

**Nr. 309 OLG Bremen – ZPO § 42 II**

(4. ZS – FamS –, Beschluss v. 6.12.2007 – 4 WF 124/07 – 4 WF 164/07)

**1. Die Besorgnis der richterlichen Befangenheit seitens des eine Umgangsregelung erstrebenden Vaters kann sich aus einer (hier: weit zurückliegenden) öffentlichen politischen Äußerung des Richters ergeben, wenn er sich in seiner dienstlichen Stellungnahme zu dem Ablehnungsgesuch damit inhaltlich nicht auseinandersetzt, sodass seine gegenwärtige Position nicht erkennbar wird.**

**2. Die Zweifel an der Unvoreingenommenheit können dadurch verstärkt werden, dass das Umgangsrecht des Vaters mit den Kindern durch drei einstweilige Anordnungen seit mehr als einem Jahr ausgeschlossen ist.**

(Leitsätze der Redaktion)

Aus den *Gründen*:

Das Befangenheitsgesuch des Vaters ist gerechtfertigt.

Die **Besorgnis der Befangenheit** eines Richters ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen (§ 42 II ZPO). Geeignet, Misstrauen gegen eine unparteiliche Amtsführung des Richters zu rechtfertigen, sind **nur objektive Gründe**, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtungsweise die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber. Rein subjektive unvernünftige Vorstellungen des Ablehnenden scheiden aus. Es ist nicht erforderlich, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Entscheidend ist allein, ob **aus der Sicht des Ablehnenden** genügend objektive Gründe vorliegen, die nach der Meinung einer ruhigen und vernünftig denkenden Partei Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (vgl. *Zöller/Vollkommert*, ZPO, 25. Aufl., § 42 Rz. 9, m. w. N.). Das Gericht muss bei seiner Beurteilung daher auf die Sichtweise des Ablehnenden abstellen, sodass der eher objektive Maßstab eine gewisse subjektive Komponente bekommt, die nur dort unbeachtlich ist, wo die ablehnende Partei durch Angriffe auf den Richter oder sonst durch ihr Verhalten die Situation allein heraufbeschworen hat.

Im vorliegenden Fall liegen aus der Sichtweise des ablehnenden Vaters Gründe vor, die seine Besorgnis nachvollziehbar erscheinen lassen. Die Familienrichterin werde die hier zur Entscheidung stehenden Fragen, insbesondere die Frage nach einem Umgangsrecht, nicht offen und unbefangen beurteilen. Dabei ist es nicht so sehr ein einzelner Umstand, der bei vernünftiger Würdigung dem Vater nachvollziehbaren Anlass bietet, an der Unparteilichkeit der Richterin zu zweifeln, sondern vielmehr das Zusammentreffen verschiedener Umstände. Es sind dies:

- der Artikel der abgelehnten Richterin aus dem Jahre 1989, wie er aus der Sicht des Vaters, der Umgang zu seinen Kindern begehrt, zu betrachten ist,
- die Dienstliche Stellungnahme der abgelehnten Richterin, soweit sie sich darin mit dieser Veröffentlichung befasst,
- der Umstand, dass der Vater seit mehr als einem Jahr keinen Kontakt zu seinen Kindern hat, der Ausschluss des Umgangsrechts allein durch gerichtliche Eilmaßnahmen erfolgt ist und nicht zuletzt auf der Weigerung der Kinder bei der Anhörung beruht, diese Anhörung jedoch nicht nachvollziehbar dokumentiert ist.

Der vom Vater vorgelegte Artikel, den er offenbar in dieser Form dem Internet entnommen hat, beschäftigt sich mit den Aufgaben weiblicher Interessenvertretung in der Auseinandersetzung zwischen den Eltern nach Trennung und Scheidung, die von der Autorin als „Geschlechterkrieg“ bezeichnet wird. Männern, die das Sorgerecht für ihre Kinder anstreben, wird unterstellt, sie versuchten, „Frauen mit Gefühl um Geld zu bringen“, denn die Erlangung der elterl. Sorge spare „bares Geld“. Vor dem Hintergrund einer allgemeinen Voreingenommenheit aller Verfahrensbeteiligten, die sich aus ihren „geschlechtsrollenspezifischen Einstellungen und Vorurteilen“ nicht befreien könnten, stellt die Autorin eine ungleiche Behandlung von Müttern und Vätern vor Gericht fest. Gerichte gäben eher den Anträgen von Vätern nach einem Umgangsrechtsausschluss statt als denen von Müttern. Mütter, die die „ständigen Belastungen, die aus den ständigen Besuchen erwachsen, nicht mehr verkraften“, müssen ihr Kind „zum Vater zwingen“, sonst würden sie mit Zwangsmitteln angehalten, wohingegen Zwangsgeldbeschlüsse gegen Väter nicht bekannt seien. Sodann heißt es in einer Art Zusammenfassung: „Vor diesem Hintergrund liegt die Hauptaufgabe weiblicher Interessenvertretung . . . vor allem darin, aus der benachteiligten Situation der Frauen heraus zu argumentieren, sie wahrzunehmen und ständig präsent zu machen, um so zu verhindern, dass die Benachteiligung ein noch größeres Maß erreicht. Fortsetzen tut sie sich ohnehin.“

Ob man diesen Artikel als Ausdruck wissenschaftlicher Tätigkeit, als (frauen-)politische Meinungsäußerung oder als Äußerung der Richterin im Rahmen ihrer (verfassungs-)rechtlichen Überzeugung ansieht, kann vorliegend dahin stehen. **Öffentlich geäußerte politische und/oder (verfassungs-)rechtliche Überzeugungen** rechtfertigen als solche die Ablehnung eines Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit nach § 42 II ZPO nicht

(vgl. für den Fall eines Richters am BVerfG: *BVerfGE* 43, 126, 130 [Benda]; 88, 17, 25 [Böckenförde]; 89, 359, 364 [Herzog]; 92, 138, 139 [Limbach]; 99, 81, 75 [Jäntschi]; *Baumbach/Hartmann*, ZPO, 65. Aufl., § 42 Stichworte: Politische Äußerung oder Betätigung, Rechtsansicht, wissenschaftliche Tätigkeit, jeweils m. w. N.).

Dies gilt insbesondere, wenn der Richter sie – wie hier – zu einer Zeit geäußert hat, als er **noch nicht Richter** war und den besonderen Anforderungen des Richteramts, insbesondere dem Mäßigungsgebot (§ 39 DRiG), nicht unterlag (*BVenwGE* 102, 81, 89). Die abgelehnte Richterin konnte daher i. J. 1989 ihre Aufgabe als Anwältin darin sehen, sich für die ihrer Meinung nach nicht ausreichend wahrgenommenen und zur Geltung kommenden weiblichen Interessen in Ehe und Partnerschaft und in der nahehel. oder nachpartnerschaftlichen Auseinandersetzung – auch literarisch – einzusetzen und sie in der gerichtlichen Auseinandersetzung durchzusetzen, ohne dass sich schon daraus Konsequenzen für ihre spätere Tätigkeit in einem familienrichterlichen Dezernat ergaben.

Dennoch ist es nachvollziehbar, wenn ein Vater, der das Umgangsrecht für seine Kinder begehrt, angesichts eines solchen Artikels die Frage aufwirft, ob sich die Autorin nicht bereits soweit festgelegt hat, dass sie in ihrer Funktion als Richterin seinem Anliegen nicht mehr offen gegenübersteht. Die Richterin beschäftigt sich dezidiert mit der Position des Elternteils, der sich einem Umgangsverlangen gegenüber sieht und der, so die Autorin, wenn er weiblich ist, mit gerichtlichen Sanktionen zu rechnen hat, wenn er (besser: sie) das Kind nicht zum Vater „zwingt“. Angesichts der von ihr gesehenen Benachteiligung der Mutter postuliert sie die Aufgabe weiblicher Interessenvertretung dahin, Müttern in dieser Situation zu helfen. Um eine solche Situation und um eine solche Fragestellung geht es aber im vorliegenden Fall. Es geht darum, ob und ggf. wie die Mutter der Kinder L. und P. das Umgangsrecht des Vaters unterstützen und die Bereitschaft der Kinder zu Besuchen beim Vater fördern oder entwickeln muss, obwohl er die Kinder nach einem Besuch in Italien gegen den Willen der Mutter zurückbehalten hat.

Dabei muss allerdings auch dem Vater klar sein, dass die Richterin die oben dargestellte Position, in der sie für die Mütter Partei ergreifen

hat, vor langer Zeit, d. h. vor etwa 18 Jahren vertreten hat. Er kann deshalb nicht ohne weiteres davon ausgehen, die Richterin habe ihren damaligen Standpunkt trotz ihrer inzwischen langjährigen richterlichen Tätigkeit und Erfahrung in einem familiengerichtlichen Dezernat nicht verändert, zumal allgemein von einem Richter erwartet wird, dass er auch dann noch unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantreten kann, wenn er sich in dieser Frage schon früher eine Meinung gebildet hat (BVewGE 102, 81, 89). Angesichts der in dieser Veröffentlichung – soweit sie dem Vater vorliegt – zutage getretenen Grundeinstellung der Richterin war aus der Sicht des Vaters jedoch ggf. zu erwarten, dass die Richterin in ihrer Dienstlichen Äußerung zu dem Artikel klarstellend in einer Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit ausräumenden Weise Stellung nimmt. Das ist aber nicht geschehen.

Die Richterin hat es an einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit ihrem früher vertretenen Standpunkt fehlen lassen. In ihrer Dienstlichen Stellungnahme v. 17.10.2007 hat sie sich auf den Hinweis beschränkt, der Artikel sei „sattsam bekannt“ und sie sei, wie sie bereits mehrfach dargelegt habe, u. a. deshalb Richterin geworden, weil ihr „parteiliche Arbeit nicht unbedingt“ liege. Damit hat sie weder den sich aus der nur auszugsweise vorliegenden Veröffentlichung ergebenden Eindruck korrigiert – etwa unter Hinweis auf eine differenzierte Einstellung in den übrigen Passagen des Artikels –, noch hat sie ihre heutige Position zu dem damals vertretenen Standpunkt näher erläutert. Stattdessen hat sie ihre früheren Aussagen – jedenfalls z. T. – noch mit dem Hinweis auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse untermauert und hinzugefügt, die sog. Proksch-Studie bestätige ihre damalige Aussage, dass es eher Schwierigkeiten mit dem Umgangsrecht des anderen Elternteiles gebe, wenn es sich dabei um den Vater handele. Damit ist jedenfalls aus der Sicht des Vaters nicht in der gebotenen Eindeutigkeit klar geworden, dass die Richterin sich vor dem Hintergrund ihrer richterlichen Aufgaben zu einer einseitigen Parteinahme für die Mütter heute nicht mehr bekennt.

Die Zweifel an einer unparteilichen und unvoreingenommenen Einstellung der Richterin, die der Vater aus diesen Umständen herleitet, sind insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen verfahrensrechtlichen Situation auch nachvollziehbar. Der Vater sieht sich hier in der Situation, dass sein Umgangsrecht mit den Kindern durch drei einstweilige Anordnungen seit mehr als einem Jahr ausgeschlossen ist. Aus verfahrensrechtlichen Gründen (§ 621g ZPO) konnte er eine Überprüfung dieser Eilmaßnahmen durch das Rechtsmittelgericht erreichen. Da es bisher nicht zu einer Hauptsacheentscheidung gekommen ist, woran der Vater allerdings u. a. durch seine Weigerung, an dem vorgesehenen Begutachtungstermin teilzunehmen, nicht schuldlos ist, sieht er sich durch die Entscheidungen der Richterin auch weiterhin an jeglichem Kontakt zu seinen Kindern gehindert.

Dabei ist aus der Sichtweise des Vaters, der den Aufenthalt der Kinder im vergangenen Jahr bei sich in Italien, worauf er immer wieder hinweist, auch aus der Sicht der Kinder als unproblematisch erlebt hat, von besonderer Bedeutung, dass die getroffenen Entscheidungen nicht zuletzt auf einer Weigerung der Kinder, ihn zu sehen, beruhen sollen, über die am 14.3.2007 erfolgte richterliche Anhörung der Kinder aber – verfahrensfehlerhaft – kein Vermerk gefertigt worden ist. Mit der Weigerung seiner Kinder, ihn zu sehen, kann sich der Vater nicht zuletzt deshalb nicht abfinden, weil er der Meinung ist, die Kinder hätten sich nicht unbeeinflusst äußern können. Dass er die Haltung seiner Kinder hinterfragen möchte, ist verständlich. Da er ohnehin der unparteilichen Amtsführung der Richterin misstrauisch gegenübersteht, wird sein Argwohn dadurch, dass es keinen zeitnah nach der Anhörung gefertigten Vermerk über die Kindesanhörung gibt, aus der er sich einen Eindruck von der Anhörung verschaffen könnte, er bzw. sein Verfahrensbevollmächtigter zunächst nur telefonisch informiert wurde und er weitere bruchstückhafte Informationen über die Anhörung der Dienstlichen Äußerung der Richterin v. 18.4.2007 sowie dem Beschluss v. 9.7.2007 entnehmen muss, jedenfalls nicht entkräftet.

Vor dieser konkreten verfahrensrechtlichen Situation bekommt die vom Vater beanstandete Veröffentlichung, von der sich die Richterin in diesem Verfahren nicht distanziert hat, ihr besonderes Gewicht, das die Zweifel des Vaters an der Unvoreingenommenheit der Richterin nachvollziehbar macht. Dem Antrag des Vaters war daher stattzugeben.

(Mitgeteilt von H. Schmeil, Berlin)

### Nr. 310 OLG Naumburg – ZPO § 256; BGB § 138

(3. ZS – 1. FamS –, Beschluss v. 23.8.2007 – 3 WF 257/07)

**Die Klage auf Feststellung, dass ein Ehevertrag unwirksam ist (Wirksamkeitskontrolle) ist unzulässig, wenn die Ehe geschieden oder das Scheidungsverfahren noch rechtshängig ist; der Klage fehlt, da die Leistungsklage zulässig ist, das Rechtsschutzinteresse.**

*Gründe:*

Die sofortige Beschwerde des Kl. gegen den Beschluss des AmtsG v. 23.5.2007, aufgrund dessen sein Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe [PKH] für eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines den Zugewinn ausschließenden Ehevertrages abgewiesen worden ist, ist unbegründet, bietet doch die beabsichtigte Rechtsverfolgung nicht die hinreichende Aussicht auf Erfolg, deren es nach § 114 ZPO in objektiver Hinsicht für die Bewilligung von PKH bedarf.

Mit seiner am 22.5.2006 beim AmtsG – FamG – eingereichten Klage begehrt der Kl. festzustellen, dass der Ehevertrag der Parteien v. 3.7.2001 vor dem Notar A., der den Zugewinnausgleich zwischen ihm und der Bekl. für den Fall der Beendigung der Ehe durch einen anderen Fall als durch den Tod ausschließt, unwirksam ist. Nach § 256 I ZPO kann eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit erhoben werden, wenn der Kl. ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis, die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird.

Dieses **Rechtsschutzbedürfnis fehlt** indes im vorliegenden Falle. Denn die Feststellungsklage ist bereits mangels eines entsprechenden Feststellungsinteresses unzulässig, wenn der Kl. anstatt dessen in zumutbarer Weise eine Leistungsklage erheben könnte (Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 256 Rz. 7a, m. w. N.).

Im Entscheidungsfall ist dem Kl., der seinen Anspruch auf Zugewinnausgleich gegenüber der Bekl. mit 56.250 € beziffert hat, zumutbar, ggf. durch Vorschaltung einer Stufe zur Auskunft, diesen Anspruch mit der Leistungsklage geltend zu machen. Letzteres gilt umso mehr, als lediglich die Klage auf Leistung, auch als Stufenklage, anders als die Feststellungsklage, die Verjährung des Zugewinnausgleichsanspruchs hindert.

Im Übrigen gibt die amtsgerichtliche Entscheidung Anlass zu folgenden Anmerkungen: Im Falle der Erhebung einer Klage auf Zugewinnausgleich könnte dem Kl. PKH zu bewilligen sein, böte doch diese Rechtsverfolgung zumindest eine hinreichende, wenngleich nicht abschließend gewisse Aussicht auf Erfolg, deren es nach § 114 ZPO in objektiver Hinsicht für die Bewilligung von PKH bedarf. Mit seiner grundlegenden Entscheidung v. 11.2.2004 (BGH, FamRZ 2004, 601 (m. Anm. Borth, S. 609)) hat der BGH Grundsätze für die **Inhaltskontrolle von Eheverträgen** (Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB, Ausübungskontrolle nach § 242 BGB) aufgestellt und diese mit der Entscheidung v. 25.5.2005 (BGH, FamRZ 2005, 1449, 1452 = NJW 2005, 2391, 2393 = DNotZ 2005, 857, 860 = MDR 2005, 1355, 1356) noch einmal ausdrücklich bekräftigt. Danach hat der Tatrichter zunächst – im Rahmen der **Wirksamkeitskontrolle** – zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen