ursprünglichen Sichtweise enthält Art 6 EMRK auch einen Durchsetzungsanspruch in Form eines Rechts auf Zugang zu einem Gericht.⁴⁰⁵ Die Absätze 2 (Unschuldsvermutung) und 3 (Einzelgarantien) der zitierten Bestimmung finden lediglich im Bereich des Strafprozesses Anwendung und werden daher – wie die strafrechtlich relevanten Garantien insgesamt – für die Zwecke dieser Arbeit nicht im Detail dargestellt.⁴⁰⁶

a) Der Begriff der „civil rights“

Würde man den Begriff der „civil rights and obligations“ wörtlich übersetzen, wären dabei nach nationalem Recht wohl lediglich vor den Gerichten durchzusetzende zivilrechtliche Ansprüche zu verstehen. Zusätzlich würde wohl in (nahezu) jedem Mitgliedstaat der EMRK ein abweichender Rechtsbereich von dieser Bezeichnung erfasst werden. Der Konvention ging es jedoch gerade um die Vereinheitlichung des Grundrechtsstandes, insofern der Begriff des „Zivilrechtes“ im Zusammenhang mit der EMRK autonom im Lichte der Judikatur der Konventionsorgane (Menschenrechtskommission, EGMR) auszulegen ist.⁴⁰⁷ Die Bestimmung des Begriffes der Zivilrechte ist wesentlicher Anknüpfungspunkt für den Schutz der EMRK, muss als Voraussetzung für letzteren doch eine **Entscheidung**

⁴⁰⁴ Kley-Struller, Art. 6 EMRK 1993, 1.

⁴⁰⁵ Kley-Struller, Art. 6 EMRK 1993, 1; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 959; Thienel, EMRK, ÖJZ 2011, 598; Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 40; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 18.

⁴⁰⁶ Etwa OGH 2.12.1969, 8Ob 239/69; dazu Ermacora in Ermacora/Nowak/Tretter, Menschenrechtskonvention 1983, 342; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 2.

⁴⁰⁷ Kley-Struller, Art. 6 EMRK 1993, 19; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 609; Ballon, EMRK, JBI 1995, 625; Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 30; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 4; Matscher, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 7.

über ein **Recht** gefällt werden, welches **zivilrechtlichen Charakter** besitzt.⁴⁰⁸

Dabei lässt auch die Auslegung der relevanten Begriffe in den Vertragssprachen („civil rights and obligations“ bzw. „droits et obligations de caractère civil“) mitunter die Einbeziehung öffentlich rechtlicher Ansprüche unter den Zivilrechtsbegriff zu, welche etwa nach der österreichischen Systematik eindeutig nur dem öffentlichen Recht zugeordnet und damit nicht als „civil right“ gesehen werden würden.⁴⁰⁹ Eine enge, nur auf Privatrechte bezogene Auslegung ist aber gerade nicht im Sinne der EMRK.⁴¹⁰ In der Rechtsprechung des EGMR haben sich daher drei Fallgruppen entwickelt, die eine Einordnung von Rechten als relevante „**civil rights**“ ermöglichen. Der erste Abgrenzungsfall ergibt sich aus dem Umstand, dass den Entscheidungen (auch) Auswirkungen auf zivilrechtliche Positionen innewohnen. Der EGMR hat dabei insbesondere den Einfluss der Entscheidung auf das Eigentum, vertragliche Rechtsbeziehungen (Berufs- und Erwerbsfreiheit) und auch bei Auswirkungen auf die Freiheit des Liegenschaftsverkehrs betont. Die zweite Gruppe, die zur Anwendung des Art 6 Abs 1 EMRK führt, bilden jene Fälle, in denen zuerst eine Abwägung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Kriterien erfolgt. Überwiegen bei der Betrachtung und Abwägung sodann die zivilrechtlichen Elemente, erfüllen derartige (verwaltungsbehördliche) Verfahren ebenso den Begriff der „civil rights“ und unterliegen daher den Verfahrensgarantien der EMRK. Als dritte Fallgruppe lassen sich jene Verfahren identifizieren, welche ein vermögenswertes Recht bzw die behauptete Verletzung eines solchen zum Inhalt haben. Daraus ergibt sich, dass unter dem Regime der EMRK durchaus auch verwaltungsbehördliche Verfahren dem Schutz der Konvention unterliegen. Kürzlich hat der EGMR auch entschieden, dass etwa Einst-

⁴⁰⁸ Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 5; Peukert in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 6.

⁴⁰⁹ Ballon, EMRK, JBI 1995, 626.

⁴¹⁰ Kley-Struller, Art 6 EMRK 1993, 21.

weilige Verfügungen in Zivilrechtssachen zivile Rechte betreffen.⁴¹¹ Als negative Abgrenzung werden der Kernbereich des öffentlichen Rechts aber auch übliche Bürgerrechte und –pflichten herangezogen. Dabei sind insbesondere das Strafrecht sowie Steuerschuldverhältnisse, die Wehrpflicht uä erfasst.⁴¹²

Die weiteren Voraussetzungen, dass nämlich eine **Entscheidung** über ein **Recht** gefällt wird, bereiten weniger Schwierigkeiten. Die Begriffe bedürfen zwar ebenso einer autonomen Auslegung, der EGMR legt die Begriffe jedoch weit aus. Sofern sich demnach in der innerstaatlichen Rechtsordnung eine vertretbare Grundlage für die Behauptung eines Rechts findet, wird dieser Rechtsanspruch als „ernsthaft“⁴¹³ qualifiziert und erfüllt somit die Voraussetzung, dass über ein Recht entschieden wird.⁴¹⁴

b) Die einzelnen Verfahrensgarantien

(1) Die Organisationsgarantie

Art 6 Abs 1 EMRK garantiert, dass Jedermanns Sache vor einem **unabhängigen, unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht** entschieden wird.⁴¹⁵ Bereits hier finden sich erste Anhaltspunkte für eine Einflussnahme bzw Wechselwirkung der EMRK auf die Befangenheit und damit indirekt auch auf die Anleitungspflicht (siehe dazu unten, Kapitel iii).

Dabei muss primär festgestellt werden, was die EMRK mit dem Begriff „**Gericht**“ bezeichnen möchte. Auch hier bedarf es wiederum der auto-

⁴¹¹ Thienel, EMRK, ÖJZ 2011, 598; zur gegenteiligen, älteren Ansicht des EGMR siehe Ballon, EMRK, JBI 1995, 626, FN 32.

⁴¹² Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 609 mit zahlreichen Judikaturnachweisen; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 386, Rz 7 ff; Ballon, EMRK, JBI 1995, 625; Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 30; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1524 ff.

⁴¹³ EGMR, Menitto, RJD 2000-X, Z 22.

⁴¹⁴ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 390, Rz 14.

⁴¹⁵ Matscher, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 12.

nomen Interpretation, sodass innerstaatliche Einteilungen bzw. Bezeichnungen grundsätzlich keinen Einfluss auf die Qualifikation als Gericht iSd EMRK haben.⁴¹⁶ Diese Auslegung ist mE nur konsequent, soll sich der Mitgliedstaat doch nicht durch „Etikettenschwindel“ als Mitglied der EMRK gerieren können, dennoch bspw. weisungsgebundener Entscheidungsorgane bedienen und qua deren Bezeichnung als „Gericht“ die tatsächliche Umsetzung der Verfahrensgarantien sodann verhindern. Weder die Bezeichnung noch die Einbettung in die nationale Rechtsordnung haben daher zwingend Einfluss darauf, ob die Behörde als „Gericht“ iSd des Art 6 Abs 1 EMRK zu qualifizieren ist.

Jedenfalls sieht die Konvention Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten als Gericht im oben genannten Sinn. Darüber hinaus kann es jedoch für die Qualifikation ausreichend sein, wenn unter Einhaltung verfahrensrechtlicher Garantien eine Entscheidung durch ein Organ getroffen wird, wobei dieses dabei befugt sein muss, richterliche Aufgaben wahrzunehmen. Werden die entscheidungserheblichen Tatsachen dabei vom Entscheidungsorgan erhoben, die Sach- und Rechtsfragen durch dieses Organ entschieden, und bindet diese Entscheidung dann auch die Parteien, ist nach der Judikatur des EGMR von einem Gericht iSd Art 6 leg cit auszugehen. Eine ausschließliche Besetzung des Spruchkörpers mit Berufsrichtern wird von der EMRK nicht verlangt.⁴¹⁷

Als weitere Voraussetzung bei Verfahren über civil rights fordert die EMRK die Rechtfertigung der Behörde aus dem Gesetz⁴¹⁸ („**auf Gesetz beruhenden Gerichten**“). Auch dabei soll eine autonome Auslegung des Begriffes „Gesetz“ zur Anwendung gelangen. Sofern die zugrunde liegende Vorschrift einen generell abstrakten Charakter aufweist und dieser da-

⁴¹⁶ Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 29.

⁴¹⁷ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 399, Rz 27 ff; Kley-Struller, Art 6 EMRK 1993, 69.

⁴¹⁸ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1536; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 122f; zum Gesetzesbegriff der EMRK vgl. Matscher, Gesetzesbegriff der EMRK 1991, 105 ff; derselbe, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 18; Weiß, Gesetz im Sinne der EMRK, 57 ff.

durch eine gewisse Geltungsgarantie innewohnt, soll diese Grundlage als gesetzliche Basis für Gerichte iSd EMRK ausreichend sein. So kann etwa auch ein Schiedsgericht, wohl auch wenn sich die Entscheidungsbefugnis aus einer Parteienvereinbarung ableitet, als Gericht zur Einhaltung der Verfahrensgarantien der EMRK verpflichtet sein.⁴¹⁹

Die EMRK fordert weiters ein **unabhängiges** Gericht. Interessant erscheint mir in diesem Zusammenhang der Gedanke, dass die grundsätzlich unabhängige Position von Richtern in den Mitgliedstaaten oftmals sehr wohl auch einer Abhängigkeit ausgesetzt ist. Von der Forderung der EMRK nach Unabhängigkeit ist nämlich nicht jene von den bestellenden Gremien erfasst. Richter müssen sich in aller Regel einem Auswahlprozess unterziehen und bedürfen uU in anderen Mitgliedstaaten auch am Ende einer dort vorgesehenen Amtsperiode der Fürsprache gewisser Personen oder Gremien. Der Umstand, dass etwa bekannte Entscheidungslinien von derartigen Gremien vertreten und bspw auch erwartet werden und diese bei der Entscheidungsfindung des Richters sodann möglicherweise auch Niederschlag finden, beleuchtet mE einen Aspekt der Abhängigkeit, der in der EMRK jedenfalls keine Berücksichtigung findet.⁴²⁰

Bei der Unabhängigkeit des Gerichtes im Sinne der EMRK lassen sich vor allem drei wesentliche Kriterien ausmachen, nämlich die Dauer und Art der Bestellung, die Unabsetzbarkeit sowie letztlich die Weisungsfreiheit. Die Amtsdauer muss an eine gewisse Mindestdauer gekoppelt sein, weil andernfalls die Gefahr besteht, dass Kontinuität und Stabilität der Rechtsprechung darunter leiden. Die Forderung der EMRK nach Stabilität geht nicht so weit, dass Richter etwa zeitlebens ihr Amt bekleiden müssen; eine mehrjährige Amtsdauer wird für eine Qualifikation als unabhängiges Ge-

⁴¹⁹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 401, Rz 30 ff; Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 45.

⁴²⁰ Walder, richterliche Unabhängigkeit, in FS Matscher 1993, 520 f; Walder/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1537; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 29; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 124 ff; Matscher, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 14 ff.

richt jedoch erfüllt sein müssen. Eng verbunden mit der Amtszeit ist auch die Unabsetzbarkeit. Eine geforderte Mindestamtszeit wäre völlig wertlos, könnte das Entscheidungsorgan ohne Probleme jederzeit abgesetzt werden. Die EMRK verbietet daher zwar grundsätzlich nicht die Absetzung von Richtern, jedoch bedarf diese konkreter, gesetzlich festgelegter Gründe. Letztlich soll der Richter nicht durch ihm drohende Rechtfertigungspflichten in seiner freien Entscheidungsfindung beeinflusst werden. Allein nach dem Grundverständnis des Begriffes der Unabhängigkeit – sogar ungeachtet der EMRK – ließen sich Weisungen mit dieser Forderung nicht vereinen.⁴²¹

Als letzte Voraussetzung für das konventionskonforme Entscheidungsorgan normiert die EMRK die **Unparteilichkeit**. Dieses Erfordernis steht oft in engem Zusammenhang mit der Unabhängigkeit und wird mitunter oft gemeinsam mit dieser geprüft. Dabei kann eine subjektive und eine objektive Unparteilichkeit unterschieden werden.⁴²² Interessant für diese Arbeit erscheint dabei, dass die Partei auf das Vorliegen der Unparteilichkeit in Form einer Befangenheit verzichten kann. Ein wirksamer Verzicht kann dabei jedoch nur dann erfolgen, wenn davor zumindest ein beruflicher Rechtsvertreter zu Rate gezogen werden konnte. Dies hat mE auch Auswirkungen auf die in der ZPO normierte Regelung der Verschweigung von Befangenheitsgründen (siehe dazu Kapitel iii. und Kapitel II. 1).

Zur Beurteilung der subjektiven Unparteilichkeit bedarf es der objektiven Einschätzung des Verhaltens eines Entscheidungsorganes im Verhältnis zu einer Partei. Entgegen der strengen Beurteilung im Rahmen der Be-

⁴²¹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 402, Rz 32 ff; Thienel, EMRK, ÖJZ 2011, 598; Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 46 ff; Guillen, Prozessuale Probleme, in FS Baur 1981, 369 f; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1535 und 1538.

⁴²² Thienel, EMRK, ÖJZ 2011, 598; König, Parteilichkeit, in FS Matscher 1993, 282; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1537; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 30 ff; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 129 ff; Matscher, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 17.

fangenheit nach § 19 JN⁴²³ (siehe dazu Kapitel II. 2) geht die EMRK von der Unvoreingenommenheit bis zum Beweis des Gegenteiles aus. Die faktischen Probleme des Nachweises sind dieser Forderung nach einer (subjektiven) Unparteilichkeit natürlich immanent. Betreffend die objektive Unparteilichkeit ist das Hauptaugenmerk auf die Organisation des Gerichtes zu richten. Sofern organisatorische oder funktionelle „Auffälligkeiten“ geeignet sind, die Unparteilichkeit zu bezweifeln, ist letztere und damit die konventionskonforme Ausgestaltung des Spruchkörpers gefährdet. Unstrittig ist die Zurückverweisung eines aufgehobenen Urteils an dieselbe Behörde zur neuerlichen Entscheidung nicht geeignet, eine Verletzung der Unparteilichkeit im Sinne der EMRK zu begründen.⁴²⁴

(2) Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht

Ursprünglich wurde in Art 6 Abs 1 EMRK keine Rechtsweggarantie erkannt, sondern lediglich eine Sammlung von Verfahrensvorschriften. Erst die Judikatur des Gerichtshofes hat diese Rechtsschutzgarantie offengelegt und damit ein wesentliches Schutzelement der EMRK klargestellt.⁴²⁵

Der EGMR erachtet diesen Aspekt der Verfahrensgarantien für derart wichtig, dass er daraus auch eine Verpflichtung des Mitgliedstaates ableitet, entsprechende Vorkehrungen zu treffen, um dem Einzelnen diesen Zugang und die Umsetzung der gefällten Entscheidung sodann auch zu ermöglichen. Dabei muss auch beachtet werden, dass die Gerichtsgebühren, aber auch die Kosten einer anwaltlichen Vertretung entweder eine gewisse Höhe nicht überschreiten (Gebühren) oder eine Möglichkeit zu

⁴²³ Hierbei ist zur Wahrung des Ansehens der Justiz ein strenger Maßstab bei der Beurteilung der Befangenheit anzulegen.

⁴²⁴ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 406, Rz 39 ff; Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 49 ff.

⁴²⁵ Kley-Struller, Art. 6 EMRK 1993, 1; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 18.

deren Vermeidung (Anwaltskosten, Verfahrenshilfe⁴²⁶) existieren muss, um dem Einzelnen den Zugang nicht aus wirtschaftlichen Gründen zu verwehren. Die EMRK erachtet es dabei für ausreichend, wenn zumindest ein Spruchkörper, der die Erfordernisse eines Gerichts nach dem Verständnis der EMRK erfüllt, in einem Verfahrensgang die Entscheidung trifft oder treffen könnte (in Abhängigkeit vom Parteienverhalten). Es ist daher unter dem Regime der EMRK ausreichend, wenn in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, sofern zumindest danach der Rechtszug an ein Gericht (iSd EMRK) möglich ist. Die EMRK garantiert darüber hinaus auch keinen Instanzenzug, sollte ein solcher jedoch national vorgesehen sein, haben alle Instanzen die Verfahrensgarantien der EMRK zu beachten.⁴²⁷

Letztlich erscheint mir noch erwähnenswert, dass die EMRK auch Beschränkungen des Zugangs zu einem unparteiischen und unabhängigen Gericht als zulässig erachtet. Dabei hat eine Abwägung zwischen dem angestrebten Ziel und den dabei zu beachtenden Interessen zu erfolgen. Als Beispiele für legitime Beschränkungen seien die Immunität von Abgeordneten⁴²⁸, Verfahrensvorschriften wie Fristen, Formvorschriften für Klagen, Anwaltszwang oder etwa die oben erwähnten Gerichtskosten (mit den dort genannten Einschränkungen) genannt.⁴²⁹

⁴²⁶ *Rechberger* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz 442; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1541.

⁴²⁷ Etwa OGH 4.02.1970, 7Ob 12/70; dazu *Ermacora* in *Ermacora/Nowak/Tretter*, Menschenrechtskonvention 1983, 342; *derselbe* in *Ermacora/Nowak/Tretter*, Menschenrechtskonvention 1983, 351 (zu OGH 23.10.1974, 1Ob 170/1974); *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 959; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 413, Rz 48 ff; *Fischer/Köck*, Europarecht³ 1997, 163; *Ballon*, EMRK, JBl 1995, 624; *derselbe*, Verfahrensmängel 1993, 16; *Thienel*, EMRK, ÖJZ 2011, 599; *Haase*, Fairer Gerichtsverfahren 2006, 42; *Matscher*, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 21.

⁴²⁸ Betreffend die parlamentarische Immunität muss die Äußerung jedoch mit der parlamentarischen Funktion in Zusammenhang stehen, um schützenswert zu erscheinen; siehe dazu *Thienel*, EMRK, ÖJZ 2011, 598; *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 26.

⁴²⁹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 413, Rz 49 ff; *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 20 ff.

(3) Faires Verfahren

Die Anforderungen an ein faires Verfahren („fair trial“ oder auch „fair hearing“) normieren eine Pflicht zur Anhörung in billiger Weise und können einerseits anhand eines Kriterienkataloges überprüft werden. Unstrittig kann jedoch auch ohne Verletzung eines Kriteriums ein unfaires Verfahren vorliegen, wenn der Gerichtshof bei Prüfung des gesamten Verfahrens zu der Erkenntnis gelangt, dass die Grundsätze eines fairen Verfahrens nicht eingehalten wurden.⁴³⁰

Aus dem genannten Kriterienkatalog sind besonders hervorzuheben der **Grundsatz auf rechtliches Gehör**, der **Grundsatz der Waffengleichheit**, das **Recht auf Akteneinsicht** und das **Recht auf Begründung der Entscheidung**. Wesentliches Kriterium für ein faires Verfahren ist die Möglichkeit der Partei, unter den gleichen Voraussetzungen wie die Gegenpartei (bzw der Ankläger im Strafverfahren) Gelegenheit zur Äußerung in tatsächlicher und rechtlicher Sicht zu erlangen (rechtliches Gehör).⁴³¹

Um diese Garantie gewährleisten zu können, ist es ebenso erforderlich, auch den äquivalenten Kenntnisstand der Parteien gesetzlich sicherzustellen. Dazu dienen insbesondere auch die Akteneinsicht sowie insgesamt die Kenntnis gegnerischer Argumente und Beweise. Ein weiterer Ausfluss des rechtlichen Gehörs ist die Begründungspflicht. Die Ausprägung dieser Begründungspflicht kann im Einzelfall variieren. So bedarf die Ausübung von gesetzlich vorgesehenem Ermessen einer detaillierteren Begründung als bspw die augenscheinliche Subsumtion eines Sachverhaltes unter eine Rechtsvorschrift. Schließlich bietet Art 6 EMRK auch die Grundlage für ein wesentliches Kriterium des „fair trial“, nämlich die Garantie der Waf-

⁴³⁰ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 420, Rz 60 f; Fischer/Köck, Europarecht³ 1997, 165; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1544 ff; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 36; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 71.

⁴³¹ Haase, Faires Gerichtsverfahren 2006, 57 ff; Henckel, Rechtliches Gehör, in FS Matscher 1993, 188; Baumgärtel, Waffengleichheit und faire Prozeßführung, in FS Matscher 1993, 31: Dabei ist zu erwähnen, dass der Grundsatz des rechtlichen Gehörs für das streitige Verfahren bereits in der ZPO 1895 normiert war; siehe dazu Ballon, EMRK, JBl 1995, 623; Meyer-Ladewig, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 38 ff; Matscher, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 24.

fengleichheit. Für beide Parteien muss die Möglichkeit geschaffen werden, im Verfahren den jeweiligen Rechtsstandpunkt sowie die relevanten Beweismittel unter gleichen Bedingungen wie die Gegenseite bzw ohne Benachteiligung zu präsentieren. Die tatsächliche Ausnutzung eines potenziellen Nachteils durch die Gegenseite ist dabei nicht erforderlich, die bloße Möglichkeit dafür ist jedenfalls als Verletzung der Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK ausreichend.⁴³²

(4) Angemessene Verfahrensdauer

Die Angemessenheit der Verfahrensdauer kann grundsätzlich nur im Einzelfall beurteilt werden. Dazu werden vom EGMR vier Kriterien herangezogen. Die Beurteilung gründet sich dabei auf die **Bedeutung der Sache für den Beschwerdeführer**, die **Komplexität des Falles**, das **Verhalten des Beschwerdeführers** und letztlich auf das **Verhalten der Behörde**. Die Bedeutung der Sache lässt sich vor allem im Strafrecht plakativ darstellen. So ist bspw bei dem gravierenden Eingriff einer Inhaftierung die angemessene Verfahrensdauer eher kurz zu bemessen. Im Zivilrecht wurden etwa familienrechtliche Angelegenheiten als derart bedeutend beurteilt, dass ein strenger Maßstab an die Angemessenheit der Verfahrensdauer anzulegen ist. Naheliegend erscheint auch die Prüfung der Angemessenheit anhand der Komplexität der Sache. Komplizierte Sachverhalte oder Rechtsprobleme bedürfen einer eingehenderen Beurteilung und haben dadurch naturgemäß Auswirkungen auf die legitime Verfahrensdauer. Auch die letzten beiden Kriterien bedürfen keiner näheren Erläuterung, erhellt das telos dieser Aspekte bereits aus der Kurzbeschreibung. Sofern Beschwerdeführer oder auch Behörde an einer maßgeblichen Verzögerung der Verfahrensbeendigung teilhaben, muss das Verhalten des Beschwerdeführers als Rechtfertigung und jenes der Behörde als Indiz für

⁴³² *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 959 ff; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁹ 2012, 420, Rz 60 ff; *Fischer/Köck*, Europarecht³ 1997, 164 ff; *Haase*, Faires Gerichtsverfahren 2006, 59 ff; *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 35 ff; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 71 ff.

eine unangemessene, längere Verfahrensdauer herangezogen werden. Ähnlich zu den Ausführungen zum fairen Verfahren behält sich der EGMR auch dabei das Recht vor, pauschal eine Verletzung der angemessenen Verfahrensdauer, ohne gesonderte Ausführungen zu den ausjudizierten Kriterien zu treffen, festzustellen.⁴³³

(5) Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens

In Art 6 Abs 1 EMRK ist letztlich die Durchführung eines öffentlichen und mündlichen Verfahrens vorgesehen. Sofern demnach über Zivilrechte (iSd EMRK) entschieden wird, hat ein Verfahren diese Voraussetzungen zu erfüllen. Die **Öffentlichkeit** muss dabei zwar nicht in erster Instanz gewährleistet sein, sofern jedoch erst eine höhere Instanz diese Kriterien vorsieht, dürfen in diesen Verfahren keinerlei Einschränkungen bestehen. De facto ist daher in diesen Fällen nur dann den Bestimmungen der EMRK Genüge getan, wenn vor der Instanz das gesamte Verfahren wiederholt wird. Unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann bei Vorliegen bestimmter Gründe die Öffentlichkeit der Verhandlung beschränkt werden (bspw Sittlichkeit, öffentliche Ordnung).⁴³⁴ Jüngst hat der EGMR auch die Ansicht vertreten, dass etwa in sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten durchaus – aufgrund ihrer eher technischen Natur – auch schriftlich und somit ohne Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verfahren werden kann.⁴³⁵ Auf die **Mündlichkeit** kann verzichtet werden, wobei die Unterlassung eines schriftlichen Antrages auf Abhaltung einer mündlichen Verhandlung – obwohl die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung übli-

⁴³³ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 966; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 427, Rz 69 ff; *Fischer/Köck*, Europarecht³ 1997, 166 ff; *Haase*, Faires Gerichtsverfahren 2006, 80 ff; *Henckel*, Rechtliches Gehör, in FS Matscher 1993, 186 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1552; *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 71 ff; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 136 ff; *Matscher*, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 32 ff.

⁴³⁴ Der Antrag nur einer Partei kann bei Fehlen relevanter Gründe dabei keinesfalls den Ausschluss der Öffentlichkeit begründen: *Stürner*, Verfahrensgrundsätze, in FS Baur 1981, 661.

⁴³⁵ *Thienel*, EMRK, ÖJZ 2011, 599, FN 55; *Haase*, Faires Gerichtsverfahren 2006, 53 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007, Rz 1549.

cherweise nur auf Antrag erfolgt – bereits als gültiger Verzicht gesehen wird.⁴³⁶

iii. Der Bezug zur Anleitungspflicht

Die oben dargestellten Verfahrensgarantien der EMRK bilden demnach die „*elementaren Grundsätze eines geordneten Rechtsganges*“⁴³⁷ und daher ist naturgemäß auf deren Umsetzung schon aus diesem Grund größter Wert zu legen. Im Zusammenhang mit den hier behandelten Hauptthemen, der Anleitungspflicht und der Befangenheit, ergibt sich vor allem ein Fokus auf die **Waffengleichheit** und die **Unparteilichkeit/Unabhängigkeit**. Der Einfluss bzw die Wahrung der Garantien der EMRK lässt sich jedoch schon davor entdecken. Aus der Organisationsgarantie ist abzuleiten, dass die entscheidungsrelevanten (sprich: rechtserheblichen) Tatsachen durch das Gericht (Organ) selbst ermittelt und so dann unter die Rechtsvorschrift subsumiert werden müssen (siehe Kapitel ii. b) (1), oben). Somit kann als erster Schritt bereits aus der Organisationsgarantie abgeleitet werden, dass grundsätzlich die Einrichtung „Gericht“ iSd EMRK die Entscheidungsgrundlagen selbst zu erheben hat. Diesen Gedanken weitergedacht, muss man unweigerlich, vor allem im Zusammenhang mit der unvertretenen Partei, zu dem Ergebnis gelangen, dass die Einstufung als „rechtserheblich“ bereits eine Beurteilung von Tatsachen erfordert, die im vagen Licht einer ersten, revidierbaren rechtlichen Beurteilung zu erfolgen hat. Soll das Gericht daher die rechtserheblichen Tatsachen ermitteln, und ist die Partei (oder deren Rechtsvertreter), mangels Rechtskenntnis oder aufgrund von Unaufmerksamkeit, nicht zu deren Vorbringen imstande, muss das Gericht – jedenfalls wohl, wenn Anhalts-

⁴³⁶ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ 2007, Rz 965: Die Öffentlichkeit von Prozessen bringt natürlich auch Nachteile mit sich. Hinsichtlich Überlegungen zur Sinnhaftigkeit am Festhalten an der Öffentlichkeit von Zivilprozessen siehe *Simotta*, Öffentlichkeit im Zivilprozeß, in FS Matscher 1993, 494 ff; *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK 2003, Art 6, Rz 61 ff; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² 1996, Art 6, Rz 117 ff; *Matscher*, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980, 34.

⁴³⁷ *Böhm*, Bewegliches System 1986, 228.

punkte für derartige Tatsachen bestehen – mE aktiv tätig werden. Das ergibt sich mAn klar aus dem Begriff „ermitteln“.⁴³⁸ Nichts anderes tragen die §§ 182, 182a ZPO dem Richter auf, nämlich darauf hinzuwirken, dass (ua) die erheblichen, tatsächlichen Angaben gemacht werden.

Der Grundsatz der Waffengleichheit als „*besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes*“⁴³⁹ soll, wie oben erwähnt, den Parteien ermöglichen, ihre Sache unter gleichen Bedingungen präsentieren zu können, sodass keiner Partei daraus ein Nachteil entstehen kann (siehe dazu oben Kapitel ii. b) (3)). Dieser Forderung kann nur dann nachgekommen werden, wenn beiden Parteien auch bewusst ist, welche rechtliche Basis für den zu beurteilenden Sachverhalt herangezogen wird. Entsprechend dieser Auflage normiert nunmehr § 182a ZPO expressis verbis⁴⁴⁰, dass eine Erörterung der Sach- und Rechtslage zu erfolgen hat. Nur wenn beiden Parteien bewusst ist, welche Rechtsgrundlage das Gericht allenfalls anzuwenden gedenkt, können beide Parteien darauf reagieren und relevante Tatsachenbehauptungen erheben und ist dadurch für Waffengleichheit gesorgt. Dieses Argument rechtfertigt letztlich auch keine Unterscheidung danach, ob die Partei rechtsanwaltlich vertreten ist oder nicht. Wenn die vertretene Partei in Unkenntnis der (zumindest vorläufigen) Rechtsauffassung des Gerichtes wesentliches Vorbringen unterlässt, die Gegenseite „passendes“ Vorbringen dennoch, jedoch ebenso in Unkenntnis der richterlichen Rechtsauffassung erstattet, wäre die Beurteilung dieses Verfahrens als „fair“ wohl nicht mehr gerechtfertigt. Objektiv wäre zwar keine Partei bevorzugt, da beiden Parteien die Rechtsansicht des Gerichtes unbekannt wäre. In diesem Beispiel hätte die vertretene Partei jedoch den Vorteil, da unter den gleichen Voraussetzungen wie die Gegenpartei (Unkenntnis der richterlichen rechtlichen Beurteilung) die Rechtsansicht des Gerichtes erraten und passendes Vorbringen erstattet worden wäre. Eine Präsentation

⁴³⁸ Siehe dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 400, Rz 29; aaO auch FN 154.

⁴³⁹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 421, Rz 61.

⁴⁴⁰ Eine Auffassung, die auch vor Bestehen des § 182a ZPO bereits die Judikatur vertrat.

unter „gleichen Bedingungen“ wäre dadurch jedenfalls nicht gewährleistet. Umso mehr ist daher zur Wahrung der Waffengleichheit auch im Anwaltsprozess eine Anleitungspflicht zu bejahen und letztlich auch die erweiterte Anleitungspflicht im bezirksgerichtlichen Verfahren bei unvertretenen Parteien gerechtfertigt bzw zwingend notwendig. Nur so kann die Herstellung *„einer – materiell – gleichwertigen Prozeßsituation“*⁴⁴¹ gewährleistet und damit der EMRK Genüge getan werden

Zum spezielleren Fall der unvertretenen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren ist betreffend die Waffengleichheit noch ein weiterer Gedanke hinzuzufügen. Unabhängig von der durch das Gericht vertretenen Rechtsauffassung kann es zusätzlich zu einem Missverhältnis der Rechtskenntnis der Parteien kommen; sei es durch bessere Rechtskenntnis einer Partei, sei es durch rechtskundige Vertretung nur einer Partei. Diese Schieflage der Voraussetzungen kann der Garantie der Waffengleichheit nur zuwiderlaufen und würde jedenfalls einer Präsentation unter gleichen Voraussetzungen widersprechen. Schließlich soll den Parteien die Möglichkeit geboten werden, *„ihre Rechts- und Sachargumente vorzutragen, Beweise dazu anzubieten und zum Vorbringen des Gegners Stellung zu nehmen“*.⁴⁴² Erforderliche Sach- und Rechtsargumente können nur dann erkannt werden, wenn entsprechendes juristisches Wissen vorhanden ist.⁴⁴³ Sofern die Prozessordnung daher einer unvertretenen Partei die Prozessführung unter gewissen Voraussetzungen gestattet, muss sie dafür auch das fehlende juristische Fachwissen ersetzen. Nur so kann dem Gebot der Waffengleichheit entsprochen werden, indem der Vortrag der Argumente (substituiert durch die richterliche Anleitung) mit dem gleichen juristischen Wissen erfolgt.⁴⁴⁴ Dieses Gebot der EMRK ist daher durch die Anleitungspflicht⁴⁴⁵ der ZPO jedenfalls gewährleistet.

⁴⁴¹ Baumgärtel, Waffengleichheit und faire Prozeßführung, in FS Matscher 1993, 31.

⁴⁴² Ballon, EMRK, JBI 1995, 624.

⁴⁴³ Kuderna, Soziale Funktion, DRdA 1986, 184.

⁴⁴⁴ Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 2.

⁴⁴⁵ Und dabei insbesondere durch die erweiterte Anleitungspflicht iSd §§ 432, 435 ZPO.

Wie bereits erwähnt, sehen sowohl Rechtsprechung als auch Lehre einen engen Zusammenhang zwischen der Unparteilichkeit und der Unabhängigkeit.⁴⁴⁶ Die Forderung der EMRK nach Weisungsungebundenheit geht daher Hand in Hand mit jener nach Unvoreingenommenheit. Die Verhandlung ist somit vom Richter – unabhängig von den weiter unten beschriebenen Rechtsfolgen einer allfälligen Befangenheit – schon zur Wahrung dieser beiden Verfahrensgarantien der EMRK in einer Weise zu führen, dass bei den Parteien kein Eindruck entstehen kann, eine Partei würde bevorzugt oder (besonders in einem frühen Stadium der Verhandlung) die Entscheidungsfindung durch das Entscheidungsorgan hätte bereits stattgefunden. Dies sind mE wichtige Auswirkungen der Verfahrensgarantien, da die JN/ZPO lediglich bei einer gewissen Intensität einer unangebrachten Verhaltensweise Schutz gegen Befangenheit des Richters gewährt (siehe Kapitel 2. unten). Anhand der Garantien der EMRK lässt sich nunmehr auch ein allgemeiner Verhaltensmaßstab des Richters bestimmen, welcher zu gelassener und objektiver Verhandlungsführung in einer Art Verhaltenskodex anleitet. Wohl mag dessen rechtliche Durchsetzung auf Grundlage der EMRK bei „leichten“ Fällen der Unparteilichkeit letztlich nicht erreichbar sein; dennoch unterstützen diese Garantien der EMRK mAn eine faire und geordnete Verhandlungsführung. Nicht zuletzt vermag ein Regelwerk im Verfassungsrang (EMRK) auf psychologischer Ebene das Entscheidungsorgan auch abseits allfälliger Sanktionen bzw anderer Rechtsfolgen (bspw Ablehnung des Richters durch die Parteien) zu einer objektiveren Prozessführung hinzulenken. Dieser Gedanke kann mE insbesondere dann die Wahrung der Grundlagen eines fairen Verfahrens zu sichern helfen, wenn besonders uneinsichtige und hartnäckige Parteien die Unvertretbarkeit ihrer Standpunkte nicht einsehen bzw die Rechtmäßigkeit gegnerischer Ansprüche nicht akzeptieren wollen. In Fällen von bspw (aussichtslosen) Antragsfluten oder hanebüchenem Vorbringen mag sich der Richter auf die Grundsätze der EMRK besinnen und es bei einer

⁴⁴⁶ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012, 406, Rz 39; Thienel, EMRK, ÖJZ 2011, 598.

ruhigen Verfahrensführung, ohne Ausnützung des Spielraumes bis hin zu den Grenzen seiner Unbefangenheit, bewenden lassen.

Eine weitere Auswirkung der Verfahrensgarantien der EMRK findet sich schließlich auch in einem anderen Bereich der Anleitungspflicht. Zur Wahrung einer angemessenen Verfahrensdauer und der Prozessökonomie ermöglicht die ZPO dem Gericht auch die Abweisung von Anträgen wegen Verspätung oder auch die Zurückweisung von Vorbringen. Zusätzlich hat das Gericht auch bei offensichtlichen Widersprüchen im Vorbringen diese zu erörtern und mitunter sogar zu Klageänderungen anzuleiten. Dies entspricht mE voll den Garantien der EMRK, da diese Befugnisse der Prozessökonomie dienen, dabei jedoch auch die Gegenseite vor einer überlangen Verfahrensdauer schützen. Die Abwehr aussichtsloser Anträge, aber auch die Erörterung von Widersprüchen durch das Gericht⁴⁴⁷ trägt mE wesentlich zu einer raschen Entscheidungsfindung und damit zu einem fairen Verfahren bei. Die Unterbindung von verfahrensverzögernden Schritten einer Partei unterstützt das wohl unstrittig vorhandene Rechtsschutzbedürfnis beider Parteien und fördert somit auch den Eindruck eines unparteilichen Entscheidungsorgans maßgeblich. Daraus erhellt abschließend, dass sämtliche Verfahrenshandlungen durch das Gericht (Anleitungen, Erörterungen, Fragestellungen, Vorhaltungen, etc.) sachlich, zurückhaltend und „unverdächtig“ im Sinne einer Parteienbevorzugung zu erfolgen haben, sodass daraus die Parteien keine Grundlage für eine unsachliche, subjektive Behandlung ableiten können.

Wie oben beschrieben, kann auf die Unparteilichkeit des Entscheidungsorgans laut EMRK verzichtet werden. Der Verzicht kann jedoch nur dann wirksam zu Stande kommen, wenn davor eine Beratung mit einem

⁴⁴⁷ Die Erörterung von Widersprüchen wird in § 182 Abs 2 ZPO zwar ohnehin gesondert erwähnt; dabei muss jedoch beachtet werden, dass diese verba legalia unzweifelhaft bereits vor Geltung der EMRK Bestand hatten. Die Regelung der ZPO entspricht daher wohl den Forderungen der EMRK, hatte jedoch mE eine eigenständige Intention auf rasche und richtige Erledigung des Verfahrensgegenstandes. Ich bin daher der Ansicht, dass sich aus der EMRK zusätzlich zu § 182 Abs 2 ZPO eine Pflicht zur Erörterung von Widersprüchen ergibt.

Rechtsvertreter ermöglicht wird. Fraglich ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung des § 21 Abs 2 JN, der bei **Kenntnis des Ablehnungsgrundes** und Einlassung in die Verhandlung (bzw Antragstellung) die Geltendmachung des Ablehnungsgrundes verwehrt. Zuallererst muss daher gefragt werden, was die „Kenntnis“ des Ablehnungsgrundes bedeutet. Soll dabei die Wahrnehmung jenes Sachverhaltes ausreichend sein, der einen Ablehnungsgrund zu begründen vermag, oder muss die Partei diesen Umstand in dem Bewusstsein wahrnehmen, dass dieser die Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes zu tragen imstande ist. Genügt also bspw die Kenntnis der Verwandtschaft zwischen Richter und Gegenpartei oder muss auch das Wissen vorhanden sein, dass dadurch die Ablehnung des Richters ermöglicht wird. *Ballon*⁴⁴⁸ spricht vom „*Zeitpunkt des Bekanntwerdens [...] von Tatsachen*“, woraus sich die Vermutung ergibt, dass bereits die bloße Kenntnis des Faktums (hier) der Verwandtschaft und eine Einlassung in das Verfahren die Geltendmachung einer Befangenheit verhindern kann. Die EMRK verlangt nunmehr, dass vor Verzicht auf die Geltendmachung der Befangenheit – und mE wäre diese gesetzliche Fiktion des § 21 Abs 2 JN nichts anderes als ein Verzicht – ein Rechtskundiger konsultiert werden muss. Diese Ansicht legt den Schluss nahe, dass bei einer derart wesentlichen Entscheidung – insbesondere für ein faires Verfahren – nur dann verzichtet werden soll, wenn ein rechtlicher Beistand den Sachverhalt beurteilt hat. Inhalt dieser Beurteilung wird mE einerseits das Vorliegen von Befangenheitsgründen an sich sein.⁴⁴⁹ Zusätzlich wird die Konsultation eines Rechtsbeistandes aber auch die Beurteilung der Chancen einer Durchsetzung, der möglichen Auswirkungen des Befangenheitsgrundes, sowie auch taktische Erwägungen bei der

⁴⁴⁸ *Ballon* in *Fasching Kommentar*² 2000, Rz 1 zu § 21 JN.

⁴⁴⁹ Das Erfordernis der Prüfung des Vorliegens von Befangenheitsgründen durch einen Rechtsanwalt wird im Rahmen der EMRK wohl nur eine untergeordnete Rolle spielen, sieht die EMRK ja gerade den Verzicht auf einen Befangenheitsgrund vor. Demnach ist davon auszugehen, dass bei Festlegung allfälliger Regeln zum Verzicht, das Vorliegen eines Befangenheitsgrundes ja bereits vorausgesetzt wird. Sofern die Partei demnach einer rechtlichen Beratung bei Verzicht auf einen Befangenheitsgrund bedarf, kann das nur bedeuten, dass das Vorliegen einer (möglichen) Befangenheit zumindest (auch) der Partei bekannt ist (ungeachtet der sodann durch den Rechtsanwalt zu beurteilenden Eignung des Befangenheitsgrundes für einen Ablehnungsantrag).

Geltendmachung und allfälligen Konsequenzen⁴⁵⁰ enthalten. Aufgrund dieser vielfältigen, zu berücksichtigenden Punkte erscheint die oben erwähnte tatsächliche Unterscheidung, was der Begriff „bekannter Ablehnungsgrund“ in § 21 Abs 2 JN bedeuten soll, obsolet. Die mannigfaltigen und mitunter schwerwiegenden Konsequenzen der Beurteilung eines Verzichts auf die Geltendmachung einer Befangenheit rechtfertigt in jeder Konstellation und mE bei jedem Kenntnisstand der Partei (tatsächliches Erkennen eines Befangenheitsgrundes oder bloße Wahrnehmung des möglicherweise ablehnungsrelevanten Sachverhaltes) die von der EMRK geforderte Konsultation eines Rechtsbeistandes.

Eine Einschränkung auf anwaltschaftlich vertretene⁴⁵¹ Parteien lässt sich der Bestimmung des § 21 Abs 2 JN nicht entnehmen, insofern sie bei der unvertretenen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren dieselben Rechtsfolgen entstehen ließe. Nach dem oben Gesagten bin ich jedoch der Ansicht, dass die unvertretene Partei vor Einlassung in das Verfahren eine Möglichkeit zur rechtlichen Beurteilung von eventuell vorliegenden Befangenheitsgründen durch einen Rechtsbeistand haben muss. Unter dem Regime der ZPO könnte dies in der vorliegenden Konstellation allenfalls über eine richterliche Anleitungspflicht erfolgen. Die fehlende Rechtskenntnis (bzw das Fehlen eines Rechtsvertreters) soll ja zumindest durch eine richterliche Anleitung substituiert werden. Wenn die EMRK daher vor Verzicht auf die Geltendmachung der Unparteilichkeit eine rechtliche Konsultation vorschreibt, kann – bei EMRK-konformer Auslegung – diese mE im Rahmen des geltenden Systems nur vom Richter übernommen werden. Diese Lösung ist jedoch äußerst heikel, kann der Richter doch quasi seine eigene Befangenheit der Partei gegenüber nur dann darlegen, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind. Diese müssen aber derart geeignet sein, dass die Anleitung zur Relevierung bzw die Erörterung von Ablehnungs-

⁴⁵⁰ Dabei sei nur an Kostenfolgen und allfällige Nachteile bei Scheitern des Antrages auf Ablehnung etc. gedacht.

⁴⁵¹ Was meines Erachtens eine gesonderte Konsultation naturgemäß als obsolet erscheinen ließe.

gründen zumindest in abstracto durch das Gericht eine ausreichende Basis erfährt. Dies hätte zur Folge, dass der Richter eine mögliche Befangenheit seiner eigenen Person mit der Partei zu erörtern hätte. Liegen ausreichende Gründe für eine Befangenheit vor, hätte der Richter zudem auch selbst die Pflicht, diese anzuzeigen (§ 22 GOG und § 182 Geo). Diese Konstellation lässt sich mE mit den Grundsätzen des fair trial nicht vereinbaren, sodass ich der Ansicht bin, dass § 21 Abs 2 JN bei der unvertretenen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren und im Lichte der EMRK als bedenklich anzusehen ist. Die Bestimmung wäre mE daher einschränkend auf die anwaltlich vertretene Partei auszulegen.

2 Das Überraschungsverbot

Entsprechend dem Titel der Arbeit soll dem Überraschungsverbot ein gesondertes Kapitel gewidmet werden.

2.1. Rechtliche Grundlagen

Aus den bereits geschilderten Ansprüchen Franz Kleins an den Zivilprozess, aber auch aus den Anforderungen der EMRK⁴⁵² geht hervor, dass das Ergebnis des Zivilprozesses keinesfalls zufällig oder ausschließlich vor dem Hintergrund einer raschen Abhandlung der Angelegenheit basierend auf der Unaufmerksamkeit einer Partei entstehen soll. Erklärtes Ziel der ZPO ist die faire, objektive Entscheidung einer Rechtssache auf Grundlage aller Informationen – soweit dies möglich ist – unter Wahrung der Waffengleichheit. Daher hat sich in der Judikatur schon früh der Grundsatz des Überraschungsverbotes aus der Anleitungspflicht des Gerichtes entwickelt. Die ständige Rechtsprechung hat bereits vor Inkrafttre-

⁴⁵² Neumayr, Zivilprozessrecht² I 2004, 14.

ten des § 182a ZPO die Ansicht vertreten, dass eine Entscheidung nur auf jener rechtlichen Grundlage getroffen werden darf, die mit den Parteien erörtert und ihnen sodann Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde.⁴⁵³ Unzweifelhaft, und das erhellt schon aus der Regelung des Überraschungsverbotes in § 182a ZPO, gilt dies (auch) im Anwaltsprozess.⁴⁵⁴

Die Sichtweise ist auch nur konsequent, da bereits aus § 182 Abs 1 ZPO eine Pflicht zur Erörterung der Rechtsansicht abgeleitet wird. In dieser Arbeit wurde oben versucht darzustellen, dass sowohl die Erörterung des Rechts- als auch des Sachvorbringens ineinander fließt und auch das Gericht nicht umhinkommt, seine Rechtsansicht aufgrund der vorliegenden Erkenntnisse jeweils zu erörtern. Durch die Unterlassung einer Darlegung der rechtlichen Sichtweise des Gerichtes würde die Partei nämlich einerseits ihrer Möglichkeit zur Erstattung entsprechenden Vorbringens (und Beweise) beraubt; darüber hinaus kann das Gericht in diesem Fall auch seiner Anleitungspflicht, wie oben dargestellt, letztlich nicht nachkommen. Daher regelt bereits § 182 Abs 1 ZPO, dass der Vorsitzende darauf hinzuwirken hat, dass die für die Entscheidung erheblichen Angaben gemacht, ergänzt und Umstände (sowie Beweisanbote) vervollständigt werden. Bleibt die Rechtsansicht des Gerichtes den Parteien verborgen, kann naturgemäß eine Anleitung durch das Gericht erst gar nicht erfolgen bzw wird das Ziel dieser Anleitung von den Parteien nicht erkannt werden können. Demnach ergibt sich im Falle der überraschenden Rechtsansicht des Gerichtes logisch, dass die Anleitungspflicht bei der Entscheidung durch den Richter bereits auf Grundlage des § 182 Abs 1 ZPO verletzt worden sein muss.⁴⁵⁵

⁴⁵³ *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz10; *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, S 56 ff; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung⁶⁷ I 2009, Rz 36; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 182 ZPO, E 20; *Fucik* in *Fucik/Klauser/Kloiber*, Zivilprozessrecht¹¹ 2011, 269.

⁴⁵⁴ *Kodek* in *Fasching/Konecny*, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 17.

⁴⁵⁵ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 57.

Diese Grundlage für das Überraschungsverbot wurde nunmehr durch § 182a ZPO ergänzt, regelt doch die zitierte Bestimmung in ihrem zweiten Satz nunmehr *expressis verbis*, dass außer in Nebenansprüchen das Gericht seine Entscheidung nur dann auch auf rechtliche Gesichtspunkte – die seitens einer Partei übersehen oder für unerheblich gehalten wurden – stützen darf, wenn diese Punkte erörtert und Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde. Die auf stRsp beruhende Geltung des Überraschungsverbots wurde somit durch § 182a ZPO (ua) in das Gesetz übernommen und, wie weiter unten dargestellt wird, teilweise auch erweitert.⁴⁵⁶

2.2. Inhalt des Überraschungsverbotes

Der nunmehr geltende § 182a ZPO regelt in seinem zweiten Satz zwei Voraussetzungen, wann eine Rechtsansicht jedenfalls Grundlage für die Entscheidung des Gerichtes ohne Verletzung der Anleitungspflicht sein darf. Einerseits muss der rechtliche Aspekt erörtert worden sein, zusätzlich müssen die Parteien Gelegenheit zur Äußerung gehabt haben. Sofern diese zwei Punkte erfüllt sind, kann ein Verfahrensmangel auf Grundlage der Verletzung der Anleitungspflicht iSd Überraschungsverbots grundsätzlich nicht vorliegen.

Was unter der **Erörterung** zu verstehen ist, wird auch in § 182a ZPO nicht gesondert ausgeführt, jedoch wird man darin jedenfalls ein aktives Tun (Anleitung!) des Richters zu verstehen haben. Zumal ja auch im Gesetz ausdrücklich auf § 182 ZPO Bezug genommen wird, darf grundsätzlich auf das zur zuletzt genannten Bestimmung in dieser Arbeit Gesagte verwiesen werden. Interessant erscheint mE in diesem Zusammenhang, dass die *verba legalia* des § 182a ZPO dem Gericht die Erörterung von rechtlichen Gesichtspunkten vorschreiben, die von einer Partei erkennbar über-

⁴⁵⁶ OGH 7 Ob 125/07v, JBl 2008, 191.

sehen oder für unerheblich gehalten werden. Diese Formulierung des § 182a, zweiter Satz ZPO erweitert daher mE nicht nur die Anleitungspflicht per se, sondern primär auch den ersten Satz des § 182a ZPO, da nach dem ersten Satz leg cit lediglich die Erörterung der Sach- und Rechtsvorbringen **der Parteien** zu erörtern sind. Erst im zweiten Satz der zitierten Bestimmung normiert das Gesetz, dass dem Gericht eine Entscheidung auf Grundlage rechtlicher Gesichtspunkte, die eine Partei übersehen oder für unerheblich befunden hat, verwehrt bleibt (sofern keine Erörterung und Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde).

Nun kann ein rechtlicher Aspekt einerseits übersehen werden, weil der Parteienvertreter etwa Rechtsausführungen des Gegners nicht beachtet oder für unerheblich erachtet hat (dazu sogleich unten). Andererseits kann jedoch auch eine Verletzung des Überraschungsverbotes dadurch eintreten, dass bspw bei schriftlicher Ausfertigung des Urteils das Gericht bisher unerörterte Rechtsaspekte als Entscheidungsgrundlage (in der Hauptsache) heranzieht.⁴⁵⁷ Insofern zieht der zweite Satz leg cit eine Erweiterung der Anleitungspflicht iSd ersten Satzes leg cit nach sich, da auch die Erörterung der Rechtsansicht des Gerichtes – zumindest indirekt – normiert wird. Zusätzlich ergibt sich daraus auch ein deutlicheres Bekenntnis der ZPO zur Erörterung auch der richterlichen Rechtsansicht, als dies § 182 Abs 1 ZPO zu vermitteln vermag.

Die Erweiterung der Anleitungspflicht selbst durch § 182a ZPO ergibt sich daher aus dem Gesagten logisch zwingend. Sofern eine Partei eine Rechtsansicht „übersehen“ oder „für unerheblich halten“ kann, wird davon (zumindest auch) der Fall erfasst, dass die Rechtsansicht bereits Thema im Verfahren war. Allein diese Tatsache soll jedoch nach § 182a ZPO

⁴⁵⁷ In diesem Fall hat das Gericht das Verfahren neu zu eröffnen und den Parteien Gelegenheit zu geben, sich zur relevanten Rechtslage zu äußern; siehe *Schragel in Faching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz.10; im Falle der „überraschenden“ Rechtsansicht einer Instanz wäre eine Verfahrensergänzung durch das erstinstanzliche Gericht durchzuführen, wie etwa das OLG Linz entschied (nachzulesen in OGH 5 Ob 52/11z).

auch im Anwaltsprozess nicht mehr ausreichend dafür sein, dass die richterliche Anleitungspflicht entfällt, weil ohnehin bereits durch das „*ins Spiel bringen*“⁴⁵⁸ der Rechtsansicht durch die Gegenseite – bei gehöriger Aufmerksamkeit des Parteienvertreters – Gelegenheit zur Äußerung bestanden hätte. Vielmehr soll auch gerade in diesem Fall, sofern das Gericht die Unachtsamkeit erkannt hat, eine Erörterung dieser rechtlichen Aspekte erfolgen müssen. War dieser Irrtum der Partei zwar erkennbar, wurde vom Prozessgericht jedoch nicht erkannt, stellt dies ebenso einen Verfahrensmangel dar. Werden im Verfahren unbeachtet gebliebene rechtliche Aspekte nicht erörtert, kann ein Verfahrensmangel nur dann angenommen werden, wenn dadurch der Partei das Vorbringen dafür relevanter Tatsachen verwehrt bleibt. *Schrager*⁴⁵⁹ ist daher der Ansicht, dass eine rechtlich abweichende Wertung jener Tatsachen, die den bisher erörterten Rechtsaspekten zugrunde gelegt wurden zwar eine Verletzung der Anleitungspflicht darstellen würden, Rechtsfolgen im Sinne der Geltendmachung eines Verfahrensmangels jedoch dadurch nicht ausgelöst werden.

Auch das Überraschungsverbot gilt für das gesamte Verfahren, so auch für das Berufungsgericht.⁴⁶⁰ Sofern das Berufungsgericht einen neuen rechtlichen Aspekt entgegen der Ansicht des Erstgerichts heranzieht, hat es den Parteien entweder im Zuge einer mündlichen Verhandlung die Erörterung dieser Aspekte zu ermöglichen oder die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen.⁴⁶¹ Vor Einführung des § 182a ZPO hat der OGH ausgesprochen, dass lediglich die abweichende Rechtsansicht des Berufungsgerichtes auf Grundlage der Tatsachen erster Instanz keine Überraschung im Sinne der ergangenen Judikatur (zu § 182 ZPO) darstellt.⁴⁶² Jedenfalls durch Einführung des § 182a ZPO wird dadurch idR

⁴⁵⁸ OGH 7 Ob 125/07v, JBI 2008, 191.

⁴⁵⁹ *Schrager* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 10; OGH 7 Ob 125/07v, JBI 2008, 191.

⁴⁶⁰ OGH 7 Ob 125/07v, JBI 2008, 190.

⁴⁶¹ *Schrager* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 10.

⁴⁶² OGH 1 Ob 356/98d; OGH 1 Ob 283/00z; OGH 7 Ob 125/07v, JBI 2008, 190; OGH 6 Ob 26/00t.

eine Verletzung des § 182a Satz 2 ZPO verwirklicht werden. Wie oben ausgeführt kann diese Verletzung nur dann zur Relevierung eines Verfahrensmangel führen, wenn die Partei bei Kenntnis der Rechtsansicht zusätzlich neue Tatsachen vorbringen hätte können. Wiewohl die eine oder die andere Partei von der abweichenden **Auslegung eines Vertrages** durch das Berufungsgericht persönlich überrascht sein mag, soll dies nach Ansicht des OGH keine überraschende Rechtsansicht iSd § 182a ZPO sein, sofern den Parteien klar sein musste, dass die Auslegung der Verträge für die Entscheidung von Bedeutung sein muss.⁴⁶³

Ähnlich argumentiert der OGH⁴⁶⁴ hinsichtlich der beweisbelasteten Partei, wenn es sozusagen um die „Kernfrage“ des Verfahrens geht. Die beweisbelastete Partei kann demnach durch die Auseinandersetzung des Berufungsgerichtes mit einer Frage, die quasi Hauptargument einer der Parteien war, nicht überrascht werden. Ebenso können Argumentationen, die bereits vom Erstgericht vertreten wurden, eine Partei keinesfalls überraschen.⁴⁶⁵

Als Sonderfall soll noch erwähnt werden, dass eine Überraschung im Sinne des § 182a ZPO auch dann eintreten kann, wenn der OGH letztlich von der herrschenden Rechtsprechung abweicht.⁴⁶⁶ Meines Erachtens ist es nur konsequent, auch diese Konstellation als Anwendungsfall des Verbots der Überraschungsentscheidung zu sehen.⁴⁶⁷ Sofern sich die Partei bei ih-

⁴⁶³ OGH 6 Ob 284/08w; www.ris.bka.gv.at, Rechtssatznummer RS0037300 (T 15); so auch schon vor der ZVN 2002 etwa OGH 1 Ob 283/00z.

⁴⁶⁴ OGH 9 ObA 89/09t; In dieser Entscheidung wurde seitens der beklagten Partei (Dienstgeber) eine Überraschung durch das Berufungsgericht dahingehend vermutet, als letzteres im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis „zur Erprobung“ (iZm § 10a Abs 1 MSchG) die Frage nach dem Motiv dieser Befristung erörterte. Nachdem den Dienstgeber die Behauptungs- und Beweislast für die sachliche Begründung der Befristung trifft und diese selbst sich auf die Befristung berufen hat, war der OGH der Ansicht, dass die Erörterung der Befristung und damit des Motivs als rechtlich relevanter Aspekt die beklagte Partei nicht überraschen konnte.

⁴⁶⁵ OGH 5 Ob 219/10g.

⁴⁶⁶ So auch bereits vor der ZVN 2002 etwa OGH 9 ObA 111/87 in JBl 1988, 470 (mit einem Kommentar von Hans Pfersmann)

⁴⁶⁷ So auch zur Rechtslage vor der ZVN 2002 *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 60.

rer Klagsführung (oder Verteidigung) an der (herrschenden) oberstgerichtlichen Rechtsprechung orientiert, wäre es mAn eine Außerachtlassung aller Grundsätze der ZPO, sollte die letzte Instanz sodann von dieser abweichen und der Partei keine Gelegenheit mehr zur Erstattung entsprechend relevanten Vorbringens geben. Umgekehrt hat der OGH auch ausgesprochen, dass (jedenfalls) für den Fall der Berufung beider Parteien auf oberstgerichtliche Judikatur diese nicht durch die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes überrascht werden können, wenn dieses sodann der Rechtsprechung des OGH folgt.⁴⁶⁸ Sofern die Rechtsansicht des OGH von jener der Vorinstanzen abweicht und diesbezüglich weitere Feststellungen erforderlich sind, bleibt selbstverständlich – mangels der Möglichkeit eines mündlichen Verfahrens vor dem OGH – zur Einhaltung des Überraschungsverbotes nur die Zurückweisung an das Erstgericht und die Ergänzung der Vorbringen vor diesem im Rahmen des fortgesetzten Verfahrens.⁴⁶⁹

Die Unterlassung der Erörterung rechtlicher Gesichtspunkte kann selbstverständlich nur dann von Relevanz für einen allfälligen Verfahrensmangel sein, wenn diese Erörterung zu einem streiterheblichen Tatsachenvorbringen durch die Partei geführt⁴⁷⁰ und dieses Vorbringen eine Auswirkung auf die Entscheidung gehabt hätte (oder hätte haben können).⁴⁷¹ Eine abweichende rechtliche Würdigung bereits erörterter und zu Grunde gelegter Tatsachen, deren Ergänzung auch nicht bei Darlegung der letztlich herangezogenen Rechtsansicht des Gerichtes angezeigt gewesen wäre, begründet keine Grundlage für einen Verfahrensmangel.⁴⁷² Das Gericht hat daher nicht zwingend seine Rechtsansicht, welche es dem Urteil zu Grun-

⁴⁶⁸ OGH 9 Ob 5/07m.

⁴⁶⁹ OGH 8 ObS 6/07a.

⁴⁷⁰ So bspw OLG Graz, nachzulesen in OGH 5 Ob 5/02z; so auch bereits König, JBI 1978, 265 f; Stohanzl, Taschenkommentar ZPO⁹ 2002, § 19 JN, 283.

⁴⁷¹ OGH 7 Ob 125/07v in JBI 2008, 191; Daher ist etwa auch im Rechtsmittel jenes Vorbringen aufzuzeigen, welches bei Wahrnehmung der Anleitungspflichten durch das Gericht durch die Partei erstattet worden wäre, OGH 10 Ob 70/06a.

⁴⁷² Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz10; OGH 7 Ob 111/06h; zur Rechtslage vor der ZVN 2002 mit demselben Ergebnis siehe Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 59.

de legen möchte und das sich aus den erstatteten Vorbringen ergibt, kundzutun. Dies gilt jedoch nur unter der Prämisse, dass bei Preisgabe der Rechtsansicht dennoch keine weiteren rechtserheblichen Tatsachen durch die Parteien erstattet worden wären, da diese jene Rechtsansicht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten haben.⁴⁷³

Wie oben erwähnt, ergab sich durch Einführung des § 182a ZPO eine Ausdehnung der Anleitungspflicht, insbesondere hinsichtlich des Überraschungsverbotes und damit der Erörterung „rechtlicher Gesichtspunkte“. Auf Grundlage des § 182a ZPO hat das Gericht nunmehr, in Abkehr von der stRsp zu § 182 Abs 1 ZPO, auch dann anzuleiten, wenn eine Partei erkennbar rechtliche Gesichtspunkte, die von der Gegenseite ins Spiel gebracht worden waren, übersehen oder für unerheblich gehalten hat.⁴⁷⁴

In diesem Zusammenhang soll jedoch nicht übersehen werden, dass die Judikatur auch nach Einführung des § 182a ZPO weiterhin der Ansicht folgt, dass bei Vorliegen eines klaren Rechtsschutzziels und eine dieses verfehlenden Klagebegehrens zwar eine Anleitungspflicht im Sinne eines „Aufmerksam machens“ besteht und auch Gelegenheit zur Äußerung geboten werden muss. Jedoch vertritt der OGH auch weiterhin die Meinung, wonach auch die Einführung des § 182a ZPO nichts daran geändert hat, dass den Richter keine Anleitungspflicht zu einem Vorbringen trifft, dessen Schwächen bereits der Gegner aufgezeigt hat.⁴⁷⁵ Es ist daher auch nach Einführung des § 182a ZPO zu unterscheiden, ob der Partei die „rechtliche Richtung“, die das Verfahren nimmt, verborgen bleibt, oder ob „nur“ das entsprechende notwendige und richtige Vorbringen zum verfolgten Rechtsschutzziel verkannt und daher unrichtig erstattet wird. Im ersten Fall wird aus § 182a ZPO eine Erörterung der Rechtsansicht, und zwar auch wenn die Gegenseite diese Aspekte bereits „ins Spiel gebracht hat“, durch

⁴⁷³ *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 946.

⁴⁷⁴ OGH 7 Ob 83/05i, in JBI 2006, S186; *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetz² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 10.

⁴⁷⁵ Bspw OGH 10 Ob 46/11d, ecolex 2012, 40.

das Gericht vorgeschrieben. Bei Mängeln des Vorbringens im Lichte des erkennbaren Rechtsschutzzieles einer Partei erweitert jedoch auch § 182a ZPO laut OGH nicht die Anleitungs- bzw Erörterungspflicht des Richters, sofern der Gegner die Schwäche des Vorbringens bereits aufgezeigt hat. Zusätzlich schränkt der OGH bspw in seinem Judikat *10 Ob 46/11d* die richterliche Pflicht dahin ein, dass sich jede Prüfung des Erfordernisses einer Prozessleitung „nach den Umständen des Einzelfalles“ richtet, wodurch ein größerer Spielraum eröffnet wird. Zusammenfassend normiert § 182a ZPO daher zwar die Erörterung der **Sach-** und **Rechtslage**, jedoch findet sich im zweiten Satz der zitierten Bestimmung eine Erweiterung der Anleitungspflicht nur hinsichtlich rechtlicher Gesichtspunkte. Entgegen der fehlenden Anleitungspflicht bei Versäumnissen iZm relevantem Vorbringen (welches durch die Gegenseite aufgezeigt wurde) müssen iS einer erweiterten Anleitungspflicht bei bereits verfahrensgegenständlichen Rechtsaspekten diese dennoch erörtert werden, sofern diese erkennbar von einer Partei übersehen wurden. Grundsätzlich gilt auch für die Anleitungspflicht im Rahmen des Überraschungsverbotes, dass sich diese jeweils im Rahmen des behaupteten Anspruches zu bewegen hat (siehe dazu auch Kapitel 1.2.2.1.5.).⁴⁷⁶

Nach der stRsp vor Inkrafttreten des § 182a ZPO wurde eine Rechtsansicht des Gerichtes nur dann als überraschend angesehen, wenn sie bis zum Schluss des Verfahrens erster Instanz von keiner der beiden Parteien ins Treffen geführt wurde und dadurch keine Möglichkeit zur Stellungnahme bestanden hat.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ OGH 1 Ob 144/97a, JBI 1998, 308; OGH 1 Ob 21/02y, JBI 2003, 43 f.

⁴⁷⁷ *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003, zu §§ 182, 182a, Rz 10; OGH 1 Ob 284/01y, JBI 2002, 385; OGH 1 Ob 283/00z.

II. Die Grundlagen für die Prüfung einer Befangenheit

1 Allgemeines⁴⁷⁸

Das Gesetz unterscheidet zwischen Befangenheits- und Ausschließungsgründen und nennt diese zusammenfassend Ablehnungsgründe.⁴⁷⁹ Hintergrund dafür ist die Sicherung einer objektiven Entscheidung durch das Gericht, wenn die verfassungsrechtlichen Garantien⁴⁸⁰ des Richteramtes (Unabhängigkeit und Objektivität des Richters) im Einzelfall die Objektivität dennoch nicht mehr gewährleisten können.⁴⁸¹ Ein Richter gilt als befangen, wenn Umstände vorliegen, die objektiv gesehen die Annahme rechtfertigen, dass keine Unbefangenheit vorliegt.⁴⁸²

Die Ausschließungsgründe sind in § 20 JN geregelt und unterscheiden sich von den Befangenheitsgründen einerseits dadurch, dass sie ausdrücklich und taxativ im Gesetz aufgezählt werden. Andererseits müssen Befangenheitsgründe sofort nach Kenntnis geltend gemacht werden⁴⁸³, wobei dies spätestens bis zum Ende der mündlichen Streitverhandlung (I. Instanz) erfolgen muss. Eine Geltendmachung im Rechtsmittelverfahren ist grundsätzlich nicht mehr möglich. Jedoch ist das Ablehnungsverfahren ein gesondertes Verfahren. Sofern demnach neben dem Rechtsmittelverfahren ein Ablehnungsantrag – hinsichtlich jener Gründe, die erst im Rechtsmittelverfahren bekannt geworden sind – gestellt wird, ist seitens

⁴⁷⁸ Ballon in Fasching, Kommentar² 2000, zu § 19 JN.

⁴⁷⁹ Simotta in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz 58 ff.

⁴⁸⁰ Art 87 Abs 1 B-VG, Art 6 Abs 1 EMRK; Kneihls, Verfassungsrecht² 2008, 63.

⁴⁸¹ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 160; Simotta in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz 58; Ballon in Fasching, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 1; Mayr in Rechberger, Kommentar³ 2006, 73.

⁴⁸² Mayr in Rechberger, Kommentar³ 2006, 74; Ballon in Fasching, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 5.

⁴⁸³ Mayr in Rechberger, Kommentar³ 2006, 74; Petschek/Stagel, Zivilprozeß 1963, 143.

der Partei nur darauf zu achten, im Rechtsmittelverfahren keine weiteren Schritte zu setzen.⁴⁸⁴ Sofern daher erst im Rechtsmittelverfahren Gründe hervorkommen, die eine Ablehnung wahrscheinlich erscheinen lassen, ist der Ablehnungsantrag beim Gericht I. Instanz einzubringen und das Rechtsmittelverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ablehnungsverfahrens möglichst zu unterbrechen. Sofern der Ablehnungsantrag durchdringt, ist das Verfahren, welches vom sodann abgelehnten Richter durchgeführt wurde, samt ergangener Entscheidung für nichtig zu erklären und das Rechtsmittelverfahren im übrigen als gegenstandslos zu betrachten.

Ausschließungsgründe können hingegen sogar noch nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung (mit Nichtigkeitsklage) geltend gemacht werden.⁴⁸⁵ Eine Einlassung in das Verfahren trotz Kenntnis eines Ablehnungsgrundes gilt als stillschweigender Verzicht auf die Geltendmachung des Ablehnungsgrundes (§ 21 Abs 2 JN).⁴⁸⁶ Meines Erachtens ist dabei jedoch zu berücksichtigen, dass gemäß Art 6 Abs 1 EMRK die Verfahrensgarantien einzuhalten sind. Die Preisgabe des Rechts auf Geltendmachung der Befangenheit kann daher in dieser Konsequenz nur dann erfolgen, wenn die Partei anwaltlich vertreten ist, da die EMRK den Verzicht auf eine Befangenheit nur unter der Minimalvoraussetzung einer Beratung mit einem Rechtsvertreter als zulässig erachtet. Andernfalls wird mE in aller Regel die Erörterung der Befangenheitsproblematik durch das Gericht Voraussetzung dafür sein, dass (bei weiterem Verzicht auf die Geltendmachung) diese nicht mehr geltend gemacht werden kann (siehe dazu oben Exkurs, Kapitel iii).

⁴⁸⁴ Buchegger, Zivilprozessrecht³ 2011, 92.

⁴⁸⁵ Buchegger, Zivilprozessrecht³ 2011, 91f.

⁴⁸⁶ Ballon in Fasching, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 1 f; Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 161; Simotta in Rechberger/Simotta, Grundriss⁸ 2010, Rz 61; laut Buchegger, Zivilprozessrecht³ 2011, 91, tritt jedoch nur eine „relative Heilung“ ein, da der Richter weiterhin seine Befangenheit erklären könnte; Fucik in Fucik/Klauser/Kloiber, Zivilprozessrecht¹¹ 2011, 26.

Sowohl die Befangenheit als auch die Ausgeschlossenheit können auf Parteienantrag geltend gemacht bzw. müssen bei Kenntnisnahme durch den Richter von Amts wegen wahrgenommen werden.⁴⁸⁷ Hinsichtlich der Geltendmachung durch die Parteien leuchtet ein, dass diese im eigenen Interesse das Vorliegen derartiger Gründe relevieren werden. Die Gründe müssen jedoch auch nach der Bestimmung des § 19 JN im Ablehnungsantrag glaubhaft gemacht werden.⁴⁸⁸ Eine dahingehende Verpflichtung des Richters ist in § 22 GOG und § 182 Geo normiert. Beide Gruppen von Gründen gelten für alle zivilgerichtlichen Verfahren, da auch im Außerstreitverfahren aber auch in Exekutions- und Insolvenzsachen, grundsätzlich den §§ 19 ff JN Beachtung zu schenken ist. Im Falle der Ablehnung hat der Richter nach § 25 JN bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ablehnungsantrages alle Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten.

Eine Ablehnung kann in der Regel jeweils nur bezüglich einzelner, konkret (namentlich) bezeichneter Richter erfolgen.⁴⁸⁹ Die Ablehnung eines gesamten Senates, Gerichtes etc. kann jedoch unter Umständen dann möglich sein, wenn ein Befangenheitsgrund auf alle Richter eines Senates (Gerichtes, etc.) zutrifft oder hinsichtlich jedes einzelnen, betroffenen Richters ein Ablehnungsgrund ins Treffen geführt wird. Dabei ist kein streng formaler Anspruch an die Ablehnung anzulegen, es ist daher ausreichend, wenn dem Antrag entnommen werden kann, dass der behauptete Ablehnungsgrund bei allen Richtern vorliegt.⁴⁹⁰

Wie bereits erwähnt, sind die Befangenheitsgründe im Gesetz nicht einzeln aufgezählt. Vielmehr begnügt sich das Gesetz in § 19 Z 2 JN damit,

⁴⁸⁷ Deixler-Hübner/Roth, Zivilprozess in der Praxis⁴ 2006, 201.

⁴⁸⁸ Mayr in Rechberger, Kommentar³ 2006, 73; Ballon in Fasching, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 1, Klauser/Kodek, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 14.

⁴⁸⁹ Stohanzl, Taschenkommentar ZPO⁹ 2002, § 19 JN, 27; derselbe, ZPO¹⁴, E 6 zu § 19 JN 1990; Mayr in Rechberger, Kommentar³ 2006, 75; Klauser/Kodek, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 15 – E 20; Fucik in Fucik/Klauser/Kloiber, Zivilprozessrecht¹¹ 2011, 24.

⁴⁹⁰ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 165; Klicka in Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁵ 2007, Rz 9; Mayr in Rechberger, Kommentar³ 2006, 75; Buchegger, Zivilprozessrecht³ 2011, 9; OGH 5 Ob 335/98w.

die Ablehnung eines Richters dann zuzulassen, wenn ein zureichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Diese, einen weiten Interpretationsspielraum bietende, Formulierung ist auch notwendig, da unmöglich alle Fälle einer Befangenheit abschließend aufgezählt werden können, sondern vielmehr jeweils im Einzelfall die Wahrscheinlichkeit einer objektiven Entscheidung beurteilt werden muss.⁴⁹¹ Diese Einzelfallbezogenheit zeigt sich ebenso bei der Anleitungspflicht, denn wie oben erwähnt kann auch das Erfordernis der Pflicht zur Anleitung durch das Gericht nur im Einzelfall abschließend beurteilt werden. Die Problematik der damit verbundenen Unbestimmtheit der „richtigen“ Vorgehensweise ist dabei offensichtlich und stellt sich da wie dort, wie im nächsten Kapitel noch darzustellen sein wird. Wesentliches Element bei der Geltendmachung von Befangenheitsgründen ist daher die konkrete Bezeichnung der Ablehnungsgründe im Ablehnungsantrag. Es ist demnach einerseits nicht ausreichend, wenn aus dem Parteivorbringen lediglich Rückschlüsse auf eine allfällige Befangenheit gezogen werden können. Sofern sich die Partei in ihrem Anspruch auf eine objektive Beurteilung gefährdet erachtet, so hat sie diesen Umstand deutlich durch entsprechenden Antrag geltend zu machen. Andererseits müssen auch die konkreten Gründe, die gegen die Durchführung des Verfahrens durch den (namentlich genannten) Richter sprechen, genannt werden.⁴⁹² Pauschale Behauptungen einer Befangenheit werden daher regelmäßig keine Ablehnung eines Richters zu tragen vermögen. Sofern der betroffene Richter das Vorliegen der Befangenheitsgründe bestreitet, sind diese zu bescheinigen.⁴⁹³

⁴⁹¹ *Schuhmacher*, JBl 1990, 124; *Stohanzl*, ZPO¹⁴, E 4a zu § 19 JN 1990.

⁴⁹² *Buchegger*, Zivilprozessrecht³ 2011, 9.

⁴⁹³ *Ballon in Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 6.

2 Befangenheitsgründe

Wie bereits ausgeführt, sind die Befangenheitsgründe im Gesetz nicht einzeln angeführt.⁴⁹⁴ § 19 Z 2 JN normiert ganz allgemein, dass ein Richter dann als befangen gilt, wenn zureichende Gründe vorliegen, die seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen geeignet sind. Die Formulierung „in Zweifel zu ziehen“ zeigt bereits ganz deutlich, dass eben kein Beweis für die Befangenheit erbracht werden muss, sondern bereits die Besorgnis der fehlenden nötigen Objektivität ausreichend ist.⁴⁹⁵ Teilweise wird jedoch auch die Ansicht vertreten, dass die Besorgnis alleine nicht ausreichend sein soll, sondern auch tatsächlich glaubhaft gemacht werden muss, dass eine sachliche Entscheidung nicht getroffen werden wird. Die Besorgnis alleine wäre nach dieser Ansicht nicht ausreichend.⁴⁹⁶ Jedenfalls ist die Befangenheit bereits dann anzunehmen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass Zweifel an der unparteiischen Entscheidung des Richters nach objektiven Gesichtspunkten gerechtfertigt erscheinen. Dabei wird berücksichtigt, dass einerseits natürlich das Ansehen der Justiz gewahrt werden soll.⁴⁹⁷ Andererseits wird dem Umstand Rechnung getragen, dass ein lückenloser Nachweis der Befangenheit in aller Regel nicht zu erbringen sein wird.⁴⁹⁸

Diese strengere Auslegung unter Annahme des Erfordernisses einer Glaubhaftmachung hat wohl mitunter durchaus ihre Berechtigung, da als wesentlicher Aspekt der ZPO auch der Grundsatz der festen Geschäftsverteilung angesehen werden muss. Die leichtfertige Bestätigung der Ab-

⁴⁹⁴ Neumayr, Zivilprozessrecht² I 2004, 30.

⁴⁹⁵ Ballon in Fasching, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 5; Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 164; Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 34; Stohanzl, Taschenkommentar ZPO⁹ 2002, § 19 JN, 26ff; Mayr in Rechberger, Kommentar³ 2006, 74; OGH 5 Ob 335/98w; Fucik in Fucik/Klauser/Kloiber, Zivilprozessrecht¹¹ 2011, 24.

⁴⁹⁶ Etwa LGZ Wien EFSlg 72.757, 1993; Buchegger, Zivilprozessrecht³ 2011, 8f; Stohanzl, ZPO¹⁴, E 6 zu § 19 JN 1990; Klauser/Kodek, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 10.

⁴⁹⁷ Klauser/Kodek, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 6.

⁴⁹⁸ OLG Wien 1 R 188/11s.

lehnung eines nicht genehmen Richters⁴⁹⁹ durch Aufwerfen einer möglichen Besorgnis, es mangle an der objektiven Entscheidungsfindung, muss – bei aller Berechtigung einer Möglichkeit zur Ablehnung von Richtern – hintangehalten werden.

Zur Wahrung des Ansehens der Justiz, aber auch zur Wahrung eines objektiven, fairen Verfahrens, scheint es dennoch recht und billig, diesen Maßstab an die Unbefangenheit des Richters streng auszulegen, sodass im Zweifel wohl trotzdem von einer Befangenheit des Richters auszugehen sein wird.⁵⁰⁰

Aufgrund der allgemein gehaltenen Bestimmung des § 19 Z 2 JN existiert eine Fülle von Einzelentscheidungen, wann Befangenheit nunmehr vorliegt oder eben nicht.⁵⁰¹ So erscheint es einigermaßen einleuchtend, dass bei persönlicher Nahebeziehung/Feindschaft des Richters zu einzelnen Parteien eine Befangenheit in aller Regel gegeben sein wird.⁵⁰² Auch wird das persönliche Streitgespräch zwischen Richter und Parteienvertreter unter Umständen eine Ablehnung aufgrund Befangenheit rechtfertigen, sofern die sachliche Ebene bereits verlassen wurde.⁵⁰³ Nicht ausreichend für die Begründung einer Befangenheit ist dagegen, wenn der Richter eine gewisse Rechtsansicht, etwa in einem Vorprozess oder beim Amtstag,

⁴⁹⁹ Bspw OGH 5 Ob 35/98w; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 7.

⁵⁰⁰ *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz 60; *Ballon* in *Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 5; *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 75; *Neumayr*, Zivilprozessrecht² I 2004, 30; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 6; *Fucik* in *Fucik/Klauser/Kloiber*, Zivilprozessrecht¹¹ 2011, 24.

⁵⁰¹ Siehe dazu insbesondere *Ballon* in *Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 9 f.

⁵⁰² *Schuhmacher*, JBI 1990, 122; *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 75; *Neumayr*, Zivilprozessrecht² I 2004, 30; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 26 – E 41; Zur persönlichen Nahebeziehung zählt natürlich umso mehr ein verwandtschaftliches Verhältnis. Die Befangenheitsgründe gelten in aller Regel vergleichbar im Strafrecht. Aktuell dazu siehe etwa die Causa „Karl Petrikovics“, in welcher der Richter seine Befangenheit wegen „Verwandtschaft“ erklärte. Quelle: Wirtschaftsblatt, Printausgabe vom 19.07.2012, 11.

⁵⁰³ *Mayer-Maly*, OLG Wien 13.01.1960, DRdA 1960, 123, dort wird durch teleologische Interpretation auch eindeutig das Verhältnis zwischen Richter und Parteienvertreter als von § 19 JN erfasst gesehen; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 164; *Neumayr*, Zivilprozessrecht² I 2004, 30; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 71.

vertreten hat⁵⁰⁴ oder auch die Zugehörigkeit zu einer Partei oder Religionsgemeinschaft.⁵⁰⁵ Jüngst hat auch der OGH entschieden, dass die Protokollierung des Vorbringens einer Partei im Indikativ (statt im Konjunktiv) jedenfalls nicht ausreichend für die Annahme einer Befangenheit sein soll, wenn aus dem Gesamtzusammenhang klar hervorgeht, dass die Richtigkeit des Vorbringens noch geklärt werden muss.⁵⁰⁶

3 Die Parteilichkeit im Besonderen

Nach meinem Dafürhalten lässt sich nicht jeder Befangenheitsgrund auch als Parteilichkeit bezeichnen. Die Parteilichkeit ist mE eine Untergruppe der Befangenheitsgründe, die sich durch die Bevorzugung einer Partei äußert. Der Richter ist also immer dann befangen, wenn er parteilich agiert, jedoch äußert sich mE nicht jede Befangenheit in einer Parteilichkeit.

Die Darstellung der Parteilichkeit als besonderer Befangenheitsgrund erscheint mir im Zuge des Themas dieser Arbeit wesentlich, da die „überschießende Anleitung“ – also die Übererfüllung der gesetzlich normierten Anleitungspflicht – erst bei Erreichung des Grades der Parteilichkeit einer Sanktion unterworfen ist (siehe Kapitel III). Zusätzlich wird der Begriff quasi als Synonym für die Befangenheit herangezogen, was meines Erachtens nicht korrekt ist. Mir erscheint es daher sinnvoll, einige Gedanken zur Definition der Parteilichkeit festzuhalten. Dabei sollen die hier getroffenen Aussagen jeweils als Ergänzung der oben genannten Voraussetzungen der Befangenheit verstanden werden.

⁵⁰⁴ OGH 5 Ob 335/98w; Mayr in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 76; *Stohanzl*, ZPO¹⁴, E 8+8a zu § 19 JN 1990; *Neumayr*, Zivilprozessrecht² I 2004, 30; *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006, § 19 JN, E 42 – E 50.

⁵⁰⁵ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 164; *Ballon* in *Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 10.

⁵⁰⁶ OGH 9 ObA/12s, Zak 2012/318, 158.

Der Begriff der Parteilichkeit ist im Gesetz nicht definiert, lässt sich jedoch mE rein semantisch als Bevorzugung einer Partei definieren. So wird etwa auch in § 308 StGB (Verbotene Intervention) die Einflussnahme auf Schiedsrichter oder Amtsträger dahingehend, dass diese ihre Dienstverrichtung aufgrund einer Vorteilszuwendung sodann pflichtwidrig vornehmen oder unterlassen, strafrechtlich sanktioniert. Dabei muss wohl unweigerlich davon ausgegangen werden, dass nur dann ein Vorteil in Aussicht gestellt wird, wenn als „Gegenleistung“ eine Bevorzugung einer Partei angeboten wird. Das sanktionierte Verhalten, welches durch § 308 StGB beschrieben wird, schließt daher jedenfalls die Bevorzugung der (sich einen Vorteil erhoffenden) Partei ein. Die Forderung nach einem Vorteil ist sogar Tatbestandsmerkmal des § 308 StGB.⁵⁰⁷ Das Gesetz hat daher die Sanktionierung des unrechtmäßigen Verhaltens, nämlich des Annehmens eines Vorteiles durch den Schiedsrichter (Amtsträger) für die Bevorzugung einer Partei vor Augen. Das mE stärkere „Band“ zwischen den Parteien ist daher auch in dieser Konstellation jedenfalls zwischen dem Richter (Amtsträger) und jener Partei zu finden, die den Vorteil daraus zieht. Dabei tritt die Art der Bevorzugung in den Hintergrund. Selbst wenn also die zweite, nicht intervenierende Partei faktisch benachteiligt werden soll, so ist dies lediglich Mittel zum Zweck, nämlich die „intervenierende“ Partei zu bevorzugen. § 308 StGB wird durchaus mit dem Schlagwort der „Parteilichkeit“⁵⁰⁸ in Verbindung gebracht, und darin findet sich mE eine weitere Unterstützung meiner Sichtweise, dass eben die Parteilichkeit lediglich die Bevorzugung einer Partei beschreibt.

Das entsprechende Antonym, nämlich die Benachteiligung einer Partei durch ein die eine Partei benachteiligendes Verhalten, wäre daher auch von dem Begriff der Parteilichkeit erfasst, jedoch nur soweit, als die Benachteiligung eben nur als Nebenwirkung zur (parteilichen) Bevorzugung einer Partei erfolgt. Die „reine Benachteiligung“ einer Partei bei objektiv

⁵⁰⁷ Bertel, WK² 2010, Rz 1 zu § 308.

⁵⁰⁸ Bertel, WK² 2010, Rz 1 + Rz 8 zu § 308.

korrekter Behandlung der anderen Partei –, um sozusagen nur diese zu benachteiligen – wäre nach dieser Definition daher kein Fall der Parteilichkeit, sondern unter Umständen als Fall des Oberbegriffes der Befangenheit zu behandeln. Der Unterschied besteht dabei darin, dass im zuletzt genannten Fall lediglich eine Partei nachteilig behandelt wird, was zwar faktisch zu einer Bevorzugung der anderen Partei führen kann, die entsprechende Intention des Richters jedoch fehlt. Die Parteilichkeit beschreibt daher die (wenn auch nur möglicherweise) intendierte Besserbehandlung einer Partei, sei es durch aktive direkte oder passive⁵⁰⁹ indirekte Bevorzugung jener Partei. Bezüglich der oben erwähnten Beispiele wäre daher die persönliche Nahebeziehung, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, wohl ein Fall der Parteilichkeit, das unsachliche, bereits auf persönlicher Ebene stattfindende Streitgespräch zwischen Parteienvertreter und Richter jedoch nicht.

Auf Grundlage dieser Definition kann daher eine allfällige Befangenheit des Richters im Rahmen der Anleitungspflicht mE vorwiegend in der Form (zumindest des Anscheins) der Parteilichkeit auftreten, da überwiegend die Bevorzugung einer Partei durch Übererfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Anleitungspflicht auftreten kann. Unter Umständen wäre jedoch auch die (passive) gewollte Bevorzugung einer Partei durch ungenügende Erfüllung der Manuduktion denkbar. Sofern lediglich die, sicherlich ebenso bedenkliche, Benachteiligung einer Partei die Intention des Richters darstellt, sollte mE zwar (sofern alle Voraussetzungen gegeben sind) eine Befangenheit geprüft werden, der Begriff der Parteilichkeit würde jedoch meiner Ansicht nach, in diesem Zusammenhang keinen Platz finden. Die Unterscheidung zwischen Befangenheit und Parteilichkeit hat sicherlich keine wesentliche Auswirkung auf die Geltendmachung (siehe Kapitel 4 unten) oder die daran geknüpften Rechtsfolgen, dennoch erscheint mir der Versuch einer Definition und Darlegung des sowohl in der Literatur als

⁵⁰⁹ In Sinne einer Benachteiligung der Gegenpartei, jedoch zum Zwecke der Bevorzugung dieser Partei.

auch Judikatur oft verwendeten Begriffs im Rahmen dieser Arbeit erstrebenswert.

Die Parteilichkeit beschreibt mE daher nur die aktiv oder passiv bevorzugende Behandlung einer Partei. Die entsprechende Gegenposition in diesem Zusammenhang, nämlich die benachteiligende Unterlassung der gebotenen Anleitung, ist vom Gesetz her ohnehin durch die Sanktion eines Verfahrensmangels abgesichert.

4 Die Geltendmachung

Wie eingangs erwähnt, kann die Befangenheit einerseits auf Parteienantrag, andererseits auch durch Anzeige des Richters zum Gegenstand eines Ablehnungsverfahrens werden. Die richterliche Anzeige ist dabei nicht an Formerfordernisse gebunden (§ 182 Geo), der Antrag der Partei kann schriftlich oder mündlich zu Protokoll erfolgen, und zwar bei jenem Gericht, dem der abzulehnende Richter angehört (§ 22 JN).⁵¹⁰

Die Entscheidung über die Ablehnung trifft sodann bei Bezirksgerichten der Gerichtsvorsteher, bei Gerichtshöfen dieser – durch einen eigenen Senat, dem der abgelehnte Richter nicht angehört – selbst. Sofern der Gerichtsvorsteher abgelehnt wird, entscheidet über den Antrag das vorgesetzte Landes- bzw Handelsgericht, sofern im zweiten Fall der Gerichtshof selbst betroffen ist, der zunächst übergeordnete Gerichtshof (§ 23 JN).⁵¹¹ Der abgelehnte Richter wird in weiterer Folge zur Äußerung aufgefordert und hat er sich sodann dazu zu äußern (§ 22 Abs 2 JN).⁵¹² Eine Replik der Partei ist dabei nicht vorgesehen. Über die Ablehnung wird letztlich ohne

⁵¹⁰ Ballon in *Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 22 JN, Rz 2.

⁵¹¹ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 165; Ballon in *Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 22 JN, Rz 5.

⁵¹² Mayr in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 82.

mündliche Verhandlung mit Beschluss entschieden. Der Gerichtsvorsteher bzw der Präsident des Gerichtshofes kann davor, sofern erforderlich, weitere Erhebungen durchführen (§ 24 Abs 1 JN).⁵¹³ Verfassungsrechtlich bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang die Entscheidung des Gerichtsvorstehers bzw des Gerichtshofpräsidenten im Ablehnungsverfahren, da diese jeweils in der Funktion eines Justizverwaltungsorgans im Rahmen der Rechtssprechung tätig werden.

Wenn der Ablehnung stattgegeben wird, ist kein Rechtsmittel gegen den Beschluss zulässig.⁵¹⁴ Sofern der Antrag jedoch zurückgewiesen wird, kann der Rekurs an das zunächst übergeordnete Gericht erhoben werden (§ 24 Abs 2 JN); ein weiteres Rechtsmittel gegen dessen Entscheidung wird von der Judikatur nicht zugelassen.⁵¹⁵ Erst mit dem rechtskräftigen Ausspruch über das Bestehen der Befangenheit gelten alle Prozesshandlungen (einschließlich einer allfällig gefällten Entscheidung) als nichtig (§ 25, letzter Satz JN). Bis dahin hat der Richter jedoch alle Maßnahmen zu setzen, die keinen Aufschub dulden. Zusätzlich darf der Richter eine begonnene Verhandlung fortführen, sofern der Ablehnungsantrag unbegründet und eine Prozessverschleppung zu vermuten ist. Die Endentscheidung darf jedoch auch in diesem zweiten Fall nicht vor Rechtskraft der Ablehnungsentscheidung erfolgen (§ 25 JN).

⁵¹³ Ballon in *Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 22 JN, Rz 5.

⁵¹⁴ Mayr in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 85.

⁵¹⁵ Mayr in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 85 f.

III. Die mögliche Befangenheit im Zuge der richterlichen Anleitung

1 Allgemeines

Anhand der oben dargestellten, mE einander zumindest teilweise widerstrebenden, gesetzlichen Aufträge an den Richter, soll nun versucht werden, die Abgrenzung richterlichen Handelns im Rahmen der Pflichterfüllung hin zur Befangenheit vorzunehmen. Dabei soll auch die – verglichen mit anderen Rechtsmaterien – eher spärliche oberstgerichtliche Judikatur berücksichtigt werden. Dieser Mangel an höchstgerichtlichen Entscheidungen zu dieser Problematik zeigt vielleicht, dass sich in praxi die Frage nicht allzu oft stellt. Ich bin jedoch auch der Ansicht, dass mitunter die ausgeprägte Einzelfallbezogenheit sowohl bei der Anleitungspflicht als auch insbesondere bei der Befangenheit eine gewisse Scheu der Geltendmachung von (vermuteter) Befangenheit bei Anleitungsfällen hervorruft. Bei aller dogmatischen Ausgewogenheit der Verteidigungsmittel darf dabei nämlich nicht übersehen werden, dass jedes Rechtsmittel (in aller Regel) auch Kostenfolgen für die unterliegende Partei nach sich zieht. Gerade die Vorhersage der Chance des Obsiegens bei Geltendmachung der Befangenheit scheint nach meinem persönlichen Dafürhalten, nicht zuletzt aufgrund der fehlenden taxativen Aufzählung von Befangenheitsgründen, jedoch ein durchaus schwieriges Unterfangen zu sein. Letztlich spielen sicherlich auch taktische Motive der Parteienvertreter eine große Rolle. Bei Zurückweisung des Antrages auf Ablehnung des Richters besteht die Gefahr, dass der Richter sodann erst seine – wenn auch unterbewusste – Bevorzugung einer Partei entdeckt. Das Wohlwollen des Richters kann, selbst im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen, durchaus für den Prozessausgang von Belang sein, ohne dass dagegen ein Rechtsbehelf für die unterliegende Partei zur Verfügung steht.

Von eindeutigen Fällen abgesehen, wird daher der tatsächlichen Antragstellung eine außerordentlich gewissenhafte Prüfung des Vorliegens der Befangenheit stattzufinden haben, wobei jedoch selbst dann noch ein beträchtliches Prozessrisiko verbleiben wird. Die Einschätzung, ob die Besorgnis hinsichtlich unsachlicher Motive des Richters bei der Urteilsfindung gerechtfertigt erscheint, birgt eine durchaus beachtenswerte Unsicherheit in sich, die auch durch den erwähnten strengen Maßstab bei der Beurteilung nicht gemindert werden kann.

Es zeigt sich daher, dass die Fülle von Motiven und Überlegungen der Geltendmachung einer Befangenheit sicherlich nicht förderlich ist, sodass wohl auch diverse Anlassfälle mangels Geltendmachung gar nicht ausjudiziert werden. Dennoch soll der Versuch unternommen werden, die Abgrenzung bzw den Bereich zwischen Anleitungspflicht und Befangenheit darzustellen.

2 Abgrenzung des relevanten Bereichs

Dabei muss eingangs grundsätzlich danach unterschieden werden, ob die Befangenheit durch Vorliegen eines allgemeinen Befangenheitsgrundes begründet ist, der nur **anlässlich** der Anleitungspflicht zu Tage tritt (Fall 1), oder ob tatsächlich durch die **Art der Ausübung** der Anleitungspflicht eine Entscheidung auf Grundlage subjektiver Motive befürchtet werden muss (Fall 2). Es sollen in weiterer Folge beide Fallkonstellationen behandelt werden; die Eingrenzung des relevanten Bereichs spielt jedoch nur im zweiten Fall eine Rolle. Nur dort findet sich nämlich der gesetzliche Auftrag an den Richter, in einer Weise tätig zu werden, die unter Umständen eine Befangenheit zu fördern oder eventuell auch zu verschleiern vermag. Im ersten Fall gelten daher die allgemeinen Regeln betreffend die „Auslöser“ für eine Befangenheit, die hier nur im Zuge der Anleitungspflicht auftreten können und demnach der Vollständigkeit halber kurz dargestellt werden sollen. Die Besonderheit von richterlichen Grenzüberschreitungen

bei Ausübung der Anleitungspflicht (2. Fall) bedarf jedoch der grundsätzlichen Abgrenzung jenes Bereiches, in dem die Gefahr der Setzung einer Verhaltensweise besteht, die letztlich eine Befangenheit überhaupt zu begründen vermag. Die folgenden Ausführungen zur Beschreibung des relevanten Bereiches beziehen sich daher ausschließlich auf den oben definierten zweiten Fall.

Aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung des Richters zur Anleitung in den diversen Ausprägungen, wie oben beschrieben, ergibt sich grundsätzlich, dass im gesetzlichen Rahmen der Anleitungspflicht nicht von einer Befangenheit auszugehen ist. Solange demnach der Richter in Einhaltung der oben erörterten Verpflichtungen die Parteien anleitet, kann – sofern keine weiteren Umstände hinzutreten, die eine Befangenheit rechtfertigen (siehe dazu Kapitel 3.1 unten) – nicht die Besorgnis einer parteiischen, von unsachlichen Motiven geleiteten Entscheidung bestehen. Überlegungen hinsichtlich einer allfälligen Befangenheit des Richters iSd 2. Fallgruppe können daher nur dann angestellt werden, wenn der gesetzlich vorgegebene Rahmen der Verfahrensgesetze für die materielle Prozessleitungspflicht verlassen (Plus) oder nicht ausgeschöpft (Minus) wird. Einer allfälligen Prüfung der Befangenheit muss daher immer eine gewissenhafte Beurteilung der richterlichen Pflichten vorausgehen. Erst wenn diese Prüfung abgeschlossen ist, kann jener Bereich eruiert werden, in dem das Verhalten des Richters jedenfalls gesetzeskonform sein muss. Dies ist aber Voraussetzung dafür, grundsätzlich und vorerst theoretisch festzustellen, welches Verhalten sodann außerhalb des rechtlichen Rahmens gesetzt wurde und ob dieses sodann allenfalls als Grund für eine Befangenheit angesehen werden kann.

Eine Befangenheit im Rahmen der Anleitungspflicht ist daher zusammenfassend nur in jenem Bereich denkmöglich, der sich aus der **Summe aller richterlichen Verhaltensweisen abzüglich der gesetzlich vorgeschriebenen Anleitungspflichten** ergibt. Darin zeigt sich, dass einerseits die Analyse der richterlichen Pflichten von größter Bedeutung ist, anderer-

seits aber auch die Problematik der unbestimmten Regelung dieser Pflichten auf die klare Bestimmung des „*verfassungsimmanenten Gebotes der richterlichen Objektivität*“⁵¹⁶ durchschlägt.

3 Vorliegen einer Befangenheit

Wie oben erwähnt muss eine Unterscheidung dahingehend getroffen werden, ob das vermeintlich ablehnungsrelevante Verhalten nur anlässlich der Anleitung gesetzt wurde oder ob tatsächlich die Ausübung der Anleitung die Grundlage für einen Ablehnungsantrag bietet. Diese Unterscheidung ist wesentlich, da – wie in dieser Arbeit erwähnt – eine geringe Überschreitung der Anleitungspflicht nicht von (verfahrensrechtlichen) Konsequenzen bedroht ist, sofern dadurch nicht jene Intensität erreicht wird, die eine Befangenheit rechtfertigen würde. Die reine Geltendmachung einer (geringfügigen) Überschreitung der Anleitungspflicht wäre daher für sich allein nicht geeignet, einen Antrag auf Befangenheit zu tragen. Jedoch kann sich daraus unter Umständen ein Indiz für das Vorliegen anderer Befangenheitsgründe ergeben. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Befangenheit unter Verletzung der Anleitungspflicht als einer der zahlreichen, durch Judikatur näher bestimmten Sachverhalte definiert werden muss, welcher letztlich zu einer Ablehnung des Richters führen kann. Dieser für die Arbeit wesentliche Aspekt soll daher klar hervorgehoben und in Kapitel 3.2. unten gesondert dargestellt werden. Zum besseren Verständnis dafür muss jedoch auch der allgemeinere Fall, nämlich das Vorliegen von anderen Befangenheitsgründen, die unter dem „Deckmantel“ der Anleitungspflicht zu Tage treten, mit der eigentlichen Anleitung jedoch nicht im unmittelbaren Zusammenhang stehen, kurz beleuchtet werden (Kapitel 3.1. unten). Abschließend muss dabei natürlich berücksichtigt werden, dass letztlich auch eine „Mischform“ dieser beiden Bereiche eintreten kann. So mag das eine Befangenheit tragende

⁵¹⁶ Fasching, Auslegung, JBl 1990, 757.

Motiv oder Naheverhältnis des Richters zu einer Partei auch Auswirkungen auf die Art der Ausübung der Anleitungspflicht haben und vice versa. Dieser Umstand rechtfertigt meines Erachtens einmal mehr die Unterteilung in die beiden folgenden Kapitel, um nämlich in Kapitel 3.2. den Versuch zu unternehmen, die Befangenheit im Spannungsfeld (nur!) zur Anleitungspflicht und deren Grenzen aufzuzeigen, dies ungeachtet der Möglichkeit des Vorliegens anderer Befangenheitsgründe oder der soeben erwähnten „Mischformen“.

3.1. Allgemein geltende Befangenheitsgründe im Rahmen der Anleitungspflicht

Die Befangenheitsgründe, abseits des im nachfolgenden Kapitel III. 3.2. zu behandelnden speziellen Befangenheitsgrundes, sind weit gestreut und mangels taxativer Aufzählung im Gesetz erst durch Judikate konkretisiert. Ich möchte davon absehen nunmehr eine Auflistung aller bisher ausjudizierten Befangenheitsgründe zu präsentieren; dennoch soll zur Schaffung eines gewissen Bewusstseins für das Vorliegen relevanter Gründe ein Auszug aus bereits gefestigten Gründen für die Ablehnung eines Richters in den folgenden Text einfließen. Dabei interessiert hier insbesondere die Tatsache, dass diese Gründe im Verfahren anhand von diversen Verhaltensweisen des Richters auftreten und erkannt werden können. Das Vorliegen dieser Gründe kann in jeder vom Richter gesetzten Handlung seine Grundlage finden und ist daher nicht auf den oben definierten „relevanten Bereich“ beschränkt.

Die Vielseitigkeit der möglichen Lebenssachverhalte sowie des Prozessverlaufes kann es aber mit sich bringen, dass die Verhaltensweise des Richters zwar im Rahmen der Anleitung der Parteien gesetzt wird, jedoch unabhängig von dieser allein für sich genommen einen Ablehnungsgrund liefert. Dabei kann dieses Verhalten, da es bereits per se als Befangenheitsgrund herangezogen werden kann bzw Indizwirkung für eine Ableh-

nung liefert, unabhängig von der Ausprägung der Anleitung geltend gemacht werden. Basis für die Befangenheit ist in diesem Zusammenhang daher nicht ein Verstoß gegen die gesetzeskonforme Ausübung der Anleitungspflicht, sondern vielmehr das Zutagetreten einer anderen, die Befürchtung einer nicht objektiven Entscheidung stützende Verhaltensweise des Richters, welche lediglich in einem zeitlichen oder inhaltlichen Naheverhältnis zur Anleitungspflicht gesetzt wird. Oftmals wird dabei der Ausgangspunkt für die Befangenheit eine persönliche Beziehung zu einer Prozesspartei darstellen, die (auch) im Rahmen der Anleitungspflicht zum Tragen kommt.⁵¹⁷ Grundlage wird dabei letztlich aber nicht oder nicht nur die Ausübung der Anleitungspflicht per se sein, sondern das Vorliegen des Befangenheitsgrundes (Nahebeziehung), der ua anhand der Ausübung der Manuduktion zu Tage tritt.

Eine mögliche Grundlage für ein (uU) ursächliches Verhalten in Bezug auf einen Ablehnungsantrag bietet aber bspw auch § 52 Geo (Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz). Demnach hat der Richter den Parteien mit der gebotenen Höflichkeit und mit Ruhe zu begegnen sowie hilfe reich entgegentzukommen, soweit dies mit Rücksicht auf die Rechte anderer Parteien gestattet ist. Zusätzlich hat es der Richter zu unterlassen, spöttische Bemerkungen zu machen oder Werturteile zu fällen. Äußerungen über den vermutlichen Ausgang einer Sache außerhalb der Verhandlung sind verboten. Bereits diese Verhaltensregeln bieten eine Fülle von Ansatzpunkten, bei deren Verletzung ein Antrag auf Ablehnung wegen Befangenheit von Erfolg gekrönt sein kann.⁵¹⁸

So hatte etwa das OLG Wien⁵¹⁹ als Rekursgericht hinsichtlich einer Entscheidung über die Befangenheit des erstinstanzlichen Richters zu entscheiden, ob nachstehende Äußerungen in der Urteilsbegründung (im zweiten Rechtsgang) eine Befangenheit begründen könnten. Das Erstge-

⁵¹⁷ *Schuhmacher*, JBl 1990, 123.

⁵¹⁸ *Ballon in Fasching*, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 9.

⁵¹⁹ OLG Wien 1 R 188/11s; dazu auch „Die Presse“, Print-Ausgabe, 21.11.2011.

richt war dabei der Ansicht, dass die Klage (bis zuletzt) unschlüssig gewesen und daher abzuweisen gewesen wäre. Zusätzlich führte der Erstrichter aus, dass *„dem Gericht nicht länger eine Verletzung der Manuduktionspflicht vorgeworfen werden kann, wenn eine Partei nicht in der Lage ist, ein Vorbringen zu erstatten, aus dem das konkrete Begehren auch abgeleitet werden kann. Im übrigen ist dieses Gericht – trotz Kenntnis darüber, dass die Judikatur eine gegenteilige Ansicht vertritt – der Rechtsansicht, dass eine Manuduktionspflicht gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien überflüssig ist und zu entfallen hat, weil es nicht auch noch Aufgabe der ohnedies ständig überlasteten Gerichte sein kann, die Arbeit von berufsmäßigen Parteienvertretern, die dafür keineswegs karg entlohnt werden, zu machen bzw deren Mängel solange aufzuzeigen, bis sie endlich behoben werden.“*

Der Richter verantwortete sich dabei (soweit es hier interessiert) dahingehend, dass eine kritische Haltung zur Judikatur vielleicht doch gestattet sei. Nach dem oben Gesagten wäre dem Richter uU zuzustimmen, da grundsätzlich eine abweichende Rechtsansicht (wohl auch eine kritische) nicht im Ablehnungsverfahren, sondern im Rechtsmittelverfahren zu klären ist. So entschied auch das zuständige Landesgericht in erster Instanz. Das OLG Wien als Rekursgericht beurteilte den Sachverhalt letztlich dahingehend, dass die Äußerungen des Richters nicht nur die herrschende Judikatur zur Anleitungspflicht in Frage stelle, sondern sie auch dem klaren Wortlaut der §§ 182, 182a ZPO und leitenden Verfahrensgrundsätzen widersprechen. Dadurch und auch in Kombination mit unsachlichen und herabsetzenden Bemerkungen sei nach Ansicht des OLG Wien jener Bereich verlassen worden, in dem nur Ansichten zur Manuduktion geäußert worden seien, und es wurde daher letztlich die völlige Unbefangenheit bezweifelt und die Befangenheit bejaht.

Dieser Fall ist deshalb so bezeichnend, weil er deutlich die mögliche Nahebeziehung einer Verhaltensweise zur Anleitungspflicht aufzeigt, die Befangenheit sich letztlich jedoch aus anderen, „allgemeinen“ Befangen-

heitsgründen ergeben hat. Das Unterbleiben der notwendigen Anleitung in Missachtung der §§ 182, 182a ZPO würde aller Voraussicht nach auch für die Geltendmachung eines Verfahrensmangels ausreichen. Eine Befangenheit ließe sich allein aus diesem Umstand jedoch wohl nicht begründen. Erst das Hinzutreten der Ausführungen in der Urteilsbegründung (sinngemäß: „die Manuduktionspflicht sei überflüssig und hätte zu entfallen“; „es könne nicht Aufgabe der Gerichte sein, die Arbeit gut bezahlter, aber mangelhaft arbeitender Parteienvertreter zu machen“) führte dazu, dass bei anzustellender objektiver Betrachtungsweise Zweifel an der völligen Unbefangenheit des Richters in dieser Sache gerechtfertigt waren. Das Verhalten wurde daher zwar außerhalb der Anleitungspflicht (als Minus) gesetzt, dennoch würde dieses Unterbleiben der Anleitung mE keinesfalls eine Befangenheit im Sinne des § 19 JN rechtfertigen, insofern die Anleitungspflicht in dem konkreten Fall nebensächlich, ja nur ein Vehikel für jenes Verhalten darstellte, welches letztlich die Annahme einer Befangenheit rechtfertigte. Die Art der Ausübung der Manuduktion spielte im konkreten Sachverhalt daher eine untergeordnete Rolle, die Befangenheit fußte allein auf Verhaltensweisen, die anlässlich der Anleitung zu Tage getreten sind.

An dieser Entscheidung lässt sich daher gut erkennen, dass zahlreiche Fälle letztlich keiner Abgrenzung der konkret erforderlichen Anleitungspflicht bedürfen, sondern bei ihnen nur jene Umstände zu beurteilen sind, die sich lediglich im Zuge der Anleitungspflicht ergeben haben. Anhand dieses konkreten Beispiels lassen sich somit jene Fälle identifizieren, welche einer Bestimmung der Grenzen der Anleitungspflicht zur Feststellung einer Befangenheit nicht bedürfen. Derart muss meines Erachtens die Erfüllung der Anleitungspflicht zur Feststellung des relevanten Bereichs für die Beurteilung einer Befangenheit immer dann nicht geprüft werden, wenn Anhaltspunkte für ein eindeutiges Fehlverhalten des Richters, unter gedanklicher Ausblendung der Anleitung, dennoch vorhanden sind.

Sofern demnach Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Gericht seiner Anleitungspflicht bspw wegen privater, persönlicher Beziehung zu einer Partei oder einem Zeugen⁵²⁰, einem Verlöbnis oder aufgelösten Verlöbnis zu einer Partei⁵²¹ oder wegen unsachlicher, persönlicher Bemerkungen entgegen § 52 Geo oder eines anderen Befangenheitsgrundes⁵²² nicht nachkommt, wäre eine allenfalls als Begleiterscheinung auftretende mangelnde (oder überschießende) Anleitung nur Indiz für eine Ablehnung. Die (Nicht-)Ausübung der Manuduktion selbst böte in diesem Fall keine Grundlage für die Ablehnung des Richters.

3.2. Vorliegen einer Befangenheit als Besonderheit der Anleitungspflicht

3.2.1. Allgemeines

Die Befangenheit kann sich letztlich auch aus der Ausübung der richterlichen Anleitung selbst ergeben. Der Richter wird dadurch selbstverständlich in eine schwierige Situation versetzt, muss er doch einerseits den Anforderungen der Anleitungspflicht umfassend entsprechen, andernfalls droht ein Verfahrensmangel. Andererseits soll er aber auch diese Manuduktion mit Bedacht ausüben, um sich letztlich nicht der Gefahr einer Befangenheit auszusetzen. Das Gesetz tut dazu sein Übriges, indem sowohl die Pflichten der Anleitung als auch die Gründe für eine Befangenheit eher allgemeiner Natur sind und dadurch eine Vielzahl an Interpretationsmöglichkeiten schaffen.

⁵²⁰ *Schuhmacher*, JBl 1990, 122.

⁵²¹ *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 164.

⁵²² Zu weiteren Befangenheitsgründen siehe *Ballon* in *Fasching*, Kommentar 2000, zu § 19 JN, Rz 9; *Fasching*, Lehrbuch 1984, Rz 164; *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 75 f.

Dem Richter wird demnach eine Pflicht auferlegt, die ihn sehenden Auges in Richtung Ablehnung drängt, wobei zusätzlich die Wahrung eines „sicheren Maßes“ und der vorsichtige Einsatz der Manuduktion gleichzeitig durch den gesetzlich normierten Verfahrensmangel der Nichterfüllung der richterlichen Prozessleitungspflichten erschwert wird. Dieses „Dilemma“ wird zusätzlich dadurch erschwert, als unterschiedliche Intensitäten der Anleitung in den diversen Verfahren angeordnet werden (die vertretene und unvertretene Partei im Zivilprozess und die unvertretene Partei im Rahmen des ASGG; siehe dazu oben). Wird das Problem einer Befangenheit in diesem Zusammenhang im Anwaltsprozess eine eher untergeordnete Rolle spielen, so zeigen die Ausführungen zu § 39 ASGG, dass jener Bereich, in welchem der Richter die Anforderungen der Anleitung und jene der Unbefangenheit erfüllen kann, zunehmend kleiner wird.

3.2.2. Ausprägungsformen einer möglichen Befangenheit bzw Parteilichkeit

Wie bereits erwähnt, kann im Rahmen der Anleitungspflicht eine Befangenheit **grundsätzlich** nur im „relevanten Bereich“ auftreten (siehe dazu Kapitel III. 2). Nur dann, wenn der Richter außerhalb jenes Bereichs agiert, den die jeweiligen Bestimmungen zur Anleitungspflicht definieren, kann überhaupt eine Befangenheit im hier behandelten Sinn in Betracht gezogen werden.⁵²³ Der Vollständigkeit halber muss dabei ein Sonderfall als **Ausnahme** von dieser Regel erwähnt werden. Wenn nämlich die Anleitung, welche den Parteien in unterschiedlicher Intensität gewährt wird und dennoch den oben beschriebenen gesetzlichen Rahmen der Anleitungspflicht (gerade noch) erfüllt, trotzdem aber faktisch eine Partei bevorzugt, kann – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – eine Befangenheit auch außerhalb des relevanten Bereichs, nämlich im Rahmen der gesetzlichen Grenzen der Anleitung, vorliegen. Der Anleitungspflicht wird

⁵²³ Dies gilt selbstverständlich nur für den hier zugrunde gelegten Bereich der Befangenheit durch (inadäquate) Ausübung der Anleitungspflicht.

demnach im gesetzlichen Rahmen nachgekommen, im Verhältnis zur Ausübung derselben Pflicht gegenüber der Gegenpartei bleibt diese jedoch zurück bzw wird übermäßig gewährt (**relative Über- oder Unterschreitung** der Anleitungspflicht).

Sofern man also davon ausgeht, dass im Rahmen der (korrekt ausgeführten) Anleitungspflicht eine Befangenheit in der hier interessierenden Form nicht auftreten kann, ergeben sich daraus zwei Schlussfolgerungen. Einerseits kann der Richter bei objektiver Betrachtungsweise dadurch Zweifel an seiner Unbefangenheit begründen, dass er eine Partei durch **Überschreitung** der gesetzlich gebotenen Anleitungspflichten einseitig unterstützt.⁵²⁴

Meines Erachtens wäre aber derselbe Maßstab an das Verhalten des Gerichtes anzulegen, wenn durch die **Unterschreitung** der geforderten Manipulation die gegnerische Partei bevorzugt wird. Wie bereits ausgeführt, bin ich der Ansicht, dass nur die Absicht bzw Gefahr der Bevorzugung einer Partei die Annahme einer Parteilichkeit des Richters rechtfertigt (siehe dazu Kapitel II. 3 oben). Sofern nur die Benachteiligung einer Partei das (zumindest zu befürchtende) Motiv des Richters darstellt, wird meines Erachtens in der Regel eine Befangenheit gegeben sein; diese wäre jedoch nicht mit einer Parteilichkeit gleich zu setzen.⁵²⁵

Der Gesetzgeber hat die Grenzen der richterlichen Anleitungspflicht nicht dezidiert ausformuliert. Insofern ergibt sich bereits daraus die Schwierigkeit der Feststellung allein des „relevanten Bereiches“. Zusätzlich ist im Gesetz jedoch auch grundsätzlich keine Sanktion für die Überschreitung der Vorgaben der ZPO (des ASGG) vorgesehen. Die fehlende Sanktion bei „geringfügiger“ Überschreitung mag durchaus seine Berechtigung ha-

⁵²⁴ Siehe dazu etwa *Stohanzl*, ZPO¹⁴, E 14 zu § 432 ZPO 1990.

⁵²⁵ Diese Unterscheidung soll nur zur klaren Abgrenzung der Begrifflichkeiten dienen und wird – mangels rechtlicher Auswirkungen – im Kapitel III. 3.2.3.2. nicht mehr weiter verfolgt.

ben, schafft sie doch einen gewissen Spielraum für das Entscheidungsorgan, seiner Anleitungspflicht nach bestem Wissen und Gewissen nachzukommen. Die eher allgemein gehaltenen Normen, welche die Anleitungspflichten regeln, müssen (wie oben erwähnt) einzelfallbezogen ausgelegt werden, und so entscheidet sich mitunter erst in der Instanz die konkret gesetzeskonforme Verhaltensweise des Richters. Die fehlende Sanktion einer geringen Überschreitung der Manuduktion ermöglicht dem Gericht daher, seinen Pflichten nachzukommen, ohne dabei Gefahr zu laufen, wegen kleinster Überschreitungen zB den Prozessverlauf unterbrechen zu müssen.⁵²⁶ Letztlich dient dies sicherlich auch der Prozessökonomie.

Im Gegensatz dazu kann jedoch die Unterschreitung der Anleitungspflicht unter Umständen die Konsequenz der Geltendmachung eines Verfahrensmangels (unter den oben genannten Voraussetzungen) nach sich ziehen. Zusätzlich besteht mE bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen (siehe sogleich unten, Kapitel 3.2.3.2.) auch die Möglichkeit, einen Befangenheitsgrund und damit die Ablehnung des Richters anstatt bzw neben einem Verfahrensmangel geltend zu machen. Das Vorhandensein einer Befangenheit wird in diesem Zusammenhang jedoch eine weit geringere Rolle spielen als bei der Überschreitung der Manuduktionspflichten (siehe dazu Kapitel III. 3.2.3.2.).

Es zeigt sich daher bereits, dass die Über- oder Unterschreitung, um von Relevanz für die Geltendmachung einer Befangenheit zu sein, eine gewisse Intensität aufweisen muss.⁵²⁷ Das Gesetz sieht daher mE durchaus einen gewissen „Graubereich“ vor, in dem die Anleitungspflicht überschritten (bzw geringfügig auch unterschritten) werden darf, und dennoch keine Konsequenzen an dieses richterliche Verhalten geknüpft sind. Der Rah-

⁵²⁶ Dies in Abhängigkeit der Sanktion, die der Gesetzgeber vorsehen würde, bestünde daran ein Interesse.

⁵²⁷ *Fasching*, Auslegung, JBl 1990, 757; *derselbe*, Lehrbuch 1984, Rz 656; *derselbe*, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 79; *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 34; *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010, Rz 606; *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006, 946.

men zur Erfüllung der Pflichten (als die eine Abgrenzung dieses Graubereiches) wurde bereits oben dargestellt. In den beiden folgenden Kapiteln soll nunmehr versucht werden, die Grenzen dieses Bereiches hin zur Befangenheit aufzuzeigen.

3.2.3. Vorliegen und Grenzen des Anscheins der Befangenheit bzw Parteilichkeit

3.2.3.1. Überschreitung der Anleitungspflicht

Wie bereits mehrmals ausgeführt, sieht die ZPO für die Überschreitung der Anleitungspflicht keine Sanktion vor. Die Beurteilung, ob die richterliche Vorgehensweise überhaupt eine Überschreitung der Anleitungspflicht darstellen kann, muss jeweils auf Grundlage der entsprechenden Verfahrensvorschriften getroffen werden. Die zunehmende Intensität der richterlichen Pflichten bis zur Manuduktion, von der vertretenen Partei im Zivilverfahren bis hin zur unvertretenen, rechtsunkundigen Partei im ASGG-Verfahren, macht die Beurteilung einer Überschreitung der Anleitung oder gar eines Anscheins von Befangenheit zunehmend diffiziler und muss stets mit beachtet werden.

Zur Veranschaulichung darf nochmals das Beispiel der Verjährungseinrede bemüht werden (siehe dazu Kapitel 1.2.2.1.). Wie ausgeführt hat der Richter auch bei der unvertretenen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren nicht zur Verjährungseinrede anzuleiten, wenn die Voraussetzungen zwar (prima facie) vorlägen, diese von der Partei jedoch nicht eingewendet wird.⁵²⁸ Fraglich ist nun, was passieren soll, wenn der Richter bspw mit der unvertretenen Partei dennoch die Verjährung von Forderungen erörtert. Auch diese Frage wird natürlich nur einzelfallbezogen zu lösen sein, grundsätzlich sei jedoch gesagt, dass wohl unweigerlich – auf Grundlage

⁵²⁸ Ausnahme im Rahmen des § 39 ASGG: *Kuderna*, Kommentar 1996, 229.

der derzeitigen Judikaturlinie – eine Überschreitung der Anleitungspflicht vorliegen wird. Diese Überschreitung wird für die Gegenpartei letztlich auch nachteilig sein, sei es durch zusätzlichen Aufwand zur Bekämpfung der Einrede oder sogar durch Unterliegen im Prozess. Nun hat keine Partei einen Rechtsanspruch auf den Vorteil, der aus der Rechtsunkenntnis der Gegenseite entspringt.⁵²⁹ Die Überschreitung der Anleitungspflicht reicht der Gegenpartei daher zum Nachteil, eine Bekämpfung dieses richterlichen Fehlverhaltens wird in aller Regel jedoch nur unter besonderen Umständen durchsetzbar sein.

Eine derartige Verletzung der Grenzen der Manuduktionspflicht durch das Gericht kann demnach erst ab Erreichen einer gewissen Intensität über den Umweg der Befangenheit bekämpft werden. Voraussetzung dafür ist, dass die Überschreitung der Anleitungspflicht durch das Entscheidungsorgan den **Anschein der Befangenheit** erweckt.⁵³⁰

Fraglich ist nunmehr, ab wann der Anschein der Befangenheit gegeben ist. *Schuhmacher*⁵³¹ führt aus, dass diese Grenzziehung „*sehr allgemeiner Natur und mindestens so unklar, wie die Frage der Befangenheit selbst [ist, Erg. durch den Verf.]*“. Dabei muss mE eingangs unterschieden werden, ob einerseits der **Weg zur Erreichung des (zulässigen) Anleitungszieles** (1. Fall) bereits die Sorge der Befangenheit auslöst oder, ob sich das **Anleitungsziel selbst** derart weit vom gesetzlich vorgesehenen Rahmen entfernt (2. Fall), dass damit die Ablehnung des Richters wegen Befangenheit begründet werden kann.

Zum **ersten Fall** darf nochmals erwähnt werden, dass bei der bedenklichen Ausgestaltung der Anleitungspflicht jene Fälle hier keine Erwähnung finden sollen, die ihre Grundlage in anderen Befangenheitsgründen finden.

⁵²⁹ Kodek in Fasching/Konecny, Kommentar² 2004, zu § 432 ZPO, Rz 16.

⁵³⁰ Neumayr, Zivilprozessrecht² I 2004, 11; Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 34; Kuderna, Kommentar 1996, 229; Fasching, Auslegung, JBI 1990, 757.

⁵³¹ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 34.

Erkennt daher die Gegenseite das Motiv einer allzu intensiven Anleitung bspw in der persönlichen Nahebeziehung zwischen Richter und Partei, wird sie in aller Regel diesen leichter darstellbaren Befangenheitsgrund geltend machen. Die bloße (wenn auch weit überschießende) Überschreitung der gesetzlichen Verpflichtung zur Manuduktion wird dabei – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle spielen. Sofern jedoch keine weiteren Anhaltspunkte für eine – „klassische“, anlässlich der Anleitung hervortretende – Befangenheit vorliegen, ist die Herangehensweise des Richters an die Erreichung des Anleitungszieles zu beleuchten. Grundsätzlich soll der Richter durch Erörtern seinen diesbezüglichen Pflichten nachkommen. Im Rahmen des hier interessierenden Falles wird daher als erste Voraussetzung zu prüfen sein, ob das Entscheidungsorgan diesen Bereich der Erörterung verlässt, wie etwa durch Vorformulierung von Anträgen etc. Wie dargestellt, muss dieses Kriterium jedoch noch nicht zwingend eine Befangenheit begründen. Zu dieser Überschreitung muss daher zumindest noch ein weiteres Merkmal hinzutreten. Die Entfernung von der reinen Erörterung muss demnach zusätzlich – im Sinne der oben ausgeführten allgemeinen Voraussetzungen für Befangenheitsgründe – geeignet sein, die Förderung einseitiger Parteieninteressen⁵³² zu begründen bzw den Richter durch die Ausübung der Anleitungspflicht als Rechtsfreund⁵³³ der Partei erkennen zu lassen. Daraus ergibt sich naturgemäß eine weitere zwingende Voraussetzung für das allfällige Vorliegen von Befangenheitsgründen, nämlich jene der Ungleichbehandlung. Eine Überschreitung der Anleitungspflicht durch den Richter, die konsequent gegenüber beiden Parteien ausgewogen praktiziert wird, kann mAn letztlich nur schwerlich Grundlage für einen Ablehnungsantrag darstellen. Das Wesen der Befangenheit ist ja die Sorge um die unparteiische Entscheidung.⁵³⁴ Werden

⁵³² Fasching, Aktive Verfahrensgestaltung 1974, 81;

⁵³³ Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 34; Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 1463; Stohanzl, Taschenkommentar ZPO⁹ 2002, § 432 ZPO, 446; Hule, Fehlerhafte Schriftsätze, ÖJZ 1964, 507; Klicka in Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁵ 2007, Rz 225.

⁵³⁴ Ballon in Fasching, Kommentar² 2000, zu § 19 JN, Rz 5.

beide Parteien in vergleichbarer Weise durch das Gericht „unterstützt“, ließe sich mE eine Befangenheit nicht begründen.

Diese zuletzt genannten Kriterien können wiederum nur einzelfallbezogen beurteilt werden. Dabei muss stets das Verhalten unter der Prämisse beurteilt werden, dass dadurch bei objektiver Betrachtungsweise die Unbefangenheit des Richters bezweifelt werden muss. Dies ließe sich mE etwa durch eine Häufung derartiger Überschreitungen der Form, in welcher die gesetzliche Anleitungspflicht erfolgen soll, begründen. Sofern das Gericht daher mehrmals von der gebotenen Erörterung abgeht und dabei, isoliert betrachtet, nur geringfügig die in der ZPO vorgesehenen Möglichkeiten überschreitet, kann dieser Umstand in seiner Gesamtheit nach meinem Dafürhalten die Ablehnung des Richters durchaus begründen. Als weitere Grundlage für eine potenziell die Befangenheit begründende Verhaltensweise muss auch jener Fall gesehen werden, in dem der Richter durch einmalige Überschreitung der normierten Erörterung einen derart intensiven Verstoß verwirklicht – indem er bspw der Partei das Anleitungsziel „*gerade in den Mund legt*“⁵³⁵ –, dass eine objektive Entscheidungsfindung nicht mehr erwartet werden kann. Dazu kann etwa die Vorformulierung von Anträgen oder auch die Auswahl von tauglichen Beweisen bzw die Entscheidung darüber, ob ein Beweisantrag gestellt werden soll, durch das Gericht gezählt werden.

Der **zweite Fall** zeichnet sich, wie erwähnt, dadurch aus, dass grundsätzlich die Erörterung zwar lege artis vom Entscheidungsorgan durchgeführt wird, das verfolgte Anleitungsziel sich jedoch nicht im gesetzlichen Rahmen hält. Praktisches Beispiel für dieses erste Kriterium wäre mE etwa die Anleitung zur Einwendung der Verjährung. Die Erörterung einer materiellrechtlichen Einrede ist – außerhalb des ASGG – auf Grundlage der derzeitigen Judikatur durch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur Anleitungspflicht, bei unterbliebener Erhebung der Einwendung durch die Partei

⁵³⁵ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000, 34.

nicht vorgesehen. Das Anleitungsziel entbehrt daher jeglicher gesetzlichen Grundlage. Das Gericht entfernt sich bei Erörterung einer (nicht erklärten) materiellrechtlichen Einrede trotz Einhaltung der Anleitungsart (Erörterung) von dem gebotenen Verhalten. Auch hier bedarf es mAn zusätzlich der erforderlichen Intensität des missbilligten Verhaltens. Ich bin der Ansicht, dass analog dem ersten Fall auch hier einerseits die Häufung derartiger (geringfügigeren) Missachtungen der verfahrensrechtlichen Bestimmungen bzw uU auch die einmalige intensive Verfehlung durch das Gericht eine Befangenheit zu begründen vermag. Dabei muss ebenfalls das Verhalten geeignet sein, die Gefahr der Verfolgung von Parteieninteressen bzw generell die Verletzung der Grenzen zur Parteilichkeit zu begründen. Die auffallend häufige Anleitung zu gesetzlich nicht vorgesehenen Anleitungszielen wird uU geeignet sein, einen Ablehnungsantrag zu tragen. Die Beurteilung kann selbstverständlich jeweils wiederum nur einzelfallbezogen durchgeführt werden.

Die einmalige Überschreitung durch Anleitung zu einem verpönten Anleitungsziel ist mE nur eine theoretische Möglichkeit zur Begründung einer Ablehnung des Entscheidungsorgans. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände scheint es mAn äußerst unwahrscheinlich, dass durch diese Verhaltensweise ein derart deutliches, augenscheinlich parteiisches Verhalten gesetzt wird, dass dadurch das Vertrauen auf die objektive Entscheidungsfindung erschüttert und dies letztlich auch durchgesetzt werden kann. Das oben erwähnte Beispiel der Anleitung zur Verjährungseinrede würde daher mE eine Ablehnung des Richters nicht rechtfertigen, sofern keine weiteren Indizien hinzutreten.

Die Ausführungen sind mE analog auch auf die **relative Überschreitung** (siehe Kapitel 3.2.2.) anzuwenden.

3.2.3.2. Unterschreitung der Anleitungspflicht

Bei der Unterschreitung der Anleitungspflicht gilt grundsätzlich das zur Überschreitung Gesagte. Demnach ist einerseits der gesetzliche Rahmen der Anleitung zu beachten, andererseits wird auch hier bei der unterbliebenen Anleitung eine gewisse Intensität der Unterlassung zu fordern sein. Diese kann sich mE analog der Überschreitung durch eine Häufung derartiger (geringerer) Verstöße der Anleitungspflicht durch mehrere Unterlassungen oder durch eine massive Missachtung der Pflicht zur Manuduktion ergeben.

Während bei der Überschreitung eindeutig die Bevorzugung der angeleiteten Partei⁵³⁶ erkennbar sein wird, ist diese meiner Ansicht nach bei der Unterlassung/Unterschreitung grundsätzlich differenziert zu sehen. Von Parteilichkeit wird man nur dann sprechen können, wenn durch die Verweigerung der adäquaten Anleitung gegenüber einer Partei die Gegenseite bevorzugt werden soll bzw bei objektiver Betrachtung dieser Eindruck entstehen kann. Sofern nur die Benachteiligung der nicht manuduzierten Partei zu befürchten steht, wird allgemein das Vorliegen eines Befangenheitsgrunds geprüft werden können. Diese Unterscheidung soll nochmals die Verwendung der mAn korrekten Begrifflichkeiten herausstreichen, eine rechtlich unterschiedliche Konsequenz wird dadurch nicht herbeigeführt.

Die allzu detaillierte Darstellung auch der Unterschreitung der Anleitungspflichten im Zusammenhang mit der Befangenheit darf hier aufgrund der Anwendbarkeit jener Gedanken, die zur Überschreitung ausgeführt wurden, unterbleiben. Zudem erübrigt sich die allzu eingehende Beleuchtung möglicher Unterschiede aufgrund der Tatsache, dass die Geltendmachung wohl nur geringfügige praktische Relevanz aufweisen dürfte. Der Gesetzgeber hat die Unterschreitung vorwiegend dadurch zu vermeiden ver-

⁵³⁶ Und damit die **Parteilichkeit** des Richters im oben genannten Sinn.

sucht, dass diese als Verfahrensmangel geltend gemacht werden kann.⁵³⁷ In der Regel wird daher die Partei den Verfahrensmangel geltend machen, zumal die Ablehnung des Richters wegen Unterschreitung der Anleitungspflicht zusätzliche Voraussetzungen erfüllen muss und ein größeres Risiko der Zurückweisung des Antrages in sich birgt. Dem sei noch hinzugefügt, dass die unterbliebene Manuduktion, welche uU eine Befangenheit begründen könnte, die Erfordernisse eines Verfahrensmangels allemal zu erfüllen vermag. In praxi wird daher wohl der sicherere und einfachere Weg der Geltendmachung eines Verfahrensmangels gewählt werden.

Als Ausnahme von diesem praxisbezogenen Argument soll abschließend noch erwähnt werden, dass die Geltendmachung des Verfahrensmangels naturgemäß ausscheidet, sofern lediglich eine **relative Unterschreitung** (siehe Kapitel 3.2.2.) der Anleitungspflicht vorliegt. Dabei wurde die richterliche Verpflichtung zur Manuduktion gerade nicht durch Unterschreitung des gesetzlichen Rahmens verletzt. Letztere kann sich jedoch relativ im Verhältnis zu jener Anleitungspflicht ergeben, die der Gegenpartei gewährt wird. Ein Verfahrensmangel wird sich in dieser Konstellation in aller Regel nicht begründen lassen, da die Anleitungspflicht ja nicht verletzt wurde. Allenfalls können sich jedoch aus dem Verhalten des Richters Anhaltspunkte für eine Befangenheit ergeben.

⁵³⁷ Fasching, Lehrbuch 1984, Rz 655; Schuhmacher, Anleitungspflichten 2000, 78; Klicka in Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁵ 2007, Rz 127a; Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 947.

IV. Schlussbemerkungen

1 Kritik

An dieser Stelle möchte ich grundlegende Probleme allgemeiner Natur im Zusammenhang mit der Anleitungspflicht auch unter Berücksichtigung der Befangenheit aufzeigen. Einzelne meines Erachtens kritische Punkte (wie etwa die Nichtbeachtung der Verjährungseinrede im Zusammenhang mit der Anleitung oder Überlegungen zu der Anleitung nach §§ 39, 40 ASGG) habe ich ohnehin versucht, im jeweiligen Zusammenhang aufzuzeigen und zu erörtern.

1.1. Unbestimmtheit der Anleitung

In dieser Arbeit habe ich versucht, die Pflichten des Richters im Rahmen der Anleitungspflicht darzustellen. Dabei hat sich gezeigt, dass es nur „Näherungswerte“ aus Lehre und Judikatur gibt, die einzelne Fälle als von der Anleitungspflicht erfasst oder eben nicht erfasst erkennen lassen. Daraus ergibt sich aber eine ganz grundlegende Problematik, nämlich dass eine exakte gesetzliche Regelung fehlt. Dieser Umstand hat seine Ursache natürlich auch in einer ganz logischen Prämisse, dass nämlich eine generelle Regelung für die Vielzahl an Lebenssachverhalten abstrakt nicht getroffen werden kann. In bewusster Abkehr von der passiven Rolle des Richters sollte dieser nach der ZPO das Verfahren aktiv mitgestalten und dabei eben auch der Partei „unter die Arme“ greifen. Dieser Anspruch muss daher als gegeben und aus heutiger Sicht wohl auch als grundsätzlich richtig angenommen werden. Die Frage, die sich stellt, muss daher sein, ob die Umschreibung dieser Aufgabe in den relevanten Bestimmungen (ZPO; ASGG) auch adäquat und umsetzbar gelungen ist. Sieht man sich die Ausführungen oben durch, erscheint mir die conclusio vertretbar, dass eine „saubere“ Umsetzung nicht erfolgt ist. Nach Durchsicht und Studium der relevanten Judikate und Stimmen in der Lehre ist es nämlich

dennoch kein Leichtes, einen einfachen Sachverhalt im Zuge eines Zivilprozesses, welcher sich in der Praxis mAn oftmals ergeben wird, eindeutig zu beurteilen. Diese Annahme mag Lügen gestraft werden, wenn sich ein Sachverhalt wiederholt, der bereits einer Beurteilung durch den OGH unterlegen ist. Bei uU relevanten Abweichungen im Verfahrensverlauf oder im zugrunde liegenden Sachverhalt kann diese Judikatur jedoch mitunter nicht exakt auf letzteren Anwendung finden. Sodann ist der Rechtssuchende dazu verurteilt, zahlreiche Judikate durchzusehen und diverse Aufsätze und Kommentare zu durchforsten, um letztlich vielleicht zu einer vertretbaren Lösung zu gelangen. Zur Vermeidung von Missverständnissen soll die Kenntnis des Verfassers von dieser Tätigkeit, als tägliches Brot von Juristen, hiermit versichert werden, jedoch darf an (österreichische) Gesetze auch der Anspruch gestellt werden, bei Studium derselben den wesentlichen Sinn und Zweck zu erfassen. Eine Absage an Geheimsprachen, Kunstworte und verschleiernde Phrasen wird man sowohl der Legislative als auch der Judikatur wohl nicht absprechen wollen.

Daraus ergeben sich mE bereits zwei Kritikpunkte. Einerseits ist eine exakte Beurteilung eines Verfahrensverlaufes hinsichtlich der Anleitungspflicht im Vorhinein, zumindest teilweise, nicht möglich, da eine deutliche Abgrenzung dieser Pflicht in den Verfahrensgesetzen fehlt. Zusätzlich entwickelt sich nach meinem Dafürhalten die Anleitungspflicht dadurch in Richtung eines „Herantastens“ an ihre Grenzen. In einer Art kasuistischer Meinungsbildung wird die Anleitungspflicht mit Leben erfüllt, die an das anglo-amerikanische System des case-law erinnert. Zugegeben ist dieser Ansatz etwas überspitzt formuliert, dieser Weg wurde jedoch gewählt, um der möglicherweise bestehenden Problematik Ausdruck zu verleihen. Nicht umsonst hat es sich etwa *Schuhmacher*⁵³⁸ zur Aufgabe gemacht, das Regelwerk der richterlichen Anleitungspflichten in einem gesonderten Werk zu behandeln, um auch dem Praktiker einen geeigneten Leitfaden an die Hand zu geben.

⁵³⁸ *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000.

Wie bereits in der Arbeit angedeutet, ergibt sich aus dieser Situation auch eine mE mehr als unbefriedigende Situation für den Richter. Dieser ist gefangen zwischen einem drohenden Verfahrensmangel bei Unterlassung der gebotenen Anleitung und der Gefahr eines Ablehnungsantrages bei deren Überschreitung wegen Befangenheit. Mag dieser Antrag in diesem Zusammenhang auch nicht immer zum Ziel führen, ist die Situation jedoch für das Entscheidungsorgan zumindest unerfreulich. Zusätzlich läuft ein derartiger Antrag auf Ablehnung den Ansprüchen des Zivilprozesses hinsichtlich Raschheit, Billigkeit und generell der sozialen Komponente des Verfahrens zuwider. Tatsache ist jedoch, dass die Konkretisierung der gesetzlich nicht genau umschriebenen Verpflichtung dem Richter auferlegt wird, der die Absolution für seine Auffassung der Pflichten uU erst bei Bestätigung des Urteiles erlangt. Diese Annahme mag für alle Rechtsauffassungen von Richtern (exkl. Höchstrichtern) gelten, jedoch mit dem Unterschied, dass – wie etwa bei materiellrechtlichen Rechtsauffassungen des Gerichtes – nicht alle hier vorliegenden Faktoren konzentriert vorkommen (ungenau gesetzliche Bestimmung der Pflichten, drohender Verfahrensmangel bei Unterschreitung und mögliche Ablehnung wegen Befangenheit). Hinzu kommt der Umstand, dass der Gesetzgeber ebenso eine Vorgabe für die Qualität der Erörterung unterließ. Dies mag einerseits als Vorteil gesehen werden, da dem Richter die Intensität und Form der Anleitung überlassen werden soll. Diese „Freizügigkeit“ fördert jedoch die angesprochenen Gefahren aus folgenden Überlegungen. Die verba legalia schreiben eine Anleitung durch Erörterung oder in „anderer Weise“ vor. Der unbestimmte Gesetzesbegriff „in anderer Weise“ birgt jedoch unzählige Möglichkeiten der Anleitung, die jeweils eine unterschiedliche Intensität aufweisen. Ist die Erörterung im Einzelfall ausreichend oder bedarf es bspw eines Hinweises? Ist die Erwähnung der Problematik in einem Nebensatz durch den Richter bereits (ausreichende) Erörterung im Sinne der §§ 182, 182a ZPO?⁵³⁹ Neben die allgemeine Unbestimmtheit des Umfan-

⁵³⁹ Die Protokollierung der Erörterung mag unter diesem Aspekt vielleicht Abhilfe verschaffen, jedoch lässt sich daraus kein Hinweis auf die Intensität der Anleitung gewinnen. Sofern lediglich die Tatsache der Erörterung protokolliert wird, ermöglicht die Wiederho-

ges der Anleitungspflicht gesellt sich daher auch noch jene der „freien“ Ausübung der Anleitung. Darunter muss naturgemäß die Partei bei ihrer Einschätzung einer allfälligen Verletzung dieser Pflicht als auch der Richter bei ihrer Ausübung leiden.

Eine exaktere Formulierung der geforderten Anleitung wäre im Sinne einer Rechtssicherheit der Rechtsunterworfenen und einer Verhandlungssicherheit der Entscheidungsorgane sicherlich von Vorteil.

1.2. Überschießende Anleitung

Ein weiterer Punkt, der mAn Beachtung bedarf, ist der Umstand der fehlenden Sanktion bei Überschreitung der Anleitungspflicht.⁵⁴⁰ Mag dieser Umstand vielleicht seine Rechtfertigung in der ungenauen Beschreibung finden, um so die Möglichkeiten des Richters nicht noch mehr einzuschränken, geschieht dies dennoch auf Kosten einer vorhersehbaren Anleitung durch den Richter. Unstrittig begründet die Verletzung der Anleitungspflicht einen Verfahrensmangel.⁵⁴¹ Meiner Ansicht nach beschreibt der Begriff „Verletzung“ in diesem Zusammenhang jedoch einen weit eingeschränkteren Bereich. Bei dem Begriff der Verletzung meint man mAn nämlich tatsächlich nur die mangelnde, weil unzureichende oder unterlassene Anleitung. Das zeigt sich an dem einfachen Faktum, dass der Ver-

lung dieses unbestimmten Gesetzesbegriffes der „Erörterung“ im Protokoll ebenso keinen Rückschluss auf die Intensität der Anleitung. Dagegen spricht zusätzlich die faktische Komponente, dass in einer längeren Tagsatzung uU auch die „Überwachung“ der Protokollierung auf Tonband durch die Parteien leiden mag. Meiner Ansicht nach kommt es durchaus vor, dass der Parteivertreter mitunter durch die Partei selbst im Verfahren abgelenkt wird und dadurch die Protokollierung durch das Gericht letztlich nicht lückenlos verfolgen kann. Nach der mündlichen Verhandlung ist jedoch das Protokoll der stichhaltigste Beweis. Letztlich verschiebt sich mE durch die Protokollierung auch lediglich das Problem der Beurteilung, ob durch das Gericht in ausreichender Weise angeleitet wurde. Sowohl im Verfahren selbst als auch später anhand des Protokolls muss man sich der Frage stellen, ob die vom Richter praktizierte Anleitung den gesetzlichen Vorgaben entspricht bzw. entsprochen hat. Die Pflicht zur Protokollierung der richterlichen Anleitung vermag daher nur scheinbar eine Milderung der Problematik darstellen.

⁵⁴⁰ Dies soll in diesem Zusammenhang jeweils unter der Voraussetzung gelten, dass eine Befangenheit nicht in Frage kommt.

⁵⁴¹ *Fucik in Rechberger, Kommentar*³ 2006, 947.

fahrensmangel sodann vom Rechtsmittelwerber geltend gemacht werden muss. Nun kann sich dieser aber, zumindest mit dem Anspruch auf eine erfolgreiche Berufung, in seinem Rechtsmittel nicht darauf stützen, dass die Gegenseite ohne die (überschießende) Anleitung einen wesentlichen Aspekt übersehen hätte. Wie in dieser Arbeit bereits erörtert, hat die Gegenseite eben gerade keinen Anspruch auf einen Prozessgewinn durch Fehler der Gegenseite. Ohne einen solchen Anspruch dürfte es allerdings schwer fallen, eine Berufung mit diesem Argument zu begründen. Faktisch bedeutet „Verletzung“ in diesem Zusammenhang daher Unterschreitung oder Unterlassung und wollte die ZPO nach meinem Dafürhalten nur diese als Verfahrensmangel bezeichnet wissen. Den Parteien ist daher die Möglichkeit genommen, eine nicht übertriebene Überschreitung der Manuduktion zu unterbinden bzw zu bekämpfen.⁵⁴² Die gesetzlichen Bestimmungen zur Anleitung schaffen dadurch eine Art „Kann-Bestimmung“. Der Richter ist nicht dazu verhalten, über ein gewisses Maß anzuleiten⁵⁴³, kann dies jedoch nach Gutdünken bis hin zur Befangenheit ohne Weiteres tun oder eben nicht. Natürlich ist der österreichischen Rechtsordnung die Schaffung von Entscheidungsspielräumen (zB Ermessen) nicht fremd, in diesem heiklen Zusammenhang kann jedoch gerade diese Ausübung mitunter entscheidend sein, bspw durch Anleitung zur Stellung eines entscheidenden Beweisantrages. Dieser Spielraum des Richters würde dabei jedoch in einem Punkt ausgeübt werden, den die Parteien im Vorfeld wohl nicht in ihre Prozessprognose einbeziehen. Den Sachverhalt samt allfälligen Rechtsansichten sowie eine vage Einschätzung der gegnerischen Beweise wird jede Partei in der Regel zu analysieren versuchen. Die Auffassung des Richters von der Pflicht zur Anleitung kann durch die Parteien jedoch unmöglich vorhergesehen werden.

Ich möchte damit nicht der Abschaffung der Anleitung das Wort reden, vielmehr vertrete ich eher die gegenteilige Ansicht, dass etwa auch zu ei-

⁵⁴² Nur als Beispiel sei etwa an eine Streichung der durch überschießende Anleitung erhobenen Tatsachen aus dem Protokoll gedacht.

⁵⁴³ Bspw die vertretene Partei zu einem prozessualen Antrag.

ner Verjährungseinrede manuduziert werden sollte. Jedoch ergeben sich aus der vorliegenden Situation zusätzliche Probleme und mussten daher vorab diese Auswirkungen beleuchtet werden. Die völlige Unvorhersehbarkeit der richterlichen Pflicht, wie eingangs beschrieben, wird durch die Schaffung einer „Obergrenze“⁵⁴⁴ der Anleitungspflicht mit Überschreitungsmöglichkeit ohne Sanktion zusätzlich verstärkt. Der schemenhafte Rahmen der Anleitungspflicht wird durch die Verwässerung dieser Obergrenze einem weiteren Angriff auf die Rechtsklarheit ausgesetzt. Die Verklärung der richterlichen Pflichten fördert zudem eine gewisse Rechtsunsicherheit und entfernt sich dadurch in gewissem Maß von der sozialen Komponente des Zivilprozesses. Wie soll die Vorhersehbarkeit eines Verfahrens, und dadurch das Vertrauen in den Prozess, gefördert werden, wenn die Prozessleitung durch den Richter keinen mehr oder weniger exakten Grenzen unterliegt.⁵⁴⁵ Theoretisch können sich aus den soeben beschriebenen Handlungsspielräumen des Richters zudem auch Situationen ergeben, die den Parteien den Eindruck einer Parteilichkeit vermitteln (mögen die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Ablehnungsantrag tatsächlich auch nicht vorliegen). An dieser Stelle sei nochmals der komparative Ansatz von *Böhm*⁵⁴⁶ in Erinnerung gerufen. Dieser besagt verkürzt, dass je nachlässiger die Partei prozessiert, desto geringer die Ansprüche an die Anleitung ausfallen sollen. Die Verfahrensgesetze bieten jedoch die Möglichkeit, auch die gänzlich nachlässig prozessierende Partei durch Erörterung im Rahmen der relevanten Bestimmungen anzuleiten. Sofern dabei die Grenzen der Befangenheit nicht überschritten werden, lässt sich auf gesetzlicher Grundlage uU der Verfahrensausgang beeinflussen. Dieses Ergebnis kann mE nicht im Sinne Kleins sein. Zusätzlich wird dadurch das wohlgehütete Ansehen der Justiz zumindest ebenso beeinträchtigt, wie es eine tatsächliche Befangenheit vermag.

⁵⁴⁴ Als welche nach meinem Dafürhalten etwa die Anleitung zu einem prozessualen Antrag im Anwaltsprozess anzusehen wäre.

⁵⁴⁵ Wo auch immer man sodann diese Grenzen ansetzen mag. Mir erscheint es jedoch wichtig, eine Erwartungshaltung der Parteien gegenüber dem richterlichen Wirken durch gesetzliche Vorgaben überhaupt zu ermöglichen.

⁵⁴⁶ *Böhm*, *Bewegliches System* 1986, 240; *Fucik* in *Rechberger*, *Kommentar*³ 2006, 947.

1.3. Überlegungen zum bezirksgerichtlichen Verfahren

Eine weitere bemerkenswerte Auswirkung der Anleitungspflicht in der geltenden Ausprägung ist mE bei der unvertretenen Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren zu finden.⁵⁴⁷ Die Regelungen der §§ 432, 435 ZPO sollen der rechtsunkundigen, unvertretenen Partei zur „waffengleichen“ Durchsetzung ihres Rechtsanspruches verhelfen. Kurzerhand wird dabei mangels Alternative der Richter zur helfenden Hand erkoren und ist dieser verpflichtet, die Partei durch das Verfahren im oben beschriebenen Sinn zu „begleiten“. Die bereits beschriebene schwierige Situation für den Richter, erschwert sich hier naturgemäß durch die höheren Anforderungen an die Anleitung. Insofern gilt das zuvor Gesagte hier umso mehr. Viel wesentlicher erscheint mir hier jedoch die Beleuchtung der Situation der unvertretenen Partei. Die eingangs beschriebene schwierige Einschätzung der Einhaltung der Anleitungspflicht, auch durch praktizierende Juristen, entwickelt sich bei der unvertretenen Partei schlicht zur Unmöglichkeit. Im Normalfall wird der Partei die Existenz der Anleitungspflicht nicht einmal bekannt sein. Das Problem hierbei ist jedoch, dass die Partei letztlich „allein“ eine Beurteilung zu treffen hätte, ob eine solche Verletzung stattgefunden hat.

Wohl kann die Anwaltspflicht sodann bei einer allfälligen Berufung die Überprüfung der richterlichen Pflichten letztlich substituieren. Bei dieser Betrachtung wird jedoch schon zu weit in die Zukunft vorgegriffen. Nach Beendigung des Verfahrens erreicht die Partei idR das schriftliche Urteil, welches, um diesem Beispiel einen Sinn zu geben, gegen die unvertretene Partei ergangen ist. Mangels Kenntnis einer Anleitungspflicht wird diese die Sinnhaftigkeit einer Berufung unter diesem Aspekt aller Voraussicht

⁵⁴⁷ Dabei lege ich meine Auffassung zugrunde, dass im ASGG-Verfahren aufgrund der eklatant weit verstandenen Anleitungspflicht teilweise die geschilderten Probleme nicht in der Intensität wie vor dem BG zu Tage treten werden. Sofern nicht ohnehin gesondert das ASGG-Verfahren angeführt wird, vertrete ich dennoch die Ansicht, dass die Argumente, sofern überhaupt, wohl auch dort Anwendung finden können.

nach gar nicht erkennen können. Dazu tritt ja auch ein beträchtliches Kostenrisiko, schüchtert zudem schon das abschlägige Urteil samt entsprechender Kostenentscheidung ein. Bereits in dieser Phase werden zahlreiche Urteile, zur Vermeidung größeren Schadens, wohl akzeptiert werden. Aber selbst wenn der Partei Grundkenntnisse über die Anleitungspflicht zur Verfügung stehen, wird eine Einschätzung der tatsächlichen Chancen eines Rechtsmittels nicht möglich sein. Die Wahrscheinlichkeit einer Kontaktaufnahme mit einem Rechtsvertreter wird in der zweiten geschilderten Variante zwar höher sein (und damit ein allfälliger Verfahrensmangel wohl aufgegriffen werden). Die Wahrscheinlichkeit der Kenntnis von der Anleitungspflicht und jene des Ziehens der richtigen Schlüsse daraus, tendiert mE jedoch gegen Null. Mein Fazit daraus ist daher, dass in den angesprochenen Verfahren die unvertretene Partei auf das Wohlwollen des Entscheidungsorgans angewiesen ist, wodurch die oben angesprochene Waffengleichheit der unvertretenen Partei relativiert werden muss.

Abschließend darf noch ein spezielles Problem kurz erörtert werden. Die Anleitungspflicht nach § 432 ZPO wird derart verstanden, dass der Richter „*fehlende Gesetzeskenntnis zu ersetzen*“⁵⁴⁸ hat. Fraglich ist daher, ob das Gericht auch die fehlende Kenntnis betreffend der §§ 182, 182a, 432 und 435 ZPO substituieren muss. Diesbezüglich käme dem Richter die nahezu unlösbare Aufgabe zu, die praktizierte Anleitung – in der Überzeugung, diese richtig ausgeübt zu haben – mit der Partei derart zu erörtern, dass letztere in die Lage versetzt wird, diese ebenso beurteilen zu können. Dies ergibt sich mE konsequent aus der Aufgabe des Richters, „**die Partei mit ihren Rechten und Pflichten im Prozess vertraut zu machen**“.⁵⁴⁹ Mag sich der Verfahrensmangel idR auch erst im Rechtsmittelverfahren auswirken, so wäre der Grundstein doch in der Verhandlung gelegt worden. Meines Erachtens besteht auch unstrittig „ein Recht“ der Partei auf Anleitung, und könnte das zu dem Gedanken verleiten, dass eine Pflicht allge-

⁵⁴⁸ Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 1463.

⁵⁴⁹ Fucik in Rechberger, Kommentar³ 2006, 1463.

meiner Natur auch zur Erörterung der Anleitungspflicht mit der unvertretenen Partei aus § 432 ZPO herauszulesen sei. Nachdem § 432 ZPO deziert jedoch nur von einer Anleitung in Bezug auf „Prozesshandlungen“ spricht, könnte die Erörterung der Anleitungspflicht wohl entfallen. Die wahre Schwierigkeit dieser Problemstellung ergibt sich jedoch dann, wenn der Richter die Gegenseite parteiisch anleitet. Wenn demnach eine mögliche Grundlage für einen Ablehnungsantrag wegen Befangenheit gegeben wäre, wird dieser Antrag wohl als Prozesshandlung iSd § 432 ZPO gesehen werden können. Eine Anleitung in dieser Konstellation ist jedoch nahezu denkunmöglich. Zu diesem Zweck müsste der Richter ja seine uU begründete Befangenheit zugeben, um diese erörtern zu können. Wenn die Anleitungspflicht jedoch nicht so weit gehen sollte, ist die unvertretene Partei deutlich benachteiligt im Vergleich zu der vertretenen Partei. Die Ablehnung des befangenen Richters darf wohl mit Fug und Recht als ein Grundprinzip der ZPO bezeichnet werden, und es bildet die Objektivität des Richters zusätzlich auch eine verfassungsrechtliche Garantie. Ein so wesentlicher Schutz darf mE gerade der unvertretenen Partei nicht vorenthalten werden, insofern sich mE de lege lata keine Lösung aus der ZPO erkennen lässt!

1.4. Wertungswiderspruch ASGG/ZPO

Ungeachtet der oben wiedergegebenen Ansicht, dass mE die Erweiterung des § 39 ASGG nur arbeits- und sozialrechtliche Besonderheiten zum Inhalt haben kann, möchte ich abschließend die fehlende Grundlage für die unterschiedliche Behandlung der unvertretenen Partei im Rahmen des Zivilprozesses und des ASGG-Verfahrens nochmals aufgreifen. Mag die nochmals erweiterte Anleitung im ASGG-Verfahren auch in der üblicherweise bestehenden Ungleichstellung der Parteien ihre Rechtfertigung suchen, so sehe ich darin kein ausreichendes Argument für die praktizierte, nahezu umfassende Manuduktion im Vergleich zu den Einschränkungen derselben im Zivilprozess. Es ließen sich sicher zahlreiche Beispiele fin-

den – sowohl im Zivilprozess als auch in ASGG-Verfahren –, die exakt das Gegenteil unter Beweis stellen würden. Zusätzlich kann auch eine allfällig bestehende Unterordnung im Berufsleben mE eine Besserstellung dieser Partei im ASGG-Verfahren gegenüber dem Zivilprozess nicht rechtfertigen. Vor Gericht wären diese Unterschiede ohnehin aufgehoben bzw müsste konsequenterweise im Zivilprozess beim Gegenübertreten einer unvertretenen und einer vertretenen Partei jedenfalls dann auch eine „erweiterte“ Anleitungspflicht gelten; und diese Situation ist doch zumindest vergleichbar.

Die geltende Regelung erscheint daher einerseits gleichheitswidrig⁵⁵⁰, da keine tatsächliche Rechtfertigung für die ungleiche Behandlung besteht. Andererseits entbehrt mE die vorgenommene Auslegung einer gesetzlichen Grundlage (siehe dazu auch Kapitel I 1.2.2).

2 Lösungsansätze

Ich möchte mir hier nicht anmaßen, gleichzeitig Legislative, Judikatur und Lehre in Frage zu stellen oder zu verbessern. Letztlich erachte ich es jedoch als sinnvolle Ergänzung der Arbeit, auch meine Gedanken dazu festzuhalten, die möglicherweise geeignet sind, einen Denkanstoß zu einer Erleichterung der Anleitungspflicht zu liefern.

2.1. Gesetzestext

Oberste Priorität hätte mAn die legislative Überarbeitung der gesetzlichen Regelungen betreffend die Anleitungspflicht. Ich bin der Meinung, dass die Richterschaft aber auch die Rechtsunterworfenen ein Recht darauf haben,

⁵⁵⁰ *Fasching*, Gleichheitssatz, in FG Fasching 1993, 20; *derselbe*, Auslegung, JBl 1990, 757, FN 59.

klare bzw. klarere verfahrensrechtliche Bestimmungen vorzufinden. Durchaus im Bewusstsein der Schwierigkeit einer Abstrahierung von Verfahrensregeln in Bezug auf die vielfältigen Lebenssachverhalte eines Verfahrens erscheint es mir dennoch greifbar, zumindest bereits unstrittig bestehende Standpunkte zur Manuduktion in die gesetzliche Regelung einfließen zu lassen bzw. aufrecht zu erhalten. Dabei muss jedoch mit Bedacht und in einer möglichst abstrahierenden Weise vorgegangen werden. Andernfalls könnte dadurch das Gegenteil erreicht werden, indem Bestimmungen geschaffen werden, bei denen durch Auslegung der sodann normierten Anleitungsfälle bzw. Umkehrschlüsse daraus die Erfassung dieser neuen Regelung in einem größeren Ausmaß erschwert werden könnte als dies bei den geltenden Bestimmungen zur Anleitungspflicht der Fall ist. Ein Schritt in diese Richtung bei gleichzeitiger Vermeidung der soeben angesprochenen Gefahren war die Schaffung des § 182a ZPO, wodurch das bereits ohnehin höchstgerichtlich bestätigte Überraschungsverbot Einzug in die ZPO gefunden hat. Mir erscheint ein derartiger Schritt auch wichtig im Zusammenhang mit der Verständlichkeit rechtlicher und dabei vor allem verfahrensrechtlicher Vorschriften. Meiner Meinung nach ist aufgrund der Flut von Rechtsvorschriften nicht von vornherein klar, welche materiellrechtlichen Vorschriften uU im Verfahren zur Anwendung gelangen werden. Eine Diskussion über die Klarheit aller dabei möglichen materiellen Rechtsvorschriften ist daher müßig. Unbestritten wird aber jede Partei, welche sich auf ein gerichtliches Verfahren einlässt, mit Verfahrensrecht konfrontiert sein. Nachdem die ZPO unter gewissen Voraussetzungen auch eine Prozessteilnahme ohne Vertretung vorsieht, erscheint es mE jedenfalls aus diesem Grunde recht und billig, die Verfahrensvorschriften, so gut als möglich verständlich zu gestalten. Aber auch bei jener Partei, die sich einer Rechtsvertretung bedient, ist nicht einzusehen, warum die verba legalia nicht jene Verhaltensnormen beschreiben, die letztlich auch einzuhalten sind, bzw. weshalb eine Schaffung von Klarheit durch Erweiterung der Anleitungspflicht nicht einen gangbaren Weg darstellen soll. Wenn etwa im Zusammenhang mit den §§ 182, 182a ZPO eine Anleitung zu prozessualen Anträgen nicht erwünscht ist, sollte dies mE in den

Normen klar zum Ausdruck kommen. Das ist jedoch derzeit nicht der Fall. Der Richter hat nach § 182 ZPO dafür Sorge zu tragen, dass *„alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche notwendig erscheinen“*! Ich bin im Lichte meiner Ausführungen zur Anleitung bei materiellrechtlichen Einreden (siehe Kapitel I., 1.2.2.1.) nicht überzeugt, dass aufgrund dieser weit gefassten Formulierung nicht auch die Erhebung einer materiellrechtlichen Einrede zu erörtern wäre, wenn Anhaltspunkten dafür vorliegen und der durch Einlassung in den Prozess erkennbare Wille zur Bekämpfung des gegnerischen Anspruches an der grundsätzlichen Bereitschaft der beklagten Partei zur Erhebung der Einrede kein vernünftiger Zweifel verbleiben kann. Schließlich möchte § 182 Abs 1 ZPO auch *„ungenügende Angaben über die zur [...] Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt“* wissen. Das Wort „Umstand“ ist mE kein spezifisch juristisches, sodass daraus erkannt werden könnte, welche konkreten „Angaben“ nunmehr durch richterliche Anleitung zu vervollständigen wären. Sofern die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Verjährungseinrede (zumindest teilweise) vorliegen und letztlich kein vernünftiger Grund besteht, am Willen der Partei zur Erhebung einer Einrede zu zweifeln, wäre doch auch dieser anspruchsbekämpfende „Umstand“ mit den soeben zitierten verba legalia in Einklang zu bringen und mE letztlich eine Subsumtion unter § 182 ZPO zumindest denkbar. In Anbetracht der Schwierigkeit einer Begrenzung der Anleitungspflicht könnte mE mutig sogar ihre Erweiterung angedacht werden.⁵⁵¹ Die Regelung könnte etwa lauten: „Die Anleitungspflicht im Anwaltsprozess hat in jenem Ausmaß zu erfolgen, als dies für die Behandlung jedes erkennbaren Anspruches oder zu dessen Bekämpfung erforderlich ist. Darüber hinaus hat das Gericht jene Aspekte, die der Wahrung von wesentlichen Interessen einer Partei im Prozess dienen können, nur dann im Rahmen der Anleitungspflicht zu erörtern, wenn diese aus dem

⁵⁵¹ Dabei sollen Kostengründe und die Überlastung der Gerichte in diesem Zusammenhang außer Acht gelassen werden.

Vorbringen erkennbar sind und lediglich aufgrund einer offensichtlichen jedoch vertretbaren Unachtsamkeit der Partei nicht ausreichend releviert wurden. Die Beurteilung dieser Pflichten hat unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Garantien und Grundsätze zu erfolgen“. Die unstrittig gegebene Einzelfallbezogenheit könnte sodann bei Überprüfung eines behaupteten Verfahrensmangels erfolgen. Da mE in praxi ohnehin niemals nur ein einzelner Berufungsgrund, sondern alle möglichen Gründe vom Berufungswerber geltend gemacht werden, bin ich der Ansicht, dass dadurch auch keine Mehrbelastung der Gerichte erfolgen würde. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Berufung nur diesen einen Verfahrensmangel geltend machen würde, erscheint mir sehr gering. Zugegeben mag dadurch die Klarheit der Bestimmung nicht zwingend verbessert werden, ein Spießrutenlauf des Richters zwischen Verfahrensmangel und möglicher Befangenheit könnte dadurch jedoch vermieden oder zumindest vermindert werden. Zusätzlich ergäbe sich eine gewisse Kontinuität in der Rechtsprechung, da grundsätzlich, sofern erforderlich, eine Erörterung stattzufinden hätte. Aus der vorgeschlagenen Formulierung ergäbe sich naturgemäß eine Erweiterung auch in Richtung auf prozessuale Aspekte. Der ZPO ist ja die grundsätzliche Bereitschaft zu einer weiteren Auffassung der Anleitungspflicht nicht fremd, lassen die Verfahrensgesetze ja auch eine Überschreitung der Manuduktion bis hin zur Befangenheit unberührt. Auch lässt die Bestimmung des § 39 ASGG darauf schließen, dass der Gesetzgeber einer weitergehenden Anleitungspflicht grundsätzlich (abseits budgetärer Aspekte) nicht abgeneigt wäre. Bewusst habe ich daher die Formulierung so gewählt, dass von der Anleitung etwa auch Handlungen der Partei erfasst werden, die Kostenfolgen zeitigen können (Kostenseparation, Antrag auf Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verspätung, etc). Mir erschien das konsequent, da dieser Aspekt einerseits die Kosten bzw Dauer des Prozesses für jene Partei verringern würde, die aus den Verfahrensgesetzen dazu berechtigt wäre, dies jedoch uU übersehen hat. Andererseits würde dieser Aspekt zusätzlich (bspw Antrag auf Kostenseparation) die ebenso bereits gesetzlich verankerte Tendenz bspw in Richtung auf Straffung des Verfahrens durch Hintanhaltung ver-

späterer Anträge fördern. Dadurch soll keineswegs eine zusätzliche Last auf das Gericht übertragen werden, letztlich könnten durch die „erweiterte Anleitung“ mitunter viele Verfahren sogar verkürzt werden (bspw Erhebung materiellrechtlicher Einreden nach Erörterung, etc.). Dies ließe sich auch einfach mit dem oben erwähnten komparativen Ansatz kombinieren; Wenn nämlich eine Partei (oder deren Vertreter) beratungsresistent auftritt, so kann die Anleitung selbst daraufhin beurteilt werden, ob der sorgfältige Rechtsvertreter diese Erörterung wahrnehmen und den dahinterstehenden Gedanken erfassen hätte können. Wäre dies der Fall, wurde die Anleitung in einem Ausmaß verfolgt, die generell der Bestimmung entsprochen hat. Die Feststellung eines Verfahrensmangels ließe sich dadurch mE vereinfachen, zudem wäre die Anleitungspflicht, naturgemäß immer noch abstrakt formuliert, aber mAn besser „faßbar“. Ein weiterer Effekt, der sich daraus ergäbe, wäre die leichtere Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Rechtsvertreter in diesem Zusammenhang. Sofern die Anleitung objektiv geeignet war, bspw das entsprechende Vorbringen durch Erörterung mit dem Rechtsvertreter als wesentlich erkennen zu lassen, würde sich diese Anleitung im Protokoll finden und daher einen Nachweis mangelhafter Vertretung erleichtern. Das soll nicht als eine Übertragung der Verantwortung gänzlich auf den Richter bzw den Rechtsvertreter missverstanden werden. Ich bin jedoch der Meinung, dass die Partei idR das schwächste Glied im Verfahren sein wird, die sowohl auf den Richter als auch auf den Rechtsvertreter angewiesen ist. Eine gewisse Übertragung der Verantwortung für die rechtmäßige Abwicklung des Prozesses müssen sich mE die „Fachleute“ gefallen lassen.

2.2. Synergien

Eine Vereinfachung würde sich bei dieser Formulierung auch daraus ergeben, dass lediglich eine geringfügig ergänzte Formulierung für die unvertretene Partei vor dem BG erforderlich wäre. Grundsätzlich wäre in der oben vorgeschlagenen Textierung ein ausreichender Schutz der unvertre-

tenen Partei gegeben, da sich in diesem Fall das erforderliche „Ausmaß“ der Anleitung automatisch erhöhen würde. Eine Ergänzung wäre jedoch dahingehend erforderlich, dass (wie bisher in § 432 Abs 1 ZPO) rechtsunkundigen und unvertretenen Parteien erforderlichenfalls die zur Vornahme ihrer Prozesshandlungen nötige Anleitung zu geben ist und eine Belehrung über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen verbundenen Rechtsfolgen zu erfolgen hat. Bei der rechtsunkundigen, unvertretenen Partei ist das Ausmaß entsprechend höher anzusetzen, und zwar bis hin zu jenem Maß, nach dem vom Richter davon ausgegangen werden konnte, dass die Partei den Inhalt der Anleitung verstanden hat und dennoch der erörterten Vorgangsweise nicht nähergetreten ist. Dieser Umstand kann dann durch entsprechende Protokollierung zum Prozessinhalt gemacht werden, sodass der Partei durch Erörterung und Protokollierung eindringlich die Folgen des Handelns klargemacht wurden. Natürlich muss ich mir dabei den Vorwurf gefallen lassen, dass eine „unbestimmte“ Regelung durch eine andere unbestimmte Regelung ersetzt wird. Ich bin jedoch der Ansicht, dass ein Richter grundsätzlich ohnehin verpflichtet ist alles Wesentliche für das Verfahren zu erheben, insofern die Anleitung dazu leichter zu erfassen ist als bei der bisherigen Dreiteilung (182, 182a ZPO; §§ 432, 435 ZPO; § 39 ASGG). (Zum ASGG-Verfahren siehe das nachfolgende Kapitel.)

Aus dem Wegfall dieser Dreiteilung ergäbe sich auch ein weiterer positiver Effekt. Die richterliche Prozessleitung wäre nicht mehr durch die mE existierenden, aber sanktionslosen „Obergrenzen“ zusätzlich beschwert. Das Ergebnis wäre sodann vielleicht ähnlich der derzeitigen Praxis, ein geringfügiges „Mehr“ an Anleitung ist nach meinem Dafürhalten ja auch derzeit zu akzeptieren. Das Gericht wäre jedoch losgelöst von allfälligen Geboten, wie etwa dem Umstand, dass im Anwaltsprozess Anleitungen zu prozessualen Anträgen zu unterbleiben haben. Wenn der Richter diesen Antrag für wesentlich im Sinne der Gesamtentscheidung oder zur Wahrung der effizienten, raschen, billigen und sozialen Prozessführung für notwendig erachtet, hätte er diesen auch zu erörtern. Wie bereits erwähnt, ist insbe-

sondere die soziale Komponente bei der Anwendung der Verfahrensvorschriften zu berücksichtigen.⁵⁵² Der Richter könnte sodann bis hin zur Befangenheit, die mE eine deutlich parteiische Anleitung zur Grundlage haben müsste, seinem Status als Herr des Verfahrens und Entscheidungsorgan entsprechen und insofern unbehelligt durch gesetzliche „Grauzonen“ seiner ureigensten Aufgabe iSd ZPO nachkommen. Der Effekt einer gewissen Kontinuität der Praxis der richterlichen Anleitung durch diese Maßnahme, von dem ich überzeugt bin, wurde ohnehin bereits erwähnt.

Abschließend sei noch erwähnt, dass mAn die absolute Grenze der Befangenheit (oder deren Anschein) nicht überschritten werden darf. Ein völliger rechtlicher Freiraum widerspricht letztlich den Interessen aller Rechtsschutzsuchenden, insofern diese Grenze gewahrt bleiben muss. Durch die Anordnung der Anleitung (bloß) „im erforderlichen Ausmaß“ wäre aber die Grenze zur Befangenheit leichter feststellbar, da sodann zwei Kriterien zur Beurteilung zur Verfügung stehen (erforderliches Ausmaß und Vermeidung von Befangenheit). Nachdem die Anleitung bis hin zur Grenze der Befangenheit in der vorhergehenden Annahme im Normalfall geboten wäre, gelänge die Abgrenzung mE leichter, da nur noch zu beurteilen wäre, ob das gebotene Ausmaß eingehalten oder überschritten wurde. Wurde es überschritten, läge eine (wohl widerlegbare) Vermutung einer Befangenheit vor, die sodann tatsächlich im Einzelfall beurteilt werden müsste.

2.3. Besonderheit des ASGG-Verfahrens

Sofern das Hauptaugenmerk auf die Erhebung des wahren Sachverhaltes unter Berücksichtigung aller rechtlich relevanten Bestimmungen gelegt wird, ergibt sich mE auch nicht das Problem einer Parteilichkeit. Die Anleitung wird jeder Partei zuteil, und zwar in dem Ausmaß, in welcher sie die-

⁵⁵² Kuderna, Soziale Funktion, DRdA 1986, 183.

ser bedarf. Aufgrund dieser Ausgangsbasis bin ich der Ansicht, dass dadurch eine Parteilichkeit und damit Befangenheit grundsätzlich ausgeschlossen ist. Die Gefährdung der richterlichen Objektivität⁵⁵³ ergibt sich mE vielmehr daraus, dass offensichtliche Tatsachen, Beweise und deren Geltendmachung vom Richter sehenden Auges ignoriert werden, da die Anleitungspflicht deren Erörterung nicht gebietet. Die grundlos weite Auslegung der Anleitungspflicht im Rahmen des ASGG-Verfahrens wurde in dieser Arbeit des Öfteren erwähnt. In diesem Zusammenhang sehe ich tatsächlich auch die Problematik einer Wahrung der Objektivität des Richters gegeben, da die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 39, 40 ASGG danach trachtet, den Richter zu einer Anleitung über das „erforderliche Ausmaß“ hinaus zu verpflichten. Bei objektiver Betrachtung lässt sich kein Grund dafür finden, warum allein im ASGG-Verfahren der unvertretenen Partei eine nahezu umfassende Anleitung zugute kommen soll. Absolut vergleichbar mit der Situation der unvertretenen Partei im Zivilprozess unter dem Regime der ZPO würde die Begrenzung der Manuduktion durch sinnvolle Unterstützung im erforderlichen Ausmaß vollkommen ausreichend sein. Dadurch wäre einerseits das mAn ungerechtfertigte Ungleichgewicht zwischen den Anforderungen an die Manuduktion in diesen beiden Verfahren beseitigt, zusätzlich aber auch die Gefahr der Erweckung des Anscheins einer Parteilichkeit gebannt. Die Anleitung hätte im erforderlichen Ausmaß dergestalt zu erfolgen, dass der unvertretenen Partei die Wahrung ihrer Rechte ermöglicht wird. Einer allfälligen tatsächlichen (nach meinem Verständnis offenbar nicht als rechtlicher Unterlegenheit zu verstehenden⁵⁵⁴) Unterlegenheit wäre sodann über das Korrektiv der „Erforderlichkeit“ der Manuduktion beizukommen. Die formale Ausdehnung⁵⁵⁵ der erweiterten Anleitungspflicht des ASGG-Verfahrens auch auf das Zivilprozessverfahren iSd ZPO halte ich dabei für überschießend bzw sodann für entbehrlich. Die Anleitung hätte sich schlicht im sel-

⁵⁵³ Fasching, Auslegung, JBl 1990, 757.

⁵⁵⁴ Andernfalls wäre die unterschiedliche Behandlung zum ZPO-Verfahren noch weniger zu rechtfertigen.

⁵⁵⁵ So Kuderna, Soziale Funktion, DRdA 1986, 185.

ben Rahmen wie im Zivilverfahren nach der ZPO zu bewegen und wäre bis hin zur intensiven Anleitung nur einer Partei (Gefahr der Befangenheit) am Korrektiv der Erforderlichkeit zu messen. So lange die richterliche Aktivität als erforderlich zur Durchsetzung oder Bekämpfung eines Rechtsanspruches beurteilt werden kann, bietet sich für die Annahme einer Befangenheit kein Raum und wäre den Ansprüchen der Parteien aber auch der wahrheitsverbundenen und sozialen Rechtsfindung, auch im Rahmen des ASGG, der Grundstein gelegt.

Zusammenfassung/Summary

Deutsch

Diese Arbeit trägt den Titel: *Die richterliche Anleitungspflicht im Spannungsfeld zwischen Wahrheitsfindung und Parteilichkeit unter besonderer Berücksichtigung des „Überraschungsverbotes“*. Anspruch der Arbeit war es, einerseits in Kapitel I die unterschiedlichen Anforderungen an die Anleitungspflicht im Anwaltsprozess, im Parteienprozess und letztlich im ASGG-Verfahren aufzuzeigen. Dazu erschien es dem Verfasser unerlässlich, vorab auch die historische Entwicklung der Rolle des Richters kurz darzustellen. Überdies kann aber auch die thematische Nähe zur EMRK nicht geleugnet werden, ergeben sich doch insbesondere im Rahmen der Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 EMRK zahlreiche Wechselwirkungen zur ZPO. Dem Einfluss der EMRK wurde daher ein gesonderter Exkurs gewidmet. Die praktische Relevanz des Überraschungsverbotes wurde bereits vor Einführung des § 182a ZPO, welcher dieses nunmehr ausdrücklich normiert, von der Justiz erkannt und sollte daher auch dieser „besonderen“ Ausprägung der Anleitungspflicht, der Bedeutung desselben Rechnung tragend, eine gesonderte Darstellung dieses Themenkreises gewidmet werden.

Schließlich wird, neben der Erläuterung allgemeiner Grenzen der Anleitungspflicht im ersten Kapitel, in dieser Arbeit auch die absolute Grenze der materiellen Prozessleitung, nämlich jene der Befangenheit, aufgezeigt und die damit im Zusammenhang stehende Problematik erörtert. Die Grundlagen der Befangenheit soll dabei Kapitel II aufzeigen. Im Besonderen die Grenzziehung zwischen der (noch) gesetzeskonformen Anleitung bis hin zu einer allfälligen Gefahr der Befangenheit versucht sodann Kapitel III zu erfassen.

Abschließend ist es in Kapitel IV Anliegen dieser Arbeit, einerseits Kritikpunkte zu definieren, wie etwa die Unbestimmtheit der gesetzlichen Regelung zur Anleitungspflicht, die überschießende Anleitungspflicht, sowie

Überlegungen zu möglichen Problemen im bezirksgerichtlichen und im ASGG-Verfahren. Letztlich wird sodann der Versuch unternommen, Gedankenanstöße in Richtung auf mögliche Lösungsansätze vorzuschlagen.

Englisch

This work bears the title: The judicial guidance obligation (richterliche Anleitungspflicht) in conflict between truth-seeking and partiality with particular focus on the interdiction of the "surprising judgment" principle (Überraschungsverbot). Pretension of this thesis was, among other things, to show the different demands to the judicial guidance obligation in legal proceedings, where the parties are represented by a litigator (Anwaltsprozess), where the parties are not represented by a litigator (Parteienprozess) and in legal proceedings before the labour and social court (ASGG-Verfahren). In order to provide a comprehensive picture on this topic, the author began by portraying the historical development of the judge's role. Furthermore, the thematic proximity to the ECHR cannot be disputed. There are numerous interactions between the Austrian Code of Civil Procedure (ZPO) and the ECHR, especially within the scope of the procedural safeguards of Art 6 para 1 ECHR. Hence, the ECHR was given a separate excursion. The practical relevance of the interdiction of the "surprising judgment" principle was recognized by the judiciary before the Austrian Code of Civil Procedure (ZPO) introduced para 182a, the rule stating the interdiction of the "surprising judgment" principle. Thus, this principle is going to be discussed in a separate presentment due to its importance as an "outstanding" characteristic of the judicial guidance obligation (richterliche Anleitungspflicht).

In addition to the explanation concerning the general limits of the judicial guidance obligation (richterliche Anleitungspflicht) in chapter one, this thesis will deal with the absolute limit of the power of the judge controlling the subject matter of the litigation, namely bias. Chapter two shall show the fundamentals of bias, whereas chapter three deals in particular with the

demarcation between the (still) within the law judicial guidance and a possible bias.

A special concern of this thesis is laid down in chapter four, where points of criticism are defined, e.g. lack of precision of the legal provisions concerning the judicial guidance obligation (richterliche Anleitungspflicht); excessive judicial guidance obligation (judicial guidance obligation) as well as careful considerations on possible problems in legal proceedings before the district court (bezirksgerichtliches Verfahren) and before the labour and social court (ASGG-Verfahren). In conclusion the author attempts to elaborate possible solutions and provide new impetus.

Lebenslauf

Mag. Alexander Scharwitzl
1070 Wien
geboren am 11.03.1974 in Wien
verheiratet, eine Tochter



Berufspraxis

Seit Juni 2010	ÖVAG Konzernrechtsabteilung
November 2005-Februar 2010	Konzipient bei Putz & Partner OG in 1030 Wien (Anwaltsprüfung im November 2008 abgelegt)
Juni 2001-November 2005	ÖBB Immobilienmanagementges. mbH (Bereich Verwertung)
Oktober 2000-Juni 2001	Gerichtspraxis (BG Meidling, LG Wr. Neustadt, ASG)
September 1997-September 1998	Studententätigkeit bei Kanzlei Schuppich, Sporn & Winischhofer

Ausbildung

2008	Absolvierung der Anwaltsprüfung beim OLG Wien
1993- 2000	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien
1992- 1993	Präsenzdienst in Wr. Neustadt
1988- 1992	Militärrealgymnasium Wr. Neustadt
1984- 1988	AHS Albertgasse, 1080 Wien

Sprachen

Deutsch, Englisch, Spanisch (Anfänger)

Literaturverzeichnis

(Der Text nach dem Bindestrich verweist jeweils auf die verkürzte Zitierweise in der Arbeit)

Bajons, Beweiswiederholung und Verfahrensergänzung in der Berufungsinstanz, in *Holzhammer/Jelinek/Böhm* (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag (1988) – *Bajons*, Beweiswiederholung, in FS Fasching 1988

Ballon, Die Beachtung des rechtlichen Gehörs iSd Art 6 EMRK durch die Rechtsmittelgerichte, JBI 1995, 623 – *Ballon*, EMRK, JBI 1995, 623

Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht. Streitiges Verfahren, 12. Auflage (2009) – *Ballon*, Einführung¹² 2009

Ballon in *Fasching*, Kommentar Zivilprozeßgesetze², I (2000) – *Ballon* in *Fasching*, Kommentar² 2000

Ballon, Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozeßrecht, in *Ballon/Hagen* (Hrsg.), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993), 15 – *Ballon*, Verfahrensmängel, in FS Matscher 1993

Baumbach, Elementarbuch des Zivilprozesses, Ein erster Leitfaden für Rechtswahrer und Laien (1936)

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung⁶⁷, Band 1 (2009) – *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung⁶⁷ I 2009

Baumgärtel, Ausprägung der prozessualen Grundprinzipien der Waffengleichheit und der fairen Prozeßführung im zivilprozessualen Beweisrecht, in *Ballon/Hagen* (Hrsg.), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993), 29 – *Baumgärtel*, Waffengleichheit und faire Prozeßführung, in FS Matscher 1993

Beran/Klaus/Liebhart/Nigl/Pühringer/Rassi/Roch/Steinhauer, (Franz) Klein, aber fein (Teil I), Die Zivilverfahrensnovelle 2002 aus der Sicht des „Arbeitskreises Verfahrensvereinfachung“, RZ 2002, S 258 – *Beran et. al.*, Zivilverfahrensnovelle 2002, RZ 2002

Bertel in *Höpfel/Ratz* (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch², §§ 302-315 (2010) – *Bertel*, WK² 2010

Böhm, Bewegliches System und Prozesszwecke, in *Bydliński/Krejci/Schilcher/Steininger*, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986) – *Böhm*, Bewegliches System 1986

Böhm, Die Ausrichtung des Streitgegenstandes am Rechtsschutzziel, in *Rechberger/Welser* (Hrsg), Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Verfahrensrecht-Privatrecht (1986) – *Böhm*, Ausrichtung, in FS Kralik

Böhm, Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, JBI 1974, 1

Böhm, Die österreichischen Justizgesetze von 1895/96, in *Hofmeister* (Hrsg.), Kodifikation als Mittel der Politik. Vorträge und Diskussionsbeiträge über die deutsche, schweizerische und österreichische Kodifikationsbewegung um 1900 (1986) – *Böhm*, Justizgesetze 1986

Böhm, ZAS 1974, 11 (Entscheidungsbesprechung zu Entscheidung Nr. 1)

Buchegger in *Buchegger/Deixler/Holzhammer*³, Praktisches Zivilprozeßrecht. Erkenntnis- und Außerstreitverfahren in 183 Fällen (1992) – *Buchegger*, Zivilprozeßrecht³ 1992

Buchegger in *Buchegger/Roth*, Zivilprozessrecht. Sammlung kommentierter Fälle, 3. Auflage (2011) – *Buchegger*, Zivilprozessrecht³ 2011

Buchegger, Richterliche Prozeßleitungspflicht – Wucher bei Glücksverträgen, JBI 1990, S 802 – *Buchegger*, Prozeßleitungspflicht, JBI 1990

Canstein, Lehrbuch des österreichischen Civilprozessrechtes (Unter steter Berücksichtigung der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes als Handbuch für die Praxis)², Erster Band (1893) – *Canstein*, Lehrbuch² I 1893

Deixler-Hübner, Prozessualer Streitgegenstand und Mitverschuldenseinwand. Zugleich ein Beitrag zur richterlichen Anleitungspflicht, in *König* (Hrsg), Historiarum ignari semper sunt pueri, Festschrift Rainer Sprung zum 65. Geburtstag (2001) – *Deixler-Hübner*, Streitgegenstand, in FS Sprung 2001

Deixler-Hübner/Roth, Der Zivilprozess in der Praxis, 4. Auflage (2006) – *Deixler-Hübner/Roth*, Zivilprozess in der Praxis⁴ 2006

Dolinar, Zivilprozessrecht, 10. Auflage (2010) – *Dolinar*, Zivilprozessrecht¹⁰ 2010

Einwendungen und Manuduktionspflicht, *WBI* 2012, 120 (Rechtsprechung)

Ermacora in *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) – *Ermacora* in *Ermacora/Nowak/Tretter*, Menschenrechtskonvention 1983

F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 1982 – *F.Bydlinski*, Methodenlehre 1982

Fasching, Aktive Verfahrensgestaltung durch den Richter im österreichischen Zivilprozeß, in Österreichische Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974 (1974) – *Fasching*, Aktive Verfahrensgestaltung 1974

Fasching, Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, in *Jelinek/Böhm/Konecny/Buchegger* (Hrsg.), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag (1993) – *Fasching*, Gleichheitssatz, in FG Fasching 1993

Fasching, Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, in *Wolfgang Jelinek/Peter Böhm/Andreas Konecny/Walter Buchegger* (Hrsg.), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag (1993) – *Fasching*, Gleichheitssatz, in FG Fasching 1993

Fasching, Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozeßrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in *Hofmeister* (Hrsg), Forschungsband Franz Klein (1854-1926), Leben und Wirken (1988) – *Fasching*, Weiterentwicklung, in FB Klein

Fasching, Die Zivilverfahrensnovelle 1981, JBl 1982, 68 – *Fasching*, Zivilverfahrensnovelle 1981

Fasching, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II (1962) – *Fasching*, Kommentar 1962

Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis (1984) – *Fasching*, Lehrbuch 1984

Fasching, Zur Auslegung der Zivilverfahrensgesetze, JBl 1990, S 749 – *Fasching*, Auslegung, JBl 1990

Feitzinger/Tades, ASGG, 2. Auflage (1996) – *Feitzinger/Tades*, ASGG² 1996

Fink, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz ASGG (1994) – *Fink*, ASGG 1994

Fischer/Köck, Europarecht einschließlich des Rechtes supranationaler Organisationen³ (1997) – *Fischer/Köck*, Europarecht³ 1997

Fucik in *Fucik/Klauser/Kloiber* (Hrsg.), Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht¹¹ 2011 – *Fucik* in *Fucik/Klauser/Kloiber*, Zivilprozessrecht¹¹ 2011

Fucik in *Rechberger* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 3. Auflage (2006) – *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar³ 2006

Goerlich, Der EGHR in Straßburg als ein europäisches Verfassungsgericht, in *Esser/Harich/Lohse/Sinn* (Hrsg.), Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung (2004) – *Goerlich*, EGHR 2004

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention² (2005) – *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention² 2005

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) –
Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ 2012

Grenzen der richterlichen Anleitungspflicht, JBl 2006, S 184 (Rechtsprechung)

Guillen, Einige prozessuale Probleme im Zusammenhang mit Art 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in *Grunsky/Stürner/Walter/Wolf* (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur (1981), 365 – *Guillen*, Prozessuale Probleme, in FS Baur 1981

Haase, Die Anforderungen an ein faires Gerichtsverfahren auf europäischer Ebene (2006) – *Haase*, Faires Gerichtsverfahren 2006

Henckel, Das Recht auf Entscheidung in angemessener Frist und der Anspruch auf rechtliches Gehör – Art 6 Abs 1 Satz 1 EMRK und das deutsche zivilgerichtliche Verfahren, in *Ballon/Hagen* (Hrsg.), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993), 185 – *Henckel*, rechtliches Gehör, in FS Matscher 1993

Hermann, Die Jurisdiktionsnorm und die Zivilprozeßordnung samt den Einführungsgesetzen mit Verweisungen auf zusammenhängende Stellen und anderweitige einschlägige Vorschriften sowie einem ausführlichen Sachverzeichnis (1937) – *Hermann*, Jurisdiktionsnorm 1937

Hollander, Fremdwörterlexikon (1991)

Hule, Nochmals: Fehlerhafte Schriftsätze, ÖJZ 1964, 507 – *Hule*, Fehlerhafte Schriftsätze, ÖJZ 1964

Hule, Nochmals: Fehlerhafte Schriftsätze, in ÖJZ 1964, S 507

Karmasin/Ribing, Die Gestaltung wissenschaftlicher Arbeiten, 3. Auflage (2008)

Klauser/Kodek, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung samt Einführungsgesetzen und Nebengesetzen sowie den Vorschriften des Europäischen Zivilprozessrechts¹⁶ 2006 – *Klauser/Kodek*, JN/ZPO¹⁶ 2006

Klein, Der Zivilprozess Österreichs, in *Wach/Kisch/Mendelssohn-Bartholdy/Pagenstecher*, Das Zivilprozeßrecht der Kulturstaaten III (1927) – *Klein*, Zivilprozeß 1927

Kley-Struller, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt. Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des

Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege (1993) – *Kley-Struller*, Art. 6 EMRK 1993

Klicka, Aufklärungspflichten der Prozeßparteien im österreichischen Zivilprozeßrecht, JBI 1992, 231 – *Klicka*, Aufklärungspflichten 1992

Klicka in *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren, Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, 5.Auflage (2007) – *Klicka* in *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren⁵ 2007

Kneihs, Verfassungs- und Allgemeines Verwaltungsrecht² (2008) – *Kneihs*, Verfassungsrecht² 2008

Kodek in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze², III (2004) – *Kodek* in *Fasching/Konecny* Kommentar² 2004

König, JBI 1978, 262 (Entscheidungsbesprechung)

König, Parteilichkeit (Art 6 MRK) des Entscheidungsorgans in Disziplinarverfahren, in *Ballon/Hagen* (Hrsg.), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993), 279 – *König*, Parteilichkeit, in FS Matscher 1993

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II, 13. Auflage (2007) – *Koziol/Welser*, Grundriss¹³ II 2007

Kralik, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozeßordnung von 1895, in *Hofmeister* (Hrsg), Forschungsband Franz Klein (1854-1926), Leben und Wirken (1988) – *Kralik*, Verwirklichung, in FB Klein 1988

Kuderna, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz. Kommentar und Auszüge aus einschlägigen Gesetzen, 2. Auflage (1996) – *Kuderna*, Kommentar 1996

Kuderna, Soziale Funktion und soziale Elemente des Zivilprozesses, DRdA 1986, 182 – *Kuderna*, Soziale Funktion, DRdA 1986

Kugler, Die Kooperationsmaxime, Richtermacht und Parteienherrschaft im Zivilprozess – der gemeinsame Weg zum richtigen Prozessergebnis (2002) – *Kugler*, Kooperationsmaxime 2002

Leipold, Verfahrensbeschleunigung und Prozeßmaximen, in *Holzhammer/Jelinek/Böhm* (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag (1988) – *Leipold*, Verfahrensbeschleunigung, in FS Fasching 1988

Leonhard, Die Jugendjahre des Oesterreichischen Zivilprozesses (1930) – *Leonhard*, Jugendjahre 1930

Leonhard, Zur Geschichte der österreichischen Justizreform vom Jahre 1898, in Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozess-

ordnung 1898-1948 (1948) – *Leonhard*, Geschichte der österreichischen Justizreform 1948

Leuprecht, Der Europarat und die Menschenrechte (1987) – *Leuprecht*, Europarat 1987

Loschelder, Die österreichische Allgemeine Gerichtsordnung von 1781, Grundlagen und Kodifikationsgeschichte (1978) – *Loschelder*, Allgemeine Gerichtsordnung 1978

M. Bydlinski in *Rummel*, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch II, 3. Auflage (2002) – *M. Bydlinski* in *Rummel* Kommentar³ II 2002

Malaniuk, Die Stellung des Richters und die Prozeßreform, in Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948 (1948) – *Malaniuk*, Stellung des Richters 1948

Materialien zu den neuen österreichischen Civilprocessgesetzen I (1897)

Matscher, Der Gesetzesbegriff der EMRK, in *Adamovich/Kobzina* (Hrsg.), Der Rechtsstaat in der Krise, Festschrift für Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag (1991), 105 – *Matscher*, Gesetzesbegriff der EMRK 1991

Matscher, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 1980, 1 – *Matscher*, Verfahrensgarantien, ZÖR 1980

Matscher, Zum Problem der überlangen Verfahrensdauer in Zivilrechtssachen; Art 6 Abs 1 EMRK und das österreichische Zivilgerichtliche Verfahren, in *Holzhammer/Jelinek/Böhm* (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag (1988) – *Matscher*, Verfahrensdauer, in FS Fasching 1988

Mayer-Maly, DRdA 1960, 122 (Entscheidungsbesprechung)

Mayr in *Rechberger* (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 3. Auflage (2006) – *Mayr* in *Rechberger* Kommentar³ 2006

Meyer-Ladewig, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Handkommentar 2003 – *Meyer-Ladewig*, Handkommentar EMRK 2003

Neumayr, Zivilprozessrecht², Erkenntnisverfahren I (2004)

Neumayr, Zivilprozessrecht², Erkenntnisverfahren II (2004)

Nörr, Naturrecht und Zivilprozeß: Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts (1976) – *Nörr*, Naturrecht 1976

Novak, Österreichs „grosse Rechtsreform“ und die Zivilgerichtsbarkeit (1968) – *Novak*, Grosse Rechtsreform 1968

Nowak in Ermacora/Nowak/Tretter (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) – *Nowak in Ermacora/Nowak/Tretter*, Menschenrechtskonvention 1983

Oberhammer in Kralik/Rechberger (Hrsg), Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, Das österreichische Notariat, Die „Arbeitsgemeinschaft Zivilprozeß“ (1993) – *Oberhammer*, Konfliktvermeidung 1993

Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ (2007) – *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ 2007

Ordentliche Gerichte, Zivilsachen, Anwaltshaftung/Prozessleitungspflicht, JBl 2003, S 41 (Rechtsprechung)

Ott, Beiträge zur Receptions-Geschichte des römisch-canonischen Processes in den böhmischen Ländern (1879) – *Ott*, Receptionsgeschichte 1879

Petschek/Stagel, Der österreichische Zivilprozeß. Eine systematische Darstellung (1963) – *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 1963

Peukert in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar² 1996 – *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar² 1996

Pollak, System des österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes (1932) – *Pollak*, System 1932

Rechberger in Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozeßrechtes. Erkenntnisverfahren, 8. Auflage (2010) – *Rechberger*, in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010

Rechberger, Rechtspolitische Ziele und Gestaltungsanliegen der österreichischen Zivilprozeßordnung, in *BMJ/Lewisch/Rechberger (Hrsg.)*, 100 Jahre ZPO, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (1998) – *Rechberger*, Gestaltungsanliegen 1998

Salficky, Überschießende Feststellungen im Zivilprozess, ÖJZ 2006, S 787 – *Salficky*, Überschießende Feststellungen, ÖJZ 2006

Schima, Prozeßgesetz und Prozeßpraxis, in JBl 1967, 545 – *Schima*, Prozeßgesetz JBl 1967

Schoibl, Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts (1987) – *Schoibl*, Entwicklung 1987

Schöniger-Hekele, Die österreichische Zivilprozeßreform 1895 (2000) – *Schöniger-Hekele*, Zivilprozeßreform 1895 (2000)

Schragel in *Fasching/Konecny*², Kommentar Zivilprozeßgesetze, II/2 (2003) – *Schragel* in *Fasching/Konecny*, Kommentar Zivilprozeßgesetze² 2003

Schrutka, Grundriß des Zivilprozeßrechts² (1917) – *Schrutka*, Grundriß² 1917

Schuhmacher, Richterliche Anleitungspflichten (2000) – *Schuhmacher*, Anleitungspflichten 2000

Schweitzer/Hummer, Europarecht⁵ (1996) – *Schweitzer/Hummer*, Europa-recht⁵ 1996

Simotta in *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozeßrechts, Erkenntnisverfahren, 8. Auflage (2010) – *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss⁸ 2010

Simotta, Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozeß, in *Ballon/Hagen* (Hrsg.), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993), 449 – *Simotta*, Öffentlichkeit im Zivilprozeß, in FS Matscher 1993

Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege I (1930) – *Sperl*, Lehrbuch I 1930

Stampfer, Die Zivilprozeßordnung von 1898 vor dem Hintergrund zeitgenössischer sozialer Rechtsgestaltung, in *BMJ/Lewisch/Rechberger* (Hrsg.), 100 Jahre ZPO, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (1998) – *Stampfer*, Rechtsgestaltung 1998

Steininger, Die Auslegung im Zivilrecht und in der gesamten Rechtsordnung, JBl 1971, 217 – *Steininger*, Auslegung, JBl 1971

Steininger, Die Auslegung im Zivilrecht und in der gesamten Rechtsordnung, JBl 1971, S 217 – *Steininger*, Auslegung, JBl 1971

Stohanzl, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozeßordnung samt Einführungsgesetzen und Nebengesetzen idF der Erweiterten Wertgrenz-Novelle 1989, 14. Auflage (1990) – *Stohanzl*¹⁴, ZPO 1990

Stohanzl, Manz Taschenkommentar, Zivilprozessgesetze, 9. Auflage (2002) – *Stohanzl*, Taschenkommentar ZPO⁹ 2002

Streinz, Europarecht⁵ (2001) – *Streinz*, Europarecht⁵ 2001

Stürner, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in *Grunsky/Stürner/Walter/Wolf* (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur (1981), 647 – *Stürner*, Verfahrensgrundsätze, in FS Baur 1981

Thienel, Rechtsprechung des EMRK 2011 (2), ÖJZ 2012 – *Thienel*, EMRK, ÖJZ 2011, 595

Trechsel, Zur Reform des Europäischen Menschenrechtsschutz-Systems, in *Nowak* (Hrsg.), Europarat und Menschenrechte (1993) – *Trechsel*, Reform 1993

Walder, Gedanken zur Verteidigung der richterlichen Unabhängigkeit im Lichte der EMRK, in *Ballon/Hagen* (Hrsg.), Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag (1993), 517 – *Walder*, Richterliche Unabhängigkeit, in FS Matscher 1993

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage (2007) – *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ 2007

Weiß, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, in *Magiera/Merten* (Hrsg.), Schriften zum Europäischen Recht – *Weiß*, Gesetz im Sinne der EMRK

Wresounig, Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG) (1986) – *Wresounig*, ASGG 1986

Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage (2006) – *Zippelius*, Methodenlehre¹⁰ 2006