

nicht berücksichtigt.²⁸ Der Gedanke, den Sachverständigen in die Richterbank zu integrieren, kann aber nicht verallgemeinert werden. Im Allgemeinen gehört der Sachverständige vor die Richterbank, damit Gericht und Parteien sein Gutachten soweit möglich kritisch beurteilen können.

2. Rechtsstellung der ehrenamtlichen Richter. Ehrenamtliche Richter sind nicht Richter i.S. der §§ 8 ff. DRiG, wirken aber an der Entscheidung mit vollem Stimmrecht und in richterlicher Unabhängigkeit mit (§ 45 I DRiG). 30

Ehrenamtliche Richter führen ihr Amt unentgeltlich, erhalten aber eine Aufwandsentschädigung (§ 107 GVG). Vor Ablauf ihrer Amtszeit können sie nur durch gerichtliche Entscheidung abberufen werden (§ 44 II DRiG). Sie haben gleiche Rechte und Pflichten wie der Berufsrichter (§ 112 GVG), haften wie dieser (§ 839 BGB), leisten einen Dienst- bzw. ein Gelohnis (§ 45 DRiG) und unterstehen dem Disziplinarrecht der Richter (§ 113 GVG). 31

3. Ehrenamtliche Richter bei Zivilgerichten. In der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit sind ehrenamtliche Richter nur die Beisitzer in den Kammern für Handelssachen. Sie werden jeweils auf vier Jahre ernannt (§ 108 GVG); sie müssen Kaufmann oder Vorstand einer Handelsgesellschaft sein und das 30. Lebensjahr vollendet haben. Auch Prokuristen in vergleichbarer Stellung und Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft können zu ehrenamtlichen Richtern ernannt werden, an Seeplätzen auch Personen aus dem Kreis der Schifffahrtskundigen (§§ 109, 110 GVG). In der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es in Landwirtschaftssachen ehrenamtliche Richter aus dem Kreis der Landwirte (§§ 2 II, 4 III LwVG). 32

§ 24. Ausschließung und Ablehnung des Richters

Literatur: *Comad*, Ablehnung des Richters, MDR 2015, 1048; *Deguchi*, Das mißbräuchliche Ablehnungsgesuch im Zivilprozess, GS Arens, 1993, S. 31; *Gendes*, Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aufgrund von Meinungsäußerungen des Richters, 1992; *Günther*, Unzulässige Ablehnungsgesuche und ihre Bescheidung, NJW 1986, 281; *ders.*, Der „vorbefasste“ Zivil- oder Verwaltungsrichter, VerwArch 82 (1991), 179; *ders.*, „Persönliche Spannungen“ als Ablehnungsgrund, ZZP 105 (1992), 20; *Heß*, L'impartialité du juge en droit allemand, in: van Campenole/Tarzia, L'impartialité du juge, 2006, S. 157; *Horn*, Der befangene Richter, 1977; *Meinert*, Befangenheit im Rechtsstaat, 2015; *Pentz*, Zuständigkeiten bei der Ablehnung von Richtern, NJW 1999, 2000; *E. Peters*, Richter entscheiden über Richter, FS G. Lüke, 1997, S. 603; *ders.*, Rechtsbehelfe gegen Untätigkeit des Zivilrichters, FS Schütze, 1999, S. 661; *Rensen*, Richterlicher Hinweis auf Verjährung als Ablehnungsgrund?, MDR 2004, 489; *Riedel*, Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters, 1980; *Rojahn/Jeger*, Richterliche Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Zeitalter sozialer Netzwerke, NJW 2014, 1147; *E. Schneider*, Befangenheitsablehnung im Zivilprozess, 4. Aufl. 2017; *ders.*, Zivilprozessreform – Das neue zivilprozessuale Ablehnungsrecht, MDR 2001, 1399; *ders.*, Selbstentscheidung über Ablehnungsgesuche, NJW 2008, 2759; *Sticken*, Die „neue“ materielle Prozessleitung (§ 139 ZPO) und die Unparteilichkeit des Richters, 2004; *Stollenwerk*, Die Kostenentscheidung bei Richterablehnung, NJW 2007, 3751; *Sturm*, Die Kosten im Beschwerdeverfahren um ein Richterablehnungsgesuch, MDR 2007, 382; *G. Vollkommer*, Der ablehbare Richter, 2001; *Vössler*, Entscheidungszuständigkeit bei Ablehnungsersuchen gegen den Einzelrichter, MDR 2006, 304; *ders.*, Neuregelung der Wartepflicht des als befangen abgelehnten Richters, MDR 2006, 1383; *ders.*, Der Verlust des Richterablehnungsrechts, MDR 2007, 992; *Waldner*, Richterliche Kommunikation mit den Parteien im Spannungsfeld zwischen Verletzung des rechtlichen Gehörs und Befangenheitsablehnung, FG Vollkommer, 2006, S. 269; *Wassermann*, Zur Ablehnung des Richters wegen politischer Befangenheit, DRiZ 1987, 144; *Zuck*, Befangenheit als Fehlerquelle für ein faires Verfahren, DRiZ 1988, 172.

²⁸ Zu Recht krit. *Kunzler*, in: Brunner, Europäische Handelsgerichtsbarkeit, 2009, S. 133, 137. Für Übergang zu einer Zuteilung nach Branchenkenntnissen *Fleischer/Danninger*, ZIP 2017, 205, 207 ff.

- 1 Ein Richter soll an der Behandlung einer einzelnen Sache, die nach der Zuständigkeitsordnung und der Geschäftsverteilung vor ihn oder vor sein Kollegium als Rechtspflegeorgan gehört, nicht teilnehmen, wenn seine besonderen Beziehungen zu der Sache seine Unparteilichkeit oder auch nur das Vertrauen in seine Unparteilichkeit in Frage stellen. Gesetzlicher Richter (Art. 101 I 2 GG) ist nur ein unparteilicher Richter.¹ Zur Gewährleistung unterscheidet die ZPO (§§ 41–48) die Ausschließung kraft Gesetzes und die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit.

I. Ausschließung kraft Gesetzes

- 2 **1. Die Gründe der Ausschließung** sind in § 41 erschöpfend aufgezählt. Sie sind:
a) eigene Beteiligung an der Sache als Partei oder als unmittelbar Mitberechtigter, Mitverpflichteter, Regressverpflichteter einer Partei (Nr. 1), nicht als mittelbar Beteiligter, wie z. B. als Mitglied des klagenden oder verklagten rechtsfähigen Vereins.

Die Mitgliedschaft in einem nichtrechtsfähigen Verein führt nicht zum Ausschluss für ein Verfahren, in dem dieser Partei ist, sofern keine persönliche Haftung des Richters entstehen kann.²

- 3 b) nahe persönliche Beziehungen zu einer Partei, weil er mit ihr verheiratet (Nr. 2), als Lebenspartner verbunden (Nr. 2a) oder in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist (Nr. 3) oder weil er als ihr gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter oder Beistand in einem Rechtsstreit über den gleichen Gegenstand aufzutreten berechtigt war oder ist (Nr. 4);

Die gleiche Wirkung haben derartige Beziehungen zu dem gesetzlichen Vertreter der Partei. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft mit einer Partei schließt nicht kraft Gesetzes aus, kann aber zur Ablehnung wegen Befangenheit führen.

- 4 c) Vernehmung als Zeuge oder Sachverständiger in einem Rechtsstreit über denselben Sachverhalt (Nr. 5);³
5 d) Mitwirkung an der angefochtenen Entscheidung als erkennender Richter in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren; doch darf er in diesem Falle beauftragter oder ersuchter Richter sein (Nr. 6).

- 6 Die richterliche Vorbefassung ist die wichtigste Fallgruppe. Vorausgesetzt wird eine Mitwirkung (vgl. BVerfGE 30, 149 = NJW 1971, 1029f.; BVerfGE 30, 165 = NJW 1971, 1033; dazu *Arzt* NJW 1971, 1112) bei der Urteilsfindung in der früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren. Ein Richter ist also nicht ausgeschlossen, wenn er nur mitgewirkt hat an einem Beweisbeschluss oder an der Beweisaufnahme (RGZ 105, 17) oder nur bei der Verkündung des angefochtenen Urteils, an seiner Berichtigung (OLG Braunschweig MDR 2016, 1166) oder an einem Zwischenurteil, wie z. B. an dem Grundurteil des § 304 (BGH NJW 1960, 1762) oder an einem Vorbehaltsurteil, wenn es sich jetzt um das in der zweiten Instanz schwebende Nachverfahren handelt (RGZ 148, 199), oder an einem Urteil in einer anderen Sache, mag dieses auch direkt oder indirekt präjudiziell für die jetzige Entscheidung sein. Der Richter des Arzthafungsprozesses ist daher nicht im nachfolgenden Anwaltschaftsprozess ausgeschlossen.⁴ Er ist ferner nicht ausgeschlossen, wenn er an einer früheren Entscheidung derselben Instanz mitgewirkt hat, z. B. an einem Versäumnisurteil, gegen das jetzt Einspruch eingelegt ist, oder in einem Verfahren, das wiederaufgenommen wird,⁵ oder an einer Entscheidung über Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel, wenn nunmehr Vollstreckungsgegenklage erhoben wird (BGH NJW 1976, 2135).

e) in Verfahren wegen überlanger Gerichtsverfahren die Mitwirkung an dem beanstandeten Verfahren (Nr. 7).

¹ BVerfGE 30, 149 = NJW 1971, 1029f.; vgl. G. *Vollkommer*, S. 8 ff., 89 ff.

² MüKoZPO/*Gehrlein*, § 41 Rn. 16; vgl. Musielak/*Voit/Heinrich*, § 41 Rn. 8; aA Thomas/*Putzo/Hüßtege*, § 41 Rn. 2.

³ OLG Frankfurt FamRZ 1989, 518, 519.

⁴ BGH JZ 2015, 578 (abl. *Mäsch*).

⁵ Vgl. BGH NJW 1981, 1273; aM *Jauernig/Hess* § 14 Rn. 2; *Schilken*, Rn. 55.

f) die Mitwirkung an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in derselben Sache (Nr. 8). Sinngemäß muss der Ausschluss auch bei einer Vorbefassung als Güterichter nach § 278 V greifen, da dieser auch als Mediator tätig werden kann.⁶ Die Gegenmeinung hält sich an den engeren Wortlaut der Norm, lässt aber eine Ablehnung wegen Befangenheit zu.⁷

Eine analoge Anwendung des § 41 auf andere Fälle scheidet aus.⁸ Ein Richter ist daher nicht ausgeschlossen, weil sein Ehegatte an der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat.⁹

2. Gerichtliche Entscheidung. Bei Zweifeln, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, entscheidet das Gericht, dem der Richter angehört, oder, wenn dieses Gericht durch das Ausscheiden des Richters beschlussunfähig wird, das nächsthöhere Gericht, bei einem Amtsrichter das Landgericht, bei einem Familienrichter das Oberlandesgericht (§ 6 I FamFG iVm §§ 45, 48 ZPO) durch Beschluss (§ 46). Diese Entscheidung gilt aber nur für die jeweilige Instanz und greift der Rüge im Rechtsmittelverfahren (§ 547 Nr. 2) und der Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 2) nicht vor.

3. Die Wirkung der Ausschließung. a) Der ausgeschlossene Richter darf keine **8** Amtshandlung vornehmen; er und sein Kollegium müssen den Ausschließungsgrund von Amts wegen beachten. Für den Fall, dass das nicht geschieht, ist Ablehnung des Richters durch die Parteien (§ 42 I; → Rn. 10) vorgesehen.

b) Hat ein ausgeschlossener Richter aber eine Prozesshandlung vorgenommen oder dabei **9** als Mitglied eines Kollegiums mitgewirkt, so ist die Handlung durch einen anderen Richter oder vom Kollegium unter Zuziehung eines solchen zu wiederholen, soweit nicht das Gericht daran gebunden (§§ 318, 572 I 2; → § 61 Rn. 1 ff., 31 ff.) oder die Instanz bereits beendet ist. In diesem Fall unterliegt die Entscheidung der Aufhebung durch Rechtsmittel, insbesondere Revision (§ 547 Nr. 2) oder durch Nichtigkeitsklage (§ 579 I Nr. 2), außer wenn der vermeintliche Ausschließungsgrund von einer Partei mittels Ablehnung (→ Rn. 10) oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist oder wenn es sich um eine richterliche Tätigkeit handelt, die für die Entscheidung ohne Bedeutung geblieben ist. Auf die Geltendmachung des Verstoßes kann die Partei nicht nach § 295 verzichten.¹⁰

Parteihandlungen sind nicht deshalb unwirksam, weil sie vor einem ausgeschlossenen Richter vollzogen sind.

II. Die Ablehnung eines Richters

1. Die Gründe der Ablehnung. Ein Richter kann abgelehnt werden wegen eines **10** Ausschließungsgrundes oder wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 42 I), d. h. wegen eines Grundes, der (parallel zu § 1036 I 1) nach vernünftigen Erwägungen vom subjektiven Standpunkt der Partei aus Misstrauen gegen die Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit des Richters in Bezug auf die sachliche Entscheidung zu rechtfertigen geeignet ist.¹¹ Die Befangenheit kann sich aus Beziehungen zu dem Prozessbeteiligten oder zum Verfahrensgegenstand ergeben.¹²

2. Beispiele

a) Im Verhältnis zur Partei, dem gesetzlichen Vertreter oder dem Streitgehilfen begründen Befan- **11** genheit: Feindschaft oder Freundschaft;¹³ Mitwirkung von Richtern in einem Ehestreit, zu denen die

⁶ Ebenso Thomas/Putzo/Hüßtege, § 41 Rn. 10; Zöller/G. Vollkommer, § 41 Rn. 14b; aA Stein/Jonas/Bork, § 41 Rn. 22.

⁷ VG Göttingen MDR 2015, 55.

⁸ Vgl. Günther, VerwArch 1991, 179, 183 f; G. Vollkommer, S. 77 ff.

⁹ BGH NJW 2008, 1672; BGH NJW 2004, 163.

¹⁰ OLG Frankfurt NJW 1976, 1545; → § 67 Rn. 12.

¹¹ Vgl. BVerfGE 102, 192 = NJW 2000, 2808, 2809; BVerfGE 101, 46, 50 = NJW 1999, 2801; BGHZ 156, 269, 270 = NJW 2504, 164.

¹² Zöller/G. Vollkommer, § 42 Rn. 11 ff.; MüKoZPO/Gehrlein, § 42 Rn. 8 ff., 13 ff.

¹³ Vgl. BGH NJW-RR 1987, 127.

Partei in näheren, über die bloße Kollegialität hinausgehenden beruflichen oder privaten Beziehungen steht (BGH ZZP 71 (1958), 447), oder dann, wenn ein Mitglied der Kammer selbst Beklagter ist (OLG Hamm MDR 1978, 583); politische¹⁴ und konfessionelle Gegnerschaft, Verlobnis oder entfernte Verwandtschaft oder Schwägerschaft; Beratung einer Partei oder wirtschaftliche Abhängigkeit von ihr; einseitige Verhandlungen mit dem Gegner; mittelbare Beteiligung am Ausgang des Rechtsstreits.

- 12 b) Im Verhältnis zum Streitgegenstand begründet *Befangenheit*: Beteiligung des Zivilrichters in dem gegen eine Partei anhängigen Strafverfahren als Staatsanwalt (OLG Nürnberg MDR 1963, 602) oder in einem vorausgegangenen Strafverfahren grob sachwidrige Verfahrensleitung als Richter¹⁵ (OLG Oldenburg FamRZ 1992, 192); erfolgreiche Ablehnung in drei laufenden Prozessen als Ablehnungsgrund in einem gleichzeitig anhängigen vierten Rechtsstreit (OLG Nürnberg MDR 1965, 66); willkürliches, einer gesetzlichen Grundlage entbehrendes prozessuales Vorgehen (BayObLG DRiZ 1977, 244); die einseitige Erteilung von Hinweisen (BGH MDR 2016, 1005), von Rat und Handlungsempfehlungen (OLG Nürnberg MDR 2016, 113); der Hinweis auf eine rechtsgestaltend wirkende Einwendung oder Einrede, insb. die Verjährungseinrede;¹⁶ auf den „richtigen“ Klagegegner (für diesen);¹⁷ außeramtliche günstige oder abfällige Äußerung über eine Partei oder ihre Sache, auch unsachliche Randbemerkungen zu ihren Schriftsätzen (OVG Koblenz NJW 1959, 906); Längenvorgaben für die Schriftsätze (OLG Frankfurt NJW-RR 2008, 1080); Bewirtung des Richters mit Wein aus Anlass einer Amtshandlung (OLG Schleswig SchlHA 1956, 187); Strafantrag eines Richters gegen eine Partei (aA OLG München NJW 1971, 384) oder voreilige Weiterleitung der Akten an die Staatsanwaltschaft (OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 1319); Untätigkeit des Richters (z.B. keine Reaktion auf Anträge (OLGR Celle 1999, 108); die ungebührliche Verfahrensverzögerung bei besonderer Eilbedürftigkeit (OLGR Düsseldorf 1999, 321); die langdauernde Nichtbearbeitung von Prozesskostenhilfverfahren (OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 444)).
- 13 Dagegen begründen folgende Umstände *keine Befangenheit*: Pflichtgemäße Ermessensentscheidungen, z.B. die sachgerechte Nichtverlängerung einer Klageerwiderungsfrist (BVerfG NJW 1980, 1379) oder die Nichtverlegung eines Termins (BayObLG NJW-RR 1988, 191); der Partei nicht genehme Äußerungen zum Sach- und Streitstand (§§ 139, 278),¹⁸ das Erstellen eines Entscheidungsentwurfs vor der mündlichen Verhandlung,¹⁹ das Festhalten an der vom Rechtsmittelgericht missbilligten Rechtsansicht,²⁰ wissenschaftliche Äußerungen zu einer für das Verfahren relevanten Rechtsfrage (sofern es sich nicht um eine bewusste Unterstützung einer der Parteien handelt)²¹ oder Meinungsäußerungen bei Fachseminaren;²² Aussetzung des Verfahrens wegen Verdachts einer Straftat (§ 149 ZPO) (OLG Brandenburg MDR 1997, 780); Ehe zwischen dem Richter der ersten und dem der zweiten Instanz;²³ weder die gemeinsame Vorstandstätigkeit von Richter und Prozessbevollmächtigten in einem privaten Verein (OLG Hamburg MDR 2003, 287) noch die (bloße) Mitgliedschaft im gleichen Verein oder in der gleichen politischen Partei wie eine Prozesspartei (OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 1534); die bloße Mitgliedschaft im gleichen sozialen Netzwerk wie eine Partei,²⁴ die Anregung des Vorsitzenden, Anschlussberufung einzulegen; die Äußerung des Vorsitzenden über den Beweiswert einer früheren schriftlichen Aussage eines Zeugen (OLG Köln ZZP 70 (1957), 139); die Anregung, bei bestrittener Aktivlegitimation eine Abtretungserklärung vorzulegen,²⁵ da hiermit nur der Pflicht des § 139 genügt wird (anders KG JW 1931, 1104); die Stellungnahme in einem bestimmten Sinn bei einem Vorprozess oder bei einer Vorentscheidung, z.B. bei der Bewilligung der Prozesskostenhilfe (OLG Hamm NJW 1976, 1459; OLG Köln NJW 1971, 385) oder im Arrestverfahren (OLG Saarbrücken OLGZ 1976, 468) oder bei der Verweisung des Rechtsstreits nach § 281 und § 506 oder bei einem Beweisbeschluss (OLG Köln VersR 1980, 93); Zurückweisung der Berufung nach § 522 II mit anderer Begründung (KG MDR 2008, 1062).

¹⁴ Wassermann, DRiZ 1987, 144; vgl. BVerfG NJW 1984, 1874.

¹⁵ OLG Karlsruhe MDR 1970, 148; vgl. Schlichting, NJW 1989, 1343.

¹⁶ BGHZ 156, 269, 273 = NJW 2004, 164; aA Rensen, MDR 2004, 489, 491.

¹⁷ OLG Brandenburg MDR 2009, 586.

¹⁸ OLG Karlsruhe OLGZ 1987, 248; aA KG FamRZ 1990, 1006 (abl. Peters).

¹⁹ Vgl. Kern, Die Bekanntgabe von Urteilsentwürfen, FS Klamaris, Bd. 2, 2016, S. 407.

²⁰ OLG Hamm MDR 2015, 296.

²¹ BVerfGE 102, 122, 125 = NJW 2000, 2808; BVerfG NJW-RR 2010, 1150; vgl. BGH NJW 2016, 1022 (H. Roth).

²² BGH NJW 2002, 2396.

²³ BGH NJW 2008, 1672; BGH NJW 2004, 163; Feiber, NJW 2004, 650.

²⁴ Vgl. Rojahn/Jerger, NJW 2014, 1147.

²⁵ AA OLG Frankfurt NJW 1970, 1884 (E. Schneider); Dittmar, NJW 1971, 56.

Die Mitwirkung im Vorprozess genügt für sich alleine (anders als nach § 23 II StPO im Strafprozess) nicht für eine Ablehnung wegen Befangenheit im nachfolgenden Haftungsprozess²⁶ oder im Wiederaufnahmeverfahren.²⁷ Andernfalls würde im Ergebnis ein neuer Ausschließungsgrund geschaffen.

c) Im Verhältnis zum Prozessbevollmächtigten:

Befangenheit begründen: regelmäßig Feindschaft und engere Freundschaft; uU genügt auch schon ein gespanntes Verhältnis zu dem Anwalt einer Partei (BFHDB 1977, 2422; OLG Nürnberg MDR 1972, 332); Ehe, Verwandtschaft und Schwägerschaft, Verlöbnis, Liebesverhältnis. Ablehnen kann aber nur die Partei, nicht der Prozessbevollmächtigte aus eigenem Recht (OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 126).

Nur die Ablehnung einzelner Richter aus konkreten Gründen, nicht des Spruchkörpers als solchen oder eines einzelnen Richters wegen Zugehörigkeit zu diesem Spruchkörper, ist gestattet.²⁸ Sie ist auch unzulässig, wenn der dargelegte Grund keinerlei Bezug zum konkreten Rechtsstreit hat, nicht ernst gemeint ist oder zu Verschleppungen und anderen unlauteren Zwecken missbraucht wird,²⁹ etwa wenn das zurückgewiesene Ablehnungsgesuch ohne neue Gründe wiederholt wird.³⁰ Ein Besetzungsmangel kann nicht mit Hilfe eines Ablehnungsgesuches gerügt werden.³¹

3. Geltendmachen der Befangenheit. a) Die Besorgnis der Befangenheit muss geltend gemacht werden von einer (jeder) Partei (§ 42 III) oder einem Nebenintervenienten (§§ 67, 69), nicht von einem Prozessunfähigen³² oder einem Parteivertreter im eigenen Namen,³³ mündlich in der Verhandlung oder schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle bei dem Gericht, dem der Richter angehört (§ 44 I). Das Gesuch unterliegt also in allen Instanzen nicht dem Anwaltszwang (§ 78 III). Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen (§ 44 II). Das Gesuch ist nur bis zum Erlass der zu treffenden Entscheidung (des Endurteils) zulässig und bis dahin widerruflich. Auch im Tatbestandsberichtigungsverfahren ist die Ablehnung noch zulässig.³⁴

Schon vorher aber wird es, nach § 43 unzulässig, falls die Partei bei dem Richter oder seinem Kollegium verhandelt oder einen Antrag stellt, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen.³⁵ Jede Verhandlung genügt,³⁶ auch in einem anderen Rechtsstreit, mit dem ein tatsächlicher oder rechtlicher Zusammenhang besteht,³⁷ und jeder Antrag, auch der auf Vertagung oder Terminsverlegung,³⁸ und selbst ein schriftlicher Antrag, sofern der Partei bekannt ist, dass der befangene Richter dem Gericht, das über den Antrag zu entscheiden hat, angehört. Der Mangel ist dann (parallel zu § 295) geheilt. Doch ist dann noch Ablehnung durch die andere Partei oder Selbstablehnung des Richters möglich. Auch ein Weiterverhandeln nach Anbringen der Ablehnung schadet nicht.³⁹

Ist der Ablehnungsgrund später entstanden oder bekannt geworden, müssen diese Voraussetzungen glaubhaft dargelegt werden, damit das Gesuch zulässig ist (§ 44 IV). Ergibt sich der Ablehnungsgrund aus einem „Gesamtatthergang“, muss die Partei darlegen, dass erst der letzte Teilakt ausschlaggebend war.⁴⁰

²⁶ BGH JZ 2015, 578, 579 (abl. Mäsch).

²⁷ OLG Hamburg FamRZ 1988, 186; OLGR Bremen 2009, 158; aA OLG Düsseldorf NJW 1971, 1221; diff. Peters, FS G. Lüke, 1997 S. 603, 609 ff.

²⁸ BGH NJW 1974, 55.

²⁹ OLG Zweibrücken MDR 1980, 1025; MüKoZPO/Stackmann, § 44 Rn. 6.

³⁰ KG FamRZ 1986, 1022.

³¹ BGH MDR 2009, 159.

³² Günther, NJW 1986, 281, 283; LG Stuttgart ZZZ 69 (1956), 42, wohl aber im Zulassungsstreit.

³³ BayObLG NJW 1975, 699.

³⁴ BGH NJW 1963, 46.

³⁵ BGHZ 165, 223, 226 = NJW 2006, 695, 696; BGH MDR 2008, 582; vgl. G. Vollkommer, S. 98 ff.

³⁶ OLG Bamberg FamRZ 1995, 100; Vössler, MDR 2007, 992.

³⁷ BGH MDR 2007, 44; aM OLG Hamm NJW 1967, 1864.

³⁸ So VG Aachen FamRZ 2009, 799; OLG Hamburg MDR 1961, 152; aA Stein/Jonas/Bork, § 43 Rn. 7.

³⁹ BGH MDR 2016, 1005.

⁴⁰ Vössler, MDR 2007, 992, 993.

Das Rechtsschutzbedürfnis für die Ablehnung des Richters entfällt, wenn dieser mit der Sache nicht, nicht mehr oder nicht wieder befasst werden kann, etwa wegen Abordnung an ein anderes Gericht oder Veränderung der Geschäftsverteilung.⁴¹

- 20 b) Die Befangenheit kann auch durch – pflichtgemäße – Anzeige des betroffenen Richters selbst geltend gemacht werden: sog. *Selbstablehnung* (§ 48). Die Entscheidung darf trotz des § 48 II nicht ohne Gehör der Parteien ergehen.⁴²
- 21 c) Ist die Instanz abgeschlossen, kann ein Ablehnungsgesuch nicht mehr gestellt werden, auch wenn der Ablehnungsgrund der Partei erst jetzt bekannt wird. Eine nachträgliche Richterablehnung findet also nicht statt.⁴³ Mit Berufung oder Revision kann allerdings gerügt werden, dass das Gericht ein rechtzeitig gestelltes Ablehnungsgesuch nicht beschieden hat (§§ 520 III Nr. 2, 551 III Nr. 2b).
- 22 **4. Zuständigkeit für die Entscheidung.** Über das Ablehnungsgesuch entscheidet nach Anhörung des abgelehnten Richters (§ 44 III) ohne Mündlichkeitszwang (§ 46 I) und daher durch Beschluss:
- a) wenn ein Richter am Amtsgericht abgelehnt wird, ein anderer Richter desselben Gerichts (§ 45 II 1), und zwar der nach dem Geschäftsverteilungsplan (§ 21e GVG) zuständige Richter.⁴⁴ Fehlt ein solcher, entscheidet der originäre Einzelrichter am Landgericht (§§ 45 III, 348 I 1). Eine Entscheidung ist aber nicht nötig, wenn der Richter selbst die Ablehnung für begründet hält (§§ 45 II 2, 48);
- 23 b) wird der originäre Einzelrichter am Landgericht erster Instanz (§ 348 ZPO) oder der obligatorische Einzelrichter (§ 348a ZPO) abgelehnt, so entscheidet die Kammer nach § 45 I ZPO wiederum durch einen Einzelrichter.⁴⁵
- 24 c) Wird es das Mitglied eines Kollegialgerichts abgelehnt, entscheidet das Kollegium (§ 45 I), das statt des abgelehnten Richters dessen geschäftsplanmäßigen Vertreter zuzieht;⁴⁶ ist das aber nicht möglich, weil die Vertretungsregelung erschöpft ist, entscheidet das im Rechtszug zunächst höhere Gericht (§ 45 III).
- 25 Die dienstliche Äußerung des Richters dient der Sachaufklärung; der abgelehnte Richter darf sich daher nicht einfach für nicht befangen ansehen und hat die Berechtigung des Gesuches nicht zu beurteilen.
- 26 Das Ablehnungsgesuch darf nicht unter Mitwirkung des abgelehnten Richters zurückgewiesen werden, wohl aber (analog § 26a StPO), wenn ein Ablehnungsgesuch ohne neue Gründe (aus taktischen Gründen) wiederholt gestellt wird (*BayObLG NJW-RR 1993, 1278*), das ganze Gericht oder die ganze Spruchabteilung oder die Mehrzahl ihrer Mitglieder in Verschleppungsabsicht oder in sonst ersichtlich missbräuchlicher Weise abgelehnt wird (*BGH FamRZ 2012, 1865; BGH FamRZ 2015, 1698*; vgl. *BVerfG NJW 2005, 3410 Rn. 53 f.*). Um Verzögerungen zu vermeiden, hält es *BGH NJW 1974, 55* in diesen Fällen auch für zulässig, dass das angegangene höhere Gericht entscheidet.
- 27 **5. Inhalt der Entscheidung und Rechtsmittel.** Der Gerichtsbeschluss weist das Ablehnungsgesuch entweder als unzulässig ab oder als unbegründet, wenn die vorgebrachten Tatsachen keinen Ablehnungsgrund ergeben; andernfalls wird das Gesuch für begründet erklärt. Gegen die stattgebende Entscheidung findet kein Rechtsmittel, gegen die Zurückweisung durch ein Amtsgericht oder ein Landgericht (arg. § 567 I) sofortige Beschwerde statt (§ 46 II), die aber nicht auf neue Ablehnungsgründe gestützt werden kann.⁴⁷ Sie kann auch durch den Beschwerdeführer selbst zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden, wenn der Rechtsstreit im ersten Rechtszug nicht als Anwaltsprozess zu führen ist oder war (§§ 569 III Nr. 1, 78 III). Erst das anschließende Verfahren unterliegt dann dem Anwalts-

⁴¹ *BGH NJW-RR 2016, 127 (Rn. 5 f.)*.

⁴² *BVerfGE 89, 28 = NJW 1993, 2229; Vollkommer, NJW 1994, 2007*.

⁴³ *BayObLG MDR 1993, 471; MüKoZPO/Stackmann, § 44 Rn. 4; aA G. Vollkommer, S. 266 ff., 299 ff., 311 ff.*

⁴⁴ *Krit. E. Schneider, MDR 2001, 1399, 1400*.

⁴⁵ *Vössler, MDR 2006, 304*.

⁴⁶ *BGH NJW 2006, 2492; BGH MDR 2007, 669*.

⁴⁷ *OLG Zweibrücken MDR 1982, 412; BayObLG MDR 1986, 60*.

zwang.⁴⁸ In den übrigen Fällen besteht schon bei der Einlegung Anwaltszwang. Eine Verhandlung vor dem abgelehnten Richter (im Rahmen des § 47) enthält weder die Rücknahme der Beschwerde noch einen Verzicht auf sie.⁴⁹

Die sofortige Beschwerde ist oder wird unzulässig, wenn der abgelehnte Richter, z. B. infolge Ausscheidens aus dem Gericht, in der Sache nicht mehr tätig werden kann.⁵⁰ Die Beschwerde ist dagegen auch zulässig, wenn unter Mitwirkung des abgelehnten Richters entgegen § 47 eine Sachentscheidung gefällt wird, soweit gegen die Hauptsacheentscheidung ein Rechtsmittel statthaft ist.⁵¹ Dieses ist erfolgreich, wenn der Beschwerde stattgegeben wird. Daher muss eine Beschwerde, gleichgültig ob sie vor oder nach Erlass der Entscheidung in der Hauptsache erhoben wird, in diesem Fall einer Sachprüfung unterzogen werden. 28

Wird der Richter im zweiten Rechtszug erfolglos abgelehnt, so kann die betroffene Partei nur Rechtsbeschwerde einlegen, wenn diese zugelassen wurde (§ 574 I Nr. 2).⁵² 29

Die Kosten eines erfolglosen Beschwerdeverfahrens fallen dem Beschwerdeführer nach § 97 zur Last, die Kosten eines erfolgreichen Beschwerdeverfahrens sind Kosten des Rechtsstreits.⁵³ Die Gegenpartei ist an dem gesamten Ablehnungsverfahren beteiligt.⁵⁴ 30

Art. 101 I 2 GG ist verletzt, wenn das Gericht eine sachliche Entscheidung fällt, ohne zuvor über ein Ablehnungsgesuch zu entscheiden.⁵⁵ Gegen eine Entscheidung, an der ein erfolglos abgelehnter Richter mitgewirkt hat, kann wegen Verletzung von Art. 101 I 2 GG Verfassungsbeschwerde eingelegt werden. Diese ist aber nur begründet, wenn das Ablehnungsgesuch aus willkürlichen Gründen zurückgewiesen wurde.⁵⁶ 31

6. Die Wirkung der Ablehnung. a) Die vor dem Ablehnungsgesuch vorgenommenen Amtshandlungen des abgelehnten Richters sind und bleiben wirksam. 32

b) In der Zeit zwischen der Stellung des Ablehnungsgesuchs und der rechtskräftigen Entscheidung darüber darf der abgelehnte Richter nur noch unaufschiebbare Handlungen vornehmen (§ 47 I), z. B. zur Aufrechterhaltung der Ordnung eine Ordnungsstrafe verhängen,⁵⁸ eine einstweilige Verfügung erlassen oder einen Beweis erheben, dessen Verlust droht, usf.⁵⁹ Zwingt die Entscheidung über die Ablehnung aber zu einer Vertagung einer begonnenen Verhandlung, kann der Termin unter Mitwirkung des abgelehnten Richters beendet werden (§ 47 II 1). Im Übrigen tritt eine sog. *Wartepflicht*⁶⁰ oder Sperrwirkung ein. 33

Ein Verstoß gegen § 47 I ist geheilt, wenn das Ablehnungsgesuch zurückgewiesen wird.⁶¹ Hat das Gesuch Erfolg, so ist die aufschiebbare Handlung bzw. der nach Anbringung des Ablehnungsgesuchs liegende Teil der Verhandlung zu wiederholen (§ 47 II 2). Geschieht dies nicht, kann der Verstoß mit Berufung (§§ 512, 538 II Nr. 1) oder Revision (§§ 557 II, 546, 547 Nr. 3 analog), nicht aber mit der Nichtigkeitsklage (§ 579 I Nr. 1 oder 3 ist nicht anwendbar) gerügt werden; → Rn. 27 ff. 34

⁴⁸ Vgl. MüKoZPO/Stackmann, § 46 Rn. 6.

⁴⁹ KG JW 1931, 1104.

⁵⁰ Vgl. OLG Frankfurt MDR 1979, 762; BayObLG FamRZ 1994, 1269.

⁵¹ OLG Karlsruhe OLGZ 1978, 224; Kahlke, ZJP 95 (1982), 297; aM OLG Frankfurt NJW 1986, 1000, die immerhin die Beschwerde für den Fall als weiterhin zulässig erachten, dass ein Rechtsbehelf ohne Devolutiveffekt statthaft ist.

⁵² OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 494.

⁵³ Vgl. Sturm, MDR 2007, 382; Stollenwerk, NJW 2007, 3751.

⁵⁴ BGH NJW 2005, 2233; dazu Kroppenber, NJW 2005, 3112, 3313.

⁵⁵ BVerfG NJW 2011, 2191 (Rn. 17 ff.).

⁵⁶ BVerfGE 37, 67, 75 = NJW 1974, 1279; BVerfGE 31, 145, 164 = NJW 1971, 2122.

⁵⁷ BayObLG FamRZ 1988, 743; aA BFH 134, 525; vgl. zu dem Streit, ob die Wartepflicht nach § 47 ZPO bereits mit der ersten zurückweisenden Entscheidung endet oder erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Ablehnungsverfahrens: G. Vollkommer, S. 189 ff. Er sieht die Aufgabe des § 47 ZPO darin, Ablehnungsverfahren und Hauptsacheverfahren zu koordinieren.

⁵⁸ LSG Essen NJW 1973, 2224.

⁵⁹ Vgl. MüKoZPO/Stackmann, § 47 Rn. 4.

⁶⁰ Vgl. Vössler, MDR 2006, 1383.

⁶¹ Vgl. KG ZJP 90 (1977), 419; BayObLG FamRZ 1988, 743.

- 35 c) Der Verstoß gegen § 47 kann für sich selbständiger Grund zur Ablehnung des Richters sein.⁶²
- 36 d) Von dem Erlass des der Ablehnung stattgebenden Beschlusses an (also ohne Rückwirkung) steht der Richter einem ausgeschlossenen Richter gleich. Für die von ihm nachher noch vorgenommenen Amtshandlungen gilt das o. Rn. 8f. Gesagte (s. §§ 547 Nr. 3, 579 I Nr. 3, 569 I 3 ZPO).

§ 25. Rechtspfleger und Urkundsbeamter

Literatur: *Arndt*, Rechtspflegergesetz, 1957; *Arnold/Meyer-Stolte/Rellermeyer/Hintzen/Georg*, Rechtspflegergesetz, 8. Aufl. 2015; *Bassenge/Roth*, FamFG/RPflG, 12. Aufl. 2009; *Dörndorfer*, Rechtspflegergesetz, 2. Aufl. 2014; *Dumke*, Vom Gerichtsschreiber zum Rechtspfleger, 1993; Evangelische Akademie Bad Boll, Rechtspflegerrecht im Wandel der letzten 25 Jahre, 1995; *dies.*, Reformen in der Gerichtsbarkeit: Einbindung des Rechtspflegers, 1997; *dies.*, Der Rechtspfleger – ein unverzichtbares Organ der Rechtsgewährung, 1997; *Eickmann*, Rechtspflegergesetz, 2. Aufl. 2010; *Gaul*, Der Rechtspfleger als Vollstreckungsorgan und Entscheidungsorgan in der Zwangsvollstreckung, FS Stürner, 2013, S. 687; *W. Habscheid*, Der Rechtspfleger in der Gerichtsorganisation, FS Geimer, 2007, S. 277; *ders.*, Der Rechtspfleger in der Gerichtsorganisation – eine Wiederbesinnung, Liber amicorum Lindacher, 2007, S. 29; *Kissel*, Der Rechtspfleger im Wandel der Zeiten, Rpfleger 1984, 445; *Kissel/Mayer*, Gerichtsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2013; *Lindacher*, Richter und Rechtspfleger, Rpfleger 1987, 45; *Marx*, Zur Ablehnung des Rechtspflegers wegen Besorgnis der Befangenheit, Rpfleger 1999, 518; *Mielke*, Der Rechtspfleger und das Grundgesetz, ZRP 2003, 442; *dies.*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Rechtspflegers, BayVBl 2004, 520; *Rellermeyer*, Rechtspflegerrecht seit dem 3. Rpfll-ÄndG, Rpfleger 2002, 419; *Tams*, Der Rechtspfleger als Richter i.S. des Grundgesetzes, Rpfleger 2007, 581; *Ule*, Der Rechtspfleger und sein Richter, 1983; *Vultejus*, Zur Novelle des Rechtspflegergesetzes, DRiZ 1997, 477; *Wiedemann*, Justizreform durch Etikettenschwindel? Zur weiteren Aufgabenverlagerung vom gehobenen zum mittleren Justizdienst, NJW 2002, 3448; *M. Wolf*, Richter und Rechtspfleger im Zivilverfahren, ZZP 99 (1986), 361.

I. Der Rechtspfleger

- 1 **1. Rechtsstellung.** Aufgaben und Stellung des Rechtspflegers sind im Rechtspflegergesetz (RPflG) in der Fassung der Bek. vom 14. 4. 2013¹ enthalten. Mit den Aufgaben eines Rechtspflegers kann ein Beamter des gehobenen Justizdienstes betraut werden, der einen Vorbereitungsdienst von drei Jahren abgeleistet und die Rechtspflegerprüfung bestanden hat (§ 2 I RPflG). Das RPflG will die Richter von nichtrichterlichen Geschäften entlasten, damit sie mehr Zeit für wirklich richterliche Funktionen haben. Im Rahmen seiner Zuständigkeit entscheidet der Rechtspfleger als „Gericht“. § 11 RPflG (idF von 1998) eröffnet daher gegen seine Entscheidung grundsätzlich das allgemein zulässige Rechtsmittel. Er ist gleichwohl weder Richter i.S. des Grundgesetzes noch des GVG.² Er genießt nicht die Garantien der persönlichen Unabhängigkeit. Daher ist der Rechtspfleger nicht zur Richtervorlage nach Art. 100 GG befugt. Seine Pflicht zur Anhörung der Beteiligten soll sich daher nicht aus Art. 103 I GG, sondern aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens ergeben.³
- 2 In den neuen Bundesländern können in den Sachgebieten, die ihnen zuvor übertragen waren, auch weiterhin sog. *Bereichsrechtspfleger* beschäftigt werden (§ 34 RPflG).⁴

⁶² OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 1350; Zimmermann, § 47 Rn. 2.

¹ BGBl. I S. 778, mit weiteren Änderungen.

² BVerfGE 56, 110, 127 = NJW 1981, 1033; BVerfGE 101, 397 = NJW 2000, 1709; BGH NJW-RR 2010, 1366 (Rn. 13 ff.); Gaul, FS Stürner, 2013, S. 687, 707 f.; Arnold/Meyer-Stolte/Georg, § 1 Rn. 6. Für Richtereigenschaft dagegen Habscheid, NJW 1970, 1775; Tams, Rpfleger 2007, 581.

³ BVerfGE 101, 397, 404 f. = NJW 2000, 1709; zu Recht abl. Eickmann, Rpfleger 2000, 245; Gottwald, FamRZ 2000, 1477; Heß/Vollkommer, JZ 2000, 786; Habscheid, FS Geimer, S. 277, 281 ff.

⁴ Vgl. Rellermeyer, Rpfleger 1994, 447; Arnold/Meyer-Stolte/Georg, § 34 RPflG Rn. 1 ff.