

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 151/64

## URTEIL

Verkündet am  
7. Mai 1965  
Wüst  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma J. B. [REDACTED] KG., Bauunternehmung, P. [REDACTED],  
G. [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma T. [REDACTED]-A. [REDACTED]-A, Inh. Speditionskaufmann Johann S. [REDACTED],  
M. [REDACTED], R. [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkman und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. vom 2. Juli 1964 und das ihm zugrunde liegende Verfahren aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Gerichtsgebühren und -auslagen des Revisionsverfahrens werden niedergeschlagen, ebenso die des bisherigen Berufungsverfahren mit Ausnahme derjenigen, die durch die Einlegung der Berufung entstanden sind.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin führte im Jahre 1961 für die Beklagte Beton-Transporte aus, für die ein Durchschnittspreis von 3,15 DM je cbm vereinbart wurde. Sie hat behauptet, im Verlaufe der Bauarbeiten sei vereinbart worden, die Kalkulation des Fuhrlohns von Akkordlohn auf Stundenlohn umzustellen;

sechs Richtern besetzt; zwei der Richter waren dem Senat nur zur Hälfte ihrer Arbeitskraft zugeteilt; der Senat pflegte in der in Betracht kommenden Zeit zwar nahezu ausschließlich unter dem Vorsitz seines Präsidenten zu tagen; gelegentlich ergaben sich jedoch personell völlig verschiedene Sitzgruppen, so am 11. und 14. Mai, am 4. und 8. Juni, sowie am 29. Juni und 2. Juli 1964.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden (NJW 1964, 1020 und 1667), daß die Besetzung der Kammern von Landgerichten - für die Senate der Oberlandesgerichte sind keine abweichenden Gesichtspunkte gegeben - dann mit der Vorschrift des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden) nicht vereinbar ist, wenn es die Zahl der ordentlichen Mitglieder des Spruchkörpers **g e s t a t t e t**, zwei personell voneinander verschiedene "Sitzgruppen zu bilden.

Die tragenden Gründe dieser Entscheidungen rechtfertigen es jedenfalls grundsätzlich, einen Zivilsenat eines Oberlandesgerichts im Sinne des § 551 Nr. 1 ZPO als nicht vorschriftsmäßig besetzt anzusehen, wenn ihm, wie hier, sechs Richter als ordentliche Mitglieder angehören. Der Umstand, daß zwei dieser Richter dem Senat nur zur Hälfte ihrer Arbeitskraft zugeteilt waren, steht dem nicht entgegen.

Einer Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen oder der Vereinigten Großen Senate (§ 136 Abs. 1 GVG) bedarf es nicht, weil der IV. Zivilsenat (vgl. BGHZ 20, 355) und andere diese Frage bisher anders beurteilende Senate auf Anfrage erklärt haben, an ihrer abweichenden Ansicht nicht festzuhalten (s. V ZR 197/64 vom 29. Januar 1965).

Da das angefochtene Urteil nach § 551 ZPO als auf dem Verfahrensfehler beruhend anzusehen ist, war es einschließ-



hieraus ergebe sich eine Mehrforderung von 32.187,09 DM. Diesen Betrag einschließlich 9 v. H. Zinsen seit dem 1. Januar 1962 macht die Klägerin mit der vorliegenden Klage geltend.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten, das Zustandekommen der von der Klägerin behaupteten Zusatzvereinbarung bestritten und hilfsweise mit einer Gegenforderung aufgerechnet, die sie daraus ableitet, daß der geringe Akkordlohn auf ein vertragswidriges Verhalten der Klägerin zurückzuführen sei, die schlechte Fahrzeuige und unerfahrenes Personal zur Verfügung gestellt habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Durch Beschluß vom 5. Februar 1965 hat der erkennende Senat die abgesonderte Verhandlung über den von der Beklagten geltend gemachten Revisionsgrund angeordnet, das Berufungsgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen.

#### Entscheidungsgründe:

Der auf § 551 Nr. 1 ZPO gestützte Revisionsangriff ist begründet. Nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten war der 18. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm am 2. Juli 1964, dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, mit

lich des Verfahrens, soweit dieses durch den Verfahrensman-  
gel betroffen ist, aufzuheben (§ 564 Abs. 1 und 2 ZPO) und  
die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch  
über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsge-  
richt zurückzuverweisen. Die Niederschlagung von Kosten und  
Auslagen in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang  
beruht auf § 7 GKG (vgl. BGHZ 27, 163, 170).

Krüger-Nieland

Jungbluth

Pehle

Sprenkmann

Mösl