

# Zivilprozessordnung: ZPO

Thomas / Putzo

45. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-81530-0  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

klagen. Vertragsschluss: bezieht sich auf den bürgerl-rechtl Vertrag, der aber (anders als bei Nr 1, vgl Rn 18) regelmäßig mit der Gerichtsstandvereinbarung zusammenfällt. Wohnsitz: § 13. Gewöhl Aufenthaltsort: wie § 122 FamFG Rn 4. Nicht bekannt: Der Kl darf trotz zumutbarer Nachforschungen eine zustellungs-fähige Anschrift nicht kennen. Hierfür wird genügen, dass eine Auskunft der bei Vertragsschluss als Wohnort angegebenen Stadt od Gemeinde erteilt ist, wonach der Bekl dort nicht bekannt od mit unbekannter Anschrift verzogen ist. Der Nachweis, dass keine neue Anschrift mitgeteilt ist, darf nur unter besonderen Umständen verlangt werden.

**d) Wirkung.** Der vereinbarte Gerichtsstand gilt nur hilfsweise für den Fall, 21  
dass der bei Vertragsschluss gegebene allg Gerichtsstand im Inland (§ 13 od § 16) nachträgl entfallen ist.

**7. Allgemeine Voraussetzungen** einer wirksamen Gerichtsstandvereinbarung. 22  
Sie muss zulässig (Rn 4–21) u stets als Vertrag (vgl 2 vor § 38) gem §§ 145–156 BGB wirksam zustande gekommen sein. Außerdem ist zu beachten:

**a) Identität.** Die Parteien des Rechtsstreits müssen auch die des Vertrags sein 23  
od ihre Rechtsvorgänger. Ihre Rechtsnachfolger müssen nicht prorogationsbefugt sein (hM; Köln NJW-RR 92, 571 mwN).

**b) Zeitpunkt.** Grds kann erst prorogiert werden, sobald ein bestimmtes 24  
Rechtsverhältnis (auch als künftiges) festgelegt werden kann. Bei Abs 3 Nr 1 ist es jedoch erst später zulässig, weil die Streitigkeit bereits entstanden sein muss (Rn 18). Ab Rechtshängigkeit kann eine gegebene Zuständigkeit nicht mehr durch Prorogation beseitigt werden (§ 261 Rn 16). Nach Verweisung ist eine Gerichtsstandvereinbarung stets wirkungslos (§ 281 Rn 2).

**c) Form.** Es ist zu unterscheiden: **aa) Formlos,** insbes mdl, auch stillschweigend 25  
ist die Gerichtsstandvereinbarung nur unter Prorogationsbefugten wirksam (Abs 1; Rn 8), insbes auch auf Grund von AGB, Formularvertrag, Satzung, VOB, Handelsbrauch. Die widerspruchlose Entgegennahme von Rechnungen genügt idR nicht (Karlsruhe NJW-RR 93, 567 mwN; umstr). Für den Vertragsschluss auf einer Internetseite reicht es aus, dass, wenn die AGB durch einen Hyperlink abrufbar sind u die Geltung der AGB durch das Anklicken eines dafür vorgesehen Feldes akzeptiert wird (EuGH NJW 15, 2171). Eine Gerichtsstandsklausel kann auch wirksam vereinbart werden, wenn sie in einer AGB enthalten ist, auf die ein schriftl abgeschlossener Vertrag durch Angabe des Hyperlinks zu einer Website hinweist, über die es mögl ist, diese AGB zur Kenntnis zu nehmen, herunterzuladen u auszudrucken, ohne dass die Partei aufgefordert wird, diese AGB durch Anklicken eines Feldes auf dieser Webseite zu akzeptieren (EuGH NJW 23, 33 m Anm Finkelmeier S 36).

**bb) Schriftlich od schriftlich bestätigt** (Abs 2). Das ist die Form für den 26  
internationalen Rechtsstreit (Rn 15).

**cc) Ausdrücklich u schriftlich** (Abs 3; Rn 16, 19). **Ausdrückl:** Der Wort- 27  
laut muss die Begriffe Zuständigkeit u Ger umfassen od so deutl umschreiben, dass die Wirkung der Zuständigkeitsvereinbarung auch von Laien unmittelbar erkannt wird. **Schriftl:** Ob damit die Schriftform des § 126 BGB gemeint ist, also Unterzeichnung auf derselben Urkunde (§ 126 Abs 2 BGB) od ob die auf getrennten Urkundengenügt, ist umstr (vgl BGH 116, 77 mwN). Vorzuziehen ist die Gleichstellung mit Abs 2 S 2 („schriftlich“). Danach ist § 126 Abs 2 BGB nicht anzuwenden, so dass die schriftl Erklärung in getrennten Schriftstücken (insbes Schriftwechsel) enthalten sein kann (StJBork 36). Elektronische Form (§ 126 Abs 3 BGB) ist nicht ausgeschlossen. Einseitige schriftl Bestätigung genügt nicht. Es genügt die Bezugnahme auf verbundene od umseitige schriftl Erklärungen od andere individuelle Verträge, wenn die Bezugnahme von einer Unterschrift gedeckt ist. Die idR nicht unterschriebene Vereinsatzung genügt nicht. Hingegen können unterschriebene AGB u Formularverträge diese Form erfüllen.

- 28 **d) Inhalt.** In den Fällen Abs 1, 2 u 3 Nr 1 genügt, dass in der Vereinbarung das Ger bestimmt u das Rechtsverhältnis wenigstens durch Bezugnahme od durch räuml Verbindung (zB Vertragsurkunde) identifiziert wird. Die Wahl zwischen zwei örtl verschiedenen Gerichtsständen kann auch für den Bekl offen bleiben (BGH NJW 83, 996). Für Abs 3 Nr 2 genügt nicht die Formulierung „soweit gesetzlich (od: nach § 38 Abs 3) zulässig“; der Fall Nr 2 muss vielmehr wörtl bezeichnet sein (Löwe NJW 74, 473).
- 29 **e) Allgemeine Geschäftsbedingungen.** Die Vereinbarkeit mit den §§ 305–309 BGB ist nur im Anwendungsbereich (§ 310 BGB) erhebl.
- 30 **8. Wirkung.** Sie erfordert die Wirksamkeit der Gerichtsstandvereinbarung. Vorausgesetzt, dass darüber nicht gestritten wird, ist sie unabhängig von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts od Rechtsverhältnisses, für das od in dessen Rahmen die Gerichtsstandvereinbarung abgeschlossen ist; denn sie soll gerade für den Fall gelten, dass über das Rechtsgeschäft od -verhältnis gestritten wird, auch über dessen Zustandekommen.
- 31 **a) Umfang.** Die Wirkung beschränkt sich auf die Zuständigkeit des prorogierten u die Unzuständigkeit des derogierten Ger; sie ist für diese bindend. Sie tritt nur für die in der Gerichtsstandvereinbarung bezeichneten Ansprüche ein. Der Umfang, zB ob auch eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung erfasst ist, ist durch Auslegung zu ermitteln (BGH NJW 15, 1118 Rn 23 m krit Anm Gebauer IPRax 18, 172) u erstreckt sich im Zweifel auf vertragl u deliktische Ansprüche (hM; Mansel ZVglRWiss 87, 1/23 mwN). Ist sie in AGB od Formularverträgen getroffen, umfasst sie iZw nur die vertragl Ansprüche, nicht solche aus unerlaubter Handlung (Stuttgart BB 74, 1270). Sie gilt für die Klage beider Parteien, idR auch für die gem § 128 HGB haftenden Gesellschafter (BGH NJW 81, 2644). Wird Gerichtsstand München vereinbart, ist das AG München od LG München I gemeint (BGH MDR 97, 91).
- 32 **b) Ausschließlichkeit** des Gerichtsstands (9 vor § 1). Ob dies vereinbart ist, hängt vom Inhalt der Vereinbarung ab. Sie ist ggf anhand der näheren Umstände u der Interesselage der Beteiligten auszulegen (EiN III Rn 16; BGH NJW 15, 1118 Rn 22 m krit Anm Gebauer IPRax 18, 172). Das Fehlen einer die Ausschließlichkeit ausdrücl regelnden Formulierung stellt kein Indiz dafür dar, dass die Bestimmung ledigl fakultativer Natur ist (BayObLG NJOZ 23, 1372 Rn 28). Denn es besteht keine Vermutung für die Ausschließlichkeit (BGH NJW-RR 99, 138; Saarbrücken NJW-RR 18, 638); vielmehr ist danach zu differenzieren, wen die Vereinbarung begünstigt; dieser behält im Zweifel das Recht, in einem anderen Gerichtsstand zu klagen (PG/Bey 2). Vereinbaren die Parteien als ausschließl Gerichtsstand den Ort, an dem eine Partei ihren Sitz hat, spricht dies im Rahmen der Auslegung dafür, dass das Ger, in dessen Bezirk dieser Ort liegt, auch im Falle einer Sitzverlegung zuständig ist (BayObLG NJW-RR 23, 68 Rn 26). Ausschließl ist sie jedoch idR auf Grund des Art 25 EuGVVO (dort Rn 25). Die Klausel „Gerichtsstand ist jeweils das Land des Klägers“ bewirkt keine ausschließl, sondern eine zusätzl Zuständigkeit (München IPRax 85, 341 mit Anm von Jayme/Haack S 323). Die Ausschließlichkeit kann zur beschränkten Zulässigkeit der Streitverkündung führen (vgl § 72 Rn 3a).
- 33 **c) Unwirksam** sind alle Gerichtsstandvereinbarungen, die dem Prorogationsverbot unterliegen (9–11 vor § 38).

### § 39 Zuständigkeit infolge rügeloser Verhandlung

<sup>1</sup>Die Zuständigkeit eines Gerichts des ersten Rechtszuges wird ferner dadurch begründet, dass der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn die Belehrung nach § 504 unterblieben ist.

**1. Allgemeines. a) Anwendungsbereich:** wie 3, 4 vor § 38. Im Geltungsbereich der EuGVVO geht dessen Art 26 (dort Rn 1) dem § 39 vor; dasselbe gilt für Art 24 LGVÜ II (BayObLG EuZW 23, 629). § 39 gilt u wirkt auch in allen Fällen, in denen eine Gerichtsstandvereinbarung durch § 38 nicht zugelassen ist. Gilt auch im schriftl Verfahren gem § 128 Abs 2 (BGH NJW 70, 198; Stuttgart NJW-RR 10, 792), in dem die rügelose schriftl Einlassung dem mdl Verhandeln entspricht (Rn 7). Für die int Zuständigkeit gilt § 39 grds entspr (BGH NJW 93, 1270 mwN), soweit nicht die EuGVVO od das LGVÜ II eingreifen, auch in der Rechtsmittelinstanz (LAG Düsseldorf EuZW 08, 740).

**b) Zweck.** Es soll nicht im Belieben einer Partei stehen, den Prozess in einem späteren Stadium noch an ein anderes Ger zu bringen. Deshalb steht § 39 einer erst nach Rechtshängigkeit zustande gekommenen Prorogation (§ 38 Rn 16) nicht entgegen, wenn sie getroffen wird (BGH NJW 76, 626), bevor die Wirkung (Rn 11) eintritt.

**2. Voraussetzungen.** Als selbstverständl vorausgesetzt ist die Unzuständigkeit des Ger, vor dem verhandelt wird. Das gilt auch für die internationale Zuständigkeit (Rn 1). Für die zuständigkeitsbegründende Wirkung (Rn 11) ist notwendig:

**a) Rechtshängigkeit** muss zZ des rügelosen Verhandeln vorliegen. Bei Mehrheit von prozessualen Ansprüchen (§ 260, § 33) ist dabei auf den jeweiligen Anspruch abzustellen.

**b) Verhandeln zur Hauptsache** von Seiten des Bekl, ohne Rücksicht darauf, ob ihm bewusst ist, dies zu tun. Ist der Kl säumig, genügt einseitiges Verhandeln. In diesem Fall ist der Antrag auf VersU (§ 330) od auf eine Sachentscheidung gem § 331a ausreichend, weil dadurch die Klage als unbegründet abgewiesen würde (vgl § 330 Rn 4). Der Bekl kann die Wirkung des § 39 aber durch Antrag auf Prozessurteil (§ 330 Rn 3) vermeiden.

**aa) Hauptsache:** der prozessuale Anspruch (Streitgegenstand: Einl II). Bei Anspruchshäufung (§ 260), erst recht bei Streitgenossenschaft (§§ 59, 60) ist für jeden Anspruch gesondert festzustellen, ob zur Hauptsache verhandelt ist. Es sind Erklärungen tatsächl od rechtl Inhalts zum Streitgegenstand erforderl, zB die Einigung der Parteien über die Durchführung einer Beweisaufnahme (Oldenburg MDR 82, 856).

**bb) Verhandeln.** Ausreichend ist der Antrag, der darauf abzielt, die Klage nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abzuweisen (StJBork 7), auch dass Widerklageantrag bei einem nur nach § 33 zuständigen Ger ohne vorangegangene Rüge gestellt wird (RoSchwGottwald § 37 Rn 26). Erklärungen zur Zulässigkeit der Klage u zu sonstigen Verfahrensfragen (zB Richterablehnung) genügen nicht, erst recht nicht Vergleichsverhandlungen (Bamberg MDR 88, 149). Im schriftl Verf (§ 128 Abs 2) entspricht dem mdl Verhandeln das Einreichen von Schriftsätzen (Rn 1); jedoch wird bei der Einverständniserklärung gem § 128 Abs 2 der Vorbehalt der Zuständigkeitsrüge verlangt (BGH NJW 70, 198).

**c) Unterlassene Geltendmachung.** Die Unzuständigkeit des angegangenen Ger ist gem § 282 Abs 3 geltend zu machen. Die bereits schriftsätzl vorgetragene Zuständigkeitsrüge muss in der mdl Vhdlg nicht wiederholt werden, sofern auf sie stillschweigend Bezug genommen wird (BGH VersR 15, 1531 Rn 21). Unter besonderen Umständen kann die Rüge konkludent erhoben sein (Prütting MDR 80, 368). Ein vom Bekl vor Vhdlg zur Hauptsache erklärter Verzicht, die Unzuständigkeit geltend zu machen, ist nur zulässig u wirksam, soweit nach § 38 eine Gerichtsstandvereinbarung zulässig wäre (BGH VersR 18, 634; BayObLG NJW-RR 21, 1000 m Anm Pfrang MDR 21, 1517); der so erklärte Verzicht wirkt zuständigkeitsbegründend (BayObLG aaO). Hat der Bekl rechtzeitig gerügt, kann er auch zur Hauptsache verhandeln, ohne dass die Wirkung des § 39 eintritt. Dies wirkt – im Gegensatz zu Art 26 EuGVVO (dort Rn 6) – auch für die BerInstanz (BGH NJW 07, 3501). Mögl ist auch ein nachträgl – auch stillschweigender – Rügeverzicht od eine Rücknahme der Zuständigkeitsrüge (BGH VersR 15, 1531

Rn 21). Nachgewiesen werden kann die Rüge außer durch Protokoll (§ 165) auch durch den Tatbestand (§ 314 S 1; BGH NJW 91, 1492). Es ist kein Rechtsmissbrauch, wenn die Parteien im GerBezirk keinen Gerichtsstand haben (aA verfehlt LG Berlin NJW-RR 97, 378).

- 9 **d) Rechtzeitige Belehrung** gem § 504 bei Verfahren vor dem AG (S 2). Dies gilt nicht für die internationale Zuständigkeit (Frankfurt NJW 79, 1787).
- 10 **3. Wirkung.** Sie ist der Rn 11 zu entnehmen. **a) Eintritt** bei Vorliegen der Voraussetzungen (Rn 3–9): ohne Rücksicht auf den (auch entgegenstehenden) Willen u die Kenntnis der Parteien und ihrer Vertreter. Das gilt selbst dann, wenn die Parteien eine abweichende Zuständigkeit vereinbart haben (BGH NJW 97, 397 mwN). Es darf aber § 40 Abs 2 nicht entgegenstehen.
- 11 **b) Umfang.** Das Ger, vor dem verhandelt wurde, wird örtl, sachl u international zuständig. Diese Zuständigkeit wird ohne eine fingierte und unwiderlegbar vermutete Gerichtsstandsvereinbarung bewirkt. Die Unzuständigkeitsrüge kann wegen § 282 Abs 3 nicht mehr nachgeholt werden. Auf jeden Fall geht § 39 vor, auch für die int Zuständigkeit bei versäumter Klageerwiderungsfrist (§ 276 Abs 1 S 1; BGH NJW 97, 397).

### § 40 Unwirksame und unzulässige Gerichtsstandsvereinbarung

(1) **Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus ihm entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.**

(2) <sup>1</sup> **Eine Vereinbarung ist unzulässig, wenn**

1. **der Rechtsstreit nichtvermögensrechtliche Ansprüche betrifft, die den Amtsgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zugewiesen sind, oder**
  2. **für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.**
- <sup>2</sup> **In diesen Fällen wird die Zuständigkeit eines Gerichts auch nicht durch rügeloses Verhandeln zur Hauptsache begründet.**

- 1 **1. Allgemeines. a) Zweck.** Durch Abs 1 sollen unnötige Verweisungen (§ 281) vermieden werden.
- 2 **b) Anwendungsbereich.** § 40 gilt für die sachl, örtl u auch für die int Gerichtsstandsvereinbarung, soweit nicht Art 25 EuGVVO vorgeht (dort Rn 2). Abs 1 u 2 S 1 gelten nur für Gerichtsstandsvereinbarungen (§ 38); Abs 2 S 2 bezieht sich auf § 39.
- 2a **c) Wirkung.** Abs 1 u 2 S 1 führen zur Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung. Bei Abs 1 kann, wenn der Mangel entdeckt wird, das Rechtsverhältnis nachträgl (mit Wirkung ex nunc) bestimmt werden. Abs 2 S 2 schließt die zuständigkeitsbegründende Wirkung des § 39 aus (dort Rn 11).
- 3 **d) Prüfung** von Amts wegen: wie § 38 Rn 3. Daher sind die Voraussetzungen (Rn 4–6), insbes die ausschließl Zuständigkeit eines anderen Ger wegen Abs 2 S 1 Nr 2 bis zur Entscheidung zu beachten. Diese lautet ggf auf Abweisung der Klage (als unzulässig) od auf Verweisung (§ 281).
- 4 **2. Voraussetzungen. a) Bestimmtes Rechtsverhältnis** (Abs 1). Begriff: § 256 Rn 5–9. Bestimmt ist es, wenn es von anderen Rechtsverhältnissen abgegrenzt werden kann. Es kann auch ein künftiges sein, wenn es bestimmbar ist. Das Rechtsverhältnis kann mehrere Ansprüche (wie § 260), auch mehrere, neben- od nacheinander erhobene Klagen umfassen. Ein Kontokorrentverhältnis ist ein bestimmtes Rechtsverhältnis, nicht aber der ganze Geschäftsverkehr zweier Parteien und alle Streitigkeiten von Aktionären (Koblenz ZIP 92, 1234).
- 5 **b) Zulässigkeit bei nicht vermögensrechtlicher Streitigkeit** (Abs 2 S 1 Nr 1). Nichtvermögensrechtl: Einl IV Rn 3, 4: auch wenn die Zuständigkeit hierfür nicht ausschließl ist. Dem AG zugewiesen: § 23 Nr 2 GVG; § 23a GVG.

Die Zuständigkeit des AG od des LG kann vereinbart werden, ohne Rücksicht auf den Wert.

**c) Kein ausschließlicher Gerichtstand** Abs 2 S 1 Nr 2; vgl 9 vor § 1. Praktisch wichtig ist § 29a. Die Ausschließlichkeit kann sachl, örtl u int sein (5 vor § 1; BGH 49, 124). Ist der Gerichtstand nur in einer Beziehung (zB örtl) ausschließl, so ist eine Gerichtstandvereinbarung iÜ zugelassen. 6

## Titel 4. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen

### Vorbemerkung

#### I. Anwendungsbereich

Die §§ 41–48 gelten in allen ProzArten der ZPO; unmittelbar nur für Richter der Zivilgerichtsbarkeit, auch für ehrenamtl Richter, zB Handelsrichter (§§ 107 ff GVG). Entsprechend gelten die §§ 41–48 für Rechtspfleger (§ 10 RPfLG); zu Einzelheiten vgl Marx Rpfleger 99, 518) u Urkundsbeamte (§ 49). Sondervorschriften gelten für GerVollz (§ 155 GVG, §§ 41 ff sind nicht entsprechend anwendbar, BGH NJW-RR 05, 149 m abl Anm Kieselstein DGVZ 05, 40; dies ist verfassungsgemäß, BVerfG NJW-RR 05, 365), Schiedsrichter (§§ 1036, 1037), Sachverständige (§ 406) u Dolmetscher (§ 191 GVG); unanwendbar auf Verfahrens- und Umgangspfleger (Karlsruhe FuR 05, 463). In FamVerf verweist § 6 FamFG auf §§ 41 ff. 1

#### II. Allgemeine Voraussetzungen und Wirkung

**1. Richter** iS der §§ 41–48 ist immer nur eine bestimmte Person, nie das Ger als solches (vgl BGH NJW 21, 385 Rn 19 m Anm auf der Heiden S 389 u Dörr MDR 20, 1497; Ghassemi-Tabar/Nober NJW 13, 3686/3687). Eine Ausnahme von der grds anzunehmenden Unzulässigkeit einer Pauschalablehnung besteht dann, wenn die Ablehnung namentl nicht genannter, gleichwohl aber ohne Weiteres bestimmbarer Richter eines gesamten Ger nicht allein mit deren Zugehörigkeit zu diesem Ger als solcher begründet, sondern in Bezug auf alle abgelehnten Richter ein darüber hinausgehender Umstand geltend gemacht wird, aus dem sich die Befangenheit ergeben soll u die abgelehnten Richter durch diesen identischen Ablehnungsgrund zweifelsfrei bestimmbar sind (BGH aaO). Abschluss u Ablehnung beziehen sich immer nur auf einen bestimmten Rechtsstreit; bei Mehrheit von Prozessrechtsverhältnissen (Streitgenossen, §§ 59, 60) wirken sie, wenn sie bei einem vorliegen, für alle Proz, solange sie verbunden sind. An Stelle des ausgeschlossenen od abgelehnten Richters tritt sein Vertreter gemäß Geschäftsverteilung (§ 21e GVG Rn 21). 2

**2. Prozesshandlungen** (Einl III). **a) Gericht.** Hat sie der ausgeschlossene Richter vorgenommen od hat er in Kammer od Senat daran mitgewirkt, können sie von od mit dem Vertreter (Rn 2 aE) wiederholt werden, aber nur, wenn das Ger nicht daran gebunden (§ 318) u der Rechtszug noch nicht beendet ist. Kann dies nicht geschehen, so sind Rechtsmittel begründet (§ 529 Abs 2, § 547 Nr 2), bei Rechtskraft die Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr 2; Gomille NZFam 16, 726). Dabei ist stets zu beachten, ob der ausgeschlossene Richter mitgewirkt hat; es genügt zB nicht, dass er ledigl verkündet (§ 310 Abs 1 S 1). § 295 Abs 1 ist unanwendbar (vgl dort Rn 3 aE). Beim abgelehnten Richter gilt grds das Gleiche, sobald der Beschluss erlassen ist, der das Gesuch für begründet erklärt (§ 47 Rn 4). Die Entscheidung, mit der ein Ablehnungsgesuch gegen den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zurückgewiesen wird, gibt nicht die Befugnis, gleichzeitig über eine Anhörungsrüge in dem HauptsacheVerf zu entscheiden, da ein Ablehnungsgesuch keinen Vertretungsfall begründet (BWVerfGH NJW 20, 603). 3



- 4 **b) Partei.** Ihre Prozeduren (Einl III Rn 3) sind nicht deshalb unwirksam, weil sie vor od gegenüber einem ausgeschlossenen od abgelehnten Richter vorgenommen wurden (allgM).

### § 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;
7. in Sachen wegen überlanger Gerichtsverfahren, wenn er in dem beanstandeten Verfahren in einem Rechtszug mitgewirkt hat, auf dessen Dauer der Entschädigungsanspruch gestützt wird;
8. in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat.

- 1 **1. Allgemeines.** Richter: 2 vor § 41. Der Ausschluss wirkt kraft Gesetzes, ohne Rücksicht auf Kenntnis. Die Aufzählung in § 41 ist erschöpfend u gestattet keine entspr Anwendung (BGH NJW-RR 15, 444 mwN; Gomille NZFam 16, 726/727). Daneben bleibt Ablehnung (§ 42) mögl. Es wird von Amts wegen durch Beschluss entschieden, wenn Zweifel bestehen, ob § 41 erfüllt ist (§ 48 Rn 2; München MDR 19, 442). Zuständigkeit: wie § 45. Die Parteien können den Ausschluss nach § 42 Abs 1, § 44 geltend machen. Bei Verstoß gegen § 41 gilt Vorbem. 3.
- 2 **2. Ausschließungsgründe** sind allein: **a) Nr 1. Partei** ist auch der Nebenintervenient u jeder, auf den sich die Rechtskraft erstreckt. Regresspflicht: § 72 Rn 7. Mitgliedschaft bei der selben juristischen Person fällt nicht unter Nr 1 (allgM), wohl aber bei der Gesellschaft, die Partei ist u im Vorstand beim nicht rechtsfähigen Verein (einfache Mitgliedschaft reicht aber nicht; BGH-Report 01, 433; ZöG.Vollkommer 4 mwN), nicht bei einer Gewerkschaft (BAG NJW 61, 2371), kann aber die Ablehnung begründen. Nr 1 ist nicht anwendbar, wenn eine Prozedur gegen den Richter wegen seines Verhaltens im Verf Schadensersatzansprüche behauptet, weil er nicht selbst Partei ist u eine Nebenintervention gem § 72 Abs 2 ausgeschlossen ist (Frankfurt NJW-RR 17, 191). Bei einer Abhilfe- u Musterfeststellungsklage gem §§ 1, 14, 41 VDuG ist nur der klagende Verband Partei, nicht aber die angemeldeten geschädigten Verbraucher (ZöG.Vollkommer 6).
- 3 **b) Nr 2. Ehe.** Umfasst alle Fälle, auf die sich Nr 1 erstreckt; nur kommt es hier auf den (auch früheren) Ehegatten an.
- 3a **c) Nr 2a. Lebenspartnerschaft** gemäß § 1 LPartG; entspr der Nr 2.

**d) Nr 3. Verwandtschaft u Schwägerschaft.** An Stelle des Ehegatten (vgl Rn 3) treten hier Verwandte (§ 1589 BGB) u Verschwägerte (§ 1590 BGB). Diese Begriffe richten sich allein nach BGB (Art 51 EGBGB). Grad ist die Anzahl der die Verwandtschaft od Schwägerschaft vermittelnden Geburten. Nur Ablehnung (§ 42) kann begründen: Verwandtschaft u Schwägerschaft mit anderen Prozessbeteiligten; entferntere Verwandtschaft u Schwägerschaft; auch wenn Verwandte od Ehegatten eines Verschwägerten beteiligt sind. Durch Adoption entsteht u erlischt Verwandtschaft (§§ 1754–1756 BGB; Ausnahme § 1770 BGB); ebenso durch Aufhebung der Adoption (§ 1764 BGB).

**e) Nr 4. Vertreter.** Es muss nicht derselbe Prozess sein; es genügt derselbe Streit od Streitpunkt (BGH NJW-RR 17, 187; enger Frankfurt FamRZ 11, 313). Prozessbevollmächtigte (§ 80): auch Unterbevollmächtigte u die Vertreter nach § 53 BRAO. Beistand: § 90. Gesetzl Vertreter: § 51 Rn 3.

**f) Nr 5. Zeuge u Sachverständiger.** Er muss wirkll vernommen, nicht nur benannt sein. Sache: nur bei ein u demselben Prozessrechtsverhältnis (1 vor § 50); das ist auch noch bei Wiederaufnahmeklage gegeben. Die dienstl Stellungnahme von in amlt Eigenschaft als Richter erlangtem Wissen zum Ablehnungsgrund gegen einen anderen Richter des Kollegialgerichts steht einer Zeugenvernehmung iSv Nr 5 nicht gleich (München MDR 17, 234).

**g) Nr 6. Frühere Mitwirkung. aa) Ausschluss.** Es muss dasselbe Prozessverhältnis gegeben sein (BGH NJW-RR 17, 454). Angefochten: also nur Rechtsmittel. Mitgewirkt: beim Erlass (nicht ledigl bei der Verkündung) der angefochtenen Entscheidung. Nur diese ist maßgebend (BGH NJW-RR 12, 1341); Mitwirkung an einer dieser vorangegangenen Entscheidung: vgl. § 42 Rn 13; das ist auch das gem § 343 aufrechterhaltene VersUrt (BAG NJW 68, 814). Die Mitwirkung des im Vorproz mit der Sache befassten Richters bei dem Erlass der Entscheidung im späteren AnwaltsvergütungsProz stellt keinen gesetzl Ausschlussgrund dar (LG Köln NJW-RR 22, 1290).

**bb) Kein Ausschluss** (aber uU Ablehnung, vgl § 42 Rn 13): wenn der Ehegatte des Rechtsmittelrichters am angefochtenen Urt (BGH NJW 08, 1672) mitgewirkt hat, bei Beweisbeschluss u Beweisaufnahme, vorangegangenen ZwischenUrt (§ 303), auch nicht bei GrundUrt (§ 304) für das BetragsVerf (BGH NJW 60, 1762), VorbehaltsUrt für das NachVerf in höherer Instanz (RG 148, 199), erteilter Vollstreckungsklausel (Frankfurt NJW 68, 801); Entscheidung gem § 732 bei Klage aus § 767 (BGH NJW 76, 2135); bei Abänderungs- (§ 323) u Wiederaufnahmeklage (§ 578; hM; BGH NJW 81, 1273 mwN); Mitwirkung der im Vorprozess mit der Sache befassten Richter bei dem Erlass der Entscheidung im späteren AnwaltschaftungsProz (BGH NJW-RR 15, 444 m abl Anm Mäsch JZ 15, 579); Mitwirkung an einem Berichtigungsbeschluss gem § 319 (Braunschweig NJW-RR 16, 1152); Mitwirkung an einer Entscheidung im einstw Rechtsschutz (eV, Arrest, eAO) u spätere Tätigkeit im RechtsmittelVerf, bei der nicht Gegenstand die Entscheidung im einstw Rechtsschutz, sondern eine Hauptsacheentscheidung ist, an der der Richter nicht mitgewirkt hat (BGH NJW-RR 17, 454 m zust Anm Weber NZFam 17, 284; München MDR 19, 442). Die Mitgliedschaft im Präsidium des Ger stellt keinen Ablehnungsgrund dar, sofern nicht weitere Umstände hinzutreten (BGH NJW-RR 19, 123). Selbst wenn der Richter bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, darf er für die höhere Instanz als beauftragter od ersuchter Richter tätig sein (letzter Hs); Vorbefassung mit einer der Parteien bei der Staatsanwaltschaft (Nürnberg NJW-RR 23, 356).

**h) Nr 7. Mitwirkung bei einem Verfahren mit überlanger Verfahrensdauer.** Gemeint sind Verf iSv § 198 Abs 1 GVG, die unangemessen lange dauerten u diesbezügl ein EntschädigungsVerf eingeleitet wurde. Mitwirkung ist jede richterl Tätigkeit in der Gerichtsakte im zuständigen Senat während der Anhängigkeit des AusgangsVerf bis zur UrtVerkündung, nicht aber danach, gleich welchen Umfangs; auch eine geringfügige Befassung mit der Sache kann ausreichen



(BSG NJW 18, 1122). Die bloße Senatszugehörigkeit reicht jedoch nicht aus (BSG aaO).

- 10 **i) Nr 8. Mitwirkung** an einem MediationsVerf od einem anderen Verf der außergerichtl Konfliktbeilegung. Gemeint sind Verf nach dem MediationsG, bei denen der Richter zuvor als Mediator tätig gewesen ist. Die Vorschrift gilt entsprechend, wenn der Richter als Güterichter nach § 278 Abs 5 tätig geworden ist, weil dieser die Methoden der Mediation einsetzen kann u daher eine vergleichbare Interessenlage besteht (Ahrens NJW 12, 2465, der sich jedoch zu Unrecht auf die BT-Drs 17/5335 beruft; aA VG Göttingen MDR 15, 55; Greger/Weber MDR Sonderbeilage zu Heft 18/2012 S 29, die § 42 anwenden wollen). München (MDR 20, 366) will Nr 8 in einem Verf nach §§ 198 GVG entspr anwenden, wenn der Richter zwar nicht in dem dort zugrunde liegenden (verzögerten) AusgangsVerf als Mediator/Güterichter tätig war, aber in einem weiteren Verf, bei dem er tätig ist, mit den gleichen Parteien wie im AusgangsVerf u das gleiche Kerngeschehen wie in dem verzögerten Prozess zugrunde liegt.

### § 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 Fall beiden Parteien zu.**

- 1 **1. Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs** (hierzu Conrad MDR 15, 1048; Ghassemi-Tabar/Nober NJW 13, 3686). Es ist als Prozeduralhandlung nur wirksam, wenn deren Voraussetzungen vorliegen (Einl III Rn 10). Das Gesuch ist widerrufen bis zum Erlass der Endentscheidung (Einl III Rn 22). Zulässigkeitsvoraussetzungen sind:

- 1a **a) Statthaftigkeit.** Die §§ 41 ff müssen überhaupt anwendbar sein (1 vor § 41). Die Ablehnung muss sich auf einen od mehrere bestimmte Richter, sie darf sich nicht auf ein ganzes Ger od einen Spruchkörper als solchen beziehen (2 vor § 41 (auch zu den Ausnahmen); BGH NJW 21, 385 Rn 19 m Anm auf der Heiden S 389 u Dörr MDR 20, 1497). Das Gesuch muss von einer Partei (Abs 3) od einem Nebenintervenienten (§ 66) gestellt werden; denn das Ablehnungsrecht steht nicht dem Prozessbevollmächtigten als solchem zu (BayObLG 74, 446), dem Richter selbst nur nach § 48.
- 2 **b) Zeitpunkt.** Das Gesuch kann ab Anhängigkeit u jedenfalls noch bis zur Endentscheidung gestellt werden. Wegen § 318 kann danach kein Ablehnungsgesuch mehr gestellt werden (BVerfG NJW 18, 3438; BGH NJW-RR 07, 1653), auch nicht, wenn eine Tatbestandsberichtigung beantragt wurde (BGH aaO; vgl Rn 7); anders aber im Verf nach § 321a, wenn dieses nicht offensichtlich unzulässig ist (BGH NJW-RR 22, 138 m Anm Alpes MDR 22, 294 u Baumert EWiR 22, 190) od sofern auf ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung ein AbhilfeVerf durch das ErstGer durchzuführen ist (BGH NJW-RR 22, 429). Auch nicht mehr nach Ausscheiden des Richters aus dem Spruchkörper (Karlsruhe FamRZ 05, 1260). Dass der abgelehnte Richter als Vertreter eines mit dem Rechtsstreit befassten Richters im Vertretungsfall selbst mit diesem befasst werden kann, genügt nicht (keine „vorbeugende“ Ablehnung; BGH NJW-RR 22, 1222).
- 3 **c) Form** des Gesuchs: § 44 Abs 1. Wenn diese Vorschrift eingehalten ist, machen Beschimpfungen, herabsetzende Äußerungen u negative Werturteile das Gesuch nicht unzulässig (Stuttgart NJW 77, 112).
- 4 **d) Kein Verlust des Ablehnungsrechts:** aus § 43 zu entnehmen. Dies gilt nicht, wenn abgelehnt wird, weil die Voraussetzungen des § 41 vorliegen.