Gericht:	KG Berlin 2. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	20.01.2026
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	2 W 37/25
ECLI:	ECLI:DE:KG:2026:0120.2W37.25.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 41 Nr 4 ZPO, § 41 Nr 6 ZPO, § 42 Abs 2 ZPO, § 46 Abs 2 ZPO, § 567 Abs 1 Nr 1 ZPO ... mehr

Ausschluss vom Richteramt und Besorgnis der Befangenheit bei anwaltlicher Vorbefassung

Leitsatz

1. Ein Ausschluss von der Ausübung des Richteramts nach § 41 Nr. 4 ZPO kommt nur bei einem identischen Streitgegenstand in Betracht.(Rn.9)

2. Nach § 41 Nr. 6 ZPO ausgeschlossen ist nur ein im früheren Rechtszug bzw. schiedsrichterlichen Verfahren erkennender Richter, der an dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt, also vorinstanzlich (mit-)entschieden hat, und dem jetzt die Nachprüfung seiner eigenen Entscheidung obläge.(Rn.11)

3. Es kann die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen, wenn der zur Entscheidung berufene Richter eine der Parteien als Rechtsanwalt in einem Schiedsverfahren vertreten hat, das in engem rechtlichem und tatsächlichem Zusammenhang zu dem nunmehrigen Rechtsstreit steht. Dies gilt auch dann, wenn die Vertretung im Schiedsverfahren bereits beträchtliche Zeit zurückliegt.(Rn.12)

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin, 20. November 2025, 61 O 187/25

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluss des Landgerichts Berlin II vom 20. November 2025 - 61 O 187/25 abgeändert und das Ablehnungsersuchen der Klägerin betreffend den Vorsitzenden Richter am Landgericht ... für begründet erklärt.

Gründe

1 I. Die Klägerin nimmt die Beklagten aufgrund der Verletzung von Garantien aus einem Anteilskauf- und Abtretungsvertrag betreffend die Geschäftsanteile der T. C. GmbH auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Klägerin und die Beklagten schlossen am 20. September 2002 einen Vertrag über den Betrieb eines Systems zur Erhebung von Lkw-Maut auf Bundesautobahnen. Die Beklagten errichteten in diesem Zusammenhang die T. C. GmbH. Ab September 2004 machte die Klägerin gegen die Beklagten in einem Schiedsverfahren verschiedene Ansprüche geltend, insbesondere auf Schadensersatz wegen entgangener Mauteinnahmen.

Die Beklagten ihrerseits leiteten im Dezember 2006 ein Schiedsverfahren gegen die Klägerin ein und machten gegen sie insbesondere Ansprüche auf Betreibervergütung geltend. Beide Schiedsverfahren wurden im Juli 2018 im Wege eines Vergleichs beigelegt. Zudem übernahm die Klägerin aufgrund eines ebenfalls im Juli 2018 geschlossenen Anteilskaufvertrages sämtliche Geschäftsanteile an der T. C. GmbH mit Wirkung zum 1. September 2018 von den Beklagten.

3 Die Klägerin ist der Auffassung, es liege eine Verletzung der von den Beklagten betreffend die T. C. GmbH übernommenen Bilanzgarantien vor. Mit ihrer am 11. Juli 2025 bei dem Landgericht Berlin II anhängig gemachten Klage nimmt sie die Beklagten deshalb auf Zahlung von Schadensersatz und Feststellung der Haftung für weitere Schäden in Anspruch. Der zuständige Einzelrichter hat mit einer Verfügung vom 22. September 2025 darauf hingewiesen, dass er vor seinem Eintritt in den Justizdienst in der Zeit von November 2009 bis Ende des Jahres 2011 als Rechtsanwalt bei der Kanzlei H. M. angestellt gewesen sei. In dieser Eigenschaft sei er als anwaltlicher Vertreter für die hiesige Beklagte zu 1) in den Schiedsverfahren tätig geworden. Aufgrund seines Ausscheidens aus der Kanzlei Ende des Jahres 2011 sei er an den zum Abschluss des Vergleichs führenden Verhandlungen aber nicht mehr beteiligt gewesen.

4 Die Klägerin hat den Richter hierauf mit einem Schriftsatz vom 6. Oktober 2025 wegen des Vorliegens gesetzlicher Ausschließungsgründe nach § 41 Nr. 4 und 6 ZPO sowie wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Hierzu hat sie vorgetragen, dass der abgelehnte Richter in erheblichem Umfang an den Schiedsverfahren beteiligt gewesen sei. So habe er ausweislich der ihr vorliegenden Teilnehmerliste die Beklagte zu 1) bei einer mehrtägigen mündlichen Verhandlung vom 6. bis zum 14. Dezember 2010 vor dem Schiedsgericht vertreten. Nach den ebenfalls vorliegenden Wortprotokollen seien im Rahmen der mündlichen Verhandlung Rechtsfragen diskutiert worden, die auch für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits von zentraler Bedeutung seien.

5 Zu dem Ablehnungsersuchen der Klägerin hat sich der Richter mit einer dienstlichen Erklärung vom 20. Oktober 2025 geäußert und bestätigt, dass er als anwaltlicher Vertreter an den mündlichen Verhandlungen vor dem Schiedsgericht teilgenommen habe. Zu den genauen Inhalten der mündlichen Verhandlungen habe er nur noch ungefähre Erinnerungen. Die von der Klägerin vorgelegten Wortprotokolle seien aber sicherlich zutreffend. Schließlich sei es auch richtig, dass die Schiedsverfahren außerordentlich umfangreich gewesen seien und von allen Beteiligten ein sehr hohes zeitliches Engagement erfordert hätten.

6 Das Landgericht hat das Ablehnungsersuchen nach Anhörung der Parteien mit einem Beschluss vom 20. November 2025 als unbegründet zurückgewiesen. Die Voraussetzungen für einen gesetzlichen Ausschluss vom Richteramt nach § 41 Nr. 4 ZPO lägen bereits deshalb nicht vor, weil es an der hierfür notwendigen Identität der Verfahren fehle. Ein Ausschluss vom Richteramt nach § 41 Nr. 6 ZPO komme ebenfalls nicht in Betracht, weil dies voraussetzen würde, dass der abgelehnte Richter an dem Erlass der angegriffenen (auch schiedsrichterlichen) Entscheidung mitgewirkt hätte. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei schließlich auch nicht eine Besorgnis der Befangenheit nach § 42 Abs. 2 ZPO gerechtfertigt. Eine Vorbefassung des Richters, die nicht zu einem Ausschluss nach § 41 ZPO führe, sei in der Regel nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Besondere Umstände, aus denen sich vorliegend etwas anderes ergeben könnte, seien nicht ersichtlich. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die anwaltliche Tätigkeit des abgelehnten Richters bereits etwa 14 Jahre zurückliege. Schließlich habe das Schiedsver-

fahren auch nach dem Ausscheiden des Richters aus der Kanzlei H. M. noch mehrere Jahre angedauert, weshalb seiner Mitwirkung in dem früheren Verfahrensstadium nur untergeordnete Bedeutung zukommen könne.

7 Die Klägerin hat gegen die ihr am 21. November 2025 zugestellte Entscheidung am 5. Dezember 2025 sofortige Beschwerde erhoben, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt. Das Landgericht hat dem Rechtsmittel mit einem Beschluss vom 8. Dezember 2025 nicht abgeholfen und die Sache dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt.

8 II. Die gemäß §§ 46 Abs. 2, 567 Nr. 1 ZPO statthafte sowie nach § 569 ZPO form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Klägerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Zwar ist der abgelehnte Richter nicht bereits gemäß § 41 Nr. 4 bzw. Nr. 6 ZPO von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen (1.), das Ablehnungsersuchen der Klägerin ist jedoch aufgrund der Besorgnis der Befangenheit (§ 42 Abs. 2 ZPO) begründet (2.). Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (3.).

9 1. Die Voraussetzungen für einen Ausschluss vom Richteramt nach § 41 Nr. 4 ZPO liegen entgegen der Auffassung der Klägerin erkennbar nicht vor. Nach der genannten Vorschrift ist ein Richter von der Ausübung seines Amts kraft Gesetzes in Sachen ausgeschlossen, in denen er als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob dieser Ausschlussgrund nur dann gegeben ist, wenn es sich um eine Tätigkeit in demselben Verfahren handelt (so etwa BeckOK ZPO/Vossler, 58. Ed. 1.9.2025, ZPO § 41 Rn. 11; a. A. u. a. Musielak/Voit/Heinrich, 22. Aufl. 2025, ZPO § 41 Rn. 11). Denn jedenfalls erfordert das Tatbestandsmerkmal der "Sache" im Sinne des § 41 Nr. 4 ZPO nach allgemeiner und unbestrittener Auffassung eine Identität des Streitgegenstandes (BGH, Beschluss vom 20. September 2016 – AnwZ (Brfg) 61/15, NJW-RR 2017, 189 Rn. 12; BAG, Beschluss vom 7. November 2012 – 7 AZR 646/10, NJW 2013, 1180 Rn. 15; VGH München, Beschluss vom 22. Juli 2014 - 20 ZB 14.339, juris Rn. 3; MüKoZPO/Stackmann, 7. Aufl. 2025, § 41 Rn. 20; Musielak/Voit/Heinrich, a. a. O., § 41 Rn. 11).

10 An einer solchen Identität fehlt es aber in dem hier vorliegenden Fall, wie bereits das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt hat. Gegenstand der Schiedsverfahren waren Ansprüche aufgrund entgangener Mauteinnahmen bzw. Vergütungsansprüche für den Betrieb des Mautsystems, während die Klägerin in dem hier vorliegenden Rechtsstreit Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Bilanzgarantien betreffend die T. C. GmbH geltend macht, deren Geschäftsanteile sie erst im Jahr 2018 erworben hat. An der danach fehlenden Identität der Streitgegenstände vermag der von der Klägerin hervorgehobene Umstand nichts zu ändern, dass den unterschiedlichen Verfahren ein teilweise identischer Lebenssachverhalt zu Grunde liegt.

11 Die Voraussetzungen von § 41 Nr. 6 ZPO sind ebenfalls ersichtlich nicht erfüllt. Nach der genannten Vorschrift ausgeschlossen ist nur ein im früheren Rechtszug bzw. schiedsrichterlichen Verfahren erkennender Richter, der an dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt, also vorinstanzlich (mit-)entschieden hat, und dem jetzt die Nachprüfung seiner eigenen Entscheidung obläge (vgl. BeckOGK/Gräbener, 15.6.2025, ZPO § 41 Rn. 53 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen hier aber bereits deshalb nicht vor, weil der abgelehnte Richter lediglich mit der anwaltlichen Vertretung der Beklagten zu 1) in den Schiedsverfahren betraut war und nicht etwa dem Schiedsgericht angehörte. Dar-

über hinaus sind die Schiedsverfahren auch nicht mit einer streitigen Entscheidung beendet worden, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sein könnte.

12 2. Die sofortige Beschwerde der Klägerin hat jedoch gleichwohl Erfolg, weil entgegen der vom Landgericht in der angefochtenen Entscheidung vertretenen Auffassung tatsächlich Gründe vorliegen, die aus objektiver Sicht geeignet sind, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des abgelehnten Richters zu rechtfertigen (§ 42 Abs. 2 ZPO).

13 Die Besorgnis der Befangenheit im Sinne des § 42 Abs. 2 ZPO ist zu bejahen, wenn aus der Sicht des Ablehnenden die Unparteilichkeit des Richters nicht mehr gewährleistet erscheint. Für diese Besorgnis müssen Gründe vorliegen, die objektiv, das heißt bei vernünftiger Betrachtung vom Standpunkt des Ablehnenden geeignet sind, Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Richters zu wecken. Für die Frage, welche Gründe es rechtfertigen, an der gebotenen Objektivität des Richters zu zweifeln, kann nur ein objektiver Maßstab gelten. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Richter tatsächlich befangen ist; ebenso unerheblich ist es, ob er sich für befangen hält. Entscheidend ist allein, ob aus Sicht des Ablehnenden genügend objektive Gründe vorliegen, die aus Sicht einer ruhig und vernünftig denkenden Partei Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (BGH, Beschluss vom 25. August 2020 – VIII ARZ 2/20, BGHZ 226, 350 Rn. 34; KG, Beschluss vom 8. Juni 2006 – 15 W 31/06, NJW-RR 2006, 1577 [1578]; BeckOK ZPO/Vossler, 59. Ed. 1.12.2025, ZPO § 42 Rn. 5; Zöller/Vollkommer, ZPO, 36. Aufl. 2026, § 42 Rn. 9).

14 Bei der Frage, ob die Vorbefassung eines Richters die Besorgnis der Befangenheit zu rechtfertigen vermag, ist zu differenzieren. Eine prozessrechtlich typische Vorbefassung mit der Materie, also die nach dem Gesetz geregelte Befassung desselben Richters mit demselben Sachverhalt in einem früheren Verfahren - beispielsweise im Prozesskostenhilfeverfahren, in einem vorangegangenen Eilverfahren oder im Urkundenprozess - vermag für sich allein genommen grundsätzlich nicht die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass insbesondere § 41 Nr. 6 ZPO, der den Ausschluss des Richters in Sachen regelt, in denen er in einem früheren Rechtszug oder im schiedsrichterlichen Verfahren an der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, insoweit abschließend und einer ausweitenden Auslegung nicht zugänglich ist und das geltende Verfahrensrecht im Übrigen von dem Gedanken geprägt wird, dass der Richter die Sache auch dann unvoreingenommen beurteilen kann, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet hat (BGH, Beschluss vom 21. September 2021 – KZB 16/21, NJW-RR 2022, 209 Rn. 17; BGH, Beschluss vom 24. Juli 2012 - II ZR 280/11, NJW-RR 2012, 1341 Rn. 3 f.; HK-ZPO/Bendtsen, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 42 Rn. 16; Musielak/Voit/Heinrich, a. a. O., § 42 Rn. 14).

15 Etwas anderes gilt jedoch in Fällen einer sog. atypischen Vorbefassung, insbesondere wenn der abgelehnte Richter in einer anderen Funktion, etwa als Staatsanwalt, Verwaltungsbeamter oder – wie hier – als Rechtsanwalt mit dem nunmehr zur Entscheidung stehenden Sachverhalt befasst war. In derartigen Fällen kann – je nach den Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls (Art, Umfang und zeitlicher Abstand der früheren Tätigkeit) – allein aufgrund der Vorbefassung und ohne das Hinzutreten weiterer Umstände die Besorgnis der Befangenheit begründet sein (vgl. BGH, Beschluss vom 21. September 2021 – KZB 16/21, NJW-RR 2022, 209 Rn. 17; § 42 Rn. 16; BeckOK ZPO/Vossler, 59. Ed. 1.12.2025, ZPO § 42 Rn. 16a; Musielak/Voit/Heinrich, a. a. O., § 42 Rn. 14; Zöller/Vollkommer, a. a. O., § 42 Rn. 17). Diese Differenzierung ist gerechtfertigt, weil der Richter in solchen Fällen der nicht-richterlichen Vorbefassung nicht als neutraler und zur Unpar-

teilichkeit verpflichteter Streitentscheider mit der Sache befasst war, sondern der ablehnenden Partei gewissermaßen als Gegner gegenübergetreten ist (MüKoZPO/Stackmann, a. a. O., § 42 Rn. 24).

16 Ausgehend von diesen Grundsätzen ist in dem hier vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Landgerichts eine Besorgnis der Befangenheit (§ 42 Abs. 2 ZPO) zu bejahen. Die Vorbefassung betrifft zwar bei formaler Betrachtungsweise nicht einen mit dem hier geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung von Bilanzgarantien identischen Streitgegenstand, weshalb der abgelehnte Richter – wie schon ausgeführt – auch nicht bereits nach § 41 Nr. 4 ZPO kraft Gesetzes von der Ausübung Richteramts ausgeschlossen ist. Die Klägerin weist aber zu Recht darauf hin, dass die Verfahren in einem unmittelbaren rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen und der hiesige Rechtsstreit gewissermaßen als Fortsetzung der Schiedsverfahren verstanden werden könnte. Schließlich ist der abgelehnte Richter in den Schiedsverfahren auch nicht als zur Unparteilichkeit und Neutralität verpflichteter Richter tätig geworden, sondern als Sachwalter der gegenläufigen Interessen der Beklagten zu 1) aufgetreten. Seine Mitwirkung hat sich dabei nicht etwa nur auf eine unterstützende Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter o. ä. beschränkt, vielmehr ist der nunmehr zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits berufene Richter in einer mehrtätigen mündlichen Verhandlung neben weiteren Rechtsanwälten nach außen als anwaltlicher Vertreter der Beklagten zu 1) aufgetreten.

17 Diese Umstände sind nach Auffassung des Senats aus der maßgeblichen Sicht der ablehnenden Partei geeignet, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen, wobei es – wie bereits ausgeführt – auf das Vorliegen einer tatsächlichen Befangenheit oder Voreingenommenheit nicht ankommt. An dieser Beurteilung vermag letztlich auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Vorbefassung des Richters bereits mehr als 14 Jahre zurückliegt. Zwar ist der zeitliche Abstand einer Vorbefassung für eine durch sie möglicherweise begründete Besorgnis der Befangenheit nicht ohne Bedeutung. Insbesondere spricht ein enger zeitlicher Zusammenhang für ihre Bejahung, während ein längerer zeitlicher Abstand tendenziell dazu führen wird, dass die für eine Besorgnis der Befangenheit sprechende Umstände verblassen und in den Hintergrund treten (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 22. Januar 2024 – 1 W 32/23, NJW-RR 2024, 741, juris Rn. 14; VGH München, Beschluss vom 25. Januar 2024 – 24 CS 23.1582, DRiZ 2024, 200, juris Rn. 15).

18 Die hier vorliegenden Besonderheiten rechtfertigen es, trotz des beträchtlichen zeitlichen Abstand ein Fortbestehen der Besorgnis der Befangenheit anzunehmen. Hierfür spricht insbesondere die herausragende wirtschaftliche und auch zeitgeschichtliche Bedeutung der Schiedsverfahren, an denen der abgelehnte Richter als anwaltlicher Vertreter der Beklagten zu 1) teilgenommen hat. Auch wenn ihm der genaue Verlauf der mündlichen Verhandlungen vor dem Schiedsgericht ausweislich seiner dienstlichen Erklärung vom 20. Oktober 2025 nicht mehr in allen Einzelheiten erinnerlich ist, wird man davon ausgehen können, dass ihn diese Geschehnisse nachhaltig geprägt haben. Dies gilt umso mehr, als die nach seiner dienstlichen Erklärung außerordentlich umfangreiche Schiedsverfahren von den Beteiligten ein hohes Engagement abverlangt haben. Aus Sicht der Klägerin lässt dies befürchten, dass sich der Richter trotz des Zeitablaufs möglicherweise nicht vollständig von der in den Schiedsverfahren eingenommenen anwaltlichen Perspektive wird frei machen können, was letztlich die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigt.

19 3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten sind in dem Beschwerdeverfahren nicht angefallen, weil die sofortige Beschwerde nicht verworfen oder zurückgewiesen wurde (Nr. 1812 GKG-KV). Die außergerichtlichen Kosten der erfolgreichen Beschwerde gelten als Kosten des Rechtsstreits, über die erst mit dem Abschluss des Verfahrens zu entscheiden ist (KG, Beschluss vom 7. Februar 2007 – 15 W 2/07, NJOZ 2007, 5010; BeckOK ZPO/Vossler, 59. Ed. 1.12.2025, ZPO § 46 Rn. 11). Eine Zulassung der Rechtsbeschwerde kommt gemäß § 46 Abs. 2 Hs. 1 ZPO nicht in Betracht.