

# **FamFG**

**Sternal (vormals Keidel)**

21. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-79369-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://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.

Richter mitzuwirken.<sup>26</sup> In den Fällen, in denen der OLG-Präsident als Justizverwaltungsbehörde in einem Anerkennungsverfahren (§ 107) entschied, kann der OLG-Präsident nicht Vorsitzender des OLG-Senats sein, der über eine gegen die Verwaltungsentscheidung eingelegte Beschwerde entscheidet (→ § 107 Rn. 47). Hat der Rechtspfleger als weisungsgebundener Kostenbeamter einen Kostenansatz aufgestellt, kann er nicht über die Erinnerung hiergegen entscheiden.<sup>27</sup> Abs. 1 S. 2 hat auch Bedeutung in öffentlich-rechtlichen Streitsachen.<sup>28</sup> Nicht von Abs. 1 S. 2 werden Verfahren erfasst, in denen die Gerichtsperson zuvor über die Verfahrenskostenhilfe zu Ungunsten eines Beteiligten entschieden hat.<sup>29</sup>

## V. Ablehnung einer Gerichtsperson (§ 42 ZPO)

### 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 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.<sup>30</sup> Hinsichtlich der Ablehnung wegen eines **Ausschlusses von der Ausübung des Amtes** 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> Unerheblich ist, ob die Gerichtsperson tatsächlich befangen ist bzw. ob diese sich für befangen hält.<sup>33</sup>

### 2. Einzelfälle

Zu der Frage der Befangenheit iSd § 42 ZPO ist eine Vielzahl von Entscheidungen **23** ergangen.<sup>34</sup> Maßgeblich sind die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls:

**Freundschaft/Feindschaft** der Gerichtsperson bzw. dessen Ehegatten mit eines Beteiligten bzw. dessen Verfahrensbevollmächtigten kann im Einzelfall die Befangenheit begründen.<sup>35</sup> Bloße **Kollegialität**, wie die Zugehörigkeit von Beteiligten und Gerichtsperson zum selben Gericht genügen nicht, sofern damit nicht eine sehr enge berufliche Zusammenarbeit verbunden ist.<sup>36</sup> Dies gilt auch, wenn der Beteiligte die Funktion eines Behör-

<sup>26</sup> BayObLG NJW-RR 1988, 254; NJW 1986, 1622; OLG Frankfurt a. M. OLGR 2003, 239.

<sup>27</sup> BayObLG Rpfleger 1974, 391; OLG München NJW-RR 2015, 316.

<sup>28</sup> BVerwGE 52, 47; BGH FamRZ 1963, 556; VGH München BayVBl. 1985, 311.

<sup>29</sup> BVerwG NVwZ-RR 2009, 662.

<sup>30</sup> OLG Koblenz FamRZ 2019, 129; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1287.

<sup>31</sup> StRspr zB BVerfG NJW 2003, 3404; BGH NJW 2004, 164.

<sup>32</sup> StRspr zB BGH NJW-RR 2012, 61; NJW-RR 2003, 1220; BayObLG NJW 1999, 1875.

<sup>33</sup> BVerfG NJW 1999, 132; NJW 1987, 430.

<sup>34</sup> S. dazu zB die Übersichten bei Zöller/G. Vollkommer § 42 Rn. 10 ff.; Conrad MDR 2015, 1048.

<sup>35</sup> BGH NJW-RR 2021, 187; Beschl. v. 2.12.2015 – RiZ (R) 1/15 Rn 3; Beschl. v. 24.4.2013 – RiZ 4/12 Rn 28; Beschl. v. 29.6.2009 – I ZR 168/06 Rn 5; Beschl. v. 31.1.2005 – II ZR 304/03 Rn 2.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2004, 3550; BGH FGPrax 2022, 94 Rn. 16; NJW 2019, 308 Rn. 6; BGHR 2005, 1350; FamRZ 1957, 314; BVerwG NVwZ-RR 2013, 343 Rn. 5.

denleiters ausübt.<sup>37</sup> Auch allein der Umstand des Duzens reicht für die Annahme einer Befangenheit nicht aus;<sup>38</sup> wohl aber die Zugehörigkeit zur selben Kammer oder zum selben Senat. Dass Gerichtsperson und Beteiligter im selben Rotary Club sind, reicht nicht;<sup>39</sup> auch nicht der Umstand, dass der Kostengläubiger vor Jahren einen Kaufvertrag der Gerichtsperson beurkundet hat;<sup>40</sup> oder dass die Gerichtsperson Patient des beteiligten Arztes ist;<sup>41</sup> ebenso wenig die **Mitgliedschaft** von Gerichtsperson und Beteiligter **im selben Verein**, falls der Verein eine Vielzahl von Mitgliedern hat.<sup>42</sup> Ebenso rechtfertigt allein der **gesellschaftliche Standort** der Gerichtsperson noch keine Befangenheit, wie die Mitgliedschaft in einer Partei<sup>43</sup> oder Gewerkschaft<sup>44</sup> bzw. die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft;<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Die Tätigkeit des **Ehegatten** einer Gerichtsperson in der Kanzlei eines Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten kann eine Ablehnung rechtfertigen,<sup>47</sup> ebenso Schwägerschaft.<sup>48</sup> Gleiches gilt, wenn ein Familienangehöriger der Gerichtsperson in der Kanzlei eines der Verfahrensbeteiligten angestellt ist.<sup>49</sup> Ausreichend für eine Befangenheit ist auch der Umstand, dass der Ehegatte der in der ersten Instanz entscheidenden Gerichtsperson Mitglied des zuständigen Beschwerdegerichts ist.<sup>50</sup> Dass Verfahrensbeteiligter der Dienstherr der Gerichtsperson ist und diese sich noch in der Erprobungszeit befindet, genügt nicht.<sup>51</sup> Eine Ablehnung wegen Befangenheit kann gem. § 42 Abs 2 ZPO begründet sein, wenn die Gerichtsperson zwar nicht selbst Beteiligter ist, aber über einen Sachverhalt zu entscheiden hat, aus dem er selbst Ansprüche gegen eine Beteiligten herleitet.<sup>52</sup>
- 26 Das **Verhalten des ablehnenden Beteiligten** kann die Befangenheit der Gerichtsperson nicht herbeiführen. Ebenso wenig machen Beleidigungen gegen die Gerichtsperson, Strafanzeigen oder Dienstaufsichtsbeschwerden gegen sie diese befangen.<sup>53</sup> Ein erfolgreiches Ablehnungsgesuch wegen Voreingenommenheit in einem vorangegangenen Verfahren kann im Einzelfall in einem späteren Verfahren durchgreifen.<sup>54</sup>
- 27 Die **Verweigerung der Terminsverlegung**<sup>55</sup> oder Fristverlängerung rechtfertigt grundsätzlich keine Ablehnung.<sup>56</sup> Dies gilt insbesondere in Verfahren, in denen das Vorrang- und Beschleunigungsgebot gilt.<sup>57</sup> Etwas Anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn erhebliche Gründe für eine Terminsverlegung offensichtlich vorliegen, die Zurückweisung des Antrags für den betreffenden Beteiligten schlichtweg unzumutbar ist und damit dessen Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt oder sich aus der Ablehnung der Terminsverlegung der Eindruck einer sachwidrigen Benachteiligung eines Beteiligten

<sup>37</sup> BGH FGPrax 2022, 94 Rn. 17.

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2004, 3550; BGH § 42 ZPO LM Nr. 2.

<sup>39</sup> OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1998, 1764.

<sup>40</sup> BGH MDR 2015, 50.

<sup>41</sup> OLG Bremen NJW-RR 2012, 637.

<sup>42</sup> BGH NJW-RR 2003, 281; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 1534.

<sup>43</sup> BVerfGE 43, 128.

<sup>44</sup> BVerfG NJW 1984, 1874.

<sup>45</sup> BVerfG NJW 2013, 3360.

<sup>46</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2016, 1863.

<sup>47</sup> BGH NJW 2018, 516 Rn. 12; NJW 2012, 1890 Rn. 9 ff.; OLG Jena MDR 2000, 540.

<sup>48</sup> KG NJW-RR 2000, 1164.

<sup>49</sup> BGH NJW 2019, 516; OLG Schleswig SchlHA 2000, 253.

<sup>50</sup> BGH NJW-RR 2020, 633; aA noch BGH NJW 2008, 1672; NJW 2004, 163.

<sup>51</sup> BGH NJW-RR 2010, 433.

<sup>52</sup> BGH NJW 2020, 1680.

<sup>53</sup> OLG Dresden FamRZ 2002, 830; OLG München NJW 1971, 384.

<sup>54</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2016, 650.

<sup>55</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1796.

<sup>56</sup> BayObLG MDR 1990, 343; OLG Hamm FamRZ 2019, 1150; OLG Koblenz NJW-RR 1992, 191.

<sup>57</sup> OLG Hamm FamRZ 2019, 1150 (für Kindschaftssachen).

aufdrängt.<sup>58</sup> Beispiel: keine Terminsverlegung, obwohl umfangreiches Gutachten erst 3 Tage vor dem Termin zwingt<sup>59</sup> bzw. bei einer Verhinderung des Verfahrensbevollmächtigten, wenn dem Beteiligten im konkreten Einzelfall ausnahmsweise eine Terminswahrnehmung ohne anwaltlichen Beistand oder Vertretung durch einen anderen Verfahrensbevollmächtigten nicht zugemutet werden kann.<sup>60</sup> Bei einer **verzögerlichen Sachbehandlung** kann im Einzelfall eine Befangenheit in Betracht kommen.<sup>61</sup>

**Hinweise der Gerichtsperson** rechtfertigen idR keine Besorgnis der Befangenheit, **28** wie zB die Anregung, weitere Zeugen zu benennen,<sup>62</sup> die Vorschläge zur Formulierung eines Antrages.<sup>63</sup> oder die vorläufige Meinungsäußerungen zur Erfolgsaussicht eines Antrages.<sup>64</sup> Im Einzelfall kann eine Befangenheit vorliegen, wenn die Grenzen der Hinweispflicht überschritten werden und hierdurch das Gericht seine Pflicht zur Unabhängigkeit bzw. Neutralität verletzt (→ § 28 Rn. 18). Der Rat einer Gerichtsperson, ein Rechtsmittel zurückzunehmen, reicht nicht zur Befangenheit,<sup>65</sup> ebenso wenig der Hinweis, der Antrag sei unschlüssig, ohne Erfolgsaussicht.<sup>66</sup> Im Einzelfall kann die Erteilung rechtlicher Hinweise zur Durchsetzung titulierter Unterhaltsforderungen<sup>67</sup> oder zu den Erfolgsaussichten in einem Parallelverfahren<sup>68</sup> eine Befangenheit begründen. Ein **Vergleichsvorschlag** der Gerichtsperson, der für einen Beteiligten ungünstig ist, berechtigt nicht zur Ablehnung.<sup>69</sup> Rechtliche Meinungsäußerungen der Gerichtsperson im Rahmen eines Vergleichsgesprächs berechtigen ebenso wenig zur Ablehnung wegen Befangenheit.<sup>70</sup>

Die Äußerung von **Rechtsansichten** reicht nicht als Ablehnungsgrund,<sup>71</sup> wenn es sich **29** um eine vorläufige Beurteilung handelt; ebenso nicht Meinungsäußerungen auf Fachtagungen.<sup>72</sup> Auch **Veröffentlichungen der Gerichtsperson** wissenschaftlicher Art genügen nicht, wenn die Rechtsfrage abstrakt, losgelöst von einem konkreten Fall und ohne Beziehungen zum vorliegenden Verfahren behandelt wurde.<sup>73</sup> Die **vorangegangene Tätigkeit** der Gerichtsperson und die dort zum Ausdruck gebrachte Rechtsansicht genügen nicht,<sup>74</sup> zB bei einem Beweisbeschluss, bei einem VKH-Beschluss, bei Erlasse einer einstweiligen Anordnung oder im Rahmen der Tätigkeit in einem vorangegangenen oder ähnlichen Verfahren. Etwas anderes kann gelten, wenn die Gerichtsperson in diesem

<sup>58</sup> BGH NJW 2006, 2492; OLG Brandenburg FamRZ 2015, 1750; FamRZ 2000, 897; OLG Frankfurt a. M. NJW 2008, 1328 (Urlaub des Anwalts zwingt zur Terminsverlegung); OLG Hamburg FamRZ 2015, 1823; OLG Köln NJW-RR 1997, 828; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 502; OLG Oldenburg NJW-RR 2013, 959; OLG Schleswig FamRZ 2019, 375 (bei Unzumutbarkeit für die Beteiligten); OLG Zweibrücken MDR 1999, 113.

<sup>59</sup> OLG Köln NJW-RR 2000, 591.

<sup>60</sup> OLG Saarbrücken FamRZ 2019, 375.

<sup>61</sup> Bejahend: OLG Bamberg FamRZ 2000, 1287; OLG Dresden FamRZ 2014, 957; OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 444; verneinend: BayObLG FamRZ 1998, 1240; OLG Bamberg FamRZ 1998, 1443; OLG Dresden OLG-NL 2001, 45; OLG Düsseldorf MDR 1998, 1052.

<sup>62</sup> OLG Frankfurt a. M. NJW 1976, 2025.

<sup>63</sup> OLG Köln NJW-RR 1993, 1277.

<sup>64</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2022, 1114.

<sup>65</sup> OLG Stuttgart MDR 2000, 50.

<sup>66</sup> OLG Stuttgart NJW 2001, 1145.

<sup>67</sup> OLG Nürnberg FamRZ 2016, 997.

<sup>68</sup> OLG Koblenz FamRZ 2019, 719.

<sup>69</sup> OLG Bremen NJW-RR 2013, 573; OLG Karlsruhe DRiZ 1982, 33.

<sup>70</sup> KG MDR 1999, 253; OLG Koblenz NJW-RR 2000, 1376; OLG Zweibrücken FPR 2000, 162.

<sup>71</sup> BVerfG NVwZ 2009, 581; BayObLG NJW-RR 2000, 748; OLG Düsseldorf FamRZ 2022, 1114. OLG Frankfurt a. M. FamRZ 1998, 1120; OLG Oldenburg NJW 2004, 3194; BAG NJW 1993, 879; einschränkend: OLG Naumburg NJW-RR 2014, 1472.

<sup>72</sup> BGH NJW 2016, 1022; NJW 2002, 2396; BB 1985, 2160.

<sup>73</sup> BVerfG NJW 2011, 3637; NJW 1999, 413; NJW 1990, 2458; BGH NZG 2011, 438; OLG Köln FamRZ 2000, 896; einschränkend: BGH NJW 2019, 308 (bei Mitwirkung an einer Festschrift zu Ehren eines Verfahrensbeteiligten).

<sup>74</sup> BGH MDR 2012, 363; BayObLG WuM 1999, 186; OLG Hamburg NJW-RR 2002, 789; OLG Köln VersR 1980, 93; OLG München NJW 1968, 801; OLG Saarbrücken OLGZ 1976, 468.

Verfahren erfolgreich abgelehnt worden ist, da insoweit ein **verfahrensübergreifender Ablehnungsgrund** vorliegen kann.<sup>75</sup>

- 30 Die **Ausdrucksweise** der Gerichtsperson kann im Einzelfall Befangenheit begründen,<sup>76</sup> zB „das sind Kinkerlitzchen“,<sup>77</sup> oder eine ironische Äußerung in einem Scheidungsverfahren.<sup>78</sup> Auch der Ton der dienstlichen Äußerung kann ausreichen, zB „Es ist mir unmöglich, das Verfahren unbefangen weiterzuführen“;<sup>79</sup> „unseriös, unkollegial.“<sup>80</sup> Ebenfalls ein Protokollvermerk, wonach die Ausführungen eines Beteiligten weitschweifig seien;<sup>81</sup> ungenügend aber: „lässe mich nicht verarschen“;<sup>82</sup> Bezeichnung einer Unterhaltsberechnung als „utopisch“, des Vorgehens als „tricky“, des Schriftsatzes als „rabulistisch“.<sup>83</sup> Keine Befangenheit liegt vor, wenn die Gerichtsperson den Sachvortrag eines Beteiligten als „Wischiwaschi“ bezeichnet,<sup>84</sup> weil die Gerichtsperson klar reden darf. Auch Unmutsäußerungen salopper bis derber Art, mit welchen eine Gerichtsperson sich über das fehlende Erscheinen einer geladenen Person äußert, sind für sich genommen grundsätzlich nicht geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit zu begründen.<sup>85</sup>
- 31 **Verfahrensfehler** und unrichtige Entscheidungen der Gerichtsperson geben keinen Ablehnungsgrund, wenn keine unsachliche Einstellung der Gerichtsperson erkennbar ist;<sup>86</sup> etwaige rechtliche Unkenntnisse der Gerichtsperson genügen nicht.<sup>87</sup> Die Besorgnis der Befangenheit besteht erst dann wenn die Art und Weise der Verfahrensführung bzw. der Entscheidung auf eine willkürliche Benachteiligung oder Bevorzugung eines Beteiligten schließen lässt.<sup>88</sup> Befangenheit kann im Einzelfall vorliegen, wenn sich die Gerichtsperson kritiklos der Ansicht Dritter anschließt.<sup>89</sup> Befangenheit kann bei einer Häufung von Verfahrensfehlern vorliegen,<sup>90</sup> insbesondere wenn sich das verfahrensmäßige Verhalten der Gerichtsperson so sehr von der normalerweise geübten Verfahrensweise entfernt, dass sich der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung geradezu aufdrängt;<sup>91</sup> zB bei grundloser Ablehnung, Anträge ins Protokoll aufzunehmen;<sup>92</sup> bei grundloser Verweigerung der Akteneinsicht;<sup>93</sup> bei Nichtbeachtung der Weisung des Rechtsmittelgerichts,<sup>94</sup> im Einzelfall bei Übergehen eines VKH-Gesuchs<sup>95</sup> oder bei einem Entzug der VKH wegen fehlender Mitwirkung an einer sachverständigen Exploration;<sup>96</sup> bei irriger Behandlung eines Ablehnungsgesuchs als rechtsmissbräuchlich;<sup>97</sup> bei willkürli-

<sup>75</sup> KG FamRZ 2016, 995; OLG Düsseldorf Beschl. v. 28.8.1992 – 11 W 72/92; OLG Karlsruhe Beschl. v. 4.12.2014 – 18 WF 247/14; OLG Nürnberg Beschl. v. 26.4.1993 – 8 W 1136/93.

<sup>76</sup> OLG Brandenburg Beschl. v. 20.6.2013 – 3 WF 68/13, BeckRS 2014, 07039; OLG Celle MDR 1988, 970; OLG Frankfurt a. M. JAmt 2010, 567 = BeckRS 2011, 07591; OLG Hamm FamRZ 2012, 318.

<sup>77</sup> OLG Hamburg NJW 1992, 2036.

<sup>78</sup> OLG Köln NJW-RR 2013, 383.

<sup>79</sup> OLG Karlsruhe MDR 1999, 956.

<sup>80</sup> LSG Niedersachsen-Bremen NJW 2010, 1630.

<sup>81</sup> OLG Schleswig SchlHA 1999, 103.

<sup>82</sup> OLG Köln MDR 1996, 1180.

<sup>83</sup> OLG Brandenburg FamRZ 1995, 1497; OLG Düsseldorf AnwBl 1999, 236; OLG Frankfurt a. M. NJW 2004, 621.

<sup>84</sup> OLG München NJW-RR 2010, 274.

<sup>85</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 2012, 960.

<sup>86</sup> BayObLG WM 1993, 456; OLG Celle NdsRpfl. 1999, 341; OLG Hamm FamRZ 2019, 544; OLG Köln ErbR 2015, 38; OLG Schleswig NJW 1994, 1227; OLG Saarbrücken Beschl. v. 3.2.2010 – 9 WF 17/10, BeckRS 2010, 10687.

<sup>87</sup> OLG Celle FamRZ 2013, 1751.

<sup>88</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2020, 848.

<sup>89</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2011, 1527 (für den Anschluss an die Ansicht eines Amtsvormundes).

<sup>90</sup> OLG Bamberg FamRZ 1997, 1223; OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 1350; OLG Schleswig SchlHA 1993, 275.

<sup>91</sup> OLG Hamm FamRZ 2014, 324; FamRZ 1999, 936: OLG Köln ErbR 2015, 38.

<sup>92</sup> OLG Hamm FamRZ 2014, 324; OLG Köln NJW-RR 1999, 288.

<sup>93</sup> BayObLG NJW-RR 2001, 642.

<sup>94</sup> OLG München MDR 2003, 1070; OLG Rostock NJW-RR 1999, 1507.

<sup>95</sup> OLG Hamm FamRZ 2018, 838.

<sup>96</sup> OLG Oldenburg FamRZ 2021, 1135.

<sup>97</sup> OLG Köln NJW-RR 2000, 591.

cher Abweichung von der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur;<sup>98</sup> bei Anforderung eines Kostenvorschusses in einer Kindschaftssache;<sup>99</sup> bei der Verweigerung des rechtlichen Gehörs in einer Kindschaftssache;<sup>100</sup> bei der Zurückweisung eines von einem über 14 Jahr alten Minderjährigen benannten rechtlichen Vertreters;<sup>101</sup> bei einem leichtfertigen Umgang mit grundrechtlich geschützten Positionen eines Beteiligten.<sup>102</sup> Dagegen schließt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht automatisch die Mitwirkung der Gerichtsperson an der Entscheidung über die Gehörsrüge aus.<sup>103</sup>

Die private Nutzung eines Handys während einer Beweiserhebung kann im Einzelfall die Annahme rechtfertigen, die Gerichtsperson habe sich bereits auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt und begründet damit das Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der Gerichtsperson.<sup>104</sup> Die **Zuleitung der Akten an die Staatsanwaltschaft**<sup>105</sup> (zB wegen Verdachts des Betrugs oder der Urkundenfälschung) und Aussetzung des Verfahrens deswegen kann im Einzelfall die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, wenn sie nur aufgrund des Vorbringens eines Beteiligten erfolgte;<sup>106</sup> andernfalls nicht.<sup>107</sup> Gleiches gilt für die Unterstellung von Straftaten<sup>108</sup> oder die Übersendung der Akten das Finanzamt.<sup>109</sup>

## VI. Verfahren

### 1. Ablehnungsgesuch (§ 44 ZPO)

**a) Zulässigkeit des Antrags. aa) Antrag.** Erforderlich ist bei einer Ablehnung durch einen Beteiligten gem. § 42 ZPO ein ausdrücklicher Antrag. Dieser kann schriftlich, elektronisch, mündlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle eingereicht werden; das Gesuch kann ebenfalls zu Protokoll der Gerichtsperson erklärt werden.<sup>110</sup> Zur Nutzungsplieth des elektronischen Rechtsverkehrs für Rechtsanwälte, Behörden und Notare → § 14b Rn. 8 ff. Adressat des Gesuchs ist das Gericht, dem die Gerichtsperson angehört (§ 44 Abs. 1 ZPO). Der Ablehnungsantrag kann nicht **unter einer Bedingung** (zB für den Fall, dass ein Antrag nicht in einer bestimmten Art und Weise beschieden wird) gestellt werden.<sup>111</sup> Die Einlegung eines Ablehnungsgesuchs in einem laufenden Verfahren unterliegt – auch in **Ehesachen** einschließlich der Folgesachen sowie in **selbständigen Familieneinstreitsachen** (vgl. § 114 Abs. 4 Nr. 6 FamFG iVm § 78 Abs. 3 ZPO) – nicht dem **Anwaltszwang**, dies gilt auch im Rechtsbeschwerdeverfahren (§ 10 Abs. 4 S. 1).<sup>112</sup> Zum Anwaltszwang für die Einlegung eines Rechtsmittels gegen eine in einem Ablehnungsverfahren ergangene Entscheidung → Rn. 66, → 69. Das Befangenheitsgesuch kann jederzeit zurückgenommen werden; in diesem Fall ist das Verfahren durch die zunächst abgelehnte Gerichtsperson fortzusetzen.

Das Gesuch muss zugleich **begründet** werden; die Ankündigung bzw. Nachreichung einer Begründung genügen nicht.<sup>113</sup> Zudem bedarf es einer Glaubhaftmachung (§ 31) des

<sup>98</sup> OLG Dresden FamRZ 2014, 1654.

<sup>99</sup> OLG Stuttgart FamRZ 2016, 2144.

<sup>100</sup> OLG Frankfurt a. M. JAmt 2010, 567 = BeckRS 2011, 07591.

<sup>101</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2016, 567.

<sup>102</sup> OLG Hamm FamRZ 2019, 544.

<sup>103</sup> BVerwG NVwZ-RR 2009, 662.

<sup>104</sup> BGH NJW 2015, 2986.

<sup>105</sup> Knoche MDR 2000, 371.

<sup>106</sup> OLG Brandenburg MDR 1997, 779; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1986, 1319; MDR 1984, 499; OLG Hamburg MDR 1989, 1000.

<sup>107</sup> KG MDR 2001, 107.

<sup>108</sup> OLG Karlsruhe JAmt 2010, 567 = BeckRS 2011, 12323.

<sup>109</sup> OLG Hamm FamRZ 1992, 575.

<sup>110</sup> Str. vgl. BayObLG WuM 1994, 350; OLG Schleswig OLGR 2002, 307.

<sup>111</sup> BFH/NV 1995, 682; OLG Stuttgart NJW-RR 2013, 960.

<sup>112</sup> BGH NJW 1995, 1030.

<sup>113</sup> OLG Köln NJW-RR 1996, 1339; OLG Schleswig OLGR 2006, 67.

Ablehnungsgrundes (§ 44 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 ZPO). Insoweit reicht die eigene eidesstattliche Versicherung nicht aus (§ 44 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZPO). Es genügt aber die Bezugnahme auf das Zeugnis der abgelehnten Gerichtsperson (§ 44 Abs. 2 S. 2 ZPO); dies ist die in § 44 Abs. 3 ZPO genannte dienstliche Äußerung. Eine Glaubhaftmachung ist bei Offenkundigkeit bzw. bei Wahrunterstellung der vorgetragenen Umstände entbehrlich.

- 35 Inhaltlich setzt der Antrag keine namentliche Bezeichnung der abgelehnten Gerichtsperson voraus; es genügt eine zweifelsfreie Bestimmbarkeit der Gerichtsperson anhand der Angaben in der Antragsschrift. Ein **Spruchkörper** (Zivilkammer, Zivilsenat)<sup>114</sup> oder das **Gericht als solches** sind nicht ablehnbar.<sup>115</sup> Die namentliche Aufzählung aller Gerichtspersonen macht die Kollektivablehnung noch nicht zulässig; anders, wenn zusätzlich eine auf die jeweilige Person bezogene Begründung beigelegt wird; dafür genügt indes nicht der Hinweis auf die „Zugehörigkeit zum OLG“.<sup>116</sup> Bei entsprechender Begründung kann die Ablehnung „des Senats/der Zivilkammer“ in eine Ablehnung der einzelnen Mitglieder umgedeutet werden.
- 36 Bei der Ablehnung einer Gerichtsperson müssen „ernsthafte“ Umstände angeführt werden, welche die Befangenheit der einzelnen Gerichtsperson aus Gründen rechtfertigen, die in persönlichen Beziehungen dieser Gerichtsperson zu den Beteiligten oder zu dem Verfahren stehen.<sup>117</sup> Das Gesuch muss bereits (zumindest in den Kernpunkten) die Begründung enthalten.<sup>118</sup> Der Ablehnungsgrund muss substantiiert sein.
- 37 **bb) Rechtzeitigkeit des Ablehnungsgesuch.** Die Ablehnung muss rechtzeitig erfolgen; sie muss spätestens bis zum Abschluss der jeweiligen Instanz einschließlich eines etwaigen Berichtigungs- bzw. Ergänzungsverfahrens (§§ 42, 43 FamFG) bzw. einer etwaigen Anhörungsrüge (§ 44 FamFG) erklärt werden.<sup>119</sup> Spätester Zeitpunkt ist der Abschluss des Verfahrens durch eine unanfechtbare Entscheidung.<sup>120</sup> Ist die die Instanz abschließende Entscheidung erlassen, **nicht mehr abänderbar** und sind keine Nebenentscheidungen mehr zu treffen, ist ein Ablehnungsgesuch unzulässig.<sup>121</sup>
- 38 Hat der Antragsteller bereits Anträge gestellt oder sich in eine mündliche Verhandlung eingelassen, muss er gem. § 44 Abs. 4 S. 2 ZPO sein Ablehnungsgesuch **unverzüglich**, dh ohne schuldhaftes Verzögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) anbringen. Durch die zum 1.1.2020 in Kraft getretene Neuregelung, die auch auf die zu diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren Anwendung findet,<sup>122</sup> soll nach dem Willen des Gesetzgebers verhindert werden, dass Ablehnungsanträge von einem Beteiligten aus taktischen Gründen zur Verfahrensverzögerung erst dann gestellt werden, wenn sich im Verlauf des Verfahrens eine für ihn ungünstige Verhandlungsposition herausstellt.<sup>123</sup> Eine bestimmte Frist sieht das Gesetz nicht vor. Maßgeblich ist eine nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessende Prüfungs- und Überlegungszeit. Wird das Ablehnungsgesuch allein auf die Gründe einer gerichtlichen Entscheidung gestützt, reicht es aus, wenn das Ablehnungsgesuch zusammen mit dem gegen die Entscheidung erhobenen Rechtsmittel verbunden wird.<sup>124</sup> Ansonsten ist Einhaltung einer **Frist von 2 Wochen** noch ausreichend;<sup>125</sup> dagegen ist die Einlegung eines

<sup>114</sup> BGH NJW-RR 2012, 61 Rn. 8; NJW-RR 2002, 789; NJW 1974, 55; OLG Köln NJW-RR 1992, 894.

<sup>115</sup> BGH ZInsO 2019, 2179; FamRZ 2015, 1698; FamRZ 2007, 1734; OLG Brandenburg FamRZ 2001, 290.

<sup>116</sup> BGH NJW 1974, 55.

<sup>117</sup> BGH FamRZ 2012, 1865.

<sup>118</sup> OLG Köln NJW-RR 1996, 1339.

<sup>119</sup> BGH NJW 2011, 2191; NJW-RR 2007, 1653; einschränkend: OLG Nürnberg FamRZ 2015, 269 (für § 44).

<sup>120</sup> BGH NJW 1999, 2370.

<sup>121</sup> BayObLG MDR 1993, 471.

<sup>122</sup> BGH FamRZ 2022, 644 Rn. 8.

<sup>123</sup> BT-Drs. 19/13828, 17; BeckOK ZPO/Vossler § 44 Rn. 18.

<sup>124</sup> BGH FGPrax 2022, 124.

<sup>125</sup> BeckOK ZPO/Vossler § 44 Rn. 19; MüKoZPO/Stackmann § 43 Rn. 4.

Ablehnungsgesuchs mit einer Verzögerung von mehr als einem Monat nicht mehr unverzüglich und führt zum Verlust des Ablehnungsrechts (→ Rn. 43).<sup>126</sup>

**cc) Ablehnungsbefugnis.** Der Antrag (vgl. § 23) muss von einem Beteiligten (§ 7) **39** ausgehen. Grundsätzlich hat jeder Verfahrensbeteiligter ein Ablehnungsrecht; dazu gehört auch das am Verfahren beteiligte Jugendamt.<sup>127</sup> Dagegen sind am Verfahren nicht unmittelbar beteiligte Dritte (zB in einem Erbscheinsverfahren Miterben, die von ihrem Recht auf Verfahrensbeteiligung gem. § 345 Abs. 1 S. 3 keinen Gebrauch gemacht haben; in einer Vereinssache ein am Verfahren nicht beteiligtes Vereinsmitglied) nicht ablehnungsbefugt.<sup>128</sup> Ebenso wenig steht dem **Verfahrensbevollmächtigten** aus eigenem Recht ein Ablehnungsrecht zu.<sup>129</sup>

**dd) Rechtsschutzbedürfnis.** Für seinen Antrag muss der Antragsteller das erforderliche **40** Rechtsschutzbedürfnis besitzen. Dieses fehlt, wenn **die Instanz** mit allen Nebenentscheidungen **beendet** ist.<sup>130</sup> Eine mögliche noch nicht feststehende Zurückverweisung der Sache an das Ausgangsgericht oder die Befassung der abgelehnten Gerichtsperson in einem künftigen Verfahren begründen nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.<sup>131</sup> Dagegen besteht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, wenn der Antragsteller gegen eine verfahrensabschließende Entscheidung mit dem Befangenheitsantrag zugleich eine nicht von vornherein unzulässige **Anhörungsruhe** erhebt.<sup>132</sup>

Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt ebenfalls, wenn das Gesuch **rechtsmissbräuchlich** ist. **41** Rechtsmissbrauch liegt insbesondere vor, wenn der Antrag ausschließlich dazu dient, das Verfahren offensichtlich zu verschleppen oder mit dem Gesuch verfahrensfremde Zwecke (zB nur für die Öffentlichkeit bestimmt, bei mangelnder Ernstlichkeit) verfolgt werden.<sup>133</sup> Rechtsmissbrauch kann auch bei wiederholten querulatorischen Eingaben, bei Anträgen ohne einen „sachlichen Kern“<sup>134</sup> oder bei „Kettenablehnungen“ gegeben sein. Rechtsmissbräuchliche Eingaben können unter Mitwirkung der abgelehnten Gerichtsperson beschieden werden (→ Rn. 52).

**ee) Keine entgegenstehende Rechtskraft.** Über den geltend gemachten Ablehnungsgrund darf noch keine Entscheidung ergangen sein; unveränderte Wiederholung ist daher unzulässig, eine solche mit neuen Gründen ist dagegen zulässig. **42**

**ff) Kein Verlust des Ablehnungsrechts.** Ein Ablehnungsgesuch ist unwirksam bei **43** Verlust des Ablehnungsrechts. Gem. § 43 ZPO verlieren die Beteiligten ihr Ablehnungsrecht wegen Besorgnis der Befangenheit, wenn sie, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung einlassen oder Anträge stellen. Der Gesetzeswort regelt nur den Fall, in dem die Beteiligten trotz Kenntnis des Ablehnungsgrundes zunächst darauf verzichten diesen zu machen.<sup>135</sup> Dagegen tritt ein Verlust des Ablehnungsrechts nicht dadurch ein, dass sich ein Beteiligter **nach ausdrücklicher Ab-**

<sup>126</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2020, 1853; OLG Hamburg NJW-RR 2020, 698.

<sup>127</sup> OLG Frankfurt a. M. JAmt 2010, 567 = BeckRS 2011, 07591.

<sup>128</sup> BGH NJW-RR 2020, 1321, für eine ZPO-Verfahren.

<sup>129</sup> BayObLG NJW 1975, 699; OLG Hamm OLGR 1996, 45; OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 126; OLG Rostock OLGR 2009, 350; VerfG Brandenburg DÖV 2017, 1004.

<sup>130</sup> BVerfG NJW 2011, 2191; BGH 14.10.2021 – LwZB 2/20 Rn. 7; NJW-RR 2018, 1461 Rn. 5; BGH FamRZ 2007, 1734 (Ablehnung im Tatbestandsberichtigungsverfahren); OLG Hamm NJW 1976, 1701; OLG Nürnberg FamRZ 2015, 269, für eine Gehörsruhe gegen eine Entscheidung über die Gehörsruhe.

<sup>131</sup> OLG Koblenz FamRZ 2019, 129.

<sup>132</sup> BGH NJW-RR 2022, 138; NJW-RR 2018, 1461 Rn. 5; Beschl. v. 30.8.2016 – I ZB 10/15 Rn. 3; Beschl. v. 29.5.2013 – IX ZB 7/13 Rn. 3.

<sup>133</sup> StRspr BVerfG NJW 2007, 37731, NJW 2005, 3412; BGH NJW-RR 2005, 943; NJW 1992, 984; OLG Hamburg NJW-RR 2013, 1078; OLG Hamm FGPrax 2019, 1150 (betr. die offensichtliche Verschleppung eines Verfahrens); OLG Jena MDR 2017 (betr. die Erzwingung einer Terminsverlegung); OLG Karlsruhe MDR 2014, 242 (betr. wiederholte Anträge mit im Wesentlichen gleicher Begründung).

<sup>134</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2012, 1271.

<sup>135</sup> BGH NJW-RR 2016, 887 Rn. 15; vgl. auch BGH NJW-RR 2008, 800 Rn. 5; NJW 2006, 695.

**Lehnung** der Gerichtsperson auf die weitere Verhandlung einlässt.<sup>136</sup> Ebenfalls erfasst die Vorschrift nicht den Ausschluss der Gerichtsperson gem. § 41 ZPO. Der **Kenntnis** des Beteiligten<sup>137</sup> gleich steht die Kenntnis des Verfahrensbevollmächtigten<sup>138</sup> sowie des gesetzlichen Vertreters. Kennenmüssen genügt indes nicht.<sup>139</sup> **Einlassen** in einer Verhandlung ist jede das Verfahren bzw. die Erledigung eines Streitpunkts dienende Handeln der Beteiligten unter Mitwirkung der Gerichtsperson,<sup>140</sup> auch Beantworten von Fragen,<sup>141</sup> Stellen von Fragen bei der Beweisaufnahme,<sup>142</sup> Abschluss eines Widerrufsvergleichs.<sup>143</sup> Unter **Antragstellung** fallen alle Anträge zur Sache, nicht indes reine Formalanträge, wie der Antrag auf Akteneinsicht<sup>144</sup> oder auf Vertagung.<sup>145</sup>

- 44 Entsteht der Ablehnungsgrund erst nach der Einlassung in der mündlichen Verhandlung bzw. dem Stellen von Anträgen muss das Ablehnungsgesuch gem. § 44 Abs. 4 S. 2 ZPO **unverzüglich** angebracht werden (→ Rn. 38). Insoweit muss der Beteiligte glaubhaft machen, dass er erst zu einem späteren Zeitpunkt von dem Ablehnungsgrund Kenntnis erlangt hat oder dass dieser Grund erst später entstanden ist (§ 44 Abs. 4 S. 1 ZPO). Eine verspätete Antragstellung führt zum Verlust des Ablehnungsrechts und damit zur **Unzulässigkeit des Ablehnungsgesuchs**.<sup>146</sup> Der **Verlust des Ablehnungsrechts** wirkt nur in dem Verfahren, in dem sich der Beteiligte eingelassen hat, nicht für andere Verfahren vor dieser Gerichtsperson.<sup>147</sup>
- 45 **b) Begründetheit des Antrags.** Begründet ist das Ablehnungsgesuch bei Ausschluss von der Ausübung des Amtes nach § 41 oder Befangenheit (definiert in § 42 Abs. 2 ZPO). Nicht notwendig ist dabei tatsächliche Befangenheit; es genügt die „Besorgnis“, das heißt der mögliche Eindruck mangelnder Objektivität.<sup>148</sup> Es kommt auf die Sicht des ablehnenden Beteiligten an.<sup>149</sup> Die Ablehnungsgründe müssen aber objektivierbar sein. Es kommt darauf an, ob die Gründe aus der **Sicht eines vernünftig denkenden Menschen** geeignet sind, berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit oder der Unabhängigkeit zu rechtfertigen.<sup>150</sup> Solche Zweifel können sich aus dem Verhalten der Gerichtsperson innerhalb oder außerhalb des Verfahrens aber auch aus einer besonderen Beziehung der Gerichtsperson zum Gegenstand des Verfahrens oder zu den Verfahrensbeteiligten ergeben.<sup>151</sup> Maßgeblich sind stets die vom Gericht zu würdigenden besonderen Umstände des Einzelfalls.<sup>152</sup>

## 2. Selbstablehnung; Ablehnung von Amtswegen (§ 48 ZPO)

- 46 Ist eine Gerichtsperson von der Mitwirkung an einer Sache iSd § 41 ZPO ausgeschlossen, bedarf es keines Antrages eines Beteiligten. Vielmehr ist der Ausschluss **von Amtswegen** zu beachten. Hält die Gerichtsperson das Vorliegen der Voraussetzungen des § 41 für möglich, dann muss sie eine entsprechende Anzeige (§ 48 ZPO) machen und über ihre

<sup>136</sup> BGH NJW-RR 2016, 887; OLG Frankfurt 17.12.2015 – 8 W 52/15, juris; aA OLG Düsseldorf AnwBl 2002, 119; OLG München MDR 1954, 552.

<sup>137</sup> OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 484.

<sup>138</sup> OLG Düsseldorf MDR 2010, 517; OLG Hamburg MDR 1976, 845.

<sup>139</sup> OLG München NJW 2014, 3042.

<sup>140</sup> BGH NJW-RR 2014, 382 Rn 20; NJW-RR 2008, 800; OLG Koblenz MDR 1986, 60; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 484.

<sup>141</sup> OVG Bremen NJW 1985, 823.

<sup>142</sup> OLG Köln NJW-RR 1996, 1339.

<sup>143</sup> BayObLG WuM 1994, 298; OLG Frankfurt a. M. FamRZ 1991, 839.

<sup>144</sup> BayObLG NJW-RR 2001, 642.

<sup>145</sup> OLG Düsseldorf MDR 201, 517; aA OLG Hamburg MDR 1961, 152.

<sup>146</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2020, 1853; OLG Hamburg NKW-RR 2020, 698; aA zur Unbegründetheit des Antrages: OLG Karlsruhe Beschl. v. 16.2.2022 – 14 U 142/21, juris; BeckOK ZPO/Vossler § 44 Rn. 20.

<sup>147</sup> Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1992, 571; aA OLG Koblenz MDR 1989, 647; MDR 1986, 60.

<sup>148</sup> BVerfG NJW 2012, 3228; BGH NJW 2019, 516 Rn. 10.

<sup>149</sup> BVerfG NJW 1966, 923.

<sup>150</sup> BGH NJW 2019, 516 Rn. 10; NJW 2016, 1022 Rn. 9; NJW-RR 2012, 61 Rn. 5.

<sup>151</sup> BGH NJW 2019, 516 Rn. 10; NJW 2012, 1890 Rn. 9 ff.

<sup>152</sup> BGH NJW 2019, 516 Rn. 10; NJW-RR 2017, 1021 Rn. 8; NJW-RR 2011, 136 Rn. 7; NJW 2004, 163.