

FamFG

Keidel

20., überarbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74058-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Bei der Verletzung des Grundsatzes der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) ist die Erhebung einer **Anhörungsrüge** möglich (→ § 44 Rn. 14);¹⁵⁶ insoweit entfaltet der Bestimmungsbeschluss auch ausnahmsweise keine Bindungswirkung. Bei einer Veränderung der Sach- und Rechtslage (zB wenn das an sich zuständige Gericht nicht mehr an der Ausübung der Gerichtsbarkeit gehindert ist, Abs. 1 Nr. 1; wenn mittlerweile Gewissheit über die Zuständigkeit eines Gerichts besteht, Abs. 1 Nr. 2) kann die Entscheidung von dem bestimmenden Gericht gem. § 48 Abs. 1 abgeändert werden.¹⁵⁷

XIII. Kosten und Gebühren

Für das Bestimmungsverfahren fallen mangels entsprechender Kostentatbestände im 53 GNotKG bzw. im FamGKG weder in Familiensachen noch in sonstigen Verfahren der fG gesonderten **Gerichtskosten** an; das Bestimmungsverfahren ist somit gerichtskostenfrei. Die Tätigkeit eines **Rechtsanwalts** ist nach § 15 RVG mit der für die Hauptsache vorgesehenen Vergütung abgegolten, da das Verfahren zum Rechtszug der Hauptsache gehört (§ 16 Nr. 3a RVG). Wird der Rechtsanwalt nur in dem Bestimmungsverfahren tätig, so erhält er nach § 13 RVG einen 0,8-fache Verfahrensgebühr (Nr. 3403 VV RVG).¹⁵⁸

§ 6 Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen

(1) ¹Für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen gelten die §§ 41 bis 49 der Zivilprozeßordnung entsprechend. ²Ausgeschlossen ist auch, wer bei einem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat.

(2) Der Beschluss, durch den das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, ist mit der sofortigen Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 der Zivilprozeßordnung anfechtbar.

Übersicht

	Rn.
I. Normzweck; Regelungsinhalt	1
II. Anwendungsbereich der Vorschrift	2
1. Grundsatz	2
2. Ehe- und Familienstreitsachen	4
III. Erfasster Personenkreis	5
1. Gerichtspersonen im engeren Sinne	5
2. Sonstige in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätige Personen	6
IV. Ausschließungsgründe (§ 41 ZPO)	8
1. Grundsatz	8
2. Beteiligung des Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 1 ZPO)	9
3. Beteiligung des Ehegatten der Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 2 ZPO)	11
4. Beteiligung des Lebenspartners der Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 2a ZPO)	12
5. Beteiligung von nahen Verwandten und Verschwägerten der Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 3 ZPO)	13
6. Vertretung der Beteiligten (§ 41 Nr. 4 ZPO)	14

¹⁵⁶ So wohl auch MüKoFamFG/Ulrici § 44 Rn. 6.

¹⁵⁷ MüKoFamFG/Pabst § 5 Rn. 29.

¹⁵⁸ MüKoFamFG/Pabst § 5 Rn. 34; Zöller/Geimer FamFG § 5 Rn. 6.

	Rn.
7. Vernehmung als Zeuge oder Sachverständiger (§ 41 Nr. 5 ZPO)	16
8. Mitwirkung der Gerichtsperson an der angefochtenen Entscheidung (§ 41 Nr. 6 ZPO)	17
9. Mitwirkung an Verfahren mit überlanger Dauer (§ 41 Nr. 7 ZPO)	19
10. Mitwirkung an einem vorangegangenen Mediations- bzw. Konfliktlösungsverfahren (§ 41 Nr. 8 ZPO)	20
11. Mitwirkung an einem vorangegangenen Verwaltungsverfahren (Abs. 1 S. 2)	21
V. Ablehnung einer Gerichtsperson (§ 42 ZPO)	22
1. Grundsatz	22
2. Einzelfälle	23
VI. Verfahren	33
1. Ablehnungsgesuch (§ 44 ZPO)	33
a) Zulässigkeit des Antrags	33
b) Begründetheit des Antrags	43
2. Selbstdablehnung; Ablehnung von Amtswegen (§ 48 ZPO)	44
3. Unaufschiebbare Amtshandlungen (§ 47 ZPO)	46
VII. Entscheidung über das Ablehnungsgesuch (§§ 45, 46 Abs. 1 ZPO)	50
1. Zuständigkeit für die Entscheidung	50
a) Gerichtsperson beim AG	50
b) Gerichtsperson beim Kollegialgericht	51
c) Rechtspfleger; Urkundsbeamte	53
2. Verfahren	54
3. Entscheidung	56
a) Allgemeines	56
b) Entscheidungstenor	57
VIII. Folgen des Ausschlusses bzw. der Befangenheit	58
1. Ausgangsverfahren	58
2. Rechtsmittelverfahren	60
IX. Rechtsmittel (Abs. 2)	63
X. Kosten	69

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

I. Normzweck; Regelungsinhalt

1 Nach Art. 20 Abs. 3, 101 Abs. 1 S. 2 GG muss gewährleistet sein, dass der Rechtssuchende nicht vor einer Gerichtsperson steht, der aus bestimmten Gründen die Neutralität und Distanz fehlt.¹ Insoweit will **Abs. 1** durch die Verweisung auf §§ 41 ff. ZPO und durch die Ergänzung eines weiteren Ausschließungsgrundes in Abs. 1 S. 2 die Unparteilichkeit der am Verfahren beteiligten Gerichtspersonen und damit eines fairen Verfahrens gewährleisten. Damit dient die Vorschrift dem Vertrauen der Beteiligten in die Unvoreingenommenheit, Objektivität und Neutralität. Die Regelung entspricht hinsichtlich der **Ausschließung der Gerichtsperson** dem § 6 FGG; zudem werden die von der früheren Rechtsprechung für Verfahren der fG entwickelten Grundsätze für die **Ablehnung einer Gerichtsperson** gesetzlich kodifiziert. Weiterhin werden durch die Verweisung auf §§ 41 ff. ZPO die früheren Unterschiede zwischen den Verfahren der fG und des Zivilprozesses (zB Grad der Verwandtschaft in § 6 Nr. 3 FGG einerseits, § 41 Nr. 3 ZPO andererseits) beseitigt. Hierdurch werden die Verfahrensordnungen harmonisiert. **Abs. 1 S. 2** trägt zudem dem Prinzip der Gewaltenteilung Rechnung. **Abs. 2** eröffnet im Falle einer zurückweisenden Entscheidung den Rechtsweg; diese Vorschrift ist an sich im Hinblick auf § 46 Abs. 2 ZPO auf den Abs. 1 verweist, überflüssig.

¹ BVerfG NJW 2007, 3771; NJW 2003, 3404; NJW 1993, 2229; NJW 1971, 1029; NJW 1967, 1123; BGH NJW 2019, 516 Rn. 15; NJW 1995, 1678.

II. Anwendungsbereich der Vorschrift

1. Grundsatz

§ 6 findet grundsätzlich auf **alle FamFG-Verfahren** einschließlich der Familiensachen 2 (§ 1) Anwendung, mit Ausnahme der Ehesachen (§ 121) sowie der Familienstreitsachen (§ 112); s. dazu → Rn. 4. In Landwirtschaftssachen ist § 6 über die Verweisung in § 9 LwVG anwendbar. In erstinstanzlichen **Grundbuchsachen** findet § 6 FamFG Anwendung; für den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gilt § 12c Abs. 3 S. 1 GBO. Für das Beschwerdeverfahren wird über § 81 Abs. 2 GBO unmittelbar auf §§ 41 ff. ZPO verwiesen. Eine ergänzende Bestimmung enthält § 11 GBO für die Wirksamkeit von Eintragungen durch eine kraft Gesetzes ausgeschlossene Person. Für erstinstanzliche Schiffregistersachen gilt § 6 FamFG unmittelbar; die Ablehnung von Urkundsbeamten der Geschäftsstelle regelt § 2 Abs. 4 S. 1 SchRegO. Für das Beschwerdeverfahren in Schiffregistersachen enthält § 89 Abs. 2 SchRegO eine Verweisung auf die ZPO.

Notare können nach § 6 BeurkG ausgeschlossen sein; insoweit findet § 6 keine Anwendung. Soweit der Rechtspfleger (bzw. der Richter) noch für öffentliche **Beurkundungen** zuständig ist (zB §§ 67, 68 BeurkG), gilt § 6 nicht; vielmehr sind gemäß § 1 Abs. 2 BeurkG die §§ 3, 4, 6, 7, 26 BeurkG maßgebend. Soweit nach **Landesrecht** für die Durchführung des Verfahrens andere als gerichtliche Behörden zuständig sind (§ 488 Abs. 1), ist § 6 im Verhältnis der Behörden zueinander und zu den Gerichten anwendbar. In den landesgesetzlich geregelten Angelegenheiten der fG kann der Landesgesetzgeber die entsprechende Geltung des FamFG und somit auch des § 6 vorschreiben. Zu den Einzelheiten siehe die Ausführungen bei § 486.

Zu der Übergangsregelung siehe die Ausführungen zu Art. 111 FGG-RG.

2. Ehe- und Familienstreitsachen

Für Ehesachen (§ 121) und Familienstreitsachen (§ 112) findet § 6 gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 keine Anwendung. Über die Verweisung in § 113 Abs. 1 S. 2 gelten die maßgeblichen Allgemeinen Vorschriften der ZPO sowie die Vorschriften der ZPO über das Verfahren vor den Landgerichten und somit die §§ 41 ff. ZPO unmittelbar. Insoweit besteht letztlich bis auf den Ausschließungsgrund nach § 6 Abs. 1 S. 2 kein Unterschied zu den übrigen FamFG-Verfahren.

III. Erfasster Personenkreis

1. Gerichtspersonen im engeren Sinne

§ 6 bezeichnet als ablehnbar (im Gegensatz zu § 41 ZPO „Richteramt“) die „Gerichtspersonen“. Gemeint sind damit ausschließlich natürliche Personen, nicht die Abteilung, die Kammer, der Senat oder das Gericht als solches (→ Rn. 35). Erfasst werden von der Norm die **Richter** (aller Instanzen, auch die beauftragten oder ersuchten Richter) sowie die **ehrenamtlichen Richter** in Handelsregister- und Landwirtschaftssachen. Über § 10 RPflG findet die Vorschrift zudem auf die **Rechtspfleger** Anwendung. Weiterhin gelten die §§ 41 ff. ZPO über § 49 ZPO für **Urkundsbeamte** der Geschäftsstelle.²

2. Sonstige in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätige Personen

Nicht erfasst von § 6 werden sonstige in Verfahren der fG tätige Personen. Die Ablehnung von **Sachverständigen** richtet sich über § 30 Abs. 1 FamFG nach § 406 ZPO (dazu

² BVerfG NJW 2007, 3200.

§ 6 7–10

Abschnitt 1. Allgemeine Vorschriften

→ § 30 Rn. 101 ff.).³ Die Ablehnung bzw. der Ausschluss von **Dolmetschern** ist in § 191 GVG geregelt. Die Ausschließung des gerichtlich beauftragten **Gerichtsvollziehers** richtet sich nach § 155 GVG, wonach eine Ablehnung des Gerichtsvollziehers ausscheidet.⁴

7 Die Ablehnung des Verfahrenspflegers (§§ 276, 317, 419),⁵ des Verfahrensbeistands (§ 158, 174, 191),⁶ des Mitarbeiters des Jugendamtes (§§ 162, 176, 194, 205, 213)⁷ oder des Umgangspflegers (§§ 1684 Abs. 3, 1789, 1915 S. 1 BGB)⁸ ist nicht möglich, weil diese Personen trotz Bestellung durch das Gericht keine Gerichtspersonen iSd § 6 sind und Sondervorschriften für die Ablehnung dieses Personenkreises nicht bestehen. Ein Ausschluss kommt indes gem. § 41 Nr. 4 ZPO in Betracht, wenn die Person in der Sache zugleich oder später als Gerichtsperson tätig wird (→ Rn. 14).

IV. Ausschließungsgründe (§ 41 ZPO)

Der Text von § 41 ZPO ist in dieser Auflage nicht mehr abgedruckt und für die Nutzer dieses Buches im Internet zugänglich (vgl. den Hinweis vorne Seite VII).

1. Grundsatz

8 Die Ausschließung von der Mitwirkung in der Sache tritt **kraft Gesetzes** ein; hierzu bedarf es keines entsprechenden Antrags oder einer Anzeige der Gerichtsperson iSd § 48 ZPO. **Sache** im Sinne von § 41 ZPO ist jede Angelegenheit, jeder Sachverhalt, der zu einem Verfahren und einer Entscheidung Anlass gibt. Hat das Gericht eine länger dauernde Tätigkeit zu entfalten, wie in Betreuungs- und Nachlasssachen, ist Sache im Sinne des § 6 jede einzelne in den Rahmen der Gesamtätigkeit fallende Angelegenheit, welche zu einer besonderen Entscheidung Anlass gibt, also zB in Nachlasspflegschaftssachen die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts.⁹ Die Aufzählung der Ausschließungsgründe in § 41 ZPO ist **abschließend**.¹⁰ Ein Ausschlussgrund iSd § 41 ZPO kann auch eine Befangenheit iSd § 42 ZPO begründen (→ Rn. 22 ff.).

2. Beteiligung des Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 1 ZPO)

9 Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8), in denen sie selbst „Partei“ (dh Beteiligter in Verfahren der fG) ist oder bei denen sie zu einer „Partei“ (dh Beteiligten) in dem Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen steht. Gemeint sind die Fälle, in denen die **Gerichtsperson selbst (formell oder materiell Beteiligter)** (vgl. § 7 FamFG bzw. die jeweiligen Beteiligungsvorschriften für die einzelnen Verfahren, § 7 Rn. 5 ff.), ist. Mitberechtigter oder Mitverpflichteter ist, wer, ohne in der Sache selbst als Beteiligter aufzutreten oder auftreten zu können, neben einem Beteiligten von dem Verfahren unmittelbar betroffen wird. Das Verhältnis als Beteiligter, Mitberechtigter oder Mitverpflichteter muss zu der Zeit noch fortbestehen, zu der der Richter als solcher tätig werden soll.

10 Bspw ist der Nachlassrichter/Rechtsanwalt ausgeschlossen, wenn er Erbe, Miterbe, Nacherbe, Pflichtteilsberechtigter, Vermächtnisnehmer ist. Unerheblich ist insoweit, ob er im Verfahren bereits als Beteiligter hinzugezogen worden ist. Es reicht bereits die Mögliche-

³ BGH NJW-RR 2017, 569; NJW 2017, 1247; NJW-RR 2007, 1535; OLG Brandenburg FamRZ 2015, 68.

⁴ BGH NJW-RR 2005, 149.

⁵ OLG Celle FGPrax 2003, 128; Bumiller/Harders/Schwamb § 6 Rn. 2.

⁶ OLG Brandenburg FamRZ 2012, 235; OLG Celle FGPrax 2003, 128.

⁷ OLG Celle FamRZ 2011, 1532; Bumiller/Harders/Schwamb § 6 Rn 2.

⁸ OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1571.

⁹ Dazu auch BayObLG MDR 1977, 763.

¹⁰ BGH NJW 2004, 163 Rn. 6; NJW 1991, 425; BFH/NV 2018, 973 Rn. 33; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1763.

keit einer Hinzuziehung.¹¹ Die Gerichtsperson ist ausgeschlossen als Mitglied einer beteiligten GbR, eines kleinen nichtrechtsfähigen Vereins, einer OHG, Kommanditgesellschaft. Aber auch wenn ein Richter Gesellschaftsanteile an einer GmbH hält, ist er in diesem Sinn beteiligt, obwohl formal nur die GmbH Beteiligte ist. Dagegen stellen die Mitgliedschaft in Massenvereinigungen (zB Sport- bzw. Freizeitvereinen; ADAC; Gewerkschaften) keinen Ausschließungsgrund iSd § 41 Nr. 1 ZPO dar,¹² soweit nicht ausnahmsweise einzelne Mitgliedsrechte der Gerichtsperson betroffen sind. So schließt allein die Mitgliedschaft in der IHK eine Mitwirkung einer Gerichtsperson nicht bei einem die IHK betreffenden Verfahren aus.¹³ Unanwendbar ist § 41 Nr. 1 ZPO weiterhin bei Gerichtspersonen, die Bürger einer beteiligten Gemeinde, Kleinaktionär einer beteiligten Publikums-Aktiengesellschaft¹⁴ bzw. einer sonstigen Publikumsgesellschaft oder Mitglied einer Massen-Gesellschaft (zB Volksbank) sind, sofern nicht ausnahmsweise Sonderrechte der Gerichtsperson Verfahrensgegenstand sind.

3. Beteiligung des Ehegatten der Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 2 ZPO)

Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8) ihres **Ehegatten**, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht. Ein Verlöbnis oder eine nichteheliche Lebensgemeinschaft genügen nicht; insoweit kann aber ein Grund für eine Befangenheit iSd § 42 ZPO vorliegen. Die Ehe einer Gerichtsperson mit dem Verfahrensbevollmächtigten eines Beteiligten wird ebenfalls von § 41 Nr. 2 ZPO nicht erfasst; in Betracht kann indes eine Befangenheit gem. § 42 ZPO kommen.¹⁵

4. Beteiligung des Lebenspartners der Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 2a ZPO)

Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8) ihres **Lebenspartners**, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht. Gemeint sind registrierte Lebenspartnerschaften (§ 1 LPartG), nicht eheähnliche Lebensgemeinschaften.

5. Beteiligung von nahen Verwandten und Verschwägerten der Gerichtsperson am Verfahren (§ 41 Nr. 3 ZPO)

Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8) einer Person, mit der sie in gerader Linie **verwandt oder verschwägert**, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist oder war. Der Begriff der Verwandten bzw. Verschwägerten bestimmt sich nach §§ 1589 ff., 1754 ff. BGB. In **gerader Linie verwandt** sind zB Eltern, eheliche, nichteheliche und adoptierte Kinder, Enkel, Urenkel. In **gerader Linie verschwägert** sind Schwiegereltern, Schwiegersohn, Schwiegertochter, Schwiegergroßeltern, Ehemann zum nichtehelichen Kind seiner Frau, Ehefrau zum nichtehelichen Kind des Mannes. In **Seitenlinie bis zum 3. Grad verwandt** sind Schwester, Bruder, Tante, Onkel, Nichte, Neffe. In **Seitenlinie bis zum 2. Grad verschwägert** sind Geschwister des Ehegatten sowie die Ehegatten der Geschwister der Gerichtsperson. Verwandtschaft zum Verfahrensbevollmächtigten eines Beteiligten genügt nicht.

¹¹ Bahrenfuss § 6 Rn. 12.

¹² BVerfG NJW 1984, 1874 betr. die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft; BGH WuM 2004, 110; NJW-RR 2003, 281; betr. jew. Mitgliedschaft in einem Verein mit einer Vielzahl von Mitgliedern.

¹³ KG RJA 2, 172; KGJ 35 A, 145.

¹⁴ BayObLG NZG 2002, 485.

¹⁵ OLG Jena MDR 2000, 540; LSG Rheinland-Pfalz NJW-RR 1998, 1765; LSG Sachen-Anhalt Beschl. v 19.1.2012 – L 8 SO 27/10 B ER, juris.

6. Vertretung der Beteiligten (§ 41 Nr. 4 ZPO)

14 Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8), in denen sie als **Verfahrensbevollmächtigte** (§ 10 Abs. 2) oder Beistand eines Beteiligten (§ 12) bestellt oder als gesetzlicher Vertreter eines Beteiligten aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. „Gewesen ist“ bezieht sich auch auf den früheren Verfahrensbevollmächtigten. Bevollmächtigte → § 10. Beistand: → § 12. Wer gesetzlicher Vertreter ist, richtet sich nach materiellem Recht (zB Eltern, §§ 1626 ff. BGB; Vormund, § 1793 BGB; Betreuer in ihrem Aufgabenkreis, § 1902 BGB; Pfleger in ihrem Wirkungskreis, § 1915 BGB) oder als Organ einer juristischen Person (Vorstand, Geschäftsführer). Es reicht bereits das Bestehen der Vertretungsmacht; auf eine tatsächliche Ausübung kommt es nicht an.¹⁶

15 Der Gesetzestext hat die neuen Vertretungsformen des Familienrechts nicht mitgemacht. Wenn schon jemand als Richter ausgeschlossen ist, der früher Verfahrensbevollmächtigter des Betroffenen war, dann muss analog auch derjenige als Betreuungsrichter ausgeschlossen sein, dem der Betroffene eine Vorsorgevollmacht erteilt hat, welche der Richter akzeptiert hat. Verfahrenspfleger (§ 276) sind zwar weder gesetzliche Vertreter noch Verfahrensbevollmächtigte; sie haben aber (mindestens) dieselben Vertretungsbefugnisse wie ein Verfahrensbevollmächtigter und sind daher ebenfalls in analoger Anwendung als ausgeschlossen anzusehen.

7. Vernehmung als Zeuge oder Sachverständiger (§ 41 Nr. 5 ZPO)

16 Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8), in denen sie als **Zeuge oder Sachverständiger** vernommen ist. Erforderlich ist eine tatsächliche Vernehmung; wobei eine schriftliche Äußerung gem. § 377 Abs. 3 ZPO einer Vernehmung gleich steht.¹⁷ Die bloße Benennung als Zeuge oder Sachverständiger genügen nicht, selbst wenn das Unterbleiben verfahrensfehlerhaft gewesen sein sollte.¹⁸

8. Mitwirkung der Gerichtsperson an der angefochtenen Entscheidung (§ 41 Nr. 6 ZPO)

17 Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8), in denen sie in einem **früheren Rechtszuge** oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat; eine Mitwirkung in einem anderen Verfahren genügt nicht.¹⁹ Keine Mitwirkung iSd Vorschrift besteht bei einer Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters; gleiches gilt, wenn der Richter lediglich an der Verkündung der Entscheidung²⁰ bzw. deren Berichtigung mitgewirkt hat. Den Ausschluss bei Mitwirkung in einem vorangegangenen Verwaltungsverfahren regelt § 6 Abs. 1 S. 2 FamFG (→ Rn. 21).

18 Bspw. ist der Amtsrichter, der am Beschluss des AG mitgewirkt hat, nach seiner Versetzung zum Beschwerdegericht im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen; für das Beschwerdeverfahren darf er aber als beauftragter bzw. ersuchter Richter tätig werden. Der Amtsrichter, der im amtsgerichtlichen Verfahren eine einstweilige Anordnung erlassen hat, darf aber als Richter im Beschwerdeverfahren mitwirken, wenn nicht die einstweilige Anordnung, sondern die Hauptsache Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist.²¹ Ebenso ist der Amtsrichter nicht ausgeschlossen, wenn er nur am Beweisverfahren (Anhörung des Betroffenen, Einholung des Gutachtens) mitwirkte, aber ein anderer Amtsrichter entschie-

¹⁶ BGH BGHR 2001, 432; Bahrenfuss § 6 Rn. 19.

¹⁷ OLG Frankfurt a. M. FamRZ 1989, 519.

¹⁸ BFH/NW 2018, 973 Rn. 29 f.

¹⁹ BGH NJW-RR 2017, 454 Rn. 11; FamRZ 205, 746 Rn. 7; NJW 2012, 1341 Rn. 2; NJW 1981, 1273.

²⁰ OLG Jena MDR 200, 540.

²¹ BGH NJW-RR 2017, 454.

den hat. Zudem soll der Beschwerderichter nicht ausgeschlossen sein, wenn sein Ehegatte den erstinstanzlichen Beschluss erlassen hat.²²

9. Mitwirkung an Verfahren mit überlanger Dauer (§ 41 Nr. 7 ZPO)

Eine Gerichtsperson ist ebenfalls ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8) wegen überlanger 19 Gerichtsverfahren (vgl. §§ 198 ff. GVG; → Anh. § 58 Rn. 65 ff.), wenn er in dem beanstandeten Verfahren in einem Rechtszug mitgewirkt hat, auf dessen Dauer der Entschädigungsanspruch gestützt wird.

10. Mitwirkung an einem vorangegangenen Mediations- bzw. Konfliktlösungsverfahren (§ 41 Nr. 8 ZPO)

Die Mitwirkung einer Gerichtsperson scheidet in Sachen (→ Rn. 8) aus, in denen er an 20 einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (vgl. § 36a) mitgewirkt hat. Die Mitwirkung an diesen Verfahren ist mit der Ausübung des Amtes in Verfahren, die den gleichen Verfahrensgegenstand betreffen, unvereinbar.²³ Daher kommt eine Mitwirkung weder im Fall des Scheiterns der Konfliktbeilegung an der dann zu treffenden Entscheidung noch bei Zustandekommen einer Einigung an der Errichtung eines gerichtlichen Vergleichs (§ 36) oder gerichtlich gebilligten Vergleichs (§ 156 Abs. 2) in Betracht (vgl. auch → § 36a Rn. 12–16).

11. Mitwirkung an einem vorangegangenen Verwaltungsverfahren (Abs. 1 S. 2)

Wenn eine Gerichtsperson als Organ der (Justiz-)Verwaltung ein Verwaltungsverfahren 21 veranlasst oder dabei mitgewirkt hat, ist die Mitwirkung dieser Gerichtsperson an einem gerichtlichen Verfahren, in dem die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandels überprüft werden soll, im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung ebenfalls ausgeschlossen (Abs. 1 S. 2). Hat zB der Präsident eines LG einen Notar angewiesen, wegen seiner Kostenberechnung die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, so ist der Präsident aus den angeführten verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, in dem Notarkostenbeschwerdeverfahren als Richter mitzuwirken.²⁴ Hat der Rechtsanwalt als weisungsgebundener Kostenbeamter einen Kostenansatz aufgestellt, kann er nicht über die Erinnerung hiergegen entscheiden.²⁵ Abs. 1 S. 2 hat auch Bedeutung in öffentlich-rechtlichen Streitsachen.²⁶ Nicht von Abs. 1 S. 2 werden Verfahren erfasst, in denen die Gerichtsperson zuvor über die Verfahrenskostenhilfe zu Ungunsten eines Beteiligten entschieden hat.²⁷

V. Ablehnung einer Gerichtsperson (§ 42 ZPO)

Der Text von § 42 ZPO ist in dieser Auflage nicht mehr abgedruckt und für die Nutzer dieses Buches im Internet zugänglich (vgl. den Hinweis vorne Seite VII).

1. Grundsatz

Gem. § 42 ZPO kann eine Gerichtsperson von einem Beteiligten abgelehnt werden, 22 wenn diese kraft Gesetz von der Ausübung seines Amtes gem. § 41 ZPO ausgeschlossen ist oder wenn die Besorgnis der Befangenheit besteht. Erforderlich ist, dass die abgelehnte

²² BGH NJW 2008, 1672; NJW 2004, 163; teils aA Feuer NJW 2004, 650.

²³ BR-Drs. 60/11, 29.

²⁴ BayObLG NJW-RR 1988, 254; NJW 1986, 1622; OLG Frankfurt a. M. OLGR 2003, 239.

²⁵ BayObLG Rpfleger 1974, 391; OLG München NJW-RR 2015, 316.

²⁶ Vgl. BVerwGE 52, 47; BGH FamRZ 1963, 556; VGH München BayVBl. 1985, 311.

²⁷ BVerwG NVwZ-RR 2009, 662.

Gerichtsperson bereits in der betreffenden Sache tätig ist bzw eine Tätigkeit unmittelbar bevorsteht. Eine **vorsorgliche Ablehnung** im Hinblick auf eine zukünftige Tätigkeit (zB im Falle einer noch nicht feststehenden Zurückweisung der Sache an das Ausgangsgericht) genügt nicht.²⁸ Hinsichtlich der Ablehnung wegen eines **Ausschlusses von der Ausübung des Amts** gelten die Ausführungen → Rn. 8 ff. Eine **Besorgnis der Befangenheit** liegt gem. § 42 Abs. 2 ZPO vor, wenn ein Grund gegeben ist, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit einer Gerichtsperson zu rechtfertigen. Unerheblich ist, ob die Gerichtsperson tatsächlich befangen ist.²⁹ Maßgeblich sind ausschließlich objektive Gründe, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, die Gerichtsperson stehe der Person oder der Sache (→ Rn. 8) nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteilich gegenüber. Rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen des Ablehnenden reichen nicht aus.³⁰ Unerheblich ist, ob die Gerichtsperson tatsächlich befangen ist bzw. ob diese sich für befangen hält.³¹

2. Einzelfälle

23 Zu der Frage der Befangenheit iSd § 42 ZPO ist eine Vielzahl von Entscheidungen ergangen.³² Maßgeblich sind die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls:

24 **Freundschaft/Feindschaft** mit eines Beteiligten bzw. dessen Verfahrensbevollmächtigten kann im Einzelfall die Befangenheit begründen. Bloße Kollegialität (zB Zugehörigkeit von Beteiligten und Gerichtsperson zum selben Gericht) oder allein der Umstand des Duzens genügen nicht;³³ wohl aber die Zugehörigkeit zur selben Kammer/Senat. Dass Gerichtsperson und Beteiligter im selben Rotary Club sind, reicht nicht;³⁴ auch nicht der Umstand, dass der Kostengläubiger vor Jahren einen Kaufvertrag der Gerichtsperson beurkundet hat;³⁵ oder dass die Gerichtsperson Patient des beteiligten Arztes ist;³⁶ ebenso wenig die **Mitgliedschaft** von Gerichtsperson und Beteiligter **im selben Verein**, falls der Verein eine Vielzahl von Mitgliedern hat.³⁷ Ebenso rechtfertigt allein der **gesellschaftliche Standort** des Richters noch keine Befangenheit, wie die Mitgliedschaft in einer Partei³⁸ oder Gewerkschaft³⁹ bzw. die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft;⁴⁰ anders ist es uU, wenn ein besonderer Bezug zum Streitstoff besteht.

25 Misstrauen gegen die Unparteilichkeit einer Gerichtsperson kann gerechtfertigt sein, wenn diese an den Antragsgegner in einer Kindschaftssache eine Wohnung vermietet hat.⁴¹ Die Tätigkeit des **Ehegatten** einer Gerichtsperson in der Kanzlei eines Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten rechtfertigt Ablehnung,⁴² ebenso Schwägerschaft.⁴³ Gleicher gilt, wenn ein Familienangehöriger der Gerichtsperson in der Kanzlei eines der Verfahrensbeteiligten angestellt ist.⁴⁴ Nicht ausreichend soll der Umstand sein, dass der Ehegatte der in der ersten Instanz mitwirkenden Gerichtsperson Mitglied des zuständigen Beschwerde-

²⁸ OLG Koblenz FamRZ 2019, 129; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1287.

²⁹ StRspr zB BVerfG NJW 2003, 3404; BGH NJW 2004, 164.

³⁰ StRspr. zB BGH NJW-RR 2012, 61; NJW-RR 2003, 1220 betr. die Ablehnung eines Rechtspflegers; BayObLG NJW 1999, 1875.

³¹ BVerfG NJW 1999, 132; NJW 1987, 430.

³² s. dazu zB die Übersichten bei Zöller/Vollkommer § 42 Rn. 11 ff.; Conrad MDR 2015, 1048.

³³ BVerfG NJW 2004, 3550; BGH § 42 ZPO LM Nr. 2.

³⁴ OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1998, 1764; bedenklich.

³⁵ BGH MDR 2015, 50.

³⁶ OLG Bremen NJW-RR 2012, 637.

³⁷ BGH NJW-RR 2003, 281; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 1534.

³⁸ BVerfGE 43, 128.

³⁹ BVerfG NJW 1984, 1874.

⁴⁰ BVerfG NJW 2013, 3360

⁴¹ OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1863.

⁴² BGH NJW 2018, 516 Rn. 12; NJW 2012, 1890 Rn. 9 ff.; OLG Jena MDR 2000, 540.

⁴³ KG NJW-RR 2000, 1164.

⁴⁴ BGH NJW 2019, 516; OLG Schleswig SchlHA 2000, 253.