

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 204/64

## URTEIL

Verkündet am

1. März 1968  
Wüst, Justiz-  
hauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. a)  
b)  
c)

zu b) und c) gesetzlich vertreten durch die Witwe

Beklagte, Revisionskläger und Anschluß-  
revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Nebenintervenient:

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt Dr. S.

2.

3.

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter zu 2 und 3:

gegen

Klägerin, Revisionsbeklagte und Anschluß-  
revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Hill und Dr. Grell für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 1 a, b und c werden das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 25. Juni 1964 und das ihm zugrunde liegende Verfahren aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Die gerichtlichen Gebühren und Auslagen des Berufs- und Revisionsverfahrens werden niedergeschlagen; ausgenommen hiervon sind die durch die Einlegung der Berufung entstandenen Kosten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten zu 1 a, b und c sind die Erben des in den Vorinstanzen als Beklagter zu 1 in Anspruch genommenen, während des Revisionsverfahrens verstorbenen Otto B. (im folgenden weiter als Beklagter zu 1 bezeichnet). Dieser ließ auf dem im Frühjahr 1957 von ihm erworbenen Trümmergrundstück M., E.straße, einen Neubau errichten. Er hatte die Beklagte zu 2 mit der Schutträumung, den Beklagten zu 3 mit der verantwortlichen Bauleitung beauftragt. Die Geschoßdecken

des Neubaus wurden in die Kommunmauer zwischen dem angrenzenden Hausgrundstück der Klägerin und dem Grundstück des Beklagten eingebunden. An den Einbindestellen drang Wasser in das Anwesen der Klägerin ein.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagten hätten bei Durchführung der Arbeiten nicht hinreichende Rücksicht auf die schwierigen Untergrundverhältnisse genommen. Sie hätten durch unsachgemäße Ausschachtung Risse in Teilen ihres Gebäudes verursacht und damit schuldhaft einen Vertiefungsschaden (§ 909 BGB) verursacht, dessen Behebung einen Kostenaufwand von mindestens 1 900 DM erfordere. Zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen seien die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet. Außerdem hätten sie 1 555 DM nebst Zinsen für die Beseitigung von Nässeschäden zu zahlen, die sie ebenfalls schuldhaft verursacht hätten. Die Klägerin hat schließlich Feststellung der gesamtschuldnerischen Verpflichtung der Beklagten begehrt, ihr allen weiteren durch Rissebildung und Nässe entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Beklagten haben Klageabweisung, der Beklagte zu 1 außerdem widerklagend Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 2 321 DM (Beteiligung der Klägerin am behaupteten Kostenaufwand für die Erhaltung der Kommunmauer) beantragt.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen die Beklagten zu 2 und 3 als Gesamtschuldner zur Zahlung von 1 100 DM nebst Zinsen verurteilt und die Verpflichtung dieser Beklagten zum Ersatz des weiteren Schadens festgestellt, der infolge der Durchfeuchtung der Kommunmauer entstanden sei. Auf die Widerklage



des Beklagten zu 1 hin hat es die Klägerin verurteilt, an diesen Beklagten 2 321 DM nebst Zinsen zu zahlen. Auf die Berufung der Klägerin und der Beklagten zu 2 und 3 hin hat das Berufungsgericht dieses Urteil zum Teil abgeändert. Es hat - unter Aufrechterhaltung der bezeichneten Verurteilung der Beklagten zu 2 und 3 - darüberhinaus alle drei Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 2 355 DM nebst Zinsen verurteilt und ihre gesamtschuldnerische Verpflichtung zum Ersatz des durch Rissebildung entstandenen Schadens festgestellt. Der Widerklage des Beklagten zu 1 hat es unter Abweisung im übrigen nur in Höhe von 2 069,70 DM nebst Zinsen entsprochen. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihr Begehren auf Abweisung der Klage weiter, die Beklagten zu 1 a, b und c als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Beklagten zu 1 ferner den Widerklageantrag, soweit das Berufungsgericht ihm nicht entsprochen hat. Die Beklagten zu 1 a, b und c bitten außerdem vorsorglich, ihnen die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß vorzubehalten. Die Klägerin beantragt mit der Anschlußrevision volle Abweisung der Widerklage des Beklagten zu 1. Ferner bitten die Klägerin und die Beklagten zu 1 a, b und c um Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten zu 1 a, b und c rügt, das Berufungsgericht - der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München - sei am 5. März 1964, dem Tag der letzten mündlichen Verhandlung, nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).

Die Rüge ist begründet. Der Senat hatte sich bereits in einer anderen Sache, die durch Urteil vom 25. Juni 1965 V ZR 154/64, NJW 1965, 1715 Nr. 8 entschieden worden ist, mit einer die Besetzung des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München im Jahr 1964 betreffenden Verfahrensrüge zu befassen. Nach einer in jenem Verfahren eingeholten Auskunft des Präsidenten des Oberlandesgerichts München vom 18. Januar 1965, die zum Gegenstand auch des vorliegenden Rechtsstreits gemacht worden ist, war der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München ab 1. Februar 1964 mit einem Senatspräsidenten, vier Oberlandesgerichtsräten und einem Landgerichtsrat als Hilfsrichter besetzt. Der Senat hätte hiernach in zwei personell voneinander verschiedenen Sitzgruppen Recht sprechen können. Eine solche Überbesetzung verstößt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 17, 294; 18, 65), der der Bundesgerichtshof sich angeschlossen hat, gegen den aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG hergeleiteten Grundsatz, daß Regelungen, die der Bestimmung des gesetzlichen Richters dienen, von vornherein so eindeutig wie möglich ergeben müssen, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche Richter zur Entscheidung des einzelnen Falles berufen sind. Daß der Vorsitzende des Senats in der Zeit vom 4. Januar bis zum 8. September 1964 wegen einer Erkrankung dienstunfähig war und sein Richteramt nicht ausgeübt hat, ändert daran nichts, da es entscheidend auf die Zahl der dem Spruchkörper angehörenden Richter ankommt. Der erkennende Senat hat deshalb in dem genannten Urteil ausgesprochen, daß der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München am 11. Juni 1964 - dies war in jenem Verfahren der Tag der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht - unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG überbesetzt war. Zu dem gleichen Ergebnis ist der VIII. Zi-

vilsenat des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der Besetzung des bezeichneten Senats am 19. Februar, 22. Juli und 30. Juli 1964 gelangt (Urteile des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. Juli 1965, VIII ZR 157/64, VIII ZR 45/65 und VIII ZR 251/64). Für den hier maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich den 5. März 1964, gilt das gleiche.

Nur die Beklagten zu 1 a, b und c haben die vorstehend erörterte Verfahrensrüge erhoben, nicht dagegen die anderen Prozeßparteien. Dennoch führt die Rüge, wie der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden hat (Urteil des Ib-Zivilsenats vom 22. Dezember 1965, Ib ZR 143/64, Leitsatz veröffentlicht NJW 1966, 933; Urteil des Ia-Zivilsenats vom 14. Juni 1966, Ia ZR 63/64), zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens (§ 564 Abs. 2 ZPO) in vollem Umfang, soweit noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Da auch die Beklagten zu 2 und 3 Revision und die Klägerin Anschlußrevision eingelegt haben, ist das angefochtene Urteil auch insoweit noch nicht rechtskräftig geworden, als das Berufungsgericht zuungunsten dieser Prozeßparteien entschieden hat. Das Berufungsgericht wird daher über die Klage und Widerklage in vollem Umfang neu zu verhandeln und zu entscheiden haben, soweit nicht das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden ist. Die Revisionen der Beklagten zu 2 und 3 sowie die Anschlußrevision der Klägerin haben sich somit erledigt.

Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht vorzubehalten. Die Niederschlagung der gerichtlichen Gebühren und Auslagen beruht auf § 7 Abs. 1 Satz 1 GKG (BGHZ 27, 163, 170).

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Hill

Dr. Grell