

## § 60 SGG [Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen, Anwendung der ZPO]

(Fassung vom 19.10.2013, gültig ab 25.10.2013)

(1) Für die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen gelten die §§ 41 bis 46 Absatz 1 und die §§ 47 bis 49 der Zivilprozeßordnung entsprechend.

(2) Von der Ausübung des Amtes als Richter ist auch ausgeschlossen, wer bei dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren mitgewirkt hat.

(3) Die Besorgnis der Befangenheit nach § 42 der Zivilprozeßordnung gilt stets als begründet, wenn der Richter dem Vorstand einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts angehört, deren Interessen durch das Verfahren unmittelbar berührt werden.

(4) (weggefallen)

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 29.04.2024

### Gliederung

A. Basisinformationen	Rn. 1
I. Textgeschichte/Gesetzgebungsmaterialien	Rn. 2
II. Parallelvorschriften	Rn. 6
III. Systematische Zusammenhänge	Rn. 15
IV. Ausgewählte Literaturhinweise	Rn. 19
B. Auslegung der Norm	Rn. 20
I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm	Rn. 21
II. Normzweck	Rn. 24
III. Voraussetzungen der Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen	Rn. 25
1. Gerichtspersonen	Rn. 25
2. Ausschließung	Rn. 31
a. Berufsrichter (§ 41 ZPO)	Rn. 33
b. Ehrenamtliche Richter	Rn. 49
c. Rechtspfleger	Rn. 52
d. Urkundsbeamte (§ 49 ZPO)	Rn. 53
3. Ablehnung	Rn. 54
a. Berufsrichter (§ 42 ZPO)	Rn. 55
b. Ehrenamtliche Richter	Rn. 81
c. Rechtspfleger	Rn. 83
d. Urkundsbeamte (§ 49 ZPO)	Rn. 84
IV. Verfahren der Ausschließung und Ablehnung	Rn. 85
1. Ausschließung	Rn. 85
a. Berufsrichter (§ 41 ZPO)	Rn. 85
b. Ehrenamtliche Richter	Rn. 91
c. Rechtspfleger	Rn. 92
d. Urkundsbeamte (§ 49 ZPO)	Rn. 93

2. Ablehnung von Richtern (§ 42 ZPO)	Rn. 94
a. Ablehnungsgesuch (§ 44 ZPO)	Rn. 98
b. Verlust des Ablehnungsrechts (§ 43 ZPO)	Rn. 117
c. Selbstablehnung (§ 48 ZPO)	Rn. 124
d. Wirkungen des Ablehnungsgesuchs	Rn. 128
e. Entscheidung über das Ablehnungsgesuch (§§ 45, 46, 48 ZPO)	Rn. 147
f. Insbesondere: Selbstentscheidung und ihre Grenzen	Rn. 163
g. Kosten	Rn. 173
h. Kein Rechtsmittel gegen Entscheidungen	Rn. 174
i. Anhörungsrüge (§ 178a SGG)	Rn. 180
j. Verfahrensaufsicht durch das BSG und das LSG	Rn. 186
3. Ablehnung von ehrenamtlichen Richtern	Rn. 203
4. Ablehnung von Rechtspflegern	Rn. 205
5. Ablehnung von Urkundsbeamten	Rn. 207
V. Rechtsfolgen der Ausschließung und Ablehnung	Rn. 209
1. Ausschließung	Rn. 209
2. Ablehnung	Rn. 211
VI. Rechtsfolgen unterbliebener Ausschließung und Ablehnung	Rn. 213
1. Ausschließung	Rn. 213
2. Ablehnung	Rn. 215
VII. Ausschließung und Ablehnung von Sachverständigen und Dolmetschern	Rn. 218
1. Sachverständige	Rn. 219
2. Dolmetscher	Rn. 223
VIII. Rechtstatsachen	Rn. 226
C. Praxishinweise	Rn. 229
I. Ablehnung lange vor der mündlichen Verhandlung	Rn. 229
II. Ablehnung kurz vor der mündlichen Verhandlung	Rn. 230
III. Ablehnungsgesuch in der mündlichen Verhandlung	Rn. 232
IV. Ablehnungsgesuch und Anhörungsrüge	Rn. 233
V. Tenorierungen	Rn. 236

## A. Basisinformationen

1 § 60 SGG regelt die Ausschließung und **Ablehnung von Gerichtspersonen** in sozialgerichtlichen Verfahren.

### I. Textgeschichte/Gesetzgebungsmaterialien

2 Die Vorschrift hat nur wenige **Änderungen** erfahren. Diese werden zeitlich absteigend von der letzten Änderung bis zur Bekanntmachung der Neufassung des SGG vom 23.09.1975<sup>1</sup> dargestellt.

<sup>1</sup> BGBl I 1975, 2535.

- 3** § 60 SGG gilt derzeit in der Fassung des Gesetzes zur Neuorganisation der bundesunmittelbaren Unfallkassen, zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und zur Änderung anderer Gesetze (BUK-Neuorganisationsgesetz – BUK-NUG) vom **19.10.2013**.<sup>2</sup> Durch dieses ist in § 60 Abs. 1 SGG für den Hinweis auf die entsprechende Geltung von Vorschriften der ZPO die Angabe „§§ 41 bis 49“ durch die Wörter „§§ 41 bis 46 Abs. 1 und die §§ 47 bis 49“ ersetzt worden. Der hierdurch bewirkte Ausschluss der entsprechenden Geltung auch von § 46 Abs. 2 ZPO mit seiner Regelung einer sofortigen Beschwerde diente zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten; Beschlüsse der Sozialgerichte über die Ablehnung von Gerichtspersonen können nach § 172 Abs. 2 SGG nicht mit der Beschwerde angefochten werden.<sup>3</sup>
- 4** Zuvor war § 60 SGG durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom **22.12.2011** geändert worden.<sup>4</sup> Erst durch dieses war für den Hinweis auf die entsprechende Geltung von Vorschriften der ZPO die Angabe „§§ 41 bis 49“ in § 60 Abs. 1 SGG eingefügt worden und waren die früheren Wörter „§§ 41 bis 44, 45 Abs. 2 Satz 2, §§ 47 bis 49“ ersetzt worden. Zudem war durch dieses Gesetz § 60 Abs. 1 Satz 2 SGG aufgehoben worden. Damit sollte erreicht werden, dass – wie in der ZPO und VwGO – die Entscheidung über die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen das Gericht trifft, dem der Abgelehnte angehört; zudem sollten Beschlüsse über die Ablehnung von Gerichtspersonen nicht mit der Beschwerde angefochten werden können.<sup>5</sup>
- 5** Durch das Siebente Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes (7. SGGÄndG) vom **09.12.2004**<sup>6</sup> war mit § 60 Abs. 4 SGG eine Sondervorschrift für die besonderen Spruchkörper der Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt worden, die aufgrund von Landesrecht dazu bestimmt werden konnten, in Angelegenheiten des SGB II, SGB XII und AsylbLG die Sozialgerichtsbarkeit auszuüben. Nach demselben Gesetz wurde diese Änderung am 01.01.2009 wieder aufgehoben.

## II. Parallelvorschriften

- 6** Vorschriften zur Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen in den verschiedenen Gerichtsbarkeiten enthalten auch die Prozessgesetze für diese Gerichtsbarkeiten.
- 7** Modellhaft regeln die **§§ 41-49 ZPO** die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen. Die entsprechende Geltung dieser Vorschriften wird in § 60 Abs. 1 SGG, der selbst keine vollständige Regelung zur Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen enthält, angeordnet.
- 8** Für das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit enthält **§ 6 FamFG** eine die entsprechende Geltung der §§ 41-49 ZPO anordnende Regelung.
- 9** Für die Gerichte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit enthält **§ 54 VwGO** eine weitgehend dem § 60 SGG entsprechende Regelung. § 60 SGG ist § 54 VwGO nachgebildet.
- 10** Für die Gerichte der Finanzgerichtsbarkeit enthält **§ 51 FGO** eine weitgehend dem § 60 SGG entsprechende Regelung.

<sup>2</sup> BGBl I 2013, 3836.

<sup>3</sup> Gesetzesbegründung in BT-Drs. 17/12297, S. 39.

<sup>4</sup> BGBl I 2011, 3057.

<sup>5</sup> Gesetzesbegründung in BT-Drs. 17/6764, S. 27.

<sup>6</sup> BGBl I 2004, 3302.

- 11 Für die Gerichte für Arbeitssachen regeln die **§§ 49, 64 Abs. 7 i.V.m. §§ 49 Abs. 1 und 3, 72 Abs. 6 i.V.m. § 49 Abs. 1 ArbGG** die Ablehnung von Gerichtspersonen. Die Ausschließung von Gerichtspersonen bestimmt sich nach den Vorschriften der ZPO, auf deren entsprechende Geltung für die Verfahren aller arbeitsgerichtlichen Instanzen verwiesen wird (§§ 46 Abs. 2 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1, 72 Abs. 5 ArbGG).
- 12 Eine eigenständige Vollregelung zur Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen enthalten die **§§ 22-31 StPO**. Hier wird nicht auf die entsprechende Geltung von Vorschriften der ZPO verwiesen.
- 13 Für das BVerfG enthält **§ 18 BVerfGG** eine Regelung zur Ausschließung von der Ausübung des Richteramts und **§ 19 BVerfGG** eine Regelung zur Ablehnung und Selbstablehnung eines Richters des BVerfG.
- 14 Die Sicherung der unparteilichen und unbefangenen Wahrnehmung von Entscheidungszuständigkeiten ist ein Thema nicht nur für die Gerichte, sondern auch für die Verwaltung. Für das Sozialverwaltungsverfahren enthalten **§§ 16 und 17 SGB X** Vorschriften über ausgeschlossene Personen und die Besorgnis der Befangenheit, die weitgehend **§§ 20 und 21 VwVfG** entsprechen. Für das Verwaltungsverfahren der Finanzbehörden enthalten **§§ 82-84 AO** entsprechende Vorschriften.

### III. Systematische Zusammenhänge

- 15 Zwar ist § 60 SGG die Zentralvorschrift für das sozialgerichtliche Verfahren zur Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen. Doch enthält sie insoweit keine vollständige Regelung. Vielmehr ist in § 60 Abs. 1 SGG die **entsprechende Geltung der §§ 41-46 Abs. 1 ZPO und der §§ 47-49 ZPO** angeordnet. Ohne den hierdurch begründeten systematischen Zusammenhang mit den Vorschriften in der ZPO lässt sich § 60 SGG weder verstehen noch anwenden.
- 16 Verstehen und anwenden lassen sich alle einfachgesetzlichen Vorschriften zur Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen nicht ohne ihren **verfassungsrechtlichen Hintergrund**. Denn sie dienen der verfahrensrechtlichen Absicherung des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter nach **Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG**. Dieses gewährleistet nicht nur, dass der zur Entscheidung berufene Richter von vornherein generell-abstrakt so eindeutig wie möglich bestimmt sein muss, sondern auch, dass der Richter als nichtbeteiligter Dritter den Streit der Beteiligten in Distanz und Neutralität entscheidet.<sup>7</sup>
- 17 Weil das prozessuale Recht auf den gesetzlichen und unvoreingenommenen Richter allen Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens zusteht und es auch einen objektiven Verfahrensgrundsatz darstellt, hat das BVerfG hieraus die grundrechtsdogmatische und verfassungsprozessuale Konsequenz gezogen, dass sich auch die an sich – mit Blick auf materielle Grundrechte – nicht grundrechtsfähigen Beteiligten auf das Prozessgrundrecht nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG berufen und dieses mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzen können. Demnach können **sowohl juristische Personen des öffentlichen Rechts als auch nach dem SGG beteiligtenfähige Behörden** ihren Anspruch auf den gesetzlichen, unvoreingenommenen Richter vor dem BVerfG durchsetzen.<sup>8</sup> Entsprechendes gilt für das Ablehnungsverfahren nach § 60 SGG.

<sup>7</sup> Zur Unparteilichkeit als Bestandteil der Garantie des gesetzlichen Richters in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG BVerfG v. 22.03.2018 - 2 BvR 780/16 - juris Rn. 47 ff., 69 f., 108 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG v. 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 - juris Rn. 52 ff.

- 18 Das Recht auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter gehört auch zum Kernbestand des Rechts auf ein faires Verfahren nach **Art. 6 EMRK** und hat seine normative Ausprägung in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK erfahren.<sup>9</sup>

## IV. Ausgewählte Literaturhinweise

- 19 *Käßner*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausschluss und zur Ablehnung seiner Mitglieder nach §§ 18, 19 BVerfGG, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern*, Band 4, 2017, S. 3; *Meinert*, *Befangenheit im Rechtsstreit*, 2015; *Schmitt*, *Die Garantie des gesetzlichen Sozialrichters*, SGB 2015, 662.
- 19.1 *Marquardt*, *Befangenheit durch richterliche Hinweise*, DRiZ 2023, 224.  
*Aktualisierung vom 28.06.2023*
- 19.2 *Wolff*, *Befangenheitsanträge im sozialgerichtlichen Verfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Festschrift Rainer Schlegel – *Die Zukunft des Rechts- und Sozialstaats*, 2024, S. 233.  
*Aktualisierung vom 29.04.2024*

!

!

## B. Auslegung der Norm

- 20 Die Auslegung der Norm hat in den Blick zu nehmen sowohl den systematischen Zusammenhang mit den Vorschriften in der ZPO zur Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen als auch den verfassungsrechtlichen Hintergrund der einfachgesetzlichen Vorschriften in der ZPO wie im SGG zur Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

### I. Regelungsgehalt und Bedeutung der Norm

- 21 § 60 SGG leitet die Vorschriften des SGG zum Verfahren ein. Als allgemeine Verfahrensvorschrift gilt § 60 SGG für **alle Verfahrensarten aller Instanzen** der Sozialgerichtsbarkeit.
- 22 Indes regelt § 60 SGG nicht selbst vollständig die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen. Vielmehr ordnet § 60 Abs. 1 SGG insoweit die **entsprechende Geltung von Vorschriften der ZPO** an. Die Regelungen zur Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen sind deshalb nicht im Einzelnen dem SGG, sondern den §§ 41-46 Abs. 1 ZPO und §§ 47-49 ZPO zu entnehmen.
- 23 Nur ergänzende Vorschriften enthalten § 60 Abs. 2 und 3 SGG. § 60 Abs. 2 SGG verknüpft das gerichtliche Verfahren mit dem vorausgegangenen Verwaltungsverfahren und § 60 Abs. 3 SGG verknüpft das Richteramt mit einem Amt in der Verwaltung.

### II. Normzweck

- 24 Ebenso wie die Vorschriften der ZPO, deren entsprechende Geltung angeordnet wird, dient § 60 SGG der **Sicherung und Durchsetzung des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs** der Verfahrensbeteiligten auf eine unparteiliche und unbefangene Amtsausübung der Gerichtspersonen.

<sup>9</sup> Vgl. zum Regelungsgehalt dieses Konventionsrechts EGMR v. 23.04.2015 - 29369/10 (deutsche Übersetzung in NJW 2016, 1563). Zur Übereinstimmung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG mit denen aus Art. 6 Abs. 1 EMRK BVerfG v. 22.03.2018 - 2 BvR 780/16 - juris Rn. 71 ff.

sonen. Ohne dass dieser normative **Anspruch** im Gerichtsalltag zur **Wirklichkeit** wird, wird es keine Akzeptanz richterlicher Entscheidungen weder durch die Beteiligten noch die Öffentlichkeit geben.<sup>10</sup>

### III. Voraussetzungen der Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen

#### 1. Gerichtspersonen

- 25** Gerichtspersonen sind **Berufsrichter, ehrenamtliche Richter und Rechtspfleger sowie Urkundsbeamte**.
- 26** **Berufsrichter**, deren Rechtsstellung durch das DRiG geregelt wird, sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (§ 25 DRiG).
- 27** **Ehrenamtliche Richter** (§§ 44 ff. DRiG) sind in gleichem Maße wie Berufsrichter unabhängig (§ 45 Abs. 1 Satz 1 DRiG).
- 28** **Rechtspfleger** sind keine Richter, aber auch sie sind sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden (§ 9 RPfIG). Mit den Aufgaben eines Rechtspflegers können unter den Voraussetzungen des § 2 RPfIG Beamte des Justizdienstes betraut werden.
- 29** **Urkundsbeamte der Geschäftsstelle** sind sonstige Gerichtspersonen, denen in dieser Eigenschaft durch das SGG Aufgaben zugewiesen sind (z.B. §§ 73a, 134, 137, 138, 142, 189, 197 SGG).
- 30** **Keine** Gerichtspersonen sind **Sachverständige** (Rn. 219) **und Dolmetscher** (Rn. 223). Für sie finden die für Berufsrichter geltenden Vorschriften weithin entsprechende Anwendung.

#### 2. Ausschließung

- 31** Die Ausschließung von Gerichtspersonen ist deren Ausschluss von der Ausübung ihres Amtes **in einem bestimmten Verfahren** (§ 41 ZPO: „in Sachen“). Die Ausschließung knüpft an **objektive Umstände** an und wirkt **kraft Gesetzes**. Es ist nicht darüber zu entscheiden, ob im konkreten Einzelfall die Besorgnis der Befangenheit begründet ist. Liegt ein gesetzlich geregelter Ausschlussgrund vor, ist die Gerichtsperson ausgeschlossen. Dies ist von Amts wegen zu beachten. Die Beteiligten können hierauf nicht verzichten.
- 32** Die Ausschließung von der Ausübung des Richteramts in einem bestimmten Verfahren ist zu unterscheiden von der Ausschließung vom Amt des Richters. Ausschlussgründe insoweit regeln für Berufsrichter das DRiG und für ehrenamtliche Richter zudem § 17 SGG.
- a. Berufsrichter (§ 41 ZPO)**
- 33** Berufsrichter sind von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 1 ZPO** in Verfahren, in denen sie selbst Beteiligter sind oder bei denen sie zu einem Beteiligten im Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen stehen.
- 34** Sie sind nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 2 ZPO** ausgeschlossen in Verfahren ihres Ehegatten, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, und nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 2a ZPO** in Verfahren ihres Lebenspartners, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht. Der Ausschluss gilt für Verfahren, in denen der Ehegatte oder Lebenspartner selbst Beteiligter ist oder zu einem Beteiligten im Verhältnis eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regresspflichtigen

<sup>10</sup> Zu diesem Zusammenhang *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Erkenntnisverfahren, 2014, S. 319 f.

steht (§ 41 Nr. 2 und 2a i.V.m. Nr. 1 ZPO).<sup>11</sup> Von diesen Ausschlussgründen nicht erfasst werden Partner in eheähnlichen oder lebenspartnerschaftsähnlichen Lebensgemeinschaften. Insoweit kann indes eine Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit in Betracht kommen.

- 35** Berufsrichter sind nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 3 ZPO** ausgeschlossen in Verfahren einer Person, mit der sie in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert sind oder waren. Wann Verwandtschaft in diesem Sinne vorliegt, ergibt sich aus § 1589 BGB, und wann Schwägerschaft vorliegt, aus § 1590 BGB. Verwandtschaft oder Schwägerschaft im Verhältnis zu einer Person, die in einem Verfahren für einen Beteiligten auftritt, genügt nicht. Insoweit kann indes eine Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit in Betracht kommen.
- 36** Diese an einem konkreten persönlichen Beteiligtsein in einem konkreten Verfahren anknüpfenden gesetzlichen Ausschlussgründe lassen sich nicht verallgemeinern und nicht ausweiten. Die Aufzählung der Ausschlussgründe in § 41 ZPO ist **abschließend**.<sup>12</sup> Das bloße allgemeine Interesse des Richters am Verfahren und an dessen Ausgang, etwa wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe, ist danach kein Ausschlussgrund vom Verfahren. Es kann aber bei einem Hinzutreten weiterer Umstände einen Ablehnungsgrund wegen der Besorgnis der Befangenheit darstellen.<sup>13</sup> Diese zusätzlichen Umstände müssen in der Person des abgelehnten Richters liegen und dessen Unparteilichkeit berühren können.<sup>14</sup>
- 37** Berufsrichter sind nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 4 ZPO** ausgeschlossen in Verfahren, in denen sie als Prozessbevollmächtigter oder Beistand eines Beteiligten bestellt oder als gesetzlicher Vertreter eines Beteiligten aufzutreten berechtigt sind oder gewesen sind.
- 38** Sie sind nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 5 ZPO** ausgeschlossen in Verfahren, in denen sie als Zeuge oder Sachverständiger vernommen sind. Eine bloße Benennung als Zeuge oder Sachverständiger genügt nicht.<sup>15</sup>
- 39** Berufsrichter sind nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 6 ZPO** ausgeschlossen in Verfahren, in denen sie in einem früheren Rechtszug oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei dem Erlass der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt haben, sofern es sich nicht um die Tätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt. Dieser Ausschließungsgrund soll verhindern, dass in einem mehrinstanzlichen Verfahren ein Richter in einer höheren Instanz bei der Nachprüfung der angefochtenen vorinstanzlichen Entscheidung mitwirkt, der an dieser Entscheidung in einer unteren Instanz mitgewirkt hat.<sup>16</sup> Daran fehlt es, wenn ein Richter (BSG) in derselben Sache zwar in einem früheren Rechtszug (SG), aber nicht bei der angefochtenen Entscheidung (LSG) mitgewirkt hat.<sup>17</sup> Der Ausschluss gilt nur für den Richter selbst, erfasst aber nicht Ehegatten oder Lebenspartner des Richters.<sup>18</sup> Insoweit kann indes eine Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit in Betracht kommen.

<sup>11</sup> Vgl. BSG v. 19.06.1996 - 9 RV 15/94 - juris Rn. 13.

<sup>12</sup> BGH v. 18.12.2014 - IX ZB 65/13 - juris Rn. 9.

<sup>13</sup> Vgl. für das Verfahren vor dem BVerfG *Käßner* in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* - erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Band 4, 2017, S. 3, 20 f.

<sup>14</sup> Zu diesem Erfordernis zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs zwischen Ausschließung und Ablehnung – für das Verfahren vor dem BVerfG – BVerfG v. 24.04.2018 - 1 BvR 745/17 - juris Rn. 14 f.

<sup>15</sup> BVerfG v. 06.11.2013 - 3 PKH 4/13 - juris Rn. 7.

<sup>16</sup> BVerfG v. 30.06.2003 - 4 BN 35/03 - juris Rn. 10.

<sup>17</sup> Vgl. BGH v. 24.07.2012 - II ZR 280/11.

<sup>18</sup> BSG v. 19.06.1996 - 9 RV 15/94 - juris Rn. 13.

- 40** Keine zur Ausschließung führende Mitwirkung in einem früheren Rechtszug nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO liegt vor bei einer erneuten Mitwirkung nach einer Aufhebung und **Zurückverweisung**, weil durch die Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache dieselbe Instanz wiedereröffnet wird und die Mitwirkung an Entscheidungen derselben Instanz nicht von § 41 Nr. 6 ZPO umfasst ist.<sup>19</sup> Keine zur Ausschließung führende Mitwirkung liegt auch vor, wenn ein Richter in einem **Wiederaufnahmeverfahren** zu entscheiden hat, ob ein Verfahren, an dem er mitgewirkt hat, wieder aufzunehmen ist. Denn dies ist nicht die Mitwirkung „in einem früheren Rechtszug“, dieser ist vielmehr abgeschlossen.<sup>20</sup> Ebenfalls nicht zur Ausschließung führt es, wenn Richter an einer der angefochtenen Entscheidung vorausgegangenen **Zwischenentscheidung** nicht in der unteren, sondern in der auch für das Rechtsmittel in der Hauptsache zuständigen Instanz mitgewirkt haben.<sup>21</sup> Ein Richter ist auch nicht nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO kraft Gesetzes von der Entscheidung über eine **Nichtigkeitsklage** ausgeschlossen, wenn er an dem der Nichtigkeitsklage vorangegangenen Urteil mitgewirkt hat.<sup>22</sup>
- 41** Berufsrichter sind nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 7 ZPO** ausgeschlossen in Verfahren wegen überlanger Verfahrensdauer, wenn sie in dem beanstandeten Verfahren in einem Rechtszug mitgewirkt haben, auf dessen Dauer der Entschädigungsanspruch gestützt wird. Mit den Verfahren wegen überlanger Verfahrensdauer ist Bezug genommen auf den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren (§ 202 Satz 2 SGG i.V.m. §§ 198 ff. GVG). Anknüpfungspunkt für die Ausschließung ist allein die Mitwirkung in einem als unangemessen lang beanstandeten Verfahren in einem bestimmten Rechtszug, nicht in diesem im Rechtszug vorausgegangenen oder nachfolgenden Verfahren, die unbeanstandet sind.<sup>23</sup>
- 42** Nach dem Grundgedanken des § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 Nr. 7 ZPO soll kein Richter ein von ihm geführtes Ausgangsverfahren im Entschädigungsprozess überprüfen dürfen. Diesen Mitwirkungsausschluss hat das BSG mit Blick auf ein beanstandetes Berufungsverfahren konkretisiert. Danach genügt grundsätzlich für eine **zum Ausschluss im Entschädigungsverfahren führende Mitwirkung im beanstandeten Verfahren** jede tatsächliche Befassung mit der Sache im Ausgangsverfahren, nicht hingegen die bloße Zugehörigkeit zum Spruchkörper, dessen Tätigkeit in Rede steht: Dass jedwede tatsächliche richterliche Befassung mit der Ausgangssache genügt, gleich welchen Umfangs, folgt auch aus dem Vergleich des § 41 Nr. 7 ZPO mit dem § 41 Nr. 6 ZPO, der eine Mitwirkung beim Erlass der Entscheidung verlangt. § 41 Nr. 7 ZPO erfasst weitergehend alle Mitwirkungshandlungen während der Dauer des als überlang gerügten Rechtszuges. Hierfür genügt indes nicht bereits eine bloße Spruchkörperzugehörigkeit. Vielmehr bedarf es einer sachbezogenen Mitwirkung oder zumindest der Befugnis und der Möglichkeit zum Eingreifen in der Sache.<sup>24</sup>
- 43** Dieser an ein weites Verständnis von Mitwirkung im als überlang beanstandeten Verfahren anknüpfende Ausschluss im Entschädigungsverfahren kann dazu führen, dass im Einzelfall einer Entschädigungsklage **alle Richter** eines LSG von der Mitwirkung ausgeschlossen sind und das Gericht deshalb an der Ausübung der Gerichtsbarkeit rechtlich verhindert ist. Das BSG hat sodann

<sup>19</sup> BSG v. 12.10.2015 - B 11 AL 4/15 B - juris Rn. 6.

<sup>20</sup> BVerwG v. 30.06.2003 - 4 BN 35/03 - juris Rn. 10.

<sup>21</sup> BSG v. 30.11.2006 - B 9a SB 14/06 B.

<sup>22</sup> BFH v. 22.05.2019 - IV B 11/18 - juris Rn. 11.

<sup>23</sup> BSG v. 05.05.2015 - B 10 ÜG 5/14 R - juris Rn. 11.

<sup>24</sup> BSG v. 07.09.2017 - B 10 ÜG 1/16 R - juris Rn. 14 ff.



auf Vorlage des rechtlich verhinderten LSG nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 SGG ein zuständiges LSG zu bestimmen.<sup>25</sup> Das BSG hat auf Vorlage eines LSG nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 SGG ein anderes zuständiges LSG auch dann zu bestimmen, wenn zwar nicht alle Richter des vorlegenden LSG von der Mitwirkung an einer Entschädigungsklage ausgeschlossen sind, aber die durch § 33 Abs. 1 SGG vorgesehene Besetzung eines Senats mit einem Vorsitzenden und zwei weiteren Berufsrichtern nicht mehr gewährleistet ist.<sup>26</sup>

- 44** Berufsrichter sind nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. **§ 41 Nr. 8 ZPO** ausgeschlossen in Verfahren, in denen sie an einem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt haben. Mit dem Mediationsverfahren oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ist Bezug genommen auf § 278a ZPO, der nach § 202 Satz 1 SGG auch im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet.
- 45** Hiervon zu unterscheiden ist zwar das Verfahren vor dem Güterichter nach § 278 Abs. 5 ZPO, der nach § 202 Satz 1 SGG ebenfalls im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet. Trotz dieser Unterscheidung gilt der Ausschlussgrund des **§ 41 Nr. 8 ZPO auch für den Güterichter**, ohne dass dies eine unzulässige Erweiterung dieses Ausschlussgrundes ist.<sup>27</sup> Auch wer im Verfahren vor dem Güterichter in dieser Funktion an der Konfliktbeilegung mitgewirkt hat, ist anschließend von der Ausübung des Richteramts im Verfahren der Beteiligten ausgeschlossen. Denn dass nach § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO der Güterichter nicht zur Entscheidung befugt ist, ist keine Vorgabe nur für das Güteverfahren selbst, für das sich dies von selbst versteht, sondern ergibt Sinn erst für die Befugnis zur Entscheidung, wenn der Güteversuch scheitert.<sup>28</sup> Hierzu ist es keine sachgerechte Alternative, den (früheren) Güterichter und die Beteiligten im Anschluss an das gescheiterte Güteverfahren auf die Möglichkeit der Ablehnung und Selbstablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit zu verweisen.<sup>29</sup>
- 46** Von der Ausübung des Amtes als Richter sind nach **§ 60 Abs. 2 SGG** auch Berufsrichter ausgeschlossen, die bei dem **Verwaltungsverfahren**, das dem gerichtlichen Verfahren vorausgegangen ist, mitgewirkt haben. Vorausgegangen in diesem Sinne ist das Verwaltungsverfahren, in dem die im gerichtlichen Verfahren angefochtene Verwaltungsentscheidung ergangen ist. Mitwirkung in diesem Sinne ist jedes Tätigwerden in der Sache in diesem Verwaltungsverfahren, nicht nur der Erlass der angefochtenen Entscheidung.
- 47** Auch diese verfahrensbezogenen gesetzlichen Ausschlussgründe lassen sich nicht verallgemeinern und nicht ausweiten. Die Aufzählung der Ausschlussgründe in § 41 ZPO ist auch insoweit **abschließend**. Eine erweiternde Auslegung kommt wegen der grundrechtsgleichen Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in Betracht, denn wer nach § 41 ZPO nicht ausgeschlossen ist, ist der gesetzliche Richter.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Ein Beispiel: BSG v. 11.05.2018 - B 11 SF 5/18 S.

<sup>26</sup> Ein Beispiel: BSG v. 27.06.2019 - B 11 SF 7/19 S.

<sup>27</sup> A.A. *Jung* in: Roos/Wahrendorf/Müller, SGG, § 60 SGG Rn 19; *Keller* in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 60 SGG Rn. 4h.

<sup>28</sup> Ebenso *Vollkommer* in: Zöller, ZPO, § 41 ZPO Rn. 13.

<sup>29</sup> So aber *Greger* in: Zöller, ZPO, § 278 ZPO Rn. 30; VG Göttingen v. 27.10.2014 - 2 B 986/13, 2 A 717/13, 2 A 851/13, 2 A 1002/13 - juris Rn. 4 f.

<sup>30</sup> BGH v. 18.12.2014 - IX ZB 65/13 - juris Rn. 9.

48 Von diesen Ausschlussgründen nicht erfasst ist die Mitwirkung von Richtern an der Entscheidung in der Hauptsache, wenn sie mit der Sache bereits in einem vorangegangenen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes befasst waren. Hiergegen ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern.<sup>31</sup>

#### b. Ehrenamtliche Richter

49 Die Ausschlussgründe für Berufsrichter (Rn. 33) nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 ZPO und nach § 60 Abs. 2 SGG gelten auch für ehrenamtliche Richter. Weil diese in der Regel im Berufsleben stehen und ihren Beruf auch bei einem Beteiligten ausüben können, kann es insbesondere mit Blick auf § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 Nr. 4 ZPO eingehender Prüfungen bedürfen.<sup>32</sup>

50 Diesen auf die Mitwirkung in einem bestimmten Verfahren bezogenen Ausschlussgründen fügt § 17 SGG nichts hinzu, denn diese Vorschrift regelt die Ausschließung vom Amt des ehrenamtlichen Richters. Auch soweit diese Vorschrift einen Bezug zur Zuständigkeit von Spruchkörpern hat (§ 17 Abs. 3 und 4 SGG), ist Bezug nicht auf ein bestimmtes Verfahren genommen. Nur den Ausschluss von der Ausübung des Richteramts insoweit regeln indes § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 ZPO und § 60 Abs. 2 SGG.

51 Nach §§ 40 Satz 3, 46 Abs. 4 SGG auf Vorschlag der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände berufene, in Angelegenheiten der Sozialhilfe, der Eingliederungshilfe und des AsylbLG (§ 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG) am BSG mitwirkende ehrenamtliche Richter sind nach § 17 Abs. 3 SGG von dieser Mitwirkung **nicht ausgeschlossen** und sie sind auch nicht befangen allein deshalb, wenn und weil sie aufgrund ihres Beschäftigungsverhältnisses **Bedienstete kommunaler Spitzenverbände** sind. Dies begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>33</sup>

#### c. Rechtspfleger

52 Für die Ausschließung und Ablehnung des Rechtspflegers sind die für den Richter geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (§ 10 Satz 1 RPflG).

#### d. Urkundsbeamte (§ 49 ZPO)

53 Nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 49 ZPO sind die Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen auf die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle entsprechend anzuwenden. Damit gelten auch für sie die Ausschlussgründe für Berufsrichter (Rn. 33) nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 ZPO und nach § 60 Abs. 2 SGG.

### 3. Ablehnung

54 Anders als die Ausschließung wirkt die Ablehnung von Gerichtspersonen **nicht kraft Gesetzes**. Hier bedarf es sowohl einer **Erklärung** – Ablehnungsgesuch durch Beteiligte oder Selbstablehnung durch Gerichtsperson – als auch einer gerichtlichen **Entscheidung**, ob die Besorgnis der Befangenheit begründet ist. Zwar knüpft auch die Ablehnung, wie die Ausschließung, an objektive Umstände an, hier treten indes **wertende Gesichtspunkte** hinzu.

#### a. Berufsrichter (§ 42 ZPO)

55 Berufsrichter können nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 42 Abs. 1 ZPO sowohl in den Fällen, in denen sie von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen sind, als auch wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

<sup>31</sup> BVerfG v. 02.10.2017 - 1 BvR 1574/17 - juris Rn. 11 ff.

<sup>32</sup> Vgl. BSG v. 09.02.2011 - B 6 KA 52/10 B - juris Rn. 6 ff.

<sup>33</sup> BVerfG v. 23.05.2018 - 1 BvR 2792/17.

**56** Die Ablehnung in den Fällen, in denen Berufsrichter von der Ausübung des Richteramts in einem bestimmten Verfahren kraft Gesetzes ausgeschlossen sind, sichert die Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgaben. Die Beteiligten erhalten die Möglichkeit, den **Ausschlussgrund als Ablehnungsgrund** geltend zu machen und so eine gerichtliche Entscheidung zu erzwingen. Die Berufsrichter erhalten die Möglichkeit, wegen des Vorliegens eines Ausschlussgrundes sich selbst abzulehnen und so eine gerichtliche Entscheidung zu erzwingen.

**57** Die Ablehnung wegen der **Besorgnis der Befangenheit** findet nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Wann diese Besorgnis der Befangenheit begründet ist und wann nicht, ist durch zahlreiche Entscheidungen aller Gerichte aller Gerichtsbarkeiten näher konturiert worden. Das kann und soll hier nicht im Einzelnen wiedergegeben werden.<sup>34</sup> Doch lassen sich Leitlinien formulieren.

#### aa. Maßstab für Besorgnis der Befangenheit

**58** **Maßstab** ist, ob ein am Verfahren Beteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des Richters zu zweifeln. Weder kommt es hierfür auf die subjektive Sicht des ablehnenden Beteiligten noch auf die des abgelehnten Richters an, sondern auf die neutrale Sichtweise eines verständigen Beteiligten. Es geht darum, bereits den „bösen Schein“ einer möglicherweise fehlenden Unvoreingenommenheit zu vermeiden.<sup>35</sup>

**59** Dieser Maßstab ist **streng** und muss streng sein deshalb, weil er einer Entscheidung zugrunde zu legen ist, die über die Besetzung des Gerichts und damit über den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG entscheidet. Dieser ist nicht nur dem ablehnenden Beteiligten verfassungsrechtlich garantiert, sondern auch den anderen Beteiligten. Deshalb bedarf es möglichst klarer, nicht allein auf subjektiven Wertungen beruhender Vorgaben.<sup>36</sup>

**60** Zugleich birgt der Maßstab aber auch insoweit ein Problem, weil er ohne **Wertungen** der Richter, die durch das Gesetz zur Entscheidung über das gegen andere Richter gerichtete Ablehnungsgesuch berufen sind, nicht auskommt. Denn was die neutrale Sichtweise des verständigen Beteiligten ist, bedarf der Bewertung durch die zur Entscheidung berufenen Richter. Hier hilft nur Offenlegung des verfassungsgerichtlich gebilligten Entscheidungsmaßstabs, Orientierung an den vorgebrachten Tatsachen und nachvollziehbare Begründung der im Rahmen des Bewertungsspielraums unvermeidbaren Wertungen.<sup>37</sup>

**60.1** Zum strengen Entscheidungsmaßstab für die Annahme einer Besorgnis der Befangenheit und zum – zurückgenommenen – verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab vgl. BVerfG v. 16.02.2023 - 1 BvR 1883/22. !

*Aktualisierung vom 31.03.2023*

#### bb. Besorgnis der Befangenheit ist begründet

**61** Was kann als gesicherter Bestand von Ablehnungsgründen gelten, die die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen? Einige **Beispiele**:

<sup>34</sup> Zur Bildung von Fallgruppen vgl. *Meinert*, Befangenheit im Rechtsstreit, 2015, Rn. 158 ff.; zu aktueller Rechtsprechung zur Befangenheit von Richtern vgl. *Grohmann/Grohmann*, DRiZ 2017, 60.

<sup>35</sup> Vgl. BVerfG v. 11.08.2009 - 2 BvR 343/09 - juris Rn. 11; BVerfG v. 25.07.2012 - 2 BvR 615/11 - juris Rn. 13; BVerfG v. 19.07.2016 - 2 BvC 46/14 - juris Rn. 18; BVerfG v. 13.02.2018 - 2 BvR 651/16 - juris Rn. 17 ff.

<sup>36</sup> Ebenso *Littmann* in: HK-SGG, § 60 SGG Rn. 2, 11; vgl. auch Bayerisches LSG v. 09.01.2017 - L 3 SF 290/16 AB, L 3 SF 291/16 AB - juris Rn. 14.

<sup>37</sup> Vgl. zur Kritik und Rechtfertigung des Entscheidungsmaßstabs *Meinert*, Befangenheit im Rechtsstreit, 2015, Rn. 147 ff. Für ein Beispiel einer ausdifferenzierten, eine Befangenheit bejahenden Begründung s. BGH v. 10.12.2019 - II ZB 14/19.

- 62** Die Besorgnis der Befangenheit gilt nach **§ 60 Abs. 3 SGG i.V.m. § 42 ZPO** stets als begründet, wenn der Richter dem Vorstand einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts angehört, deren Interessen durch das Verfahren unmittelbar berührt werden. Es handelt sich um eine gesetzlich unwiderlegbare Vermutung.<sup>38</sup>
- 63** Die Besorgnis der Befangenheit ist begründet, wenn im Einzelfall bereits bestimmte richterliche **Vorbereitungshandlungen** den Eindruck der Voreingenommenheit für einen Prozessbeteiligten bei vernünftiger Würdigung aller Umstände entstehen lassen können, auch wenn noch kein Verfahrensfehler vorliegt.<sup>39</sup>
- 64** Die Besorgnis der Befangenheit ist begründet, wenn der **Ehegatte oder Lebenspartner** des zur Entscheidung berufenen Richters einen Beteiligten des Verfahrens anwaltlich vertritt oder einer **Rechtsanwaltskanzlei** angehört, durch die ein Beteiligter vertreten wird.<sup>40</sup>
- 65** Diese Rechtsprechungslinie zur besonderen **Beziehung des Richters zu einem Prozessbeteiligten** hat der BGH bis dahin fortgeführt, dass ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit auch dann abgelehnt werden kann, wenn seine Ehegattin nicht als Rechtsanwältin, sondern als langjährig beschäftigte Sekretärin der Rechtsanwaltskanzlei angehört, die den Gegner vor diesem Richter vertritt, wenn aus der Sicht einer verständigen Prozesspartei unter Berücksichtigung der Umstände die Besorgnis besteht, dass der Prozessbevollmächtigte des Gegners auf die Ehefrau und diese wiederum auf den Richter unzulässig Einfluss nimmt.<sup>41</sup> Eine Fortführung dieser Rechtsprechungslinie ist es auch, dass die Besorgnis der Befangenheit begründet ist, wenn zwischen dem Ehegatten des abgelehnten Richters und einer Prozesspartei eine enge bzw. langjährige Freundschaft besteht.<sup>42</sup>
- 66** Eine grob unsachliche Einstellung des abgelehnten Richters gegenüber einem Beteiligten begründet die Besorgnis der Befangenheit wegen **Voreingenommenheit** des Richters. Sie kann sich ergeben auch aus Meinungsäußerungen außerhalb des unmittelbaren dienstlichen Umfelds, die eine innere Haltung des Richters eindeutig dokumentieren.<sup>43</sup> Hierfür können ggf. auch Meinungsäußerungen in wissenschaftlichem Kontext genügen, wenn diese der besonderen Ehrung eines Jubilars durch eine Festschrift dienen, der vom ablehnenden Kläger wegen Pflichtverletzung als Beklagter auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.<sup>44</sup> Und hierfür können ggf. auch Äußerungen zu konkreten Verfahren oder aktuellen Tagesfragen genügen, die Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sind oder mit großer Wahrscheinlichkeit werden können und in dem der abgelehnte Richter zur Entscheidung berufen ist. Insoweit bedarf es stets besonderer Zurückhaltung.<sup>45</sup>
- 67** Das Recht der Abwehr des voreingenommenen Richters hat sich erweitert zum Recht auf **Ablehnung des unaufmerksamen Richters**.<sup>46</sup> Private Telekommunikation während der mündlichen Verhandlung begründet die Besorgnis, dass der unaufmerksame Richter sich bereits festgelegt hat.

<sup>38</sup> Littmann in: HK-SGG, § 60 SGG Rn. 20.

<sup>39</sup> BVerfG v. 21.11.2018 - 1 BvR 436/17 - juris Rn. 20 ff.

<sup>40</sup> BGH v. 15.03.2012 - V ZB 102/11.

<sup>41</sup> BGH v. 21.06.2018 - I ZB 58/17.

<sup>42</sup> BGH v. 19.11.2020 - V ZB 59/20.

<sup>43</sup> BGH v. 12.01.2016 - 3 StR 482/15.

<sup>44</sup> BGH v. 07.11.2018 - IX ZA 16/17.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfG v. 12.01.2021 - 2 BvR 2006/15 - juris Rn. 20 ff.

<sup>46</sup> BGH v. 17.06.2015 - 2 StR 228/14.

**68** Eine auf **Willkür** beruhende fehlerhafte Rechtsanwendung vermag ebenfalls die Besorgnis der Befangenheit zu begründen.<sup>47</sup>

**cc. Besorgnis der Befangenheit ist unbegründet**

**69** Was kann, nach dem vorbeschriebenen strengen Maßstab, als gesicherter Bestand von Ablehnungsgründen gelten, die die Besorgnis der Befangenheit nicht rechtfertigen? Einige **Beispiele**:

**70** Das Vorbringen, ein Richter sei deshalb gegenüber dem ablehnenden Beteiligten voreingenommen, weil dieser jenen kritisiert habe, vermag eine Besorgnis der Befangenheit nicht zu begründen.

**Kritik** – selbst drastische Kritik – **an einem Richter** zu äußern, ist Ausdruck der freien Meinungsäußerung des ablehnenden Beteiligten. Durch sie kann indes nicht ohne weiteres die Befangenheit des kritisierten, dem ablehnenden Beteiligten unliebsamen Richters herbeigeführt werden.<sup>48</sup>

**71 Sympathie, Antipathie oder Gleichgültigkeit eines Richters** gegenüber Beteiligten sind kein zuverlässiges Anzeichen dafür, dass ein Richter entgegen seinem Richtereid – „ohne Ansehen der Person zu urteilen“ (§ 38 Abs. 1 DRiG) – voreingenommen entscheiden werde. Eine Besorgnis der Befangenheit ist hierdurch regelmäßig nicht begründet.<sup>49</sup>

**72** Eine **Vorbefassung** von Richtern begründet für sich genommen nicht die Besorgnis der Befangenheit. Dem Verfahrensrecht liegt die Erwartung zugrunde, dass ein Richter grundsätzlich auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantritt, wenn er bereits früher mit der Sache befasst war. Ausnahmen hiervon regelt das Gesetz in § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 Nr. 6 ZPO. Mit dieser gesetzlichen Ausnahmeregelung ist es nicht zu vereinbaren, wenn der bloße Umstand der Vorbefassung eines Richters mit der Sache geeignet wäre, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Es müssen vielmehr besondere zusätzliche Umstände hinzutreten, um in den Fällen der Vorbefassung die Besorgnis der Befangenheit zu begründen.<sup>50</sup>

**73** Richterliche Hinweise an die Beteiligten im Rahmen der dem Richter nach § 106 SGG abverlangten **Verfahrensführung** begründen keine Besorgnis der Befangenheit. Dies gilt auch dann, wenn diese Hinweise für einen Beteiligten mit Blick auf dessen Rechtsschutzbegehren nachteilig sind. Anderes kann nur im Einzelfall gelten bei Hinzutreten besonderer zusätzlicher Umstände.<sup>51</sup>

**74** Der Grat zwischen Gleichbehandlung der Beteiligten und Aufgabe der **Äquidistanz** zu ihnen ist indes schmal, wenn richterliche Hinweise und Anregungen die Behebung von Fehlern der Behörde betreffen. Einerseits sind bestimmte Fehler im vorangegangenen Verwaltungsverfahren noch im gerichtlichen Verfahren heilbar, andererseits ist verfassungsrechtlich eine Zurückhaltung der Gerichte bei der Mitwirkung hieran geboten.<sup>52</sup>

**75** Eine Besorgnis der Befangenheit ergibt sich nicht aus einem geltend gemachten **Verfahrensfehler** des abgelehnten Richters oder einer geltend gemachten **Unrichtigkeit** vom abgelehnten Richter getroffener Entscheidungen. Das Ablehnungsverfahren dient anders als die Rechtsmittelverfahren nicht der Verfahrens- oder Rechtskontrolle, sondern als Zwischenverfahren der Sicherung des

<sup>47</sup> Vgl. BVerfG v. 24.02.2009 - 1 BvR 165/09 - juris Rn. 14.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfG v. 19.07.2016 - 2 BvC 46/14 - juris Rn. 30 f.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfG v. 01.03.2016 - 2 BvB 1/13 - juris Rn. 20 (Ablehnung des Richters Müller).

<sup>50</sup> BSG v. 19.01.2010 - B 11 AL 13/09 C - juris Rn. 13. Dazu, dass diese zusätzlichen Umstände in der Person des abgelehnten Richters liegen und dessen Unparteilichkeit berühren können müssen, vgl. oben Rn. 36.1 und BVerfG v. 24.04.2018 - 1 BvR 745/17 - juris Rn. 14 f.

<sup>51</sup> Ebenso *Littmann* in: HK-SGG, § 60 SGG Rn. 15, 18.

<sup>52</sup> Zur Unterscheidung zwischen Hinweisen auf für das Verfahren maßgebliche rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte einerseits und einer Initiierung von Verfahren zur Fehlerheilung andererseits BVerwG v. 10.10.2017 - 9 A 16/16 und die Anmerkung hierzu von *Gärditz*, jM 2018, 30.

Anspruchs auf einen unvoreingenommenen Richter. Fehler des abgelehnten Richters vermögen – sofern nicht besondere weitere Umstände hinzutreten – keine Besorgnis der Befangenheit zu begründen.<sup>53</sup>

**76** Weder die Teilnahme von Richtern an wissenschaftlichen Veranstaltungen noch deren Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs begründen für sich die Besorgnis der Befangenheit, auch wenn in diesem Rahmen Themen besprochen und diskutiert werden, über die zu entscheiden der Richter zuständig ist. Allein aus der **Teilnahme am wissenschaftlichen Austausch** und der Äußerung von Rechtsauffassungen in diesem Rahmen folgt nicht, dass der Richter als Richter in der Sache festgelegt und nicht bereit ist, seine Meinung kritisch zu überprüfen und das Vorbringen der Beteiligten unvoreingenommen zur Kenntnis zu nehmen. Anderes gilt nur, wenn die Äußerung von Rechtsauffassungen Ausdruck einer unsachlichen oder willkürlichen Einstellung des Richters ist.<sup>54</sup>

**77** Bieten Richter für Sozialleistungsträger, Leistungserbringer, Verbände oder Rechtsanwälte **Schulungen** an, in deren Rahmen Themen erörtert werden, über die zu entscheiden der Richter zuständig ist, begründet dies allein nicht die Besorgnis der Befangenheit, selbst wenn diese Schulungen vergütet werden. Indes ist hier **Fingerspitzengefühl** erforderlich. Regelmäßige Schulungen immer nur für eine Seite an sozialgerichtlichen Verfahren Beteiligten, erst recht bei hoher Vergütung, können Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Richters gegenüber und bei der anderen Seite aufkommen lassen.<sup>55</sup>

#### dd. Grenzfälle

**78** Eine **instanzenübergreifende Richterehe** kann nach der Rechtsprechung des BSG im Rechtsmittelverfahren Grund zur Richterablehnung sein.<sup>56</sup> Dieses „kann“ ist zu schwach. Hat ein Richter am Rechtsmittelgericht über eine mit einem Rechtsmittel angefochtene Entscheidung seines Ehegatten oder Lebenspartners zu entscheiden, ist die Besorgnis der Befangenheit begründet. Dies gilt auch, wenn ein Richter über die Frage der (un-)angemessenen Dauer eines Gerichtsverfahrens, in dem sein Ehegatte oder Lebenspartner als Richter mitgewirkt hat, im Rahmen des Rechtsschutzes bei überlangen Gerichtsverfahren (§ 198 GVG) zu entscheiden hat.<sup>57</sup>

**78.1** Wie hier in der Tendenz nunmehr auch BGH v. 09.02.2023 - I ZR 142/22: Die Besorgnis der Befangenheit ist begründet, wenn der abgelehnte Richter als Mitglied des Revisionsgerichts im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde gegen einen Beschluss zu entscheiden hat, mit dem das Berufungsgericht die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil durch einstimmigen Beschluss zurückgewiesen hat, und an diesem Beschluss die Ehefrau des abgelehnten Richters als Berufungsrichterin mitgewirkt hat. !

*Aktualisierung vom 10.03.2023*

**79** Das **Tragen religiöser Symbole** durch den Richter kann die Besorgnis seiner Befangenheit begründen. Angesichts der grundrechtlichen Absicherung der Religionsfreiheit und der religiös pluralen Gesellschaft in Deutschland, in der diese Freiheit und das Richteramt ausgeübt werden, vermag indes das bloße Tragen persönlicher religiöser Symbole durch Richter auch im Rahmen ihrer Amtsausübung ohne das Hinzutreten besonderer weiterer Umstände nicht bereits die Besorg-

<sup>53</sup> BSG v. 31.08.2015 - B 9 V 26/15 B - juris Rn. 15; BSG v. 21.09.2017 - B 13 R 230/17 B - juris Rn. 13 f.

<sup>54</sup> BGH v. 13.01.2016 - VII ZR 36/14 - juris Rn. 10 ff.; für strengere Maßstäbe plädieren *Schwab/Hawickenbrauck*, JZ 2019, 77.

<sup>55</sup> Vgl. für ein Beispiel an Ausgewogenheit SG Cottbus v. 23.03.2016 - S 30 SF 380/16 AB - juris Rn. 9 ff. Entsprechend differenzierend mit einer eingehenden Begründung BVerwG v. 11.09.2018 - 9 A 2/18.

<sup>56</sup> BSG v. 24.11.2005 - B 9a VG 6/05 B; a.A. BGH v. 20.10.2003 - II ZB 31/02; BGH v. 26.08.2015 - III ZR 170/14. Zu dieser Differenz *Vollkommer*, MDR 2016, 49.

<sup>57</sup> Vgl. Sächsisches LSG v. 29.06.2020 - L 11 SF 90/20 AB.

nis der Befangenheit zu begründen. Aktualität gewonnen hat dieses Thema durch die Frage, ob Richterinnen ein **Kopftuch** tragen dürfen.<sup>58</sup> Sie stellt sich indes auch, wenn Richter sichtbar ein **Kreuz** tragen. Dem bloßen Tragen religiöser Symbole begegnen zu wollen, ist deshalb nicht das Geschäft ablehnender Beteiligter in gerichtlichen Verfahren, sondern das des Gesetzgebers.<sup>59</sup>

**80** Der Bundesgesetzgeber hat sich dieses Themas in einem ersten Zugriff angenommen, ohne indes bereits auch das Tragen eines religiös konnotierten Kopftuchs im Bereich der Justiz explizit zu regeln.<sup>60</sup> Fragen dieser Art werden die **Rechtsprechung in einer multireligiös gewordenen Gesellschaft eines säkularen Staates** weiter beschäftigen – auch, aber bei Weitem nicht nur mit Blick auf die Prüfung, ob eine Besorgnis der Befangenheit von Richterinnen und Richtern besteht.<sup>61</sup>

#### **b. Ehrenamtliche Richter**

**81** Auch ehrenamtliche Richter können wie Berufsrichter (Rn. 55) nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 42 Abs. 1 ZPO sowohl in den Fällen, in denen sie von der Ausübung des Amtes des ehrenamtlichen Richters kraft Gesetzes ausgeschlossen sind, als auch wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.<sup>62</sup>

**82** Nach §§ 40 Satz 3, 46 Abs. 4 SGG auf Vorschlag der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände berufene, in Angelegenheiten der Sozialhilfe, der Eingliederungshilfe und des AsylbLG (§ 51 Abs. 1 Nr. 6a SGG) am BSG mitwirkende ehrenamtliche Richter sind nach § 17 Abs. 3 SGG von dieser Mitwirkung nicht ausgeschlossen und sie sind auch **nicht befangen** allein deshalb, wenn und weil sie aufgrund ihres Beschäftigungsverhältnisses **Bedienstete kommunaler Spitzenverbände** sind. Dies begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>63</sup>

#### **c. Rechtspfleger**

**83** Für die Ausschließung und Ablehnung des Rechtspflegers sind die für den Richter geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden (§ 10 Satz 1 RPfIG).

#### **d. Urkundsbeamte (§ 49 ZPO)**

**84** Nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 49 ZPO sind die Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen auf die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle entsprechend anzuwenden. Damit können auch sie wie Berufsrichter (Rn. 55) nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 42 Abs. 1 ZPO sowohl in den Fällen, in denen sie von der Ausübung ihres Amtes kraft Gesetzes ausgeschlossen sind, als auch wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

<sup>58</sup> Zu unterschiedlichen Antworten auf die Frage, ob ein Kopftuchverbot für Richterinnen auf der Richterbank zulässig ist, vgl. – bejahend – *Eckertz-Höfer*, DVBl 2018, 537, und – verneinend – *Payandeh*, DÖV 2018, 482. Zum Kopftuchverbot für Richterinnen mit einem Plädoyer für die Aufrechterhaltung der Allgemeinheit der Grundrechtsdogmatik *Sinder*, Der Staat 2018, 459, die überzeugend für eine konkret-individuelle Bewertung des Tragens eines Kopftuchs und die Anwendung der prozessualen Regelungen zur Befangenheit statt eines abstrakt-generellen Verbots streitet. Vgl. zur europarechtlichen Dimension des Themas Arbeitswelt und islamisches Kopftuch vgl. EuGH v. 14.03.2017 - C-157/15; EuGH v. 14.03.2017 - C-188/15.

<sup>59</sup> Zum Tragen eines Kopftuchs durch eine Rechtsreferendarin vgl. VG Augsburg v. 30.06.2016 - Au 2 K 15.457; BayVG v. 07.03.2018 - 3 BV 16.2040; BVerwG v. 12.11.2020 - 2 C 5/19; Hessischer VG v. 23.05.2017 - 1 B 1056/17; BVerfG v. 27.06.2017 - 2 BvR 1333/17 und BVerfG v. 14.01.2020 - 2 BvR 1333/17.

<sup>60</sup> Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften vom 08.06.2017, BGBl I 2017, 1570.

<sup>61</sup> Zum Verhältnis von säkularem Staat und Religion *Dreier*, Staat ohne Gott. Religion in der säkularen Moderne, 2. Aufl. 2018.

<sup>62</sup> Erfasst hiervon werden auch die Ausschlussgründe des § 17 SGG; vgl. dazu *Littmann* in: HK-SGG, § 60 SGG Rn. 10.

<sup>63</sup> BVerfG v. 23.05.2018 - 1 BvR 2792/17.

## IV. Verfahren der Ausschließung und Ablehnung

### 1. Ausschließung

#### a. Berufsrichter (§ 41 ZPO)

- 85** Ein eigenständiges Verfahren, wie der Ausschluss kraft Gesetzes zu seiner Wirkung kommt, sieht § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 41 ZPO nicht vor.
- 86** Das naheliegendste Mittel zur Durchsetzung der Ausschließung ist, dass Berufsrichter vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes **Anzeige** machen und so entweder den Beteiligten die Möglichkeit der **Ablehnung** eröffnen oder sich selbst ablehnen. Dann ist über das Vorliegen des Ausschlussgrundes gerichtlich zu entscheiden.
- 87** Fehlt es an einer solchen Anzeige, verpflichtet § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 48 ZPO das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht zur Entscheidung **von Amts wegen**, wenn es Anlass zu Zweifeln darüber gibt, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Dies setzt indes voraus, dass es Veranlassung zu Zweifeln gibt. Fehlt es hieran, weil dem Gericht Verhältnisse, die Zweifel veranlassen können, nicht bekannt werden, oder entscheidet das Gericht nicht, kann es zur Mitwirkung kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter in einem Verfahren kommen.
- 88** Haben Berufsrichter in einem bestimmten Verfahren ihr **Richteramt ausgeübt, obwohl** sie hiervon kraft Gesetzes **ausgeschlossen** waren, ist die unter ihrer Mitwirkung getroffene Entscheidung nicht nichtig. Doch sieht das Prozessrecht hierfür **Reaktionsmöglichkeiten** vor. Diese unterscheiden danach, ob das Verfahren beim Rechtsmittelgericht anhängig ist oder rechtskräftig beendet ist.
- 89** Durch ein **Rechtsmittel** kann als Verfahrensfehler geltend gemacht werden, dass ein Berufsrichter bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, der in diesem Verfahren von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war. Im Revisionsverfahren ist dies ein **absoluter Revisionsgrund**, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist (§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 547 Nr. 2 ZPO).
- 90** Nach § 179 Abs. 1 SGG kann ein rechtskräftig beendetes Verfahren entsprechend den Vorschriften des Vierten Buches der ZPO – §§ 578 ff. ZPO – wieder aufgenommen werden. Die **Wiederaufnahme** eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens kann durch **Nichtigkeitsklage** erfolgen (§ 578 Abs. 1 ZPO). Diese findet statt, wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist (§ 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

#### b. Ehrenamtliche Richter

- 91** Diese Verfahrensvorschriften finden entsprechende Anwendung bei der Ausschließung von ehrenamtlichen Richtern.

#### c. Rechtspfleger

- 92** Diese Verfahrensvorschriften finden entsprechende Anwendung bei der Ausschließung von Rechtspflegern (§ 10 Satz 1 RPfIG).

#### d. Urkundsbeamte (§ 49 ZPO)

- 93** Diese Verfahrensvorschriften finden entsprechende Anwendung bei der Ausschließung von Urkundsbeamten der Geschäftsstelle.



## 2. Ablehnung von Richtern (§ 42 ZPO)

- 94** Bei dem Recht auf Ablehnung von Richtern unterscheidet das Gesetz nicht nach der Beteiligtenstellung. Nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 42 Abs. 3 ZPO steht das Ablehnungsrecht in jedem Fall beiden Parteien zu. Das sind nach § 69 Nr. 1 und 2 SGG auch im sozialgerichtlichen Verfahren **Kläger und Beklagter**. Nach § 69 Nr. 3 SGG ist Beteiligter zudem der **Beigeladene**; auch den Beigeladenen steht das Ablehnungsrecht zu. Am Rechtsstreit nicht beteiligte Dritte sind nicht ablehnungsberechtigt.<sup>64</sup>
- 95** **Jeder** dieser Beteiligten, auch der, der nicht selbst den Richter für ihm gegenüber befangen hält, aber für befangen gegenüber einem anderen Beteiligten, **kann** aufgrund seiner Beteiligung im Verfahren den Richter **ablehnen**. Denn auch dieser ablehnende Beteiligte hat das Recht auf Entscheidung des Rechtsstreits durch einen unvoreingenommenen Richter.
- 96** Nur auf diese Beteiligtenstellung im Verfahren, nicht auf die rechtliche Verfasstheit des Beteiligten kommt es an. Für **jeden** Beteiligten, der den Richter für voreingenommen hält, ist die Anbringung eines Ablehnungsgesuchs möglich. Trotz seiner grundrechtlichen Absicherung ist das prozessuale Recht auf den gesetzlichen, unvoreingenommenen Richter nicht auf natürliche Personen und auch nicht auf juristische Personen des Privatrechts beschränkt. Es gilt **auch** für **juristische Personen des öffentlichen Rechts und** für nach dem SGG beteiligtenfähige **Behörden**.<sup>65</sup>
- 97** Das Ablehnungsrecht steht als eigenes Recht dagegen nicht den Bevollmächtigten der Beteiligten zu. Ein **Bevollmächtigter eines Beteiligten** hat aus eigener Person kein Ablehnungsrecht, weil das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter ein Schutzrecht zugunsten der Verfahrensbeteiligten ist, also derer, über deren Rechtsstreit der abgelehnte Richter zu entscheiden hat.<sup>66</sup>

### a. Ablehnungsgesuch (§ 44 ZPO)

- 98** Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gericht, dem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 44 Abs. 1 ZPO).
- 99** Das Gesuch ist, wird es nicht vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt, außerhalb einer mündlichen Verhandlung schriftlich anzubringen. Es ist zu unterschreiben.
- 100** In der mündlichen Verhandlung kann das Ablehnungsgesuch mündlich angebracht werden und es ist auf Antrag in die Niederschrift über die Sitzung aufzunehmen (§ 122 SGG i.V.m. § 160 Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 ZPO).
- 101** Das Ablehnungsgesuch ist zu **individualisieren**. Es kann sich zulässig nur gegen einen bestimmten oder gegen bestimmte **Richter** richten. Pauschablehnungen sind offensichtlich unzulässig.<sup>67</sup> Bestimmbarkeit kann indes genügen, wenn über die individuelle Zuordnung des Gesuchs zu einem Richter kein Zweifel besteht.<sup>68</sup> Das kann in Betracht kommen auch bei der Ablehnung eines bestimmten Spruchkörpers.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Vgl. BGH v. 15.09.2020 - VI ZB 10/20 - juris Rn. 15.

<sup>65</sup> Vgl. zur grundrechtsdogmatischen und verfassungsprozessualen Herleitung BVerfG v. 16.12.2014 - 1 BvR 2142/11 - juris Rn. 52 ff.

<sup>66</sup> Vgl. Verfassungsgericht des Landes Brandenburg v. 15.09.2017 - VfGBbg 43/16 - juris Rn. 36; zu den Folgen für die Selbstentscheidung des abgelehnten Richters über ein Ablehnungsgesuch und ihre Grenzen s. Rn. 169.

<sup>67</sup> BSG v. 19.01.2010 - B 11 AL 13/09 C.

<sup>68</sup> BSG v. 02.07.2019 - B 2 U 19/19 B - juris Rn. 5.

<sup>69</sup> Grundsatz der Individualablehnung; vgl. *Meinert*, Befangenheit im Rechtsstreit, 2015, Rn. 11 f.

- 102** Das Ablehnungsgesuch ist zudem zu **konkretisieren**. Es kann zulässig nur auf ein bestimmtes **Verfahren** oder mehrere bestimmte Verfahren gerichtet sein. Und es kann zulässig nur auf Verfahren gerichtet sein, die noch **nicht erledigt** sind. Letzter Zeitpunkt für die zulässige Geltendmachung von Ablehnungsgründen ist der vollständige Abschluss einer Instanz.<sup>70</sup> Ist die richterliche Tätigkeit des abgelehnten Richters im konkreten Verfahren beendet, ist eine anschließende Geltendmachung von Ablehnungsgründen prozessual überholt, weil die getroffene Entscheidung von dem Gericht, dem die im Anschluss abgelehnten Richter angehören, nicht mehr geändert werden kann.<sup>71</sup>
- 103** Ein Ablehnungsgesuch ist auch verspätet, wenn es eingeht, nachdem das Gericht sein aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenes Urteil verkündet hat, das Urteil aber noch abzusetzen ist. Trotz noch ausstehender Absetzung der Entscheidungsgründe ist das Verfahren mit Verkündung des Urteils bereits vor Eingang des Ablehnungsgesuchs in dem Sinne abgeschlossen, dass dieses nicht mehr wirksam angebracht werden kann, weil die getroffene Entscheidung von den abgelehnten Richtern nach der Verkündung nicht mehr geändert werden kann.<sup>72</sup>
- 104** Von der Beschränkung des Ablehnungsrechts auf noch nicht erledigte Verfahren ist eine **Ausnahme** anerkannt: Wird nach Erlass einer instanzbeendenden Entscheidung diese mit einem Rechtsmittel angefochten und in diesem Rahmen ein Ablehnungsgesuch gegen an der angefochtenen Entscheidung beteiligte Richter angebracht, das auf Gründe gestützt wird, die sich erst aus den Entscheidungsgründen ergeben, ist Voraussetzung für eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts in materieller Hinsicht, dass der oder die Richter der Vorinstanz tatsächlich und so eindeutig die gebotene Distanz und Neutralität haben vermissen lassen, dass jede andere Würdigung als die einer Besorgnis der Befangenheit willkürlich erschiene; dann läge zugleich ein Verstoß unmittelbar gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor.<sup>73</sup>
- 104.1** Zu dieser Ausnahme vom Grundsatz, dass nach Beendigung der Instanz ein Ablehnungsgesuch unzulässig ist, s. ebenso BSG v.13.07.2022 - B 7 AS 21/22 B - juris Rn. 2, 4. **!**  
*Aktualisierung vom 04.11.2022*
- 104.2** Der Grundsatz, dass nach Beendigung der Instanz ein Ablehnungsgesuch unzulässig ist, kann nicht dadurch umgangen werden, dass im Rechtsmittelverfahren gerügt wird, der Richter habe seine Selbstablehnung versäumt (BSG v.13.07.2022 - B 7 AS 21/22 B - juris Rn. 3). **!**  
*Aktualisierung vom 04.11.2022*
- 105** Dem vollständigen Abschluss einer Instanz steht es nicht entgegen, dass gegen die gerichtliche Entscheidung noch **Anhörungsrüge** (Rn. 180) erhoben werden kann oder gegen sie eine unzulässige oder unbegründete Anhörungsrüge erhoben worden ist.<sup>74</sup>
- 106** Individualisierung und Konkretisierung sind zu verknüpfen. Ein Ablehnungsgesuch ist nur zulässig, wenn es sich gegen die weitere Mitwirkung von bestimmten Richtern in bestimmten Verfahren richtet, an denen diese mitzuwirken berufen sind.

<sup>70</sup> Vgl. BVerfG v. 28.04.2011 - 1 BvR 2411/10 - juris Rn. 23.

<sup>71</sup> BSG v. 05.06.2014 - B 10 ÜG 29/13 B - juris Rn. 8; BSG v. 17.08.2020 - B 14 AS 240/19 B - juris Rn. 9 und weitgehend parallel hierzu BSG v. 03.09.2020 - B 14 AS 189/19 B - juris Rn. 16; BSG v. 03.09.2020 - B 14 AS 339/19 B - juris Rn. 20 und BSG v. 03.09.2020 - B 14 AS 351/19 B - juris Rn. 14.

<sup>72</sup> BSG v. 19.10.2020 - B 14 AS 426/19 B - juris Rn. 5 unter Hinweis auf BSG v. 17.08.2020 - B 14 AS 240/19 B - juris Rn. 9; vgl. zum Zusammenhang mit der sog. Wartepflicht unten Rn. 129 ff.

<sup>73</sup> BVerwG v. 07.03.2017 - 6 B 53/16 - juris Rn. 20.

<sup>74</sup> BGH v. 24.01.2012 - 4 StR 469/11 - juris Rn. 10.

- 107** Das Ablehnungsgesuch ist zu **begründen**. Mit der Anbringung des Ablehnungsgesuchs ist der Ablehnungsgrund zu nennen, also die Tatsache zu bezeichnen, die die Besorgnis der Befangenheit begründet. Dies schließt das Nachreichen einer Begründung oder die Ergänzung der Begründung indes nicht aus. Das Gesetz gibt keine Begründungsfrist vor. Ein Ablehnungsgesuch ohne jede Begründung ist indes offensichtlich unzulässig.
- 108** Mit der Anbringung des Ablehnungsgesuchs ist der **Ablehnungsgrund glaubhaft zu machen**; zur Versicherung an Eides statt darf der ablehnende Beteiligte nicht zugelassen werden (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 44 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Zur Glaubhaftmachung kann indes auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 44 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Dies dürfte nahe liegen insbesondere dann, wenn der Richter von einem Ausschlussgrund Anzeige gemacht hat. Auch zeigt dies, dass das Gesetz eine Ergänzung der Begründung eines bereits angebrachten und mit Begründung versehenen Ablehnungsgesuchs nicht ausschließt. Denn nur bei nicht offensichtlich unzulässigen Ablehnungsgesuchen ist eine dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters einzuholen. Ergeben sich aus dem „Zeugnis“ des abgelehnten Richters in dieser dienstlichen Äußerung weitere Argumente für den ablehnenden Beteiligten, kann dieser seine Begründung ergänzen.
- 109** Zugelassen ist auch die Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherungen zwar nicht des ablehnenden Beteiligten selbst, aber seines Bevollmächtigten oder dritter Personen.
- 110** Wird ein Richter, bei dem der ablehnende Beteiligte sich in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, so ist neben dem Ablehnungsgrund auch glaubhaft zu machen, dass der **Ablehnungsgrund erst später entstanden** oder dem Beteiligten bekannt geworden sei (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 44 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Insoweit ist auch der ablehnende Beteiligte zur Versicherung an Eides statt zugelassen.<sup>75</sup>
- 111** Der Beteiligte kann sich nach dem zum 01.01.2020 dem § 44 Abs. 4 ZPO neu angefügten Satz 2 sein Ablehnungsgesuch bei einem nachträglich entstandenen oder bekannt gewordenen Ablehnungsgrund nicht aufsparen, denn nach dieser Neuregelung ist das **Ablehnungsgesuch unverzüglich**, d.h. ohne prozesswidriges Verzögern, nach Kenntniserlangung vom Ablehnungsgrund anzubringen.<sup>76</sup> Maßgeblich für die Unverzüglichkeit sind die Einzelfallumstände.<sup>77</sup>
- 112** Die Anbringung eines Ablehnungsgesuchs ist ein **prozessuales Recht** der Beteiligten. Sie müssen es nicht ausüben. Wird kein Ablehnungsgesuch angebracht, obwohl ein Beteiligter einen Richter in Kenntnis eines Ablehnungsgrundes für befangen hält, und kommt es auch nicht zu einer Selbstablehnung dieses Richters, ist die Entscheidung unter Mitwirkung dieses Richters im Rechtsmittelverfahren nicht mit dem Argument angreifbar, der Richter sei befangen gewesen. Ablehnbarkeit ist kein Verfahrensmangel.
- 113** Indes darf das Gericht die Ausübung des prozessualen Rechts auf Anbringung eines Ablehnungsgesuchs durch die Beteiligten **nicht vereiteln**. Es ist eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, wenn das Gericht die Beteiligten nicht über einen diesen unbe-

<sup>75</sup> *Meinert*, Befangenheit im Rechtsstreit, 2015, Rn. 50.

<sup>76</sup> Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften vom 12.12.2019, BGBl I 2019, 2633; dazu Gesetzesbegründung in BT-Drs. 19/13828, S. 17.

<sup>77</sup> Zu Konkretisierungsbemühungen zum Begriff der Unverzüglichkeit in § 44 Abs. 4 Satz 2 ZPO Bayerisches LSG v. 29.07.2021 - L 5 SF 174/21 AB - juris Rn. 14 ff., das überzeugend eine einzelfallabhängige Überlegungsfrist von wenigen Tagen annimmt.

kannten möglichen Ablehnungsgrund unterrichtet, der dem Gericht bekannt ist.<sup>78</sup> Die Entscheidung über die Anbringung eines Ablehnungsgesuchs obliegt zwar den Beteiligten, sie ist ihnen aber auch zu ermöglichen.

**114** Als selbständiges prozessuales Zwischenverfahren gelten für die Ablehnung wie auch sonst die allgemeinen **Zulässigkeitsvoraussetzungen**.

**115** In den dem **Vertretungszwang** nach § 73 Abs. 4 SGG unterliegenden Verfahren vor dem **BSG** ist der von einem Beteiligten, der durch einen postulationsfähigen Prozessbevollmächtigten vertreten wird, in dem Verfahren persönlich gestellte Befangenheitsantrag unzulässig.<sup>79</sup> Anderes gilt in den Verfahren, in denen von unvertretenen Beteiligten für das Verfahren Prozesskostenhilfe begehrt wird. Denn im Prozesskostenhilfefahren besteht kein Vertretungszwang (§ 73 Abs. 4 Satz 1 SGG).

**116** Das Ablehnungsgesuch kann bis zur Zustellung der Entscheidung des Gerichts über das Gesuch **zurückgenommen** werden.

#### **b. Verlust des Ablehnungsrechts (§ 43 ZPO)**

**117** Ein Beteiligter kann einen Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn er sich bei ihm, ohne den ihm **bekanntem Ablehnungsgrund** geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 43 ZPO). Von dem Verlust nach § 43 ZPO nur erfasst wird die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit, nicht erfasst wird die Ablehnung in den Fällen, in denen der Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

**118** Wird dennoch ein Richter, bei dem der ablehnende Beteiligte sich in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, so ist neben dem Ablehnungsgrund glaubhaft zu machen, dass der **Ablehnungsgrund erst später** entstanden oder dem Beteiligten bekannt geworden sei (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 44 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Das Ablehnungsgesuch ist unverzüglich zu stellen (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 44 Abs. 4 Satz 2 ZPO).

**119** Ein Einlassen in eine Verhandlung i.S.d. § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 43 ZPO ist jedes prozessuale, der Erledigung eines Streitpunkts dienende Handeln des ablehnenden Beteiligten unter Mitwirkung des abgelehnten Richters, das der weiteren Sachbearbeitung und Streiterledigung dient; dies können im Einzelfall auch Ausführungen in Schriftsätzen außerhalb einer mündlichen Verhandlung sein.<sup>80</sup>

**120** Sinn und Zweck dessen ist es, dass ein Beteiligter nicht in Kenntnis eines Ablehnungsgrundes das Verfahren fortführen oder den Ausgang des Verfahrens abwarten können soll, um erst später oder anschließend bei für ihn ungünstigem Ausgang dieses Verfahrens das Ablehnungsgesuch anzubringen.<sup>81</sup> Entsprechend beschränkt sich der Verlust des Ablehnungsrechts auf dieses **kon-**

<sup>78</sup> BSG v. 24.11.2005 - B 9a VG 6/05 B (instanzenübergreifende Richterehe).

<sup>79</sup> BSG v. 17.12.2009 - B 2 U 7/09 C.

<sup>80</sup> LSG Sachsen-Anhalt v. 06.10.2016 - L 6 U 76/14 - juris Rn. 42; vgl. *Vollkommer* in: Zöller, ZPO, § 43 ZPO Rn. 4.

<sup>81</sup> Vgl. *Meinert*, Befangenheit im Rechtsstreit, 2015, Rn. 34 f.

**krete Verfahren** mit seiner in der Hauptsache zu treffenden Entscheidung wie mit seinen Nebenentscheidungen (Prozesskostenhilfe, Kosten). Es erstreckt sich nicht auf andere Verfahren des Beteiligten vor diesem Richter.<sup>82</sup>

- 121** Für die **Kenntnis** des Ablehnungsgrundes ist abzustellen nicht nur auf den Beteiligten selbst, sondern auch auf seinen Vertreter oder Bevollmächtigten (vgl. § 85 Abs. 2 ZPO). Eine Zusammenrechnung des Wissens des Beteiligten einerseits und des Prozessbevollmächtigten andererseits findet allerdings nicht statt. Bekannt ist dem Beteiligten nur der Ablehnungsgrund, den er positiv kennt; fahrlässige **Unkenntnis** reicht nicht. Die Kenntnis des Ablehnungsgrundes umfasst zum einen die Person des mit der Sache befassten Richters und zum anderen die Kenntnis der Tatsachen, die die Besorgnis der Befangenheit begründen.<sup>83</sup>
- 122** Nach Maßgabe von § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 43 ZPO kann auch eine **Erledigung eines Ablehnungsgesuchs** eintreten, wenn ein Beteiligter zwar vor der mündlichen Verhandlung einen Befangenheitsantrag gestellt hat, sein Prozessbevollmächtigter indes sich in Kenntnis des Ablehnungsgesuchs in die mündliche Verhandlung eingelassen und ausschließlich einen Sachantrag gestellt hat.<sup>84</sup>
- 123** Wird ein Befangenheitsantrag in der mündlichen Verhandlung gestellt und lässt sich der ablehnende Beteiligte nach Ablehnung des Richters auf die weitere mündliche Verhandlung ein, erledigt dies indes das Ablehnungsgesuch nicht. Nicht nur ermöglicht § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 2 ZPO die weitere mündliche Verhandlung. Auch sonst kann dem ablehnenden Beteiligten nicht zugemutet werden, sich einer **Fortsetzung der mündlichen Verhandlung** zu verweigern, um den Verlust des Ablehnungsrechts nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 43 ZPO zu verhindern, wenn und weil das **Risiko** besteht, dass das Verfahren ohne die Mitwirkung des ablehnenden Beteiligten fortgesetzt wird.<sup>85</sup>

### c. Selbstablehnung (§ 48 ZPO)

- 124** Nicht nur die Beteiligten können ein Ablehnungsverfahren einleiten. Vielmehr kann ein Richter auch dann, wenn gegen ihn kein Ablehnungsgesuch angebracht ist, von einem Verhältnis **Anzeige** machen, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 48 ZPO).
- 125** Dies kann sowohl die Anzeige eines Ausschlussgrundes betreffen als auch Tatsachen, die die Besorgnis der Befangenheit begründen können. Erfordert ist nicht, dass der Richter sich selbst für befangen hält. Vielmehr genügt die Anzeige von Umständen, die Anlass geben, eine Entscheidung über die Besorgnis der Befangenheit zu treffen.<sup>86</sup> Hiervon sollte einerseits nicht zu vorsichtig Gebrauch gemacht werden, weil auch die unterbliebene Selbstanzeige eine Besorgnis der Befangenheit begründen kann. Andererseits bedarf es nicht der Anzeige von Tatsachen, die eine Ablehnung nach den hierfür anzuwendenden Maßstäben nicht zu rechtfertigen vermögen.
- 126** Besteht nach diesen Maßstäben indes Anlass zur Selbstablehnung, ist der Richter zur Anzeige nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 48 ZPO verpflichtet. Denn diese Anzeige möglicher Ausschluss- oder Ablehnungsgründe durch den Richter selbst ist eine gesetzliche Ausgestaltung des durch

<sup>82</sup> Ebenso *Littmann* in: HK-SGG, § 60 SGG Rn. 25. A.A. BGH v. 19.11.2020 - V ZB 59/20 - juris Rn. 5 unter Hinweis auf BGH v. 01.06.2006 - V ZB 193/05: Der Verlust des Ablehnungsrechts durch das Einlassen in eine Verhandlung oder durch das Stellen von Anträgen wirkt nach § 43 ZPO auch für einen anderen Rechtsstreit, wenn dieser mit dem Verfahren, in welchem der Ablehnungsgrund nicht geltend gemacht wurde, tatsächlich und rechtlich zusammenhängt.

<sup>83</sup> BGH v. 15.09.2020 - VI ZB 10/20 - juris Rn. 18.

<sup>84</sup> BSG v. 20.01.2016 - B 14 AS 193/15 B - juris Rn. 8 ff.; zur Erledigung des Ablehnungsgesuchs in einem nach Zurückverweisung wiedereröffneten Berufungsverfahren BSG v. 19.07.2018 - B 8 SO 6/18 B.

<sup>85</sup> Vgl. BGH v. 26.04.2016 - VIII ZB 47/15 - juris Rn. 10 ff.

<sup>86</sup> Vgl. BVerfG v. 24.11.2021 - 2 BvR 1319/20 - juris Rn. 5 ff.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgten Rechts der Beteiligten, nicht vor einen Richter gestellt zu werden, dem es an der gebotenen Neutralität fehlt. Dies schließt es aus, dass eine solche Anzeige im Belieben oder Ermessen des Richters steht. Vielmehr stellt die **Anzeigepflicht** über eine nur interne Dienst- oder Amtspflicht hinaus auch eine den Verfahrensbeteiligten gegenüber bestehende und unmittelbar verfahrensrelevante Pflicht dar, denn ob Ablehnungsgründe gegen die Mitwirkung eines Richters sprechen, berührt die prozessuale Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten. Die Verletzung einer hiernach bestehenden Anzeigepflicht stellt deshalb als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG einen im Rechtsmittelverfahren beachtlichen Verfahrensmangel dar.<sup>87</sup>

**127** Die Anzeige ist eine **dienstliche Äußerung** des Richters. Sie ist schriftlich abzugeben, wird Aktenbestandteil und ist den Beteiligten bekannt zu geben.

#### **d. Wirkungen des Ablehnungsgesuchs**

**128** Schon die Anbringung des Ablehnungsgesuchs und nicht erst die Entscheidung über dieses Gesuch hat prozessuale Folgen.

##### **aa. Grundsatz: Ausschluss weiterer Verfahrenshandlungen (§ 47 Abs. 1 ZPO)**

**129** Ein von einem Beteiligten abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 1 ZPO). Solange sich das Ablehnungsgesuch nicht durch seine Rücknahme oder durch eine dem ablehnenden Beteiligten zugestellte gerichtliche Entscheidung, die das Gesuch verwirft oder zurückweist, erledigt hat, ist der **abgelehnte Richter** vom weiteren Tätigwerden in diesem Verfahren grundsätzlich **ausgeschlossen**.

**130** Der Ausschluss des abgelehnten Richters vom weiteren Tätigwerden im Verfahren aufgrund § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 1 ZPO erfasst als **Wartepflicht und vorläufiges Tätigkeitsverbot** nach seinem Sinn und Zweck nicht die schriftliche Abfassung und Unterzeichnung einer bereits vor Anbringung des Ablehnungsgesuchs getroffenen Entscheidung. Der mit dem Ablehnungsgesuch für den betroffenen Richter eintretende Stillstand des Verfahrens bezieht sich nur auf **zukünftige Verfahrenshandlungen** und anstehende Entscheidungen, nicht aber auf bereits getroffene Urteile, hinsichtlich derer durch Bekanntgabe des Tenors die gerichtliche Bindungswirkung (§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 318 ZPO) eingetreten ist und bei denen das Beratungsergebnis lediglich noch zu Papier gebracht werden muss.<sup>88</sup>

**131** Zu den nicht ausgeschlossenen Handlungen, die **keinen Aufschub** dulden, gehört die Aufhebung eines Termins zur mündlichen Verhandlung.

**132** Nichts anderes gilt in den Fällen der **Selbstablehnung**. Solange über diese nicht entschieden ist, ist der Richter, der sich selbst i.S.d. § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 48 ZPO abgelehnt hat, vom weiteren Tätigwerden in diesem Verfahren grundsätzlich ausgeschlossen.

**133** Ist die Wartepflicht nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 1 ZPO verletzt worden, ist eine **Heilung** dieser Verletzung möglich.<sup>89</sup> Dies gilt auch dann, wenn die Entscheidung über die Zurückweisung oder Verwerfung des Ablehnungsgesuchs durch Zustellung erst wirksam geworden ist, nachdem der abgelehnte Richter unter Verletzung der Wartepflicht tätig geworden war.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> BVerwG v. 07.03.2017 - 6 B 53/16 - juris Rn. 26; hierzu näher *Hahn*, jurisPR-BVerwG 13/2017 Anm. 6.

<sup>88</sup> BVerwG v. 07.03.2017 - 6 B 53/16 - juris Rn. 22. Ebenso BSG v. 19.10.2020 - B 14 AS 426/19 B - juris Rn. 5; vgl. zum Zusammenhang mit der Rechtzeitigkeit der Anbringung eines Ablehnungsgesuchs oben Rn. 102 ff.

<sup>89</sup> Zur Heilung einer Verletzung durch die (wirksame) Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs s. BSG v. 03.02.2020 - B 14 AS 302/19 B - juris Rn. 3 f. unter Hinweis auf BSG v. 01.08.2000 - B 9 SB 24/00 B; ebenso BFH v. 21.10.2020 - VII B 119/19 - juris Rn. 29.

<sup>90</sup> BSG v. 25.01.2022 - B 4 AS 176/21 B - juris Rn. 8.

**134** Der Erledigung des Ablehnungsgesuchs i.S.d. § 47 Abs. 1 ZPO und damit der Beendigung des Ausschlusses von weiteren Verfahrenshandlungen steht es nicht entgegen, dass gegen die verwerfende oder zurückweisende Entscheidung über das Ablehnungsgesuch vom hierdurch beschwerten Beteiligten eine **Anhörungs rüge** (Rn. 180 ff.) nach § 178a SGG erhoben werden kann.<sup>91</sup> Auch wenn gegen die Verwerfung oder Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs eine Anhörungs rüge erhoben worden ist, **darf** ein zunächst als befangen **abgelehnter Richter** nach der ohne seine Mitwirkung erfolgten Verwerfung oder Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs in einem hierauf bezogenen Anhörungs rügeverfahren **mitwirken**. Mit der Verwerfung oder Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs ist dieses erledigt. Rechtsmittel hiergegen sind im SGG nicht vorgesehen. Die erhobene Anhörungs rüge berührt nicht die Rechtskraft der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch. Ihre Erhebung hemmt nicht die Rechtskraft der angegriffenen Entscheidung, sondern die erfolgreiche Rüge durchbricht deren Rechtskraft.<sup>92</sup> Für das eigenständige Anhörungs rügeverfahren gelten die allgemeinen Geschäftsverteilungs- und Besetzungsregeln.<sup>93</sup>

**bb. Ausnahme: Fortsetzung der Verhandlung (§ 47 Abs. 2 ZPO)**

**135** Eine Ausnahme vom Grundsatz des Ausschlusses des abgelehnten Richters von weiteren Verfahrenshandlungen lässt § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu: Wird ein Richter während der mündlichen Verhandlung von einem Beteiligten abgelehnt und würde die Entscheidung über die Ablehnung eine Vertagung der Verhandlung erfordern, so kann der Verhandlungstermin unter Mitwirkung des abgelehnten Richters fortgesetzt werden.

**136** Dass diese Ausnahme nur der **Verfahrensverzögerung** durch unzulässige oder offensichtlich unbegründete Ablehnungsgesuche **entgegenwirken** soll und dem Gericht in diesen Fällen die Erledigung des Verfahrens ermöglicht, zeigt § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 2 Satz 2 ZPO: Wird nach dem unter Mitwirkung des abgelehnten Richters fortgesetzten Verhandlungstermin die Ablehnung für begründet erklärt, so ist der nach Anbringung des Ablehnungsgesuchs liegende Teil der mündlichen Verhandlung zu wiederholen. Kommt also in Betracht, dass das Ablehnungsgesuch begründet sein kann, bleibt es beim Grundsatz des § 47 Abs. 1 ZPO und es ist die mündliche Verhandlung zu vertagen.

**137** Auf der Grundlage des § 47 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann trotz eines Ablehnungsgesuchs im Verhandlungstermin aufgrund mündlicher Verhandlung entschieden werden. Da diese Entscheidung unwirksam ist, wenn die Ablehnung für begründet erklärt wird, ist es ratsam, zwar den Verhandlungstermin unter Mitwirkung des abgelehnten Richters fortzusetzen, **nicht** aber in diesem Termin eine **Entscheidung** in der Sache zu **verkünden**.

**138** Vielmehr kann zur **Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung** so vorgegangen werden: Der während der mündlichen Verhandlung abgelehnte Richter führt die mündliche Verhandlung unter Hinweis auf § 47 Abs. 2 ZPO mit den ehrenamtlichen Richtern zu Ende und bestimmt einen Verkündungstermin nach § 132 Abs. 1 Satz 3 SGG. Über das Ablehnungsgesuch wird anschließend ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters entschieden. Nach Zustellung des das Ablehnungsgesuch verwerfenden oder zurückweisenden Beschlusses verkündet der abgelehnte Richter im Verkündungstermin nach § 132 Abs. 1 Satz 3 SGG ohne die ehrenamtlichen Richter das auf der

<sup>91</sup> Zum Verhältnis von „Wartepflicht“ (Handlungsverbot) nach § 47 Abs. 1 ZPO und Anhörungs rüge nach § 178a SGG s. BSG v. 03.02.2020 - B 14 AS 302/19 B - juris Rn. 5: Die offene Frist für die Erhebung einer Anhörungs rüge steht der Erledigung des Ablehnungsgesuchs nicht entgegen.

<sup>92</sup> Vgl. *Vollkommer* in: Zöller, ZPO, § 321a ZPO Rn. 2.

<sup>93</sup> A.A. BGH v. 15.06.2010 - XI ZB 33/09 - juris Rn. 17; vgl. zu dieser streitigen Rechtsfrage BVerfG v. 24.10.2011 - 1 BvR 1848/11, 1 BvR 2162/11 - juris Rn. 8.

geheimen Beratung des Spruchkörpers – abgelehnter Richter und ehrenamtliche Richter – am Sitzungstag beruhende Urteil. Die Zulässigkeit dieser Besetzung ohne ehrenamtliche Richter im Verkündungstermin ergibt sich aus § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 311 Abs. 4 ZPO.<sup>94</sup>

- 139** Diese **Ausnahme** gilt nur für die mündliche Verhandlung, **nicht** auch für den **Erörterungstermin** nach § 106 Abs. 3 Nr. 7 SGG. In diesem Termin, zu dem das persönliche Erscheinen der Beteiligten angeordnet ist, um mit diesen den Sachverhalt zu erörtern, wird das Verfahren durch ein Ablehnungsgesuch zwar auch verzögert. Doch wird nicht die Erledigung des Verfahrens durch gerichtliche Entscheidung verzögert, denn diese ist im Erörterungstermin ohnehin unzulässig. Auch ergibt es keinen Sinn, mit den Beteiligten den Sachverhalt zu erörtern, nachdem einer der Beteiligten den Richter im Erörterungstermin abgelehnt hat. Der Erörterungstermin ist nach Anbringung eines Ablehnungsgesuchs zu schließen. Erst nach anschließender Entscheidung über das Ablehnungsgesuch und je nach deren Ausgang findet das Verfahren seine Fortsetzung.

#### cc. Dienstliche Äußerung (§ 44 Abs. 3 ZPO)

- 140** Der von einem Beteiligten abgelehnte Richter hat sich über den mit dem Ablehnungsgesuch geltend gemachten Ablehnungsgrund, und damit **über Tatsachen**, dienstlich zu äußern (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 44 Abs. 3 ZPO). Die Äußerung ist – außerhalb der mündlichen Verhandlung – schriftlich abzugeben, wird Aktenbestandteil und ist den Beteiligten zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs bekanntzugeben.<sup>95</sup>
- 141** Die Wahrung des rechtlichen Gehörs erfordert es, dass die dienstliche Äußerung **vor** und nicht erst mit einer **Entscheidung** über das Ablehnungsgesuch bekanntgegeben wird.<sup>96</sup> Vielmehr ist mit der Bekanntgabe eine Gelegenheit zur weiteren Begründung des Ablehnungsgesuchs zu geben.
- 142** Die Äußerung ist **sachlich** abzufassen, um nicht ihrerseits Anlass für eine Besorgnis der Befangenheit zu geben.
- 143** Nach den oben dargestellten Maßstäben für die Begründetheit einer Besorgnis der Befangenheit ist klar, dass eine – häufig zu beobachtende – dienstliche Äußerung des Inhalts, „ich halte mich nicht für befangen“, von einem unzutreffenden Maßstab ausgeht. Denn darauf, ob der abgelehnte Richter sich gegenüber dem ihn ablehnenden Beteiligten oder in der Sache nicht für befangen hält oder sich nicht befangen fühlt – und auch, ob er sich doch für befangen hält oder so fühlt -, kommt es nicht an. Es kommt **nur** auf **Tatsachen** an.<sup>97</sup>
- 144** Vorzugswürdig ist, wenn oder soweit ein Eingehen auf Vorbringen im Ablehnungsgesuch zu Tatsachen nicht in Betracht kommt, eine dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters des Inhalts, „ich vermag der Begründung des Ablehnungsgesuchs einen Grund, der geeignet ist, Misstrauen gegen meine Unparteilichkeit als Richter zu rechtfertigen, nicht zu entnehmen“.

<sup>94</sup> BSG v. 28.06.2016 - B 14 AS 33/16 B - juris Rn. 5 f.; vgl. dazu *Keller*, jurisPR-SozR 26/2016 Anm. 6; ebenso zu dieser Verfahrensweise, die keinen Verfahrensmangel begründet, BSG v. 20.08.2019 - B 2 U 2/19 BH - juris Rn. 5 und BSG v. 20.08.2019 - B 2 U 3/19 BH - juris Rn. 5.

<sup>95</sup> Dazu, dass der Zweck der Bekanntgabe die Wahrung des rechtlichen Gehörs ist und es hierfür ausreicht, dass die Beteiligten genaue Kenntnis vom Inhalt dienstlicher Äußerungen erhalten, BVerfG 02.10.2017 - 1 BvR 1574/17 - juris Rn. 8.

<sup>96</sup> Vgl. zu einer Aufhebung der Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs auf eine Anhörungsrüge nach § 178a SGG, weil die Äußerungen aufgrund eines Büroversehens erst mit dem Zurückweisungsbeschluss bekanntgegeben wurden, Bayerisches LSG v. 19.09.2017 - L 16 SF 202/17 AB - juris Rn. 14 f. Zur Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wenn eine dienstliche Äußerung zum Ablehnungsgesuch nicht vor der Entscheidung über das Gesuch bekannt gegeben wird, VerfGH Berlin v. 16.12.2020 - 47/20 mit Anmerkung *Schäfer*, jurisPR-SozR 11/2014 Anm. 6 (hier zur fehlenden Äußerungsmöglichkeit zur Stellungnahme eines abgelehnten Sachverständigen).

<sup>97</sup> BGH v. 28.03.2017 - RiZ (R) 1/15 - juris Rn. 17 unter Hinweis auf BGH v. 21.02.2011 - II ZB 2/10 - juris Rn. 17; BGH v. 24.04.2013 - RiZ 4/12 - juris Rn. 29.



- 145** Einer dienstlichen Äußerung bedarf es nicht bei der **Selbstablehnung** nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 48 ZPO. Hier erfüllt die Anzeige des Richters „von einem Verhältnis“, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte, den Zweck der dienstlichen Äußerung.
- 146** Ist ein Ablehnungsgesuch offensichtlich unzulässig oder rechtsmissbräuchlich, bedarf es vor einer dann zulässigen **Selbstentscheidung** (Rn. 163 ff.) nicht der dienstlichen Äußerung des abgelehnten Richters. Sind die engen Grenzen einer zulässigen Selbstentscheidung eingehalten, gibt es nichts, wozu der abgelehnte Richter sich zuvor äußern könnte.
- 146.1** Angenommen wird die Entbehrlichkeit einer dienstlichen Äußerung zu Tatsachen auch, wenn sich der geltend gemachte Ablehnungsgrund auf einen aktenkundigen Vorgang bezieht (BSG v. 16.02.2023 - B 7 AS 123/22 B - juris Rn. 8 m.w.N).

*Aktualisierung vom 05.05.2023*

#### **e. Entscheidung über das Ablehnungsgesuch (§§ 45, 46, 48 ZPO)**

- 147** Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ergeht durch **Beschluss** (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 46 Abs. 1 ZPO).

#### **aa. Zuständiges Gericht**

- 148** Über das Ablehnungsgesuch eines Beteiligten entscheidet das **Gericht**, dem der abgelehnte **Richter angehört** (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 45 Abs. 1 ZPO). Eine Abgabe des Gesuchs zur Entscheidung an das nächsthöhere Gericht findet nicht statt.
- 149** Nichts anderes gilt im Falle der **Selbstablehnung** eines Richters. Über diese entscheidet das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 48 ZPO) und damit das Gericht, dem der Richter angehört, der sich selbst abgelehnt hat.

#### **bb. Ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters**

- 150** Über das Ablehnungsgesuch eines Beteiligten entscheidet das Gericht ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 45 Abs. 1 ZPO). Dieser ist im Zwischenverfahren über die Ablehnung von der Mitwirkung ausgeschlossen.
- 151** Auch insoweit gilt nichts anderes im Falle der **Selbstablehnung** eines Richters.
- 152** Ohne Belang ist insoweit, ob das Ablehnungsgesuch unzulässig, unbegründet oder begründet ist. Insbesondere ist **auch** über **unzulässige Ablehnungsgesuche** ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters zu entscheiden.
- 153** Die hiervon anerkannte **Ausnahme der Selbstentscheidung** (Rn. 163) ist begrenzt auf offensichtlich unzulässige oder rechtsmissbräuchliche Ablehnungsgesuche. Sie bedarf der vorsichtigen Handhabung.

#### **cc. Besetzung des Gerichts und Zuständigkeitswechsel**

- 154** Wird ein Richter beim **SG** abgelehnt, so entscheidet ein anderer Richter des SG über das Ablehnungsgesuch (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 45 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Dieser ist im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts zu bestimmen.
- 155** Hiervon lässt § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 45 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine **Ausnahme** zu: Einer Entscheidung des anderen, im Geschäftsverteilungsplan des SG bestimmten Richters bedarf es nicht, wenn der abgelehnte Richter das Ablehnungsgesuch für begründet hält. Diese Ausnahme vom Ausschluss der Mitwirkung des abgelehnten Richters von der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch ist **restriktiv** zu handhaben.<sup>98</sup> Es hat seinen guten Sinn, dass der Richter nicht in eigener

<sup>98</sup> Für Einschränkungen auch *Vollkommer* in: Zöller, ZPO, § 45 ZPO Rn. 7. Ebenso SG Karlsruhe v. 10.06.2020 - S 13 SF 1259/20 AB - juris Rn. 28 f. - gegen SG Karlsruhe v. 26.05.2020 - S 12 SB 3599/19 - juris Rn. 89 f. - mit dem zutreffenden Hinweis, dass eine Entscheidung nach § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 45 Abs. 2 Satz 2 ZPO im Falle einer Selbstablehnung (Selbstanzeige) des Richters nicht möglich ist.

Sache entscheidet. Dies gilt auch, wenn der abgelehnte Richter das gegen ihn gerichtete Ablehnungsgesuch eines Beteiligten für begründet hält. Statt es durch Beschluss selbst für begründet zu erklären, ist es vorzugswürdig, das Für-Begründet-Halten des Ablehnungsgesuchs in der dienstlichen Äußerung zum Ausdruck zu bringen.

**156** Wird ein Richter beim **LSG oder BSG** abgelehnt, wirkt bei überbesetzten Senaten der im Geschäftsverteilungsplan des Senats bestimmte Vertreter mit. Ist der Senat nicht überbesetzt, sind mehrere oder alle Richter eines Senats abgelehnt, wirkt der im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts bestimmte Vertreter mit bzw. wirken die in diesem bestimmten Vertreter mit.

**156.1** Über ein Ablehnungsgesuch gegen einen Richter eines Kollegialgerichts – LSG und BSG – entscheidet immer der Senat als Kollegialgericht, auch wenn der abgelehnte Richter in dem Verfahren, in der er abgelehnt worden ist, als Einzelrichter zur Entscheidung berufen ist (so zutreffend Hessisches LSG v. 03.04.2023 - L 4 SF 14/23 AB - bei einer Ablehnung im Verfahren der Erinnerung).

*Aktualisierung vom 28.11.2023*

**157** Die Entscheidungen über Ablehnungsgesuche durch Beschluss ergehen ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs. 3 SGG) und **ohne Mitwirkung ehrenamtlicher Richter** (§§ 12 Abs. 1 Satz 2, 33 Abs. 1 Satz 2, 40 Satz 1 SGG).

**158** Wird das zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch berufene Gericht durch Ausscheiden des abgelehnten Mitglieds **beschlussunfähig**, so entscheidet das im Rechtszug zunächst höhere Gericht (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 45 Abs. 3 ZPO). Werden also alle oder doch so viele Richter eines Gerichts abgelehnt, dass dieses nicht mehr über die Ablehnungen entscheiden kann, wird das nächsthöhere Gericht für die Entscheidung zuständig. Hierfür müssen indes die Ablehnungsgesuche als nicht offensichtlich unzulässig oder rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sein.<sup>99</sup>

**158.1** Zur Ermessensausübung des übergeordneten Gerichts, über welche Ablehnungsgesuche es – unter dem Gesichtspunkt der Sachangemessenheit – entscheidet, um die Beschlussfähigkeit des zur Entscheidung berufenen Gerichts wiederherzustellen, BAG v. 25.01.2024 - 8 AS 20/23.

*Aktualisierung vom 09.02.2024*

**159** Tritt eine Beschlussunfähigkeit am BSG ein, gibt es kein nächsthöheres Gericht. Für diese Sondersituation hat das BVerwG entschieden, dass über die Ablehnungsgesuche unter Mitwirkung abgelehnter Richter entschieden werden kann, selbst wenn die Ablehnungsgesuche nicht als gänzlich untauglich oder rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren sind.<sup>100</sup>

**160** Auch hier gilt, mit Ausnahme des § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 45 Abs. 2 Satz 2 ZPO, nichts anderes in den Fällen einer **Selbstablehnung**.

#### **dd. Entscheidungsmaßstäbe und Begründung**

**161** Zunächst ist darüber zu entscheiden, ob das Ablehnungsgesuch **zulässig** und der Ablehnungsgrund **glaubhaft gemacht** ist. Ist dies der Fall, kommt es, folgt aus den glaubhaft gemachten Tatsachen nicht ohne weiteres, dass das Ablehnungsgesuch entweder unbegründet oder begründet ist, auf richterliche rechtliche Wertungen an, ob eine Besorgnis der Befangenheit **unbegründet oder begründet** ist.

**162** Diese Wertungen sind in der **Begründung der Entscheidung** des Gerichts über das Ablehnungsgesuch darzulegen. Zwar ist die Entscheidung selbst nicht mit einem Rechtsmittel anfechtbar, die Wahrung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf den gesetzlichen Richter kann aber Gegen-

<sup>99</sup> Vgl. LSG Berlin-Brandenburg v. 18.12.2015 - L 29 SF 314/15 AB. Eingehend zur Entscheidung des im Rechtszug höheren Gerichts nach § 45 Abs. 3 ZPO und zu den im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens möglichen Entscheidungen BGH v. 25.08.2020 - VIII ARZ 2/20 und BGH v. 08.12.2021 - XII ARZ 39/21.

<sup>100</sup> BVerwG v. 29.01.2014 - 7 C 13/13.

stand einer Rüge eines Beteiligten und Prüfung des Gerichts in einem Rechtsmittelverfahren gegen die Entscheidung in der Hauptsache sein. Das Begründungserfordernis für die Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch steht so in einem Zusammenhang mit der Ermöglichung einer **Verfahrensaufsicht** im Rechtsmittelverfahren.<sup>101</sup>

**162.1** Zur Ermöglichung der Verfahrensaufsicht gehört es auch, dass ein in einer mündlichen Verhandlung angebrachtes Ablehnungsgesuch protokolliert wird. Fehlt es daran, lässt sich die Einhaltung oder Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch im Rahmen der Verfahrensaufsicht nicht prüfen, was nicht zulasten des rechtsschutzsuchenden und einen Verfahrensmangel rügenden ablehnenden Beteiligten gehen darf (BSG v. 21.09.2023 - B 3 P 8/23 B - zu einer Selbstentscheidung des LSG über ein Ablehnungsgesuch).

*Aktualisierung vom 28.11.2023*

#### f. Insbesondere: Selbstentscheidung und ihre Grenzen

**163** Von dem Grundsatz, dass über das Ablehnungsgesuch eines Beteiligten ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters entschieden wird, ist eine **Ausnahme** anerkannt. Über offensichtlich unzulässige oder rechtsmissbräuchliche Ablehnungsgesuche kann im vereinfachten Ablehnungsverfahren in der geschäftsplanmäßigen Besetzung des Gerichts unter Mitwirkung des abgelehnten Richters bzw. der abgelehnten Richter entschieden werden.<sup>102</sup>

**164** Diese Ausnahme ist kein Selbstzweck, sondern dient der **Vermeidung von Verfahrensverzögerungen**. Diesen soll das Gericht bei offensichtlich unzulässigen oder rechtsmissbräuchlichen Ablehnungsgesuchen, insbesondere bei deren Einsatz als bloßes prozesstaktisches Mittel, begegnen können. Ein Anhaltspunkt dafür, dass ein Ablehnungsgesuch sachfremd als prozesstaktisches Mittel eingesetzt wird, können die Anzahl und der Inhalt der in früheren Verfahren angebrachten Ablehnungsgesuche sein.<sup>103</sup>

**165** Ablehnungsgesuche sind in diesem Sinne **offensichtlich unzulässig**, wenn

- sie sich nicht gegen zur Entscheidung berufene Richter richten,
- sie sich nicht gegen einen oder mehrere konkret bezeichnete oder zumindest bestimmbare Richter richten, sondern pauschal einen gesamten Spruchkörper oder ein gesamtes Gericht ablehnen,<sup>104</sup>
- ihnen jede Begründung fehlt,
- sie nur einen offensichtlich zur Begründung eines Ablehnungsgesuchs ungeeigneten Grund benennen, der keinerlei sachlichen Bezug zum konkreten Verfahren oder konkreten Verhalten des abgelehnten Richters oder zu seiner Person hat, und die deshalb gänzlich untauglich sind,<sup>105</sup>
- sie sich in Beleidigungen und Beschimpfungen erschöpfen,

<sup>101</sup> BSG v. 29.08.2019 - B 14 AS 67/19 B und BSG v. 29.08.2019 - B 14 AS 68/19 B; dazu *Harks*, jurisPR-SozR 10/2020 Anm. 6.

<sup>102</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung des BSG zur Selbstentscheidung und revisionsgerichtlichen Verfahrensaufsicht über die Einhaltung ihrer Grenzen BSG v. 31.08.2015 - B 9 V 26/15 B - juris Rn. 16; BSG v. 07.09.2016 - B 10 SF 2/16 C - juris Rn. 3; BSG v. 13.11.2017 - B 13 R 152/17 B - juris Rn. 13 ff.; BSG v. 07.12.2017 - B 5 R 208/17 B; BSG v. 02.07.2019 - B 2 U 19/19 B - juris Rn. 7 f.; BSG v. 17.12.2020 - B 10 ÜG 4/20 B - juris Rn. 19 ff. Zur verfassungsgerichtlichen Billigung dieser Ausnahme und zu deren eng auszulegenden Grenzen vgl. BVerfG v. 02.06.2005 - 2 BvR 625/01 - juris Rn. 53 ff.; BVerfG v. 20.07.2007 - 1 BvR 2228/06 - juris Rn. 21 f.; BVerfG v. 11.03.2013 - 1 BvR 2853/11 - juris Rn. 28 ff.; BVerfG v. 15.06.2015 - 1 BvR 1288/14 - juris Rn. 15 ff.; BVerfG v. 05.05.2021 - 1 BvR 526/19 - juris Rn. 24 f. Vgl. auch BVerwG v. 19.09.2018 - 8 B 2/18 - juris Rn. 13 ff. und hierzu *Keller*, jurisPR-BVerwG 2/2019 Anm. 4; BFH v. 16.10.2019 - X B 99/19 - juris Rn. 12 ff.; BFH v. 13.05.2020 - VIII B 146/19 - juris Rn. 17 ff.; BGH v. 08.04.2020 - VIII ZR 130/19 - juris Rn. 19 ff.; BGH v. 06.05.2020 - VIII ZR 120/19 - juris Rn. 19 ff.; BGH v. 27.05.2020 - VIII ZR 121/19 - juris Rn. 20 ff.; BGH v. 27.05.2020 - VIII ZR 128/19 - juris Rn. 21 ff. und BGH v. 27.05.2020 - VIII ZR 129/19 - juris Rn. 21 ff.

<sup>103</sup> BSG v. 09.11.2016 - B 8 SO 32/16 BH - Rn. 4.

<sup>104</sup> BSG v. 19.01.2010 - B 11 AL 13/09 C - juris Rn. 11; BSG v. 07.09.2016 - B 10 SF 2/16 C - juris Rn. 3.

<sup>105</sup> BSG v. 11.10.2016 - B 12 KR 39/16 B - juris Rn. 4.

- sie ein Ablehnungsgesuch, über das bereits entschieden wurde, lediglich mit denselben Gründen wiederholen.<sup>106</sup>

Jeweils erübrigt sich bei diesen Ablehnungsgesuchen jedes Eingehen auf den Gegenstand des Verfahrens, jede Auseinandersetzung mit einer Begründung des Ablehnungsgesuchs und jede Bewertung oder Erklärung von Verhalten des abgelehnten Richters.

**166** Ablehnungsgesuche sind in diesem Sinne **rechtsmissbräuchlich** und deshalb unzulässig, wenn sie sich zwar gegen einen oder mehrere konkret bezeichnete oder zumindest bestimmbare Richter richten und auch einen nicht von vornherein ungeeigneten Ablehnungsgrund benennen, indes offensichtlich allein zur Verfahrensverzögerung oder offensichtlich allein zur Verhinderung der Entscheidung durch den oder die zuständigen Richter angebracht sind.

**167** Ablehnungsgesuche dienen offensichtlich allein der **Verfahrensverzögerung**, wenn

- sie wiederholt angebracht werden, ohne neue Gründe geltend zu machen,
- sie ersichtlich nur der Erreichung einer Terminaufhebung der zeitlich unmittelbar bevorstehenden mündlichen Verhandlung dienen.

Ablehnungsgesuche dienen offensichtlich allein zur **Verhinderung** der Entscheidung durch den oder die zuständigen **Richter**, wenn

- sie nur mit deren früheren Entscheidungen begründet werden.

Auch insoweit erübrigt sich ein Eingehen auf die Begründung des Ablehnungsgesuchs, wenn und weil dieses als solches ohne Weiteres als rechtsmissbräuchlich zu bewerten ist.<sup>107</sup>

**168** Diese Ausnahme der zulässigen Selbstentscheidung abgelehnter Richter bedarf der bewussten und vorsichtigen Anwendung. Mit der Selbstentscheidung über das Ablehnungsgesuch kann dieses nur als unzulässig verworfen werden. In der Begründung dieser Entscheidung kann nur die offensichtliche Unzulässigkeit oder Rechtsmissbräuchlichkeit des Ablehnungsgesuchs dargelegt werden. Wird durch eine Selbstentscheidung dagegen das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt und dabei auf die Begründung des Gesuchs eingegangen oder wird zwar das Ablehnungsgesuch als unzulässig verworfen und dabei dennoch auf die Begründung des Gesuchs eingegangen, ist die **Grenze der unzulässigen Selbstentscheidung** erreicht. Sie wird überschritten, wenn auf die Begründung des Ablehnungsgesuchs in der Weise eingegangen wird, dass diese für unsubstantiiert oder unzutreffend gehalten und widerlegt wird. Der abgelehnte Richter macht sich zum Richter in eigener Sache, wenn er im Rahmen der Selbstentscheidung sein eigenes Verhalten beurteilt.

**169** Die Darlegung der offensichtlichen Unzulässigkeit oder Rechtsmissbräuchlichkeit des Ablehnungsgesuchs im Rahmen einer Selbstentscheidung bedarf einer qualifizierten **Begründung**, die sich auf das Verhalten des ablehnenden Beteiligten zu beziehen hat, dessen Schutz das Ablehnungsrecht dient. Weil ein Bevollmächtigter eines Beteiligten aus eigener Person kein Ablehnungsrecht hat (s. Rn. 97 f.), kann dessen Verhalten allein grundsätzlich nicht genügen, dem vertretenen Beteiligten ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu unterstellen.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> Bayerisches LSG v. 29.09.2016 - L 16 SF 233/16 AB, L 16 SF 234/16 AB, L 16 SF 235/16 AB - juris Rn. 9; vgl. auch BVerfG v. 19.10.2021 - 1 BvR 854/21.

<sup>107</sup> Zur Bewertung eines Ablehnungsgesuchs als prozesstaktisches Mittel BSG v. 23.05.2018 - B 8 SO 1/18 BH - juris Rn. 8. Zu prozesstaktischen Ablehnungsgesuchen im Zivilprozess und gerichtlichen Reaktionsmöglichkeiten unter Wahrung des Rechts auf den gesetzlichen Richter *Windau*, NJW 2018, 3206.

<sup>108</sup> Verfassungsgericht des Landes Brandenburg v. 15.09.2017 - VfGBbg 43/16 - juris Rn. 34, 36.

- 170** Über Ablehnungsgesuche, die sich nicht ohne Eingehen auf die Begründung des Ablehnungsgesuchs ablehnen lassen, ist ebenso wie über Ablehnungsgesuche, die nicht offensichtlich unzulässig oder rechtsmissbräuchlich sind, ohne den oder die abgelehnten Richter zu entscheiden. Im Falle einer unzulässigen Selbstentscheidung ist das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt, was trotz § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 557 Abs. 2 ZPO der revisionsgerichtlichen Verfahrensaufsicht unterliegt. Im Revisionsverfahren ist die unzulässige Selbstentscheidung ein **absoluter Revisionsgrund** (§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 547 Nr. 1 ZPO). Eine **unzulässige Selbstentscheidung** verkennt Bedeutung und Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend, wenn und weil der Richter über die vorgetragene Gründe für seine angebliche Befangenheit selbst entscheidet.<sup>109</sup>
- 171** Ist ein Ablehnungsgesuch offensichtlich unzulässig oder rechtsmissbräuchlich, bedarf es vor der zulässigen Selbstentscheidung nicht der **dienstlichen Äußerung** des abgelehnten Richters. Sind die aufgezeigten engen Grenzen einer zulässigen Selbstentscheidung eingehalten, gibt es nichts, wozu der abgelehnte Richter sich zuvor äußern könnte.
- 172** Die Verwerfung des offensichtlich unzulässigen oder rechtsmissbräuchlichen Ablehnungsgesuchs im Wege der zulässigen Selbstentscheidung bedarf keiner eigenen gesonderten Entscheidung durch Beschluss vorab, sondern kann **mit der Entscheidung in der Hauptsache** erfolgen.<sup>110</sup> Sie kann auch **im Urteil** und dann unter Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter erfolgen, durch das in der Hauptsache entschieden wird. Dem steht § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 46 Abs. 1 ZPO nicht entgegen, weil diese Regel nicht von der ausnahmsweise zulässigen Selbstentscheidung handelt.<sup>111</sup> Die Verwerfung des Ablehnungsgesuchs bedarf in der Hauptsacheentscheidung auch keiner eigenständigen Tenorierung. Es genügt, in den Ausnahmefällen einer zulässigen Selbstentscheidung in den Entscheidungsgründen der Hauptsacheentscheidung darzulegen, dass und warum das Ablehnungsgesuch offensichtlich unzulässig oder rechtsmissbräuchlich und deshalb eine Selbstentscheidung möglich war.

#### **g. Kosten**

- 173** Die Entscheidung auf ein Ablehnungsgesuch enthält **keine Kostenentscheidung**. Kosten des Zwischenverfahrens der Ablehnung sind Kosten des Rechtsstreits.

#### **h. Kein Rechtsmittel gegen Entscheidungen**

- 174** Beschlüsse des **SG** über die Ablehnung von Richtern (Gerichtspersonen und Sachverständigen) können nach **§ 172 Abs. 2 SGG** nicht mit der Beschwerde an das LSG angefochten werden. Soweit dieser **Ausschluss der Beschwerde** wegen des Hinweises in § 60 Abs. 1 SGG auf die entsprechende Geltung auch von § 46 Abs. 2 ZPO, der die sofortige Beschwerde gegen Beschlüsse, durch die Ablehnungsgesuche für unbegründet erklärt werden, regelt, nicht durchgehend praktiziert worden war, hat der Gesetzgeber diese Rechtsunsicherheit dadurch beseitigt, dass durch eine Änderung des § 60 Abs. 1 SGG die Vorschrift des § 46 Abs. 2 ZPO von der Anordnung ihrer entsprechenden Geltung ausgenommen wurde.<sup>112</sup>
- 175** Beschlüsse des **LSG** über die Ablehnung von Richtern (Gerichtspersonen und Sachverständigen) können nach **§ 177 SGG** nicht mit der Beschwerde an das BSG angefochten werden.

<sup>109</sup> BSG v. 27.10.2009 - B 1 KR 51/09 B - juris Rn. 6, 10, 12; BSG v. 09.04.2014 - B 14 AS 363/13 B - juris Rn. 2, 4; BSG v. 16.12.2015 - B 14 AS 191/15 B - juris Rn. 2, 4.

<sup>110</sup> Ebenso *Keller* in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 60 SGG Rn. 10e.

<sup>111</sup> A.A. *Littmann* in: HK-SGG, § 60 SGG Rn. 25.

<sup>112</sup> Gesetzesbegründung in BT-Drs. 17/12297, S. 39. Vgl. zur so bereits auch für die Vorgängerfassung des § 60 Abs. 1 SGG formulierten gesetzgeberischen Intention die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 17/6764, S. 27.

- 176** Gegen Beschlüsse des **BSG**, auch solche über die Ablehnung von Richtern (Gerichtspersonen und Sachverständigen), ist ohnehin kein Rechtsmittel gegeben.
- 177** Beschlüsse, mit denen über Ablehnungsgesuche entschieden wird, sind danach in allen Instanzen der Sozialgerichtsbarkeit **sogleich rechtskräftig**. Gegen sie steht als ein die Rechtskraft durchbrechen könnender Rechtsbehelf allein die **Anhörungsrüge** nach § 178a SGG zur Verfügung.
- 178** In Betracht kommt zudem eine **Verfassungsbeschwerde**. Deren Einlegung steht indes einer Erledigung des Ablehnungsgesuchs nach der rechtskräftigen Entscheidung über dieses nicht entgegen, weil die Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf die Rechtskraft der Entscheidung nicht berührt. Nach rechtskräftiger Zurückweisung des Gesuchs dürfen die abgelehnten Richter ungeachtet einer eingelegten Verfassungsbeschwerde in der Sache wieder uneingeschränkt tätig werden.<sup>113</sup>
- 179** Werden gegen den sogleich rechtskräftigen Beschluss, mit dem ein Ablehnungsgesuch zurückgewiesen wurde, gleichwohl **unstatthafte** und damit völlig ungeeignete **Rechtsbehelfe** eingelegt (etwa Beschwerde, außerordentliche Beschwerde, Gegenvorstellung), sind die geschäftsplanmäßig berufenen Richter nicht an der Entscheidung hierüber gehindert. Ein völlig ungeeigneter, unstatthafter Rechtsbehelf gegen einen Beschluss, der ein Ablehnungsgesuch zurückweist, kann keine weitergehenden Folgen haben, als ein völlig ungeeignetes Ablehnungsgesuch gegen die zur Entscheidung berufenen Richter. Die Grundsätze zur zulässigen Selbstentscheidung durch abgelehnte Richter gelten in dieser Lage erst recht.<sup>114</sup>

#### **i. Anhörungsrüge (§ 178a SGG)**

- 180** Kein Rechtsmittel im vorstehenden Sinne gegen die Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch oder über eine Selbstablehnung ist die Anhörungsrüge nach § 178a SGG. Sie ist gegen Beschlüsse, durch die über Ablehnungsgesuche oder über Selbstablehnungen entschieden wird, **statthaft**.
- 181** Denn zu den nach § 178a SGG rügefähigen Zwischenentscheidungen gehören Entscheidungen über die Verwerfung oder **Zurückweisung von Ablehnungsgesuchen**. Das BVerfG hat gegen diese Entscheidungen gerichtete Anhörungsrügen nach verfassungskonformer Auslegung des jeweiligen Prozessrechts für statthaft gehalten.<sup>115</sup>
- 182** Im **Anhörungsrügeverfahren** wirkt der erfolglos abgelehnte Richter als der gesetzliche Richter mit, wenn er geschäftsplanmäßig zur **Besetzung** berufen ist. Denn das Ablehnungsverfahren ist beendet und der erfolglos abgelehnte Richter entscheidet im Anhörungsrügeverfahren nicht über das Ablehnungsgesuch, sondern über das Vorliegen einer Gehörsverletzung (s. oben Rn. 134).<sup>116</sup> Nur wenn die Anhörungsrüge Erfolg hat, wird das Ablehnungsverfahren fortgeführt, dann erneut ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters.
- 183** Wird die **Anhörungsrüge mit einem weiteren Ablehnungsgesuch** verbunden und dieses allein damit begründet, die nunmehr abgelehnten Richter hätten bei ihrer vorhergehenden Entscheidung über das Ablehnungsgesuch den Anspruch des ablehnenden Beteiligten auf rechtliches Gehör verletzt, kann über das erneute Ablehnungsgesuch zusammen mit der Anhörungsrüge unter Mitwirkung der abgelehnten Richter entschieden werden. Denn ein nur hiermit begründetes Ablehnungsgesuch ist offensichtlich unzulässig. Es ist gerade der Sinn der Anhörungsrüge, dass der

<sup>113</sup> BGH v. 05.07.2018 - IX ZR 264/17 - juris Rn. 10 ff.; zum Verhältnis von bundesgerichtlicher Verfahrensaufsicht und Verfassungsbeschwerde vgl. auch unten Rn. 186 ff.

<sup>114</sup> BSG v. 08.08.2018 - B 1 KR 12/18 C - juris Rn. 5.

<sup>115</sup> BVerfG v. 23.10.2007 - 1 BvR 782/07 - juris Rn. 7 ff.; BVerfG v. 12.01.2009 - 1 BvR 3113/08 - juris Rn. 8 ff.; BVerfG v. 06.05.2010 - 1 BvR 96/10 - juris Rn. 14 ff. Zweifelnd: BSG v. 19.11.2009 - B 11 AL 76/09 B - juris Rn. 5 f.

<sup>116</sup> A.A. LSG Berlin-Brandenburg v. 05.03.2021 - L 9 SF 248/20 AB RG - juris Rn. 2.

vorbefasste Richter die Möglichkeit zur **Selbstkorrektur** erhält.<sup>117</sup> Die bloße Rüge einer Verweigerung rechtlichen Gehörs als Ablehnungsgrund ist deshalb von vornherein untauglich, die an der mit der Anhörungsrüge angegriffenen Entscheidung über das frühere Ablehnungsgesuch beteiligten Richter von der Entscheidung über die Anhörungsrüge auszuschließen – soweit sie nach den allgemeinen Geschäftsverteilungsplan- und Besetzungsregeln überhaupt mitzuwirken haben.

**184** Der BGH differenziert: Erhebt ein Beteiligter gegen eine verfahrensabschließende Entscheidung eine nicht von vornherein unzulässige Anhörungsrüge, fehlt ihm für ein zugleich gestelltes Ablehnungsgesuch nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Nur wenn die Anhörungsrüge auf den ersten Blick unzulässig ist, ist auch das Ablehnungsgesuch als unzulässig zu verwerfen. Danach darf bei der **Beurteilung** der Frage, ob im Zeitpunkt der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch die Instanz vollständig abgeschlossen ist, eine erhobene und noch nicht beschiedene **Anhörungsrüge** nicht generell unberücksichtigt bleiben. Bedarf es für die Beurteilung von deren Zulässigkeit einer wertenden Betrachtung, fehlt einem zugleich gestellten Ablehnungsgesuch nicht das Rechtsschutzinteresse.<sup>118</sup>

**185** Dieser Linie steht es nicht entgegen, wie hier vertreten, mit Anhörungsrügen verbundene Ablehnungsgesuche, die allein damit begründet werden, die abgelehnten Richter hätten den Anspruch des ablehnenden Beteiligten auf rechtliches Gehör verletzt, für unzulässig zu halten. Insoweit eine Selbstkorrektur zu ermöglichen und zwar auch durch den einzelnen Richter, gegen dessen verfahrensabschließende Entscheidung sich die Anhörungsrüge wendet und auf den sich das zugleich gestellte Ablehnungsgesuch bezieht, ist Sinn und Zweck der Anhörungsrüge.

#### **j. Verfahrensaufsicht durch das BSG und das LSG**

**186** Obwohl Beschlüsse des LSG über die Ablehnung von Richtern nach § 177 SGG nicht mit der Beschwerde an das BSG angefochten werden können, findet insoweit dennoch eine Verfahrensaufsicht durch das BSG statt. Denn dieses prüft in den Grenzen der **Nichtzulassungsbeschwerde** und der **Revision** eine angefochtene Entscheidung auf Verfahrensmängel.

**187** Definiert werden diese **Grenzen** durch § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 557 Abs. 2 ZPO. Danach unterliegen der Beurteilung des Revisionsgerichts zwar diejenigen dem Endurteil vorangegangenen Entscheidungen nicht, die unanfechtbar sind. Dies hindert indes nicht an der **Prüfung**, ob eine vorangegangene Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch einen willkürlichen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften enthält oder Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des gesetzlichen Richters grundlegend verkannt hat.<sup>119</sup>

**188** Diese Verfahrensaufsicht durch das BSG ist gefordert wie geboten auch zur Entlastung des BVerfG im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Dass gerichtliche Zwischenentscheidungen, durch die Ablehnungsgesuche in der Vorinstanz willkürlich oder unter grundlegender Verkennung von Bedeutung und Tragweite des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG behandelt wurden, noch mit der Anfechtung der

<sup>117</sup> Vgl. BSG v. 25.02.2010 - B 11 AL 22/09 C; Bayerisches LSG v. 25.10.2016 - L 15 SF 281/16 AB; Bayerisches LSG v. 01.04.2020 - L 7 SF 15/20 AB; Bayerisches LSG v. 23.09.2020 - L 11 SF 263/20 AB - juris Rn. 27 ff. und Bayerisches LSG v. 24.09.2020 - L 11 SF 283/20 AB - juris Rn. 12 ff. Ebenso VGH Baden-Württemberg v. 08.06.2016 - 1 S 783/16 - juris Rn. 3 ff.; Bayerischer VGH v. 07.11.2016 - 10 BV 16.962 - juris Rn. 6 ff.; OLG Frankfurt v. 17.11.2020 - 20 Wlw 3/20.

<sup>118</sup> BGH v. 14.10.2021 - LwZB 2/20.

<sup>119</sup> BSG v. 21.09.2017 - B 13 R 230/17 B - juris Rn. 12 unter Hinweis auf BSG v. 05.08.2003 - B 3 P 8/03 B und BSG v. 02.11.2007 - B 1 KR 72/07 B. Eingehend zum Prüfprogramm des BSG auf die Verfahrensrüge einer nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts bei der Hauptsacheentscheidung nach rechtswidriger Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs gegen einen mitwirkenden Richter BSG v. 16.07.2020 - B 1 KR 70/19 B.

Endentscheidung gerügt und Verfassungsverletzungen durch **fachgerichtliche Korrektur** beseitigt werden können, berücksichtigt das BVerfG im Rahmen des in § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zum Ausdruck kommenden Grundsatzes der **Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde**.<sup>120</sup>

- 189** Ein **Verfahrensmangel** ist es, wenn das erkennende Gericht ein Ablehnungsgesuch verfahrensfehlerhaft übergangen hat. Das verfahrensfehlerhafte „**Übergehen**“ eines **Ablehnungsgesuchs** liegt vor, wenn über ein formell ordnungsgemäß gestelltes und nicht offensichtlich unzulässiges oder rechtsmissbräuchliches Ablehnungsgesuch nicht vor der abschließenden Entscheidung in der Hauptsache entschieden worden ist, ohne dass die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 43 ZPO (Verlust oder Erledigung des Ablehnungsgesuchs) oder § 47 Abs. 2 ZPO (Fortsetzung der mündlichen Verhandlung) vorlagen.<sup>121</sup>
- 190** Dieser Verfahrensmangel führt ausnahmsweise gleichwohl nicht zum Erfolg des Rechtsmittels, wenn das übergangene Ablehnungsgesuch unbegründet war. An einer derartigen Überprüfung und Entscheidung ist das BSG als Beschwerde- und Revisionsgericht nicht durch § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 557 Abs. 2 ZPO gehindert, wenn es an einer Entscheidung des LSG über das Ablehnungsgesuch mangelt, weil es in Unkenntnis des Gesuchs in der Sache entschieden hat, und dem BSG hinreichende Tatsachenfeststellungen möglich sind.<sup>122</sup>
- 191** Die Nichtentscheidung über ein offensichtlich unzulässiges oder rechtsmissbräuchliches Ablehnungsgesuch begründet nicht notwendig einen Verfahrensmangel durch „Übergehen“ eines Ablehnungsgesuchs. Über ein solches, nicht formell ordnungsgemäß gestelltes Ablehnungsgesuch muss nicht vor der abschließenden Entscheidung in der Sache förmlich entschieden werden.<sup>123</sup>
- 192** Ein durchgreifender Verfahrensmangel liegt auch nicht vor, wenn ein abgelehnter Richter gleichwohl an der abschließenden Entscheidung in der Hauptsache mitgewirkt hat, dieser Verfahrensmangel aber später durch die Verwerfung oder Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs geheilt wird.<sup>124</sup>
- 193** Ein **Verfahrensmangel**, der zudem nach § 179 Abs. 1 SGG i.V.m. § 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO die Nichtigkeitsklage eröffnet, ist es auch, wenn das erkennende Gericht **nicht vorschriftsmäßig besetzt** war. Dies ist der Fall dann, wenn bei der angefochtenen Entscheidung ein durch vorhergehenden Beschluss ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat.<sup>125</sup>
- 194** Ein **Verfahrensmangel** ist es, wenn bei der angefochtenen Entscheidung in der Hauptsache Richter mitgewirkt haben, die zuvor abgelehnt worden waren und unzulässig selbst über ihre Ablehnung entschieden haben. Im Revisionsverfahren ist dies ein **absoluter Revisionsgrund** (§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 547 Nr. 1 ZPO), denn eine **unzulässige Selbstentscheidung** verkennt Bedeutung und Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend, wenn und weil der Richter

<sup>120</sup> Vgl. BVerfG v. 29.11.2017 - 1 BvR 1904/17; BVerfG v. 27.06.2018 - 1 BvR 1494/17.

<sup>121</sup> BSG v. 09.02.2016 - B 3 KR 46/15 B - juris Rn. 16 ff.

<sup>122</sup> BSG v. 27.06.2019 - B 5 R 1/19 B.

<sup>123</sup> BSG v. 03.09.2019 - B 14 AS 134/18 B; BSG v. 16.10.2019 - B 8 SO 18/18 BH - juris Rn. 7 f.

<sup>124</sup> Vgl. dazu BFH v. 29.08.2019 - X B 38/19 - juris Rn. 16.

<sup>125</sup> BSG v. 02.12.2014 - B 14 AS 30/14 B.



über die vorgetragenen Gründe für seine angebliche Befangenheit selbst entscheidet.<sup>126</sup> Hierauf ist auf eine entsprechende Verfahrensrüge hin<sup>127</sup> die Begründung für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch zu überprüfen.<sup>128</sup>

- 195** Ein Überschreiten der Grenzen der Selbstentscheidung über ein Ablehnungsgesuch führt zu einem absoluten Revisionsgrund unabhängig davon, ob über das Ablehnungsgesuch vor der angefochtenen Endentscheidung in einer Zwischenentscheidung oder in der angefochtenen Endentscheidung selbst durch die abgelehnten Richter entschieden worden ist. In beiden Konstellationen ist das BSG zu einer entsprechenden Verfahrensaufsicht aufgerufen.<sup>129</sup>
- 196** In gleicher Weise ist in diesen Fällen einer unzulässigen Selbstentscheidung über ein Ablehnungsgesuch durch das SG in den Grenzen der Nichtzulassungsbeschwerde und der Berufung **auch das LSG** zur Verfahrensaufsicht berufen. Dies kompensiert den Ausschluss der Beschwerde gegen Entscheidungen des SG auf Ablehnungsgesuche und wahrt die verfassungsrechtlichen Grenzen der Selbstentscheidung.
- 197** Ein **Verfahrensmangel** und ein **absoluter Revisionsgrund** ist es auch, wenn die der angefochtenen Entscheidung in der Hauptsache vorangegangene Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs zwar nicht im Wege unzulässiger Selbstentscheidung, aber **willkürlich** und/oder **manipulativ** erfolgt ist, so dass die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erkennenden Gerichts gerügt werden kann (§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 547 Nr. 1 ZPO). Hierauf ist auf eine entsprechende Verfahrensrüge hin durch das BSG die Begründung für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch zu überprüfen, ohne dass dem § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 557 Abs. 2 ZPO entgegensteht.<sup>130</sup>
- 198** Gleiches gilt auch insoweit im Verhältnis von SG zu LSG.
- 199** Eine der Verfahrensaufsicht durch das BSG über das LSG entsprechende **Verfahrensaufsicht durch das LSG** über das SG, um Verfassungsverstöße durch Ablehnungsentscheidungen noch im fachgerichtlichen Verfahren zu korrigieren, präferiert erkennbar auch das BVerfG. Nur weil diese Aufgabe bislang von den LSG nicht wahrgenommen wurde, hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde gegen eine Zwischenentscheidung des SG über die Ablehnung für zulässig gehalten.<sup>131</sup>
- 200** Wird diese Aufgabe der Verfahrensaufsicht über im Zusammenhang mit Ablehnungsgesuchen ergangene instanzgerichtliche Entscheidungen im weiteren fachgerichtlichen Verfahren wahrgenommen, sind **Verfassungsbeschwerden** gegen diese Zwischenentscheidungen mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig.<sup>132</sup>
- 201** Der Verfahrensaufsicht durch das LSG über das SG, um Verfassungsverstöße durch nicht anfechtbare Entscheidungen über Ablehnungsgesuche im Rechtsmittelverfahren zu korrigieren, steht § 159 SGG nicht zwingend entgegen. Denn ebenso, wie im Verhältnis von BSG und LSG § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 557 Abs. 2 ZPO zwar grundsätzlich eine Inzidentprüfung einer unanfechtbaren

<sup>126</sup> BSG v. 27.10.2009 - B 1 KR 51/09 B - juris Rn. 6, 10, 12; BSG v. 09.04.2014 - B 14 AS 363/13 B - juris Rn. 2, 4; BSG v. 16.12.2015 - B 14 AS 191/15 B - juris Rn. 2, 4.

<sup>127</sup> Zur Beachtung der Falschbesetzung des Gerichts von Amts wegen – ohne Verfahrensrüge – nur bei strukturell fehlerhafter Besetzung des Gerichts BSG v. 08.11.2007 - B 9/9a SB 3/06 R - juris Rn. 13 f. (Urteil LSG nur durch Berichterstatter); BSG v. 19.10.2016 - B 14 AS 33/15 R - juris Rn. 16 (Entscheidung LSG durch Beschluss ohne ehrenamtliche Richter); BSG v. 03.08.2017 - B 14 AS 67/17 B - juris Rn. 7.

<sup>128</sup> Vgl. BVerfG v. 15.06.2015 - 1 BvR 1288/14 - juris Rn. 20.

<sup>129</sup> Überprüfung einer Zwischenentscheidung vor Ergehen der Endentscheidung: BSG v. 13.11.2017 - B 13 R 17/17 BH - juris Rn. 9 ff.; BSG v. 13.11.2017 - B 13 R 18/17 BH - juris Rn. 9 ff.; BSG v. 13.11.2017 - B 13 R 26/17 BH - juris Rn. 11 ff. Überprüfung einer Endentscheidung: BSG v. 23.10.2017 - B 8 SO 28/17 BH - juris Rn. 6 f.

<sup>130</sup> BSG v. 07.07.2016 - B 9 V 22/16 B - juris Rn. 6.

<sup>131</sup> BVerfG v. 21.11.2018 - 1 BvR 436/17 - juris Rn. 8 ff.

<sup>132</sup> BVerfG v. 18.02.2019 - 2 BvR 229/19.

Zwischenentscheidung über ein Ablehnungsgesuch durch das Revisionsgericht im Rahmen des Rechtsmittels gegen eine von erfolglos abgelehnten Richtern getroffene Entscheidung ausschließt und hiervon eine Ausnahme aus verfassungsrechtlichen Gründen anerkannt ist, wenn die Behandlung des Ablehnungsgesuchs so fehlerhaft ist, dass hierdurch das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt ist, kommt diese **Ausnahme vom Grundsatz** auch im Verhältnis von LSG und SG mit Blick nicht nur auf § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 512 ZPO sondern auch auf § 159 SGG in Betracht.<sup>133</sup>

**201.1** Für ein Beispiel der Verfahrensaufsicht des LSG über das SG und einer Zurückverweisung an das SG s. LSG Nordrhein-Westfalen v. 02.10.2023 - L 13 VS 39/22. !

*Aktualisierung vom 05.12.2023*

**202** Hierfür spricht, dass es bei der fachgerichtlichen Verfahrensaufsicht durch BSG und LSG jeweils um die **Entlastung des BVerfG** von Verfassungsbeschwerden gegen unanfechtbare gerichtliche Zwischenentscheidungen geht, durch die Ablehnungsgesuche in der jeweiligen Vorinstanz – LSG oder SG – willkürlich oder unter grundlegender Verkenning von Bedeutung und Tragweite des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG behandelt wurden.

**202.1** Nach Auswertung von im Verfassungsbeschwerdeverfahren eingeholten Stellungnahmen der LSG und des BSG hat das BVerfG anerkannt, dass ein Beschwerdeführer, der eine selbständige Entscheidung eines SG über ein Ablehnungsgesuch mit der Verfassungsbeschwerde angreift, nunmehr auf das fachgerichtliche Verfahren verwiesen werden kann, weil in diesem ein Wegfall der Beschwer durch den geltend gemachten Verfassungsverstoß möglich erscheint (BVerfG v. 05.12.2023 - 1 BvR 2221/22 in Abkehr von BVerfG v. 21.11.2018 - 1 BvR 436/17). !

*Aktualisierung vom 29.01.2024*

### 3. Ablehnung von ehrenamtlichen Richtern

**203** Diese Verfahrensvorschriften (Rn. 94) für Berufsrichter finden entsprechende Anwendung bei der Ablehnung von ehrenamtlichen Richtern.

**204** Nach diesen Vorschriften entscheidet über die Ablehnung eines ehrenamtlichen Richters am SG der Kammervorsitzende allein ohne Mitwirkung ehrenamtlicher Richter.<sup>134</sup>

### 4. Ablehnung von Rechtspflegern

**205** Die Verfahrensvorschriften (Rn. 94) für Berufsrichter finden entsprechende Anwendung bei der Ablehnung von Rechtspflegern (§ 10 Satz 1 RPfIG).

**206** Über die Ablehnung des Rechtspflegers entscheidet der Richter (§ 10 Satz 2 RPfIG).

### 5. Ablehnung von Urkundsbeamten

**207** Die Verfahrensvorschriften (Rn. 94) für Berufsrichter finden entsprechende Anwendung bei der Ablehnung von Urkundsbeamten der Geschäftsstelle.

**208** Die Entscheidung über Ablehnungsgesuche oder Selbstablehnungen ergeht durch das Gericht, bei dem der Urkundsbeamte angestellt ist (§ 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 49 ZPO).

**208.1** Zur Entscheidung über einen Ablehnungsantrag gegenüber einem Urkundsbeamten durch den zuständigen Spruchkörper des Gerichts, dem der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle angehört, vgl. BFH v. 10.08.2023 - X S 9/23 - juris Rn. 8. !

<sup>133</sup> Vgl. hierzu BSG v. 17.08.2020 - B 14 AS 240/19 B - juris Rn. 8, wo diese Frage dahinstehen konnte, weil bis zum Abschluss des SG-Verfahrens kein Ablehnungsgesuch angebracht worden war; vgl. auch die weitgehend parallelen Entscheidungen BSG v. 03.09.2020 - B 14 AS 189/19 B - juris Rn. 15; BSG v. 03.09.2020 - B 14 AS 339/19 B - juris Rn. 19 und BSG v. 03.09.2020 - B 14 AS 351/19 B - juris Rn. 13.

<sup>134</sup> SG Marburg v. 26.01.2018 - S 12 KA 422/15 - juris Rn. 7 f.

Aktualisierung vom 04.10.2023

## V. Rechtsfolgen der Ausschließung und Ablehnung

### 1. Ausschließung

- 209** Die kraft Gesetzes ausgeschlossene Gerichtsperson ist **von jeder Mitwirkung** am Verfahren **ausgeschlossen**.
- 210** Wirkt ein Richter dennoch bei der Entscheidung des Verfahrens mit, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, ist die **Nichtigkeitsklage** eröffnet, sofern nicht dieses Mitwirkungshindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist (§ 179 Abs. 1 SGG i.V.m. § 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

### 2. Ablehnung

- 211** Die erfolgreich abgelehnte Gerichtsperson, sei es aufgrund eines Ablehnungsgesuchs oder einer Selbstablehnung, ist **von jeder Mitwirkung** am Verfahren **ausgeschlossen**.
- 212** Wirkt dennoch bei der Entscheidung des Verfahrens ein Richter mit, obgleich er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt war, ist die **Nichtigkeitsklage** eröffnet (§ 179 Abs. 1 SGG i.V.m. § 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO).

## VI. Rechtsfolgen unterbliebener Ausschließung und Ablehnung

### 1. Ausschließung

- 213** Wirkt ein Berufsrichter an der Entscheidung mit, obwohl er kraft Gesetzes ausgeschlossen war, kann dieser **Verfahrensfehler** im Rechtsmittelverfahren korrigiert werden. Durch ein **Rechtsmittel** kann geltend gemacht werden, dass ein Berufsrichter bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, der in diesem Verfahren von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war. Im Revisionsverfahren ist dies ein **absoluter Revisionsgrund**, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist (§ 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 547 Nr. 2 ZPO). Ohne entsprechende Rüge ist die konkrete personelle Falschbesetzung des Gerichts indes im Revisionsverfahren als Verfahrensmangel nicht zu beachten.<sup>135</sup>
- 214** Nach § 179 Abs. 1 SGG kann ein rechtskräftig beendetes Verfahren entsprechend den Vorschriften des Vierten Buches der ZPO – §§ 578 ff. ZPO – wieder aufgenommen werden. Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens kann durch **Nichtigkeitsklage** erfolgen (§ 578 Abs. 1 ZPO). Diese findet statt, wenn ein Richter bei der Entscheidung mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hindernis mittels eines Ablehnungsgesuchs oder eines Rechtsmittels ohne Erfolg geltend gemacht ist (§ 579 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).

### 2. Ablehnung

- 215** Wird ein Richter nicht abgelehnt und wirkt an der Entscheidung mit, weil ein Beteiligter den ihm bekannten Ablehnungsgrund nicht durch Anbringung eines Ablehnungsgesuchs geltend gemacht hat, ist die Ablehnung im Rechtsmittelverfahren **nicht** mehr **nachholbar**. Ablehnbarkeit ist kein Verfahrensmangel.

<sup>135</sup> BSG v. 17.08.2011 - B 6 KA 32/10 R - juris Rn. 12; anders – Beachtung von Amts wegen – bei strukturell fehlerhafter Besetzung des Gerichts BSG v. 08.11.2007 - B 9/9a SB 3/06 R - juris Rn. 13 f. (Urteil LSG nur durch Berichterstatter); BSG v. 19.10.2016 - B 14 AS 33/15 R - juris Rn. 16 (Entscheidung LSG durch Beschluss ohne ehrenamtliche Richter); BSG v. 03.08.2017 - B 14 AS 67/17 B - juris Rn. 7.

- 216** Wird indes ein Richter nicht abgelehnt und wirkt an der Entscheidung mit, weil das Gericht über einen ihm bekannten, den Beteiligten aber unbekanntem möglichen Ablehnungsgrund die Beteiligten nicht unterrichtet hat, so kann dies als **Verfahrensfehler** noch im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden. Die unterbliebene Unterrichtung ist eine Verletzung des Anspruchs auf **rechtlisches Gehör**.<sup>136</sup>
- 217** Nach Rechtskraft der Entscheidung kann die Befangenheit eines Richters, der an ihr mitgewirkt hat, nur noch in den engen Grenzen des § 179 Abs. 1 SGG i.V.m. § 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO geltend gemacht werden. Es kommt dann nicht mehr darauf an, ob ein Beteiligter den ihm bekannten Ablehnungsgrund nur nicht durch Anbringung eines Ablehnungsgesuchs geltend gemacht hat oder ihm ein möglicher Ablehnungsgrund unbekannt geblieben ist, weil der Richter eine Selbstablehnung oder das Gericht eine entsprechende Unterrichtung unterlassen hat. Es setzt sich die **Rechtskraft** der Entscheidung durch.<sup>137</sup>

## VII. Ausschließung und Ablehnung von Sachverständigen und Dolmetschern

- 218** Eine **Ausschließung** kraft Gesetzes wie bei Gerichtspersonen **gibt es** bei Sachverständigen und Dolmetschern **nicht**. Diese können nur wegen Besorgnis der Befangenheit von den Beteiligten abgelehnt werden, wobei die für Richter geltenden Ausschließungsgründe zur Ablehnung berechtigen.<sup>138</sup>

### 1. Sachverständige

- 219** Die **Ablehnung** von Sachverständigen bestimmt sich nach **§ 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 406 Abs. 1 bis 4 ZPO**. Der Sachverständige kann aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, von den Beteiligten abgelehnt werden (§ 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Ablehnungsantrag ist bei dem Gericht oder Richter, von dem der Sachverständige ernannt ist, nach näherer Maßgabe von § 406 Abs. 2 ZPO zu stellen; der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen (§ 406 Abs. 3 ZPO). Über den Ablehnungsantrag entscheidet das Gericht oder der Richter, von dem der Sachverständige ernannt ist, durch Beschluss (§ 406 Abs. 4 ZPO). Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 172 Abs. 2, 177 SGG); § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG verweist auch nicht auf § 406 Abs. 5 ZPO.<sup>139</sup>
- 220** Auch mit Blick auf die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs gegen einen Sachverständigen durch ein LSG gilt, dass diese nach § 202 Satz 1 SGG i.V.m. § 557 Abs. 2 ZPO nicht der Überprüfung durch das BSG unterliegt und grundsätzlich nicht als Verfahrensmangel geltend gemacht werden kann.<sup>140</sup>
- 221** Der Sachverständige kann nur von den Beteiligten abgelehnt werden. Eine **Selbstablehnung** wie bei Gerichtspersonen **gibt es** bei Sachverständigen **nicht**. Doch hat der Sachverständige nach § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 407a Abs. 2 ZPO unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt,

<sup>136</sup> BSG v. 24.11.2005 - B 9a VG 6/05 B (instanzenübergreifende Richterehe).

<sup>137</sup> A.A. *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren, 2014, S. 324: Unterlassen von Selbstablehnung ist Rechtsbeugung und eröffnet nach § 580 Nr. 5 ZPO die Restitutionsklage.

<sup>138</sup> *Keller* in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, § 60 SGG Rn. 13c, § 118 Rn. 12i; *Meinert*, Befangenheit im Rechtsstreit, 2015, Rn. 249.

<sup>139</sup> Entgegen LSG Baden-Württemberg v. 24.10.2019 - L 6 U 1582/19 - juris Rn. 67 ist an der Unanfechtbarkeit von Zwischenentscheidungen (hier: des SG) über Ablehnungsgesuche gegen einen Sachverständigen festzuhalten und gleichwohl im Rechtsmittelverfahren in den zuvor aufgezeigten Grenzen eine Verfahrensaufsicht zu gewährleisten; vgl. auch *Loytved*, jurisPR-SozR 23/2019 Anm. 4.

<sup>140</sup> Vgl. hierzu und zu den Ausnahmen BSG v. 07.06.2018 - B 9 V 69/17 B - juris Rn. 5 f.

der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen, und er hat dem Gericht solche **Gründe** unverzüglich **mitzuteilen**. Unterlässt er dies, kann gegen ihn ein Ordnungsgeld festgesetzt werden. Auch kann ein Sachverständiger nach Maßgabe von § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 408 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Erstattung des Gutachtens verweigern.<sup>141</sup>

**222** Zu Einzelheiten siehe die Kommentierung zu § 118 SGG.<sup>142</sup>

## 2. Dolmetscher

**223** Die **Ablehnung** von Dolmetschern bestimmt sich nach **§ 61 Abs. 1 SGG i.V.m. § 191 Satz 1 GVG i.V.m. § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 406 Abs. 1 bis 4 ZPO**. Trotz des Wortlauts von § 191 Satz 1 GVG gibt es keine Ausschließung kraft Gesetzes von Dolmetschern; „Ausschließung“ weist hier nur auf einen Ablehnungsgrund.<sup>143</sup> Der Dolmetscher kann wie der Sachverständige aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, von den Beteiligten abgelehnt werden (§ 406 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Über den Ablehnungsantrag (§ 406 Abs. 2 ZPO) entscheidet das Gericht oder der Richter, von dem der Dolmetscher zugezogen ist, durch Beschluss (§ 191 Satz 2 GVG, § 406 Abs. 4 ZPO). Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 172 Abs. 2, 177 SGG); § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG verweist auch nicht auf § 406 Abs. 5 ZPO.

**224** Der Dolmetscher kann nur von den Beteiligten abgelehnt werden. Eine **Selbstablehnung** wie bei Gerichtspersonen **gibt es** bei Dolmetschern **nicht**. Doch kann ein Dolmetscher nach Maßgabe von § 61 Abs. 1 SGG i.V.m. § 191 Satz 1 GVG i.V.m. § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 408 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Übertragung verweigern.

**225** Zu Einzelheiten siehe die Kommentierung zu § 61 SGG.

## VIII. Rechtstatsachen

**226** Das prozessuale Recht der Beteiligten, sich gegen einen parteilichen oder befangenen Richter zu wehren, ist in seiner Wahrnehmung in der Praxis zum Teil verkommen zur Obstruktion und Bosheit. Das ist schade, denn es verschüttet die Geschichte und den Sinn und Zweck der nach wie vor wichtigen verfassungsrechtlichen Errungenschaft dieses Rechts.

**227** So ist es zum Alltag und Handwerk der Gerichte aller Gerichtsbarkeiten und aller Instanzen geworden, prozessordnungsgemäß Ablehnungsgesuche abzuarbeiten, ohne sich zu handwerklichen Fehlern hinreißen zu lassen.

**228** Hinter diese aus richterlicher Perspektive beschriebenen Rechtstatsachen lässt sich ein Fragezeichen setzen; Beschreibungen aus anwaltlicher Perspektive lesen sich anders. Insoweit werden Abwehrmechanismen der Rechtsprechung kritisiert, in denen das richterliche „Unfehlbarkeitsdogma“ zum Ausdruck gelange, und gegen die der Anwalt den Mut aufbringen müsse, zu kämpfen.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, § 118 SGG Rn. 12i.

<sup>142</sup> Zu den Neuregelungen beim sozialgerichtlichen Sachverständigenbeweis durch das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostenengesetzes vom 11.10.2016 (BGBl I 2016, 2222) vgl. Roller, SGB 2017, 5. Zur Ablehnung von medizinischen Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit mit Rechtsprechungsbeispielen auf der Grundlage des neugefassten Sachverständigenrechts s. Wölk, ZMGR 2018, 78.

<sup>143</sup> Lückemann in: Zöller, ZPO, § 191 GVG Rn. 1.

<sup>144</sup> Schneider/Gronemann, Befangenheitsablehnung im Zivilprozess. Die Abwehr verfahrenswidriger richterlicher Maßnahmen und Entscheidungen, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 1 ff.

## C. Praxishinweise

### I. Ablehnung lange vor der mündlichen Verhandlung

**229** Es ist ratsam, der Versuchung zu widerstehen, über Ablehnungsgesuche wegen Besorgnis der Befangenheit unter Mitwirkung abgelehnter Richter zu entscheiden. Nur in Fällen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Rechtsmissbräuchlichkeit und wenn die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch auch ausschließlich hiermit begründet wird, kommt eine Selbstentscheidung in Betracht. In allen anderen Fällen ist die Gefahr groß, dass die Grenze der zulässigen Selbstentscheidung über ein Ablehnungsgesuch überschritten wird. Es besteht kein Grund, bei Ablehnungsgesuchen lange vor der mündlichen Verhandlung sich in diese Gefahr zu begeben.

### II. Ablehnung kurz vor der mündlichen Verhandlung

**230** Hier ist es erst recht ratsam, der Versuchung zu widerstehen, zur Rettung des Termins über Ablehnungsgesuche wegen Besorgnis der Befangenheit unter Mitwirkung abgelehnter Richter zu entscheiden<sup>145</sup>, zumal wenn diese Entscheidung mit der Ablehnung eines Antrags auf Terminaufhebung verbunden wird. Denn die Gefahr ist groß, dass bei der Selbstentscheidung über das Ablehnungsgesuch, die mit der Ablehnung des Terminaufhebungsantrags verbunden wird, zur Begründung nicht ausschließlich auf die offensichtliche Unzulässigkeit oder Rechtsmissbräuchlichkeit des Ablehnungsgesuchs abgestellt wird.<sup>146</sup> Es empfiehlt sich, das Tempo aus der Sache zu nehmen und eine Entscheidung durch die geschäftsplanmäßigen Vertreter noch vor dem Termin zu erreichen zu suchen oder aber, gelingt dies nicht, den Termin aufzuheben.<sup>147</sup>

**231** Indes kann sich ein solches Ablehnungsgesuch auch i.S.d. § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 43 ZPO erledigen, wenn ein Beteiligter nach Ablehnung seines Antrags auf Terminaufhebung zwar in der Nacht vor der mündlichen Verhandlung einen Befangenheitsantrag gestellt hat, jedoch sein zur mündlichen Verhandlung erschienener Prozessbevollmächtigter sich in Kenntnis des Ablehnungsgesuchs in die Verhandlung eingelassen und ausschließlich einen Sachantrag gestellt hat.<sup>148</sup>

### III. Ablehnungsgesuch in der mündlichen Verhandlung

**232** Nur für Ablehnungsgesuche in der mündlichen Verhandlung bietet § 60 Abs. 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 2 Satz 1 ZPO ein Hilfsmittel, wie mit unzulässigen oder offensichtlich unbegründeten Ablehnungsgesuchen umgegangen werden kann. Es empfiehlt sich, dieses Hilfsmittel auch bei offensichtlich unzulässigen oder rechtsmissbräuchlichen Ablehnungsgesuchen zu nutzen, um die Gefahr einer unzulässigen Selbstentscheidung zu vermeiden, in die sich zu begeben wegen der Handlungsmöglichkeit nach § 47 Abs. 2 Satz 1 ZPO kein Grund besteht.

<sup>145</sup> Vgl. als Beispiel BSG v. 16.12.2015 - B 14 AS 191/15 B.

<sup>146</sup> Eine unzulässige Selbstentscheidung des abgelehnten Richters über ein Ablehnungsgesuch kurz vor dem Termin führt zudem zur Rechtswidrigkeit auch eines vom abgelehnten Richter festgesetzten Ordnungsgeldes gegen den ablehnenden und nicht zum Termin erschienenen Beteiligten (vgl. Hessisches LSG v. 15.05.2018 - L 9 AS 532/17 B).

<sup>147</sup> Vgl. auch BSG v. 20.01.2016 - B 14 AS 193/15 B.

<sup>148</sup> BSG v. 20.01.2016 - B 14 AS 193/15 B.

## IV. Ablehnungsgesuch und Anhörungsrüge

- 233** Wird eine Anhörungsrüge mit einem Ablehnungsgesuch verbunden und dieses allein damit begründet, die abgelehnten Richter hätten bei ihrer vorhergehenden Entscheidung den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, kann über das Ablehnungsgesuch zusammen mit der Anhörungsrüge durch die abgelehnten Richter selbst entschieden werden. Denn ein nur hiermit begründetes Ablehnungsgesuch ist offensichtlich unzulässig. Es ist gerade der Sinn der Anhörungsrüge, dass der vorbefasste Richter die Möglichkeit zur Selbstkorrektur erhält.<sup>149</sup>
- 234** Wird gegen die Entscheidung, mit der die Anhörungsrüge als unzulässig verworfen oder unbegründet zurückgewiesen sowie das mit der Anhörungsrüge in dieser Weise verbundene Ablehnungsgesuch als offensichtlich unzulässig verworfen wird, eine weitere Anhörungsrüge mit einem erneuten Ablehnungsgesuch erhoben, ist die weitere Anhörungsrüge unstatthaft und deshalb unzulässig, weshalb auch das erneute Ablehnungsgesuch offensichtlich unzulässig ist. Denn eine erneute Sachentscheidung ist durch das Gericht nicht mehr zu treffen.
- 235** Ein zunächst als befangen abgelehnter Richter darf nach der ohne seine Mitwirkung erfolgten Verwerfung oder Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs in einem hierauf bezogenen Anhörungsrügeverfahren mitwirken. Mit der Verwerfung oder Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs ist dieses erledigt. Rechtsmittel hiergegen sind im SGG nicht vorgesehen. Für das eigenständige Anhörungsrügeverfahren gelten die allgemeinen Geschäftsverteilungs- und Besetzungsregeln.<sup>150</sup>

## V. Tenorierungen

- 236** Ist ein Ablehnungsgesuch offensichtlich unzulässig oder rechtsmissbräuchlich, kann tenoriert werden: „Das Ablehnungsgesuch der/des ... gegen ... wird als unzulässig verworfen.“
- 237** Ist ein Ablehnungsgesuch unzulässig, kann zur Abgrenzung von Fällen offensichtlicher Unzulässigkeit und Rechtsmissbräuchlichkeit tenoriert werden: „Das Ablehnungsgesuch der/des ... gegen ... wird als unzulässig zurückgewiesen.“
- 238** Ist ein Ablehnungsgesuch unbegründet, kann tenoriert werden: „Das Ablehnungsgesuch der/des ... gegen ... wird für unbegründet erklärt.“ Oder: „Das Ablehnungsgesuch der/des ... gegen ... ist unbegründet.“ Oder: „Das Ablehnungsgesuch der/des ... gegen ... wird als unbegründet zurückgewiesen.“ Die erste Tenorierung ergibt sich aus § 46 Abs. 2 ZPO.
- 239** Wird einem Ablehnungsgesuch stattgegeben, kann tenoriert werden: „Das Ablehnungsgesuch der/des ... gegen ... wird für begründet erklärt.“ Oder: „Das Ablehnungsgesuch der/des ... gegen ... ist begründet.“ Die erste Tenorierung ergibt sich aus § 46 Abs. 2 ZPO und § 47 Abs. 2 Satz 2 ZPO.

<sup>149</sup> BSG v. 25.02.2010 - B 11 AL 22/09 C; Bayerisches LSG v. 25.10.2016 - L 15 SF 281/16 AB; ebenso VGH Baden-Württemberg v. 08.06.2016 - 1 S 783/16 - juris Rn. 3 ff.; Bayerischer VGH v. 07.11.2016 - 10 BV 16.962 - juris Rn. 6 ff.; vgl. auch oben Rn. 180 ff.

<sup>150</sup> A.A. BGH v. 15.06.2010 - XI ZB 33/09 - juris Rn. 17; vgl. zu dieser streitigen Rechtsfrage BVerfG v. 24.10.2011 - 1 BvR 1848/11, 1 BvR 2162/11 - juris Rn. 8.