

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Versäumnis-

III ZR 53/64

URTEIL

Verkündet am

31. Januar 1966

Scheibl,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Erbengemeinschaft nach dem am [REDACTED] 1949 in L [REDACTED]
[REDACTED] verstorbenen Metzger Josef H [REDACTED], nämlich

1.

2.

a)

b)

c)

3.

4.

5.

6.

a)

b)

c)

d)

e)

7. die unbekannten Erben des am [REDACTED] 1938 verstorbenen Peter Paul R[REDACTED], zuletzt in B[REDACTED], K[REDACTED] Straße [REDACTED], wohnhaft, vertreten durch den oben zu 6 d) genannten Rechtsanwalt als Nachlaßpfleger,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 3 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Gähtgens, Keßler und Dr. Reinhardt für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 30. Januar 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die gerichtlichen Gebühren und Auslagen des bisherigen Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Prozeßgebühr sowie die des Revisionsverfahrens werden niedergeschlagen. Im übrigen bleibt die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges dem Berufungsgericht überlassen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand und Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil, das der Klage in vollem Umfang stattgegeben hat, mit einer hier nicht interessierenden Maßgabe zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte in erster Linie Aufhebung des Berufungsurteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens sowie Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht mit der Begründung, daß das Oberlandes-



gericht zur Zeit der mündlichen Verhandlung (9. Januar 1964) nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei (§ 551 Nr. 1 ZPO). Die Kläger sind zu dem Verhandlungstermin vor dem erkennenden Senat vom 31. Januar 1966 zu Händen ihres Prozeßbevollmächtigten im 2. Rechtszug am 29. November 1965 geladen worden, haben sich jedoch nicht vertreten lassen.

Der Rüge der unvorschriftsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts kann der Erfolg nicht versagt bleiben. Aus der eingeholten Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten in Köln vom 19. November 1964 ergibt sich, daß der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln im Januar 1964 mit dem Vorsitzenden und fünf Beisitzern besetzt war. Diese Besetzung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 17, 294 und 18, 65; NJW 1965, 1219), der sich der jetzt erkennende Senat angeschlossen hat (u.a. Urteile vom 13. Mai 1965 III ZR 67/64 und 22. November 1965 III ZR 57/64), mit Art. 101 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren, da sie die Bildung von zwei personell voneinander verschiedenen "Sitzgruppen" gestattet und deshalb der zur Entscheidung des Einzelfalles berufene Spruchkörper ("gesetzlicher Richter") nicht von vornherein eindeutig genug bestimmt ist. Die Unzulässigkeit der Überbesetzung ist im vorliegenden Fall auch nicht mit Rücksicht darauf zu verneinen, daß nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten ein Mitglied des 7. Zivilsenats (Landgerichtsrat Professor Dr. Wertenbruch) durch Präsidialbeschluß vom 31. Dezember 1963 für die Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Januar 1964 gleichzeitig zum Mitglied des 2. Strafsenats bestellt wurde und während dieser Zeit tatsächlich nur in diesem Strafsenat tätig geworden ist. Denn nach der angegebenen Rechtsprechung kommt es lediglich auf das Vorhandensein der Möglichkeit zu einer willkürlichen Aus-

wahl der erkennenden Richter, wie sie eine zweigeteilte Sitzgruppen ermöglichende Überbesetzung bietet, an und greift die Rüge der unzulässigen Überbesetzung auch durch, wenn für eine tatsächliche willkürliche Handhabung der Gerichtsbesetzung keine Anhaltspunkte gegeben sind. Da hier trotz der gleichzeitigen Zuweisung des Landgerichtsrats Professor Dr. W. [REDACTED] an einen Strafsenat die Möglichkeit bestand, ihn auch zur Tätigkeit im 7. Zivilsenat heranzuziehen, muß der Senat als in unzulässiger Weise überbesetzt angesehen werden.

Das Berufungsurteil muß daher ohne Nachprüfung der Sachentscheidung unter Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht aufgehoben werden. Das dem Urteil zugrundeliegende Verfahren ist nicht mit aufzuheben, da die allein gerügte unvorschriftsmäßige Besetzung des Berufungsgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 9. Januar 1964 nicht ohne weiteres eine unzulässige Besetzung zur Zeit früherer Verfahrensvorgänge bedeutet.

Die Niederschlagung der Gerichtskosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens beruht auf § 7 GKG. Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens hängt vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits ab und bleibt deshalb dem Berufungsgericht überlassen. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 3 ZPO.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Gühtgens

Keßler

Dr. Reinhardt