

Für das Nachschlagewerk!	Ja
Für die Fachpresse!	Ja
Für die amtliche Sammlung!	Nein

14
V

Gesetz: ZPO § 41 Ziff. 6, § 42 Abs. 1, § 45 Abs. 1,
§§ 331, 342, 343

Leitsatz:

Ein Richter ist im Berufungsverfahren gegen eine Entscheidung nach § 343 ZPO auch dann kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen (§ 41 Nr. 6 ZPO), wenn er zwar nicht an der angefochtenen Entscheidung, wohl aber an dem Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen Beklagten (§ 331 ZPO) mitgewirkt hat.

Aktenzeichen: 5 AR 43/68

Beschluß des BAG vom 7. Februar 1968 LAG Rheinland-Pfalz



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AR 43/68

2 Sa 96/67 Rheinland-Pfalz

B e s c h l u ß

In Sachen

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts am
7. Februar 1968 beschlossen:

Die gegen den stellvertretenden Vorsitzenden
der Zweiten Kammer des Landesarbeitsgerichts
Rheinland-Pfalz, Landesarbeitsgerichtsdirek-
tor Dr. D. von P , gerichteten Ableh-
nungsgesuche beider Parteien werden für be-
gründet erklärt.

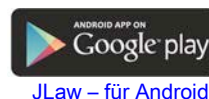
G r ü n d e :

Der Kläger klagt gegen den Beklagten auf Zahlung eines
Restlohnos in Höhe von DM 773,09. Wegen dieses Anspruchs hat
der seinerzeit noch als Vorsitzender der Zweiten Kammer des
Arbeitsgerichts Koblenz tätige, jetzige stellvertretende
Vorsitzende der Zweiten Kammer des Landesarbeitsgerichts
Rheinland-Pfalz, Landesarbeitsgerichtsdirektor Dr. D. von
F , im Termin am 9. Dezember 1966 antragsgemäß gegen
den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnisurteil er-
lassen. Das Arbeitsgericht hat das Versäumnisurteil, nachdem

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

der Beklagte hiergegen Einspruch eingelegt hatte, durch das unter dem Vorsitz eines anderen Richters ergangene Urteil vom 14. März 1967 aufrechterhalten und die inzwischen vom Beklagten erhobene Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten ist Termin zur Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht auf den 1. Februar 1968 anberaumt worden. In diesem Termin tagte die Zweite Kammer des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz unter dem Vorsitz von Landesarbeitsgerichtsdirektor Dr. _____, der die Vertretung des Vorsitzenden dieser Kammer wahrnahm.

Beide Parteien haben den stellvertretenden Vorsitzenden gem. § 42 Abs. 1 ZPO abgelehnt und sich zur Begründung auf § 41 Ziff. 6 ZPO berufen.

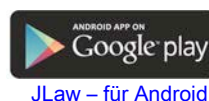
Der stellvertretende Vorsitzende hat das Ablehnungsgesuch dem Bundesarbeitsgericht mit der Bitte um Entscheidung vorgelegt, weil die ordentlichen Vorsitzenden der Kammern 1 und 2 erkrankt sind und der vorübergehend mit der Führung des Vorsitzes der Kammer 2 beauftragte Hilfsrichter beurlaubt ist und deshalb gegenwärtig keine Vertretung und keine Vertretungsmöglichkeit nach § 67 GVG für den abgelehnten Vorsitzenden beim Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz besteht. In einer dienstlichen Stellungnahme hat der abgelehnte Vorsitzende die Ablehnung für unbegründet erachtet, weil er an dem angefochtenen Urteil vom 14. März 1967 nicht mitgewirkt habe und deshalb der Ausschlussgrund des § 41 Ziff. 6 ZPO nicht vorliege.

Das Bundesarbeitsgericht ist als das gegenüber dem Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz im Rechtszuge zunächst höhere Gericht gem. § 45 Abs. 1 ZPO für die Entscheidung über die Ablehnungsgesuche zuständig, weil das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz infolge der Ablehnung des gegenwärtig allein amtierenden Vorsitzenden beschlußunfähig geworden ist. Der rechtlichen Beschlußunfähigkeit wegen Ablehnung aller Vorsitzender ist die tatsächliche Be-

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



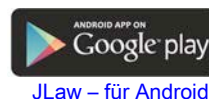
[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

schlußunfähigkeit infolge der, wenn auch vorübergehenden, Verhinderung der übrigen nicht abgelehnten Vorsitzenden wegen Erkrankung und Beurlaubung gleichzusetzen.

Das Ablehnungsgesuch ist gem. § 42 Abs. 1 auch begründet, weil der stellvertretende Vorsitzende der Kammer 2 auf Grund seiner schon in der ersten Instanz erfolgten richterlichen Tätigkeit in derselben Sache gem. § 41 Ziff. 6 ZPO von der weiteren Ausübung des Richteramtes im Berufungsverfahren ausgeschlossen ist. Nach dieser Bestimmung ist ein zwingender Ausschließungsgrund für die Tätigkeit in der Rechtsmittelinstanz u.a. hinsichtlich der Richter gegeben, die in einem früheren Rechtszug in derselben Sache bei dem Erlaß der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt haben. Soweit ersichtlich, hat die Rechtsprechung sich bislang noch nicht mit der Frage befaßt, ob diese Voraussetzung auch dann gegeben ist, wenn ein Richter in der Vorinstanz ein Versäumnisurteil erlassen hat, das auf Grund eines zulässigen Einspruches in einer neuen Entscheidung, an der ein anderer Richter mitgewirkt hat, aufgehoben oder bestätigt worden ist und nunmehr gegen die neue Entscheidung Berufung eingelegt wird. In der Literatur werden dazu entgegengesetzte Auffassungen vertreten. Während Pohle (Stein-Jonas-Pohle, Kommentar zur ZPO, 19. Aufl., § 41, Bem. III 6 Anm. 32) eine derartige vorinstanzliche richterliche Tätigkeit offensichtlich nicht für einen Ausschließungsgrund hält, vertritt Wieczorek (Kommentar zur ZPO, § 41 Anm. C II f 2) den entgegengesetzten Standpunkt. Nach der differenzierenden Beurteilung von Baumbach-Lauterbach (Kommentar zur ZPO, 29. Aufl., § 41 Anm. 2 F), soll es darauf ankommen, ob das Versäumnisurteil durch die neue Entscheidung bestätigt (dann Ausschließung) oder aufgehoben wird (dann keine Ausschließung). Der von Wieczorek und Baumbach-Lauterbach vertretene Meinung ist jedenfalls dann zu folgen, wenn es sich - wie vorliegend - um ein nach § 351 ZPO gegen den säumigen Beklagten erlassenes Versäumnisurteil handelt, das gemäß § 343 ZPO aufrechterhalten worden ist.



- 4 -

Es mag allerdings zweifelhaft sein, ob dieses Ergebnis durch eine bloße Wortinterpretation des § 41 Ziff. 6 ZPO getragen wird. Auf Grund eines zulässigen Einspruches ist der Rechtsstreit nämlich, wie sich aus § 342 ZPO ergibt, von neuem zu verhandeln; das Gericht ist bei der Entscheidung auf Grund der weiteren Verhandlung völlig frei und nicht auf die Prüfung beschränkt, ob das Versäumnisurteil zulässig war und prozessual ordnungsgemäß ergangen ist (vgl. Stein-Jonas-Schönke, Kommentar zur ZPO, 18. Aufl., § 343 Anm. I). Nach § 343 ZPO wird aber immerhin bei der Abfassung des Tenors des neuen Urteils auf das Versäumnisurteil zurückgegriffen. Wenn diese Bestimmung zwar auch nur die äußere Form der weiteren Entscheidung betrifft (vgl. RG, JW 1898, 602), so hat sie ihren Grund doch darin, daß durch den Einspruch das Versäumnisurteil noch nicht restlos beseitigt wird, sondern als vollstreckungsfähiger Titel bis zur Aufhebung durch ein weiteres Urteil fortbesteht (RGZ 50, 412 [415]). Wird ein gegen den Beklagten erlassenes Versäumnisurteil aufrechterhalten, dann kann sich das Rechtsmittelgericht, falls es die dagegen eingelegte Berufung für begründet hält, nicht darauf beschränken, das angefochtene Urteil abzuändern, sondern es muß zugleich unter Aufhebung des Versäumnisurteils die Klage abweisen. Das Versäumnisurteil liegt somit insoweit formell auch dem angefochtenen bestätigenden Urteil zu Grunde. Ein Versäumnisurteil kann zwar in demselben Rechtszuge vor dem Richter, der es erlassen hat, auf Grund der auf den Einspruch folgenden Verhandlung wieder aufgehoben werden (vgl. RG, JW 1895, 518). Es ist aber nicht unbedenklich, demselben Richter diese Befugnis auch für die Rechtsmittelinstanz einzuräumen.

Schwerwiegender als diese formelle Erwägung ist jedoch die Berücksichtigung des inneren Grundes der Vorschrift des § 41 Ziff. 6 ZPO, der in Fällen der vorliegenden Art zumindest die sinngemäße Anwendung dieser Bestimmung rechtfertigt. Sie soll nämlich verhüten, daß ein Richter, der in der unteren Instanz an der Urteilsfindung teilgenommen hat, in der höheren Instanz wiederum

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

als erkennender Richter tätig wird, weil dann die erforderliche Gewähr für die völlige Unbefangenheit bei der Beurteilung der angefochtenen Entscheidung fehlt (vgl. RGZ 26, 383 [384]; RG, JW 1903, 289; BGH, NJW 1960, 1762). Dieser Zweck des Ausschließungsgrundes gebietet es, die Anwendung des § 41 Ziff. 6 ZPO nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen der Richter auch formell an der angefochtenen Entscheidung selbst mitgewirkt hat, sondern sie auch auf diejenigen zu erstrecken, in denen sich die sachliche Beurteilung der angefochtenen Entscheidung notwendigerweise ganz oder teilweise auf solche Rechtsfragen beziehen muß, die der Richter in der Vorinstanz schon bei der Findung eines Urteils entschieden hat. Das trifft auch dann zu, wenn er in der Vorinstanz ein Versäumnisurteil gegen den säumigen Beklagten erlassen hat. Diese Entscheidung ergeht nämlich nicht allein auf Grund der Säumnis des Prozeßgegners, sondern setzt die Prüfung und Bestätigung der Schlüssigkeit der Klage durch den Richter voraus (vgl. § 331 Abs. 2 ZPO). Die für die Nachprüfung des bestätigenden Urteils erheblichen rechtlichen Gesichtspunkte decken sich somit teilweise mit denen, zu denen der Richter bereits in der ersten Instanz Stellung genommen hat, und zwar nicht nur durch Verkündung eines jederzeit von Amts wegen abänderbaren Auflagen- oder Beweisbeschlusses (vgl. hierzu RGZ 105, 17), sondern durch Erlaß eines Urteils. Die Bedeutung des Erlasses eines Versäumnisurteils nach § 331 ZPO für die Mitwirkung an dem Berufungsverfahren gegen das nach § 343 ZPO erlassene bestätigende Urteil ist deshalb anders zu bewerten, als die Mitwirkung eines Richters, der im ersten Rechtszug an einem Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO) mitgewirkt hat, im zweiten Rechtszug des Betragsverfahrens (vgl. BGH, NJW 1960, 1762). Die Möglichkeit der Voreingenommenheit bei der Prüfung eines derartigen bestätigenden Urteils nach § 343 ZPO, die § 41 Ziff. 6 ZPO von vornherein und generell ausschließen will, wird insbesondere dann deutlich, wenn die Begründetheit der Berufung eines Beklagten allein davon abhängt, ob das Vorbringen der Gegenseite schlüssig ist. Ob das auch hier



zutrifft, braucht nicht entschieden zu werden, weil es bei der Ausschließung anders als bei der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nicht darauf ankommt, ob die konkreten Umstände des Einzelfalles die Besorgnis der partiischen Entscheidung des Richters rechtfertigt (vgl. Wieczorek, aaO, § 42 Anm. A I). Es reicht vielmehr aus, daß eine solche Besorgnis bei derartigen richterlichen Tätigkeiten, wie sie der abgelehnte Vorsitzende in der ersten Instanz ausgeübt hat, nach den in § 41 Ziff. 6 ZPO zum Ausdruck gekommenen Vorstellungen des Gesetzgebers jedenfalls nicht grundsätzlich auszuschließen ist.

Die Ablehnungsgesuche beider Parteien waren demnach für begründet zu erklären.

gez. Dr. Boldt

Dr. Auffarth

Siara

