
Datum: 21.05.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 18 U 129/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0521.18U129.11.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 12 O 91/09

Tenor:

Die Ablehnungsgesuche des Klägers vom 24.02.2012 gegen XYZ und XYZ werden als unzulässig verworfen. Die Ablehnungsgesuche des Klägers vom 19.03.2012 gegen XYZ und XYZ werden als unbegründet zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, soweit die Ablehnungsgesuche als unzulässig verworfen werden.

Gründe

- I. 1
- Der Kläger begehrt die Feststellung, dass ein mit der Beklagten eingegangenes Mietverhältnis aufgrund seiner Kündigung vom 23.11.2008 beendet ist, und die Zahlung von nach seiner Ansicht rückständigen Mieten in Höhe von 130.404,78 € nebst Zinsen. Der Beklagte hält die Klagebegehren für unbegründet und hat Klageabweisung beantragt. 2
- Mit seinem am 05.05.2011 verkündeten Urteil hat das Landgericht ein dem Feststellungsbegehren stattgebendes Versäumnisurteil aufrechterhalten und die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 104.047,90 € nebst Zinsen verurteilt. 3
- Gegen das landgerichtliche Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Mit den Rechtsmitteln verfolgen sie ihre erstinstanzlichen Begehren in vollem Umfang weiter. 4

Mit einer vom Berichterstatter, XYZ, entworfenen und vom X, XYZ, unterzeichneten prozessleitenden Verfügung vom 06.10.2011 hat der Senat Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 27.02.2012 anberaumt und den Parteien unter Nr. 4 der Verfügung rechtliche Hinweise erteilt (GA Bl. 267-269). In diesen heißt es u.a.:

„2. ...

7

b. Sofern zwischen den Parteien ein Mietverhältnis wirksam begründet worden sein sollte, könnte der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung entgegenstehen, dass das Vorliegen eines *schuldhaften* Zahlungsverzuges zweifelhaft erscheint. Angesichts des Chaos, das der Kläger, der mit seinen undurchschaubaren Machenschaften ausschließlich steuerliche Zwecke verfolgt und sich in einem Geflecht mietrechtlicher und steuerlicher Überlegungen verheddert hat, hinsichtlich der zu zahlenden Miete angerichtet hat, erscheint der Vortrag der Beklagten mehr als gut erklärbar, dass die Höhe der geschuldeten Miete für sie nicht mehr nachvollziehbar sei.“

8

c. ... bestehen Zweifel an der Wirksamkeit der von dem Kläger erklärten fristlosen Kündigung. Seiner Berechtigung zu einer solchen Kündigung dürfte nämlich sein eigenes grob vertrags- und treuwidriges Verhalten entgegenstehen. ...

9

d. Aus dem vorgenannten Grunde dürfte überdies die Beklagte aber auch jedenfalls insoweit keine Miete schulden, als sie aufgrund des treu- und vertragswidrigen Verhaltens des Klägers einen Mietausfall erlitten hat.

10

...“

11

Mit Schriftsatz seiner damaligen Prozessbevollmächtigten vom 16.11.2011 (GA Bl. 288-296) hat der Kläger weiter in der Sache und auch zu den erteilten Hinweisen vorgetragen.

12

Mit einem im Termin zur mündlichen Verhandlung am 27.02.2012 überreichten Schriftsatz vom 24.02.2012 (GA Bl. 321-325) hat der Kläger XYZ und XYZ wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Zur Begründung hat er sich auf die mit der prozessleitenden Verfügung vom 06.10.2011 unter Nr. 2.b., 2.c. und 2.d. erteilten rechtlichen Hinweise bezogen und im Wesentlichen ausgeführt, die abgelehnten Richter hätten sich mit der Charakterisierung einer legitimen Steueroptimierung als „Chaos“ und „undurchschaubare Machenschaften“ einer unangemessenen Ausdrucksweise bedient. Indem sie den Vortrag der Beklagten, dass die Höhe der geschuldeten Miete nicht mehr nachvollziehbar sei, als „mehr als gut erklärbar“ bezeichnet hätten, hätten sie zu Lasten des Klägers Sachverhalte gewürdigt und unterstellt, die auf einer einseitigen Bevorzugung des unsubstantiierten Vorbringens der Beklagten und einem Nichtbeachten eklatanter Widersprüche in ihrer Einlassung beruhten. Auch die allein auf eine unsubstantiierte und bestrittene Äußerung der Beklagten gestützte Bewertung, dass das Verhalten des Klägers „grob vertrags- und treuwidrig“ bzw. „treu- und vertragswidrig“ sei, begründe eine Besorgnis des Klägers, dass die Richter nicht unvoreingenommen seien.

13

Zu dem Ablehnungsgesuch haben sich XYZ und XYZ dienstlich geäußert (GA Bl. 326 und GA Bl. 327f).

14

Mit Schriftsatz vom 19.03.2012 (GA Bl. 337-341) hat der Kläger sein Ablehnungsgesuch erneuert und weitere Befangenheitsgründe gerügt, die erst im Termin vom 27.02.2012 und mit der Überlassung der dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter bekannt geworden seien.

15

Indem der X in der Sitzung vom 27.02.2012 das Befangenheitsgesuch des Klägers mit den Worten „das haben wir erwartet“ entgegen genommen habe, habe er entweder zum Ausdruck gebracht, dass die abgelehnten Richter inzwischen erkannt und eingesehen hätten, dass die Wortwahl ihrer Hinweise die gebotene Unparteilichkeit vermissen ließen, oder die Erklärung auf die Person des Prozessbevollmächtigten des Klägers bezogen, was ebenfalls gegen die gebotene Neutralität spreche.	16
In ihren dienstlichen Äußerungen versuchten die abgelehnten Richter, die unangemessene Wortwahl des Hinweises vom 06.10.2011 zu bagatellisieren, was ihre Befangenheit unterstreiche. Auch wenn der Kläger selbst von einem „Durcheinander“ gesprochen habe, das die Richter in dem Hinweis mit „Chaos“ umschrieben hätten, werde in den dienstlichen Äußerungen nicht erläutert, worin sie die „undurchschaubaren Machenschaften“ gesehen hätten. Die auf den Vortrag des Beklagten bezogene Formulierung „mehr als gut erklärbar“ zeige eine wertende, das Ergebnis negativ vorwegnehmende Einstellung der Richter zu Lasten des Klägers, deren Wortwahl durch die Aussagen in den dienstlichen Äußerungen nicht gerechtfertigt werde.	17
In Nr. 2.c des Hinweises vom 06.10.2011 werde dem Kläger zudem ein „eigenes grob vertrags- und treuwidriges“ Verhalten vorgeworfen, weil er Mieter der Beklagten für sein neues Ärztehaus aus laufenden Verträgen abgeworben habe. Indem der X zur Rechtfertigung dieser unrichtigen Unterstellung auf den bestrittenen Sachvortrag der Beklagten abhebe, dokumentiere er eine Befangenheit zu Lasten des Klägers. Die nicht korrekte Mutmaßung des Berichterstatters, nach der der Kläger unstreitig Mieter der Beklagten aus laufenden Verträgen für sein neues Ärztehaus abgeworben habe, rechtfertige die im Hinweis vom 06.10.2011 gewählte Formulierung selbst dann nicht, wenn sie zuträfe.	18
Der Hinweis beider abgelehnter Richter auf die Befassung des Senats mit Vorprozessen, an denen der Kläger mittelbar oder unmittelbar beteiligt war und die der X eher geringschätzend mit „Komplex Stange“ bezeichne, deute zudem auf ein Ressentiment der Richter gegen den Kläger hin, das ebenfalls an der Unparteilichkeit der abgelehnten Richter zweifeln lasse.	19
II.	20
Die Ablehnungsgesuche des Klägers haben keinen Erfolg. Das Gesuch vom 24.02.2012 ist unzulässig, das Gesuch vom 19.03.2012 unbegründet.	21
1.	22
Das Ablehnungsgesuch des Klägers vom 24.02.2012 ist unzulässig. Der Kläger hat sein Ablehnungsrecht in Bezug auf die von ihm beanstandeten Äußerungen der abgelehnten Richter in den erteilten Hinweisen vom 06.10.2011 gemäß § 43 ZPO verloren, bevor er sein Ablehnungsgesuch gestellt hat.	23
Gemäß § 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.	24
Die mit der prozessleitenden Verfügung vom 06.10.2011 erteilten rechtlichen Hinweise waren dem Kläger seit der Zustellung dieser Verfügung an seinen damaligen Prozessbevollmächtigten am 11.10.2011 (GA Bl. 372) bekannt. Die Kenntnis seines Prozessbevollmächtigten muss er sich gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen. Sein Ablehnungsgesuch vom 24.02.2012 hat der Kläger erst in der mündlichen Verhandlung vom	25

27.02.2012 angebracht. Zuvor hat er mit Schriftsatz seines damaligen Prozessbevollmächtigten vom 16.11.2011 umfangreich zur Sache vorgetragen und auch zu den erteilten rechtlichen Hinweisen Stellung genommen.

Bereits mit dem Schriftsatz vom 16.11.2011 hat sich der Kläger auf eine Verhandlung im Sinne von § 43 ZPO eingelassen. Dass es zwischen der Zustellung der prozessleitenden Verfügung vom 06.10.2011 und dem am 27.02.2012 gestellten Ablehnungsgesuch keine mündliche Verhandlung gab, ist unerheblich, weil weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck des § 43 ZPO eine mündliche Verhandlung für den Verlust des Ablehnungsrechts voraussetzen. 26

Mit der Regelung des § 43 ZPO soll erreicht werden, dass die weitere Mitwirkung eines Richters nach dem Bekanntwerden eines Ablehnungsgrundes schnell und endgültig geklärt wird. Die ablehnende Partei soll gezwungen werden, sich sofort nach Kenntnis eines Ablehnungsgrundes zu entscheiden, ob sie sich darauf berufen will oder nicht. Sie soll nicht zuwarten können, ob der Richter für sie günstig entscheidet, und mit einer späteren Ablehnung geleistete prozessuale Arbeit nicht nutzlos machen können. Es soll Klarheit über die Besetzung der Richterbank geschaffen und der Rechtsstreit beschleunigt werden (OLG Düsseldorf, 11 W 89/09, Juris Tz. 14; auch BGH V ZB 193/05, Juris Tz. 13). 27

Deswegen genügt nach allgemeiner Meinung für ein Einlassen in eine Verhandlung im Sinne des § 43 ZPO jedes prozessuale Handeln einer Partei unter Mitwirkung des Richters, das der weiteren Sachbearbeitung und Streiterledigung dient (BGH VIII ZR 56/07, Juris Tz. 7; Zöller/Vollkommer, ZPO 29. Aufl. 2012, § 43 Rz. 4, OLG Düsseldorf, 11 W 89/09, Juris Tz. 15). 28

Ausgehend hiervon liegt ein Einlassen in eine Verhandlung auch dann vor, wenn Schriftsätze zur Vorbereitung einer Entscheidung, die der später abgelehnte Richter zu treffen hat, eingereicht werden (BFH, I B 90/99, Juris Tz. 10; OLG Düsseldorf, 11 W 89/09, Juris Tz. 16 m.w.Nachw.; Zöller/Vollkommer, a.a.O. § 43 Rz. 4). Das gilt jedenfalls dann, wenn der Schriftsatz nicht nur formale Aspekte des Verfahrensablaufs wie z.B. einen Terminverlegungsantrag oder ein Akteneinsichtsgesuch beinhaltet, sondern zur Streitsache selbst inhaltlich Stellung bezieht (OLG Düsseldorf, 11 W 89/09, Juris Tz. 18). 29

Der hiervon abweichenden Auffassung, nach der vorbereitende Schriftsätze in Verfahren mit einer obligatorischen mündlichen Verhandlung noch kein Verhandeln im Sinne von § 43 ZPO darstellen (OLG Koblenz, 4 W 679/97, Juris Tz. 2; Musielak/Heinrich, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 43 Rn. 2; Gehrlein in Münchener Komm. zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 43 Rz. 5), ist nicht zu folgen. Darauf weist bereits das OLG Düsseldorf in der zitierten Entscheidung, Beschluss vom 17.02.2012, 11 W 89/09, Juris Tz. 17, zutreffend hin. Zum Einen stellt § 43 ZPO das Erfordernis einer „mündlichen“ Verhandlung nicht auf. Zum Anderen wird die abweichende Ansicht dem Sinn und Zweck des § 43 ZPO nicht gerecht. Sie trägt der Notwendigkeit richterlicher Arbeit nicht Rechnung, die auch im Vorfeld einer mündlichen Verhandlung zu leisten ist, nachdem ein Schriftsatz eingeht, der sich mit der Streitsache selbst auseinandersetzt. Im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung will § 43 ZPO verhindern, dass insoweit nutzlose prozessuale Arbeit durch einen später abzulehnenden Richter geleistet wird. 30

Im vorliegenden Fall hat sich der Kläger mit dem Schriftsatz seines damaligen Prozessbevollmächtigten vom 16.11.2011 auf eine Verhandlung im Sinne von § 43 ZPO eingelassen. Mit dem Schriftsatz hat er umfangreich zur Sache und zu den erteilten rechtlichen Hinweisen Stellung genommen. Deswegen hat er sein Ablehnungsrecht in Bezug 31

auf die von ihm beanstandeten Äußerungen der abgelehnten Richter aus den erteilten Hinweisen vom 06.10.2011 verloren, so dass sein auf diese Äußerungen gestütztes Ablehnungsgesuch vom 24.02.2012 als unzulässig zu verwerfen war.

2. 32

Das Ablehnungsgesuch vom 19.03.2012 ist unbegründet. 33

Gemäß § 42 Abs. 2 ZPO findet die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Besorgnis der Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Richters aufkommen lassen. Als Umstände in diesem Sinne kommen dabei nur objektive Gründe in Betracht, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit unparteiisch gegenüber (BGH IX ZB 60/06, Juris Tz. 7). 34

Solche Gründe hat der Kläger mit dem Ablehnungsgesuch vom 19.03.2012 nicht vorgebracht. 35

Die beanstandete Äußerung des Xn bei der Entgegennahme des Befangenheitsgesuchs vom 24.02.2012 im Termin vom 27.02.2012, nach der man „das erwartet habe“, stellt keinen Grund dar, der geeignet ist Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der Richter zu rechtfertigen. Die Äußerung bringt zum Ausdruck, dass der überreichte Befangenheitsantrag den Senat nicht überrascht hat. Eine Bewertung dieses Antrages oder des ihm vorangegangenen Geschehens lässt die gebrauchte Formulierung nicht erkennen, erst Recht keine Voreingenommenheit gegenüber dem Kläger oder seinem neuen Prozessbevollmächtigten. 36

Die dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter enthalten ebenfalls keine Umstände, die eine Besorgnis ihrer Befangenheit begründen könnten. 37

Soweit sich die abgelehnten Richter zur Wortwahl der mit Verfügung vom 06.10.2011 erteilten Hinweise äußern, war dies geboten, nachdem der Kläger sein Ablehnungsgesuch vom 24.02.2012 mit Formulierungen aus diesen Hinweisen begründet hatte. 38

In den dienstlichen Äußerungen des X und des Berichterstatters werden die vom Kläger beanstandeten Hinweise zudem sachlich und unter Bezugnahme auf den Akteninhalt erläutert. Eine unangebrachte Wortwahl enthalten die Äußerungen nicht. 39

Dass die Richter an den mit der Verfügung vom 06.10.2011 mitgeteilten Rechtsansichten festhalten, lässt nicht auf ihre Voreingenommenheit schließen. Dabei kann dahinstehen, ob die geäußerten Rechtsauffassungen der Richter zutreffen. Auch eine für eine Partei ungünstige, fehlerhafte Rechtsauffassung eines Richters stellt keinen Grund dar, an der Unparteilichkeit des Richters zu zweifeln, dies insbesondere dann nicht, wenn sie eine erst vorläufige Beurteilung zum Ausdruck bringt (vgl. BGH X ZR 70/84, Juris Tz. 9), wie dies bei den rechtlichen Hinweisen vom 06.10.2011 der Fall war. 40

Eine Befangenheit der Richter lässt sich im vorliegenden Fall auch nicht daraus ableiten, dass die Richter in ihren dienstlichen Äußerungen ausdrücklich nur zum Begriff des „Chaos“ und nicht auch zu den weiteren vom Kläger beanstandeten Begriffen der „undurchschaubaren Machenschaften“ und des „Verhedders“ Stellung nehmen. Eine aus Sicht des Klägers unvollständige Rechtfertigung ist kein Grund, nunmehr auf eine 41

Parteilichkeit der abgelehnten Richter zu schließen.

Wenn beide Richter in ihren dienstlichen Äußerungen den Hinweis verteidigen, dass der Vortrag der Beklagten hinsichtlich einer nicht mehr nachvollziehbaren Miethöhe als „gut erklärbar“ erscheine, begründet auch dies keine Besorgnis einer Befangenheit. Die Bewertung ist zum Einen nicht abschließend formuliert. Zum Anderen ist sie von den abgelehnten Richtern unter Hinweis auf ihr Verständnis vom Akteninhalt nachvollziehbar erläutert worden. Selbst wenn die vom Kläger beanstandete Bewertung, was hier nicht zu beurteilen ist, eine fehlerhafte Rechtsauffassung zugrunde liegen sollte, lässt ihre Äußerung keine Voreingenommenheit der abgelehnten Richter erkennen. Ihre Rechtfertigung stellt keine sachfremde Erwägung dar, die bei objektiver Betrachtung die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen könnte.

42

Letzteres trifft auch auf den Umstand zu, dass die abgelehnten Richter in ihren dienstlichen Äußerungen den am 06.10.2011 erteilten Hinweis auf ein „grob vertrags- und treuwidriges“ bzw. „treu- und vertragswidriges“ Verhalten des Klägers für gerechtfertigt erachten. Eine unangemessene Wortwahl stellt der so formulierte Hinweis nicht dar. Dass er eine vorläufige Einschätzung des Senats deutlich zu Ausdruck bringt, ist in der Sache nicht zu beanstanden. Indem die abgelehnten Richter den Hinweis in ihren Stellungnahmen wiederum sachlich erläutert haben, lässt der Umstand, dass sie zudem an der mitgeteilten Rechtsauffassung festhalten, auch nicht auf eine willkürliche Benachteiligung des Klägers schließen. Auf die Richtigkeit der in dem Hinweis zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung kommt es erneut nicht an.

43

Letztendlich ist auch der Umstand, dass die abgelehnten Richter auf eine Befassung des Senats mit Vorprozessen, an denen der Kläger beteiligt war, hingewiesen haben und der X insoweit vom einem „Komplex Stange“ gesprochen hat, kein Befangenheitsgrund. Die zusammenfassende Bezeichnung der Vorprozesse als „Komplex Stange“ stellt noch keine unsachliche Wortwahl dar. Das gilt auch für den ergänzenden Hinweis auf ein aus Vorprozessen bekannt gewordenes Verhalten des Klägers, auf das sich die Richter zur Erläuterung eines als grob vertrags- und treuwidrig zu bewertenden Verhaltens des Klägers berufen. Die diesbezüglichen Ausführungen in ihren dienstlichen Äußerungen sind sachlich gehalten, ob sie rechtlich richtig sind, ist für die Beurteilung einer Befangenheit nicht maßgeblich. Auch im Falle ihrer Unrichtigkeit wären sie kein Grund, der sie bei vernünftiger Betrachtung als parteiisch erscheinen lassen würde.

44

III.

45

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde gem. § 574 Abs. 3, Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ZPO zugelassen, soweit das Ablehnungsgesuch des Klägers vom 24.02.2012 als unzulässig verworfen wurde. Insoweit hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung und dient der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Es ist zu erwarten, dass die Rechtsfrage, ob vorbereitende Schriftsätze in Verfahren mit einer (nicht nur fakultativen) mündlichen Verhandlung noch kein Verhandeln im Sinne von § 43 ZPO darstellen, in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen auftritt. Das belegen die hierzu ergangenen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen, die diese Rechtsfrage uneinheitlich beantworten. Im Hinblick auf die von der Rechtsansicht des Senats abweichenden Auffassung des OLG Koblenz (4 W 697/97) ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten.

46

