

dms

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 31/79

URTEIL

Verkündet am
26. November 1979
Kaufmann
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Harald D [REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], H[REDACTED],

Beklagter, Widerkläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Günter C[REDACTED]-E[REDACTED], R[REDACTED], H[REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter
und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 1979 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2 a Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 5. Dezember 1978 mit dem ihm seit dem 31. Oktober 1978 zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gerichtliche Kosten werden für das Revisionsverfahren nicht erhoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien waren die Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Beklagte hat dieses Gesellschaftsverhältnis im März 1975 gekündigt. Daraufhin hält der Kläger den Beklagten für ausgeschieden oder für verpflichtet auszuscheiden, während der Beklagte meint, das Gesellschaftsvermögen sei auseinanderzusetzen.

- 3 -

Das Berufungsgericht hat - nach Abweisung der Klage durch das Landgericht - festgestellt, der Kläger sei berechtigt gewesen, die Aktiven und Passiven der Gesellschaft zu übernehmen, und hat den Beklagten verurteilt, die Umschreibung des Gesellschaftsgrundstücks auf den Kläger als Alleineigentümer zu bewilligen. Die auf Ausschließung des Klägers von der Geschäftsführung der Gesellschaft gerichtete Widerklage hat es abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungs- und seinen Widerklagantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision rügt in zweifacher Hinsicht, das im zweiten Rechtszuge erkennende Gericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO). Die zweite dieser Rügen ist begründet.

1. Entgegen der Ansicht der Revision war der 2. a Zivilsenat des Oberlandesgerichts geschäftsplanmäßig zur Entscheidung berufen. Der Rechtsstreit war ursprünglich beim 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts anhängig. Mit Wirkung vom 1. März 1978 war jedoch bei dem Oberlandesgericht wegen der starken Zunahme der Familiensachen, für die bis dahin allein der 2. Zivilsenat zuständig war, der 15. Zivilsenat als weiterer Familienrechtssenat gebildet worden. Da er nur mit diesen Sachen befaßt werden sollte, aber die für ihn vorgesehenen Richter des 2. Zivilsenats Pruss und Eichstädt die in ihren



bisherigen Dezernaten noch unerledigten allgemeinen Berufungs- und Beschwerdesachen zu Ende führen sollten, war außerdem für vorübergehende Zeit der 2 a Zivilsenat gebildet worden. Ihm hatte das Präsidium in seiner Sitzung am 28. Februar 1978 alle vorerwähnten Sachen zuweisen wollen, um einen Richterstatter- und Einzelrichterwechsel zu vermeiden.

Dieses Verfahren ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nach § 21e Abs. 3 GVG darf die Geschäftsverteilung im Laufe des Geschäftsjahres geändert werden, wenn dies wegen Überlastung eines Spruchkörpers nötig wird. Daß eine solche Überlastung hier vorgelegen hatte, zieht die Revision nicht in Zweifel. Sie vermißt lediglich eine entsprechende Feststellung im Geschäftsverteilungsplan, die jedoch das Gesetz nicht vorschreibt. Ihr ist allerdings darin zuzustimmen, daß auch bei Überlastung eines Spruchkörpers nicht "einzelne ausgesuchte Sachen" einem anderen Spruchkörper zugewiesen werden dürfen (vgl. BGH Urt. v. 28. 9. 1954 - 5 StR 275/53 = NJW 1955, 152). Davon kann hier aber keine Rede sein. Vielmehr hatten uneingeschränkt alle allgemeinen Berufungs- und Beschwerdesachen, die vorher von den Richtern am Oberlandesgericht Pruss und Eichstädt als Mitgliedern des 2. Zivilsenats bearbeitet worden waren, auf den 2 a Zivilsenat übertragen werden sollen. Gerade das entsprach dem § 21e Abs. 4 GVG, wonach das Präsidium anordnen kann, daß ein Richter, der in einer Sache tätig geworden ist, für diese nach einer Änderung der Geschäftsverteilung zuständig bleibt.

Um seine Absicht auszuführen, hatte das Präsidium beschlossen, auf den 2 a Zivilsenat, wie es in Abschn. II 5 der Sitzungsniederschrift heißt, "die in der Anlage 1 zu diesem Protokoll aufgeführten Berufungs- und Beschwerdesachen" zu übertragen. Diese Anlage bestand aus einer Liste, in die der Vorsitzende des 2. Zivilsenats die in Betracht kommenden Sachen hatte eintragen lassen. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß der vorliegende Rechtsstreit, wie sich erst nach Erlaß des Berufungsurteils herausgestellt hat, in der Liste nicht erwähnt war. Das war jedoch, wie sich aus der dienstlichen Äußerung des Präsidenten des Oberlandesgerichts und des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Kurland ergibt, nur infolge eines Versehens unterblieben. Nach dem Sinn des Präsidiumsbeschlusses hatte auch dieser Rechtsstreit, wie mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zum Dezernat des Richters Eichstädt nicht zweifelhaft sein konnte und bis zum Erlaß des Berufungsurteils von keinem Beteiligten in Frage gestellt worden war, auf den 2 a Zivilsenat übertragen werden sollen. Einen Grund, ihn von der Übertragung auszunehmen, zeigt auch die Revision nicht auf. Es war - entgegen ihrer Ansicht - nicht Willkür, daß der 2 a Zivilsenat über ihn entschied. Es wäre vielmehr gerade umgekehrt Willkür gewesen, hätte das Präsidium seinen Verbleib beim 2. Zivilsenat beschlossen. Unter diesen Umständen hat auch der vorliegende Rechtsstreit als vom Präsidium mitübertragen zu gelten. Eine abweichende Auslegung würde in unzulässiger Weise am Buchstaben der von dem Beschluß in Bezug genommenen Liste haften und den Sinn des Beschlusses außer acht lassen. Auch das von der Revision angeführte Gebot der Rechtssicherheit kann

demgegenüber nicht zu der Annahme führen, der vom bisherigen Einzelrichter und Berichterstatter in Übereinstimmung mit § 21e Abs. 4 GVG als Mitglied des neuen Senats weiterbearbeitete Rechtsstreit sei gleichwohl in dem früher zuständigen Senat verblieben.

Damit war zu seiner Verhandlung und Entscheidung seit dem 1. März 1978 der 2 a Zivilsenat zuständig.

2. Diesem haben, wie von Anfang an, so auch noch zur Zeit der mündlichen Verhandlung am 31. Oktober 1978 nur der Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht Kurland als Vorsitzender sowie der Richter am Oberlandesgericht Eichstädt und der - zwischenzeitlich beförderte und zum Vorsitzenden des 15. Zivilsenats bestellte - Vorsitzende Richter am Oberlandesgericht Pruss als Beisitzer angehört. An Stelle des letzteren hat an der mündlichen Verhandlung und Entscheidung der Richter am Oberlandesgericht Dr. Brandis teilgenommen, ein Mitglied des 2. Zivilsenats, dessen Richter nach dem Geschäftsverteilungsplan die Richter des 2 a Zivilsenats im Falle der Verhinderung zu vertreten hatten. Seine Mitwirkung beruhte auf einer Verfügung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Kurland. Dieser hatte in den Akten in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des 2 a Zivilsenats die Verhinderung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Pruss (infolge seiner Inanspruchnahme im 15. Zivilsenat) und in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des 2. Zivilsenats den Eintritt des Richters am Oberlandesgericht Dr. Brandis festgestellt.

Dieses Verfahren war unzulässig, das erkennende Gericht seit dem 31. Oktober 1978 mithin unvorschriftsmäßig besetzt. Liegt die Verhinderung eines Richters - wie bei Krankheit, Urlaub, Dienstbefreiung, kurzfristiger Abordnung oder Unerreichbarkeit - klar zutage, so tritt allerdings ohne weiteres der geschäftsplanmäßige Vertreter an seine Stelle. Das gilt selbst dann, wenn der Vertreter einem anderen Spruchkörper angehört. Verfügungen der Vorsitzenden, die das feststellen, haben insoweit nur deklaratorische Bedeutung. Beruht dagegen die Verhinderung eines Richters darauf, daß er gleichzeitig mehrere Aufgaben erfüllen müßte, und kann ihn kein Richter desselben Spruchkörpers vertreten, so hat nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zunächst der Präsident des Gerichts, sofern der Geschäftsverteilungsplan den Fall nicht bereits regelt, nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen, von welcher Aufgabe der überlastete Richter zu befreien ist (vgl. BGHSt 21, 174, 176; BGH Urt. v. 27. 3. 1973 - 1 StR 55/73 = NJW 1973, 1291; v. 29. 1. 1974 - 1 StR 533/73 = NJW 1974, 870; Löwe/Rosenberg, StPO und GVG, 23. Aufl., GVG § 21f Anm. 15 und 16 und § 21e Anm. 14 Zöllner/Hummer ZPO, 12. Aufl § 21e GVG Anm. III 4 b). Insoweit wirkt der Gerichtspräsident als nach der Gerichtsverfassung zuständiges Organ an der Bestimmung des gesetzlichen Richters mit. Andere können diese Bestimmung nicht treffen. Der Vorsitzende eines Spruchkörpers darf nur in ihm die Vertretung regeln. Eine Ausnahme davon kann im Interesse der Sicherung des gesetzlichen Richters auch dann nicht zugelassen werden, wenn der Vorsitzende zugleich einen anderen Spruchkörper leitet und seine Verfügungen nur "seine" beiden Spruchkörper betreffen.

Da der Präsident des Oberlandesgerichts die Verhinderung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Pruss nicht festgestellt hatte, hätte nicht an seiner Stelle der Richter am Oberlandesgericht Dr. Brandis an der Entscheidung mitwirken dürfen.

3. Danach muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, ohne daß in eine Prüfung der gegen das angefochtene Urteil erhobenen sonstigen Revisionsangriffe eingetreten werden kann. Dabei ist gemäß § 564 Abs. 2 ZPO auch das Verfahren aufzuheben, soweit es durch den Mangel betroffen wird. Das ist hier mit Rücksicht auf die Ausführungen oben zu 1), wonach der 2 a Zivilsenat als solcher für die Entscheidung zuständig war, nur das Verfahren seit der mündlichen Verhandlung am 31. Oktober 1978 gewesen.

Da die durch das jetzige Revisionsverfahren verursachten Kosten bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, werden gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 GKG Gerichtskosten nicht erhoben.

Stempel Dr. Schulze Dr. Bauer Bundschuh Dr. Skibbe