

80. Ist ein Richter, welcher in erster Instanz lediglich als beisitzender Richter bei der Verkündung des Urtheiles zugegen gewesen ist, gesetzlich behindert, in derselben Sache in zweiter Instanz bei der Urteilsfällung mitzuwirken?

III. Civilsenat. Urt. v. 25. April 1890 i. S. Kanalbaukommission (Kl.) w. M. (Wekl.) Rep. III. 23/90.

I. Landgericht Stiel.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Nach der Meinung des Revisionsklägers unterliegt das Urtheil nach §. 513 Ziff. 2 C.P.D. der Aufhebung, weil bei der Entscheidung in zweiter Instanz der Amtsgerichtsrat v. E. mitgewirkt habe, welcher bereits bei der Erlassung des ersten Urtheiles, nämlich bei dessen Verkündung mitgewirkt hat. Die Thatsache ist an sich richtig; der Amtsgerichtsrat v. E., welcher weder an der Sachverhandlung, noch an der Urteilsfällung in erster Instanz teilgenommen, wohl aber in dem zur Urteilsverkündung anberaumten Termine als beisitzender Richter zugegen gewesen ist, hat bei der Entscheidung in zweiter Instanz als Richter mitgewirkt.

Da nach §. 513 Ziff. 2 C.P.D. eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, wenn bei der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hat, welcher von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen war, so fragt es sich, ob der in §. 41 Ziff. 6 C.P.D. gegebene Thatbestand, nach welchem ein Richter kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes in den Sachen ausgeschlossen ist, in welchen er in einer früheren Instanz „bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung“ mitgewirkt hat, durch den vorstehend mitgetheilten Sachverhalt erfüllt wird. Die Frage war zu verneinen. Richtig ist allerdings, daß, wo die Civilprozeßordnung den Ausdruck „Erlassung eines Urtheiles“ gebraucht, darunter die Beschlussfassung und Verkündung verstanden wird (vgl. §§. 272. 273. 295. 430. 472. 507 C.P.D.), und daß das Urtheil erst im Momente der Verkündung „erlassen“ ist. Wäre nun in §. 41 Ziff. 6 derselbe Ausdruck gebraucht, so würde zwar der Wortlaut des Gesetzes der Auffassung des Revisionsklägers zur Seite stehen. Der Angriff würde aber gleichwohl einen Erfolg nicht haben können. Der Zweck der Bestimmung ist doch nur der, zu verhüten, daß ein Richter, welcher in der Vorinstanz an der Urteilsfindung teilgenommen hat, in der höheren Instanz bei der Entscheidung mitwirkt, weil anzunehmen ist, daß einem solchen Richter die erforderliche Unbefangenheit für die Beurteilung des angefochtenen Erkenntnisses fehlt. Es ist aber nicht erfindlich, inwiefern die Unbefangenheit des Richters dadurch beeinträchtigt werden könnte, daß er die Verkündung des Urtheiles mit angehört hat. Da eine Bestimmung, wie sie die Revision unterstellt, weit über den klar vorliegenden, gesetzgeberischen Zweck hinausgehen würde, so würde eine restriktive Auslegung des Ausdruckes geboten sein, um den wirklichen Willen des Gesetzgebers zu treffen, und dies umso mehr, als die gegenteilige Annahme zu dem geradezu unverständlichen Resultate führen würde, daß in einem Falle, wie er hier vorliegt, Nichtigkeit des zweiten Urtheiles angenommen werden müßte, im umgekehrten Falle aber der Richter, welcher bei der Entscheidung in erster Instanz mitgewirkt hätte, nicht behindert wäre, bei der Verkündung des zweiten Urtheiles mitzuwirken, da der §. 513 Ziff. 2 nicht, wie der §. 41 Ziff. 6, von einer Mitwirkung bei der „Erlassung“ einer Entscheidung, sondern nur von der Mitwirkung bei der Entscheidung redet. Das aus der sonstigen Ausdrucksweise der Civil-

prozeßordnung entnommene Argument wird aber auch dadurch hin-
fällig, daß der §. 41 Ziff. 6 überhaupt nicht von der „Erlassung
eines Urtheiles“, sondern von der „Erlassung einer Entscheidung“
spricht. Dieser Unterschied der Ausdrucksweise ist nicht bedeutungslos.
Während das Urtheil erst mit seiner Verkündung vorliegt, muß die
Entscheidung — das Urteilsfinden — bereits vor der Verkündung ge-
troffen sein. Angesehen den oben hervorgehobenen Zweck des §. 41
Ziff. 6 C.P.D., kann es nicht zweifelhaft sein, daß unter der „Mit-
wirkung bei der Erlassung der Entscheidung“ nichts anderes zu ver-
stehen sei, als was im §. 513 Ziff. 2 C.P.D. unter der Mitwirkung
bei der Entscheidung verstanden wird, d. h. die Mitwirkung des Rich-
ters bei der Urteilsfindung.“ . . .