

# TE OGH 2005/2/16 3Ob281/04a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.02.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Exekutionssache der betreibenden Partei Ärztekammer \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Karl Krückl und Dr. Alfred Lichtl, Rechtsanwälte in Linz, wider die verpflichtete Partei Z\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Dr. Helmut Blum, Rechtsanwalt in Linz, wegen Unterlassung, infolge Rekurses der betreibenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Linz als Rekursgericht vom 29. Juli 2004, GZ 37 R 188/04s-7, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Linz vom 15. März 2004, GZ 23 E 561/04m-2 aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

1. Das Rekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof wird bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Ablehnung der Richterin Mag. Doris L\*\*\*\*\* (ON 9 des erstgerichtlichen Aktes) unterbrochen.
2. Der Akt wird dem Rekursgericht mit dem Auftrag zurückgestellt, ihn erst nach Rechtskraft der förmlichen Entscheidung über den Ablehnungsantrag der betreibenden Partei in ON 9 wieder dem Obersten Gerichtshof vorzulegen.

## Text

Begründung:

In ihrem „Revisionsrekurs“ gegen die aufhebende Entscheidung zweiter Instanz machte die klagende Partei unter der Überschrift „Mangelhaftigkeit des Verfahrens“ geltend, es habe an der angefochtenen Entscheidung ein aus bestimmten Gründen befangenes Senatsmitglied mitgewirkt.

Mit einer formlosen Mitteilung lehnte ein Richter desselben Gerichts die Behandlung des von der Vorsitzenden des Senats, der die bekämpfte Entscheidung gefällt hatte, im „Revisionsrekurs“ erblickten Ablehnungsantrags mit der wesentlichen Begründung ab, es seien keine konkreten gegen die Person der abgelehnten Richterin gerichteten substantiierten und detaillierten Befangenheitsgründe geltend gemacht worden. Darauf hin legte die Vorsitzende das Rechtsmittel dem Obersten Gerichtshof zur Entscheidung vor.

Eine solche kann jedoch vor Entscheidung des zuständigen Senats des Rekursgerichts über die zu Recht als im Rekurs der betreibenden Partei gegen dessen Aufhebungsbeschluss enthalten gesehene Ablehnung einer an diesem mitwirkenden Richterin nicht ergehen.

## Rechtliche Beurteilung

Zur Entscheidung über diesen Ablehnungsantrag ist gemäß § 23 JN nicht der Oberste Gerichtshof, sondern das Gericht zweiter Instanz berufen, das dann, wenn der Ablehnung stattgegeben wird, erforderlichenfalls auch die vom abgelehnten Richter vorgenommene Prozesshandlung aufzuheben hat (§ 25 JN letzter Satz). Dies gilt auch, wenn die Ablehnung in einem Rechtsmittel erfolgt ist (Mayr in Rechberger ZPO2 § 21 JN Rz 3; zuletzt 6 Ob 308/04v mwN). Die Geltendmachung der Befangenheit ist auch noch im Rechtsmittelschriftsatz zulässig, wenn das Verfahren insgesamt noch nicht rechtskräftig erledigt ist (RIS-Justiz RS0046032) und erst im Rechtsmittelverfahren Gründe bekannt werden, die die Ablehnung eines Richters unterer Instanz rechtfertigen. Im Fall einer erfolgreichen Ablehnung wäre die angefochtene Entscheidung nichtig (1 Ob 31/03w = EFSlg 105.445). Eine sofortige Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wäre nur in den hier nicht vorliegenden Fällen zulässig, dass keine konkreten Befangenheitsgründe ins Treffen geführt werden (1 Ob 623/92) oder die Ablehnung offenkundig rechtsmissbräuchlich erfolgt (EvBl 1989/18; 6 Ob 308/04v). Konkrete, auf die Person des abgelehnten Senatsmitglieds bezogene Gründe wurden hier geltend gemacht; ob sie geeignet sind, dessen Befangenheit zu begründen, ist vom zuständigen Senat zu beurteilen. Zur Entscheidung über diesen Ablehnungsantrag ist gemäß Paragraph 23, JN nicht der Oberste Gerichtshof, sondern das Gericht zweiter Instanz berufen, das dann, wenn der Ablehnung stattgegeben wird, erforderlichenfalls auch die vom abgelehnten Richter vorgenommene Prozesshandlung aufzuheben hat (Paragraph 25, JN letzter Satz). Dies gilt auch, wenn die Ablehnung in einem Rechtsmittel erfolgt ist (Mayr in Rechberger ZPO2 Paragraph 21, JN Rz 3; zuletzt 6 Ob 308/04v mwN). Die Geltendmachung der Befangenheit ist auch noch im Rechtsmittelschriftsatz zulässig, wenn das Verfahren insgesamt noch nicht rechtskräftig erledigt ist (RIS-Justiz RS0046032) und erst im Rechtsmittelverfahren Gründe bekannt werden, die die Ablehnung eines Richters unterer Instanz rechtfertigen. Im Fall einer erfolgreichen Ablehnung wäre die angefochtene Entscheidung nichtig (1 Ob 31/03w = EFSlg 105.445). Eine sofortige Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wäre nur in den hier nicht vorliegenden Fällen zulässig, dass keine konkreten Befangenheitsgründe ins Treffen geführt werden (1 Ob 623/92) oder die Ablehnung offenkundig rechtsmissbräuchlich erfolgt (EvBl 1989/18; 6 Ob 308/04v). Konkrete, auf die Person des abgelehnten Senatsmitglieds bezogene Gründe wurden hier geltend gemacht; ob sie geeignet sind, dessen Befangenheit zu begründen, ist vom zuständigen Senat zu beurteilen.

Vor der Entscheidung über den Revisionsrekurs ist daher die Entscheidung über die Befangenheit durch das nach § 23 JN zuständige Gericht einzuholen. Bis zur Rechtskraft dieser Entscheidung wird das Verfahren über den Rekurs unterbrochen (1 Ob 31/03w; 6 Ob 308/04v; RIS-Justiz RS0042028 [T1]). Vor der Entscheidung über den Revisionsrekurs ist daher die Entscheidung über die Befangenheit durch das nach Paragraph 23, JN zuständige Gericht einzuholen. Bis zur Rechtskraft dieser Entscheidung wird das Verfahren über den Rekurs unterbrochen (1 Ob 31/03w; 6 Ob 308/04v; RIS-Justiz RS0042028 [T1]).

**Textnummer**

E76718

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0030OB00281.04A.0216.000

**Im RIS seit**

18.03.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

20.02.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter &amp; Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)