

26

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 41 Nr. 6, § 551 Nr. 2

Im Wiederaufnahmeverfahren (hier Nichtigkeitsklage) ist ein Richter nicht deshalb kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen, weil er an dem angegriffenen Urteil beteiligt war.

BGH, Urt. v. 5. Dezember 1980 - V ZR 16/80 - OLG Karlsruhe
LG Freiburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 16/80

URTEIL

Verkündet am
5. Dezember 1980
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Versicherungskaufmanns Eugen V [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],
F [REDACTED] . ,

Nichtigkeitsklägers und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

g e g e n

den Studenten Michael Alexander W [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],
F [REDACTED] . ,

Nichtigkeitsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1980 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Prof. Dr. Hagen, Linden, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 19. Dezember 1979 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Eigentümer eines Grundstücks in F■■■■■, das an ein Grundstück angrenzt, welches dem Rechtsvorgänger des Beklagten und seiner Ehefrau gehörte. Der Kläger errichtete 1966 an der Grundstücksgrenze einen überdachten Freisitz. Unter anderem wegen dieses Freisitzes schwebte zwischen dem Kläger und dem Vater des Beklagten ein Rechtsstreit vor dem Landgericht Freiburg, der in der Berufungsinstanz an das Oberlandesgericht Karlsruhe in Freiburg gelangte; diesem gehörte der Vater des Beklagten selbst als Richter an. Den Rechtsstreit entschied dann der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe mit Urteil vom 22. Dezember 1972.

Gegen dieses Urteil erhob der Vater des Beklagten Nichtigkeitsklage; mit dieser war schließlich der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe befaßt, dem der Vater des Beklagten selbst angehörte. Nachdem sich die übrigen Mitglieder des Senats abgelehnt hatten, verhandelte dieser Senat in der Besetzung mit seinem Vorsitzenden S. [REDACTED] und dem Richter am Oberlandesgericht D. [REDACTED] und Richter am Landgericht K. [REDACTED], die dem 4. und 5. Zivilsenat angehörten. Die letzte mündliche Verhandlung war in dieser Besetzung am 11. Dezember 1975; ein Verkündungstermin wurde auf den 25. Februar 1976 bestimmt.

Am 23. Februar 1976 ging beim 13. Zivilsenat ein persönliches Schreiben des Klägers vom 19. Februar 1976 ein, in dem er mitteilte, er habe jetzt erst erfahren, daß sein Prozeßgegner demselben Senat angehöre, der in der Sache entscheide. Er bitte daher um eine Erklärung der mit der Sache befaßten Richter, daß sie sich trotzdem noch absolut unbefangen fühlen. Ob er selbst die Befangenheitsrüge erheben wolle, könne er erst nach Erhalt der erbetenen richterlichen Äußerungen entscheiden. Er beantragte daher auch, den Verkündungstermin zu verschieben. Der damalige Geschäftsstellenbeamte teilte dem Kläger daraufhin mit, Erklärungen der Richter des Inhalts, daß sie sich nicht befangen fühlen, seien bereits bei den Akten. Darauf bat der Kläger, sein Schreiben vom 19. Februar 1976 als gegenstandslos zu behandeln. Die Information des Geschäftsstellenbeamten entsprach jedoch nicht der Wahrheit.

Der 13. Zivilsenat hielt mit dem am 25. Februar 1976 verkündeten Urteil die Nichtigkeitsklage für zulässig und begründet. Er änderte das frühere Urteil zu Ungunsten des Klägers ab.

Dagegen hat nunmehr der Kläger Nichtigkeitsklage erhoben. Er meint, der 13. Zivilsenat sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen, weil ab 15. Januar 1976 Richter am Landgericht F [REDACTED] diesem Senat zugeteilt worden sei, so daß dieser Richter und nicht Richter am Landgericht K [REDACTED] bei den folgenden Entscheidungen habe mitwirken müssen. Der Senat habe die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen. Er nimmt auch einen Nichtigkeitsgrund nach § 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO an, weil in dem früheren Urteil der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht S [REDACTED] mitgewirkt habe. Durch die unwahren Angaben des Geschäftsstellenbeamten sei er daran gehindert worden, sein Ablehnungsgesuch aufrechtzuerhalten.

Das Oberlandesgericht hat unter Mitwirkung von Richter am Oberlandesgericht D [REDACTED] die Nichtigkeitsklage als unzulässig abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klage weiter; der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Ohne Erfolg ist die Rüge der Revision nach § 551 Nr. 2 ZPO, denn bei der Entscheidung hat kein Richter mitgewirkt, der kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramts ausgeschlossen war. Richter am Oberlandesgericht D [REDACTED] war allerdings sowohl am Urteil vom

25. Februar 1976 als auch an der angefochtenen Entscheidung beteiligt. Dies verstößt jedoch nach den zutreffenden Ausführungen des Oberlandesgerichts nicht gegen § 41 Nr. 6 ZPO. Das den Gegenstand dieses Verfahrens bildende Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. Februar 1976 ist keine "angefochtene Entscheidung" aus "einem früheren Rechtszug" im Sinne von § 41 Nr. 6 ZPO. Auf Wiederaufnahmeverfahren läßt sich diese Vorschrift nicht ausdehnen (gegen eine ausdehnende Anwendung in anderen Fällen auch schon RGZ 148, 199, 200; BGH Urteil vom 5. Juli 1960, VI ZR 109/65 = NJW 1960, 1762; BayObLG NJW 1950, 909, 910). Mit ihr wird der gesetzliche Richter näher bestimmt. Wegen der verfassungsmäßigen Forderung, den gesetzlichen Richter im voraus möglichst eindeutig zu bestimmen, sind solche Vorschriften einer ausweitenden Anwendung nicht zugänglich. Für Erwägungen rechtspolitischer Natur ist im Rahmen einer streng am Wortlaut des Gesetzes orientierten Anwendung kein Raum (vgl. BVerfGE 30, 149, 155; 30, 165 jeweils zu § 23 Abs. 2 StPO). Eine dem § 23 Abs. 2 Satz 1 StPO entsprechende Vorschrift fehlt im Zivilprozeßrecht. Gerade weil sich der Gesetzgeber anlässlich des Strafprozeßänderungsgesetzes vom 19. Dezember 1964 (BGBl I, 1067) mit dem hier einschlägigen Fragenkomplex befaßt und davon abgesehen hat, die Rechtslage im Zivilprozeß der des Strafprozesses anzugleichen, kann weder der Rechtsgedanke des § 23 Abs. 2 StPO im Zivilprozeß Geltung beanspruchen noch § 41 Nr. 6 ZPO in diesem Sinne ausgelegt werden. Der Senat folgt damit der in Rechtsprechung und Literatur ganz herrschenden Meinung (OLG Zweibrücken, NJW 1974, 955; OLG Karlsruhe, OLGZ 75, 243; vgl. auch BVerwG Beschluß vom 4. November 1974, VII B 9/74 = NJW 1975, 1241; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 38. Aufl. Anm. 2 F; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. Rdn. 19;

Thomas/Putzo, ZPO 11. Aufl. Anm. 2 f; Wieczorek, ZPO 2. Aufl. Rdn. C II f 2; Zöllner/Vollkommer, ZPO 12. Aufl. Anm. 2 f je zu § 41 ZPO; Schmidt, NJW 1974, 729; a.A. Lent/Jauernig, Zivilprozeßrecht 17. Aufl. § 14 I 5). Soweit die Meinung vertreten wird, ein Richter des Erstverfahrens könne im Wiederaufnahmeverfahren generell oder jedenfalls immer bei besonderen Fallgestaltungen (etwa wegen der Behauptung eines Restitutionsgrundes nach § 580 Nr. 5 ZPO) mit Erfolg wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1971, 1221; Stemmler, NJW 1974, 1545), liegt auch dem die Auffassung zugrunde, daß jedenfalls ein gesetzlicher Ausschließungsgrund nicht gegeben ist.

Ob Richter am Oberlandesgericht Dolland im vorliegenden Verfahren mit Erfolg hätte abgelehnt werden können, mag auf sich beruhen, denn der Kläger hat jedenfalls insoweit kein Ablehnungsgesuch gestellt, das für begründet erklärt worden wäre (§ 551 Nr. 3 ZPO), vielmehr in Kenntnis des Ablehnungsgrundes vor diesem Richter verhandelt (§ 43 ZPO).

II.

1. Das Oberlandesgericht verneint einen Nichtigkeitsgrund nach § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Richter am Landgericht K [REDACTED] habe zur vorschriftsmäßigen Besetzung des 13. Zivilsenats gehört; denn er habe am 11. Dezember 1975 in der letzten mündlichen Verhandlung teilgenommen und sei deshalb (da er auch weiterhin dem Oberlandesgericht angehört habe) zur Beratung und Entscheidung befugt gewesen. Daß ab 15. Januar 1976 Richter am Landgericht

Fehringer diesem Senat angehörte, sei ohne Bedeutung, denn es komme allein auf die Besetzung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an.

Diese Ausführungen treffen jedenfalls im Ergebnis zu (§ 309 ZPO; vgl. auch BGHZ 61, 369, 370 m.w.N.). Die Revision meint, es sei nicht festgestellt, wann die Beratung und Beschlußfassung erfolgt sei; es hätte eine Wiederaufnahme der mündlichen Verhandlung erfolgen müssen, falls man dies nicht mehr feststellen könne. Diese Rüge geht fehl. Richtig ist der Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts. Nur die Richter, die an der für das Urteil maßgeblichen mündlichen Verhandlung teilgenommen haben, dürfen die Sachentscheidung treffen (BGHZ 61, 369, 370). Der Kläger macht denn auch gar nicht geltend, in diesem Zeitpunkt (11. Dezember 1975) sei der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts falsch besetzt gewesen. Daß ab 15. Januar 1976 Richter am Landgericht Fehringer diesem Senat zugeteilt wurde, änderte an der Entscheidungszuständigkeit für den vorliegenden Fall schon deshalb nichts, weil Richter am Landgericht K[REDACTED] als ordentliches Mitglied des 5. Zivilsenats beim 13. Zivilsenat hier nur vertretungsweise mitwirkte (weil sich die an sich zuständigen Richter abgelehnt hatten) und auch nach dem 15. Januar 1976 dem Oberlandesgericht angehörte. Der für diese Sache einmal eingetretene Vertretungsfall blieb auch für die aufgrund der Verhandlung vom 11. Dezember 1975 zu treffende Entscheidung bestehen. Im übrigen hat der Kläger nicht einmal behauptet, daß die Beratung und Beschlußfassung für das Urteil erst nach dem 14. Januar 1976 erfolgt seien.

2. Das Oberlandesgericht sieht in der Mitwirkung des Vorsitzenden S. [REDACTED] keinen Nichtigkeitsgrund, weil die Voraussetzungen von § 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO nicht vorlägen. Ein Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit gegen seine Person sei gar nicht gestellt worden.

Die Revision hält die Mitwirkung des Vorsitzenden S. [REDACTED] am ersten Wiederaufnahmeverfahren schon für einen Nichtigkeitsgrund nach § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, weil er wegen Besorgnis der Befangenheit habe abgelehnt werden können und auch im zweiten Wiederaufnahmeverfahren mit Erfolg abgelehnt worden sei. Das ist nicht richtig. Wie § 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zeigt, kann die bloße Möglichkeit zur Ablehnung eines mitwirkenden Richters die ordnungsgemäße Besetzung des Gerichts im Sinne von § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht in Frage stellen. Zu Recht verneint das Berufungsgericht hier auch einen Nichtigkeitsgrund nach § 579 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Vorschrift bildet nur die Mitwirkung eines mit Erfolg abgelehnten Richters einen Nichtigkeitsgrund. Zu Recht hat deshalb das Oberlandesgericht auch die erwähnte Vorschrift nicht ausdehnend angewendet. Daß der Kläger durch das Verhalten des Geschäftsstellenbeamten unter Umständen abgehalten wurde, ein Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden anzubringen, ist kein Nichtigkeitsgrund. Ob - wie die Revision meint - der Verkündungstermin vom 25. Februar 1976 hätte verlegt (aufgehoben) werden müssen, um den Kläger in einer wiederaufgenommenen Verhandlung (§ 156 ZPO) zu befragen, ob er ein Ablehnungsgesuch einreichen wolle, mag dahinstehen. Weder die Verletzung von § 139 ZPO noch die von § 156 ZPO schafft einen Nichtigkeitsgrund. Im übrigen hätte der Kläger, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat, ohne weiteres ein Ablehnungsgesuch einreichen können.

Diese Überlegungen gelten auch insoweit, als die Revision vorbringt, der Kläger hätte Richter am Oberlandesgericht D[REDACTED] schon im Rahmen des ersten Wiederaufnahmeverfahrens mit Erfolg ablehnen können.

Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Hill

Hagen

Linden

Vogt

Räfle