

ZÖLLER

Zivilprozessordnung

mit Gerichtsverfassungsgesetz und den
Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozess-
recht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen

Kommentar

Begründet von

Dr. Richard Zöller

Bearbeitet von

Dr. Reinhold Geimer
Notar und Honorarprofessor
an der Universität München

Kurt Herget
Richter am Amtsgericht,
Offenbach

Dr. Reinhard Greger
Professor an der Universität
Erlangen, vorm. Richter am BGH

Dr. Peter Philippi
Richter am Oberlandesgericht a.D.,
Hamburg

Peter Gummer
Präsident des Bayerischen
Obersten Landesgerichts, München

Kurt Stöber
Regierungsdirektor a.D.,
Rothenburg ob der Tauber

Dr. Max Vollkommer
Professor an der Universität Erlangen,
vorm. Vorsitzender Richter am Landgericht

23. neubearbeitete Auflage

2002

ols
Verlag

Dr. Otto Schmidt
Köln

Titel 4

AUSSCHLIESSUNG UND ABLEHNUNG DER RICHTERSPERSONEN

Vorbemerkungen

Lit: G. Vollkommer, Der ablehnbare Richter, 2001

- 1 **I) Zweck und Bedeutung.** Die Prozessparteien haben nach dem GG (Art 20 III, 101 I 2) und der EMRK (Art 6) ein Recht auf einen gesetzlichen, **unparteiischen** und **neutralen** Richter im konkreten Rechtsstreit. Dieses Gebot erschöpft sich nicht in einer – formalen – Vorausbestimmung des zur Entscheidung des einzelnen Rechtsstreits berufenen Richters (§ 1 Rn 2), sondern verlangt – inhaltlich – weitere Vorkehrungen dafür, dass iE Verfahren Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Parteien als Voraussetzung eines **fairen Verfahrens** gewährleistet sind (BVerfGE 21, 146; 42, 78; 89, 36; NJW 98, 370; BGH NJW 95, 1678; G. Vollkommer aaO S 32 ff; Zuck DRiZ 88, 178; s allg Einl Rn 101). Die gebotene Unparteilichkeit des Richters (ausdrücklich genannt in § 1036 I, II) wird in der ZPO vor allem durch das Institut der Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 42 II) erfüllt. Dies erfordert ein grundlegend neues Verständnis der verfahrensrechtlichen Folgen des (insb unerkannten) Vorliegens von materiellen Ablehnungsgründen (dazu Rn 2). Das Institut der Ausschließung des Richters (§ 41) ist Teil des Gerichtsverfassungsrechts, dient aber auch der Gewährung einer unparteiischen Rechtspflege (G. Vollkommer aaO S 72 ff). Die gebotene Unparteilichkeit des Richters ist jedoch nicht mit Passivität und Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsverwirklichung im Prozess zu verwechseln; sie steht insb einer aktiven Wahrnehmung der richterlichen Aufklärungs- und Fürsorgepflicht nicht entgegen (§ 42 Rn 26). „Die richterliche Unparteilichkeit ist kein wertfreies Prinzip, sondern an den Grundrechten der Verfassung orientiert, insbesondere am Gebot sachgerechter Entscheidung im Rahmen der Gesetze unter dem Blickpunkt materialer Gerechtigkeit“ (BVerfGE 42, 78 = NJW 76, 1391; näher Riedel, Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters, 1980, S 9 ff, 166 ff, 184 ff).
- 2 Das Gesetz unterscheidet zwischen Gründen, die dem Richter die Befugnis entziehen, in einem Verfahren sein Amt auszuüben (**Ausschließungsgründe**, § 41 Nr 1–6) und Gründen, die der Partei das Recht geben, ihn **abzulehnen** (§ 42 II ZPO). Die Ausschließung tritt kraft Gesetzes ein (§ 41 Rn 15). Die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters führt zu einem unheilbaren Verfahrensmangel, der in jedem Stadium des Prozesses vAw zu beachten ist (§ 48 Hs 2). Die Mitwirkung eines gem § 42 II wegen Besorgnis der Befangenheit **ablehnbaren Richters** stellt (entgegen der ganz hM, die dessen Mitwirkung keine verfahrensrechtliche Bedeutung beimisst, BGHZ 120, 144 mwN) einen heilbaren (§ 43) **Verfahrensfehler** dar. Dies ergibt sich aus der unter dem GG und der EMRK gesteigerten Bedeutung des in § 42 II enthaltenen materiellen Ablehnungsgrundes (vgl näher G. Vollkommer aaO S 97 ff; 324 ff). Schon das tatsächliche Vorliegen eines Ablehnungsgrundes verletzt das (Grund-)Recht der Parteien auf einen unparteiischen Richter, ohne dass es noch auf die formelle Geltendmachung des Ablehnungsgrundes durch ein Ablehnungsgesuch ankommt (so aber iErg die hM). Die Ablehnung des Richters bedarf in der laufenden Instanz der Geltendmachung im Ablehnungsverfahren (§§ 42, 44–48) durch die Partei (Ablehnungsgesuch § 44) oder den Richter (§ 48 I Hs 1) und führt (nur) bei einer entspr gerichtlichen Entscheidung (Begründeterklärung der Fremd- oder Selbstablehnung, §§ 46 II, 48) zum Ausscheiden des Richters aus dem Prozess (§ 42 Rn 7 m weiteren Hinw). Wird ein Ablehnungsgrund übersehen oder zeigt er sich erst nach Abschluss der Instanz, kann er (als Verfahrensfehler, vgl § 529 I, 545 I) mit dem gegen die instanzbeendende Entscheidung statthaften Rechtsmittel (§§ 511; 542, 567; 574) geltend gemacht werden (s § 42 Rn 4). Die unerkannte Mitwirkung eines ablehnbaren Richters an der Entscheidung rechtfertigt auch die Zulassung der Revision aufgrund der Nichtzulassungsbeschwerde (§§ 544, 543 II Nr 1) wegen „grundsätzlicher Bedeutung“ (dazu G. Vollkommer aaO S 340 ff; Wertung der Art 20 III, 101 I 2 GG, s Rn 1). Lässt sich die Partei dagegen in Kenntnis des Ablehnungsgrundes vor dem ablehnbaren Richter ein, stellt sie Anträge oder verzichtet sie auf die Geltendmachung des Ablehnungsgrundes, hat dies die Heilung des Verfahrensfehlers nach allg Grundsätzen zur Folge (§§ 43, 295). Ein gleichwohl auf diesen Ablehnungsgrund gestütztes Rechtsmittel gegen die instanzbeendende Entscheidung hat keinen Erfolg. Kein relevanter Verfahrensfehler liegt auch vor, wenn der Ablehnungsgrund erst nach Fällung, Absetzung und Unterzeichnung, aber vor Verkündung des Urteils entsteht (BGH NJW 2001, 1503).
- 3 **II) Anwendungsbereich.** 1) §§ 41–48 finden **unmittelbar** Anwendung in sämtlichen Verfahrensarten der ZPO auf **jeden Richter**, auch die ehrenamtlichen Richter der KfHS (Handelsrichter, §§ 105 ff GVG, § 45a DRiG). Auf die ZPO-Regelung ist (mit gewissen Modifikationen) verwiesen in §§ 97 ff ZPO, §§ 11 ff ZPO, §§ 72 Nr 2, 78 V, 107 GVG, §§ 48 ff, 49 ArbGG, §§ 54 ff, 55 ff ZPO.

§ 60 SGG; sie gilt über § 4 InsO mit Einschr auch im Insolvenzverfahren (BayObLG NJW 89, 44; BVerfG ZIP 88, 174). Die unvollständige Regelung des § 6 FGG wird durch §§ 42 ff ergänzt (BayObLGZ 93, 10 = NJW-RR 93, 1278; FamRZ 94, 1269; vgl auch BVerfGE 21, 147; BGHZ 46, 195). **Entsprechende Anwendung** finden die §§ 41–48 auf den Rechtspfleger (§ 10 RpfLG) und den Urkundsbeamten (§ 49). **Sondervorschriften** gelten für den Schiedsrichter (§§ 1036 f, auch § 41 Nr 1, vgl dort Rn 6), den Gerichtsvollzieher (§ 155 GVG), den SV (§ 406), den Dolmetscher (§ 191 GVG), den Notar (§ 3 I Nr 1–5 BeurKG; § 16 II BNotO; näher Hamm NJW-RR 95, 1338) und den Schlichter (§ 2 SchlichtVerfVO). Über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus erscheint eine entspr Anwendung auf alle innerhalb eines justizförmigen Verfahrens tätigen Amtsträger und Stellen möglich (so BGHZ 113, 277; Konkursverwalter; LG Stuttgart AnwBl 89, 675; Einigungsstelle; Schlichtungsstelle, vgl o).

2) Eine **selbständige Regelung** enthalten §§ 22–31 StPO und (teilw) §§ 18, 19 BVerfGG (vgl dazu Schumann JZ 73, 484; Wassermann NJW 87, 418; Benda NJW 2000, 3620); zum Verwaltungsverfahren s §§ 20, 21 VwVfG; §§ 16, 17 SGB X.

41 Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1. in Sachen, in denen er selbst Partei ist oder bei denen er zu einer Partei in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht;
2. in Sachen seines Ehegatten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
- 2a. in Sachen seines Lebenspartners, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht;
3. in Sachen einer Person, mit der er in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war;
4. in Sachen, in denen er als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;
5. in Sachen, in denen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;
6. in Sachen, in denen er in einem früheren Rechtszug oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

I) **Allgemeines.** 1) **Begriffe.** Ausschließung ist die kraft Gesetzes eintretende (Rn 15) Unfähigkeit des Richters (Rn 3) zur Ausübung des Richteramtes in einem bestimmten Rechtsstreit (Rn 4). Die Aufzählung der Ausschlussgründe in Nr 1–6 (Rn 6 ff) ist erschöpfend (hM, zB BGH NJW 91, 425; BVerwG NJW 80, 2722; Düsseldorf NJW-RR 98, 1763; MK/Feiber Rn 15, str; aA LSG SchleswH NJW 98, 2925; sa Rn 8), den Ausschlussgründen ähnliche Fallgestaltungen sind jedoch stets als Ablehnungsgrund zu würdigen (vgl § 42 Rn 11 ff).

2) **Abgrenzung.** Keine Ausschlussgründe iS von § 41 sind Hinderungsgründe, die der Ausübung richterlicher Tätigkeit überhaupt entgegenstehen, wie fehlende Richteramtsbefähigung (§§ 5 ff DRiG; LSG Essen NJW 57, 1455), bestimmte körperliche und geistige Gebrechen (Geisteskrankheit und -schwäche, vgl StJ/Bork Rn 1 vor § 41; uU Blindheit, vgl BGHSt 35, 168 mN; Schulze MDR 88, 736; 95, 671; s auch BVerfG NJW 92, 2075 = MDR 92, 595), fehlende geschäftsverteilungsplanmäßige Zuständigkeit (vgl München MDR 75, 584). In diesen Fällen ist das Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt. Geltendmachung: §§ 539, 551 Nr 1, 579 I Nr 1, uU auch §§ 42, 48 entspr (so StJ/Bork aaO).

II) **Voraussetzungen der Ausschließung.** 1) **Allgemeines.** a) **Richter.** Ausgeschlossen sein kann immer nur ein Richter als natürliche Person, niemals das Gericht als solches (vgl auch § 42 Rn 3).

b) **Sache.** Der Ausschluss bezieht sich immer nur auf ein **einzelnes Verfahren**, bei Verbindung (§§ 59, 60, 147) auch auf die verbundenen Verfahren, solange die Verbindung besteht. Kommt es auf dieselbe Sache an, ist nicht Gleichheit des Verfahrens erforderlich; Gleichheit des Streitgegenstandes (Streitpunktes) genügt (RGZ 152, 10; Frankfurt FamRZ 89, 519; ThP/Putzo Rn 5; enger BVerfGE 72, 58 f, s Rn 5 aE, 11).

c) **Grundgedanken der gesetzlichen Regelung.** Unvereinbar mit der „Distanz“ des Richteramtes (Rn 1 vor § 41) iS einer fehlenden eigenen Beteiligung ist die Parteistellung des Richters, seines Ehegatten oder bestimmter naher Verwandter und Verschwägerter (Nr 1–3); unvereinbar mit seiner „Neutralität“ ist die Stellung als Interessenvertreter einer Partei (Nr 4); aus prozesualen Gründen (§ 286) unvereinbar sind die Funktionen von Richter und Beweismittel (vernommener Zeuge und SV: Nr 5); ferner die Funktionen als erkennender und auf Rechtsmittel hin tätig werdender Richter (Nr 6; Garantie des Rechtsmittelzuges durch einen „neuen“ Richter).

Verschiedene neuere Verfahrensordnungen erkennen weiter gehend schon die Beteiligung des Richters in einem vorangegangenen nicht gerichtlichen Verfahren als Ausschließungsgrund an. Diese Regelungen sichern die Unabhängigkeit der Rspr und sind Ausfluss der Gewaltenteilung. Bsp: § 22 Nr 4 StPO (Tätigkeit als Staatsanwalt); § 86 II Nr 1 PatG, § 72 II MarkenG (Mitwirkung im vorausgegangenen patentamtlichen Verfahren, dazu BGH NJW-RR 2001, 212); § 86 II Nr 2 PatG (Mitwirkung im Patenterteilungs- oder Einspruchsverfahren); §§ 54 II VwGO, 51 II FGO (weit auszulegen: BFH BB 78, 1052), 60 II SGG (Mitwirkung bei einem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren); § 18 I Nr 2 BVerfGG (Tätigkeit in derselben Sache von Amts- oder Berufswegen; eng auszulegen BVerfGE 47, 107; 72, 58 f). In Verallgemeinerung dieses Grundsatzes ist auch der Richter ausgeschlossen, der in der Sache zugleich als Behörde der Justizaufsicht zuständig ist (BayObLGZ 87, 228; LG-Präsident in Notarkostensachen) oder früher in der Sache als Verwaltungsbehörde tätig geworden ist (BGH FamRZ 63, 556; s auch OLGR München 2001, 13 bei Amtshaftung); iÜ scheidet aber eine analoge Anwendung von Ausschlussgründen aus (G. Vollkommer aaO S 77 ff; s Rn 1).

- 6 2) **Ausschließungsgründe. a) Selbstbeteiligung des Richters (Nr 1):** Das Verbot des Richters in eigener Sache gilt als allg Rechtsgrundsatz (BGHZ 94, 98) auch für private Amtsträger, die in einem justizförmigen Verfahren mit Neutralität tätig werden (BGHZ 94, 92 = NJW 85, 1903; Schiedsrichter; vgl auch § 1036 I, II: „Unabhängigkeit“; BGH NJW 91, 985; Insolvenzverwalter; AG Hildesheim KTS 85, 130; Mitglied von Gläubigerausschuss iS von § 67 InsO; vgl auch allg Rn 3 vor § 41). aa) Partei ist iW S zu verstehen, sowohl formelle als auch materielle Parteistellung genügt, entscheidend ist der Umfang der Rechtskraftwirkung oder -erstreckung (§§ 265, 325, 727). Partei ist auch der Streitgehilfe (§§ 66 ff) oder Dritte iS der §§ 75 ff. Streitverkündung allein (§§ 72, 73) begründet keine Ausschließung. Kein Fall der Nr 1 ist die Mitgliedschaft bei einem rechtsfähigen Verein (BGHReport 2001, 433), einer AG, eG (BVerwG NJW 2001, 2191) oder Körperschaft (vgl auch unten Rn 7 u § 42 Rn 11).
- 7 bb) **Mitberechtigung, Mitverpflichtung, Regresspflicht, unmittelbarer Vorteil oder Nachteil:** Zugehörigkeit zu einer Gläubiger- oder einer Schuldnermehrheit gem §§ 421 ff BGB; einer Gesellschaft, zB einer OHG oder GbR; Haftung als Bürge. Keine Mitverpflichtung begründet die Mitgliedschaft in einem sog nichtrechtsfähigen Verein (s allg § 50 Rn 32 ff; zum e.V. s Rn 6), zumindest dann nicht, wenn ihn die auf den Anteil am Vereinsvermögen beschränkte Haftung nicht wirtschaftlich belastet, so bei Zugehörigkeit eines ehrenamtlichen Richters am ArbG zu einer Gewerkschaft, die Prozesspartei ist (BAG NJW 61, 2371 = AP Nr 1; AP Nr 6 zu § 322 ZPO; MK/Feiber Rn 17). Einer Beteiligung steht gleich, wenn der Richter durch das Verfahren oder die Entscheidung einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil erlangen kann (vgl § 20 I 2 VwVfG; § 16 I 2 SGB X); nicht genügt ein bloß mittelbares Interesse des Richters am Ausgang des Verfahrens (BGH NJW 91, 425 mN), dann aber uU Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (vgl BGHZ 113, 277; § 42 Rn 11 u 30), etwa bei möglichen Auswirkungen des Prozessausgangs auf den Wert eines Vermögensobjekts (vgl BVerfG NJW 2000, 2808 – Fall Jentsch).
- 8 b) **Beteiligung des Ehegatten des Richters (Nr 2):** Wie Nr 1, nur ist auf die Verhältnisse des Ehegatten abzustellen; bei Verlöbnis oder nichtehelicher Lebensgemeinschaft (anders bei eingetragener Lebenspartnerschaft s Rn 8a) gilt § 42 Rn 12, desgl, wenn der Ehegatte des Richters dem Vertretungsorgan einer Partei angehört (sa § 42 Rn 11). Ebenfalls kein Ausschlussgrund liegt vor, wenn der Ehegatte des Richters **ProzBev** der Partei ist (Jena OLGR Brandenburg usw 2000, 77; aA LSG SchleswH NJW 98, 2925, s Rn 5) oder der Richter mit dem ProzBev in gerader Linie verschwägert ist (KG NJW-RR 2000, 1164; s § 42 Rn 13); das Gericht muss diese Umstände aber frühzeitig offenlegen (KG aaO; § 48 Rn 1).
- 8a c) **Beteiligung des Lebenspartners des Richters (Nr 2a):** Wie Nr 2, nur ist auf die Verhältnisse des Lebenspartners abzustellen.
- 9 d) **Beteiligung von nahen Verwandten und Verschwägerten des Richters (Nr 3):** Wie Nr 1, nur ist auf die Verhältnisse des Verwandten (§ 1589 BGB u Anm zu § 383) oder Verschwägerten (§ 1590 BGB) abzustellen. Verwandtschaft ist auch die anerkannte und gerichtlich festgestellte Vaterschaft (§ 1592 Nr 2, 3 BGB) sowie die durch Adoption begründete Verwandtschaft (§§ 1754 ff BGB). Im 2. Grad in der Seitenlinie Verschwägrte: die Ehegatten der Geschwister des Richters und die Geschwister seines Ehegatten. Bei gesetzlicher Vertretung schließt sowohl die Beziehung zur Partei als auch zur Person des gesetzlichen Vertreters aus (Msk/Smid Rn 10; aA 21. Aufl), bei Parteien kraft Amtes sowohl die Beziehung zur Partei (zB Insolvenzverwalter) als auch zum Rechtsträger (zB Insolvenzschuldner; vgl Köln NJW-RR 88, 254; Vollkommer EWIR 88, 619 zum Insolvenzverfahren). Bei juristischer Person als Partei kann auch Durchgriff auf Mehrheitsgesellschafter in Frage kommen (BGH NJW 86, 1049 zu § 31 Nr 2 KO, jetzt §§ 133 II, 138 InsO). Kein Ausschließungsgrund ist Verwandtschaft mit ProzBev oder Beistand der Partei.
- 10 e) **Interessenwahrnehmung für eine Partei in der gleichen Sache (Nr 4):** ProzBev: § 81; Beistand: § 90; gesetzlicher (Gesamt-)Vertreter (§ 51), ohne dass es auf ein Tätigwerden in der Ver-

teretereigenschaft ankommt (BGH v 5. 3. 2001 I ZR 58/00; MK/Feiber Rn 20). Kein Ausschließungsgrund: Bestellung als Zustellungsbevollmächtigter (§ 174) oder Mitwirkung als Urkundsperson (§§ 2231, 2276 BGB) in dem dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Geschäft oder als Schiedsrichter (Hamburg BB 57, 378). Tätigwerden in anderer Sache genügt nicht (BGH NJW 79, 2160 zu § 22 Nr 4 StPO), dann aber uU Fall von § 42 (dort Rn 15). Im *sozialgerichtlichen Verfahren* (vgl § 60 I SGG) ist der zur gerichtlichen Vertretung einer kassenzahnärztlichen Vereinigung berechnete Geschäftsführer ProzBev iS der Nr 4 (BSG NJW 93, 2070).

f) Richter als Beweismittel im gleichen Verfahren (Nr 5): Der Ausschluss beruht auf der Unvereinbarkeit von Richteramt und Zeugenstellung (vgl Lipp, Das private Wissen des Richters, 1995, S 86 ff). Wirkliche Vernehmung als Zeuge (SV) ist erforderlich („vernommen ist“), nicht genügend, dass „vernommen werden soll“ (zust Saarbrücken NJW-RR 94, 765). Beweisbeschluss auf eigene Vernehmung ist daher zulässig (RGZ 44, 394), begründet aber den Ausschluss (Lipp aaO S 91 mN). Ausgeschlossen ist der Richter auch dann, wenn er in einem *anderen Verfahren zu demselben Sachverhalt* als Zeuge vernommen worden ist (Frankfurt FamRZ 89, 519 mN; Lipp aaO S 70 mN, 91; aA MK/Feiber Rn 22; sa Rn 4). Schriftliche Äußerung gem § 377 IV steht Vernehmung gleich (Frankfurt aaO), dienstliche Äußerung zählt nicht (BVerwG MDR 80, 168). Der Richter, der im Kostenfestsetzungsverfahren zur Prüfung des Kostentatbestandes ergänzende Erklärungen über den Verfahrensablauf abgab, ist dadurch nicht gehindert, über die Erinnerungen gegen die Kostenfestsetzung zu entscheiden (München NJW 64, 1377). *Materielle Zeugenstellung* des Richters kann Ablehnungsgrund sein (§ 42 Rn 25).

g) Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung (Nr 6). aa) Grundsatz: Wer in dem Verfahren als Richter *entschieden* hat, darf bei dem Urteil im Rechtsmittelverfahren nicht mitwirken; die in Rn 5 genannten Sondervorschriften betr Fälle „ausschließender“ Vorbefassung.

bb) Voraussetzungen: Erforderlich ist Mitwirkung beim Erlass (§ 309; nicht Verkündung) der mit einem (ordentlichen) Rechtsmittel (§§ 511 ff, 542 ff, 567 ff) *angefochtenen Entscheidung*. In Erweiterung des Wortlauts der Nr 6 bejaht die neuere Rspr einen Ausschluss auch dann, wenn der Richter an einer dem angefochtenen Urteil *vorausehenden* und von diesem *bestätigten Entscheidung* mitgewirkt hat (noch weiter gehend bei vorangegangener Verfahrensmitwirkung § 86 II Nr 1 PatG; § 72 II MarkenG; § 54 II VwGO; dafür genügt rein formale Befassung nicht: BGH NJW-RR 98, 1660); so für das gem § 343 bestätigte VU BAG NJW 68, 814; für die auf Widerspruch durch Urteil aufrechterhaltene einstweilige Verfügung München NJW 69, 754, str; aA Rostock NJW-RR 99, 1444 mN, im Hinblick auf § 42 aber verfassungsrechtl unbedenklich: BVerfG NJW 2001, 3533. Nicht ausreichend ist dagegen außerhalb der Sonderregelung des § 23 II StPO die Anfechtung mit einem außerordentlichen Rechtsbehelf (§ 579, 580), vgl Rn 14.

cc) Einzelfragen (Fälle von Nr 6 verneint): Von der Ausübung seines Amtes ist aber *nicht ausgeschlossen* ein Richter, der lediglich das Urteil verkündet (Jena OLGR Brandenburg usw 2000, 77), nach Streitverhandlung einen Beweisbeschluss erlassen oder ausgeführt hat (RGZ 105, 17); der an einem Vorlagebeschluss an das BVerfG (gem Art 100 GG) oder den EuGH (gem Art 177 II EWGV) mitgewirkt hat (BFHE 129, 251); der das Urteil im Urkundenprozess in 1. Instanz (mit-) erlassen und in der 2. Instanz über das von einem anderen Richter erlassene angefochtene erstinstanzliche Urteil im Nachverfahren zu entscheiden hat (RGZ 148, 199). Der erkennende Richter des AG kann im Berufungsverfahren beauftragter oder ersuchter Richter sein (Nr 6, letzter Hs); andererseits kann ein Richter, der am LG in einer Sache als beauftragter oder ersuchter Richter tätig war, an der Entscheidung des OLG in derselben Sache mitwirken. **Nicht ausgeschlossen** ist ferner der Richter, der nach einer Restitutions- oder Nichtigkeitsklage (BGHZ 125, 289; BGH NJW 81, 1273 = MDR 81, 481 mN, vgl aber § 42 Rn 18; ausgenommen hiervon Fall des § 580 Nr 5; krit zu Nr 6: AK/Wassermann Rn 7) oder nach Rückverweisung durch das Rechtsmittelgericht (§§ 538 f, 565, 566a) erneut mit der Sache befasst wird (BVerwG NJW 75, 1241); im Nachverfahren der Richter, der im Urkundenprozess mitgewirkt hat (RGZ 148, 200 f) und bei anderen typischen Folgeentscheidungen innerhalb derselben Instanz (vgl die Bsp in Rostock NJW-RR 99, 1445 f; sa § 42 Rn 16); von der Mitwirkung im Betragsverfahren der höheren Instanz ist nicht ausgeschlossen der Richter, der im 1. Rechtszug gem § 304 an der Entscheidung über den Grund (BGH NJW 60, 1762; Karlsruhe FamRZ 92, 1194) oder gem § 301 über den Auskunftsanspruch (Karlsruhe FamRZ 96, 556) mitgewirkt hat (sa § 42 Rn 17); von der Entscheidung im Regressprozess gegen den ProzBev nicht ausgeschlossen ist der Richter, der an der – beanstandeten – Entscheidung im Vorprozess mitgewirkt hat (Düsseldorf NJW-RR 98, 1763; sa § 42 Rn 16); von der Entscheidung über Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel ist nicht ausgeschlossen der Richter, der die Klausel erteilt hat (Frankfurt OLGZ 68, 170); desgleichen nicht von der Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage der Richter, der am Verfahren wegen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel mitgewirkt hat (BGH NJW 76, 2135 = MDR 76, 838). Ein Fall der Ausschließung liegt ferner nicht vor, wenn nach Zurückweisung nunmehr beim unteren Gericht ein Richter tätig wird, der bei dem die Zurück-

weisung aussprechenden Urteil mitgewirkt hat (Bsp: Ein Richter am OLG wurde inzwischen als Vorsitzender Richter ans LG versetzt); denn hier liegt kein Fall der „Nachprüfung“ einer „angefochtenen Entscheidung“ vor (s RGZ 148, 199; vgl aber auch § 42 Rn 17).

- 15 **III) Rechtsfolgen der Ausschließung. 1) Allgemeines.** Liegt einer der in § 41 bezeichneten Fälle vor, so ist der Richter kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen; er muss sich, ohne dass eine Partei einen Antrag stellt, vom Verfahren fern halten (§ 47 Rn 2; § 48 Rn 7). An die Stelle des ausgeschlossenen Richters tritt der nach dem Geschäftsverteilungsplan bestimmte Vertreter (§§ 21e, 21g GVG). Ist kein Vertreter (mehr) vorhanden, ist nach § 36 Nr 1 vorzugehen. Hat der Richter Zweifel an der Ausschließung, kann er eine Entscheidung vAw herbeiführen (§ 48 I, letzter Hs). Hält der Richter einen Ausschließungsgrund nicht für gegeben, kann ihn jede Partei in Form eines Ablehnungsgesuchs geltend machen (§ 42 I).
- 16 **2) Verstoß.** Hat der ausgeschlossene Richter bei einer Entscheidung mitgewirkt, ist diese nicht nichtig (vgl auch § 7 Hs 2 FGG), aber anfechtbar (§§ 547 Nr 2, 579 I Nr 2, 576 III). Unschädlich ist Mitwirkung an der Verkündung (Rn 14). Mitwirkung bei anderen Prozesshandlungen des Gerichts macht diese nicht nichtig (BGH NJW 81, 133 = MDR 81, 64 für strafprozessualen Eröffnungsbeschluss), doch müssen sie während der Instanz in ordnungsmäßiger Besetzung der Richterbank wiederholt oder zurückgenommen werden (Düsseldorf DRiZ 80, 110 für Strafprozess). Anderenfalls liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, der, wenn die Entscheidung auf ihm beruht (vgl § 545 I), zur Aufhebung und ggf zur Zurückverweisung führt (Frankfurt NJW 76, 1545). Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr 2) ist aber nur dann gegeben, wenn der ausgeschlossene Richter bei der Entscheidung selbst mitgewirkt hat. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Ausschließungsgrund mit für unbegründet erklärter Ablehnung (vgl § 42 I Hs 1) geltend gemacht war (vgl § 547 Nr 2 Hs 2; § 579 I Nr 2 Hs 2); dann scheidet ein absoluter Revisionsgrund (Nichtigkeitsgrund) aus (BGHZ 95, 305 = MDR 86, 493). Unkenntnis des Richters vom Ausschließungsgrund ist belanglos. Da die Beachtung des § 41 im öffentlichen Interesse liegt (vgl Rn 1 vor § 41), kann § 295 nicht gelten (Frankfurt NJW 76, 1545; StJ/Bork Rn 5; RSchwab/Gottwald § 25 I 3b).
- 17 **Prozesshandlungen der Partei vor dem ausgeschlossenen Richter sind wirksam.**

42 Ablehnung eines Richters

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

(2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

(3) Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

Akteneinsicht	23	Ehrenamtlicher Richter	11, 30
Angriffe auf den Richter	29	Eigenes wirtschaftliches Interesse	11
Anstellungsverhältnis	12	Eigenes Verhalten des Ablehnenden	29
Antragstellung	23, 26	Einreden und Gegenrechte	26
Anwaltliche Vertretung	2, 13, 22 f	Einseitige Kontaktaufnahme	25, 32
Arbeitgebervereinigung	30	Entscheidungstätigkeit	28
Aufklärungs- und Hinweispflicht	20, 26	Ermittlungstätigkeit	25
Aufrechnung	27	Erteilung von Rechtsrat	14
Ausdrucksweise	22	Fehlerhafte Entscheidung	28
Aussetzung wegen Straftat	22b	Fehlerhaftes Verfahren	24, 28
Äußerungen des Richters	22, 22a, 26f	Festlegung auf bestimmte Meinung	25, 33
Behinderung der Parteirechte	23	Fragerecht, Verkürzung	23
Behörde	2	Freundschaft – Feindschaft	12, 13
Bekannschaft	12	Frühere Ablehnung	19, 29
Beleidigender Inhalt von Schriftsätzen	25	Frühere Mitwirkung	16 ff
Beleidigung	21, 22	Fürsorgepflicht	26
Berufstracht	13	Gesamtvorgang	9
Besetzungsmängel	34	Geschäftliche Beziehungen	12
Beteiligung des Richters	11	Geschäftsverteilung	34
Beweislast	3, 10	Geschlecht	30
Bewirtung	25	Gesellschaftlicher Standort	30
Dienstaufsichtsbeschwerde	29	Gestik, Mimik	22a
Dienstaufsichtsverhältnis	12a	Gewerkschaft	11, 30, 32
Dienstherr	11	Gewerkschaftliche Betätigung	32
Dienstliche Äußerung	24	Gleichbehandlungsgebot	21
Dienstvorgesetzter	12a	Globalablehnung	3, 6
Dienstunfähigkeit	34	Grundrechtsverletzung	24
Druckausübung	23	Gutachten	14, 33
Ehe	13	Handelsrichter	12, 30

weisung aussprechenden Urteil mitgewirkt hat (Bsp: Ein Richter am OLG wurde inzwischen als Vorsitzender Richter an LG versetzt); denn hier liegt kein Fall der „Nachprüfung“ einer „angefochtenen Entscheidung“ vor (s RGZ 143, 199; vgl aber auch § 42 Rn 17).

15 III) Rechtsfolgen der Ausschließung. 1) Allgemeines. Liegt einer der in § 41 bezeichneten Fälle vor, so ist der Richter kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen; er muss sich, ohne dass eine Partei einen Antrag stellt, vom Verfahren fern halten (§ 47 Rn 2; § 48 Rn 7). An die Stelle des ausgeschlossenen Richters tritt der nach dem Geschäftsverteilungsplan bestimmte Vertreter (§§ 21e, 21g GVG). Ist kein Vertreter (mehr) vorhanden, ist nach § 36 Nr 1 vorzugehen. Hat der Richter Zweifel an der Ausschließung, kann er eine Entscheidung vW herbeiführen (§ 48 I, letzter Hs). Hält der Richter einen Ausschließungsgrund nicht für gegeben, kann ihn jede Partei in Form eines Ablehnungsgesuchs geltend machen (§ 42 I).

16 2) Verstoß. Hat der ausgeschlossene Richter bei einer Entscheidung mitgewirkt, ist diese nicht nichtig (vgl auch § 7 Hs 2 FGG), aber anfechtbar (§§ 547 Nr 2, 579 I Nr 2, 576 III). Unschädlich ist Mitwirkung an der Verkündung (Rn 14). Mitwirkung bei anderen Prozesshandlungen des Gerichts macht diese nicht nichtig (BGH NJW 81, 133 = MDR 81, 64 für strafprozessualen Eröffnungsbeschluss), doch müssen sie während der Instanz in ordnungsmäßiger Besetzung der Richterbank wiederholt oder zurückgenommen werden (Düsseldorf DRiZ 80, 110 für Strafprozess). Anderenfalls liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, der, wenn die Entscheidung auf ihm beruht (vgl § 545 I), zur Aufhebung und ggf zur Zurückverweisung führt (Frankfurt NJW 76, 1545). Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr 2) ist aber nur dann gegeben, wenn der ausgeschlossene Richter bei der Entscheidung selbst mitgewirkt hat. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Ausschließungsgrund mit für unbegründet erklärter Ablehnung (vgl § 42 I Hs 1) geltend gemacht war (vgl § 547 Nr 2 Hs 2, § 579 I Nr 2 Hs 2); dann scheidet ein absoluter Revisionsgrund (Nichtigkeitsgrund) aus (BGHZ 95, 305 = MDR 86, 493). Unkenntnis des Richters vom Ausschließungsgrund ist belanglos. Da die Beachtung des § 41 im öffentlichen Interesse liegt (vgl Rn 1 vor § 41), kann § 295 nicht gelten (Frankfurt NJW 76, 1545; StJ/Bork Rn 5; RSchwab/Gotwald § 25 I 3b).

17 Prozesshandlungen der Partei vor dem ausgeschlossenen Richter sind wirksam.

42 Ablehnung eines Richters

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

(2) Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

(3) Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

Table with 3 columns: Topic, Page, Topic, Page. Topics include: Akteneinsicht, Angriffe auf den Richter, Anstellungsverhältnis, Antragstellung, Anwaltliche Vertretung, Arbeitgebervereinigung, Aufklärungs- und Hinweispflicht, Aufrechnung, Ausdrucksweise, Aussetzung wegen Straftat, Äußerungen des Richters, Behinderung der Parteirechte, Behörde, Bekanntheit, Beleidigender Inhalt von Schriftsätzen, Beleidigung, Berufsrecht, Besetzungsmängel, Beteiligung des Richters, Beweislast, Bewürdung, Dienstaufsichtsbeschwerde, Dienstaufsichtsverhältnisse, Dienstherr, Dienstliche Äußerung, Dienstvergesetzlich, Dienstunfähigkeit, Druckausübung, Ehe.

Table with 2 columns: Topic, Page. Topics include: Hinweise des Richters, Individualablehnung, Insolvenzverwalter, Interessengegensatz, Interessenwahrnehmung, Juristische Person, Justizverwaltung, Kirchenmitgliedschaft, Kollegialitätsverhältnis, Konfession, Kostenvorschuss, Manipulation der Richterbank, Materielle Prozessleitung, Mehrheit von Verfahren, Meinungsäußerung, Missträuchliche Ablehnung, Mitgliedschaft in Verband, Mitwirkung an früheren Verfahren, Neutralitätspflicht, Objektiver Maßstab, Objektivität, Offenbarungspflicht, Organstellung, Ortstermin, Partei (Prozesspartei), Partei kraft Amtes, Parteizugehörigkeit, Pauschiablehnung, Persönliche Kontakte, Politische Betätigung, Politische Partei, "Privates Wissen", Proberichter, Protokollierung, Prozessbevollmächtigter, Prozessleitung, Querulatorische Ablehnung, Ratschlag und Empfehlung, Rechtliches Gehör, Rechtsauffassung, Rechtsanwendung, Rechtsfehler, Rechtsgespräch, Rechtsschutzbedürfnis, -interesse, Religion, Richter auf Probe, Richtigkeitkeitsgebot, Scheinfrucht des Wohnungsmieters, Scheinfrüchte.

1 I) Allgemeines. Die Ablehnung eines Richters setzt voraus, dass mit einem zulässigen Ablehnungsgesuch einer Partei (Rn 3f) ein Ablehnungsgrund glaubhaft (vgl § 44 II) gemacht wird oder dass der Richter selbst eine entspr Anzeige abgegeben hat (§ 48). Ablehnungsgründe sind sämtliche Ausschließungsgründe (I; dazu § 41 Rn 6ff), ferner die Besorgnis der Befangenheit (I, Rn 6ff). Nach einer Klarstellung in den neuen Verfahrensordnungen ist die Besorgnis der Befangenheit stets dann begründet, wenn der Richter der Vertretung einer Körperschaft angehört (hat), deren Interessen durch das Verfahren berührt werden (§ 54 III VwGO; § 51 III FGO; § 80 III SGG).

2 Das Ablehnungsrecht steht den Parteien zu (III), auch dem Streitgehilfen (§ 67; OLGR Celle 88, 973) und vom Verfahren betroffenen Drittbeteiligten (s Rn 1, 2 vor § 64), in Nebenverfahren den daran Beteiligten, zB dem SV im Verfahren gem § 3, 16 ZuSEG (OLGR Frankfurt 97, 305), den einzelnen Genossen im Verfahren über die Nachschusspflicht gem §§ 105 ff GenG (Brandenburg RPfeger 97, 302); soweit einer Behörde Beteiligtenstellung zukommt, hat sie auch ein Ablehnungsrecht (Celle NdsRpfl 85, 173). Der Prozeß hat kein selbständiges Ablehnungsrecht eigener Person (BayObLG NJW 75, 609 mwN; Karlsruhe NJW-RR 87, 126; OLGR Hamm 96, 89), das nicht der gesetzliche Vertreter (Köln NJW-RR 88, 694) und idR auch nicht eine Partei kraft Amtes (Insolvenzverwalter) im Verhältnis zum „repräsentierten“ Rechtsträger (s BVerfG 88, 174 in Ann Vollkommer EWIR 88, 619; Zweibrücken RPfeger 2000, 205; aa § 41 Rn 9); uU

Hinweise des Richters	26 f	Selbstablehnung des Richters	19, 24
Individualablehnung	3	Selbstentscheidung	24
Insolvenzverwalter	2, 13	Sitzungspolizeiliche Maßnahmen	13
Interessengegensatz	11	Sozialbefangenheit	30
Interessenwahrnehmung	14, 33	Spannungen	13, 22 f, 29
Juristische Person	11	Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft	17, 22b
Justizverwaltung	11, 12a	Standes- (berufsrechts-)widriges Verhalten	25
Kirchenmitgliedschaft	30	Strafantrag, Strafanzeigen	22b, 29
Kollegialitätsverhältnis	12a	Subjektiver Maßstab	9
Konfession	30	Sympathie - Antipathie	12
Kostenvorschuss	23	Terminsverlegung	23
Manipulation der Richterbank	6, 29	Übergreifender Ablehnungsgrund	19
Materielle Prozessleitung	26	Unabhängigkeit	25, 31
Mehrheit von Verfahren	19	Unangemessenes Verhalten	22, 22a
Meinungäußerung	31 ff	Unfähigkeit	34
Missbräuchliche Ablehnung	6, 29	Ungebührliches Verfahren	24
Mitgliedschaft in Verband	11, 30 ff	Ungeschicklichkeit	25
Mitwirkung an früheren Verfahren	16 ff	Ungleichbehandlung	21, 25, 26
Neutralitätspflicht	20 ff, 25 ff	Unmutsäußerungen	22a
Objektiver Maßstab	9	Unsachlichkeit	20, 22, 28
Objektivität	20 ff	Untätigkeit	24
Offenbarungspflicht	24	Verbandsmitgliedschaft	11, 30
Organstellung	11	Verein	11
Ortstermin	25	Verfahrensdauer	24
Partei (Prozesspartei)	2	Verfahrensgrundrechte	24
Partei kraft Amtes	2	Verfahrensverstöße	24, 28
Parteizugehörigkeit	11, 30	Vergleichsdruck	23
Pauschalablehnung	3	Verjährungseinrede	27, 28
Persönliche Kontakte	12, 13	Verlöbnis	12, 13
Politische Betätigung	31	Versäumnisurteil	26
Politische Partei	11, 30 f	Verschleppungsabsicht der Partei	6
„Privates Wissen“	25	Vertagungsanträge	23
Proberichter	11, 12a	Verwandtschaft - Schwägerschaft	13
Protokollierung	23	Verzögerung	24
Prozessbevollmächtigter	2, 13, 23, 25	Vorbefassung	15 ff
Prozessleitung	13, 26	Voreingenommenheit	20 ff
Querulatorische Ablehnung	6	Vorteil, Nachteil	11
Ratschlag und Empfehlung	14	Waffengleichheit	21, 25, 26
Rechtliches Gehör	23	Wartepflicht	24
Rechtsauffassung	25, 26, 28, 33	Weltanschauung	30
Rechtsanwendung	24, 28	Wiederaufnahmeverfahren	18
Rechtsfehler	28	Wiederholte Ablehnung	6
Rechtsgespräch	26	Willkür	20, 21, 23, 28
Rechtsschutzbedürfnis, -interesse	4, 6	Wissenschaftliche Äußerung	33
Religion	30	Wortentzug	23
Richter auf Probe	11, 12a	Zeugenstellung des Richters	25
Sachlichkeitsgebot	20, 22, 22a	Zurückbehaltungsrecht	26
Schlaf	34	Zusammenhängende Vorgänge	9, 28
Schonfrist des Wohnungsmieters	26	Zweifelsfälle	10
Schriftsätze	22, 23		

I) **Allgemeines.** Die Ablehnung eines Richters setzt voraus, dass mit einem zulässigen **Ablehnungsgesuch** einer Partei (Rn 3 ff) ein **Ablehnungsgrund** glaubhaft (vgl § 44 II) gemacht wird oder dass der Richter selbst eine entspr Anzeige abgegeben hat (§ 48). Ablehnungsgründe sind sämtliche Ausschließungsgründe (I; dazu § 41 Rn 6 ff), ferner die Besorgnis der Befangenheit (I, II; Rn 8 ff). Nach einer Klarstellung in den neuen Verfahrensordnungen ist die Besorgnis der Befangenheit stets dann begründet, wenn der Richter der Vertretung einer Körperschaft angehört (hat), deren Interessen durch das Verfahren berührt werden (§ 54 III VwGO; § 51 III FGO; § 60 III SGG).

Das **Ablehnungsrecht** steht den **Parteien** zu (III), auch dem Streitgehilfen (§ 67; OLGR Celle 95, 273) und vom Verfahren betroffenen **Drittbeteiligten** (s Rn 1, 2 vor § 64), in Nebenverfahren den daran Beteiligten, zB dem SV im Verfahren gem §§ 3, 16 ZuSEG (OLGR Frankfurt 97, 305), den einzelnen Genossen im Verfahren über die Nachschusspflicht gem §§ 105 ff GenG (Brandenburg Rpfleger 97, 302); soweit einer Behörde Beteiligtenstellung zukommt, hat sie auch ein Ablehnungsrecht (Celle NdsRpfl 85, 173). Der **ProzBev** hat kein selbständiges Ablehnungsrecht aus eigener Person (BayObLG NJW 75, 699 mwN; Karlsruhe NJW-RR 87, 126; OLGR Hamm 96, 45), desgl nicht der gesetzliche Vertreter (Köln NJW-RR 88, 694) und idR auch nicht eine Partei kraft Amtes (Insolvenzverwalter) im Verhältnis zum „repräsentierten“ Rechtsträger (s BVerfG ZIP 88, 174 m Anm Vollkommer EWiR 88, 619; Zweibrücken Rpfleger 2000, 265; sa § 41 Rn 9); uU

kann aber für die Partei selbst ein eigener Ablehnungsgrund vorliegen: Rn 13. **Beiden** Parteien steht das Ablehnungsrecht zu, also auch der **anderen** Partei, selbst wenn der Befangenheitsgrund nur die eine betrifft (vgl. E. Schneider MDR 87, 374; MK/Feiber Rn 3). Grund: Schutz vor dem Makel der Bevorzugung (Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 21), präventive Vermeidung von Verfahrensfehler (Rn 2 vor § 41). Die Ablehnung kann bis zur Entscheidung über das Gesuch **widerrufen** werden (RG JW 28, 106). Folgen der Ablehnung: Rn 7.

- 3 **II) Ablehnungsrecht. 1) Voraussetzungen** eines zulässigen Ablehnungsgesuchs (§ 44) sind:
- a) **Bestimmter Richter.** Die Ablehnung muss sich auf einen einzelnen (oder mehrere Einzelne) Richter beziehen, nicht ablehnbar ist das Gericht als solches oder ein ganzer Spruchkörper (BGH NJW 74, 55; BayObLG Rpfleger 82, 264; Köln NJW-RR 92, 894; vgl. auch Rn 6 aE), auch nicht ein einzelner Richter lediglich wegen seiner Zugehörigkeit zu einem Gericht oder Spruchkörper (BayObLGZ 85, 312; Günther NJW 86, 282); eine Ausnahme kommt in Frage, wenn der Ablehnungsgrund gerade in der Mitwirkung an einer Kollegialentscheidung besteht (BVerwG MDR 76, 783; VG Stuttgart JZ 76, 278; E. Schneider MDR 2001, 170 mwN); im Einzelfall kann allerdings die Ablehnung eines Spruchkörpers als Ablehnung bestimmter Mitglieder zu verstehen sein (vgl. hierzu § 44 Rn 2); insoweit verbleibende Auslegungszweifel gehen aber nicht zu Lasten des Ablehnenden (aA OLGR Düsseldorf 95, 230; s. Rn 10).
- 4 b) **Zeitraum für die Geltendmachung von Ablehnungsgründen.** Ablehnen kann die Partei bis zum vollständigen Abschluss der Instanz, auch im Tatbestandsberichtigungsverfahren oder anderen Nebenverfahren (vgl. § 46 Rn 18). Für den Erfolg des Ablehnungsgesuchs ist zwischen Ausschließungsgründen (§ 41) und Ablehnungsgründen nach § 42 II zu unterscheiden. Die nicht verzichtbaren Ausschließungsgründe können in jedem Zeitpunkt des Prozesses geltend gemacht werden (Rn 2 vor § 41; § 41 Rn 16). Der Ablehnungsgrund der Besorgnis der Befangenheit (§ 42 II) unterliegt dagegen der Heilung nach § 43. Solange die Partei ihn nicht kennt (§§ 43, 44 IV), kann sie den später bekannt gewordenen Ablehnungsgrund mit Erfolg geltend machen. Auch der Erlass einer vom *ablehnbaren Richter erlassenen nicht mehr abänderbaren instanzbeendenden* Entscheidung lässt die verfahrensrechtliche Bedeutung des Ablehnungsgrundes nicht entfallen (iErg BayObLGZ 86, 251; MDR 88, 500, iE Rn 2 vor § 41; § 46 Rn 18a). In diesem Fall muss der übersehene, sich erst aus den Entscheidungsgründen oder uU aus dem Erlass der Entscheidung ergebende Ablehnungsgrund mit dem *statthaften Rechtsmittel* (§§ 511, 542, 567, 574) gegenüber der instanzbeendenden Entscheidung (ggf. nach vorheriger Zulassung aufgrund der Nichtzulassungsbeschwerde, vor § 41 Rn 2) geltend gemacht werden. Das Rechtsmittelgericht prüft, ob der behauptete Ablehnungsgrund vorliegt und die angegriffene Entscheidung auf ihm beruht (§§ 529, 545). Kann es in der Sache nicht selbst entscheiden (§§ 538 II Nr 1, 563 I), verweist es sie (uU an einen anderen Spruchkörper, § 563 I 2) zurück. Ein selbständiges Ablehnungsverfahren ist nach Erlass der instanzbeendenden Entscheidung nur durchzuführen, wenn von dem abgelehnten Richter noch weitere Entscheidungen in Nebenverfahren zu treffen sind (vgl. § 46 Rn 18b). **Äußerste Zeitgrenze** für die nachträgliche Geltendmachung von Ablehnungsgründen nach § 42 II ist erst die abschließende Erledigung des Rechtsstreits durch eine *unanfechtbare* Entscheidung (BGHZ 141, 93; BGH v. 4. 1. 2001 X ZR 208/99; Grund: Übersehene Ablehnungsgründe sind kein Wiederaufnahmegrund nach § 579 I; s. aber § 46 Rn 21 aE).
- 5 c) **Form und Glaubhaftmachung: § 44.**
- 6 d) **Zulässigkeit.** Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt in den Fällen der **rechtsmissbräuchlichen Ablehnung**. Soll durch die Ablehnung das Verfahren offensichtlich nur **verschleppt** werden oder werden mit ihr **verfahrensfremde Zwecke verfolgt**, so ist das Ablehnungsgesuch unzulässig (vgl. § 26a I Nr 3 StPO; Düsseldorf Rpfleger 94, 340; näher Günther ZZZ 105, 26). Das Gleiche gilt bei Wiederholung eines zurückgewiesenen Ablehnungsgesuchs ohne neue Gründe (KG FamRZ 86, 1022), bei einem nicht ernsthaft gemeinten oder unter einem Vorwand gestellten Ablehnungsgesuch (Bsp.: Ausschaltung eines nicht genehmen Richters als taktische Manipulation, vgl. LSG Hessen MDR 86, 436; näher Rn 29) und bei Gesuchen, die grobe Beleidigungen und Beschimpfungen der beteiligten Richter enthalten (Karlsruhe NJW 73, 1658, OLGR Düsseldorf 96, 108, aber Zurückhaltung geboten; einschr. Stuttgart OLGZ 77, 107; vgl. auch Einl. Rn 50). Rechtsmissbräuchliche Ablehnungsgesuche kann das Gericht in alter Besetzung als unzulässig verwerfen (BGH NJW 92, 984; BayObLGZ 93, 10 = NJW-RR 93, 1278, stRSpr; Pentz NJW 99, 2000 mwN; näher § 45 Rn 4), doch sind strenge Anforderungen zu stellen (zutr. Zweibrücken MDR 80, 1026; OLGR Brandenburg 2000, 35). Die an dieser Rspr. aus rechtsstaatlichen Gründen geübte Kritik (Gloede NJW 72, 2067; vgl. auch E. Schneider MDR 99, 15; MK/Feiber § 45 Rn 1) ist nach deren gesetzlicher Kodifizierung in der neuen StPO (dort § 26a) nicht mehr berechtigt (so auch überzeugend Günther NJW 86, 289 ff); ihr ist allerdings durch gesteigerte Anforderungen an die Begründung von Selbstentscheidungen Rechnung zu tragen (SächsVerfGH NJW-RR 99, 288; LG Frankfurt NJW-RR 2000, 1088). Querulatorische Wiederholung der zurückgewiesenen Ablehnung kann überhaupt unberücksichtigt bleiben (vgl. BVerfGE 11, 5 = MDR 61, 26; jedoch ist Zurück-

haltung geboten: vgl Engel Rpfleger 81, 84 f mN; Günther NJW 86, 290; vgl auch Einl Rn 50). Ebenso missbräuchliche Ablehnung eines ganzen Gerichts oder Senats ohne ernsthafte Gründe (BVerfGE 72, 59 mwN; BVerwG NJW 88, 722; BayVerfGH MDR 2000, 659). Zum ganzen näher Rn 4 aE; § 44 Rn 2 u § 45 Rn 4.

2) **Rechtsfolgen der Ablehnung:** Der Richter scheidet erst aus dem Prozess aus, wenn die Ablehnung gerichtlich für begründet erklärt ist; nur dann steht der abgelehnte Richter dem ausgeschlossenen gleich (vgl §§ 547 Nr 3, 579 I Nr 3; § 46 Rn 10). Bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ablehnungsgesuchs (§ 47 Rn 1) trifft den Richter eine Wartepflicht (§ 47); das gilt namentlich auch dann, wenn das Ablehnungsgesuch bereits zurückgewiesen worden ist (§ 46 Rn 11 und § 47 Rn 1). Entscheidet das Gericht vor (ohne) Entscheidung über das Ablehnungsgesuch und ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters in der Sache, ist es **nicht ordnungsgemäß besetzt** (§§ 547 Nr 1, 579 I Nr 1, Art 101 I 2 GG; s auch § 46 Rn 4).

III) **Besorgnis der Befangenheit (Abs 2).** 1) **Allgemeines.** a) **Befangenheit** des Richters ist gleichbedeutend mit **Parteilichkeit** und **Voreingenommenheit**. Befangenheit meint eine unsachliche innere Einstellung des Richters zu den Beteiligten oder zum Gegenstand des konkreten Verfahrens (vgl Riedel, Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters, 1980, S 86). **Besorgnis der Befangenheit** des Richters ist anzunehmen, „wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen.“ Diese neue ges Umschreibung in § 1036 II 1 ist zur Konkretisierung von § 42 ebenso heranzuziehen, wie früher umgekehrt der Schiedsrichter gem § 1032 I aF aus denselben Gründen wie ein staatlicher Richter abgelehnt werden konnte. Die Generalklausel des II ist auch anhand der Rspr des EGMR zu Art 6 I EGMR näher zu konkretisieren (G. Vollkommer aaO S 44 f; 87 f). Der EGMR unterscheidet zwischen persönlicher Voreingenommenheit und (praktisch bedeutenderer) objektiver Befangenheit (EuGRZ 85, 409; 93, 122). In jedem Fall muss schon der äußere Anschein von Befangenheit vermieden werden („Justice must not only be done, it must also be seen to be done“, EGMR EuGRZ 93, 122). Die Richterablehnung enthält deshalb auch keine Herabsetzung des Richters (aA BayObLG NJW 2000, 3079).

b) **Geeignet, Misstrauen gegen eine unparteiliche Amtsausübung des Richters zu rechtfertigen**, sind nur objektive Gründe, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber; rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen des Ablehnenden scheiden aus (BayObLGZ 86, 252 mN; 87, 217; NJW 99, 1875; BSG NJW 93, 2262; s auch Rn 8). Nicht erforderlich ist, dass der Richter tatsächlich befangen ist; unerheblich ist, ob er sich für befangen hält (BVerfGE 73, 335; 99, 56 mwN); entscheidend ist allein, ob aus der Sicht des Ablehnenden genügend objektive Gründe vorliegen, die nach der Meinung einer ruhig und vernünftig denkenden Partei Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (BVerfGE 82, 38; 92, 139, stRspr; BGHZ 77, 72; NJW 95, 1679; BAG NJW 93, 879; BFH NJW-RR 95, 1534; KG MDR 2001, 107; Günther ZJP 105, 22 f, hM); demgegenüber tritt eine abw Ansicht für einen mehr subjektiven, an der Person des Ablehnenden orientierten Maßstab ein (so etwa Horn, Der befangene Richter, 1977, S 94 ff, 125, 127; AK/Wassermann Rn 6; Msk/Smid Rn 4; Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 4; E. Schneider NJW 97, 1832 f). Da für die Beurteilung der Befangenheitsbesorgnis von der *Person des Ablehnenden* auszugehen ist, enthält auch der zutr objektive Maßstab bereits eine subjektive Komponente (Köln NJW-RR 99, 288; Bamberg FamRZ 97, 1223; Peters, FS Lüke, 1997, S 603, 616; verkannt von München NJW 2000, 748, zutr krit dort E. Schneider S 709); zu weit gehen dürfte es aber, wenn die objektive Prüfung vom Standpunkt einer „idealen Partei“ aus vorgenommen wird (so VGH Mannheim NJW 86, 2068; OVG Hamburg NJW 94, 2779; MK/Feiber Rn 4; zurecht abl Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 4; E. Schneider NJW 96, 2286). Ablehnungsgründe sind vom Gericht in ihrer **Gesamtheit** zu würdigen (BayObLGZ 87, 309 mN; vgl auch § 43 Rn 8); dabei ist auch eine bestehende anwaltliche Vertretung der Partei zu berücksichtigen (Karlsruhe OLGZ 87, 249).

Nach dem Sinngehalt des Abs 2 ist in **Zweifelsfällen** iS einer Stattgabe des Ablehnungsgesuchs, nicht seiner Zurückweisung, zu entscheiden (so BayObLGZ 74, 131; KG MDR 99, 1019; OLGR Köln 2001, 260 [261]; Teplitzky MDR 70, 107; E. Schneider MDR 98, 454 u Befangenheitsablehnung [sogleich unten] § 3 Rn 82 ff; ThP/Putzo Rn 9; Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 4, str; aA BL/Hartmann Rn 12; zur Beweislast s mN § 44 Rn 4). In Anlehnung an die in den Ausschlussgründen des § 41 zum Ausdruck kommenden vertypen Fälle fehlender „Distanz“ und „Neutralität“ des Richters (vgl Rn 1 vor § 41) lassen sich auch für die Besorgnis der Befangenheit **Fallgruppen** bilden (Rn 11 ff). Vor deren schematischer Übertragung ist jedoch zu warnen, die Umstände des Einzelfalls sind jeweils zu berücksichtigen (Düsseldorf AnwBl 99, 236). Umfangreiches Fallmaterial erörtern Peters, FS Lüke, 1997, S 624 ff; E. Schneider, Befangenheitsablehnung des Richters im ZP, 2. Aufl 2001.

2) **Fallgruppen.** a) **Mittelbare Beteiligung des Richters am Rechtsstreit und eigenes Interesse am Prozessausgang.** Zugehörigkeit des Richters als (einfaches) Mitglied zu einer juristischen

Person, die Prozesspartei ist (kein Fall von § 41 Nr 1, vgl dort Rn 6, 7), kann die Besorgnis der Befangenheit begründen (vgl BGHZ 113, 277 = NJW 91, 985). Gehört der Richter einem Vertretungsorgan der juristischen Person an, greift bereits § 41 Nr 4 ein (s dort Rn 10; zT weiter gehend § 54 III VwGO, § 51 III FGO, § 60 III SGG: „Besorgnis der Befangenheit ist stets begründet, wenn der Richter . . . der Vertretung oder dem Vorstand einer juristischen Person angehört, deren Interessen durch das Verfahren unmittelbar berührt werden“). Bsp: Richter ist Kreistagsabgeordneter bei Landkreis als Partei, vgl Celle NdsRpfl 76, 91; anders bei lange zurückliegender früherer Zugehörigkeit: BGH NJW-RR 88, 766; Eigeninteresse des Richters besteht bei Interessenkollision oder wenn echte wirtschaftliche oder nicht unerhebliche persönliche Belange für ihn auf dem Spiel stehen (BGHZ 113, 227; BGH v 5. 3. 2001 I ZR 58/00; BL/Hartmann Rn 56), wie bei wirtschaftlichem Wert des Mitgliedschaftsrechts oder wirtschaftlicher Abhängigkeit (Stuttgart NJW-RR 95, 300; dazu Pfeiffer ZIP 94, 771); Bsp: Richter ist Großaktionär im Prozess der AG (KG NJW 63, 451); anders aber bei bloßer Verbands- (LG Göttingen Rpfler 76, 55: Sparkasenzweckverband) oder Vereinsmitgliedschaft (verneinend Frankfurt NJW-RR 98, 1764 für gemeinsamen Rotary-Club) oder bei Mitgliedschaft in Massenorganisation, zB ADAC (ThP/Putzo Rn 10), in Gewerkschaft (Rn 32), in Genossenschafts-Vertreterversammlung (vgl § 43a GenG; Bsp: BGHSt NJW 98, 550) oder in GRUR e.V., auch wenn dieser Partei des Prozesses ist (BGHReport 2001, 433). Ist eine **politische Partei** Prozesspartei, kann die im Allg für § 42 belanglose Parteimitgliedschaft (vgl Koblenz NJW 69, 1177; VGH Mannheim NJW 75, 1048) uU eine Ablehnung rechtfertigen (näher zum ganzen Rn 30, 31). In Prozessen gegen den (Justiz- usw) Fiskus als Dienstherrn des Richters kann fehlende volle Unabhängigkeit (zB bei Beteiligung von Proberichtern) die Ablehnung begründen (näher Rn 12a); nicht genügt dagegen die Tätigkeit des Richters (auch) in der Justizverwaltung (OLGR Frankfurt 98, 151; 99, 73).

- 12 **b) Nahe persönliche Beziehungen zu einer Partei**, soweit nicht schon § 41 Nr 2, 3 eingreift. Bsp: Verlöbnis, auch früheres, mit der Partei; Ehe mit einem Mitglied des Vertretungsorgans einer Partei (vgl VGH Kassel AnwBl 91, 161) oder mit einer bei der Partei oder einem verbundenen Unternehmen tätigen Führungskraft (BGH NJW 95, 1679); enge Freundschaft oder Feindschaft (vgl BayObLG NJW-RR 87, 127; Günther ZZZ 105, 27 f); enge berufliche oder wissenschaftliche Zusammenarbeit (LG Göttingen NJW 99, 2826; abl bei Mitautorenschaft); uU früheres Anstellungsverhältnis (sa § 406 Rn 8; ferner § 20 I Nr 5 VwVfG; § 16 I Nr 5 SGB X); nicht frühere enge Bekanntschaft (LG Bonn NJW 66, 160 m Anm Rasehorn S 666), nicht Sympathie oder Antipathie (BVerfGE 73, 339), nicht das bloße Kollegialitätsverhältnis zwischen Richter und einem Verfahrensbeteiligten (vgl aber Rn 12a). Das Lehrauftragsverhältnis eines Richters begründet keine Besorgnis der Befangenheit im Prozess der betreffenden Hochschule (OVG Münster NJW 75, 2119); desgleichen sind bloß allg geschäftliche Beziehungen und Kontakte des Richters zu einer Partei kein Befangenheitsgrund (LG Regensburg FamRZ 79, 525; anders aber bei entspr Intensität: bedenklich Zweibrücken NJW-RR 98, 857).

- 12a Bei Bestehen eines **Kollegialitätsverhältnisses** (Rn 12) müssen für einen Befangenheitsgrund darüber hinausgehende nähere berufliche oder private Beziehungen des Richters zu seinem Kollegen, der Partei, hinzutreten; die gemeinsame Zugehörigkeit zum gleichen (größeren) Gericht genügt nicht (BGH LM Nr 2 = NJW 57, 1400 [LS]; Celle NdsRpfl 63, 37 und 231; sa § 48 Rn 3), wohl aber die Zugehörigkeit zum gleichen Spruchkörper oder zum gleichen kleineren Gericht (Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 16; Peters aaO [Rn 10] S 607 f); ist ein Handelsrichter persönlich haftender Gesellschafter einer Partei, können sämtliche Richter seiner KfHS abgelehnt werden (Nürnberg NJW 67, 1864; Hamm MDR 78, 583; Peters aaO S 608; aA Schleswig MDR 88, 236; MK/Feiber Rn 12 m Fußn 27), bei verhältnismäßig großer Zahl von ehrenamtlichen Richtern anders für das Arbeitsgericht LAG Kiel SchlHA 68, 213. In Prozessen gegen ihren **Dienstherrn** (Justizfiskus usw, s Rn 11) können Proberichter abgelehnt werden (ebenso LG Berlin NJW 56, 1402; Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 16 mwN, sehr str; aA KG MDR 95, 1164; 19. Aufl); Grund: „Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass nicht planmäßige Richter sich bei ihren Entscheidungen von dem Gedanken an die Zustimmung der vorgesetzten Dienststelle beeinflussen lassen“ (so BGH NJW 95, 2792 zu § 29 DRiG nF); das rechtfertigt aber nach der maßgeblichen Sicht der Partei (Rn 9) die Befangenheitsbesorgnis (zutr LG Berlin NJW 56, 1402). Auch ein bestehendes **Dienstaufsichtsverhältnis** zu einer Partei kann die Ablehnung begründen (vgl BayObLG MDR 88, 970: Tätigkeit des abgelehnten Richters als Dienstvorgesetzter; zust Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 14 aE).

- 13 **c) Nahe persönliche Beziehungen zum Prozessvertreter einer Partei**, zB nahe Verwandt- oder Schwägerschaft (KG NJW-RR 2000, 1164 = MDR 99, 1018), Ehe (Jena OLGR Brandenburg usw 2000, 77), Verlöbnis oder ne Lebensgemeinschaft, nicht schon zu einem nicht sachbearbeitenden Sozietätsmitglied (OLGR Celle 95, 272; LG Stendal AnwBl 2000, 140; aA OLGR Schleswig 2000, 390: Anstellung des Sohnes des Richters in der Anwaltskanzlei), Freundschaft, Feindschaft, enge berufliche oder wissenschaftliche Zusammenarbeit: Rn 12 gilt nach hM nur eingeschr

(Grund: Rn 2; krit Zuck DRiZ 88, 177, 179). Starke **persönliche Spannungen** zwischen dem Richter und dem ProzeßBev können uU einen Ablehnungsgrund bilden, wenn die ablehnende Einstellung des Richters in dem Verfahren selbst in Erscheinung getreten ist (BayObLGZ 74, 446 = NJW 75, 699; Karlsruhe NJW-RR 87, 127; Köln NJW-RR 88, 694; Nürnberg OLGZ 94, 210; Celle AnwBl 97, 295); entspr gilt für den Insolvenzverwalter (BVerfG ZIP 88, 174; Zweibrücken Rpfleger 2000, 265); jedoch genügen (sachliche) Differenzen zwischen Richter und Anwalt über die Korrektheit des Verhaltens des ProzeßBev oder Fragen richterlicher Prozessleitung und Sitzungs-polizei im allg **nicht** (Karlsruhe aaO mwN; Braunschweig NJW 95, 2113; KGR 2001, 236; abzulehnen LG Kassel AnwBl 86, 104; sa Rn 22, 23). Bsp: Verhandlungsausschluss von nicht in Berufstracht auftretendem RA (Braunschweig aaO; § 176 GVG Rn 11). Lit: Günther ZZZ 105, 20, 29 ff.

d) Interessenwahrnehmung für eine Partei (über die Fälle des § 41 Nr 4 hinaus). Bsp: Erteilung von Rat und Empfehlung an eine Partei außerhalb des Verfahrens (vgl BayObLG WuM 97, 69; eingehend: Riedel aaO [Rn 8] S 163), vorprozessuale Rechtsauskunft (BezG Rostock LAGE § 49 ArbGG Nr 5; E. Schneider gegen LAG Sachsen MDR 2001, 516; nicht aber, wenn sie an alle betroffenen Beteiligten erfolgt ist: BayObLG NZM 2000, 295), Privatgutachten durch den Richter (BVerfGE 88, 4) oder Vertretung in anderer Sache (vgl BVerfG NJW 97, 1500). Nicht hierher gehören Aufklärung und Belehrung einer Partei im Rahmen der richterlichen Prozessleitung gem §§ 139, 273 (vgl dazu Rn 26) und bei Vergleichsverhandlungen, § 279 (vgl BGH NJW 98, 612; für Zurückhaltung insoweit Stürmer, FS H.U. Walder, Zürich 1994, S 284 f). Zur sachwidrigen Benachteiligung (Bevorzugung) einer Partei im laufenden Verfahren vgl Rn 20 ff.

e) Vorbefassung. Die frühere Tätigkeit (Mitwirkung) des Richters in der gleichen oder einer anderen Sache kann zu einer vorzeitigen - uU endgültigen - „Festlegung“ des Richters führen, die einer unvoreingenommenen Entscheidung der vorliegenden Sache entgegensteht (Rspr sehr zurückhaltend, vgl Rn 26; Lit: Riedel aaO [Rn 8] S 115 ff, 152 ff; *Schlichting* NJW 89, 1343; *Peters* aaO [Rn 10] S 609 f; zum Strafprozess: *Brandt-Janczyk*, Richterliche Befangenheit durch Vorbefassung im Wiederaufnahmeverfahren, 1978, u *Krekeler* NJW 81, 1637; zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren *Roth DÖV* 98, 916). Nach hM genügt die Mitwirkung des Richters an einem früheren Verfahren, auch über den gleichen Sachverhalt, das zu einer der Partei ungünstigen Entscheidung geführt hat, grds nicht als Ablehnungsgrund (BAG NJW 93, 879 = MDR 93, 383; BayObLG WuM 99, 186; Saarbrücken OLGZ 76, 469 mwN; NJW-RR 94, 764 f; LG Bonn NJW 96, 2169). IE ist zwischen prozessrechtlich typischer und prozessrechtlich atypischer Vorbefassung zu unterscheiden (krit dazu MK/Feiber Rn 16; Naumburg MDR 99, 824 [825]); Erstere begründet für sich allein nie ein Ablehnungsrecht (Fälle: Rn 16), wohl aber kann Letztere auch ohne das Hinzutreten besonderer Umstände die Ablehnung rechtfertigen (Fälle: Rn 17). Ein Sonderproblem bildet die Mitwirkung in Vor- und Wiederaufnahmeprozess (Rn 18). Ist der Richter mit mehreren **gleichzeitig** anhängigen Verfahren der Partei befasst, kann sich der in einem Verfahren gegebene Ablehnungsgrund auch auf die anderen auswirken (Rn 19).

aa) Fälle prozessrechtlich typischer Vorbefassung sind gegeben bei Mitwirkung des Richters im PKH- und Klageverfahren (Hamm OLGZ 77, 105 mwN = NJW 76, 1459; allgM); im Arrest-(Verfügungs-)erlass-, Widerspruchs- (Rostock NJW-RR 99, 1445) und Hauptsacheverfahren (Saarbrücken OLGZ 76, 473 mwN; NJW-RR 94, 765); im Urkunden- und Nachverfahren (Schmid NJW 74, 730); an der Einstellung der ZwV oder anderen Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren und in der Hauptsache (Frankfurt Rpfleger 80, 300); bei Entscheidung nach Aufhebung und Zurückverweisung durch denselben Spruchkörper (allgM, vgl Karlsruhe OLGZ 84, 104, arg § 565 I 1; für Strafprozess vgl mN Holtz MDR 92, 19; aA Stemmler NJW 74, 1545; nur bei Hinzutreten besonderer Umstände: LG Kiel AnwBl 75, 207); bei Mitwirkung im früheren Verfahren und im Verfahren auf Vollstreckungsgegenklage und Abänderungsklage (Schmid aaO); im „Abhilfe“- (§ 321a) bzw „Gegenvorstellungsverfahren“ und an der angegriffenen Entscheidung (Düsseldorf - StS - Rpfleger 89, 38; für Gerichtsbescheid aA Roth DÖV 98, 920); in Vor- und im Regressprozess (BGH NJW 68, 710; Düsseldorf NJW-RR 98, 1763; aA LG Darmstadt NJW-RR 99, 289; Baur, FS Larenz, 1973, S 1073; Stemmler NJW 74, 1546); Mitwirkung an Aussetzungsbeschluss im Patentverletzungsprozess und Nichtigkeitsberufungsverfahren (BGH NJW-RR 86, 738 = MDR 86, 670).

bb) Fälle prozessrechtlich atypischer Vorbefassung. Hierher gehören: Versetzung des in 1. Instanz in der Sache tätigen Richters an Berufungsgericht und den (später) mit der Entscheidung über die Berufung befassten Spruchkörper, auch wenn ein Fall des § 41 Nr 6 (Mitwirkung am angefochtenen Urteil) nicht vorliegt (vgl Karlsruhe FamRZ 92, 1194 mN; aA FamRZ 96, 556; nur bei bes Umständen); die Rückkehr des Rechtsmittelrichters zum Tatsachengericht (aA Naumburg MDR 99, 824 mwN; vgl auch § 41 Rn 14); die frühere Befassung des Zivilrichters mit dem gleichen Sachverhalt als Anklagevertreter (BGH NJW 67, 155 [156]; LG Würzburg MDR 85, 850; Nürnberg MDR 63, 602; s auch BGH NJW 79, 2160 zu § 26 Nr 4 StPO), als Strafrichter (Koblenz NJW 67, 2213; einschränkend Hamm NJW 70, 568; aA MK/Feiber Rn 16, 17; Wiczorek/Schütze/Niemann

Rn 14; Zweibrücken OLGR Koblenz usw 2000, 441: Ermittlungsrichter) oder als Organ der Justizverwaltung (vgl BayObLGZ 1985, 182 unter Hinw auf § 54 II VwGO; OLGR München 2001, 13 zu Staatshaftung; nicht entschieden in BGH NJW-RR 2000, 1164 zu Notaraufsicht).

- 18 cc) **Mitwirkung in Vorprozess und Wiederaufnahmeverfahren.** Da eine dem § 23 II StPO (dazu BVerfGE 63, 79) entspr Vorschrift im Zivilprozess fehlt, kann die bloße Mitwirkung an der im Wiederaufnahmeverfahren angefochtenen Entscheidung für sich allein keinen Ablehnungsgrund bilden (zutr Hamburg FamRZ 88, 186 mwN; Saarbrücken NJW-RR 94, 765; aA Düsseldorf NJW 71, 1221; Stemmler NJW 74, 1545; offen geblieben in BGH NJW 81, 1273 [1274] = MDR 81, 481); die Gegenansicht liefe der Sache nach auf die Schaffung eines neuen Ausschließungsgrundes hinaus (Karlsruhe OLGZ 75, 243; vgl auch § 41 Rn 1). Jedoch ist der Wertung des § 23 II StPO (eingehend: Brandt-Janczyk aaO S 87 ff) dadurch Rechnung zu tragen, dass je nach der Eigenart des vorgebrachten Restitutions-(Wiederaufnahme-)Grundes Besorgnis der Befangenheit angenommen wird (Karlsruhe OLGZ 75, 244), so etwa bei Geltendmachung pflichtwidrigen Verhaltens des Richters (Zweibrücken OLGZ 74, 293; Peters aaO S 610 unter Hinw auf §§ 580 Nr 5, 579 I Nr 4, Art 103 I GG), anders dagegen bei Neubeurteilung des Sachverhalts (Karlsruhe OLGZ 75, 244; aA Peters aaO).
- 19 dd) **Mitwirkung in mehreren gleichzeitig anhängigen Verfahren der Partei.** Inwieweit ein in einem Verfahren gegebener Ablehnungsgrund auch auf andere fortwirkt (sog „übergreifender Ablehnungsgrund“; dazu Frankfurt OLGZ 80, 109 mN; vgl auch § 43 Rn 7) ist Frage des Einzelfalls und hängt vom konkreten Ablehnungsgrund ab (Frankfurt FamRZ 86, 291; Nürnberg OLGZ 94, 209). Die Erfolglosigkeit des Antragstellers in einem anderen Verfahren vor dem abgelehnten Richter begründet allein noch nicht die Befangenheit (BayObLG Rpfleger 80, 193; WuM 99, 186; Zweibrücken FamRZ 99, 936). War die erfolgreiche Ablehnung auf Voreingenommenheit gegen die Person des Ablehnenden gestützt, greift der Ablehnungsgrund auch in den anderen Verfahren durch (Nürnberg MDR 65, 667; Brandenburg MDR 2000, 47 mN); andererseits begründet die Selbstablehnung (§ 48) des Richters in einem früheren Verfahren als solche nicht schon einen Befangenheitsgrund für ein späteres Verfahren zwischen den gleichen Parteien mit anderem Verfahrensgegenstand (Frankfurt FamRZ 86, 291; vgl auch § 47 Rn 3 aE).
- 20 f) **Verstöße gegen die Verpflichtung zu Neutralität und Objektivität.** Der Richter ist zu unvoreingenommener und neutraler Amtsführung verpflichtet (vgl Rn 1 vor § 41; zur Abgrenzung von der richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht vgl Rn 26); dies verlangt auch **strenge Sachlichkeit**. Als Ablehnungsgründe kommen daher alle Fälle **unsachlichen, auf Voreingenommenheit oder Willkür** hindeutenden Verhaltens des Richters im laufenden Verfahren in Frage (IE Rn 21–25).
- 21 aa) **Verstoß gegen das prozessuale Gleichbehandlungsgebot.** Der allg Gleichheitssatz (Art 3 I GG) gebietet die „Gleichheit der Parteien vor dem Richter“ und verbietet jedes „Messen mit zweierlei Maß“ und jede richterliche Willkür (Einl Rn 100, 102). Verstöße gegen diese grundlegenden Richteramtspflichten können den Verdacht der Befangenheit begründen. Bsp: Ungleichbehandlung der Parteien durch „einseitige“ Protokollierung (Köln NJW-RR 99, 288) oder bei der Berücksichtigung von Terminwünschen (vgl Brandenburg NJW-RR 99, 1291); Nichtrüge beleidigender Äußerungen des Beklagten gegenüber dem Kläger, aber Verhängung einer Ordnungsstrafe gegen den darauf beleidigend widerredenden Kläger; Nichtentscheidung über den PKH-Antrag der einen Partei nach PKH-Bewilligung für die andere (s Karlsruhe FamRZ 99, 445); die **Verfahrensweise** des Richters entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage und/oder erweckt den Anschein der Willkür (BayObLG DRiZ 77, 244; vgl auch E. Schneider Büro 77, 1341, 1343 u die Rspr-Bsp Rn 24).
- 22 bb) **Unsachlichkeit und unangemessenes Verhalten. Negative Einstellung gegenüber einer Partei, Bevorzugung der anderen.** Bsp: Versehen der Schriftsätze einer Partei mit unsachlichen Randbemerkungen (Koblenz NJW 59, 906); kränkendes Verhalten gegenüber einer Partei, zB durch **unsachliche Äußerungen** in der mündlichen Verhandlung (BGHSt NJW 76, 1462; KG NJW 75, 1842; Hamburg MDR 89, 71) oder durch negative Formulierungen im Sitzungsprotokoll (Celle MDR 88, 970) oder in den schriftlichen Entscheidungsgründen (vgl Frankfurt MDR 79, 940; Berglar ZRP 84, 7; vgl dazu ferner Rn 4; § 44 Rn 5); unverhältnismäßige Reaktion auf sachlich vertretbare Ausführungen (Stuttgart NJW-RR 95, 300); schroffer und ungehöriger Ton im Schriftverkehr (LG Bayreuth NJW-RR 86, 678: Eingabe gehöre in den „Papier-Abfalleimer“); Bezeichnung des Verhaltens des Beklagten als „Theater“ kann uU genügen (Schmidt-Leichner NJW 77, 1805 gegen BGHSt dort S 1829); desgl Bezeichnung der Verhandlungsführung des Anwalts als „Kinkerlitzchen“ (Hamburg NJW 92, 2036), wie allg **abfällige, höhnische, kränkende oder beleidigende Wortwahl** (Hamburg aaO; Frankfurt NJW-RR 95, 890; Brandenburg FamRZ 95, 1498), ungehöriger „Humor“ (E. Schneider NJW 2000, 708 gegen München dort S 748; Terminierung auf Faschingsbeginn) oder unangebracht **bissige Ironie** oder offen gezeigte „Häme“ gegenüber der Partei oder dem Anwalt (München AnwBl 93, 242; vgl auch Bamberg OLGR Mün-

chen 2001, 238 [239]), nicht notwendig aber schon die Würdigung des Verhaltens einer Partei als „tricky“ (Düsseldorf AnwBl 99, 236), die Kennzeichnung des Parteivertreters als „prozessunfähiger Psychopath“ (vgl BGHZ 77, 73; abl Günther ZfP 105, 44 Fn 160) oder der Höhe der Klageforderung als „utopisch“ (Brandenburg FamRZ 95, 1498); **nicht** der Erlass einer der Partei unerwünschten Beweisordnung (körperliche Untersuchung: Köln VersR 80, 93); desgleichen nicht fachliche Kritik an der Leistung einer Partei (LG Bochum MDR 93, 1237); umfangreiches Fallmaterial erörtert Günther ZfP 105, 36 ff.

Hierher gehört auch die Kundgabe **negativer Stimmungen (Gereiztheit, Ungeduld, Unmutsäußerungen)**. Bsp: Unangemessene Mimik und Gestik während des Parteivortrags (OVG Lüneburg DRiZ 74, 194 m krit Anm Koch S 293); Aggressivität bei der Verhandlung (Brandenburg MDR 2000, 47); Gebrauch ungehöriger Sprache gegenüber Prozessbeteiligten (aA Köln MDR 96, 1182 m zutr Kritik von E. Schneider dort u NJW 97, 1832); grundloses „Anbrüllen“ einer Partei (anders nach Ungehörigkeit KGR 2000, 311); abwertende Kritik gegenüber der Prozessführung eines Rechtsanwalts (Hamburg NJW 92, 2036; vgl auch Rn 13, 22); aufbrausende und übertriebene Reaktion auf ein Ablehnungsgesuch des ProzBev (LG Berlin NJW-RR 97, 315: „das nehme ich persönlich“) oder der Partei (Karlsruhe Justiz 93, 54: „Frechheit“); weitere Bsp von Verstößen gegen das richterliche **Sachlichkeitsgebot** erörtert E. Schneider, Befangenheitsablehnung des Richters im ZP, 2. Aufl 2001, § 4 Rn 80 ff, 102 ff.

cc) Voreingenommenheit und Verdächtigung. Bsp: ungeprüftes Sichzueigenmachen von massiven Vorwürfen der anderen Partei (Köln FamRZ 95, 888); Bezeichnung des Handelns des Bekl als offensichtlich betrügerische Schiebung (Naumburg OLG 25, 61) oder das des Klägers als (versuchten) Prozessbetrug (Frankfurt NJW-RR 97, 1084); Erstattung von **Strafanzeige** wegen Prozessbetrugs oder Steuerdelikts oder – uU – **Aussetzung** wegen Verdachts einer Straftat gem § 149 und **Zuleitung der Akten an die Staatsanwaltschaft** auf einseitiges Parteivorbringen und ohne hinreichende Prüfung der Verdachtsmomente (Frankfurt MDR 84, 499; 86, 943 = NJW-RR 86, 1319; Hamburg MDR 89, 1000; Hamm FamRZ 92, 575; Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 8; zu einschr MK/Feiber Rn 8; zu weitgehend LG Würzburg MDR 85, 850; vermittelnd mwN Knoche MDR 2000, 371); anders aber bei vorheriger Anhörung der Partei zum Tatverdacht (KG MDR 2001, 107) oder beider Parteien ohne Verdächtigung einer bestimmten Partei (Brandenburg MDR 97, 780 [m unzut L S S 799]; ähnlich Nierwetberg NJW 96, 435; Knoche MDR 2000, 375) und ohne Druckausübung (E. Schneider MDR 2001, 290 gegen KG; sa Rn 23 aE); nicht schon genügt die Ankündigung einer Einschaltung der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Wahrheitsermahnung der Partei (Zweibrücken FamRZ 93, 576), die Äußerung von Zweifeln an der Wahrheit von Tatsachenvorbringen (OLGR Hamm 96, 47), an der Glaubwürdigkeit einer Partei (Bamberg OLGR München 2001, 89) oder von Straftatverdacht schlechthin (vgl Knoche aaO; sa Rn 23 aE). **Abgrenzung:** Nicht hierher gehören Strafanzeigen (-anträge), mit denen sich der angegriffene Richter zur Wehr setzt (s dazu Rn 29).

dd) Behinderung in der Ausübung der Parteirechte, willkürliche Benachteiligung. Durch die Verfahrensweise des Richters wird die Mitwirkung der Partei an der Verfahrensgestaltung und ihre Einflussnahme auf die Entscheidungsgrundlagen sachwidrig verkürzt. Bsp: Weigerung, den schriftsätzlich angekündigten Antrag einer Partei „anzunehmen“ und ihn im Protokoll fest zu halten (Köln OLGZ 71, 376), wie überhaupt die mangelnde Bereitschaft, das Prozessvorbringen einer Partei vollständig zur Kenntnis zu nehmen und entsprechend zu würdigen (Köln MDR 98, 432 m Anm E. Schneider; Oldenburg FamRZ 92, 193); sachwidrige Auswahl von Beweismitteln durch unzulässig vorweggenommene Beweiswürdigung (Rostock OLGR Brandenburg usw 2001, 130); das geflissentliche Übergehen des zu protokollierenden eigenen Ablehnungsantrags der Partei (Köln NJW-RR 98, 857 = MDR 98, 797 m Anm E. Schneider); die Nichtweiterleitung eines eingereichten Schriftsatzes an die Gegenseite (LG Verden AnwBl 80, 290; vgl auch BayObLG ZMR 94, 17), auch wegen unsachlicher, den Gegner kränkender oder beleidigender Formulierungen (LG Frankenthal FamRZ 77, 562, zweifelhaft; s dazu Günther ZfP 105, 36 sowie eingehend Walchshöfer MDR 75, 11); Wortentziehung gegenüber dem Anwalt, der bittet, die Zeugenaussage wörtlich zu protokollieren (Nürnberg AnwBl 62, 282); wiederholte Unterbrechung der Partei und Wortentzug, da ihr beabsichtigtes Vorbringen bereits bekannt sei (BVerwG NJW 80, 1972 f); Zurückweisung von berechtigten Fragen an Zeugen und SV (vgl KG OLGZ 94, 86 = MDR 93, 797); Parteianhörung unter **Ausschluss ihrer ProzBev** (Brandenburg FamRZ 97, 428); Anhörung von SV bei Beratung eines Vergleichsvorschlags im Beratungszimmer unter **Ausschluss der Parteien** (vgl E. Schneider NJW 97, 1832 gegen Stuttgart NJW-RR 96, 1469); Ablehnung (Übergehen) eines **Vertagungsantrags** bei Vorliegen erheblicher Umstände iS von § 227 (Köln NJW-RR 2000, 591; Schleswig NJW 94, 1227; Karlsruhe MDR 91, 1195; Zweibrücken MDR 99, 113 m Anm E. Schneider, anders bei unberechtigten Anträgen: Köln NJW-RR 97, 828; Brandenburg NJW-RR 99, 1291; Trautwein DRiZ 96, 22) und Erlass eines VU bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 335 I Nr 3 (vgl Frankfurt FamRZ 93, 1468; ferner allg BayObLG NJW-RR 88, 191; BFH BB 92,

1992 – jew im Einzelfall verneinend); rücksichtsloses Übergehen eines berechtigten Terminwunsches von auswärtiger Partei (Koblenz NJW-RR 92, 191 = MDR 91, 448); Aufforderung zur Abgabe von Parteierklärungen in ultimativer Form (VGH Kassel NJW 83, 901). **Verweigerung der Akteneinsicht** (BayObLG NJW-RR 2001, 642; Köln MDR 2001, 891), wie überhaupt jede Verkürzung des **rechtlichen Gehörs** (Düsseldorf Rpfleger 93, 188; Einzelfälle: E. Schneider aaO [Rn 22a] § 4 Rn 259 ff, 269 ff), oder Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit der Parteien (Laumen aaO [Rn 25] S 280) durch **Druckausübung**, wie Anordnung des persönlichen Erscheinens bei Nichtrücknahme der Klage (Köln NJW-RR 97, 1083) oder Ausübung unangemessenen Vergleichsdrucks (vgl Stürner, FS H.U. Walder, Zürich 1994, S 275 mN, 285); Verfahrensgestaltung zum Abschneiden von Parteirechten (Köln OLGZ 71, 380) und Rechtsmitteln (vgl BVerwG NJW 98, 325; vgl auch BVerfG NJW 97, 649). Bsp: Ankündigung von Strafanzeige (Einschaltung der Staatsanwaltschaft) bei Nichtrücknahme von eingelegtem Rechtsmittel (E. Schneider MDR 2001, 289 gegen KG dort S 107); willkürliche Festsetzung eines überhöhten Kostenvorschusses, um die Rechtsverteidigung der Partei zu erschweren (vgl Karlsruhe OLGZ 84, 103 – im Einzelfall verneinend); eingehend hierzu mwN E. Schneider aaO [Rn 22a] § 4 Rn 259 ff.

- 24 **ee) Unsachgemäße Verfahrensleitung, grobe Verfahrensverstöße, Untätigkeit.** Das prozessuale Vorgehen des Richters entbehrt einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage und entfernt sich so sehr von dem normalerweise geübten Verfahren, dass sich für die dadurch betroffene Partei der Eindruck einer sachwidrigen auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung aufdrängt (vgl BayObLG DRiZ 77, 245; Oldenburg FamRZ 92, 193; Karlsruhe FamRZ 94, 46; OLGR Frankfurt 2000, 36). Bsp: Grobe Verletzung von **Verfahrensgrundrechten** (Einl Rn 101 ff), wie schwere Verstöße gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör und/oder auf ein faires und willkürfreies Verfahren (KGR 2001, 266; E. Schneider aaO [Rn 22a] § 4 Rn 187 ff); uU ungebührliche Verfahrensverzögerung (dazu Bamberg FamRZ 2000, 1287; OVG Münster NJW 93, 2259 unter Hinw auf die Wertung aus § 1032 II aF; vgl auch fehlendes Richterprivileg in § 839 II 2 BGB; Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 10 mN, iE str), so bei besonderer Eilbedürftigkeit (Karlsruhe FamRZ 94, 46; Umgangssache; Hamm NJW-RR 99, 1291; Sorgerechtsache), lang andauernde Nichtbearbeitung von PKH-Verfahren unter Nichtbeantwortung der Erinnerungsschreiben der Partei (Oldenburg FamRZ 92, 193 mN; Karlsruhe FamRZ 99, 444; OLGR Frankfurt 2000, 36; vgl auch Brandenburg OLG-NL 2000, 263), Ignorieren (wiederholtes Übersehen) eines Antrags (Bamberg FamRZ 97, 1223), Nichtverbescheidung von Wiedereinsetzungsantrag trotz entspr Hinweises des Rechtsmittelverzögerungs (Rostock NJW-RR 99, 1507), uU **Untätigkeit** (einschr BayObLGZ 98, 37; abl Düsseldorf MDR 98, 1052; Köln MDR 98, 434 = FamRZ 98, 561; Dresden OLG-NL 2001, 45; richtiger Behelf § 567 entspr, s Einl Rn 49); „telefonische Beteiligung“ eines Säumigen an der mündlichen Verhandlung (aA Köln MDR 96, 1180 m abl Anm E. Schneider u NJW 97, 1832); vorweggenommene Beweiswürdigung, wie Annahme der Unglaubwürdigkeit noch nicht vernommener Zeugen (vgl Zweibrücken NJW 98, 912 obiter); unzulängliche oder unsachliche Stellungnahme des Richters zu den zum Ablehnungsantrag führenden Vorgängen in der dienstlichen Äußerung gem § 44 (Frankfurt MDR 78, 409; NJW-RR 98, 858; Köln NJW-RR 86, 420; LAG Sachsen MDR 2001, 516; E. Schneider MDR 98, 455 ff; 2001, 516; sa § 44 Rn 4); wiederholter (uU auch einmaliger: Köln NJW-RR 2000, 591) **Verstoß gegen die Wartepflicht gem § 47** (BayObLG MDR 88, 500; Hamburg NJW 92, 1463; Karlsruhe NJW-RR 97, 1350; § 47 Rn 4), **gegen die Offenbarungspflicht gem § 48** (BGHZ 141, 95); unberechtigte (vgl §§ 45 I, 47; § 45 Rn 4) **Selbstentscheidung** über den Ablehnungsantrag (BVerwG NJW 98, 324 f); zur Rechtskraft führende Urteilsverkündung vor rechtskräftiger Erledigung des Ablehnungsgesuchs (Bremen OLGZ 92, 487; zu weitgehend Köln NJW-RR 86, 420, das bereits Terminanberaumung genügen lässt; offen Karlsruhe NJW-RR 97, 1350); Häufung prozessualer Fehler (Karlsruhe MDR 91, 1196; Schleswig NJW 94, 1227); Manipulation bei der Besetzung der Richterbank (vgl Saarbrücken NJW-RR 94, 764).
- 25 **ff) Beeinträchtigung des richterlichen Vertrauensverhältnisses.** Insoweit kommen vor allem Verstöße gegen das *Prinzip der Waffengleichheit und der Parteiöffentlichkeit* (einseitige Kontaktaufnahme zu einer Partei oder Beweisperson hinter dem Rücken der anderen, formlose Ermittlungen in der Sache) und die „*Vorentschiedenheit des Richters*“ (vorzeitige Festlegung auf eine bestimmte Meinung) in Frage (iE Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozess, 1984, S 279 ff; Lipp, Das private Wissen des Richters, 1995; MK/Feiber Rn 34), ferner die Nichtwahrung der *richterlichen Unabhängigkeit* (Schleswig OLGZ 93, 480; zur bestehenden Richterpflicht s Rn 30). Bsp: Ermittlungen auf eigene Faust (Düsseldorf MDR 56, 557); gezielte Informationseinziehung zur Sache außerhalb der Verhandlung (Frankfurt NJW 72, 2310; LG Göttingen NJW-RR 2001, 64; Giesler NJW 73, 981; unterscheidend OVG Hamburg NJW 94, 2780); heimliche Anhörung von Zeugen (OLGR Frankfurt 2001, 170); fernmündlicher Rat zur Berufungsrücknahme (Oldenburg NJW 63, 451; aA Stuttgart MDR 2000, 50; Abgrenzung: Rn 26); materielle Zeugenstellung des Richters (Lipp aaO S 92 ff; § 41 Rn 11; verkannt von OVG Hamburg aaO); einseitige Beiziehung und Verwertung von Akten (BVerfG NJW 94, 1211) und Auskünften (Zweibrücken FamRZ 94, 908 m krit Anm Gottwald); beharrliches („stures“) Festhalten an früherer, im Rechts-

mittelzug für unrichtig erklärter Rechtsansicht im Widerspruch zur Rechtsmittelinstanz ohne erkennbaren Grund (Frankfurt MDR 84, 408; 88, 415 m zust Anm Schneider; LG Frankfurt MDR 88, 1062; BL/Hartmann Rn 23; einschr OLG Köln 98, 281; nur bei Willkür; nicht schon offene Kritik an der Rechtsauffassung des Rechtsmittelgerichts: Karlsruhe OLGZ 84, 104); grundlegende Missbilligung des Verhaltens des ProzBev als standes-(berufsrechts-)widrig (OLGR München 98, 209; LG Kassel AnwBl 86, 104; unterscheidend Braunschweig NJW 95, 2114; vgl aber auch Rn 13); das Vertrauensverhältnis zu einer Partei schwer belastende Ungeschicklichkeiten und Missgriffe des Richters (Frankfurt MDR 78, 409); Erweiterung der teilweise bewilligten PKH erkennbar nur zu dem Zweck, die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts herbeizuführen (Hamm AnwBl 73, 109); Bruch der Amtsverschwiegenheit gegenüber interessiertem Dritten (BFH NJW-RR 95, 1534); Sichbewirtenlassen durch eine Partei mit einem gewissen Aufwand anlässlich eines Ortstermins (näher MK/Feiber Rn 34 mN); nicht aber allein die Mitnahme des Richters zum Beweisaufnahmetermin im Kfz des gegnerischen Anwalts (Frankfurt NJW 60, 1622 gegen LG Kassel NJW 56, 1761); einseitige Kontaktaufnahme des Richters zu der Justizverwaltung in Rspr-Angelegenheit (Schleswig OLGZ 93, 479).

3) **Abgrenzung. a) Richterliche Aufklärungspflicht und materielle Prozessleitung.** Ein im Rahmen der richterlichen Aufklärungspflicht (§§ 139, 273, 278 II 2) gebotenes richterliches Verhalten begründet niemals einen Ablehnungsgrund, selbst wenn dadurch die Prozesschancen einer Partei verringert werden (BVerfGE 42, 78 = NJW 76, 1391; BSG MDR 86, 85; Düsseldorf NJW 93, 2542; Köln OLGZ 94, 211 = NJW-RR 93, 1277; KG OLGZ 94, 86; Peters FamRZ 90, 1007 mN; sa Rn 1 vor § 41); dabei ist vom Rechtsstandpunkt des Gerichts auszugehen (Rn 28 mN). Bei der Bestimmung der Grenzen von prozessrechtlich gebotener Aufklärung und Belehrung einer Partei und Neutralitätspflicht ist zu berücksichtigen, dass die Zivilprozessreform die richterliche Aufklärungs-, Hinweis- und Fürsorgepflicht wesentlich verstärkt hat und das Gericht zu einer umfassenden Erörterung des Rechtsstreits in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Führung eines Rechtsgesprächs) verpflichtet ist (vgl Überschrift § 139, § 139 I, § 278 II 2; s ferner BVerfGE 75, 188 ff; Köln OLGZ 94, 211 = NJW-RR 93, 1277; Hermisson NJW 85, 2560; Riedel aaO [Rn 8] S 166 mwN; Laumen aaO [Rn 25] S 274 ff; MK/Feiber Rn 23; oben Einl Rn 14, 57a). Herstellung der „materiellen“ Waffengleichheit durch richterliche Verhandlungsführung (s Einl Rn 102 [cc]) ist keine Parteilichkeit (sa Hök MDR 95, 778). Die bisher zur Abgrenzung von § 42 II zu § 139 ergangene Rspr ist deshalb nur noch mit Vorbehalt zu verwerten (zutr E. Schneider MDR 77, 972 ff u DRiZ 78, 45 f). **Keinen Ablehnungsgrund bilden daher vorläufige Meinungsäußerungen**, durch die sich der Richter noch nicht abschließend festgelegt hat (BayObLG DRiZ 80, 432; Rpfleger 2000, 151; BVerwG NJW 79, 1316; BFH NJW 96, 216). Bsp: Äußerungen zur Erfolgsaussicht eines Antrags (BGHZ 77, 73; BVerwG NJW 79, 1316; Köln NJW 75, 788; Stuttgart NJW 2001, 1145) oder zum – möglichen – Verfahrensausgang (Karlsruhe OLGZ 87, 248) wie überhaupt die Äußerung von Rechtsansichten (Karlsruhe OLGZ 78, 224; Frankfurt Rpfleger 78, 100; KG FamRZ 79, 322; MK/Feiber Rn 23; allgM, s BVerfG NJW 98, 370); Ausarbeitungen zur Entscheidungsvorbereitung (BFH NJW 96, 216). **IdR keine Ablehnung begründen weiter richterliche Initiativen** im Zusammenhang mit der umfassenden Erörterung des Rechtsstreits, wie die Entscheidungsfreiheit nicht beeinträchtigende **Anregungen, Hinweise, Belehrungen, Ratschläge und Empfehlungen** an eine Partei (vgl Düsseldorf NJW 93, 2542; MK/Feiber Rn 32). Bsp: Anregungen zur Formulierung, Stellung oder Rücknahme auch völlig neuer Anträge (Köln OLGZ 94, 210 = NJW-RR 93, 1277; E. Schneider MDR 77, 972 mwN; Vollkommer Rpfleger 76, 394 f, iE str), zur Anschlussberufung (aA Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 9 mN), zur Klage- oder Rechtsmittelrücknahme (OVG Berlin MDR 97, 97; Stuttgart MDR 2000, 50; offen Oldenburg NJW 63, 451; dazu auch Rn 25), von Erledigungserklärungen (aA VGH Kassel NJW 83, 901), zur Vorlage einer Abtretungserklärung zum Nachweis der Sachlegitimation (aA Frankfurt NJW 70, 1884 m Anm E. Schneider [abl] u Dittmar NJW 71, 56 [zust]), zur Klarstellung der Anspruchsgrundlagen (Koblenz NJW-RR 2000, 1376), zur Substantiierung von Vorbringen (Hök MDR 95, 778; zur „Schlüssigkeit“ sogleich u), zu – weiteren – Beweisantritten (Frankfurt NJW 76, 2025; Köln VersR 92, 380); zu zulässigen und allg bekannten Gegenstrategien bei drohender Präklusion (zB „Flucht in die Säumnis“: § 296 Rn 40; aA München NJW 94, 60); weiter Vergleichsvorschlag (KG MDR 99, 253); Hinweis auf die Schlüssigkeit des Klagevorbringens (Karlsruhe NJW-RR 98, 1446; umgekehrt aber bewusstes Unterlassen von gebotenem Hinweis: KGR 2000, 67; sa § 139 Rn 10b), auf die Schonfrist des Wohnungsmieters gem § 569 III Nr 2 BGB (Hamburg ZMR 88, 225); telefonische Rückfrage im Büro des RA vor Erlass eines VU (LG Berlin AnwBl 78, 419; Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung bei Verstoß gegen § 139 (OLGR Köln 2001, 175; nunmehr ausdr § 156 II Nr 1).

Kein Ablehnungsgrund ist auch der Hinweis auf bestehende **Einreden und Gegenrechte**, zB **Verjährung, Aufrechnung, Zurückbehaltungsrecht** (sehr str, insb die Zulässigkeit eines Hinweises auf die Verjährungseinrede; aA die bisher üM, zB Köln MDR 79, 1027; Bremen NJW 86, 999 mN; Hamburg NJW 84, 2710; LG Berlin NJW 86, 1000; Prütting NJW 80, 364/365 mwN in Fn 55;

Stürmer, Die richterliche Aufklärung im ZP, 1982, Rn 80; Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 9; Msk/Smid Rn 11; ferner § 139 Rn 11; Begr BT-Drs 14/4722 S 77; wie hier **dagegen** BGH NJW 98, 612 [für Einzelfall]; BayObLG NJW 99, 1875 [WEG-Verfahren]; OLGR Frankfurt 2001, 146; Köln NJW-RR 90, 192; LG Hamburg NJW 84, 1904; LG Darmstadt MDR 82, 236; E. Schneider MDR 79, 974; 84, 945; NJW 86, 1316; Wacke/Seelig NJW 80, 1170; Riedel aaO [Rn 8] S 170 ff, 184; RSchwab/Gottwald § 25 II 2b; MK/Feiber Rn 33; Zimmermann Rn 13; Palandt/Heinrichs § 222 Rn 2). Der Hinweis auf die (einer Partei ungünstige) materielle Rechtslage ist keine Verletzung der richterlichen Neutralitätspflicht. Keine Partei hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung eines ihr günstigen Rechtsirrtums des Gegners. Das zeigt sich schon daran, dass (bei Zugrundelegung der abgelehnten Meinung) der „neue“ Richter das vor dem abgelehnten (oder später) ausgeübte Einrederecht bei seiner Entscheidung zu beachten hat; es ist materiell-rechtlich wirksam geltend gemacht (OLGR Brandenburg 97, 20). Selbst mit einem *unzulässigen* Hinweis folgt der Richter aber einem *vertretbaren* Rechtsstandpunkt, was keine Befangenheit befürchten lässt (vgl Hermisson NJW 85, 2562; MK/Feiber Rn 33; BGH NJW 98, 612; unten Rn 28). Irgendeine Einflussnahme auf die Entscheidung der Partei ist damit nicht verbunden (verfehlt daher Begr BT-Drs 14/4722 S 77: „hinwirken“); die Aufklärung dient vielmehr der Waffengleichheit der Parteien, indem sie den gleichen Kenntnisstand sichert. Droht umgekehrt einem Anspruch der Klagepartei der Eintritt der Verjährung, hat der Richter gem § 139 geeignete Unterbrechungshandlungen (zB Klageerweiterung, s Rn 26) anzuregen (zutr Arens, FS Schwab, 1990, S 32).

28 **b) Rechtsauffassung des Richters, richterliche Entscheidungstätigkeit.** Einer Partei ungünstige Ausführungen im Rahmen der richterlichen *Begründungspflicht* oder bei einem Vergleichsvorschlag (§ 278 VI) rechtfertigen keine Befangenheitsbesorgnis, insb wenn sie eine erst vorläufige Beurteilung darstellen (BGH NJW 98, 612; NJW-RR 86, 738 = MDR 86, 670; KG MDR 99, 253). Auch *Verfahrensverstöße* im Rahmen der Prozessleitung oder *fehlerhafte Entscheidungen* sind grds kein Ablehnungsgrund (BayObLGZ 86, 253; 87, 217; ZMR 94, 16; BAG NJW 93, 879 = MDR 93, 383; Zweibrücken MDR 82, 940; BFH BB 92, 1992; vgl auch Rn 24), desgl nicht schon ein *Verstoß gegen Denkgesetze* (Hamburg OLGZ 89, 204). Dies gilt auch bei einer *Überschreitung* der richterlichen Befugnisse gem § 139 (grds verkannt von KG FamRZ 90, 1006; München NJW 94, 60; insoweit zutr Hermisson NJW 85, 2562; Peters FamRZ 90, 1007, vgl Rn 27). Etwas anderes gilt nur dann, wenn Gründe dargetan werden, die dafür sprechen, dass die Fehlerhaftigkeit auf Voreingenommenheit des Richters gegenüber der ablehnenden Partei (Zweibrücken MDR 82, 940; Brandenburg FamRZ 95, 1498; Bamberg FamRZ 98, 172; OLGR Frankfurt 2000, 36) oder auf *Willkür* beruht (BayObLGZ 87, 218; MDR 88, 1063, jew mN; BAG NJW 93, 879 = aaO; Saarbrücken NJW-RR 94, 766; vgl dazu auch Rn 20 ff, 24). UU kann sich auch aus dem Zusammenhang ergeben, dass prozessleitende Entscheidungen, die für sich betrachtet dem Gesetz entsprechen, geeignet sein können, das Misstrauen einer Partei zu rechtfertigen (Nürnberg BayJMBI 54, 162; Köln NJW-RR 86, 420). Gerade der in Wirklichkeit parteiische Richter wird um ein äußerlich einwandfreies Verfahren bemüht sein (vgl Moll ZRP 85, 244 m weiterführenden Hinw).

29 **c) Das eigene Verhalten der ablehnenden Partei** begründet als solches nie einen Ablehnungsgrund. Durch *Angriffe auf den Richter*, wie Dienstaufsichtsbeschwerden, Strafanzeigen wegen Rechtsbeugung (oder Vorlage entsprechender Rechtsgutachten, vgl das Bsp bei Strecker ZRP 84, 123), Anträge auf Einleitung von Disziplinarmaßnahmen, wiederholte (erfolglose) Ablehnungsgesuche in früheren Prozessen, kann eine Partei einen ihr unbequemem Richter nicht ausschalten (zutr München NJW 71, 384; NJW-RR 88, 1535; Saarbrücken NJW-RR 94, 766; Zweibrücken OLGR Koblenz usw 2001, 21; auch BVerfG NJW 96, 2022; BAG AP Nr 2 zu § 42 ZPO m zust Anm Vollkommer; MK/Feiber Rn 18; Knoche MDR 2000, 374 f; aA LG Aachen MDR 65, 667; differenzierend Frankfurt Rpfleger 80, 300 = NJW 80, 1805 [L]; Zweibrücken MDR 94, 832; LG Ulm MDR 79, 1028 mN; Günther ZRP 105, 33 ff; sa § 48 Rn 3). Grund: Ablehnung als Manipulationstaktik ist Rechtsmissbrauch (LSG Hess MDR 86, 436; vgl auch Rn 6); der gesetzliche Richter (Art 101 I 2 GG) darf nicht der Manipulation preisgegeben werden (vgl Braunschweig NJW 95, 2113). Dies muss idR auch dann gelten, wenn sich der Richter oder sein Dienstvorgesetzter durch eine Strafanzeige oder einen Strafantrag gegen die Partei zur Wehr gesetzt haben (vgl auch § 194 III StGB; München u BAG, je aaO; einschr BGH [StSen] bei Holtz MDR 92, 634 f; zur Abgrenzung bei Strafanzeigen *ex officio* Rn 22). Auch die Mitwirkung des Richters an einer dienstaufsichtlichen Tätigkeit in Bezug auf eine Partei (Anwalt) begründet keine Befangenheitsbesorgnis (LG Bonn NJW 73, 2069). Anders ist aber zu entscheiden, wenn reale Befangenheit des Richters glaubhaft gemacht ist (Günther aaO 34), wenn sich der verunglimpfte Richter selbst für befangen erklärt (Zweibrücken MDR 94, 832; FamRZ 94, 1182) oder wenn sich der Angriff als Reaktion auf ein vorangegangenes zur Ablehnung berechtigendes (Rn 22) eigenes beleidigendes Verhalten des Richters darstellt (vgl Knoche MDR 2000, 375).

30 **d) Gesellschaftlicher Standort und Person des Richters.** Die Ablehnung setzt einen in der Person des zur Entscheidung berufenen Richters liegenden „individuellen“ Ablehnungsgrund

voraus (vgl Rn 9 ff); dafür genügt eine allgemeine „Sozialbefangenheit“ des Richters nicht (vgl Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 18), dh die Zugehörigkeit des Richters zu einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe, deren gemeinsame Interessen durch den Rechtsstreit berührt werden (vgl die Umschreibung in § 20 I 3 VwVfG, § 16 I 3 SGB X). Vom Richter wird erwartet (vgl § 38 DRiG), dass er sich bei der Entscheidung des Einzelfalls von sich daraus ergebenden Einflüssen freihält (BayVerfGH NJW 97, 3163; vgl auch die Wertung in § 18 II BVerfGG). **Keine Ablehnungsgründe** sind daher idR (uU anders bei Hinzukommen bes Umstände, vgl Rn 31) die Mitgliedschaft des Richters in einer **politischen Partei** (BVerfGE 11, 3; 43, 128; 88, 23; Koblenz NJW 69, 1177; VGH Mannheim NJW 75, 1048; iE Vollkommer, FS Hubmann, 1985, S 457 mwN; vgl Rn 11 und zur politischen Betätigung vgl Rn 31) oder rechtspolitischen Vereinigung (BVerfGE 88, 23 = NJW 93, 2230); die Zugehörigkeit zu bestimmter **Kirche**, Religion oder Weltanschauung (*arg* Art 4 GG; vgl BayVerfGH NJW 97, 3163; 2001, 2963; zur Betätigung in kirchlicher Organisation s Rn 31); die Mitgliedschaft eines **ehrenamtlichen Richters** am ArbG in einer **Gewerkschaft** (BAGE 20, 274 = NJW 68, 862 [LS] = AP Nr 2 zu § 41 ZPO m zust Anm Wieczorek = SAE 69, 134 m zust Anm Baumgärtel/Mes; BAGE 83, 281; eingehend Riedel aaO S 98 ff) oder Arbeitgebervereinigung (BAGE 86, 184 = MDR 98, 164; BL/Hartmann Rn 16; vgl auch § 20 ArbGG); die Mitgliedschaft eines **Berufsrichters**, auch der Arbeitsgerichtsbarkeit, bei einer Gewerkschaft (BVerfG NJW 84, 1874; vgl näher Rn 32); die Mitgliedschaft des Richters im GRUR e.V. und seinen Fachausschüssen (s Rn 11); die berufliche Stellung eines ehrenamtlichen Richters (Handelsrichter) zB als AG-Vorstand (Pfeiffer ZIP 94, 769; Stuttgart NJW-RR 95, 300); die Zugehörigkeit eines Richters zu einer sozialen Gruppe, um deren gemeinsame Belange es im Verfahren geht (BayVerfGH MDR 2000, 659); die Zugehörigkeit des Berufsrichters zum gleichen Gericht oder zur gleichen Justizbehörde wie die Partei oder deren naher Angehöriger (Rn 12a). Das **Geschlecht** des Richters bzw der Richterin als solches bildet auch bei sexualbezogenem Verfahrensgegenstand keinen Ablehnungsgrund (BayObLG DRiZ 80, 432).

e) Politische Betätigung des Richters. Bei der ihm als Staatsbürger freistehenden politischen Betätigung sind dem Richter durch die Pflicht zur Wahrung seiner Unabhängigkeit (§ 39 DRiG) und die Notwendigkeit der Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege (BVerfG NJW 83, 2691) Grenzen gezogen (vgl allg MK/Feiber Rn 20, 22 mwN; Wassermann NJW 95, 1653). Ein Verstoß gegen die Grenzen der Meinungsfreiheit eines Richters (vgl BVerfG NJW 88, 1748; Nds DienstGH NJW 90, 1497) begründet allerdings für sich allein noch keinen Ablehnungsgrund (nicht genügend beachtet von VGH Kassel NJW 85, 1105; dagegen zutr Göbel NJW 85, 1057; Moll ZRP 86, 31; Dieterich RdA 86, 6; wohl auch BL/Hartmann Rn 35). Maßgebend für die „individuelle“ Befangenheitsbesorgnis (vgl Rn 29) sind stets die Umstände des Einzelfalls (dazu näher Vollkommer, FS Hubmann, 1985, S 458 f). Bei allg- und gesellschaftspolitischen Stellungnahmen des Richters (öffentliche Initiative; Unterschriftenaktion; offener Brief; Diskussionsbeitrag in öffentlicher Veranstaltung; Engagement in Bürgerinitiative, rechtspolitischer Vereinigung, Glaubensgemeinschaft) wird sie idR zu verneinen sein, mag im Einzelfall auch die gebotene Mäßigung außer Acht gelassen sein und der Prozessgegenstand eine gewisse „Nähe“ zu dem betr Thema aufweisen (VGH Mannheim NJW 86, 2068; zur Betätigung in kirchlicher Organisation s BayVerfGH NJW 97, 3163; de Wall NJW 94, 843); nicht ausreichen dürften idR auch ein gemeinsames umweltpolitisches Engagement von Richter und einer Prozesspartei (ArbG Frankfurt NJW 84, 142 = Eza § 49 ArbGG 1979 Nr 4 m zust Anm Vollkommer; aA wohl Rüthers DB 84, 1623 u Schmidt-Jortzig NJW 84, 2057, 2059), *anders* aber ausgeprägte politische Gegnerschaft (RSchwab/Gottwald § 25 II 2a; Moll ZRP 85, 245), Besorgnis der Ausländerfeindlichkeit in Verfahren mit Ausländerbeteiligung (vgl Karlsruhe NJW 95, 2504), desgleichen auch das Bestehen eines *inneren Zusammenhangs* zwischen der öffentlichen Meinungsäußerung des Richters und dem Verfahrensgegenstand (vgl VGH Kassel NJW 85, 1105; MK/Feiber Rn 22; aA Göbel NJW 85, 1058 ff). Ein besonders strenger Befangenheitsmaßstab gilt insoweit nach stRspr des BVerfG im verfassungsgerichtlichen Verfahren (vgl BVerfGE 80, 40 mN; 99, 56; iE Zuck MDR 86, 894 mwN; krit dazu Benda NJW 2000, 3620).

f) Auch gewerkschaftliche Betätigung ist dem Berufsrichter, auch der Arbeitsgerichtsbarkeit, grds gestattet (BVerfG NJW 84, 1874; zust zB Dieterich RdA 86, 6; krit etwa Rüthers DB 84, 1622; Hanau ZIP 84, 1165; Dütz JuS 85, 753). Im Hinblick auf die von den Gewerkschaften im Arbeits-(Rechts-)Leben eingenommene Gegnerschaftsstellung gelten die für die politische Betätigung des Richters gezogenen Grenzen (Rn 31) in gesteigertem Maß für gewerkschaftliches Engagement (iE sehr str; stark einschränkend außer Rüthers, Hanau, Dütz, je aaO, ferner etwa Berglar ZRP 84, 8; weiter gehend etwa Schuldt DB 84, 2509; Fangmann/Zachert, Gewerkschaftliche und politische Betätigung von Richtern, 1986; zusammenfassend zum ganzen Vollkommer, FS Ernst Wolf, 1985, S 659 ff). Für eine Ablehnung kommt es wieder auf die Einzelumstände an. Unbedenklich ist im allg die Mitarbeit des Richters in einem gewerkschaftlichen Arbeitskreis „Arbeitsrecht“ (BVerfG NJW 84, 1874), *anders* aber uU je nach Organisation, Teilnehmerkreis und **Thematik** des Arbeitskreises, insb bei einseitiger Kontaktaufnahme zwischen Richter und **Anwalt**

eines anhängigen oder bevorstehenden konkreten Rechtsstreits (vgl. Rütters DB 84, 1624 f; Moll ZRP 85, 245 f; Dieterich RdA 86, 6; Wieser, Arbeitsgerichtsverfahren, 1994, Rn 6).

- 33 g) **Öffentliche Kundgabe von Rechtsansichten.** Frühere richterliche Publikationen sind unter dem Gesichtspunkt der „Festlegung“ (Rn 25) unbedenklich, da der Richter schon von Berufs wegen gezwungen ist, sich zu Rechtsfragen laufend eine Meinung zu bilden und dabei stets „für neue und bessere Argumente offen zu bleiben“ (Sendler NJW 84, 693; BSG NJW 93, 2262 = MDR 93, 574; Köln NJW-RR 2000, 455). Die **frühere Kundgabe einer Rechtsansicht**, insb die *Äußerung einer wissenschaftlichen Meinung zu einer Rechtsfrage* in einer Fachzeitschrift oder Kommentierung, bildet daher keinen Ablehnungsgrund (BSG NJW 93, 2262 = aaO; vgl auch § 18 III Nr 2 BVerfGG u dazu Schumann JZ 73, 486 ff; uU aber anders, wenn die Ansicht im Zusammenhang mit einem anhängigen oder bevorstehenden Verfahren – BVerfGE 35, 253; 37, 268; [Leserbrief]; 73, 337 [„Spiegel“-Gespräch]; 82, 38 ff; 88, 4; 98, 138 [Gutachtertätigkeit] – oder als Prozesspartei-vertreter – dazu BVerfGE 95, 192 = NJW 97, 1500; LG Aachen MDR 63, 602 m Anm Teplitzky – geäußert ist). Die Presseinformation über eine getroffene Entscheidung, auch durch Mitwirkung im Fernsehen (vgl Köln NJW-RR 2000, 456) sowie Interpretation einer früheren Entscheidung durch einen mitwirkenden Richter begründet im allg nicht die Besorgnis der Befangenheit in einem ähnlich liegenden Fall (BVerfGE 46, 16; dazu allg Sendler, in: Freiheit u Verantwortung im Verfassungsstaat, 1984, S 428 ff; zum Ganzen auch Riedel aaO [Rn 8] S 137 ff mwN); Löffler BB 93, 938; Weth NZA 98, 685 mwN sowie – krit – Lamprecht NJW 93, 2224).
- 34 h) **Kein Ablehnungsgrund ist nach allgM die fehlende Dienstfähigkeit des Richters** (vgl Riedel aaO S 58 ff; einschr Wieczorek/Schütze/Niemann Rn 12: § 42 entspr), wenngleich nicht zu verkennen ist, dass es insoweit an geeigneten anderen Behelfen im Einzelverfahren (vgl allg §§ 34, 35 DRiG) fehlt (vgl hierzu auch § 41 Rn 2); kein Ablehnungsgrund sind auch zeitweilige Behinderungen durch Schlaf (BVerwG NJW 86, 2721), Übermüdung oder Ablenkung durch Aktenstudium und dgl (vgl Fuchs AnwBl 87, 572); derartige Vorgänge können aber uU Grund zur **Besetzungsrüge** geben (vgl BVerwG NJW 2001, 2898 u Anm zu § 547 Nr 1). Mit der Ablehnung kann auch nicht geltend gemacht werden, der Richter sei wegen Mängeln oder Verletzung der Geschäftsverteilung (§§ 21e, 21g II GVG) nicht der **gesetzliche Richter** (Köln NJW-RR 2000, 455 [456]; dazu auch § 21e GVG Rn 49 ff, § 21g GVG Rn 10).

43 Verlust des Ablehnungsrechts

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie sich bei ihm, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat.

- 1 I) **Allgemeines. 1) Bedeutung.** Die Vorschrift enthält einen gegenüber § 295 spezielleren Heilungstatbestand (G. Vollkommer aaO [vor § 41] S 99 f; aA MK/Feiber Rn 1: Prozessförderungs-pflicht). Lässt sich die Partei vor dem Richter ein, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund wegen Besorgnis der Befangenheit geltend zu machen, oder stellt sie Anträge, verliert sie die Rechte aus dem ihr bekannten Ablehnungsgrund. Die Rechtsfolgen entsprechen denen des § 295 (s Rn 7); der in der Mitwirkung des ablehnbaren Richters liegende Verfahrensfehler wird (rückwirkend) geheilt (vgl § 295 Rn 10). Die Partei soll dadurch nicht den Ausgang des Verfahrens abwarten können, um erst dann Ablehnungsgründe vorzubringen. Ein später gestelltes Ablehnungsgesuch ist unbegründet; die instanzbeendende Entscheidung kann wegen des nach § 43 geheilten Ablehnungsgrundes nicht mehr angefochten werden (§§ 534, 556; Rn 2 vor § 41).
- 2 **Anwendungsbereich.** § 43 gilt nur für § 42 (dort Rn 8 ff), nicht für § 41; anwendbar sowohl im mündlichen als auch im schriftlichen Verfahren (§ 128 II, III; hier aber Rn 3 beachten), bei Anwaltszwang (§ 78) auch für die Partei selbst (arg §§ 44 I, 78 III; s Rn 4 aE), in zeitlicher Hinsicht bis zur Endentscheidung der Instanz (vgl § 46 Rn 18). Wegen im Laufe des Prozesses entstandener Ablehnungsgründe vgl Rn 7. Entspr anwendbar auf Ablehnung von SV (Düsseldorf MDR 94, 620) und in den FGG-Verfahren (BayObLG MDR 88, 1063 mwN, str).
- 3 II) **Voraussetzungen. 1) Bekanntsein des Ablehnungsgrundes.** Kenntnis des ProzBev wirkt gegen die Partei (Hamburg MDR 76, 845; Düsseldorf Rpfleger 93, 188), Kennenmüssen (vgl § 122 II BGB) des Ablehnungsgrundes genügt zur Ausschließung der Ablehnung nicht (OLG 37, 204). Kenntnis muss den gesamten Komplex (OLGR Frankfurt 2001, 169; s auch Rn 8) einschließlich der Person des Richters umfassen; daran kann es im schriftlichen Verfahren (vgl Rn 2) uU fehlen (vgl Köln OLGZ 1974, 422 betr FGG-Verfahren). Jede ablehnungsberechtigte Partei hat das Recht auf Bekanntgabe der Namen der am Verfahren mitwirkenden Richter (BayObLG Rpfleger 78, 17; vgl auch § 24 III 2 StPO).
- 4 2) **Einlassung in eine Verhandlung.** Die **Verhandlung** kann mündlich oder schriftlich sein, die Hauptsache oder einen prozessualen Streitpunkt betreffen. Als **Einlassen** in eine Verhandlung genügt jedes prozessuale und der Erledigung eines Streitpunkts dienende Handeln der Parteien

unter Mitwirkung des Richters (Koblenz MDR 86, 60), zB Abgabe von mündlichen Erklärungen (OVG Bremen NJW 85, 823), Vergleichsverhandlungen und -abschluss (Frankfurt FamRZ 91, 839), Einreichung von Schriftsätzen im schriftlichen Verfahren oder zur Vorbereitung einer Entscheidung des (später abgelehnten) Richters (KGR 98, 33; OLGR Karlsruhe 98, 75); wegen der Auslösung der Abhilfeprüfung (§ 572) auch Einlegung der Beschwerde (Koblenz MDR 86, 60; aA für Widerspruch OLGR Koblenz 98, 292) und dgl. Handeln eines Vertreters steht dem persönlichen Handeln der Partei gleich; die aktive Teilnahme an einer Beweisaufnahme reicht aus (Köln OLGZ 74, 424; NJW-RR 96, 1339); in Ehesachen genügt die Mitwirkung des anwaltlich nicht vertretenen Gegners (Bamberg FamRZ 95, 100).

3) **Antragstellung:** mündlich oder schriftlich zur Sache (vgl aber § 297; dazu Saarbrücken NJW-RR 94, 767), Einverständniserklärung mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren nach § 128 II (München MDR 80, 146), auch zu prozessualen Fragen, **nicht** Anträge, mit denen sich eine Partei gegen eine Rechtsbeeinträchtigung zur Wehr setzt (zB Gegenvorstellung), desgl **nicht** bloße Formalanträge, wie ein Vertagungsantrag (RGZ 36, 378; MK/Feiber Rn 4; ThP/Putzo Rn 5; StJ/Bork Rn 5, str; aA Hamburg MDR 61, 152; LG Tübingen MDR 82, 411; offen lassend BGH NJW 92, 984) oder ein Gesuch um Akteneinsicht (BayObLG NJW-RR 2001, 642). Vorgänge im Zusammenhang mit der Antragstellung liegen **nicht vor** dieser (Köln OLGZ 74, 424); durch die gegenteilige Auslegung des § 43 würde das Ablehnungsrecht für die Partei in unzumutbarer Weise beschränkt (Köln OLGZ 71, 376).

4) **Nichtgeltendmachung des Ablehnungsgrundes.** Geltend machen kann ihn die Partei oder in ihrem Namen der ProzBev (vgl § 42 III u dort Rn 2). Form und Glaubhaftmachung der Geltendmachung: § 44 II u dort Rn 2f. Die Partei muss sich entgegen einer verbreiteten Meinung nicht noch zusätzlich der Antragstellung und Verhandlung (Rn 4, 5) verweigern, um ihr Ablehnungsrecht nicht zu verlieren (MK/Feiber Rn 7; aA München MDR 54, 552), s auch Rn 8.

III) **Rechtsfolgen.** 1) **Verlust des Ablehnungsrechts.** Geheilt werden nur Ablehnungsgründe, die vor dem maßgebenden Zeitpunkt (Rn 4, 5) liegen, nicht solche, die später entstanden oder bekannt geworden sind (§ 44 IV; vgl Frankfurt OLGZ 79, 453 = MDR 79, 762: Ablehnungsgründe, die während der Verhandlung entstehen, müssen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden). Alle der ablehnenden Partei bekannten Ablehnungsgründe sind **gleichzeitig** vorzubringen (vgl § 25 I 2 StPO); ein „Nachschieben“ mit der sofortigen Beschwerde oder einem späteren neuen Ablehnungsgesuch ist unzulässig (vgl § 44 Rn 2; § 46 Rn 17). Die Heilung ist ferner auf den **anhängigen Rechtsstreit** beschränkt und hindert die Partei nicht, den Ablehnungsgrund in einem anderen späteren Verfahren geltend zu machen (Karlsruhe NJW-RR 92, 572 mwN = MDR 92, 409; MK/Feiber Rn 8; Msk/Smid Rn 5; ThP/Putzo Rn 1, hM, str; aA Hamm NJW 67, 1864; vermittelnd BFH BB 87, 1661 [L]; E. Schneider MDR 77, 443: „Sachzusammenhang“ zwischen den mehreren Verfahren entscheidend; ebenso vom Standpunkt der hM Koblenz MDR 89, 647; 86, 60 für das Verhältnis PKH-Verfahren/Hauptprozess).

2) **Kein Verlust; Einzelheiten.** Das Ablehnungsrecht bleibt bestehen, wenn Verhandlung und Antragstellung (Rn 4, 5) durch ein inkorrektes gerichtliches Verfahren veranlasst waren; Bsp: Verhandlung zur Abwendung eines VU oder einer Aktenlageentscheidung, wenn der abgelehnte Richter entgegen § 47 weiterverhandelt (KG NJW 75, 1842; Köln VersR 93, 1550) oder wenn im schriftlichen Verfahren nach § 495a die Gefahr einer abschließenden Sachentscheidung besteht (OLGR Düsseldorf 2001, 374); Durchführung von Beweisaufnahme und Schlussverhandlung nach erfolgter Ablehnung (Karlsruhe Justiz 93, 54; Köln NJW-RR 2000, 592); Übergehen des von der Partei selbst angekündigten Ablehnungsantrags (Köln NJW-RR 98, 857). Wird die Ablehnung auf einen „Gesamtatbestand“ gestützt, kommt es für den Zeitpunkt entscheidend auf den Letzten „Teilakt“ an (OLGR Frankfurt 2001, 169; OLGR Köln 2001, 260); Schranke: Umgehung des Verwirkungstatbestands (vgl BPatG GRUR 85, 434; LG Düsseldorf ZIP 85, 632; s auch Rn 1).

44 Ablehnungsgesuch

(1) Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gericht, dem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden.

(2) Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; zur Versicherung an Eides statt darf die Partei nicht zugelassen werden. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

(3) Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

(4) Wird ein Richter, bei dem die Partei sich in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, dass der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.