



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZB 56/07

vom

5. Februar 2008

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 43

Tritt der Ablehnungsgrund, auf den sich die Partei beruft, in der mündlichen Verhandlung zutage, so muss das Ablehnungsgesuch spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

BGH, Beschluss vom 5. Februar 2008 - VIII ZB 56/07 - OLG Celle

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richter Wiechers und Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Hessel sowie den Richter Dr. Achilles

am 5. Februar 2008

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 25. Juni 2007 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 6.531,70 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin hat mit ihrem Ablehnungsgesuch vom 6. Juni 2007 den Senatsvorsitzenden des Berufungsgerichts wegen dessen Verhalten und Äußerungen während der am Tag zuvor durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung abgelehnt. Das Berufungsgericht hat das Ablehnungsgesuch mit der Begründung als unzulässig verworfen, dass der Ablehnungsgrund nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht worden sei. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Klägerin.

II.

2 Die Rechtsbeschwerde ist zulässig (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 575 ZPO), hat in der Sache aber keinen Erfolg. Mit Recht hat das Berufungsgericht das Ablehnungsgesuch der Klägerin vom 6. Juni 2007 als verspätet (§ 43 ZPO) angesehen.

3 Nach § 43 ZPO kann eine Partei einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie sich bei ihm, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Die Klägerin hat sich, nachdem die von ihr beanstandeten Äußerungen des abgelehnten Richters während der mündlichen Verhandlung am 5. Juni 2007 gefallen waren, in eine weitere Verhandlung eingelassen und hat es versäumt, den Ablehnungsgrund bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend zu machen.

4 1. Ein Einlassen in eine Verhandlung im Sinne des § 43 ZPO ist jedes prozessuale, der Erledigung eines Streitpunktes dienende Handeln der Partei unter Mitwirkung des Richters, das der weiteren Sachbearbeitung und Streiterledigung dient (Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 43 Rdnr. 4 m.w.N.; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 43 Rdnr. 4 m.w.N.; Musielak/Heinrich, ZPO, 5. Aufl., § 43 Rdnr. 2 m.w.N.; BFH, BFH/NV 1999, 476, unter II 1 b m.w.N.). Dazu gehören auch der Sachvortrag und die Abgabe von Erklärungen in der mündlichen Verhandlung (Zöller/Vollkommer, aaO; Musielak/Heinrich, aaO; MünchKommZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 43 Rdnr. 6).

5 Tritt der Ablehnungsgrund, auf den sich die Partei beruft, erst in der mündlichen Verhandlung zutage, so muss das Ablehnungsgesuch nach einheitlicher Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, der sich der Senat anschließt, spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt wer-

den (BFH, BFH/NV 1999, 476, aaO, und BFH/NV 2005, 1617, unter 2 b; OLG Schleswig, SchIHA 2002, 49, 50; OLG Köln, OLGZ 1971, 376; OLG Frankfurt, MDR 1979, 762; ebenso Zöller/Vollkommer, aaO, Rdnr. 7; Musielak/Heinrich, aaO, Rdnr. 3; Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., § 44 Rdnr. 4; enger noch Stein/Jonas/Bork, aaO: "sofort"). Dafür sind zwei Gründe ausschlaggebend. Zum einen sind die Prozessbeteiligten - das Gericht ebenso wie die Parteien - nur dann in der Lage, das flüchtige Geschehen einer mündlichen Verhandlung zuverlässig zu rekonstruieren und zu dokumentieren, wenn sich eine Notwendigkeit, die Erinnerung daran festzuhalten, in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit diesem Geschehen ergibt; dies setzt einen noch in der mündlichen Verhandlung gestellten Ablehnungsantrag voraus. Zum anderen würde eine Beratung im Anschluss an die mündliche Verhandlung unter Mitwirkung des (später) abgelehnten Richters ebenso wie eine andere Sachbearbeitung durch den abgelehnten Richter im Anschluss an die mündliche Verhandlung überflüssig werden, wenn ein Befangenheitsantrag noch am folgenden Tag gestellt werden könnte; dies soll durch den Verlust des Ablehnungsrechts nach § 43 ZPO vermieden werden (Musiellak/Heinrich, aaO, Rdnr. 1; Stein/Jonas/Bork, aaO, Rdnr. 1).

- 6 2. Diesen Anforderungen genügt das Ablehnungsgesuch der Klägerin nicht. Die Klägerin hat sich nach ihrem Vorbringen im Befangenheitsantrag in eine weitere Verhandlung eingelassen, indem ihr Prozessbevollmächtigter im Anschluss an die beanstandeten Äußerungen des abgelehnten Richters auf dessen Nachfrage erklärt hat, dass ein Vergleich nicht in Betracht komme. Sie hat es auch versäumt, einen Befangenheitsantrag wegen der beanstandeten Äußerungen spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zu stellen. Ihr Prozessbevollmächtigter hat nach seiner Erklärung, dass ein Vergleich nicht in Betracht komme, dem Richter gegenüber noch geäußert, dieser könne nicht im Ernst annehmen, dass der Prozessbevollmächtigte in dieser Angele-

genheit noch weiter mit dem Richter rede und die Sache verhandele; er werde "noch angemessen auf das Verhalten des Richters reagieren". Damit hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin einen Ablehnungsantrag in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt, sondern allenfalls angekündigt. Das reicht nicht aus, um den Verlust des Ablehnungsrechts nach § 43 ZPO zu vermeiden.

7 3. Die Auffassung der Rechtsbeschwerde, es sei nicht sachgerecht, wenn ein Prozessbevollmächtigter "auf der Stelle" entscheiden müsse, ob richterliche Äußerungen, mit denen er kurz vor Schluss der mündlichen Verhandlung konfrontiert werde, zum Anlass für einen Befangenheitsantrag genommen werden sollten, trifft nicht zu. Die Rechtsbeschwerde meint, auch ein am nächsten Tag gestellter Befangenheitsantrag müsse ausreichen, damit Gelegenheit bestehe, die beanstandeten Äußerungen mit Abstand zu betrachten; dadurch ließen sich überflüssige Befangenheitsanträge vermeiden. Dem kann nicht gefolgt werden.

8 Will der Prozessbevollmächtigte darüber nachdenken oder mit der Partei besprechen, ob die beanstandeten Äußerungen des Richters so schwerwiegend sind, dass auf sie mit einem Befangenheitsantrag reagiert werden soll, so kann er zu diesem Zweck eine Unterbrechung der mündlichen Verhandlung beantragen. Davon hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin keinen Gebrauch gemacht, obwohl für die Klägerin ein Vertreter im Sinne des § 141 Abs. 3 Satz 2 ZPO an der mündlichen Verhandlung teilnahm. Auch der von der Rechtsbeschwerde vorgebrachte Gesichtspunkt, dass der Prozessbevollmächtigte mit der Partei - anders als im vorliegenden Fall - häufig nicht sofort Kontakt aufnehmen kann, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Wenn die Partei für den Prozessbevollmächtigten während der mündlichen Verhandlung - auch telefonisch - nicht erreichbar ist, so geht dies zu ihren Lasten. Zur Entscheidung, ob in der mündlichen Verhandlung ein Befangenheitsantrag gestellt wird, ist der

Prozessbevollmächtigte selbständig befugt und - gegebenenfalls - im Interesse seiner Partei auch verpflichtet.

Ball

Wiechers

Dr. Frellesen

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Vorinstanzen:

LG Hildesheim, Entscheidung vom 13.09.2006 - 2 O 240/05 -

OLG Celle, Entscheidung vom 25.06.2007 - 6 U 209/06 -