

# Zivilprozessordnung: ZPO

Thomas / Putzo

42. Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-76844-6  
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.

**1. Allgemeines.** § 43 betrifft die Zulässigkeit des Ablehnungsgesuchs (§ 42 Rn 4) u nur § 42, nicht § 41. Grds kann ein Ablehnungsgesuch bis zum Erlass der Endentscheidung des Rechtszuges gestellt werden (§ 42 Rn 2), zulässig jedoch nur, soweit § 43 nicht entgegensteht. Sind die Ablehnungsgründe später entstanden od bekannt geworden, ist dies glaubhaft zu machen (§ 44 Abs 4). Verhältnis zu § 47 Abs 2 S 1 vgl dort Rn 5. Der Verlust des Ablehnungsrechts wirkt dann in einem anderen, insbes späteren Rechtsstreit, wenn zwischen beiden Verfahren ein tatsächl u rechtl Zusammenhang besteht (BGH NJW 06, 2776); dieser ist nach Zweibrücken (NJW-RR 13, 383) nicht bei einem vorangegangenen selbstständigen Beweisverfahren gegeben. Wird ein Ablehnungsgesuch wegen eines Verstoßes gegen die Unparteilichkeit nicht geltend gemacht, kann dies in der Revision nicht zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden (BGH NJW 06, 695). Ausgeschlossene Gründe dürfen auch nicht mehr in die Gesamtwürdigung im Falle eines späteren Ablehnungsgesuchs einbezogen werden (Dresden MDR 11, 1261).

**2. Voraussetzungen** für einen Verlust des Ablehnungsrechts (eingehend Vossler MDR 07, 992): **a) Bekannter Ablehnungsgrund.** Dies setzt die positive Kenntnis (BGH NJW-RR 20, 1321 m Anm Conrad MDR 21, 18) der Umstände voraus, die in Beziehung auf den Verfahrensgegenstand od die Verfahrensbeteiligten die Befangenheit begründen u die Kenntnis der Person des Richters (erhebl bei § 128 Abs 2). Es genügt Kenntnis des gesetzl Vertreters od des Prozeß Bev, dessen Wissen der Partei gem § 85 Abs 2 zuzurechnen ist. Eine Zusammenrechnung des Wissens der Partei einerseits u des Prozeß Bev andererseits findet nicht statt (BGH aaO). Kennen müssen reicht nicht (BGH aaO).

**b) Nicht geltend gemacht** sein darf der Ablehnungsgrund (§ 44 Rn 2). Dies müsste durch das Gesuch (§ 44 Abs 1) geschehen sein.

**c) Eingelassen** in eine Verhandlung vor dem betreffenden Richter, auch nur über Verfahrensfragen (E. Schneider MDR 05, 671). **aa) Zu bejahen** für jedes prozessuale, der Erledigung eines Streitpunktes dienende Handeln der Partei unter Mitwirkung des Richters, das der weiteren Sachbearbeitung u Streiterledigung des betreffenden, nicht eines anderen Rechtsstreits dient (BGH NJW-RR 14, 382). Dies kann nur in der mdl Vhdlg zur Sache gem § 128 Abs 1 od im schriftlichen Verf nach § 128 Abs 2, nicht aber durch ledigl vorbereitende Schriftsätze geschehen (BGH aaO; aA Düsseldorf MDR 10, 517; 34. Aufl). Das ist auch der Abschluss eines Vergleichs (Frankfurt FamRZ 91, 839), im Verf gem § 128 Abs 2 die Einverständniserklärung (München MDR 80, 146), auch gestellte Fragen in der Beweisaufnahme (Köln NJW-RR 96, 1334). **bb) Zu verneinen** für solche Prozeduren, die durch ein gesetzwidriges Verhalten des Ger ausgelöst werden (Köln NJW-RR 00, 591), die allein der Verhinderung eines VersUrt dienen (KG NJW 76, 1842), ein Gesuch von Akteneinsicht (BayObLG NJW-RR 01, 642) od die Beschw gegen eine vom abgelehnten Richter (mit-)beschlossene PKH-Entscheidung (aA Koblenz MDR 86, 60; Vossler MDR 07, 992/993); ferner, wenn sich eine Partei nach Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit auf die weitere Verhandlung einlässt (BGH NJW-RR 16, 887 m Anm Conrad MDR 16, 1005; Köln NJW-RR 19, 697; Arg: Wortlaut des § 43 u Sinn u Zweck der Vorschrift, § 47 Abs 2).

**d) Anträge.** Sachanträge müssen gem § 297 gestellt sein, näml verlesen, zu Protokoll erklärt od in Bezug genommen. Prozesanträge (§ 297 Rn 2) genügen grds; aber nicht ein Vertagungsantrag (ZöG.Vollkommer 5 mwN; aA VG Aachen VersR 09, 947 mwN).

#### § 44 Ablehnungsgesuch

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

(2) <sup>1</sup>Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; zur Versicherung an Eides statt darf die Partei nicht zugelassen werden. <sup>2</sup>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) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Das Ablehnungsgesuch ist unverzüglich anzubringen.

- 1 **1. Ablehnungsgesuch** (Abs 1) ist Zulässigkeitsvoraussetzung (§ 42 Rn 3) u leitet ein selbständiges Zwischenverfahren ein (Gomille NZFam 16, 726/729; Schnitzler NZFam 16, 781/782). Grds ist es unzulässig, pauschal einen ganzen Spruchkörper abzulehnen, weil ein Ablehnungsgesuch sich auf bestimmte Richter beziehen muss; ausnahmsweise ist dies statthaft, wenn die Mitglieder eines Spruchkörpers im Hinblick auf konkrete Anhaltspunkte in einer Kollegialentscheidung abgelehnt werden, weil der Betroffene wegen des Beratungsgeheimnisses nicht wissen kann, welcher Richter die Entscheidung mitgetragen hat (BFH NJW 20, 1614). Der Ablehnende muss konkrete Tatsachen substantiiert bezeichnen, aus denen sich seiner Meinung nach die Befangenheit ergeben soll (Köln NJW-RR 19, 697). Angebracht wird es zu Protokoll der Geschäftsstelle (Abs 1), aber auch schriftl od mdl in der Vhdlg (Ghassemi-Tabar/Nober NJW 13, 3686); dann auf Antrag ins Protokoll aufzunehmen (§ 160 Abs 4 S 1). Das Gesuch steht außer Anwaltszwang (§ 78 Abs 3; BAG NJW 12, 1531; Schnitzler aaO S 782). Besetzungsrügen können nicht mit Hilfe eines Ablehnungsgesuchs verfolgt werden (BGH NJW-RR 09, 210). Ein Antrag auf Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit ist vor der Entscheidung in der Sache zu stellen (BVerfG NJW 18, 3438). Nach vollständigem Abschluss einer Instanz ist ein Ablehnungsgesuch grds nicht mehr zulässig, weil die beteiligten Richter ihre richterl Tätigkeit im konkreten Verfahren damit beendet haben u die getroffene Entscheidung nicht mehr geändert werden kann (BGH NJW-RR 18, 1461). Eine von vornherein unzulässige Anhörungsrüge (§ 321a) führt nicht dazu, dass das durch eine abschließende Entscheidung untergegangene Ablehnungsrecht wieder auflebt; bei einem unzulässigen Rechtsbehelf scheidet ein Eintritt in eine erneute Sachprüfung aus (BGH aaO). Auch eine gesetzl nicht geregelte Gegenvorstellung lässt das durch eine verfahrensabschließende Entscheidung bereits untergegangene Ablehnungsrecht nicht wieder aufleben (BGH aaO).
- 2 **2. Ablehnungsgrund** (Abs 2). Das sind die Tatsachen, auf welche die Ablehnung gestützt wird. Es müssen ernsthafte Umstände angeführt werden, die die Befangenheit des einzelnen Richters aus Gründen rechtfertigen, die in persönl Beziehungen dieses Richters zu den Parteien od zu der zur Vhdlg stehenden Streitsache stehen (BGH FamRZ 12, 1865). Der Richter muss namentl bezeichnet, mindestens identifiziert werden. Glaubhaftmachung (§ 294) liegt vor, wenn für den Ablehnungsgrund eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht (BGH NJW-RR 07, 776). Ein non liquet führt nicht dazu, dass von der die Besorgnis der Befangenheit begründenden Behauptung des Ablehnenden auszugehen ist (BGH NJW-RR 11, 136). Eidesstattl Versicherung der ablehnenden Partei ist ausgeschlossen (S 1 Hs 2). Zeugnis des Richters ist die dienstl Äußerung gem Abs 3 (Vossler MDR 14, 10). Tatsachenvortrag u Mittel der Glaubhaftmachung müssen grds mit dem Antrag verbunden werden, können aber bis zur Entscheidung ergänzt werden. Ein Ablehnungsgesuch ohne Begründung ist unzulässig (Hamburg NJW-RR 18, 831). Ein Ablehnungsgesuch ist unzulässig od rechts-

missbräuchl, wenn seine Begründung aus zwingenden rechtl Gründen zur Rechtfertigung der Ablehnung völlig ungeeignet ist (Brandenburg FamRZ 18, 1098). Unterlassene Glaubhaftmachung muss nicht dazu führen, dass das Gesuch unbegründet ist, wenn die behaupteten Tatsachen sich aus der dienstl Äußerung als überwiegend wahrscheinl (vgl § 294) darstellen.

**3. Dienstliche Äußerung** (Abs 3). **a) Zweck.** Sie dient der Tatsachenfeststellung (BGH NJW-RR 17, 1021) u hat sich auf Tatsachen zu beziehen, die der Antragsteller zur Begründung seines Ablehnungsgesuchs vorgetragen hat (BGH aaO). Sie ist daher entbehrl, wenn sich die geltend gemachten Ablehnungsgründe auf aktenkundige Vorgänge beziehen, sodass eine dienstl Erklärung zur Sachaufklärung nichts beitragen könnte (BGH NJW-RR 17, 189). Bei offensichtl Unzulässigkeit bedarf es keiner dienstl Stellungnahme der abgelehnten Richter (BVerfG NJW 18, 3438). IU ist der Richter hierzu verpflichtet (Frankfurt FF 18, 171; Vossler MDR 14, 10); nicht notwendig aber bei unzulässigen Gesuchen (BGH NJW-RR 12, 61; MüKoStackmann 10) od wenn eine allg Auskunft verlangt wird (Frankfurt NJW-RR 17, 191).

**b) Form.** Schriftl, mdl nur, wenn mdl Vhdlg angeordnet ist (§ 46 Rn 1). 4

**c) Inhalt.** Notwendig ist eine zusammenfassende Darstellung der entscheidungserhebl Tatsachen u dem Inhalt nach eine Gegendarstellung od die Bestätigung des Ablehnungsgrundes (E. Schneider NJW 08, 491). Der Richter hat sich nur zu den Tatsachen zu äußern, weil er Zeugnis gibt (Abs 2 S 2). Ausführungen, ob das Gesuch zulässig u begründet sei, sind grds nicht veranlasst (BGH NJW-RR 12, 61), idR auch unangebracht; desgleichen die Feststellung des Richters, er halte sich für befangen od nicht (ZöG.Vollkommer 9; MuHeinrich 9; Vossler MDR 14, 10/11).

**d) Mitteilung.** Die dienstl Äußerung ist der ablehnenden Partei idR vor der Entscheidung zur Kenntnis zu bringen (§ 46 Rn 1); auch der anderen Partei ist Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, weil die Entscheidung Einfluss auf den gesetzl Richter hat (Vossler MDR 14, 10/11). 6

**e) Beweislast:** § 42 Rn 9. 7

**4. Nachträgliche Kenntnis** (Abs 4). **a) Kenntnis** (S 1). Die des Vertreters steht der der Partei gleich (vgl § 166 BGB, § 51 Abs 2, § 85 Abs 2). Die Regelung beruht auf § 43, ist daher bei Ausschluss (§ 41) nicht anzuwenden. 8

**b) Glaubhaft** gemacht werden kann hier auch im Gegensatz zu Abs 2 mit eidesstattl Versicherung des Antragstellers; jedoch nur in Bezug auf den Zeitpunkt der Kenntnis. 9

**c) Unverzüglich** (S 2). Damit soll verhindert werden, dass Ablehnungsgesuche von einem VerfBeteiligten aus taktischen Gründen mit dem Ziel einer VerfVerzögerung erst dann gestellt werden, wenn sich im Verlauf des Verf eine für ihn ungünstige Verhandlungsposition ergibt. Unverzügl bedeutet entspr § 121 BGB ohne prozesswidriges Verzögern, nach Kenntniserlangung von den Ablehnungsgründen; sof Handeln ist nicht erforderl. In Anlehnung an andere unverzügl Handlungspflichten im ZivProz, wie zB § 120a Abs 2 S 1, werden der Partei einige Tage Überlegungsfrist zuzubilligen sein (Hamburg NJW-RR 20, 698 m Anm Kischkel NZFam 20, 543; Brandenburg FamRZ 20, 1853 m Anm Giers NZFam 20, 887 u Fellner MDR 20, 1499; Schultzky MDR 20, 1/3). Die maßgebl Kenntnis des Ablehnungsgrundes umfasst die Person des mit der Sache befassten Richters u die Kenntnis der Tatsachen, die die Besorgnis der Befangenheit begründen, wobei der Partei das Wissen ihres ProzBev gem § 85 Abs 2 zuzurechnen ist. Wird das Ablehnungsgesuch nicht unverzügl angebracht, so hat die verspätete Geltendmachung des Ablehnungsgrundes zur Folge, dass das Gesuch unzulässig ist, da „unverzügl“ eine Frist regelt (Hamburg aaO; Brandenburg aaO; Schultzky aaO; LG Stuttgart MDR 21, 55; umstr). Es kann daher unter Mitwirkung des abgelehnten Richters verbeschieden werden, da die Abweisung als un-

zulässig als gesetzl Fall der Verschleppung kein Eingehen auf den Ablehnungsgrund erfordert (Fölsch NJW 20, 801/803; vgl § 45 Rn 1). Entsteht der Ablehnungsgrund durch das Verhalten des Richters in der mdl Vhdlg, so muss das Ablehnungsgesuch sogleich angekündigt u spätestens bis zum Schluss der mdl Vhdlg gestellt werden (BGH NJW-RR 08, 800). Die Verhandlung mit Sachantrag darf nur unter Vorbehalt fortgesetzt werden. Nach Beendigung der Instanz ist das Gesuch trotz nachträg Kenntnis unzulässig (KG MDR 09, 1303; StJBork 11.

### § 45 Entscheidung über das Ablehnungsgesuch

(1) **Über das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, ohne dessen Mitwirkung.**

(2) <sup>1</sup> **Wird ein Richter beim Amtsgericht abgelehnt, so entscheidet ein anderer Richter des Amtsgerichts über das Gesuch.** <sup>2</sup> **Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der abgelehnte Richter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.**

(3) **Wird das zur Entscheidung berufene Gericht durch Ausscheiden des abgelehnten Mitglieds beschlussunfähig, so entscheidet das im Rechtszug zunächst höhere Gericht.**

1 **1. Zuständig** (Abs 1) für die gemäß § 46 zu treffende Entscheidung ist das Ger, dem der abgelehnte Richter (Rechtspfleger, § 10 S 1 RPfG) angehört. Das gilt für alle Ger. Bei den KollegialGer ist die Kammer od der Senat berufen, der od dem der Abgelehnte angehört, wenn nicht die Geschäftsverteilung (§ 21e Abs 1 S 1 GVG) einen anderen Spruchkörper bestimmt (Karlsruhe MDR 07, 853). Dies gilt auch, wenn der ER abgelehnt wurde (BGH NJW 06, 2492 u NJW-RR 07, 776; aA Huber JuS 17, 211, 212). Die Mitwirkung der übrigen Richter muss in dem Geschäftsverteilungsplan des Ger u den Mitwirkungsgrundsätzen des Spruchkörpers bestimmt sein (BGH NJW-RR 07, 932). Beim AG gilt Abs 2 S 1. Der Abgelehnte darf grds nicht mitwirken. Wird das Ger dadurch beschlussunfähig, gilt Abs 3 (Rn 5). Der Abgelehnte darf nur dann (mit-)entscheiden, wenn das Gesuch wegen von vornherein untaugl Begründung offensichtl unzulässig ist (BVerfG NJW 18, 3438; NRWVerfGH NJW-RR 20, 631; BFH NJW 20, 1614 u BGH FamRZ 15, 1698 je für die Ablehnung des gesamten Spruchkörpers; vgl hierzu auch § 42 Rn 5 u Ghassemi-Tabar/Nober NJW 13, 3686); das ist dann der Fall, wenn für eine Verwerfung als unzulässig jedes Eingehen auf den Verfahrensgegenstand entbehrl ist (BVerfG NJW 13, 1665; BFH aaO; BAG NJW 12, 1531; Brandenburg FamRZ 18, 1098). Darüber hinaus ist seine Beteiligung mangels gesetzl Regelung auch bei offensichtl Unzulässigkeit (Windau NJW 18, 3206/3207; aA BGH FamRZ 05, 1826 u FamRZ 12, 1865) oder Missbrauchs, zB wegen offensichtl Verschleppungsabsicht (so aber BGH NJW-RR 05, 1226; NRWVerfGH aaO; Hamm FamRZ 19, 1150; Jena MDR 17, 967 m Anm Schultzky S 985) grds unzulässig (BVerfG NJW 05, 3410), es sei denn, die Prüfung verlangt keine Beurteilung des eigenen Verhaltens des Abgelehnten u ist deshalb keine Entscheidung in eigener Sache (BVerfG NJW-RR 08, 512; NRWVerfGH aaO). Erst recht kann entgegen BGH (FamRZ 05, 1826) das Gesuch in diesen Fällen auch nicht gänzl unberücksichtigt bleiben. Nach Auffassung des BVerwG (NJW 14, 953) kann, wenn sämtl Richter eines Ger wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, über die Ablehnungsgesuche unter Mitwirkung der abgelehnten Richter entschieden werden, selbst wenn die Ablehnungsgesuche nicht als gänzl untaugl od rechtsmissbräuchl zu qualifizieren sind.

2 **2. Ablehnung beim Amtsgericht** (Abs 2). **a) Vorlage** an den gemäß Geschäftsverteilung (§ 21e Abs 1 S 1 GVG) zuständigen anderen Richter des AG, auch wenn ein Rechtspfleger abgelehnt wird. Die Vorlagepflicht entfällt nur dann,

wenn der abgelehnte Richter (nicht der abgelehnte Rechtspfleger) das Gesuch für begründet hält (Rn 3).

**b) Zuständig** ist der gem Geschäftsverteilung (§ 21 Abs 1 S 1 GVG) berufene Richter; bestimmt sie darüber nichts, hat der berufene Vertreter (§ 21e Rn 20, 21) zu entscheiden. Versagt die Vertretungsregelung am ganzen AG, gilt Abs 3 (Rn 5).

**c) Keine Entscheidung** (Abs 2 S 2) ergeht, wenn der abgelehnte Richter das Gesuch (§ 44 Abs 1) für begründet hält. Es genügt ein Aktenvermerk u der Vertreter tritt an die Stelle des Abgelehnten. Das gilt nur für Richter eines AG. Auf Richter in Spruchkörpern (auch wenn sie als Einzelrichter tätig sind) ist das nicht entspr anwendbar, ebenso wenig auf Rechtspfleger.

**3. Zuständigkeit des übergeordneten Gerichts** (Abs 3) tritt ein, wenn das gem Abs 1 zuständige Ger, dem der abgelehnte Richter angehört, infolge der verbotenen Mitwirkung (Abs 1) beschlussunfähig wird, dh keine ordnungsgemäße Besetzung (§§ 22, 75, 105, 122 GVG) aufbieten kann. Dafür müsste auch die Vertretungsregelung (§ 21e Rn 20, 23) erschöpft sein. Dies ist zB bei Ablehnung aller Handelsrichter eines Ger der Fall (Brandenburg NJW-RR 20, 635). Die Überordnung ergibt sich aus dem Rechtsmittelzug, so dass das OLG in den Fällen des § 119 Abs 1 Nr 1 für die Ablehnung beim AG zuständig ist, in FamSachen der Familiensenate (BGH FamRZ 86, 1197 für aF), in BerSachen, für die das OLG zuständig ist, der BGH (NJW 21, 385 m Anm auf der Heiden S 389 u Dörr MDR 20, 1497). Die Zuständigkeit des übergeordneten Ger ist, um Verzögerungen der sachl Erledigung des Rechtsstreits zu vermeiden, auch dann eröffnet, wenn die abgelehnten Richter zulässigerweise selbst (hierzu oben Rn 1) über das Ablehnungsgesuch hätten entscheiden können (BGH aaO). Das im Rechtszug höhere Ger muss wegen des Zwecks von Abs 3 nicht über sämtl Ablehnungsgesuche entscheiden. Es kann sich vielmehr im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens darauf beschränken, sachangemessen nur über eine bestimmte Anzahl von Ablehnungsgesuchen zu befinden. Diese Anzahl kann, insbes wenn dies zur Vermeidung einer Verzögerung weiterer bei dem Ger anhängiger Verfahren u zur Aufrechterhaltung der uneingeschränkten Funktionsfähigkeit des Ger erforderl erscheint, die zur Wiederherstellung von dessen Beschlussfähigkeit erforderl Mindestanzahl der Ablehnungsgesuche überschreiten (BGH aaO). Im Verfahren nach Abs 3 können neue Gründe für die Ablehnung eines Richters nach § 42 nicht vorgebracht werden, weil die Befassung des übergeordneten Ger nur die Funktion hat, die Beschlussfähigkeit der Vorinstanz hinsichtl der Entscheidung über dieses Gesuch herzustellen. (BGH aaO).

## § 46 Entscheidung und Rechtsmittel

(1) **Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ergeht durch Beschluss.**

(2) **Gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluss, durch den das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.**

**1. Verfahren.** Es gilt der Untersuchungsgrundsatz (Einl I Rn 6, 7). **a) Mündliche Verhandlung** (Abs 1) ist idR entbehrlich u in der Praxis unüblich. Gehör der Gegenpartei ist geboten, wenn das Gesuch begründet sein kann. Zur dienstl Äußerung (§ 44 Abs 3) ist der ablehnenden Partei grds Gehör zu gewähren (BVerfG NJW 68, 1621), nur dann nicht, wenn die dienstl Äußerung keine über den unstreitigen Sachverhalt hinausgehenden Angaben enthält u die Ablehnungsentscheidung nicht auf solche Tatsachen od Beweisergebnisse gestützt wird, die der dienstl Äußerung entnommen wurden (BVerfG aaO).

**b) Wert** des Ablehnungsverf entspricht dem der Hauptsache (BGH NJW 68, 2796; Frankfurt Büro 17, 364; aA München MDR 10, 1012 für die Ablehnung

eines Sachverständigen). Das gilt auch für die Beschwerde (Sturm MDR 07, 382/385 mwN; aA Frankfurt MDR 07, 1399: stets ein Bruchteil der Hauptsache). Das ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (VerfGH BW NJW-RR 17, 832).

- 3 **2. Entscheidung** ergeht stets durch Beschluss. Es gilt § 329. Bis dahin kann das Gesuch in der Form des § 44 Abs 1 zurückgenommen werden. **a) Tenor.** Gesuche, die unzulässig (§ 42 Rn 1) od unbegründet (§ 42 Rn 14) sind, werden zurückgewiesen, begründete Gesuche (§ 42 Rn 8) für begründet erklärt.
- 4 **b) Kostenentscheidung** ergeht keine, da es sich um Kosten des zu Grunde liegenden Rechtsstreits (§ 91) handelt (Stollenwerk NJW 07, 3751); das gilt auch für den zurückweisenden Beschluss (bestr). Erst recht ist eine Kostenerstattung im AblehnungsVerf ausgeschlossen (Karlsruhe FamRZ 05, 1490 mwN). Anders ist dies bei erfolglosen Beschw (Rn 9). Vergütung des RA: gehört zum Rechtszug (§ 19 Nr 3 RVG).
- 5 **3. Rechtsbehelfe.** Es ist zu unterscheiden: **a) Stattgebender Beschluss.** Er ist unanfechtbar (Abs 2 Hs 1), auch wenn er auf sof Beschw hin ergangen ist. Ob davon eine Ausnahme zu machen u sof Beschw zuzulassen ist, wenn das rechtl Gehör (Einl I Rn 9ff) verletzt wurde (Rn 1) u dadurch eine Verfassungsbeschwerde vermieden werden kann (so Oldenburg NJW-RR 95, 890 mwN; ZöG.Vollkommer 13), ist umstr, weil für den Fall der Verletzung des rechtl Gehörs § 321a eine vorrangige Regelung enthält, die Anhörungsrüge aber gem § 321a Abs 1 S 2 ausgeschlossen ist (BGH NJW 07, 3786 m abl Ann Fölsch; vgl auch BVerfG NJW 09, 833).
- 6 **b) Zurückweisender Beschluss: aa) Sofortige Beschwerde** (Abs 2; § 567 Abs 1 Nr 1), auch wenn das Gesuch als unzulässig zurückgewiesen wurde (entgegen dem Wortlaut des schlecht redigierten Abs 2; Frankfurt FamRZ 93, 1467). Ausgeschlossen ist die sof Beschw, wenn das LG im BerVerf entschieden hat (Celle Nds Rpfl 02, 364). Bei einer unzulässigen Selbstentscheidung durch den abgelehnten Richter (hierzu § 45 Rn 1) kann das BeschwGer diesen Verstoß durch Aufhebung der erstinstanzl Entscheidung u Zurückverweisung der Sache beheben od es kann, da es Tatsacheninstanz ist, über das Ablehnungsgesuch selbst entscheiden (NRWVerfGH NJW-RR 20, 631). Anwaltszwang besteht für die Einlegung nur, soweit nicht § 569 Abs 3 u § 78 Abs 3 zutreffen. Anwaltszwang besteht daher insbes, wenn der Rechtsstreit in erster Instanz vor dem LG zu führen ist od war (§ 569 Abs 3 Nr 1; Dresden Büro 19, 372) od vor dem FamG als Ehe- od FamStreitsache (§ 114 Abs 1 FamFG; vgl Bamberg NZFam 18, 957 m Ann Härtl; Brandenburg FamRZ 20, 186). Für das Verf gilt Anwaltszwang nach Maßgabe von § 571 Abs 4.
- 7 **bb) Rechtsbeschwerde** gegen die Beschl des OLG u des LG im Ber- u BeschwVerf findet im Einzelfall statt, wenn sie zugelassen wird (§ 574 Abs 1 Nr 2; BGH NJW-RR 05, 294). Ist dies nicht der Fall, schließt § 557 Abs 2 eine Inzidentprüfung des Ablehnungsgesuchs in d Revision aus (BGH NJW-RR 07, 775). In Verf nach dem KapMuG ist eine Rechtsbeschwerde nicht kraft Gesetzes gem § 574 Abs 1 Nr 1 zulässig (BGH NJW-RR 09, 465).
- 7a **cc) Unanfechtbar** sind die Entscheidungen des OLG u des LG im Ber- u BeschwVerf, wenn die Rechtsbeschw (Rn 7) nicht zugelassen wurde. Dies gilt auch, wenn das BerGer selbst erstmals über die Ablehnung eines seiner Mitglieder entscheidet (BGH NJW-RR 09, 210 u WM 09, 329). Ein rechtskraftfähiger Beschluss kann auch auf Gegenvorstellung nicht abgeändert werden (Dresden FamRZ 20, 37; ZöVollkommer 18).
- 8 **dd) Unzulässig** wird das Rechtsmittel wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses, wenn der abgelehnte Richter bei dem Ger od dem zuständigen Spruchkörper ausscheidet (BGH NJW-RR 16, 127). Die sof Beschwerde wird unzulässig, wenn inzwischen der Rechtszug durch Endentscheidung beendet wird u der (erfolglos) abgelehnte Richter mitwirkt, aber ein statthafes Rechtsmittel einge-

legt wird (BGH NJW-RR 07, 411), anders aber, wenn die Hauptsacheentscheidung unanfechtbar ist (Koblenz NJW-RR 92, 1464 mwN).

**c) Kosten des Rechtsmittels** (ausführl Sturm MDR 07, 382). **aa) Erfolgreiche Beschwerde:** Es gilt § 97 Abs 1 (Stollenwerk NJW 07, 3751/3753). Es ist insoweit Kostenerstattung vorzunehmen; unabhängig davon, ob RA einen Schriftsatz eingereicht hat (BGH NJW 05, 2233 m Anm Kroppenberg S 3112; Düsseldorf MDR 09, 955), da RA nach Erhalt der BeschwSchrift im Mandanteninteresse prüfen muss, ob für diesen etwas veranlasst ist. Dasselbe gilt für die außergerichtl Kosten der Gegenpartei des erfolglosen Beschwerführers im Verf über die Ablehnung eines Sachverständigen gem § 406 (BGH NJW 19, 428 m Anm Schneider NZFam 19, 88).

**bb) Erfolgreiche Beschwerde.** Deren Kosten sind solche des Rechtsstreits (Stollenwerk aaO; vgl Rn 4 u § 97 Rn 8). Wenn auf Grund dessen der Gegner des Beschwerführers die Kosten zu erstatten hat od der Beschwerführer trotz erfolgreicher Beschw deren Kosten trägt, liegt das im allgemeinen Prozessrisiko (hM; Frankfurt NJW-RR 86, 740; aA Celle Rpfleger 83, 173).

**cc) Erledigung des Ablehnungsgesuchs.** Es gilt § 91a analog, auch bei einseitiger Erledigungserklärung (Stollwerk aaO).

#### § 47 Unaufschiebbare Amtshandlungen

(1) Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten.

(2) <sup>1</sup>Wird ein Richter während der Verhandlung abgelehnt und würde die Entscheidung über die Ablehnung eine Vertagung der Verhandlung erfordern, so kann der Termin unter Mitwirkung des abgelehnten Richters fortgesetzt werden. <sup>2</sup>Wird die Ablehnung für begründet erklärt, so ist der nach Anbringung des Ablehnungsgesuchs liegende Teil der Verhandlung zu wiederholen.

**1. Allgemeines.** Abs 2 wurde durch das 1. JuMoG eingefügt, um Zeitverluste durch unzulässige od unbegründete Ablehnungsgesuche zu vermeiden. Es ist daher zu differenzieren:

**2. Bei Ablehnung vor od nach einer Verhandlung** (Abs 1). Der abgelehnte Richter darf nur unaufschiebbare Handlungen vornehmen, es sei denn, das Ablehnungsgesuch ist missbräuchl (BGH Büro 07, 609 u FamRZ 05, 1564; vgl § 45 Rn 1). Bis zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch, u zwar ab Eingang (BGH NJW 01, 1502) bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung (hM; Brandenburg NJW-RR 00, 1091 mwN), ggf bis zur Entscheidung über eine zulässige Anörungsrüge (§ 321a), nicht aber über eine Verfassungsbeschwerde (BGH NJW 18, 3252 m Anm Bacher MDR 18, 1357) gilt:

**a) Vornahme von Handlungen.** Eine Endentscheidung darf erst nach Bescheidung des Ablehnungsgesuchs ergehen (BGH NJW-RR 08, 216). Der abgelehnte Richter darf nur unaufschiebbare Prozesshandlungen vornehmen; zB Arrest, einstw Verfügung (auch durch Urteil), Durchführung des Zwangsversteigerungstermins ohne Zuschlag (Celle NJW-RR 89, 569 für Rechtspfleger; wohl auch BGH aaO; umstr), selbständiges Beweisverfahren nur bei § 485 Abs 1 2. Alt; Sitzungspolizei (§ 176 GVG); auch bei dringenden Endentscheidungen denkbar. Dies gilt auch für unzulässige Gesuche (vgl § 42 Rn 1; Hamm FamRZ 19, 1150; E. Schneider MDR 05, 671), muss aber ausführl begründet werden (E. Schneider aaO). Nicht unaufschiebbar ist idR ein Verweisungsbeschluss (Karlsruhe NJW 03, 2174), eine Terminbestimmung (aA LG Leipzig MDR 00, 106 mit abl Anm E. Schneider; Hamburg MDR 17, 1263 für Verlegung eines Verkündungstermins). Selbstverständl hat der abgelehnte Richter jede Handlung zu unterlassen, die



## § 48

### Buch 1. Allgemeine Vorschriften

darauf abzielt, die Entscheidung über sein Ablehnungsgesuch zu beeinflussen. Ein Verstoß gegen Abs 1 kann die Ablehnung begründen (Brandenburg FamRZ 17, 2035).

- 2 **b) Wirksamkeit.** Der abgelehnte Richter ist für den Rechtsstreit noch nicht ausgeschlossen (vgl Rn 4). Die vorgenommenen Handlungen bleiben bei Befangenheitsablehnung (§ 42) wirksam, selbst wenn diese erfolgreich ist, vorausgesetzt, dass die Handlungen wirkl unaufschiebbar waren (hM). Bei Ausschluss (§ 41) sind u bleiben auch unaufschiebbare Handlungen unwirksam.
- 3 **c) Ab Entscheidung** über das Ablehnungsgesuch gilt: **aa) Zurückgewiesenes Gesuch.** Der Richter darf bis zur Rechtskraft des Beschlusses nur nach Maßgabe des § 47 tätig werden (vgl Rn 1a), danach uneingeschränkt.
- 4 **bb) Für begründet erklärtes Gesuch** (auch auf sofortige Beschw hin). Ab Erlass des Beschlusses (§ 46 Rn 3) steht der abgelehnte Richter dem ausgeschlossenen (§ 41) gleich (3 vor § 41). Allein ein Verstoß gegen Abs 1 führt nicht zur Nichtigkeit nach § 579 Abs 1 Nr 3 (BGH NJW-RR 16, 1406).
- 5 **3. Ablehnung während der Verhandlung** (Abs 2 S 1). **a) Begriff.** Das ist jeder Termin zur mündl Verhandlung (§ 128), nicht nur der Haupttermin (§ 272 Abs 1). Der Termin beginnt mit dem Aufruf (§ 220 Rn 2) u endet mit dem Schluss gemäß § 220 Rn 3. Antragstellung ist nicht erforderl, sodass auch eine Güteverhandlung (§ 278 Abs 2) hierunter fällt (Karlsruhe MDR 07, 795; Vossler MDR 06, 1383/1384). Kann über das Ablehnungsgesuch (§ 44 Abs 1) nicht im Termin entschieden werden (§ 45), ist er fortzusetzen u der abgelehnte Richter wirkt mit, ohne Rücksicht darauf, ob die richterl Handlungen unaufschiebbar sind od nicht. § 43 gilt insoweit nicht (E. Schneider MDR 05, 671). Die Verkündung eines Endurteils ist aber nicht mögl, weil sonst Abs 2 S 2 unterlaufen werden würde (Vossler aaO).
- 6 **b) Begründete Ablehnung** (Abs 2 S 2). Der Teil der mündl Vhdl, der wiederholt werden muss (zB eine Beweisaufnahme), wird von od mit dem Richter durchgeführt, der an Stelle des abgelehnten gem Geschäftsverteilung als Vertreter berufen ist (3 vor § 41). Weder die Prozesshandlung des abgelehnten Richters selbst noch die Niederschrift über diese Handlung dürfen der Sachentscheidung des neuen Spruchkörpers zu Grunde gelegt werden (Knauer/Wolf NJW 04, 2857/2860).
- 7 **4. Rechtsmittel.** Wirkt der abgelehnte Richter unter Verstoß gegen § 47 mit (insbes im Falle der Rn 3), so ist das Rechtsmittel in der Hauptsache jedenfalls begründet, wenn die sof Beschw (§ 46 Rn 6) Erfolg hat (vgl ZöG.Vollkommer 12 mwN). Ist Rechtskraft eingetreten, bleibt Nichtigkeitsklage (§ 579 Abs 1 Nr 3). Das Rechtsmittel in der Hauptsache kann aber nicht darauf gestützt werden, dass eine Ablehnung begründet sei, wenn das Verf nach § 46 nicht durchgeführt od wenn eine sof Beschw (§ 46 Rn 6) zurückgenommen wurde.

### § 48 Selbstablehnung; Ablehnung von Amts wegen

**Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnis Anzeige macht, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.**

- 1 **1. Voraussetzungen** der Entscheidung: **a) Selbstablehnung.** Das Verhältnis, von dem Anzeige zu machen ist, kann sich sowohl auf Ausschluss (§ 41) wie auf Besorgnis der Befangenheit (§ 42 Abs 2) beziehen (vgl § 41 Abs 1). Es kommt für § 42 Abs 2 allein auf den vom Richter zu erkennenden Standpunkt der Partei an (allgM; Saarbrücken NJW-RR 94, 763; vgl § 42 Rn 9), nicht darauf, ob er selbst