

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2321 049

ZPO § 551 Nr. 1, § 554 Abs. 3 Nr. 2 b; StPO § 338 Nr. 1
Zur Begründung einer Rüge aus § 551 Nr. 1 ZPO kann genügen, wenn geltend gemacht wird, ein Geschäftsverteilungsplan, der Hilfsrichter nicht vorsieht, sei nach deren Abordnung nicht geändert worden.

ZPO § 551 Nr. 1, GVG §§ 117, 70; StPO § 338 Nr. 1
Wird der Antrag auf Anordnung eines Hilfsrichters aus Anlaß einer Erkrankung nicht vom Präsidium gestellt, so ist auf jeden Fall die Zuteilung des abgeordneten Hilfsrichters an den Senat, dem der erkrankte Richter angehört, durch einen Präsidialbeschluß erforderlich. Wird ein Hilfsrichter einem Senat nur für eine bestimmte Zeit zugeteilt, so ist nach Ablauf dieser Zeit ein neuer Präsidialbeschluß nötig.

ZPO § 717 Abs. 2, 3

Wird ein ohne Sicherheitsleistung vollstreckbares Berufungsurteil aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben, so hat der Beklagte, der zur Abwendung der Vollstreckung aus dem gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten landgerichtlichen Urteil nach Leistung der Sicherheit durch den Kläger Zahlungen geleistet und nach Erlass des seine Berufung zurückweisenden oberlandesgerichtlichen Urteils die Sicherheit freigegeben hat, nur Anspruch darauf, daß ihm in der vom Landgericht bestimmten Höhe und Form wieder Sicherheit geleistet wird.

BGH, Urt.y. 28. Oktober 1958 - VIII ZR 431/56 - OLG Frankfurt

VIII ZR 431/56

Verkündet

am 28. Oktober 1958

Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der I [REDACTED] - und H [REDACTED], Aktiengesellschaft
in D [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand:
Paul D. H [REDACTED] in H [REDACTED] und Hans G [REDACTED] in
D [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Sch [REDACTED] & Co, Getreide, Kommandit-
gesellschaft in W [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED], ver-
treten durch den persönlich haftenden Gesell-
schafter Kaufmann Franz Sch [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1958
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar,
Dr. Spieler, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main)
-Zivilsenat in Darmstadt- vom 20. September
1956 mit dem zugrundeliegenden Verfahren aufge-
hoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

- 1a -

II. Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten in Höhe von 190.000,-- DM Sicherheit zu leisten. Diese Sicherheitsleistung kann auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank für den genannten Betrag erfolgen.

Die weitergehenden Anträge der Beklagten vom 11. Dezember 1957 und 20. Juni 1958 werden zurückgewiesen.

III. Die Gerichtskosten des Revisionsverfahrens und des Berufungsverfahren mit Ausnahme der Prozeßgebühr für das Berufungsverfahren werden niedergeschlagen.

Dem Berufungsgericht wird die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Tatbestand

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz mit der Behauptung, diese habe ihr, der Klägerin, gehörende Gerste, bei deren Erwerb die Beklagte bösgläubig gewesen sei, verkauft. Sie hat zunächst einen Betrag von 183 750,-- DM nebst 8 % Zinsen gefordert, der ihr vom Landgericht auch zugesprochen worden ist. Im Berufungsrechtszuge hat sie ihren Anspruch auf 180 000,-- DM nebst Zinsen ermäßigt, nachdem sich die Parteien darüber einig geworden sind, daß von diesem Betrage als Erlös bei der Weiterveräußerung ausgegangen werden soll. Die Berufung der Beklagten blieb - bis auf die Herabsetzung der Urteilssumme entsprechend dem ermäßigten Klagantrag - erfolglos.

Das landgerichtliche Urteil war gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 190 000,-- DM für vorläufig vollstreckbar erklärt worden, wobei bestimmt war, daß die Sicherheit durch Übernahme der selbstschuldnerischen Bürgschaft für den genannten Betrag durch eine Bank geleistet werden durfte. Nachdem die Klägerin eine entsprechende Bankbürgschaft vom 3. Januar 1955 beigebracht hatte, hat die Beklagte zur Abwendung der Vollstreckung auf die Urteilssumme nebst Zinsen und Kosten am 13. Mai 1955 190 000,-- DM und am 3. Januar 1957 weitere 844,45 DM gezahlt. Nach Erlass des Berufungsurteils vom 20. September 1956, nach welchem die Vollstreckung nunmehr ohne Sicherheitsleistung zulässig war, hat die Beklagte die Bürgschaftsurkunde an die Bank zurückgesandt und ihr bestätigt, daß sie aus der Bürgschaft keine Rechte mehr herleite.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte Abweisung der Klage in vollem Umfange, hilfsweise Aufhebung und Zurückverweisung. Gleichzeitig fordert sie Zurückzahlung der von ihr zur Abwendung der Vollstreckung gezahlten Beträge von insgesamt 190 844,45 DM nebst Zinsen seit dem Tage der Zahlung, hilfsweise Verurteilung der Beklagten zur Hinterlegung in dieser Höhe.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Rüge der Revision, der erkennende Senat des Berufungsgerichts sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, ist zulässig und sachlich begründet.

I. An die Begründung solcher Verfahrensrügen aus § 551 Nr. 1 ZPO durch Angabe von Einzeltatsachen gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe b ZPO sind zwar im Laufe der Zeit vom Bundesgerichtshof immer höhere Anforderungen gestellt (BGH Urt. v. 15. Dezember 1956 - IV ZR 170/56 - LM ZPO § 551 Ziff. 1 Nr. 10, vom 25. Januar 1957 - IV ZR 222/56 - S. 6, insoweit in RZW 1957, 120 nicht veröffentlicht, vom 29. Januar 1958 - IV ZR 236/57 - LM ZPO § 554 Nr. 16 und neuerdings Urteile des V. Zivilsenates vom 30. Mai 1958 - V ZR 1/57 S. 5 ff, nicht veröffentlicht, und 9. Juli 1958 - V ZR 5/57 - S. 6 ff, insoweit bisher nicht abgedruckt). Ob die gegen diese Entwicklung von Siegert (D R Z 1958, 191, 192) erhobenen Bedenken berechtigt sind, braucht jedoch nicht entschieden zu werden. Es kann auch dahingestellt bleiben.

ob nicht in den erwähnten Urteilen zum Teil an Tatsachenangaben in der Revisionsbegründung mehr verlangt wird, als ein Revisionskläger vielfach auch bei Anwendung aller Sorgfalt vorzubringen in der Lage ist, wobei nicht außer Betracht bleiben darf, daß das in diesen Entscheidungen angezogene Urteil BGHZ 14, 205, 209 eine Verfahrensrüge aus § 286 ZPO behandelt, bei der es der Revisionskläger unterlassen hatte, auf die entsprechenden Stellen und Blattzahlen der im Laufe des Verfahrens vorgetragenen Schriftsätze zu verweisen, welche die nach seiner Meinung überangenen Behauptungen und Beweisangebote enthalten sollten. Diese Angaben hätte er ohne weiteres machen können und deshalb auch machen müssen. Im Falle von Besetzungsrügen kommt es jedoch häufig auf interne Vorgänge bei den Verwaltungsabteilungen der Gerichte an, von denen eine genügende Aufklärung zu erhalten, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, selbst dem Bundesgerichtshof manchmal erst nach mehrfachen eingehenden Rückfragen gelingt.

Hier bestehen jedenfalls keine Bedenken dagegen, daß die in der Revisionsbegründung vorgebrachten Tatsachen die Rüge genügend stützen. Es ist nicht nur auf die Besetzung des Senates in der dafür entscheidenden Zeit, am Tage der letzten mündlichen Verhandlung (BGHZ 10, 130, 132) vom 5. Juli 1956, mit einem Oberlandesgerichtsrat (P. [REDACTED]) und zwei Hilfsrichtern (Amtsgerichtsrat Dr. S. [REDACTED] und Landgerichtsrat Dr. H. [REDACTED]) hingewiesen, sondern auch im einzelnen belegt, der damalige ordentliche Vorsitzende des Senats, ein Senatspräsident, habe an keiner der zahlreichen Sitzungen teilgenommen, bei diesen Verhandlungen hätten meist nur ein Oberlandesgerichtsrat und die beiden Hilfsrichter mitgewirkt.

Es ist weiter behauptet, diese könnten keine Krankheitsvertreter gewesen sein, weil wenigstens einer über die Krankheitsdauer des einen Oberlandesgerichtsrates (L [REDACTED]) hinaus beschäftigt worden sei. Schließlich ist auf den Geschäftsverteilungsplan des Berufungsgerichts für das Jahr 1956 (vom 28. Dezember 1955) verwiesen, in dem Hilfsrichter für den Zivilsenat in Darmstadt nicht ausgewiesen sind, während beide Hilfsrichter ohne Angabe eines Grundes für die Abordnung (erstmalig) in dem (am 19. Dezember 1956 beschlossenen) Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 1957 erscheinen. Dazu ist ausdrücklich geltend gemacht, obwohl Landgerichtsrat Dr. H. [REDACTED] schon im Januar 1956 in einem Termin mitgewirkt habe und Amtsgerichtsrat Dr. S. [REDACTED] bereits an einem solchen im April 1956 teilgenommen habe, sei eine Abänderung des Geschäftsverteilungsplanes für 1956 nicht erfolgt.

Dieser Tatsachenvortrag reicht im Hinblick auf die besondere Lage des Falles zur Begründung der Verfahrensrüge aus (zu vgl. auch BGH Urt. vom 5. August 1958 5 StR 160/58, NJW 1958, 1692 Nr. 20) und hat deshalb dem Senat Anlaß zu einer Nachprüfung durch Einholung von Auskünften durch den Oberlandesgerichtspräsidenten in Frankfurt gegeben. Wenn sich dabei auch herausgestellt hat, daß die Hilfsrichter in Wirklichkeit Krankheitsvertreter gewesen sind, so ist das unerheblich, weil sich, wie noch im einzelnen auszuführen sein wird, ergeben hat, daß ordnungsgemäße Präsidialbeschlüsse hinsichtlich Zuteilung der Hilfsrichter an den Darmstädter Zivilsenat für den hier entscheidenden Zeitpunkt (5. Juli 1956) fehlen. Von der Revisionsklägerin zu verlangen, wie die Revisionsbeklagte meint, sie hätte in der Revisionsbegründung rügen müssen, daß "bestimmte" Präsidialbeschlüsse "nicht" erlassen seien, mutet ihr mehr zu, als von ihr billigerweise gefordert wer-

den kann. Das zu ermitteln, ist sogar dem erkennenden Senat erst nach mehrfacher Rückfrage gelungen.

II. Zur sachlichen Begründung der Verfahrensrüge.

1. Auf Grund der Auskünfte des Oberlandesgerichtspräsidenten in Frankfurt vom 15. April 1958, 6. Juni 1958 und 26. Juni 1958 in Verbindung mit den dienstlichen Äußerungen seines früheren Personalsachbearbeiters vom 5. Juni 1958 und 25. Juni 1958, dem schon erwähnten Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 1956 und der beglaubigten Abschrift des Präsidialbeschlusses vom 29. November 1955 steht folgendes fest:

Dem Darmstädter Senat des Oberlandesgerichts Frankfurt waren für das Geschäftsjahr 1956 durch den erwähnten Geschäftsverteilungsplan der Senatspräsident H. [REDACTED] und die Oberlandesgerichtsräte P. [REDACTED], Dr. T. [REDACTED], I. [REDACTED] und Dr. R. [REDACTED] zugeteilt. Senatspräsident H. [REDACTED] war vom 8. Oktober 1955 bis zu seinem Ableben am 31. Dezember 1956 durch Krankheit verhindert, im Senat den Vorsitz zu führen. Er hat zwar in der zweiten Hälfte des Monats Februar und im März 1956, um seine Arbeitsfähigkeit zu erproben, als Vorsitzender eines Prüfungsausschusses für die erste juristische Prüfung an drei Prüfungen mitgewirkt, aber seine Tätigkeit als Vorsitzender im Senat nicht wieder aufgenommen. Er war dann weiterhin krank. In seiner Eigenschaft als Senatsvorsitzender ist er von dem dienstältesten Senatsmitglied, dem Oberlandesgerichtsrat P. [REDACTED], vertreten worden, der auch in der letzten mündlichen Verhandlung vorgeseßen hat.

Landgerichtsrat Dr. H. [REDACTED] war Vertreter des seit 29. September 1955 bis zum 16. September 1956 erkrankten Oberlandesgerichtsrats Dr. T. [REDACTED]. Seine Abordnung ist erfolgt durch Erlaß vom 25. November 1955, eingegangen beim Oberlandesgericht am 29. November 1955, "für die Dauer der Erkrankung des genannten Oberlandesgerichtsrats, jedoch längstens bis zum 31. Dezember 1955", und durch Erlaß vom 28. Dezember 1955, eingegangen beim Oberlandesgericht am 2. Januar 1956, "einstweilen bis auf weiteres, längstens jedoch bis zum Wiedereintritt des Oberlandesgerichtsrats Dr. T. [REDACTED]."

Amtsgerichtsrat Dr. S. [REDACTED] ist als Vertreter des seit dem 24. Februar 1956 erkrankten Oberlandesgerichtsrats L. [REDACTED] dem Oberlandesgericht durch Erlaß vom 28. Februar 1956, eingegangen am 29. Februar 1956 bis auf weiteres, längstens jedoch bis zum Wiedereintritt des genannten Oberlandesgerichtsrats zugeteilt. Nach dessen Dienstantritt (20. August 1956) ist er bei dem Senat noch bis zum 30. November 1956 "zur Aufarbeitung der durch die langen Erkrankungen des Senatspräsidenten K. [REDACTED] sowie der Oberlandesgerichtsräte Dr. T. [REDACTED] und L. [REDACTED] entstandenen Rückstände" verblieben.

Beim Oberlandesgericht Frankfurt werden die Anträge an die Landesjustizverwaltung auf Abordnung von Hilfsrichtern für erkrankte Planrichter durch den Oberlandesgerichtspräsidenten gestellt. Im Falle der Bewilligung eines Hilfsrichters werden die Präsidialbeschlüsse über die Zuteilung an einen Senat im Umlaufwege gefaßt.

Hinsichtlich des Landgerichtsrats Dr. H. [REDACTED] liegt ein vom 29. November 1955 datierter Beschluß vor, nach dem dieser aus Anlaß der Erkrankung des Oberlandesgerichts-

rats Dr. T. [REDACTED] mit der Hälfte seiner Arbeitskraft dem Oberlandesgericht zugewiesene Hilfsrichter dem Zivilsenat in Darmstadt zugeteilt wird. Vor dem Beschluß steht ein Vermerk, nach dem damals von den fünf Richtern des Zivilsenats in Darmstadt Oberlandesgerichtsrat Dr. T. [REDACTED] seit 15. September 1955, Senatspräsident H. [REDACTED] seit 8. Oktober 1955 und Oberlandesgerichtsrat Dr. P. [REDACTED] seit 24. November 1955 erkrankt waren.

Weitere Präsidialbeschlüsse liegen nicht vor. Nach dem erneuten Auftrag an Dr. H. [REDACTED] ist ein Beschlußentwurf nicht in Umlauf gesetzt. Dagegen soll dies nach der Abordnung des Amtsgerichtsrates Dr. S. [REDACTED] Ende Februar/Anfang März 1956 hinsichtlich dieses Richters geschehen sein. Dieser "Beschluß" soll "auf dem Rücklauf" verloren gegangen sein. Das ist nicht bemerkt worden, weil eine Bürokontrolle über das Inumlaufsetzen solcher Beschlüsse nicht geführt wurde und weil der zuständige Sachbearbeiter bald danach aus dieser Tätigkeit ausschied und deshalb die Angelegenheit aus den Augen verlor.

2. Unter Zugrundelegung dieses Sachverhalts war der erkennende Zivilsenat am 5. Juli 1956 nicht ordnungsgemäß besetzt.

a) Es kann allerdings für den in Betracht kommenden Zeitpunkt nicht beanstandet werden, daß Oberlandesgerichtsrat Dr. P. [REDACTED] den Vorsitz geführt hat, weil er als dienstältester Planrichter zur Vertretung des erkrankten Vorsitzenden berufen war. Zu der Frage, ob die Mitwirkung von zwei Hilfsrichtern für sich allein schon die Besetzung des Senates unvorschriftsmäßig hat machen können, bedarf es

hier schon deshalb keiner Stellungnahme, weil die Mitwirkung der Hilfsrichter bereits aus anderen Gründen unzulässig war.

b) Nach § 117 in Verbindung mit § 70 GVG muß die Vertretung eines Mitgliedes des Oberlandesgerichts, soweit sie nicht durch ein anderes Mitglied dieses Gerichts möglich ist, auf Antrag des Präsidiums durch die Landesjustizverwaltung geregelt werden. Ein Antrag des Oberlandesgerichtspräsidenten allein genügt nicht (Keller DJZ 1915, 1080, 1081). Es wird jedoch die Auffassung vertreten, das Präsidium könne dem Präsidenten unbeschadet des Grundsatzes, daß die Aufgaben des Präsidiums sonst nicht übertragbar sind, ausdrücklich oder stillschweigend zum Ausdruck bringen, bei eintretendem Bedürfnis nach Einberufung eines Hilfsrichters, insbesondere in eiligen Krankheitsfällen, sei ein entsprechender Antrag des Präsidiums als gestellt anzusehen, zum mindesten liege in dem Beschluß über die Verwendung des Hilfsrichters eine zulässige Nachholung des Antrages (Schäfer in Loewe/Rosenberg, StPO und GVG, 20. Aufl., § 70 CVG Anm. 3 b, OLG Dresden GA 72, 386, 387). Ob und inwieweit dem beizutreten ist, sowie ob und inwieweit die tatsächlichen Voraussetzungen für einen solchen stillschweigenden Antrag des Präsidiums hier gegeben sind, kann dahingestellt bleiben, weil ordnungsgemäße Präsidialbeschlüsse fehlen.

c) Daß der durch die Justizverwaltung auf Antrag des Präsidenten zugewiesene Vertreter nicht von selbst in die Tätigkeit des verhinderten Richters eintritt, daß vielmehr seine Verwendung durch das Präsidium geregelt werden muß, ist herrschende Meinung (vgl. BGH Urt. vom 13. Februar 1958 II ZR 137/56 NJW 1958, 550; BayObLG Str 1951, 344, 346; Schäfer aaO § 70 GVG Anm. 3 e, Wiczorek GVG § 70 Anm. A),

von der abzuweichen, kein Anlaß besteht. Ob eine ausdrückliche Regelung der Zuteilung durch Präsidialbeschluß entbehrlich ist, wenn die Einberufung des Hilfsrichters auf unmittelbaren Antrag des Präsidiums erfolgt ist und der Oberlandesgerichtspräsident den dem Oberlandesgericht alsdann zugewiesenen Hilfsrichter gemäß § 67 i.V. § 117 GVG zum zeitweiligen Vertreter bestimmt hat, ob nicht in einem solchen Falle darüber hinaus erforderlich ist, daß die vorläufige Zuteilung durch den Präsidenten ausdrücklich noch durch Präsidialbeschluß bestätigt wird, kann dahingestellt bleiben; denn das Präsidium hat hier bei der Einberufung nicht mitgewirkt.

Hinsichtlich des Landgerichtsrates Dr. H. [REDACTED] liegt nun zwar der Umlaufbeschluß des Präsidiums vom 29. November 1955 über seine Zuteilung an den Darmstädter Zivilsenat vor, der als solcher nicht zu beanstanden ist (RG JW 1931, 3560; BGH aaO). Dieser Beschluß kann aber nur auf die damalige Zuweisung (zur Hälfte seiner Arbeitskraft für die Dauer der Erkrankung des Oberlandesgerichtsrates Dr. T. [REDACTED], längstens jedoch bis 31. Dezember 1955) bezogen werden. Der Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 1956, der vom 28. Dezember 1955 datiert ist, wobei dahingestellt bleiben mag, ob er an diesem Tage in einer Sitzung beschlossen oder nur in Umlauf gesetzt worden ist, sieht jedenfalls keinen Hilfsrichter für den Darmstädter Senat vor. Das erklärt sich damit, daß die Auftragsverlängerung für Dr. H. [REDACTED] vom 28. Dezember 1955 erst am 2. Januar 1956 beim Oberlandesgericht eingegangen ist. Zu unterstellen, daß das Präsidium etwa stillschweigend beschlossen hätte, den Hilfsrichter auch für die Dauer einer etwaigen Verlängerung seines Auftrages wiederum dem Darmstädter Senat

zuzuteilen, unterliegt hier schon deshalb Bedenken, weil nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten die Dauer der Erkrankung auch bei Oberlandesgerichtsrat Dr. T [REDACTED], der jeweils nur Atteste über eine befristete Dienstunfähigkeit vorgelegt hat, nicht voraussehbar war.

Hinsichtlich der Zuteilung des Amtsgerichtsrats Dr. S [REDACTED] an den Darmstädter Senat fehlt ein Präsidialbeschuß überhaupt. Er ist jedenfalls nicht nachweisbar. Von einem solchen Beschuß kann nämlich, wenn er im Umlaufwege gefaßt wird, erst dann die Rede sein, wenn sämtliche an der Abstimmung zu beteiligenden Mitglieder ihre Stimme (durch Unterschriftsleistung) abgegeben haben (RG JW 1931, 3560). Nach den erteilten Auskünften besteht jedoch keine Gewähr dafür, daß der in Umlauf gesetzte Beschuß, der beim "Rücklauf" verlorengegangen sein soll, erst nach Erteilung der letzten Unterschrift in Verlust geraten ist.

Ob im Einzelfall angenommen werden könnte, alle Präsidiumsmitglieder wären stillschweigend mit einer entsprechenden Zuteilung einverstanden gewesen, kann dahingestellt bleiben. Das ist hier schon deshalb nicht möglich, weil inzwischen die Verhältnisse beim Darmstädter Zivilsenat des Oberlandesgerichts sich so zugespitzt hatten, daß sie möglicherweise besondere Maßnahmen erforderten. Nachdem der Senatspräsident seit dem 8. Oktober 1955 ausgefallen war und auch der Oberlandesgerichtsrat Dr. T [REDACTED] sogar bereits seit dem 13. September 1955 erkrankt war, gehörten zum Senat nach der Erkrankung des Oberlandesgerichtsrates L [REDACTED] als Planrichter nur noch die Oberlandesgerichtsräte Dr. P [REDACTED], der laut Vermerk zum Präsidialbeschuß vom 29. November 1955 übrigens auch in die-

sem Zeitpunkt seit dem 24. November dienstunfähig erkrankt war, und Dr. R. . Letzterer ist aber nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten augenleidend, auch wohnt er außerhalb Darmstadts in Höchst i. Odw., so daß es ihm, wie der Auskunft weiter zu entnehmen ist, nicht zuzumuten war, an jeder Sitzung des Senats teilzunehmen. Das wäre aber erforderlich gewesen, um das auf jeden Fall unerwünschte Ergebnis der Mitwirkung nur eines Oberlandesgerichtsrates und zweier Hilfsrichter an einer Verhandlung zu vermeiden. Wenn nun auch die Verteilung der Geschäfte innerhalb des Senates auf seine Mitglieder (§§ 69, 117 GVG) zu den Obliegenheiten seines Vorsitzenden gehört und wenn sie deshalb auch im Revisionsrechtszuge nicht auf ihre Zweckmäßigkeit nachprüfbar ist, so kann doch nicht ausgeschlossen werden, daß die Mitglieder des Präsidiums eines Oberlandesgerichts bei deren Beschlußfassung über die Zuteilung von Hilfsrichtern aus Anlaß von Erkrankungen gerade an den Zivilsenat, dem der erkrankte Planrichter angehört, dem Umstand Bedeutung beimessen, wie der betreffende Zivilsenat im übrigen im Augenblick der Zuteilung besetzt ist. Bei den Ausfällen beim Darmstädter Zivilsenat (Senatspräsident und zwei Oberlandesgerichtsräte) und dem Vorhandensein von nur noch zwei Oberlandesgerichtsräten, von denen einer wegen seines Augenleidens und seines auswärtigen Wohnsitzes nicht einmal in vollem Umfange einsatzfähig war, und einem Hilfsrichter (Dr. H. zu 1/2) war es jedenfalls nicht ohne weiteres selbstverständlich, daß auch noch der neue Hilfsrichter (Dr. S.) diesem Senat zugeteilt wurde. Vielmehr ist es mindestens nicht unmöglich, daß dagegen aus dem Kreise des Präsidiums Bedenken erhoben und andere Vorschläge gemacht worden wären (Heranziehung von Planrichtern aus anderen Senaten), die unter Umständen von

der Mehrheit des Präsidiums gebilligt worden wären.

Bei der gegebenen Sachlage kann auch in dem Beschluß des Präsidiums vom 29. Juni 1956 über die Bildung der Feriensenate für das Jahr 1956, ganz abgesehen davon, daß nicht feststeht, ob ihn alle Mitglieder des Präsidiums an diesem Tage, oder doch vor dem 5. Juli 1956 bereits gebilligt und unterschrieben hatten, keine Bestätigung der bisherigen Besetzung des Darmstädter Zivilsenats gefunden werden. In diesem Beschluß heißt es zwar, die Zivilsenate in Kassel und Darmstadt blieben als Feriensenate bestehen. Es liegt aber kein Anhalt dafür vor, daß die Mitglieder des Präsidiums über die Besetzungsverhältnisse des Darmstädter Zivilsenats tatsächlich unterrichtet gewesen sind und diese haben billigen wollen.

III. Das Durchgreifen der Rüge aus § 551 Nr.1 ZPO hat zur Folge, daß das angefochtene Urteil einschließlich des ihm zugrundeliegenden Verfahrens aufzuheben und daß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, ohne daß es auf die sonst erhobenen Rügen ankommt. Die Aufhebung des ganzen Verfahrens ist geboten, weil das erkennende Gericht auch in keinem der vorangegangenen Verhandlungstermine (12. Januar, 1. März, 8. Mai und 7. Juni 1956) vorschriftsmäßig besetzt gewesen ist.

B.

Auch der von der Beklagten auf § 717 Abs. 2, 3 ZPO gestützte Antrag mußte im wesentlichen Erfolg haben.

1. Nach dieser Bestimmung ist dem Beklagten bei Aufhebung oder Abänderung eines für vorläufig vollstreckbaren Urteils vom Kläger der Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung bewirkte Leistung entstanden ist, und zwar hier, weil es sich um ein aufgehobenes Urteil eines Oberlandesgerichts handelt, im Rahmen der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Zur Begründung dieser Schadensersatzverpflichtung genügt auch schon eine nur auf verfahrensrechtliche Gründe zurückzuführende Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urteils (RG JW 1926, 816, 817; RGZ 64, 278, 281; Rosenberg/Lehrbuch ZPO, 7. Aufl. § 174 VI. 1 a, Baumbach/Lauterbach, 25. Aufl. ZPO § 717 Anm. 2 B). Hier ist indes zu berücksichtigen, daß durch die Aufhebung des Berufungsurteils das landgerichtliche Urteil unberührt geblieben ist. Die Zahlungen der Beklagten sind auch nicht zur Abwendung der Vollstreckung aus dem oberlandesgerichtlichen Urteil, sondern zur Vermeidung einer solchen aus dem bestehen gebliebenen landgerichtlichen Urteil und - bis auf den geringfügigen Betrag von 844,45 DM - auch schon am 13. Mai 1955, und damit vor Erlass des Oberlandesgerichtsurteils, geleistet worden. Deshalb kann die Beklagte hier keine Zurückzahlung der entrichteten Beträge beanspruchen. Sie kann aber in sinngemäßer Anwendung von § 717 Abs. 2, 3 ZPO verlangen, daß ihr wieder Sicherheit geleistet wird, weil sie auf die ihr gegebene Sicherheitsleistung, die Bankbürgschaft, nachdem durch das jetzt aufgehobene Berufungsurteil das landgerichtliche Urteil auch ohne Sicherheitsleistung vollstreckbar geworden war, hatte verzichten müssen. Da sie als Schadensersatz (§ 249 BGB) und auch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht mehr als die Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern kann, war die Sicherheitsleistung auf die im Urteil

des Landgerichts festgesetzte Summe von 190 000,-- DM zu beschränken, auch war der Klägerin, wie es bereits im Beschluß des Landgerichts vom 27. April 1955 geschehen ist, zu gestatten, die Sicherheit durch Bankbürgschaft zu stellen.

2. Der Aufrechnungseinwand der Klägerin, der auf die Klageforderung gestützt wird, ist nicht begründet. Dabei kann dahingestellt bleiben, in welchem Umfange gegenüber einem Anspruch aus § 717 Abs. 3 ZPO Aufrechnung und sonstige sachlich rechtlichen Einwendungen überhaupt zulässig sind (dazu RGZ 103, 352, 353). Ebenso wie gegenüber dem Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO ist jedenfalls eine Aufrechnung im anhängigen Prozeß mit dem zur Klage gestellten Anspruch unzulässig (RG JW 1926, 817 und 1933, 1130; Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 717 Anm. II 5 zu Note 56; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 25. Aufl. § 717 Anm. 2 G, Wieczorek ZPO § 717 Anm. C III b 1; Rosenberg, Lehrbuch, 7. Aufl. § 174 VI 1 d).

Die Gerichtsgebühren und Auslagen des Revisionsverfahrens sind voll niedergeschlagen, die des Berufungsverfahrens insoweit, als sie durch das Verfahren entstanden sind, das vor dem Berufungsgericht infolge des Verfahrensverstosses (unrichtige Besetzung der Richterbank) wiederholt werden muß, d.h. mit Ausnahme der Prozeßgebühr (BGHZ 27, 163, 170 ff).

Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen, das auch über die durch das Revisionsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten neu zu entscheiden haben wird.

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner