

schriftlichen Stellungnahmen der drei als Zeuginnen benannten Rechtsanwältinnen ab, die im Termin vom 20.3.2007 anwesend waren und daher – abstrakt betrachtet – hinsichtlich der streitigen Tatsachen über dieselben Erkenntnismöglichkeiten verfügbaren wie die Senatsmitglieder, vor denen der Termin stattfand.

Dahingestellt bleiben kann, ob bei einer solchen Ausgangslage die Bejahung der Offenkundigkeit im Sinne des § 291 ZPO nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Jedenfalls hatte das OLG insoweit einen streitigen tatsächlichen Sachverhalt zu beurteilen, an dem es selbst in maßgeblicher Weise beteiligt war. Diese Situation ist derjenigen vergleichbar, in der § 41 Nr. 5 ZPO – der im Ausgangsverfahren allerdings nicht unmittelbar anwendbar war – zum **Ausschluss von der Ausübung des Richteramts** führt. Vor diesem Hintergrund hätte es nahegelegen, der – in dieser Lage naturgemäß gegebenen – fehlenden Distanz zum aufzuklärenden Sachverhalt durch eine so genannte Selbstablehnung nach § 48 ZPO Rechnung zu tragen. Dadurch, dass die Mitglieder des Familiensenats von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machten und stattdessen die streitigen Tatsachen nicht nur als offenkundig behandelten, sondern darüber hinaus trotz substantiierten Gegenvortrags der Beschwerdeführerin in Abweichung von der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der fast einhelligen Auffassung in der Literatur den Gegenbeweis nicht zuließen, wurde der Beschwerdeführerin letztlich verwehrt, den entscheidungserheblichen Sachverhalt durch Richter überprüfen zu lassen, die dem Streitfall mit der erforderlichen Distanz eines Unbeteiligten gegenüberstehen.

Damit ist zugleich der Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf den gesetzlichen Richter berührt. Art. 86 Abs. 1 Satz 2 BV stellt nicht nur eine formale Bestimmung dar, die gebietet, dass kein anderer als der Richter tätig werden und entscheiden darf, der in den allgemeinen Normen der Gesetze und in den Geschäftsverteilungsplänen dafür vorgesehen ist (vgl. *VerfGH* v. 22.3.2007 = *VerfGH* 60, 65, 68 f.; *Meder*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, Art. 86 Rz. 3). Aus ihr folgt darüber hinaus auch das materielle Gebot, dass der Rechtsuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. *VerfGH* v. 11.8.1978 = *VerfGH* 31, 190, 192; *BVerfG*, NJW 2007, 1670, 1671, m. w. N.).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze durfte der Beschwerdeführerin nicht die Möglichkeit genommen werden, den von ihr substantiiert unter Beweis gestellten Vortrag, in der Sitzung vom 20.3.2007 sei weder über rückständige Nutzungsentschädigungsansprüche noch über eine Gesamtbereinigung gesprochen worden, einer Beweisaufnahme vor neutralen Richtern, die an den Vergleichsgesprächen nicht selbst beteiligt waren, unterziehen zu lassen. Dadurch, dass das OLG seinem Urteil ohne Beweisaufnahme das Gegenteil dieses Vortrags zugrunde legte, hat es das Grundrecht der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt. . . .

(Mitgeteilt von Richter am OLG Dr. *Heinrichsmeier*, München)

Nr. 469 AmtsG Sömmerda – FamFG § 6 I; ZPO § 42

(Beschluss v. 22.11.2010 – 3 F 42/10)

In einem Streit um das Umgangsrecht besteht die Besorgnis der Befangenheit, wenn der Richter den nichtehelichen Vater bewusst nur als „Erzeuger“ bezeichnet.

(Leitsatz der Redaktion)

Gründe:

I.

Der Antragsteller ist nichtehelicher Vater der 1997 geborenen V. der Tochter der Antragsgegnerin. Diese ist die alleinige Inhaberin des Sorgerechts für das gemeinsame Kind. Der Antragsteller begehrt die Regelung des Umgangsrechts mit dem Kind. Er sieht sich durch die Antragsgegnerin hiervon ausgeschlossen.

Im Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2010 sieht sich der Antragsteller durch die mit der Sache zuständigkeitshalber befasste Richterin diffamiert und äußert die Besorgnis der Befangenheit, weil ihn die Richterin mehrfach als „Erzeuger“ bezeichnet hat. Einen Ablehnungsantrag hat er bereits in der mündlichen Verhandlung vom 27.9.2010 gestellt und sodann schriftlich wiederholt.

II.

Dem Ablehnungsgesuch war stattzugeben, da es als solches gemäß §§ 44, 42 Abs. 2 ZPO zulässig und begründet ist.

Soweit es an dem Erfordernis der Glaubhaftmachung gemäß § 44 Abs. 2 Satz 1 ZPO fehlt, macht dies den Ablehnungsantrag nicht unzulässig, da das Verwenden des Begriffs „Erzeuger“ nach der dienstlichen Stellungnahme der abgelehnten Richterin unstreitig ist.

Das Ablehnungsgesuch ist begründet. Aus Sicht des Antragstellers ist ein objektiver Grund gegeben, der auch bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken kann, die mit der Sache befasste Richterin stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber. Diese Befürchtung nährt sich nach der vertretbaren Sicht des Antragstellers aus der bloßen Begrifflichkeit des „**Erzeugers**“, die einmal gebraucht noch als drastische Darstellung oder Differenzierung tolerabel, im Rahmen einer hierüber ausdrücklich geführten Debatte unter Einbindung der Antragsgegnerin und der Vertreterin des Jugendamtes allerdings **unangemessen** ist und einen deutlich negativen Impetus hat (vgl. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl., § 42 Rz. 22). Der Antragsteller sieht sich hierdurch in seiner ausdrücklich gewollten Vaterrolle und seinem Begehren herabgesetzt. Dieses Befinden entspricht nicht bloß förmelnder „political correctness“ oder gekränkter Ehre, sondern dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, die Blutsverwandtschaft auch unter Inkaufnahme erheblicher Probleme für dieser nicht entsprechende soziale Strukturen aller Beteiligten so weit zu erhöhen, dass es zu einer absoluten Gleichstellung jedweder Abkömmlinge kommen soll, über deren Sinn und Effekt durchaus gestritten werden kann.

Im Ergebnis kommt es deshalb nicht darauf an, mit welchem Impetus die abgelehnte Richterin die Begrifflichkeit des Erzeugers benutzt hat. Dies ist allein eine Frage der tatsächlich gegebenen Befangenheit, gegen die schon die Absicht der weitergehenden Tatsachenaufklärung durch ein psychologisches Gutachten spricht. Auf die Frage der tatsächlich gegebenen Befangenheit kommt es jedoch nicht an.

Soweit hier begründete Zweifel bestehen, es spielten auch rein subjektive, unvernünftige Aspekte – etwa ein gesteigertes Geltungsbedürfnis, das seine Ausprägung in einer überhöhten emotionalen Empfindlichkeit findet – in diese Befürchtung hinein, müssen diese zurücktreten (vgl. *Zöller/Vollkommer*, § 62 Rz. 10). Dasselbe gilt für die Frage, ob hier letztlich noch offene Rechnungen der Parteien auf dem Rücken des gemeinsamen Kindes ausgetragen werden. Im Zweifel ist nämlich für, nicht gegen das Ablehnungsgesuch zu entscheiden.

(Mitgeteilt von P. *Thiel*, Berlin)