

Gespannt darf man darauf sein, welche Motive für den Vertragsschluss dem OLG München nunmehr präsentiert werden. Halbwegs nachvollziehbare rechtsethisch unproblematische Gründe sind angesichts der konkreten Lebenssituation der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses allerdings nicht ohne weiteres vorstellbar. Damit besteht die Gefahr, dass das OLG München bei seiner erneuten Entscheidung über den Fall auch nicht sehr viel klüger ist als vor dem Urteil des BGH.

## 2. Zur Ausübungskontrolle

Konsequent erscheinen die Ausführungen zur Ausübungskontrolle im Hinblick auf den Unterhalt. Nach den vom BGH selbst entwickelten Grundsätzen wäre es in der Tat unbillig, die Antragsgegnerin an ihrem Verzicht auf Unterhalt nach Ende der Betreuungsbedürftigkeit der gemeinsamen Kinder festzuhalten, wenn es dem gemeinsamen Entschluss der Parteien entsprochen hatte, dass die Antragsgegnerin im Interesse der Familie für längere Zeit auf eine weitere Tätigkeit in ihrem erlernten Beruf verzichten sollte. Offen bleibt freilich die Frage, welche Konsequenzen es hätte, wenn die Parteien mehr oder weniger deutlich schon bei Abschluss des Ehevertrages von einem entsprechenden Lebensentwurf ausgegangen wären. Ist man bereit, die Ausübungskontrolle auch auf solche Fallkonstellationen zu erstrecken, in denen sich die Benachteiligung eines Ehegatten aus Umständen ergibt, die beim Vertragsschluss bereits absehbar waren,<sup>42</sup> dann ergeben sich keine Probleme. Lehnt man dies freilich ab – der BGH äußert sich zu dieser Fragestellung nicht ausdrücklich –, dann muss man wohl von einer Sittenwidrigkeit der Vereinbarung ausgehen, will man nicht für den statistisch häufigsten und wertungsmäßig brisantesten Fall eine Schutzlücke in Kauf nehmen, die in kaum auflösbarem Wertungswiderspruch zum Geist der Entscheidungen des BVerfG stünde. Oder anders formuliert: Denkt man das Modell des BGH konsequent zu Ende, dann greift bei vertraglichen Eingriffen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts bei Praktizierung einer Einverdienerhe entweder die Nichtigkeitssanktion oder die Ausübungskontrolle. Damit käme man aber de facto für diesen Ehetyp doch noch zu einem im Normalfall unvermeidbaren Mindestscheidungsrecht. Dies ist freilich auch von Sinn und Zweck des Scheidungsfolgenrechts nicht nur gerechtfertigt, sondern möglicherweise sogar geboten und könnte ein erster Anknüpfungspunkt für eine Reform des Unterhaltsrechts de lege lata sein.

## 3. Zum Ausschluss des Zugewinnausgleichs

Äußerst bemerkenswert sind schließlich die Überlegungen des BGH zur Ausübungskontrolle im Hinblick auf den Ausschluss des Zugewinnausgleichs.<sup>43</sup> Auf den ersten Blick scheint es vor dem Hintergrund der vom BGH entwickelten Voraussetzungen zunächst ohne weiteres konsequent, wenn er nunmehr feststellt, dass die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung sich nur unter engsten Voraussetzungen als missbräuchlich erweisen wird. Umso mehr verblüfft es dann freilich, wenn der BGH als Beispielsfall nun ausdrücklich die Konstellation nennt, dass die Ehegatten bei ihrer Abrede von beiderseitiger, ökonomisch vergleichbar gewinnbringender Berufstätigkeit ausgegangen sind, diese Planung sich aber später nicht verwirklichen lässt. Warum es sich bei dieser Konstellation um einen seltenen Ausnahmefall handeln soll, ist nicht nachvollziehbar. Im Gegenteil ist angesichts des glänzenden Ausbildungsniveaus junger Frauen und vor dem Hintergrund ihrer doch zumindest theoretisch vorzüglichen Karrierechancen die Planung einer gleichrangigen Berufstätigkeit unter partnerschaftlicher Verteilung der Familienarbeit bzw. ihrer Delegation an be-

zahlte Dritte fast schon statistische Normalität. Gerade diese Entwicklung legt die Schlussfolgerung nahe, dass der Zugewinnausgleich möglicherweise nie aktueller und sachgerechter war als heute. Der BGH will jedenfalls selbst in den Konstellationen, in denen eine Berufung auf die wirksam vereinbarte Gütertrennung unbillig erscheint, die güterrechtliche Regelung selbst unangetastet lassen und eventuelle Nachteile eines Verzichts auf eine eigene Erwerbstätigkeit über die Höhe des zuzuerkennenden Unterhaltsanspruchs einzelfallgerecht kompensieren.

## V. Fazit

Der BGH lässt viele Fragen offen. Damit bleibt eine nicht unbeachtliche Rechtsunsicherheit, aber auch Raum für einen vertieften Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis. Im Übrigen ist der Ertrag der Entscheidung für die Praxis keineswegs gering. Die Beratungspraxis hat Anlass bei der Gestaltung von Eheverträgen junger Eheleute, bei denen eine Entwicklung des gemeinsamen Lebens hin zum Ehetypus der Einverdienerhe nicht von vornherein ausgeschlossen ist, noch gründlicher zu beraten und die Motive für eine Abbedingung gesetzlicher Scheidungsfolgen sowie die Planung für die interne Arbeitsteilung insbesondere auch für den Fall der Geburt von Kindern klar und unmissverständlich zu dokumentieren. Im Übrigen sollte der Ehevertrag zum Schutz eines eventuell die Familienarbeit übernehmenden Ehepartners zumindest eine Regelung enthalten, dass er nach der Scheidung angemessenen Unterhalt verlangen kann, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann oder wenn er nach Abschluss der Kinderbetreuung ein bestimmtes Alter erreicht hat und ihm deshalb eine Erwerbstätigkeit nicht mehr zumutbar ist.<sup>44</sup> Bei Verträgen, die vor den Entscheidungen des BVerfG und des BGH geschlossen worden sind, erscheint eine richterliche Überprüfung dann aussichtsreich, wenn in den Kernbereich des Unterhaltsrechts eingegriffen worden ist und der Ehetypus der Einverdienerhe entweder von vornherein geplant oder aber jedenfalls zum Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe tatsächlich praktiziert wurde.

<sup>42</sup> So *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296, 328 f.

<sup>43</sup> BGH unter IV 2 b.

<sup>44</sup> Vgl. den Formulierungsvorschlag von *Brambring*, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 5. Aufl. 2003, Rn 114 a.E.

## Befangenheitsanträge im familiengerichtlichen Verfahren

*Dr. Bruno Bergerfurth*, Vorsitzender Richter am OLG a.D., Essen

### A. Aktuelle Gesetzeslage

Die auch für das familiengerichtliche Verfahren geltenden allgemeinen Vorschriften über die Befangenheitsablehnung (§§ 42–48 ZPO) sind durch die ZPO-Reform in einem wesentlichen Punkte, nämlich hinsichtlich der **Entscheidungszuständigkeit**, geändert worden:

Hält der abgelehnte Familienrichter das Ablehnungsgesuch für unbegründet, so entscheidet hierüber **im Regelfall nicht mehr** (wie bisher) das Oberlandesgericht, sondern **ein anderer Richter des Amtsgerichts** (§ 45 Abs. 2 ZPO). An Stelle der übergeordneten Instanz wird mithin der nahe Kollege zum Kontrollorgan, eine sowohl für die ablehnende Partei als auch für die beiden beteiligten Richter nur schwer zu-

mutbare Neuregelung!<sup>1</sup> Ob sie verfassungsrechtlich Bestand haben wird, bleibt abzuwarten. Immerhin sollte der Geschäftsverteilungsplan des Amtsgerichts künftig insoweit eine ausdrückliche Regelung enthalten. Zuständig für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch sollte – im Hinblick auf die gesetzliche Geschäftsverteilung des § 23b Abs. 1 S. 1 GVG<sup>2</sup> – in erster Linie ein anderer Familienrichter sein, nach Möglichkeit aber nicht der ansonsten planmäßige Vertreter.<sup>3</sup>

Der Beschluss, durch den das Ablehnungsgesuch für un begründet erklärt wird, ist mit der **sofortigen Beschwerde** anfechtbar (§ 46 Abs. 2 ZPO). Hierfür besteht in Ehesachen und Folgesachen sowie in selbstständigen Güterrechtssachen Anwaltszwang (§§ 569 Abs. 3 Nr. 1, 78 Abs. 2 ZPO). Über die sofortige Beschwerde entscheidet der Familiensenat des Oberlandesgerichts (§ 119 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 GVG), und zwar gem. § 568 ZPO ein Mitglied des Familiensenats als Einzelrichter, soweit nicht eine Übertragung auf das Kollegium erfolgt.

Steht kein anderer Richter des Amtsgerichts zur Verfügung, d.h. wird das Amtsgericht durch Ausscheiden des abgelehnten Richters beschlussunfähig, so gilt die **Ausnahmeregelung** des § 45 Abs. 3 ZPO: Über das Ablehnungsgesuch entscheidet dann – als Kontrollorgan, nicht als Beschwerdegericht – das **Oberlandesgericht**. Auch in diesem Falle trifft die Entscheidung nicht der Zivilsenat, sondern kraft gesetzlicher Geschäftsverteilung der zuständige **Senat für Familiensachen**,<sup>4</sup> diesmal allerdings, da § 568 ZPO nicht eingreift, in voller Besetzung. Eine (sofortige) Beschwerde gegen dessen Entscheidung ist nicht statthaft, da § 567 Abs. 1 ZPO hier der Regelung des § 46 Abs. 2 ZPO vorgeht.<sup>5</sup> Letzteres gilt im Übrigen auch dann, wenn es um die Ablehnung von Mitgliedern eines Familiensenats geht.<sup>6</sup> Eine Anfechtung kommt in beiden Fällen nur in Betracht, wenn das Oberlandesgericht gem. § 574 ZPO die Rechtsbeschwerde zugelassen hat.<sup>7</sup>

## B. Rechtsprechung zur Befangenheitsablehnung

Ablehnungsanträge im Zivilprozess haben in letzter Zeit zugenommen<sup>8</sup> und sind vornehmlich im familiengerichtlichen Verfahren relativ häufig. Sicher spielen dabei die persönliche Betroffenheit und das besondere Engagement der Parteien in solchen Verfahren eine maßgebliche Rolle. Die nachfolgende Zusammenstellung neuerer Entscheidungen<sup>9</sup> soll einen Überblick darüber geben, welche prozessualen und inhaltlichen Fragen bei einer Befangenheitsablehnung von den Prozessbeteiligten zu beachten sind und in der Rechtsprechung auch üblicherweise auftauchen.

### I. Verfahrensverstöße als Ablehnungsgrund

1. **Prozessrechtlich fehlerhaftes Verhalten** als solches ist in aller Regel nicht geeignet, eine Ablehnung des Richters wegen Besorgnis der Befangenheit zu begründen. So hatte der Beklagte in einem vom Oberlandesgericht Naumburg<sup>10</sup> entschiedenen Fall den Richter mit der Begründung abgelehnt, dieser habe seinem **Terminsverlegungsantrag** ohne Berücksichtigung der Urlaubspläne seines Prozessbevollmächtigten sowie der Unmöglichkeit der Terminswahrnehmung durch einen anderen Rechtsanwalt nicht stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat eine Besorgnis der Befangenheit verneint, da auch vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung kein genügender Grund für die Befürchtung vorliege, der Richter stehe der Sache nicht unparteiisch gegenüber. Es liege – zumal eine allzu großzügige Verlegungspraxis das Funktionieren der Rechtspflege gefährde – objektiv allenfalls ein prozessrechtlich fehlerhaftes Verhalten vor, keinesfalls jedoch eine unvermeidbare Entscheidung, die den Eindruck einer sachwidrigen Verfahrensleitung ergeben könne. In gleicher Weise hat das Ober-

landesgericht Köln<sup>11</sup> entschieden, aus der Prozessleitung des Richters (hier: Versagung der Terminsbestimmung aus Rechtsgründen) folge grundsätzlich kein Ablehnungsrecht, es sei denn, die Fehlerhaftigkeit beruhe auf einer unsachlichen Einstellung des Richters gegenüber der ablehnenden Partei oder auf Willkür.

2. Bei Verfahrensverstößen von einigem Gewicht sowie bei einer **Häufung von Verfahrensverstößen** kann dagegen, worauf das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>12</sup> zu Recht hinweist, eine Besorgnis der Befangenheit durchaus begründet sein. So hat das Oberlandesgericht Köln<sup>13</sup> eine Verletzung der richterlichen Neutralitätspflicht darin gesehen, dass die Richterin einerseits die (notwendige) Protokollierung eines Antrags des Beklagten, einen gestellten Zeugen zu vernehmen, abgelehnt, andererseits den „Antrag“ der Klägerin, Vorbringen des Beklagten als verspätet zurückzuweisen, ohne Notwendigkeit ins Protokoll aufgenommen hatte. Eine solche unterschiedliche – durch die gesetzlichen Protokollvorschriften nicht gedeckte – Verfahrensweise könne aus der Sicht der betroffenen Partei die Besorgnis der Befangenheit begründen.

3. Die **Versagung des rechtlichen Gehörs** ist regelmäßig ein hinreichender Grund für die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit. Ein solcher Fall liegt z.B. vor, wenn das Gericht einem Anwalt die rechtzeitig beantragte Akteneinsicht nicht gewährt und ohne Rücksicht darauf einen Termin zur Verkündung einer Entscheidung in der Sache bestimmt,<sup>14</sup> weiterhin dann, wenn das Prozesskostenhilfegesuch einer Partei abgelehnt und dabei auf Vortrag der Gegenseite abgestellt wird, der in einem der Partei – auch für das Gericht erkennbar – nicht mitgeteilten Schriftsatz der Gegenseite enthalten ist.<sup>15</sup>

4. Häufiger Ablehnungsgrund in der Praxis ist die vermeintlich **zögerliche Bearbeitung** des Verfahrens durch den

1 Zur (berechtigten) Kritik an dieser Gesetzesänderung vgl. *Schneider*, ZPO-Reform, 2002, Rn 28–36. Die wohl eine Überlastung des OLG im Auge habende Gesetzesbegründung (BT-Drucks 14/3750, 49) vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil ihre Prämisse, in Zukunft sei ganz allgemein „das Oberlandesgericht das dem Amtsgericht im Instanzenzug übergeordnete Gericht (§ 119 Abs. 1 GVG-E)“, nicht Gesetz geworden ist.

2 Vgl. hierzu *Bergerfurth/Rogner*, Ehescheidungsprozess, 14. Aufl. 2003, Rn 156 (m.w.N.).

3 So mit guten Gründen *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, 61. Aufl. 2003, Rn 2 zu § 45 ZPO.

4 Zustimmung *Göppinger/Wax/van Els*, Unterhaltsrecht, 7. Aufl. 1999, Rn 2075 und *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, Rn 9 zu § 46 ZPO; ebenso (für die der heutigen Ausnahmeregelung entsprechende frühere Regelung) BGH FamRZ 1986, 1197.

5 BGH FamRZ 1986, 1197.

6 BGH FamRZ 1993, 1309.

7 So wohl auch *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, Rn 9 u. 13 zu § 46 ZPO. Diferenzierend insoweit *Zöller/Vollkommer*, 23. Aufl. 2003, Rn 14a zu § 46 ZPO.

8 **Literatur:** *Schneider*, Befangenheitsablehnung des Richters im Zivilprozess, 2. Aufl. 2001.

9 Zu älteren Entscheidungen (bis 1992) siehe *Bergerfurth*, ZAP, Fach 11 R, S. 41–46. Hinsichtlich der Entscheidungen zur (nachfolgend nicht behandelten) Ablehnung eines *Sachverständigen* wird auf die Kommentierungen zu § 406 ZPO verwiesen.

10 FamRZ 2003, 40.

11 FamRZ 1998, 561; ebenso bereits OLG Oldenburg FamRZ 1992, 192. Siehe in diesem Zusammenhang auch OLG München NJW 2000, 748 (Terminierung einer Familiensache auf den 11.11. um 11 Uhr 11) mit zu Recht krit. Besprechung von *Schneider*, NJW 2000, 708.

12 FamRZ 1998, 1240 (in concreto Ablehnungsgrund aber verneint); siehe auch OLG München NJW-RR 2002, 862 (Ablehnung eines begründeten Verlegungsantrags) und OLG Karlsruhe NJW-RR 1997, 1350 (wiederholter Verstoß gegen die Wartepflicht des § 47 ZPO).

13 FamRZ 1998, 1240 = FF 1998, 92 (mit zust. Anm. von *Schneider*).

14 OLG Köln FamRZ 2001, 1003 = FF 2001, 104 (mit zust. Anm. von *Schneider*). Siehe in diesem Zusammenhang auch *Vollkommer* in Anm. zu OLG Braunschweig FamRZ 2002, 621.

15 OLG Karlsruhe FamRZ 1996, 1150 (LS). Beachte: Auch vor der Entscheidung über die Selbstablehnung des Richters nach § 48 ZPO ist den Beteiligten – entgegen früherer gesetzlicher Regelung – rechtliches Gehör zu gewähren (OLG Zweibrücken FamRZ 1994, 520; OLG Frankfurt FamRZ 1998, 377).

Richter. Tatsächlich kann eine stark verzögerte Bearbeitung als unsachgemäße Verfahrensleitung die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn sich das prozessuale Vorgehen des Richters so sehr von dem normalerweise geübten Verfahren entfernt, dass sich für die dadurch betroffene Partei der Eindruck einer sachwidrigen, auf Voreingenommenheit beruhenden Benachteiligung aufdrängt.<sup>16</sup> Gerade hier kommt es für die Entscheidung maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalles an.

In einem 1999 vom Oberlandesgericht Bamberg<sup>17</sup> entschiedenen Fall hatte der Richter **ohne ersichtlichen Grund** einen seit 1995 anhängigen Rechtsstreit, in dem es u.a. um Unterhalt für fünf Kinder ging, **längere Zeit nicht bearbeitet** und auch auf mehrere Akteneinsichtsgesuche des Klägersvertreters in keiner Weise reagiert. Das Oberlandesgericht bejaht eine Besorgnis der Befangenheit mit der Begründung, ein solches Verhalten lasse den Eindruck entstehen, der Richter nehme das Anliegen der Kläger nicht ernst und stehe ihnen nicht mit der gebotenen Unvoreingenommenheit gegenüber; darauf, welche Ursachen die hier vorliegende Untätigkeit des – im Übrigen als korrekt bekannten – Familienrichters tatsächlich gehabt habe, komme es nicht an. In einem anderen Fall hatte ein Elternteil nach Einstellung der Besuchskontakte zu den Kindern eine gerichtliche Regelung des Umgangsrechts beantragt und die stark verzögerte Bearbeitung zum Anlass einer Befangenheitsablehnung gemacht. Das Oberlandesgericht Karlsruhe<sup>18</sup> hat dem stattgegeben und darauf hingewiesen, der nur schleppende Gang eines solchen Verfahrens sei für den Elternteil – nicht zuletzt wegen der zunehmenden Entfremdung bei kleineren Kindern – besonders bedrückend und die Besorgnis, es liege eine sachlich nicht mehr verständliche Verzögerung des Verfahrens vor, gerechtfertigt.

Auch die Art der **Behandlung eines Prozesskostenhilfesuchs** kann Grund für eine Besorgnis der Befangenheit sein, so insbesondere, wenn Erinnerungen an die noch ausstehende Entscheidung unbearbeitet bleiben und stattdessen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird.<sup>19</sup> Dasselbe gilt, wenn der Richter mehrfach ein Prozesskostenhilfesuch übersieht, obwohl die Nichtbescheidung des Antrags ausdrücklich moniert wurde unter Hinweis darauf, dass dem gleich lautenden Antrag der Gegenseite längst stattgegeben worden sei.<sup>20</sup>

Besonders empfindlich kann sich eine zögerliche Bearbeitung auch in einem – gerade auf schnelle Erledigung hinzielenden – **einstweiligen Anordnungsverfahren** auswirken. So ist eine nicht sachgerechte Verzögerung des Eilverfahrens (hier: einstweilige Anordnung auf Mitteilung des Aufenthaltsortes eines Kindes) darin gesehen worden, dass der Richter Termin zur mündlichen Verhandlung erst auf den regulären nächsten freien Termin (in über sieben Wochen) anberaumt, statt – notfalls unter Verlegung eines anderen Termins in einer nicht eiligen Sache – einen alsbaldigen Termin zu bestimmen.<sup>21</sup> Besorgnis der Befangenheit ist auch dann angenommen worden, wenn schlechterdings kein vernünftiger Grund mehr ersichtlich ist, der den Richter davon abhalten könnte, über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auf Einräumung von Umgangsrecht in einer diesem Eilantrag angemessenen Zeit zu befinden.<sup>22</sup> Eine Ausnahme insoweit sieht das Oberlandesgericht Bamberg<sup>23</sup> dann, wenn sachlich vertretbare Gründe dafür sprechen, dass eine in zeitlich angemessenem Rahmen ergehende Entscheidung lediglich zu Ungunsten des Antragstellers ausfallen würde.

5. Als **sonstige Verfahrensverstöße** tauchen in der Rechtsprechung u.a. folgende Situationen zur Begründung einer Befangenheitsablehnung auf: Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien unter Ausschluss ihrer Verfahrensbevollmächtigten, um eine gütliche Beilegung des Rechts-

streits zu versuchen.<sup>24</sup> Anordnung des persönlichen Erscheinens einer Partei für den Fall, dass sie ihre Klage entgegen der Erwartung des Gerichts nicht zurücknehme.<sup>25</sup> Unsachliche, abfällige oder kränkende Äußerungen des Richters zum Sachvortrag einer Partei.<sup>26</sup> Auch wenn der Richter sich ungeprüft massive Vorwürfe zu Eigen macht, die eine Partei gegen die andere Partei erhebt, ist die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt.<sup>27</sup>

## II. Unbegründete Befangenheitsanträge

1. Die richterliche **Tätigkeit in einem früheren Verfahren** der Partei begründet für sich allein keine Befangenheitsablehnung, solange nicht ein objektiv vernünftiger Grund vorliegt, der die Partei aus ihrer Sicht befürchten lassen kann, der Richter werde nicht unparteiisch nach sachlichen Gesichtspunkten entscheiden; dies gilt auch für die Ablehnung eines Vormundschaftsrichters wegen früherer Tätigkeit in Familiensachen des Antragstellers.<sup>28</sup> Selbst wenn *mehrere* frühere Verfahren sämtlich zulasten des Antragstellers ausgegangen sind, rechtfertigt dies – ohne Hinzutreten besonderer Umstände – nicht ein Misstrauen in die Neutralität des Richters.<sup>29</sup>

Bei einer **Vortätigkeit in erster Instanz** desselben Verfahrens greift der gesetzliche Ausschließungsgrund des § 41 Nr. 6 ZPO für eine Tätigkeit als Berufungsrichter nur ein, wenn der Richter an der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt, d.h. (in Familiensachen) die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Hat also der Richter in erster Instanz z.B. ein Teilurteil wegen Auskunft im Verfahren auf nahehelichen Unterhalt erlassen, so kann er (nach Versetzung an das Oberlandesgericht) als Berufungsrichter im Verfahren gegen das Schlussurteil im Regelfall mitwirken, es sei denn, dass sich eine Besorgnis seiner Befangenheit aus anderen Gründen ergibt.<sup>30</sup>

2. **Veröffentlichte Rechtsansichten** des Richters begründen kein Ablehnungsrecht für die Partei, der diese Rechtsansichten nachteilig sein könnten. Dies gilt für Publikationen in Fachzeitschriften ebenso wie für Beiträge in einschlägigen Kommentaren,<sup>31</sup> weiter auch für die Darstellung der von dem Richter für richtig gehaltenen Rechtsansicht in einem öffentlichen Seminar.<sup>32</sup> Bei Äußerungen gegenüber der Presse in einem laufenden Verfahren ist aber Zurückhaltung geboten.<sup>33</sup>

3. Das vom Gesetz geforderte umfassende Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung gebietet es, dem Richter bei der Äußerung seiner Rechtsauffassung einen **erheblichen Freiraum** zuzugestehen.<sup>34</sup> Weder geäußerte Zweifel

16 OLG Bamberg FamRZ 2000, 1287; OLG Karlsruhe FamRZ 1994, 46.

17 FamRZ 2000, 1287.

18 FamRZ 1994, 46.

19 OLG Karlsruhe FamRZ 1999, 444; OLG Brandenburg FamRZ 2001, 552 (LS).

20 OLG Bamberg FamRZ 1997, 1223.

21 OLG Hamm FamRZ 1999, 936 (mit zust. Anm. von *van Els*, FamRZ 2000, 295).

22 OLG Bamberg FamRZ 2001, 552 (LS).

23 FamRZ 1998, 1443 (mit krit. Anm. von *Heilmann*, FamRZ 1999, 445).

24 OLG Brandenburg FamRZ 1997, 428.

25 OLG Köln FamRZ 1997, 429 (Begründung: ermessensfehlerhafte, von der Partei zu Recht als massives Druckmittel empfundene Anwendung des § 141 ZPO).

26 OLG Frankfurt FamRZ 1994, 909.

27 OLG Köln FamRZ 1995, 888 (LS).

28 BayObLG FamRZ 1998, 634.

29 OLG Zweibrücken FamRZ 1999, 936.

30 OLG Karlsruhe FamRZ 1996, 556.

31 BSG NJW 1993, 2262.

32 BGH NJW 2002, 2396.

33 Vgl. hierzu OLG Köln FamRZ 2000, 896 (das im konkreten Fall – Mitwirkung an Fernsehsendungen pp. – eine Besorgnis der Befangenheit verneint hat).

34 OLG Bamberg FamRZ 2001, 552 (LS).

an der Schlüssigkeit des Klagevorbringens<sup>35</sup> noch die Ermahnung einer Prozesspartei zur Wahrheit – selbst wenn der Richter zugleich Zweifel an der Glaubwürdigkeit äußert<sup>36</sup> – sind geeignet, eine Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen. Auch der Hinweis darauf, ein Antrag in der ursprünglichen Form habe keine Erfolgsaussicht, hält sich innerhalb des Rahmens der richterlichen Hinweispflicht nach § 139 ZPO.<sup>37</sup>

4. Die **Ausdrucksweise des Richters** kann, solange er die gebotene Zurückhaltung nicht überschreitet, für sich allein ein Ablehnungsgesuch nicht begründen;<sup>38</sup> denn das Institut der Ablehnung dient nicht dazu, einen unliebsamen Richter aus dem Verfahren zu entfernen. Erst wenn der Richter sich verletzender Ausdrücke oder sonstiger ungewöhnlich scharfer verletzender Formulierungen bedient, kann auf solche Wortwahl ein Ablehnungsgesuch gestützt werden.<sup>39</sup> Eine lediglich unangenehme, in der persönlichen Eigenart begründete Verhaltensweise besagt noch nichts über die Unparteilichkeit des Richters; langatmige oder neben der Sache liegende Ausführungen sind grundsätzlich nicht geeignet, seine Neutralität infrage zu stellen.<sup>40</sup>

5. Auch durch **eigene Provokation** vermag eine Partei die Voraussetzungen einer Befangenheitsablehnung nicht zu schaffen. Wie allgemein anerkannt, kann die Partei einen ihr unbequemen Richter nicht dadurch ausschalten, dass sie ihn beleidigt oder mit einer Strafanzeige wegen Rechtsbeugung droht.<sup>41</sup> Ein solches Verhalten kann allenfalls eine Selbstablehnung des Richters rechtfertigen, aber auch nur dann, wenn die Provokation das Maß dessen, was ein Richter mit Gelassenheit hinzunehmen hat, übersteigt.<sup>42</sup>

6. Die **Länge eines Verfahrens** stellt für sich allein keinen Ablehnungsgrund dar.<sup>43</sup> Selbst eine dreimalige jeweils längerfristige Verlegung des Spruchtermins reicht insoweit nicht aus, wenn die Verlegungen nicht auf eigener unsachgemäßer Arbeitsweise des Richters, sondern auf einer außerhalb seiner Person liegenden dienstlichen Überlastung (Erkrankung eines Kollegen) beruhen.<sup>44</sup> Erst eine ohne solche besonderen Gründe stark verzögerte Bearbeitung des Verfahrens kann als unsachgemäße Verfahrensleitung die Besorgnis der Befangenheit begründen (siehe hierzu oben B. I. 4).

7. Unbegründet ist ein Ablehnungsgesuch schließlich auch dann, wenn die Partei sich, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, bei dem Richter in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat (§ 43 ZPO). Beispiel: Hat eine Partei im Ehescheidungsprozess sachbezogen am Verfahren mitgewirkt, indem sie der Scheidung zustimmt oder sich bei der Vernehmung nach § 613 ZPO zum Scheitern der Ehe erklärt, so hat sie damit ein vorher entstandenes **Ablehnungsrecht verwirkt**, und zwar auch dann, wenn sie nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten war.<sup>45</sup> Dasselbe gilt, wenn die ablehnende Partei nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes sich noch aktiv an der Beweisaufnahme beteiligt, indem sie Fragen an die Zeugen stellt.<sup>46</sup> Letztlich kommt ein solches Verhalten der Partei einem (zulässigen) Verzicht auf das Ablehnungsrecht gleich.

### III. Unzulässige Befangenheitsanträge

1. Zur Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs gehört, dass der Ablehnende **konkrete Tatsachen** substantiiert bezeichnet und glaubhaft macht, aus denen sich seiner Meinung nach die Befangenheit des Richters ergeben soll; ohne eine – in ihrem wesentlichen Kern sofort komplette – Angabe dieser Tatsachen liegt kein zulässiges Ablehnungsgesuch vor.<sup>47</sup>

2. Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gericht, dem der Richter angehört, anzubringen und unterliegt nicht dem Anwaltszwang (§ 44 Abs. 1 ZPO). Das Gericht als solches kann jedoch nicht pauschal abgelehnt werden, sondern im-

mer nur ein **bestimmter Richter**. Das Ablehnungsgesuch muss sich deshalb auf einen namentlich bezeichneten oder sonst zweifelsfrei bestimmbar Richter beziehen.<sup>48</sup>

3. Ein **Rechtsschutzbedürfnis** für die Befangenheitsablehnung besteht nur, solange die Zuständigkeit des abgelehnten Richters für das der Ablehnung zu Grunde liegende Verfahren gegeben ist. Vorsorgliche Ablehnungen (für den Fall der demnächstigen Befassung mit der Sache) sind ebenso unzulässig wie eine Ablehnung nach Beendigung der Zuständigkeit.<sup>49</sup> Beendigung der Zuständigkeit in diesem Sinne sind nicht nur die Versetzung oder Abordnung des Richters oder eine Änderung der Geschäftsverteilung, sondern in erster Linie der Erlass der die Instanz abschließenden Entscheidung, sofern keine Nebenentscheidungen mehr zu treffen sind.<sup>50</sup>

4. Rechtsmissbräuchliche Ablehnungsgesuche sind unzulässig und können ausnahmsweise von dem abgelehnten Richter selbst zurückgewiesen werden.<sup>51</sup> Allerdings ist von einer solchen Selbstentscheidung des abgelehnten Richters zurückhaltend und nur dann Gebrauch zu machen, wenn der **Rechtsmissbrauch** zweifelsfrei feststeht und keine Verfahrensfehler des Richters vorliegen.<sup>52</sup> Als rechtsmissbräuchlich sind z.B. Ablehnungsgesuche angesehen worden, die grobe Beleidigungen und Beschimpfungen des für befangen gehaltenen Richters enthalten<sup>53</sup> oder die ersichtlich nur der Prozessverschleppung dienen.<sup>54</sup>

5. Gegen den ein Ablehnungsgesuch als unzulässig verwerfenden Beschluss ist – wie sich trotz der insoweit zu engen Vorschrift des § 46 Abs. 2 ZPO unmittelbar aus § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ergibt – die **sofortige** Beschwerde gegeben.<sup>55</sup> Über sie entscheidet in jedem Falle das Oberlandesgericht (siehe oben Abschnitt A), mag der Beschluss von dem „anderen Richter“ des § 45 Abs. 2 S. 1 ZPO oder (ausnahmsweise) von dem abgelehnten Richter selbst stammen.<sup>56</sup>

35 OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 1120.

36 OLG Zweibrücken FamRZ 1993, 576; OLG Bamberg FamRZ 2001, 1005.

37 OLG Stuttgart NJW 2001, 1145.

38 OLG Brandenburg FamRZ 1995, 1497; OLG Frankfurt NJW 2004, 621.

39 BayObLG NJW 1993, 2948.

40 OLG Bamberg FamRZ 2001, 552 (LS).

41 OLG Dresden FamRZ 2002, 830.

42 OLG Zweibrücken FamRZ 1994, 1182 (LS).

43 OLG Düsseldorf FF 2001, 105.

44 OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1667 (LS).

45 OLG Bamberg FamRZ 1995, 100.

46 OLG Köln FamRZ 1996, 1151.

47 OLG Köln FamRZ 1996, 1150.

48 OLG Brandenburg FamRZ 2001, 290; BGH NJW-RR 2002, 789.

49 OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 1287 (LS); BFH NJW-RR 1996, 57.

50 BayObLG FamRZ 1994, 1269.

51 OLG Brandenburg FamRZ 2000, 897 u. 2002, 1042 (LS).

52 OLG Frankfurt FamRZ 1993, 1467.

53 OLG Brandenburg FamRZ 2001, 1004.

54 OLG Brandenburg FamRZ 2000, 897 u. 2002, 1042 (LS). Zur Vermeidung missbräuchlicher Ablehnungsgesuche während der Verhandlung ist im Übrigen eine neue Vorschrift (§ 47 Abs. 2 ZPO) geplant, nach der der abgelehnte Richter die Verhandlung soll fortsetzen können, eine Wiederholung dieses Teils der Verhandlung aber erfolgen muss, falls das Gesuch für begründet erklärt wird (vgl. *Huber*, Modernisierung der Justiz?, ZRP 2003, 268, 272).

55 So schon nach der alten Regelung OLG Frankfurt FamRZ 1993, 1467.

56 Streitig! Vgl. *Schneider* (Fn 8), Rn 204–223, der der Selbstentscheidung des abgelehnten Richters nur die Funktion einer dienstlichen Äußerung gem. § 44 Abs. 3 ZPO zuerkennen will, also im Ergebnis wohl die Zwischenschaltung des „anderen Richters“ als Kontrollorgan auch in diesem Falle für notwendig hält.