

Kommentar

Bearbeitet von

Dr. jur. h.c. Theodor Keidel, Helmut Engelhardt, Werner Sternal, Lutz Budde, Dr. Michael Giers, Dr. Jörn Heinemann, Dr. Ulrich Meyer-Holz, Albrecht Weber, Prof. Dr. Walter Zimmermann

19., überarbeitete Auflage 2017. Buch. XLIII, 3326 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69782 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 2475 g

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht  
allgemein, Gesamtdarstellungen > Schiedsverfahrensrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen Stand: 26.7.2016

§ 6

fahren geht auf das dem bestimmten Gericht vorgesetzte Rechtsmittelgericht über.<sup>145</sup> Ist der Bestimmungsbeschluss wirksam geworden, so kann die Beschwerde gegen Endentscheidungen des vorher tätigen Gerichts – in Abweichung von § 64 Abs. 1 – nur noch bei dem neuen Gericht eingelegt werden, da das frühere Gericht infolge der Bestimmung seine Zuständigkeit und damit auch die Abhilfebefugnis verloren hat.<sup>146</sup>

## XII. Rechtsmittel (Abs. 3)

Die Entscheidung, durch die das zuständige Gericht bestimmt wird, unterliegt nach § 51 Abs. 3 **keiner Anfechtung**; dies gilt auch dann, wenn das LG entschieden hat. Gegen den zurückweisenden Beschluss sieht das Gesetz ebenfalls kein Rechtsmittel vor.<sup>147</sup> Es handelt sich hierbei nicht um eine Endentscheidung iSd § 58, sondern um eine Zwischenentscheidung. Zudem werden für den Fall einer Entscheidung durch das LG die §§ 567 ff. ZPO nicht für entsprechend anwendbar erklärt. Auch bei einer offenbaren Gesetzeswidrigkeit kommt wegen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Rechtsmittelklarheit<sup>148</sup> weder gegen die bestimmende noch gegen die ablehnende Entscheidung ein Rechtsmittel in Betracht. Eine Überprüfung ist damit allenfalls innerhalb der Anfechtung der **Endentscheidung** möglich (vgl. § 58 Abs. 2); zum Umfang der Überprüfungsmöglichkeit durch das Beschwerdegericht aber → § 65 Rn. 16.

Bei der Verletzung des Grundsatzes der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) ist die Erhebung einer **Anhörungs-rüge** möglich (→ § 44 Rn. 14);<sup>149</sup> 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.<sup>150</sup>

## XIII. Kosten und Gebühren

Für das Bestimmungsverfahren fallen mangels entsprechender Kostentatbestände im GNotKG bzw. im FamGKG weder in Familiensachen noch in sonstigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit 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).<sup>151</sup>

### § 6 Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen Stand: 26.7.2016

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

<sup>145</sup> BayObLGZ 1985, 296.

<sup>146</sup> aA: Bumiller/Harders/Schwamb § 5 Rn. 21, bei dem Gericht, das die anzufechtende Entscheidung erlassen hat; MüKoFamFG/Pabst § 5 Rn. 32, sowohl bei dem bestimmten Gericht als auch bei dem Gericht, welches auf Grund der Bestimmung seine Zuständigkeit verloren hat.

<sup>147</sup> Prütting/Helms/Prütting § 5 Rn. 40.

<sup>148</sup> BVerfG NJW 2003, 1924.

<sup>149</sup> So wohl auch MüKoFamFG/Ulrici § 44 Rn. 6.

<sup>150</sup> MüKoFamFG/Pabst § 5 Rn. 29.

<sup>151</sup> MüKoFamFG/Pabst § 5 Rn. 34; Zöller/Geimer FamFG § 5 Rn. 6.

## § 6 1

Abschnitt 1. Allgemeine Vorschriften

(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; Anwendungsbereich .....	1
II. Ablehnbare (bzw. ausgeschlossene) Personen .....	2
III. Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes (§ 41 ZPO) .....	3
1. Grundsätze .....	3
a) Allgemeines .....	3
b) Wesen der Ausschließung .....	4
c) Beschwerdeverfahren .....	7
d) Sache .....	8
e) Vorbefastheit .....	9
2. Ausschließungsgründe .....	10
a) § 41 Nr. 1 ZPO .....	10
b) § 41 Nr. 2 ZPO .....	11
c) § 41 Nr. 2a ZPO .....	12
d) § 41 Nr. 3 ZPO .....	13
e) § 41 Nr. 4 ZPO .....	14
f) § 41 Nr. 5 ZPO .....	15
g) § 41 Nr. 6 ZPO .....	16
h) § 41 Nr. 7 ZPO .....	16a
i) § 41 Nr. 8 ZPO .....	16b
3. Folgen der Ausschließung .....	17
IV. Ablehnung einer Gerichtsperson (§ 42 ZPO) .....	18
1. Voraussetzungen der Ablehnung .....	18
a) Antrag .....	18
b) Bestimmte Angabe der abgelehnten Gerichtsperson .....	19
c) Rechtzeitigkeit .....	20
d) Begründung des Antrags .....	21
e) Keine entgegenstehende Rechtskraft .....	22
f) Rechtsschutzbedürfnis .....	23
2. Begründetheit .....	24
3. Beispiele (es kommt aber auf den jeweiligen Einzelfall an): .....	25
V. Verlust des Ablehnungsrechts (§ 43 ZPO) .....	38
VI. Ablehnungsgesuch (§ 44 ZPO) .....	40
VII. Entscheidung über das Ablehnungsgesuch (§ 45 ZPO) .....	42
1. Ablehnung beim Kollegialgericht (LG, KfH, OLG, BGH) .....	42
2. Ablehnung eines Richters am AG .....	46
3. Ablehnung eines Rechtspflegers .....	50
VIII. Entscheidung und Rechtsmittel (§ 46 ZPO; § 6 Abs. 2 FamFG) .....	51
1. Verfahren .....	51
2. Entscheidung und Rechtsmittel .....	52
a) Stattgabe .....	52
b) Bei Ablehnung des Antrags .....	53
3. Beschwerdeverfahren .....	55
IX. Unaufschiebbare Amtshandlungen (§ 47 ZPO) .....	57
X. Selbstablehnung; Ablehnung von Amts wegen (§ 48 ZPO) .....	61
XI. Urkundsbeamte (§ 49 ZPO) .....	63

### I. Normzweck; Anwendungsbereich

- Die Regelung entspricht dem früheren § 6 FGG. § 6 gilt für alle Angelegenheiten des FamFG, soweit nicht in Sondervorschriften etwas Anderes bestimmt ist. Das bedeutet, dass § 6 in **Ehesachen** und **Familienstreitsachen** wegen § 113 Abs. 1 S. 1 nicht anwendbar ist (hier gilt gem. § 113 Abs. 1 S. 2 die ZPO und damit die §§ 41 ff. ZPO unmittelbar), in anderen Familiensachen schon. In Landwirtschaftssachen gilt § 6 ebenfalls (§ 9 LwVG). Im Grundbuchrecht finden sich entsprechende Regelungen in § 81 Abs. 2 GBO sowie § 11 GBO. Vgl. ferner § 89 Abs. 2 SchRegO. § 6 beseitigt durch Verweisung auf §§ 41–49 ZPO frühere Unterschiede zwischen der Ablehnung in Verfahren der freiwilligen Gerichts-

barkeit und im Zivilprozess (zB Grad der Verwandtschaft in § 5 Nr. 3 FGG aF einerseits, § 41 Nr. 3 ZPO andererseits), die nicht nachvollziehbar waren.

## II. Ablehnbare (bzw. ausgeschlossene) Personen

§ 6 bezeichnet als ablehnbar (im Gegensatz zu § 41 ZPO) die „Gerichtspersonen“. <sup>2</sup> Darunter fallen **Richter** (aller Instanzen, auch ersuchte Richter), ehrenamtliche Richter<sup>1</sup> (wie Handelsrichter), **Rechtspfleger** (wegen § 10 RPflG) und Urkundsbeamte der Geschäftsstelle (wegen § 49 ZPO; siehe dazu §§ 4 Abs. 2 HRV, 4 Abs. 4 AVO GBO). **Sachverständige** können nach § 30 Abs. 1 FamFG iVm § 406 ZPO abgelehnt werden (dazu → § 30 Rn. 101 ff.).<sup>2</sup> Der Streit kann ihnen nicht verkündet werden (§ 72 ZPO); geschieht es trotzdem und treten sie bei, sind sie nicht ausgeschlossen.<sup>3</sup> **Dolmetscher** sind nach § 191 GVG ablehnbar. **Notare** können nach § 6 BeurkG ausgeschlossen sein. Über Ausschließung und Ablehnung eines Notars im Landesdienst (Baden-Württemberg) vgl. § 5 Abs. 1, 2 Bad.-Württ.LFGG<sup>4</sup> (es entscheidet das LG, § 6 Abs. 1 Bad.-Württ.LFGG).<sup>5</sup> Wenn ein Notar in Baden-Württemberg ein Testament oder einen Erbvertrag beurkundet hat, kann er ihn nicht später als Nachlassrichter auslegen<sup>6</sup> (dort sind die Notariate Nachlassgerichte). Für öffentliche Beurkundungen, soweit hierfür der Richter (Rechtspfleger) noch zuständig ist (zB §§ 62, 63 BeurkG), gilt § 6 nicht, vielmehr sind gemäß § 1 Abs. 2 BeurkG die §§ 3, 4, 6, 7, 26 BeurkG maßgebend. **Gerichtsvollzieher** kann man nicht ablehnen;<sup>7</sup> ebenso nicht Verfahrenspfleger des Betroffenen (§ 276),<sup>8</sup> Verfahrensbeistände des Kindes (§ 158)<sup>9</sup> Mitarbeiter des Jugendamtes<sup>10</sup> oder Umgangspfleger des Kindes (§ 1684 Abs. 3 BGB),<sup>11</sup> weil diese trotz Bestellung durch das Gericht keine Gerichtspersonen sind. Hierzu vgl. aber § 41 Nr. 4 ZPO (→ Rn. 14).

## III. Ausschluss von der Ausübung des Richteramtes (§ 41 ZPO)

### § 41 ZPO

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 Rechtszuge 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,

<sup>1</sup> BT-Drs. 16/6308, 176.

<sup>2</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2015, 68; Völker FPR 2008, 287.

<sup>3</sup> BGH NJW-RR 2006, 1221.

<sup>4</sup> In der Fassung vom 1.9.2009, Text bei → § 486 Rn. 4.

<sup>5</sup> In der Fassung vom 1.9.2009, Text bei → § 486 Rn. 4.

<sup>6</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 1095.

<sup>7</sup> BGH NJW-RR 2005, 149; s. dazu § 155 GVG.

<sup>8</sup> Bumiller/Harders/Schwamb § 6 Rn. 2.

<sup>9</sup> OLG Celle FGPrax 2003, 128.

<sup>10</sup> OLG Celle FPR 2011, 339 = BeckRS 2011, 04658.

<sup>11</sup> OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1571.

§ 6 3–7

Abschnitt 1. Allgemeine Vorschriften

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. Grundsätze

- 3 **a) Allgemeines. Gerichtspersonen** (→ Rn. 2), nicht nur „Richter“, wie § 41 ZPO formuliert, sind in den Fällen des § 41 ZPO ausgeschlossen.
- 4 **b) Wesen der Ausschließung.** Die Ausschließung der Gerichtsperson von der Ausübung des Richteramts in den vom Gesetz aufgezählten Fällen kraft Gesetzes bedeutet:
  - 5 • für den Richter (Rechtspfleger) und die sonstigen Gerichtspersonen das **Gebot**, sich in diesen Fällen **der Amtsausübung zu enthalten**. Wenn dies nicht geschieht, ist die Ablehnung der Gerichtsperson durch Beteiligte in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 1 ZPO zulässig. Bestehen Zweifel über das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes, so hat das Gericht in entsprechender Anwendung des § 48 Hs. 2 ZPO zu entscheiden. Handelt es sich um einen Rechtspfleger, so entscheidet der Richter (§ 10 S. 2 iVm § 28 RPflG); handelt es sich um einen Richter, so ergibt sich das für die Entscheidung zuständige Gericht aus § 45 ZPO in entsprechender Anwendung.
  - 6 • Handlungen der ausgeschlossenen Gerichtsperson sind **nicht kraft Gesetzes unwirksam** (zum Grundbuchrecht vgl. § 11 GBO). Die Beteiligten haben das Recht, die Handlungen des ausgeschlossenen Richters, wenn sie sich als Endentscheidungen im Sinne des § 38 darstellen, mit der befristeten Beschwerde (§§ 58 ff.) bzw. im Falle des § 11 Abs. 2 RPflG bei einem ausgeschlossenen Rechtspfleger mit Erinnerung anzufechten. Hier kann die nicht selbständig angreifbare Handlung (zB ein Beweisbeschluss, eine Beweisaufnahme) mit überprüft werden (§ 58 Abs. 2 FamFG). War aber die Entscheidung über die Ablehnung nach § 6 Abs. 2 anfechtbar und wurde die Anfechtung unterlassen, ist die Handlung auch nicht mehr über § 58 Abs. 2 überprüfbar.<sup>12</sup> War die Entscheidung überhaupt unanfechtbar (wie im Falle des § 46 Abs. 2 ZPO), dann darf sie auch nicht über § 58 Abs. 2 in der Beschwerdeinstanz nachgeprüft werden. Im Übrigen ist bei rechtskräftigen Entscheidungen § 579 Nr. 2 ZPO entsprechend anzuwenden (vgl. § 48 Abs. 2).
- 7 **c) Beschwerdeverfahren.** Die Verletzung des § 6 Abs. 1 bildet im Beschwerdeverfahren einen **selbstständigen Anfechtungsgrund**. Wenn auch das der anfechtbaren Entscheidung vorausgegangene Verfahren (Ermittlungen, Beweiserhebungen) nicht unwirksam ist, muss das Beschwerdegericht die Entscheidung des ausgeschlossenen Richters (Rechtspflegers) doch stets aufheben, auch wenn sie sich sachlich als richtig erweist;<sup>13</sup> eine Zurückverweisung kommt unter den Voraussetzungen des § 69 Abs. 1 S. 2 und S. 3 in Betracht (vgl. dazu → § 69 Rn. 13). Denn im Zweifel ist nicht nur die Entscheidung, sondern auch das vorangegangene Verfahren von der Unparteilichkeit „infiziert“. Die Rechtsbeschwerde führt im Hinblick auf § 72 Abs. 3 FamFG iVm § 547 Nr. 2 ZPO stets zur Aufhebung der von einem ausgeschlossenen Richter oder unter dessen Mitwirkung erlassenen Entscheidung des Beschwerdegerichts; lag ein solcher Mangel nur im ersten Rechtszug vor, so kommt für das Rechtsbeschwerdegericht (BGH) eine Aufhebung aus diesem Grunde nur in Betracht, wenn die Gesetzesverletzung auch für die Entscheidung des Beschwerdegerichts ursächlich war.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> BT-Drs. 16/6308, 204.

<sup>13</sup> Baur § 8 IV 3; aM Jansen/Müther § 6 Rn. 25 noch zum FGG.

<sup>14</sup> Vgl. BGH NJW 1958, 1398; OLG Hamm Rpfleger 1969, 211.

**d) Sache.** 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 Gesamttätigkeit fallende Angelegenheit, welche zu einer besonderen Entscheidung Anlass gibt, also zB in Nachlasspflegschaftssachen die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft.<sup>15</sup>

**e) Vorbefasstheit.** Wenn eine Gerichtsperson als Organ der (Justiz-)Verwaltung ein 9 Verwaltungsverfahren veranlasst oder dabei mitgewirkt hat, ist die Mitwirkung dieser Gerichtsperson an einem gerichtlichen Verfahren, in dem die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns überprüft werden soll, im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung ebenfalls ausgeschlossen (Abs. 1 S. 2); vgl. § 54 Abs. 2 VwGO. 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.<sup>16</sup> Hat der Rechtspfleger als weisungsgebundener Kostenbeamter einen Kostenansatz aufgestellt, kann er nicht über die Erinnerung hiergegen entscheiden.<sup>17</sup> Abs. 1 S. 2 hat auch Bedeutung in öffentlich-rechtlichen Streitsachen.<sup>18</sup> Nicht darunter fällt, dass ein Richter zuvor über die Verfahrenskostenhilfe zu Ungunsten eines Beteiligten entschieden hat.<sup>19</sup>

## 2. Ausschließungsgründe

**a) § 41 Nr. 1 ZPO.** Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen, in denen sie selbst „Partei“ (dh Beteiligter) ist oder bei denen sie zu einer „Partei“ 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) 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. Der Nachlassrichter (Rechtspfleger) ist daher ausgeschlossen, wenn er Erbe, Miterbe, Nacherbe, Pflichtteilsberechtigter, Vermächtnisnehmer ist. Die Gerichtsperson ist ausgeschlossen als Mitglied einer beteiligten GbR, eines kleinen nichtrechtsfähigen Vereins,<sup>20</sup> einer OHG, Kommanditgesellschaft. Aber auch wenn ein Richter Gesellschaftsanteile an einer GmbH hält, ist er in diesem Sinn beteiligt,<sup>21</sup> obwohl formal nur die GmbH Beteiligte ist. Nicht mitberechtigt oder mitverpflichtet ist der Richter, der Bürger einer beteiligten Gemeinde, der Kleinaktionär einer beteiligten Publikums-Aktiengesellschaft oder Mitglied einer Massen-Genossenschaft (zB Volksbank) ist, sofern nicht gerade Sonderrechte des Mitglieds betroffen sind.<sup>22</sup> Nicht ausgeschlossen ist bei der Entscheidung über eine Beschwerde einer IHK ein ehrenamtlicher Richter, der zugleich Mitglied der IHK ist.<sup>23</sup> Das Verhältnis als Beteiligter, Mitberechtigter oder Mitverpflichteter muss zu der Zeit noch fortbestehen, zu der der Richter als solcher tätig werden soll.

**b) § 41 Nr. 2 ZPO.** Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen, in Sachen seines **Ehegatten**, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht. „Sachen“ sind die der Rn. 8. Ehe der Richter mit dem Rechtsanwalt eines Beteiligten fällt nicht unter § 41, sondern § 42. 11

<sup>15</sup> Dazu auch BayObLG MDR 1977, 763.

<sup>16</sup> BayObLGZ 1985, 182.

<sup>17</sup> BayObLG Rpfleger 1974, 391; OLG München NJW-RR 2015, 316.

<sup>18</sup> Vgl. BVerwGE 52, 47; BGH FamRZ 1963, 556; VGH München BayVBl. 1985, 311.

<sup>19</sup> BVerwG NVwZ-RR 2009, 662.

<sup>20</sup> Mitgliedschaft in Massenvereinen dagegen schließt nicht aus, BVerfG NJW 1984, 1874; BGH WuM 2004, 110 (Verein mit mehreren tausend Mitgliedern); BAG AP § 41 ZPO Nr. 1 (Gewerkschaft).

<sup>21</sup> aA Jansen/Müther § 6 Rn. 10 noch zum FGG.

<sup>22</sup> Jansen/Müther § 6 Rn. 10 noch zum FGG.

<sup>23</sup> KG RJ 2, 172; KGJ 35 A, 145; Jansen/Müther § 6 Rn. 10 noch zum FGG.

§ 6 12–16

Abschnitt 1. Allgemeine Vorschriften

- 12 c) § 41 Nr. 2a ZPO. Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8) eines **Lebenspartners**, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht. Gemeint sind homosexuelle registrierte Lebenspartner (§ 1 LPartG), nicht Mann/Frau in eheähnlicher Lebensgemeinschaft.
- 13 d) § 41 Nr. 3 ZPO. Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8) 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. Zur Verwandtschaft usw. vgl. §§ 1589 ff. BGB, 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. In **gerader Linie verwandt**: zB Eltern, eheliche, nichteheliche und adoptierte Kinder, Enkel, Urenkel. In **gerader Linie verschwägert**: Schwiegereltern, Schwiegersohn, Schwiegertochter, Schwiegergroßeltern, Ehemann zum nichtehelichen Kind seiner Frau, Ehefrau zum nichtehelichen Kind des Mannes. In **Seitenlinie bis zum 3. Grad verwandt**: Schwester, Bruder, Tante, Onkel, Nichte, Neffe. In **Seitenlinie bis zum 2. Grad verschwägert**: Geschwister des Ehegatten und Ehegatten der Geschwister des Richters. Verwandtschaft zum Verfahrensbevollmächtigten genügt nicht.
- 14 e) § 41 Nr. 4 ZPO. Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8), in denen er als **Verfahrensbevollmächtigter** oder Beistand eines Beteiligten bestellt oder als gesetzlicher Vertreter eines Beteiligten aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. „Gewesen ist“ bezieht sich auch auf den früheren Verfahrensbevollmächtigten. Bevollmächtigte vgl. § 10. Beistand: § 12 FamFG, § 90 ZPO. Wer gesetzlicher Vertreter ist, richtet sich nach materiellem Recht (zB Eltern, §§ 1626 ff. BGB; Betreuer in ihrem Aufgabenkreis, § 1902 BGB; Pfleger in ihrem Wirkungskreis). Der Gesetzestext hat die neuen Vertretungsformen des Familienrechts nicht mitgemacht. Wenn schon jemand als Richter ausgeschlossen ist, der früher Anwalt 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.
- 15 f) § 41 Nr. 5 ZPO. Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen (→ Rn. 8), in denen sie als **Zeuge oder Sachverständiger** vernommen ist. Die bloße Benennung als Zeuge genügt nicht, die Gerichtsperson muss schon vernommen worden sein.
- 16 g) § 41 Nr. 6 ZPO. Eine Gerichtsperson ist ausgeschlossen in Sachen, in denen sie in einem **früheren Rechtszuge** 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. Wer entschieden hat, darf im Rechtsmittelverfahren nicht mitwirken. Der Amtsrichter, der am Beschluss des AG (zB des Betreuungsgerichts) mitgewirkt hat, ist 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 Betreuungsverfahren durch einstweilige Anordnung (§ 300) die Betreuung angeordnet hat, darf aber als Richter im Beschwerdeverfahren mitwirken, wenn nicht die einstweilige Anordnung, sondern die endgültige Anordnung der Betreuung (§ 286) angegriffen wird. Ebenso ist der Amtsrichter nicht ausgeschlossen, wenn er nur am Beweisverfahren (Anhörung des Betroffenen, Erholung des Gutachtens) mitwirkte, aber ein anderer Amtsrichter entschieden hat. Der Beschwerderichter soll nicht ausgeschlossen sein, wenn sein Ehegatte den erstinstanzlichen Beschluss erlassen hat.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> BGH NJW 2008, 1672 (lebensfremd); NJW 2004, 163; teils aA Feiber NJW 2004, 650.



Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen Stand: 26.7.2016

16a-18 § 6

**h) § 41 Nr. 7 ZPO.** Eine Gerichtsperson ist auch ausgeschlossen in Sachen, wenn sie in einem überlanger Gerichtsverfahren, wenn er in dem beanstandeten Verfahren in einem Rechtszug mitgewirkt hat, auf dessen Dauer der Entschädigungsanspruch gestützt wird. Die Entschädigungsverfahren wegen überlanger Gerichtsverfahren sind in §§ 198 ff. GVG geregelt (→ Anh. § 58 Rn. 65 ff.); dafür ist erstinstanzlich das OLG zuständig.

**i) § 41 Nr. 8 ZPO.** Eine Gerichtsperson ist auch ausgeschlossen in Sachen, in denen er an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat. Vgl. § 278a ZPO, § 36a FamFG. Die Mitwirkung an diesen Verfahren ist mit der Ausübung des Amtes in Verfahren, die den gleichen Verfahrensgegenstand betreffen, unvereinbar.<sup>25</sup> 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).

### 3. Folgen der Ausschließung

Die Ausschließung wirkt kraft Gesetz; die Beteiligten können darauf nicht verzichten; eine Heilung ist ausgeschlossen. Liegt ein Fall des § 41 ZPO vor, vermerkt der Richter dies in den Akten; an seine Stelle tritt dann der nach der Geschäftsverteilung bestimmte Vertreter. Das gilt auch für den Rechtspfleger; nur bei Zweifeln ist eine Vorlage und Entscheidung des Richters veranlasst (§§ 10 S. 2, 28 RPfG, 48 ZPO).<sup>26</sup> Die Beteiligten haben einen Anspruch darauf, zu erfahren, weshalb ein Austausch erfolgte.<sup>27</sup> Ist zweifelhaft, ob ein Fall des § 41 ZPO vorliegt, ist nach § 48 Alt. 2 ZPO vorzugehen. Im Übrigen können die Beteiligten die Gerichtsperson ablehnen, § 42 Abs. 1 ZPO. Entscheidungen, an denen der ausgeschlossene Richter bzw. Rechtspfleger mitgewirkt hat, sind nicht nichtig,<sup>28</sup> nur anfechtbar; nach Rechtskraft der Entscheidung ist die **Nichtigkeitsklage** möglich (§§ 48 Abs. 4 FamFG, 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Verfahrenshandlungen der Beteiligten vor diesem Richter bzw. Rechtspfleger (Antragsrücknahme usw.) sind wirksam.

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

### § 42 ZPO

- (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. Voraussetzungen der Ablehnung

**a) Antrag.** Der Antrag (vgl. § 23) muss von einem Beteiligten (§ 7) ausgehen. Er kann sich dabei vertreten lassen (§ 10 FamFG). Anwaltszwang besteht nicht. Der Verfahrensbevollmächtigte hat kein selbständiges Ablehnungsrecht aus eigener Person.<sup>29</sup> Das Jugendamt hat als Beteiligte ein Ablehnungsrecht.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> BR-Drs. 60/11, 29.

<sup>26</sup> Dorndörfer § 10 Rn. 11 f., 14 ff.

<sup>27</sup> MüKoZPO/Gehrlein § 41 Rn. 29.

<sup>28</sup> Vgl. BGH NJW-RR 2007, 776.

<sup>29</sup> OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 126.

<sup>30</sup> OLG Frankfurt JAmt 2010, 567 = BeckRS 2011, 07591.



§ 6 19–25

Abschnitt 1. Allgemeine Vorschriften

- 19 **b) Bestimmte Angabe der abgelehnten Person.** Namentliche Angabe ist nicht erforderlich, zweifelsfreie Bestimmbarkeit des Richters (Rechtspflegers) genügt. Eine Zivilkammer, Zivilsenat oder das Gericht als solches sind nicht ablehnbar.<sup>31</sup> Die namentliche Aufzählung aller Richter macht die Kollektivablehnung noch nicht zulässig; anders aber, wenn zusätzlich eine auf die jeweilige Person bezogene Begründung beigelegt wird; dafür genügt aber zB nicht „wegen Zugehörigkeit zum OLG“.<sup>32</sup> Bei entsprechender Begründung kann die Ablehnung „des Senats/der Zivilkammer“ in eine Ablehnung der einzelnen Mitglieder umgedeutet werden. Ein noch gar nicht zuständiger Richter kann nicht vorsorglich abgelehnt werden.<sup>33</sup> Mitarbeiter des Jugendamts sind nach FamFG nicht ablehnbar.<sup>34</sup>
- 20 **c) Rechtzeitigkeit.** Die Ablehnung muss rechtzeitig erfolgen: vgl. §§ 43, 44 Abs. 4 ZPO.
- 21 **d) Begründung des Antrags.** Der Antrag muss begründet werden; Glaubhaftmachung § 44 Abs. 2 ZPO iVm § 31 FamFG.
- 22 **e) Keine entgegenstehende Rechtskraft.** Der geltend gemachte Ablehnungsgrund darf noch nicht verbeschieden sein; unveränderte Wiederholung ist daher unzulässig, eine solche mit neuen Gründen ist dagegen zulässig.
- 23 **f) Rechtsschutzbedürfnis.**<sup>35</sup> Dieses fehlt, wenn die Instanz mit allen Nebenentscheidungen beendet ist.<sup>36</sup> Missbrauch und damit Unzulässigkeit liegt vor bei Verschleppungsabsicht, sonstigen verfahrensfremden Zwecken (zB nur für die Öffentlichkeit bestimmt), mangelnder Ernstlichkeit, Fehlen jeder verständlichen Begründung.

## 2. Begründetheit

- 24 Begründet ist das Ablehnungsgesuch bei Ausschluss vom Richteramt nach § 41 oder Befangenheit (definiert in § 42 Abs. 2 ZPO). Nicht notwendig ist dabei tatsächliche Befangenheit, es genügt die „Besorgnis“. Es kommt auf die Sicht des ablehnenden Beteiligten an.<sup>37</sup> Die Ablehnungsgründe müssen aber objektivierbar sein, es kommt darauf an, ob die Gründe aus der Sicht eines vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit zu rechtfertigen.

## 3. Beispiele (es kommt aber auf den jeweiligen Einzelfall an):

- 25 **Aktenzuleitung an die Staatsanwaltschaft**<sup>38</sup> (zB wegen Verdachts des Betrugs oder der Urkundenfälschung) und Aussetzung des Verfahrens deswegen, kann Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, wenn sie nur aufgrund Vorbringens eines Beteiligten erfolgte;<sup>39</sup> andernfalls nicht.<sup>40</sup> Ebenso Aktenzuleitung an das Finanzamt.<sup>41</sup> Desgleichen Unterstellung von Straftaten.<sup>42</sup>

<sup>31</sup> BGH FamRZ 2015, 1698; FamRZ 2007, 1734; OLG Brandenburg FamRZ 2001, 290.

<sup>32</sup> BGH NJW 1974, 55.

<sup>33</sup> OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1287.

<sup>34</sup> OLG Celle FPR 2011, 339.

<sup>35</sup> Dazu Günther MDR 1989, 691.

<sup>36</sup> BGH FamRZ 2007, 1734 (Ablehnung im Tatbestandsberichtigungsverfahren); OLG Hamm NJW 1976, 1701.

<sup>37</sup> BVerfG NJW 1966, 923.

<sup>38</sup> Knoche MDR 2000, 371.

<sup>39</sup> OLG Brandenburg MDR 1997, 779; OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 1319; MDR 1984, 499; OLG Hamburg MDR 1989, 1000.

<sup>40</sup> KG MDR 2001, 107.

<sup>41</sup> OLG Hamm FamRZ 1992, 575.

<sup>42</sup> OLG Karlsruhe JAmt 2010, 567 = BeckRS 2011, 12323 (GewSchG).