

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion **Edwin Gitschthaler**
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel

04
Juli 2016
169 – 224

ErbRÄG spezial

Neues zur Form letztwilliger Verfügungen *Andreas Tschugguel* ➤ 172

Beiträge

Die unvorhergesehene Kollision von Tagsatzungen *Birgit Schneider* ➤ 177

Das Recht homosexueller Paare auf Anerkennung und Schutz
ihrer Beziehung *Philip Czech* ➤ 181

Das Verlassenschaftsinventar (Teil 1) *Patrick Schweda* ➤ 187

EF Kurz gesagt

Altes und Neues zum negativen Testament
Constanze Fischer-Czermak ➤ 191

Steuerlich abziehbare Ausgaben und Steuergutschriften
im Unterhaltsrecht *Günter Tews* ➤ 192

Rechtsprechung

Zulässige Verfahrensart für Vorausvereinbarungen
Susanne Ferrari ➤ 195

Schuldentilgung als Wertschöpfung
Gerold Maximilian Oberhumer ➤ 199

Verfristeter Aufteilungsantrag im Räumungsverfahren *Teresa Maier* ➤ 203

Detektivkosten bis zum bitteren Ende *Erika Wagner* ➤ 206

Arbeitsaufwand ≠ Erfolg ➤ 209

Nottestament auf halbem Weg zur Gültigkeit *Andreas Tschugguel* ➤ 210

Kondiktionsanspruch bei geleisteter Pflege *Martin Stefula* ➤ 214

Die unvorhergesehene Kollision von Tagsatzungen

(Nicht-)Erstreckung von Tagsatzungen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Mangelhaftigkeit des Verfahrens

In der Ladung zu einer Tagsatzung kann das voraussichtliche Ende einer Tagsatzung angegeben werden. Bei einem Weiterverhandeln nach diesem Zeitpunkt kann es zu einer Terminkollision kommen, wenn der Parteienvertreter eine weitere Tagsatzung wahrnehmen muss. Die verfahrensrechtlichen Folgen, die an das Weiterverhandeln geknüpft sind, werden in diesem Beitrag behandelt.

Von Birgit Schneider

A. Einleitung

Die mündliche Verhandlung erstreckt sich idR auf mehrere Tagsatzungen. Schwierigkeiten können sich dann ergeben, wenn das Gericht – entgegen der Angabe des voraussichtlichen Endes in der Ladung – die Verhandlung „spontan“ fortsetzt. Das kann va zu einer Terminkollision für den Parteienvertreter führen, wenn er

einen weiteren Verhandlungstermin wahrnehmen muss. Der Parteienvertreter hat dann nur die Wahl, welche der beiden Tagsatzungen er unbesucht lässt.

Vor dieser Ausgangslage sollen im Folgenden die prozessualen Möglichkeiten erörtert werden, ob und wie ein Weiterverhandeln bekämpft werden kann. Zudem sind die Auswirkungen im zweiten Verfahren zu

EF-Z 2016/84

§§ 134, 141, 146,
496 ZPO

Erstreckung der
Tagsatzung;
Wiedereinsetzung
in den vorigen
Stand;
Verfahrensmangel

überprüfen. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich va in Verfahren, in denen keine absolute Anwaltpflicht besteht, wie das idR in Familiensachen (§ 26 Abs 3 GOG) der Fall ist.

B. Die Angabe des voraussichtlichen Endes einer Tagsatzung

Das Gericht hat – als Ausdruck der formellen Prozessleitung¹⁾ – die Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen. Nach § 130 Abs 1 ZPO hat das unter „Festsetzung von Ort, Tag und Stunde“ zu erfolgen. Ergänzt wird § 130 ZPO durch § 56 Geo, der die näheren Vorgaben bei der Anberaumung der Tagsatzungen enthält. Nach § 56 Abs 3 Geo ist dabei deren voraussichtliche Dauer zu berücksichtigen, die den Beteiligten in der Ladung bekannt gegeben wird.²⁾

Die Angabe der voraussichtlichen Dauer der Tagsatzung dient der bloßen **Information der Beteiligten**.³⁾ Sie ist inhaltlicher Bestandteil der Ladung, an die keine Bindung des Gerichts besteht und daher jederzeit abänderbar ist.⁴⁾

Ein Weiterverhandeln steht im Übrigen auch nicht im Widerspruch zum **Prozessprogramm**. Darin enthalten sind die Bezeichnung der aufzunehmenden Beweismittel, aber auch der Zeitpunkt und die Reihenfolge der Beweisaufnahme.⁵⁾ Allerdings besteht keine Bindung an das Prozessprogramm, und es ist jederzeit abänderbar.⁶⁾ Der Abänderung muss zudem keine neue Erörterung vorausgehen.⁷⁾

C. Das „Weiterverhandeln“ im Ausgangsverfahren

Zunächst ist folgende Ausgangssituation zu behandeln: Der RA beantragt die Erstreckung der Tagsatzung und verlässt nach einem abweisenden Beschluss die Tagsatzung. Das bedarf der Beantwortung, ob eine Erstreckung möglich ist und welche Folgen der abweisende Beschluss hat bzw wie er bekämpft werden kann.

1. Erstreckung der Tagsatzung wegen Terminkollision?

Wenn das Gericht bekannt gibt, die Tagsatzung fortzusetzen, besteht für die Partei die Möglichkeit eines **Erstreckungsantrags**. Erstreckt werden kann ua die Fortsetzung der Verhandlung durch einen **Antrag während der Tagsatzung**. In der ZPO werden die Verlegung einer Tagsatzung (vor ihrer Durchführung) und die Erstreckung (im Rahmen der Durchführung)⁸⁾ gleich behandelt.⁹⁾

Als Erstreckungsgrund kommt § 134 Z 1 ZPO in Betracht. Als erste Voraussetzung muss ein für die Partei **„unübersteigliches oder doch sehr erhebliches Hindernis“** vorliegen. Davon erfasst sind allgemein Gründe, die in der **Parteiensphäre** verwirklicht sind.¹⁰⁾ Das Hindernis ist nach subjektiven Maßstäben zu beurteilen.¹¹⁾ Dabei ist grds ein strenger Maßstab anzulegen,¹²⁾ weil „bloße Termenschwierigkeiten“¹³⁾ keinen Grund für eine Erstreckung darstellen. Dasselbe soll gelten, wenn ein RA zur gleichen Zeit eine weitere Verhandlung wahrnehmen müsste.¹⁴⁾

Grds können RA nach § 14 RAO im Hinderungsfall¹⁵⁾ einen **Substituten** bestellen.¹⁶⁾ Aufgrund dieser Möglichkeit ist die Rsp¹⁷⁾ sehr streng: So ist etwa die Erkrankung des RA idR kein Grund für eine Verlegung.¹⁸⁾ Etwas anderes gilt, wenn die Erkrankung so kurzfristig eintritt, dass eine Substitution tatsächlich nicht möglich ist.¹⁹⁾

Eine **mangelnde Prozessvorbereitung** bildet keinen Verlegungsgrund.²⁰⁾ Eine Ausnahme ist bei objektiv komplizierten und umfangreichen Rechtsachen zu machen, die eine kurzfristige Substitution ausschließen.²¹⁾

Aus diesen Grundsätzen kann das Vorliegen eines Erstreckungsgrundes uU bejaht werden, wenn entgegen der Ladung über das bekannt gegebene voraussichtliche Ende hinaus verhandelt wird und der Parteienvertreter einen weiteren Verhandlungstermin wahrnehmen muss. Das gilt insb dann, wenn der Zeitraum zw den beiden Tagsatzungen derart kurz ist, dass eine Substitution nicht möglich ist.²²⁾ Zu berücksichtigen sind der Zeitraum zw den beiden Tagsatzungen und auch die Entfernung zum Gericht, bei dem die weitere Tagsatzung stattfindet.

Aufgrund des kurzfristig angekündigten Weiterverhandelns kann zudem keine Information des (potenziellen) Substituten erfolgen. Denn idR wird der RA bereits die Akten bei sich haben, wenn zwei Tagsatzungen kurz nacheinander stattfinden. Dann muss es sich mE nicht um einen umfangreichen bzw komplizierten

1) Vgl *Rassi in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ II/3 (2015) § 180 ZPO Rz 7.

2) *Danzl, Geo*⁶ (Stand 31. 1. 2015, rdb.at) § 56 Anm 10.

3) *Danzl, Geo*⁶ (Stand 31. 1. 2015, rdb.at) § 56 Anm 10.

4) *M. Bydlinski in Fasching/Konecny*² III (2004) Vor §§ 425ff ZPO Rz 10.

5) *G. Kodek in Fasching/Konecny*² III § 258 ZPO Rz 22.

6) Siehe *Rechberger/Klicka in Rechberger*, Kommentar zur ZPO⁴ (2014) § 258 Rz 2.

7) *G. Kodek in Fasching/Konecny*² III § 258 ZPO Rz 25.

8) Siehe *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 562; *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO⁴ §§ 134–139 Rz 1.

9) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 5.

10) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 8.

11) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 10; *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO⁴ §§ 134–139 Rz 4.

12) Vgl 2 Ob 161/11 g zu den vergleichbaren Voraussetzungen einer Fristverlängerung; s auch *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO⁴ §§ 134–139 Rz 4.

13) *Schima*, Prozessgesetz und Prozesspraxis, JBl 1967, 544 (546).

14) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 11.

15) Dazu etwa *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014) § 1010 Rz 4; *Strasser in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000) § 1010 Rz 7.

16) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 11; *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO⁴ § 146 Rz 12; *Zib in Fasching/Konecny*³ II/1 (2015) §§ 31, 32 ZPO Rz 43; *Strasser in Rummel*³ I § 1010 Rz 7; 5 Ob 46/14 x, 41/15 p EvBl 2015/135, 947.

17) Diese Rsp betrifft insb die Wiedereinsetzung. Dieselben Maßstäbe greifen bei der Erstreckung, weil grds Säumnisfolgen eintreten können (§ 136 ZPO).

18) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 11; s aber *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO⁴ §§ 134–139 Rz 3.

19) *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO⁴ § 146 Rz 5 zur Erkrankung als unvorhergesehenes Ereignis als Grund für die Wiedereinsetzung.

20) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 10, § 139 ZPO Rz 6.

21) *Buchegger in Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 11; *Klauser/Kodek*, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung¹⁷ (2012) § 134 ZPO E 3.

22) Vgl *Gitschthaler in Rechberger*, ZPO⁴ § 146 Rz 5.

Fall handeln, wenn eine Vorbereitung des potenziellen Substituten gänzlich ausgeschlossen ist.²³⁾

Fraglich ist, ob ein Hinderungsgrund ausreicht, der in der **Sphäre des Rechtsanwalts** verwirklicht ist. In Verfahren mit **absoluter Anwaltspflicht** ist das aufgrund von § 39 ZPO zu bejahen. Im Parteiprozess und bei relativer Anwaltspflicht, was typischerweise in Familiensachen (§ 26 Abs 3 GOG) der Fall ist, ist die Partei ohne RA selbst postulationsfähig,²⁴⁾ sodass der Hinderungsgrund auch bei der Partei gegeben sein muss.

Dieses Ergebnis gilt auch bei **fehlender Anwaltspflicht**. ME können die Grundsätze zur mangelnden Prozessvorbereitung auf die Partei übertragen werden, sodass es ihr – insb auch wegen ihrer idR gegebenen Rechtsunkundigkeit – nicht möglich ist, den Prozess trotz Anleitungs- und Belehrungspflicht (der aufgrund der Unparteilichkeit des Gerichts Grenzen gesetzt sind)²⁵⁾ weiterzuführen. Grds geht die ZPO davon aus, dass eine Partei bei fehlender Anwaltspflicht allein handeln kann (vgl § 160 ZPO). Allerdings verlässt sich die dennoch vertretene Partei idR auf ihren RA, sodass sie „spontan“ (mangels Prozessvorbereitung) nicht in der Lage ist, den Prozess unvertreten zu führen. Damit liegt ein erhebliches Hindernis iSd § 134 Z 1 ZPO vor.

Weiter muss die Nichterstattung zu einem **nicht wiedergutzumachenden Schaden** führen. Dieser darf nicht in der bloßen Prozesskostensatzpflicht liegen.²⁶⁾ Vielmehr sind darunter Schäden zu verstehen, die einer Partei dadurch entstehen, dass die Tagsatzung an dem bestimmten Tag stattfindet, sei es, weil die Partei an diesem Tag nicht zur Tagsatzung erscheinen kann und hierdurch ein erheblicher Nachteil für diese Partei entstehen würde, oder weil die Abhaltung der Tagsatzung gerade an dem festgesetzten Termin für die Partei aus anderen Gründen mit nicht wiedergutzumachenden Nachteilen verbunden wäre.²⁷⁾ Dazu zählen etwa berufliche Gründe.²⁸⁾

Für den Parteienvertreter, der am Bleiben in der Verhandlung kurzfristig gehindert ist, liegt dieser unwiederbringliche Schaden im **Versäumen der weiteren Tagsatzung**. Der Schaden droht nicht durch das Versäumen einer weiteren Tagsatzung, sondern durch den möglichen Mandatsverlust.

Für die Partei liegt der erhebliche Nachteil darin, dass sie gezwungen wird, ohne ihren Bevollmächtigten weiterzuverhandeln. Zwar setzt dann die Anleitungs- und Belehrungspflicht (verstärkt) ein, doch kann diese nicht so weit reichend sein wie die von vornherein geplante Vertretung. Der Partei droht (wegen ihrer mangelnden Prozessvorbereitung) ein **Verfahrensverlust**, der für sie den nicht wiedergutzumachenden Schaden iSd § 134 Z 1 ZPO darstellt.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass bei einem Weiterverhandeln der Erstreckungsgrund des § 134 Z 1 ZPO verwirklicht sein kann, wenn der Hinderungsgrund in einer zeitnah stattfindenden Tagsatzung liegt.

2. Die Abweisung des Erstreckungsantrags und die Folgen für das Verfahren

Weist das Gericht den Erstreckungsantrag ab, ist darüber ein Beschluss zu fällen.²⁹⁾ Das Verfahren ist fortzu-

setzen und die nicht erschienene Partei treffen Säumnisfolgen.³⁰⁾ Für die verfahrensrechtl Folgen ist dahin zu unterscheiden, ob die fortgesetzte Verhandlung am Ende der Tagsatzung geschlossen wird oder eine weitere Tagsatzung folgt.

In der ersten möglichen Variante wird zwar die Verhandlung nach Abweisen des Erstreckungsantrags fortgesetzt, doch sie wird noch nicht geschlossen. Zu überprüfen ist, ob ein **Rekurs**, der gegen den abweisenden Beschluss über den Erstreckungsantrag statthaft ist,³¹⁾ zielführend ist. Grds kann von einer unrichtigen rechtl Beurteilung ausgegangen werden, weil das Gericht das Vorliegen eines hinreichenden Erstreckungsgrundes falsch gewertet haben könnte.

Problematisch könnte sein, dass mit einer abändernden RekEntscheidung die Tagsatzung aufgrund § 136 Abs 2 ZPO, wonach die Verhandlung fortzusetzen ist, nicht mehr erstreckt werden kann. Das könnte zu einer Unzulässigkeit des Rek mangels fortwirkender materieller Beschwer³²⁾ führen. Für deren Vorliegen ist eine Beeinträchtigung der materiellen Rechtsstellung während des Rechtsmittelverfahrens notwendig.³³⁾ Der Rechtsmittelwerber muss seine Rechtsposition durch das Rechtsmittel verbessern können.³⁴⁾ Diese Voraussetzung ist trotz der nicht mehr möglichen Erstreckung mE dennoch zu bejahen. Denn die Feststellung der unrichtigen rechtl Beurteilung des Erstreckungsgrundes ist für eine allfällige **Dartung der Mangelhaftigkeit des fortgesetzten Verfahrens** notwendig: Ein wesentlicher Verfahrensmangel liegt vor, wenn die erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindert wurde. Der Mangel muss abstrakt geeignet sein,³⁵⁾ eine unrichtige Entscheidung herbeizuführen.³⁶⁾ Durch den Mangel ist also die Sachgrundlage des erstinstanzlichen Verfahrens unvollständig.³⁷⁾

Konkret kann der Mangel verwirklicht werden, indem der Parteienvertreter in einer weiteren Tagsatzung von Vorbringen oder Beweisanträgen nach § 179 ZPO ausgeschlossen wird.³⁸⁾ Die abändernde RekEntschei-

23) Vgl OLG Wien EF 72.936.

24) Siehe dazu *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen¹ II (1962) 249f; *Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 27 Rz 9.

25) Vgl *Rassi* in *Fasching/Konecny*² II/3 §§ 182, 182 a ZPO Rz 56 ff.

26) *Buchegger* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 10.

27) So 3 Ob 628/54 SZ 27/237.

28) *Buchegger* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 134 ZPO Rz 10.

29) Zuerst muss – bei sonstiger Mangelhaftigkeit des Verfahrens – über den Erstreckungsantrag entschieden werden, bevor weitere Entscheidungen, insb Versäumungsurteile, gefällt werden dürfen; s *Fasching*¹ II 702; RIS-Justiz RS0036610.

30) Siehe dazu *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 144 ZPO Rz 4 ff. Zum Verhältnis von Rek und Wiedereinsetzung bei Säumnis s unten C.3.

31) *Buchegger* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 141 ZPO Rz 7; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 141 Rz 4; 4 Ob 11/70 SZ 43/57.

32) Dazu auf *Zechner* in *Fasching/Konecny*² IV/1 (2005) Vor §§ 514 ff ZPO Rz 55 ff.

33) *Zechner* in *Fasching/Konecny*² IV/1 Vor §§ 514 ff ZPO Rz 66.

34) *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1709.

35) Dazu etwa *Pimmer* in *Fasching/Konecny*² IV/1 § 496 ZPO Rz 35.

36) *E. Kodek* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 496 Rz 3; s auch *Ballon*, Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozessrecht, in FS Matscher (1993) 15 (18), und *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1665, nach denen es iW auf die Kausalität ankommt und ein wesentlicher Verfahrensmangel nicht unbedingt nur bei einem „Zuwenig“ zu bejahen ist.

37) Siehe *Delle-Karth*, Die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Berufungssystem des österreichischen Zivilprozessrechts, ÖJZ 1993, 10 (19).

38) Dazu auf *Annerl* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 179 ZPO Rz 33 ff.

dung kann zwar nicht die Säumnis „aufheben“, aber der Vorwurf des groben Verschuldens entfällt. Denn durch die RekEntscheidung wird gerade klargestellt, dass ein **hinreichender Grund für eine Erstreckung** vorlag. Dasselbe gilt etwa für eine **Beweisergänzung**,³⁹⁾ die bei einem unvorhergesehenen Ereignis zum Versäumen der Beweisaufnahme geführt hat. Das kann zunächst über die bindende RekEntscheidung erfolgen, oder diese führt bei einer Abweisung der Beweisergänzung zum Verfahrensmangel.

Wenn das Gericht die Verhandlung nach der Fortsetzung in derselben Tagsatzung schließt, nachdem der Parteienvertreter die mündliche Verhandlung verlassen hat, ist im Rahmen des Rechtsmittels gegen die Sachentscheidung über den Rek gegen die Abweisung des Erstreckungsantrags zu entscheiden.⁴⁰⁾ Der Verfahrensmangel kann darin gelegen sein, dass das Gericht seiner Anleitungs- und Belehrungspflicht gegenüber der Partei nicht nachgekommen ist.⁴¹⁾ Der Mangel kann dann verwirklicht sein, wenn der Parteienvertreter die Verhandlung verlässt. Hat die Partei aber trotz Belehrung das Stellen von Beweisanträgen unterlassen oder kein ergänzendes Vorbringen erstattet, liegt grds keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens vor.

Zur Begründung des Verfahrensmangels ist in beiden Situationen die RekEntscheidung maßgeblich, denn andernfalls erwächst der abweisende Erstreckungsbeschluss in Rk und damit wird verbindlich festgestellt, dass kein hinreichender Grund für eine Erstreckung vorlag.

Damit kann das Weiterverhandeln zu einem (vermeidbaren) Verfahrensmangel führen. Bei einem uneingeschränkten Zulassen neuen Vorbringens ist zudem der beabsichtigte Beschleunigungseffekt zunichte gemacht.

3. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Neben der Bekämpfung des abweisenden Erstreckungsbeschlusses (und der Sachentscheidung) könnte eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht kommen, wenn der Parteienvertreter die Tagsatzung verlässt. Eine Wiedereinsetzung setzt Säumnis voraus. Im Weiteren ist zu unterscheiden, ob im konkreten Verfahren **Anwaltpflicht** besteht. Wenn das der Fall ist, ist die Partei postulationsunfähig und das Verlassen der Verhandlung durch den RA führt zur **Säumnis**. Im Parteiprozess scheidet eine Wiedereinsetzung schon deshalb aus, weil die Partei die Säumnis abwenden kann. Die folgenden Überlegungen gelten daher nur im Verfahren mit Anwaltpflicht.

Nach § 146 Abs 2 ZPO kann ein Wiedereinsetzungsantrag nicht auf solche Umstände gestützt werden, die das Gericht für eine Erstreckung der versäumten Tagsatzung als unzureichend befunden hat. Dabei ist § 147 Abs 3 ZPO zu bedenken, wonach eine Wiedereinsetzung nicht zu bewilligen ist, wenn die Partei wegen der angeführten Gründe einen Erstreckungsantrag hätte stellen können.

Die Unterlassung eines möglichen Erstreckungsantrags schließt daher eine Wiedereinsetzung aus.⁴²⁾ Dieser Fall ist in der vorliegenden Ausgangssituation nicht gegeben. Das OLG Wien⁴³⁾ folgert daraus aber letztlich den Vorrang des Rek gegen den Beschluss, mit dem

der Erstreckungsantrag abgewiesen wurde. Demgegenüber will *Deixler-Hübner*⁴⁴⁾ die Wiedereinsetzung nur dann ausschließen, wenn der Antrag auf Umstände gestützt wird, die bereits **rechtskräftig** als unzureichend für eine Erstreckung befunden wurden.

Aus § 146 Abs 2, § 147 Abs 3 ZPO lässt sich mE ein Vorrang des Rek nur eingeschränkt ableiten. Der Rek ist notwendig, um die Rechtsfolge des § 146 Abs 2 ZPO abzuwenden: Denn bei einer rk Abweisung des Erstreckungsantrags wird gleichzeitig klargestellt, dass kein hinreichender Erstreckungsgrund vorlag. Allerdings kann der Rek in der vorliegenden Situation wie erwähnt nicht (mehr) zu einer Erstreckung führen, sodass insb keine Neudurchführung der Beweisaufnahme möglich ist.⁴⁵⁾ Das kann nur über eine Wiedereinsetzung erreicht werden, die das Verfahren in das Stadium zurückversetzt, in dem es sich vor der Säumnis befunden hat. Ein Rangverhältnis zw Rek und Wiedereinsetzungsantrag ergibt sich insofern, als zuerst über den Rek zu entscheiden ist. Wird darin die abweisende Erstreckungsentscheidung bestätigt, fällt gleichzeitig die Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags wegen § 146 Abs 2 ZPO weg. Diese Rangfolge gilt jedoch ausschließlich für die Erledigung, jedoch nicht dahin, dass ein möglicher Rek eine Wiedereinsetzung überhaupt ausschließt. Denn der Rek kann nicht denselben Rechtsschutz wie eine Wiedereinsetzung bieten. Damit ist diese mE bei einer Säumnis wegen einer Terminkollision grds statthaft.

Für die Wiedereinsetzung muss ein **unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis** vorliegen.⁴⁶⁾ Dabei geht es um Umstände, die die Partei nicht einberechnet hat und deren Eintritt sie mit der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit und Voraussicht nicht erwarten konnte. Dabei ist nach hM ein subjektiver Maßstab anzulegen,⁴⁷⁾ was va ein mangelndes Verschulden (außer es handelt sich um einen minderen Grad des Versehens) voraussetzt.

Es ist daher zu beurteilen, ob das **Weiterverhandeln** durch das Gericht im Ausgangsverfahren ein **unvorhergesehenes Ereignis** iSd § 146 Abs 1 ZPO darstellt. Das kann mE bejaht werden. Auch wenn das voraussichtliche Ende einer Tagsatzung nur der Information dient, muss der RA nicht damit rechnen, dass es nicht eingehalten wird, zumal grds die Möglichkeit besteht, auch ohne bestimmtes Ende der Tagsatzung zu laden.

Weitere Voraussetzung ist die **Kausalität** zw dem unvorhergesehenen Ereignis und der Versäumung. Diese muss ausschließlich auf das unvorhergesehene Ereignis zurückzuführen sein.⁴⁸⁾ Auch diese Voraussetzung kann bejaht werden, weil es aufgrund der kurzfristigen Nichterstattung nicht möglich ist, für das andere Verfahren einen Substituten zu bestellen.

39) Vgl zu den Voraussetzungen *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² III § 289 ZPO Rz 5.

40) *Fasching*¹ II 708; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 141 Rz 4.

41) *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 196 ZPO Rz 15.

42) OLG Wien WR 965 (2005).

43) WR 965 (2005); ebenso *Fink*, Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Zivilprozessrecht (1994) 107.

44) In *Fasching/Konecny*³ II/3 § 146 ZPO Rz 61.

45) Vgl *Fink*, Wiedereinsetzung 36.

46) Siehe dazu *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 146 ZPO Rz 6f, 9ff; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 146 Rz 3ff.

47) *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 146 Rz 3.

48) *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 146 ZPO Rz 8.

D. Das Versäumen einer anderen Tagsatzung

Der Parteienvertreter kann sich grds bei der unvorhergesehenen Terminkollision für das Verbleiben im spontan fortgesetzten Verfahren entscheiden. Dann stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten er hat, die Säumnis im zweiten Verfahren abzuwenden oder auch zu bekämpfen.

1. Erstreckungsantrag?

Grds gelten für den Erstreckungsgrund dieselben Überlegungen wie beim bereits erörterten Fall des Verlassens der Tagsatzung im Ausgangsrechtsstreit. Allerdings kommt ein Erstreckungsantrag im Verfahren mit Anwaltpflicht aus folgenden Gründen nicht in Betracht: § 135 ZPO erfordert **für die Erstreckung einen Antrag**. Dieser unterliegt – wenn er außerhalb der mündlichen Verhandlung gestellt wird – § 74 ZPO, sodass grds ein **Schriftsatz** erforderlich ist. Diesen könnte der RA zwar mittels ERV durch Mitarbeiter in seiner Kanzlei einbringen lassen, was im vorliegenden Fall aber praktisch ausscheidet. Wird die Tagsatzung dennoch nicht verlegt, gelten die bereits erörterten Folgen in Hinblick auf die Abweisung des Erstreckungsantrags.

Bei relativer Anwaltpflicht und im Parteiprozess kann die anwesende Partei einen Erstreckungsantrag stellen. Dazu ist sie vom Gericht zu belehren. Wird das vom Gericht unterlassen, wird ein erheblicher Verfahrensmangel begründet. Für den Erstreckungsantrag sind dieselben Grundsätze wie beim Verlassen des Ausgangsrechtsstreits anzulegen (s C.1.).

2. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Eine Wiedereinsetzung kommt grds nur bei Säumnis in Betracht, die nicht vorliegt, wenn keine Anwaltpflicht besteht. Im Verfahren mit Anwaltpflicht ist die Wiedereinsetzung nicht wegen § 147 Abs 3 ZPO ausgeschlossen, wonach die Wiedereinsetzung nicht zu bewilligen ist, wenn die Gründe für einen Wiedereinsetzungsantrag zum Gegenstand eines Erstreckungsantrags hätten gemacht werden können. Wie soeben dargestellt, scheidet ein schriftlicher Antrag meist aus. Daher steht § 147 Abs 3 ZPO einer Wiedereinsetzung nicht entgegen.

Fraglich ist, ob das Weiterverhandeln durch das Gericht im Ausgangsverfahren ein unvorhergesehenes Ereignis iSd § 146 Abs 1 ZPO darstellt.⁴⁹⁾ Das kann mE bejaht werden. Auch wenn das voraussichtliche Ende einer Tagsatzung nur der Information dient, muss der RA nicht damit rechnen, dass es nicht eingehalten wird. Auch die notwendige Kausalität⁵⁰⁾ ist gegeben (s bereits oben C.3.).

E. Schlussbemerkung

Das Weiterverhandeln trotz bekannt gegebener Terminkollision kann zu einem (vermeidbaren) Verfahrensmangel führen. Wenn das Gericht dem Gebot der raschen Verfahrensdurchführung nachkommen will, bietet die ZPO dazu ausreichende Möglichkeiten.

49) Siehe dazu *Deixler-Hübner in Fasching/Konecny*³ II/3 § 146 ZPO Rz 6f, 9ff; *Gitschthaler in Rechberger, ZPO*⁴ § 146 Rz 3ff.

50) *Deixler-Hübner in Fasching/Konecny*³ II/3 § 146 ZPO Rz 8.

→ In Kürze

Führt das Weiterverhandeln zu einer Terminkollision mit einer weiteren Tagsatzung, kann die Nichter Streckung mit Rekurs und Wiedereinsetzung bekämpft werden.

→ Zum Thema

Über die Autorin:

Dr. Birgit Schneider ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien.

Kontaktadresse: Schenkenstraße 8–10, 1010 Wien.

E-Mail: birgit.schneider@univie.ac.at

Von derselben Autorin erschienen:

§§ 11–25 ZPO in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ II/1 (2015); §§ 30, 31, 44–47 JN in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ I (2013); §§ 63–65 IO in *Konecny*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2012); Die Abänderung von Unterhaltentscheidungen, JBl 2012, 705, 774; Die Berichtigung der Parteibezeichnung und der formelle Parteibegriff, JBl 2006, 555.

