BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 52/92

Verkündet am:
22. November 1994
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Nichtigkeitssache

Kommanditgesellschaft H[redacted]-Ost M[redacted] SB-Großmärkte GmbH & Co., gesetzlich vertreten durch die M[redacted] SB-Großmärkte GmbH, K[redacted], diese gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Hans Dieter C[redacted], B[redacted]weg [redacted], H[redacted],

Nichtigkeitsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [redacted] und [redacted] -

gegen

Hauptverband des Deutschen E[redacted] (H[redacted]), gesetzlich vertreten durch seinen Präsidenten Hermann F[redacted], Hö[redacted] Weg [redacted], K[redacted],

Nichtigkeitsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [redacted] und Dr. [redacted] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 1994 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dr. Broß, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Die Nichtigkeitsklage gegen das Urteil des I. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 30. November 1989 (I ZR 184/88) wird auf Kosten der Klägerin abgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Dem I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes gehörten im Jahre 1989 sieben Richter an, mithin zwei Richter mehr als die gesetzliche Spruchbesetzung. In seinen schriftlich abgefaßten Grundsätzen über die Mitwirkung der Richter an den Verfahren nach § 21 g Abs. 2 GVG hatte der Vorsitzende für jeden Sitzungstag des Senates eine Spruchgruppe aus fünf Richtern gebildet. Ferner hatte er festgelegt, bei welchen Sachgebieten die einzelnen beisitzenden Richter zugezogen werden sollten. Jedem dem I. Zivilsenat geschäftsplanmäßig zugewiesenen Sachgebiet waren auf diese Weise mindestens drei Richter zugeordnet; für Wettbewerbssachen waren sämtliche Senatsmitglieder vorgesehen. Nicht schriftlich festgelegt hatte der Vorsitzende, inwieweit er bei der Terminierung gebunden sein sollte. Die Grundsätze enthielten ferner eine Regelung über die Heranziehung der Beisitzer in rechtlich verwandten Fällen, eine Regelung über die Berücksichtigung der Belastung von in Spezialsenaten des Bundesgerichtshofes tätigen Senatsmitgliedern und eine Vertretungsregelung.

Durch Urteil vom 30. November 1989 (I ZR 184/88) hat der I. Zivilsenat die Revision der damaligen Beklagten und jetzigen Nichtigkeitsklägerin gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 9. Juni 1988 überwiegend zurückgewiesen und der Revision der Gegenseite weitgehend stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die damalige Beklagte mit Klageschrift vom 29. April 1992 Nichtigkeitsklage mit der Begründung erhoben, das erkennende Gericht sei bei seiner Entscheidung nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen.

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

JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die von dem Vorsitzenden des I. Zivilsenates gemäß § 21 g Abs. 2 GVG aufgestellten Mitwirkungsgrundsätze für das Geschäftsjahr 1989 entsprächen nicht den gesetzlichen Anforderungen, da sie die Zusammensetzung der Richterbank nicht im voraus abstrakt bestimmten. Sie legten nur die Sitzungstage und die jeweiligen Sitzgruppen fest und enthielten Regeln für die Auswahl des Berichterstatters und der Vertretung. Bei Eingang einer Sache sei nicht gewährleistet, nach welchen Grundsätzen sich die zur Entscheidung berufene Richterbank zusammensetze. Kenntnis hiervon hätten ihre Anwälte erst durch eine von dem Präsidenten des Bundesgerichtshofes an die Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof übermittelte Übersicht über die Mitwirkungspraxis erhalten. Bis dahin habe für sie und ihre Anwälte keine Veranlassung bestanden, an der Existenz von dem Gesetz entsprechenden Grundsätzen bei den Zivilsenaten zu zweifeln und Ermittlungen anzustellen, um einer Verfristung der Nichtigkeitsklage zu begegnen.

Der Nichtigkeitsbeklagte ist dem entgegengetreten. Er hält die Klage für unzulässig, weil die Klagefrist versäumt sei. Jeder beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwalt habe gewußt, daß beim I. Zivilsenat zu Jahresbeginn jeweils Pläne mit den Sitzungstagen und der jeweiligen Sitzgruppe aufgestellt würden und der Vorsitzende die verhandlungsreifen Sachen auf die Sitzungstage terminiere. Die Klage sei auch unbegründet. Weder auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG noch auf § 21 g Abs. 2 GVG lasse sich die These stützen, die vom Vorsitzenden zu bestimmenden Grundsätze der senatsinternen Geschäftsverteilung müßten im voraus abstrakt festlegen, welche Richter innerhalb eines überbesetzten Senates an den

einzelnen Verfahren mitwirkten. Eine im Wege der Nichtigkeitsklage anfechtbare nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts liege nur vor, wenn von einem bestehenden Mitwirkungsplan willkürlich oder sonst mißbräuchlich abgewichen worden sei oder der Vorsitzende die Besetzung des Gerichts ad hoc aufgrund mißbräuchlicher Erwägungen bestimmt habe. Das werde von der Nichtigkeitsklägerin nicht behauptet.

Der Senat hat den mit der Klage aufgeworfenen Fragen grundsätzliche Bedeutung beigemessen und sich zunächst in seiner Entscheidung durch die Rechtsprechung des 1. und 4. Strafsenates gehindert gesehen. Er hat daher mit Beschluß vom 30. März 1993 gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GVG den Vereinigten Großen Senaten des Bundesgerichtshofes folgende Fragen vorgelegt:

1. Sind Grundsätze des Vorsitzenden eines überbesetzten Zivilsenates beim Bundesgerichtshof mit § 21 g Abs. 2 GVG vereinbar, die vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer aufgestellt worden sind, aber nicht im voraus abstrakte Regeln über die Mitwirkung aller Richter an den einzelnen Verfahren enthalten?

2. Falls die erste Frage verneint wird, bedeutet das, daß nach § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ein Urteil eines Zivilsenates des Bundesgerichtshofes binnen der Klagefrist nach § 586 ZPO mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar ist?

Die Vereinigten Großen Senate haben durch Beschluß vom 5. Mai 1994 - VGS 1-4/93, NJW 1994, 1735 wie folgt erkannt:

1. Die vom Vorsitzenden eines überbesetzten Zivilsenates des Bundesgerichtshofes nach § 21 g Abs. 2 GVG aufzustellenden Mitwirkungsgrundsätze müssen mit abstrakten Merkmalen regeln, welche Richter an der Entscheidung mitzuwirken haben. Sie müssen ein System in der Weise ergeben, daß die Besetzung des Spruchkörpers bei der einzelnen Entscheidung im Regelfall aus ihnen ableitbar ist.

2. Diese Mitwirkungsgrundsätze müssen schriftlich abgefaßt sein.

3. Mitwirkungsgrundsätze, die hiervon abwichen, sind nicht ohne weiteres als fehlerhaft zu beurteilen. Sie brauchten nicht vollständig schriftlich niedergelegt zu sein. Für die Zuordnung der einzelnen Sache zu einer bestimmten Richterbank im Wege der Terminierung genügte es, daß die Terminierung nicht willkürlich, sondern in Ausübung pflichtgemäßen richterlichen Ermessens aus sachgerechten Gründen erfolgte.

Die Klägerin ist der Auffassung, der erkennende Senat sei trotz der Bestimmung des § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG an diese Entscheidung nicht gebunden; er habe auch für das Geschäftsjahr 1989 von den Anforderungen des § 21 g Abs. 2 GVG auszugehen. Zum einen hätten die Vereinigten Großen Senate vor ihrem Beschluß eine Entscheidung des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes einholen müssen, weil sie von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes abwichen. Da dies nicht geschehen sei, könne und müsse der erkennende Senat dies nachholen. Darüber hinaus sei die Ent-

scheidung der Vereinigten Großen Senate verfassungswidrig, soweit sie die bisherige Handhabung in der Vergangenheit für fehlerfrei erkläre. Dies sei mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG unvereinbar. Der Senat müsse deshalb, wenn er von einer Vorlage an den Gemeinsamen Senat absehen wolle, die Sache dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate vorlegen.

Die Nichtigkeitsklägerin beantragt,

1. das Urteil des I. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes vom 30. November 1989 - I ZR 184/88 - aufzuheben,

2. nach den Anträgen im Revisionsverfahren des Vorprozesses zu erkennen.

Der Nichtigkeitsbeklagte bittet um Verwerfung, hilfsweise um Abweisung der Nichtigkeitsklage.

Entscheidungsgründe:

I. Die Nichtigkeitsklage ist zulässig.

1. Die Klage ist an sich statthaft; sie richtet sich gegen das Urteil des I. Zivilsenates vom 30. November 1989 (§ 578 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin macht den Nichtigkeitsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO geltend, den sie auch hinreichend dargetan hat. Dazu genügt es, wenn die vorgetragenen Tatsachen geeignet erscheinen, die Verletzung einer Vorschrift

über die Besetzung des Gerichts darzutun. Zwar war die in der Klageschrift zunächst auf Verdacht erhobene Besetzungsrüge nicht zulässig (BGH, Beschl. v. 26.03.1986 - III ZR 114/85, NJW 1986, 2115), wie insoweit mit Recht vom Beklagten gerügt worden ist. Die Klägerin hat aber einen den prozessualen Anforderungen entsprechenden Klagevortrag schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung nachgeholt, indem sie eine Verletzung des § 21 g Abs. 2 GVG unter Bezugnahme auf die in der gleichzeitig verhandelten Sache X ZR 63/92 vorgelegten Mitwirkungsgrundsätze mit der Begründung gerügt hat, daß die vom Vorsitzenden des I. Zivilsenates aufgestellten Grundsätze auch für das Geschäftsjahr 1989 keine abstrakte Regelung der Mitwirkung der Richter an den einzelnen Verfahren enthalten hätten und daher die Auswahl der am 30. November 1989 mitwirkenden Richter nicht dem Gesetz entsprochen habe.

2. Die Klagefrist ist gewahrt. Nach § 586 Abs. 1 ZPO ist die Nichtigkeitsklage vor Ablauf der Notfrist eines Monats zu erheben. Nach Abs. 2 Satz 1 beginnt die Notfrist mit dem Tage, an dem die Partei von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils. Erforderlich ist die Kenntnis sämtlicher Tatsachen, welche vorhanden sein müssen, um erfolgreich Klage erheben zu können. Dies ist der Fall, wenn die Partei oder deren Prozeßbevollmächtigter (§ 85 Abs. 2 ZPO) über alle den Anfechtungsgrund bildenden Tatsachen ein auf sicherer Grundlage beruhendes Wissen haben. Dagegen kommt es auf die zutreffende rechtliche Einordnung dieser Tatsachen, also die Erkenntnis nicht an, daß die bekanntgewordenen Tatsachen einen Wiederaufnahmegrund ergeben (BGH VersR 1962, 176; Münch-

Komm./Braun, ZPO, § 586 Rdn. 9; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 586 Rdn. 3; Wieczorek/Rössler, ZPO, 2. Aufl., § 586 Rdn. A III b; Zöller/Schneider, ZPO, 18. Aufl., § 586 Rdn. 9).

a) Die Nichtigkeitsklägerin stellt nicht in Abrede, wie sie in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat klargestellt hat, daß es zur Zeit der Verhandlung und Entscheidung vor dem I. Zivilsenat Mitwirkungsgrundsätze gegeben hat und daß diese beachtet worden sind. Sie hält die aufgestellten Mitwirkungsgrundsätze jedoch für unzureichend.

Von den den vermeintlichen Anfechtungsgrund nach § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bildenden Tatsachen hat die Nichtigkeitsklägerin vor der Klageerhebung keine Kenntnis erlangt. Sie erfuhr zwar in der mündlichen Verhandlung am 30. November 1989, welche Richter des I. Zivilsenates an der Entscheidung über die Revision mitwirkten. Sie behauptet aber, vor Klageerhebung keine Kenntnis vom Inhalt der Mitwirkungsgrundsätze gehabt, insbesondere nicht gewußt zu haben, daß diese Grundsätze keine abstrakte Regelung über die Mitwirkung der Richter an den jeweiligen Verfahren enthielten. Dies ist nicht zu widerlegen. Die Grundsätze über die senatsinterne Geschäftsverteilung wurden in der Vergangenheit beim Bundesgerichtshof nicht veröffentlicht, so daß jedenfalls die Nichtigkeitsklägerin selbst keine Kenntnis vom Inhalt der Mitwirkungsgrundsätze des I. Zivilsenates erlangt haben konnte.

b) Gleiches gilt für die Anwälte der Nichtigkeitsklägerin, deren Wissen dieser nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen ist. Wenn auch die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Mit-

wirkungsgrundsätze nach § 21 g Abs. 2 GVG bei den oberen Bundesgerichten in der Rechtsprechung und im Schrifttum jedenfalls seit Beginn des Jahres 1992 diskutiert wurde, so bestand für die Revisionsanwälte der Nichtigkeitsklägerin keine Veranlassung, von sich aus Ermittlungen hinsichtlich der Mitwirkungsgrundsätze beim I. Zivilsenat anzustellen, um dem Vorwurf einer Verfristung zu begegnen. Jedenfalls ergaben sich bis zum Erscheinen des am 30. März 1992 veröffentlichten Aufsatzes von Wiebel (BB 1992, 573) keine Anhaltspunkte dafür, daß die bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes bestehenden Grundsätze nicht den Anforderungen des § 21 g Abs. 2 GVG entsprechen könnten. Die Kenntnis des Inhalts der Mitwirkungsgrundsätze und damit der den Anfechtungsgrund bildenden Tatsachen erlangten die beim Bundesgerichtshof zugelassenen Anwälte erst durch die Übersicht des Präsidenten des Bundesgerichtshofes über die Mitwirkungspraxis in den Senaten.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Anwälte jederzeit die Grundsätze des I. Zivilsenates bei der Geschäftsstelle hätten einsehen können. Kenntnis im Sinne des § 586 Abs. 2 ZPO ist nur das klare bewußte Wissen von Tatsachen, nicht das Kennenmüssen. Zwar stehen dem positiven Wissen die Tatsachen gleich, deren Kenntnisnahme sich die Partei oder ihre Anwälte bewußt verschließen. Aus den vorgetragenen Umständen sind aber keine Anhaltspunkte für einen solchen Sachverhalt ersichtlich. Wollte man in der Veröffentlichung am 30. März 1992 einen ausreichenden Anlaß zur Überprüfung der konkreten Grundsätze des Senatsvorsitzenden sehen, stünde dies der Wahrung der Klagefrist im Streitverfahren nicht entgegen.

II. Die Nichtigkeitsklage ist jedoch nicht begründet. Die Klägerin kann ihre Rüge des Besetzungsmangels im Sinne des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht mit Erfolg darauf stützen, der Vorsitzende des I. Zivilsenates habe entgegen § 21 g Abs. 2 GVG für das Geschäftsjahr 1989 nicht im voraus abstrakt-generell bestimmt, nach welchen Grundsätzen die einzelnen Mitglieder des I. Zivilsenates an Entscheidungen mitwirken.

1. Nach § 139 GVG entscheiden die Senate des Bundesgerichtshofes in der Besetzung von fünf Richtern einschließlich des Vorsitzenden. Da dem I. Zivilsenat im Geschäftsjahr 1989 ingesamt sieben Richter angehörten, war eine Anordnung des Vorsitzenden über die Mitwirkung der Richter an den einzelnen Verfahren erforderlich (§ 21 g Abs. 2 GVG). Eine solche Anordnung hat der Vorsitzende getroffen.

Die Nichtigkeitsklägerin macht weder ein völliges Fehlen von Mitwirkungsgrundsätzen noch deren willkürliche Handhabung geltend. Sie beanstandet lediglich, durch die aufgestellten Grundsätze sei nicht hinreichend bestimmt und im voraus abstrakt festgelegt worden, welche Richter jeweils für die Entscheidung der einzelnen Sache zuständig sein sollten.

2. Nach der vom erkennenden Senat in seinem Vorlagebeschluß vom 30. März 1993 (NJW 1993, 1596) zum Ausdruck gebrachten Rechtsansicht entsprachen die von dem Vorsitzenden des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes aufgestellten Grundsätze nicht den aus § 21 g Abs. 2 GVG abzuleitenden Anforderungen. Die Vereinigten Großen Senate des Bundesge-

richtshofes haben in ihrer Grundsatzentscheidung vom 5. Mai 1994 (NJW 1994, 1735 = GRUR 1994, 659) zu den in Zukunft zu stellenden Anforderungen Stellung genommen. Sie haben ausgeführt (zu III. 2.), erforderlich und genügend sei, daß die Mitwirkungsgrundsätze mit abstrakten Merkmalen die Mitwirkung der Richter an den Entscheidungen regelten und in sich ein System ergäben, daß die Besetzung des Spruchkörpers bei der einzelnen Entscheidung aus den Grundsätzen ableitbar sei und Ermessensentscheidungen des Vorsitzenden im Regelfall entbehrlich seien. Im übrigen sei der Vorsitzende frei, die nach den Verhältnissen seines Spruchkörpers am geeignetsten erscheinende Methode zur Bewältigung des Geschäftsanfalls zu wählen. Die Auswahl der jeweils mitwirkenden Richter könne nach verschiedenen Systemen bestimmt werden. Bei jedem dieser Systeme müsse der Vorsitzende durch Mitwirkungsgrundsätze gemäß § 21 g Abs. 2 GVG sicherstellen, daß die Zusammensetzung der Spruchgruppe aus abstrakten Merkmalen ableitbar sei, also nicht offenbleibe, aus welchen Gründen gerade sie tätig werde. Dafür gebe es verschiedene Wege. Folge die endgültige Zusammensetzung der Spruchgruppe erst aus der Terminsanberaumung, müsse der Vorsitzende sich in dieser Frage binden; folge sie aus der Bestellung des Berichterstatters, bedürfe es einer Festlegung, nach welchen Kriterien er ausgewählt werde. Ergebe sich die Besetzung der Richterbank erst aus dem Zusammenspiel dieser beiden Kriterien, müßten sie beide abstrakt vorherbestimmt sein.

Ob die für das Jahr 1989 aufgestellten Mitwirkungsgrundsätze des I. Zivilsenats diesen für die künftige Anwendung gedachten Grundsätzen gerecht werden, mag zweifelhaft sein, kann jedoch dahingestellt bleiben.

3. Nach der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate, die nach § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG für den erkennenden Senat bindend ist, sind an die in früheren Jahren aufgestellten Mitwirkungspläne weniger strenge Anforderungen zu stellen. Die Mitwirkungsgrundsätze brauchten nicht vollständig schriftlich niedergelegt zu werden. Für die Zuordnung der einzelnen Sache zu einer bestimmten Richterbank im Wege der Terminierung genügte es, daß die Terminierung nicht willkürlich, sondern in Ausübung pflichtgemäßen richterlichen Ermessens aus sachgerechten Gründen erfolgte (Nr. 3 der Entscheidungsformel).

Diesen Anforderungen genügten die für das Jahr 1989 aufgestellten Mitwirkungsgrundsätze des I. Zivilsenats. Es war in eindeutiger Weise im voraus bestimmt, welche Richter jeweils an welchen Sitzungstagen mitwirken sollten (Ziff. III). Darüber hinaus war vorgesehen (Ziff. I), daß für bestimmte Sachgebiete bevorzugt auf die besondere Sachkompetenz bestimmter beisitzender Mitglieder des Senats zurückgegriffen werden sollte. Über die Verteilung der zu entscheidenden Sachen auf die einzelnen Sitzungstage und die einzelnen Sitzungsgruppen enthielten die Grundsätze keine Regeln. Insoweit lag zwar eine Lücke vor. Mangels entgegenstehender konkreter Anhaltspunkte muß aber davon ausgegangen werden, daß die Terminierung der einzelnen Sachen durch den Vorsitzenden entsprechend üblicher richterlicher Praxis nach sachgerechten Gründen erfolgt ist und daß dabei vor allem eine am Alter der Sache orientierte zeitliche Reihenfolge sowie Gesichtspunkte wie der Sachzusammenhang, die gleichmäßige Belastung und Auslastung der mitwirkenden Richter und der verschiedenen Terminstage und die besondere Eilbedürf-

tigkeit der einzelnen Sachen berücksichtigt und gegebenenfalls gegeneinander abgewogen worden sind. Damit war für den Vorsitzenden durch die Mitwirkungsgrundsätze insgesamt ein Rahmen für die Zuweisung der einzelnen Sache an eine bestimmte Richterbank gegeben, der aus heutiger Sicht zu weit bemessen gewesen sein mag, da er im Einzelfall durch die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens weiter zu konkretisieren war. Er ist jedoch für die damalige Zeit gemäß der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate und aus den dort (zu III. 3.) angeführten Gründen als noch ausreichend anzusehen.

4. Die Nichtigkeitsklägerin wehrt sich gegen die Anwendung der in der Entscheidung der Vereinigten Großen Senate entwickelten Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall mit der Begründung, die Entscheidung könne aus verfassungsrechtlichen Gründen keine Bindungswirkung entfalten. Zum einen sei das Verfahren vor den Vereinigten Großen Senaten insoweit fehlerhaft, als die eingeholte Stellungnahme des Generalbundesanwalts den Parteien nicht zugänglich gemacht und damit der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt worden sei. Zum anderen ergebe sich aus der Rechtsauffassung der Vereinigten Großen Senate eine Divergenz zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, so daß eine Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 RsprEinhG geboten sei. Insoweit sei den Parteien der gesetzliche Richter entzogen worden. Darüber hinaus lasse die Auslegung des § 21 g Abs. 2 GVG für die Vergangenheit eine willkürliche Zusammensetzung der Richterbank durch den Vorsitzenden zu und sei damit auch verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar. Der erkennende Senat müsse wegen dieser Fehler

entweder die Sache erneut den Vereinigten Großen Senaten des Bundesgerichtshofes oder dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes vorlegen oder unter verfassungskonformer Auslegung des § 138 GVG in der Sache selbst entscheiden oder, falls eine solche Auslegung nicht möglich sei, die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Der erkennende Senat ist nach Wortlaut und Sinn des § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG an die Entscheidung der Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofes gebunden. Er wäre es im Rahmen der nach § 132 GVG vorgelegten Rechtsfrage auch dann, wenn die Rügen der Nichtigkeitsklägerin begründet wären (Kissel, Der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, in Festschrift "75 Jahre Reichsfinanzhof - Bundesfinanzhof" 1993, S. 591, 600).

b) Hiervon abgesehen kommt es nicht darauf an, ob die Vereinigten Großen Senate gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen haben, indem sie den Parteien die Stellungnahme des Generalbundesanwalts nicht zugänglich gemacht haben. Zum einen wäre ein solcher Verstoß nicht kausal für die Entscheidung der Vereinigten Großen Senate, weil der Generalbundesanwalt nur eine Rechtsauffassung mitgeteilt hat, die ersichtlich nicht einmal Grundlage der Entscheidung geworden ist (vgl. dazu BVerfGE 13, 132, 145; 14, 320, 323 f.; 17, 191, 193; 28, 17, 19 f.; 36, 92, 97; 52, 131, 152 f.). Zum anderen hat die Nichtigkeitsklägerin ihre Rüge nicht ordnungsgemäß ausgeführt (vgl. BVerfGE 28, 17, 20; 29, 183, 197; 58, 1, 25 f.; 75, 201, 216; 79, 80, 83; 82, 236, 256 f.). Sie hätte zumindest dar-

legen müssen, was sie bei Kenntnis der Stellungnahme des Generalbundesanwalts im Verfahren vor den Vereinigten Großen Senaten vorgetragen hätte.

c) Ob die Vereinigten Großen Senate den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hätten anrufen müssen, kann dahinstehen. Mit der Vorlage durch den erkennenden Senat haben die Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofes die Prüfungskompetenz darüber erhalten, ob die Vorlagefrage mit oder ohne vorherige Anhörung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes beantwortet werden konnte. Die Vereinigten Großen Senate haben nach Prüfung eine weitere Vorlagepflicht verneint (zu IV. 3.). Damit könnte allenfalls eine sachlich unzutreffende Beurteilung der weiteren Vorlagepflicht, nicht aber deren willkürliche Verletzung gegeben sein. Nur unter der Voraussetzung der Willkür könnte die unterlassene Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes unter dem Gesichtspunkt des Art. 101 Abs. 1 Nr. 2 GG aber verfassungsrechtlich relevant sein.

Hierfür liegen Anhaltspunkte nicht vor. Die von der Nichtigkeitsklägerin angeführten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 1966 (BVerwGE 24, 315) und vom 8. November 1967 (NJW 1968, 811) betreffen keinen mit der vorliegenden Fallgestaltung vergleichbaren Sachverhalt. Die hier entscheidende Frage, ob es bei der Festlegung der Richterbank für jeden Sitzungstag noch der ausdrücklichen Formulierung bestimmter Terminierungsgrundsätze für die einzelne Sache bedurfte, ist dort nicht angesprochen. Eine für den vorliegenden Fall relevante Divergenz im Sinne des § 2

Abs. 1 RsprEinhG (vgl. GmS, Beschl. v. 06.02.1973, NJW 1973, 1273; Beschl. v. 27.04.1993, NJW 1993, 2603) liegt nicht vor. Damit fehlen die sachlichen Voraussetzungen für eine Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes.

d) Bei der Auslegung des § 21 g Abs. 2 GVG haben die Vereinigten Großen Senate auch die verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt. Abgesehen davon, daß Art. 100 GG im vorliegenden Fall nicht einschlägig ist und damit keine Vorlagepflicht begründet, fehlt für den erkennenden Senat auch aus sachlichen Gründen jede Grundlage für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht. Es kommt hinzu, daß das Bundesverfassungsgericht wiederholt (vgl. Beschl. v. 19.06.1970, DRiZ 1970, 269) ausgesprochen hat, § 21 g Abs. 2 GVG gehe über das verfassungsrechtlich Gebotene hinaus. Ist dies aber der Fall, so kann nicht angenommen werden, daß etwaige Mängel der Mitwirkungsgrundsätze eines Senats des Bundesgerichtshofes ohne weiteres auch als Verfassungsverstoß nach Art. 101 Abs. 1 Nr. 2 GG zu werten sind.

5. Letztlich könnte die Nichtigkeitsklage selbst dann keinen Erfolg haben, wenn anzunehmen wäre, daß die in Streit stehenden Mitwirkungsgrundsätze des I. Zivilsenats nicht nur aus heutiger Sicht, sondern schon nach den für die damalige Zeit maßgeblichen Regeln unzulänglich waren, weil sie keine ausdrücklichen Regeln für die Zuordnung der einzelnen Sachen zu einem bestimmten Sitzungstag und damit zu der entsprechenden Richterbank enthielten. Der erkennende Senat hat zwar in seinem Vorlagebeschluß vom 30. März 1993 die Auffassung vertreten, daß der beanstandete Mangel der Mitwirkungs-

grundsätze zugleich auch zu einer vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts im Sinne des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO führt und eine Entscheidung deshalb wegen eines Besetzungsmangels mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden kann. Die Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofes haben in ihrem Beschluß vom 5. Mai 1994 dazu nicht abschließend Stellung genommen. Die Ausführungen des Beschlusses haben dem erkennenden Senat jedoch Veranlassung gegeben, seine ursprüngliche Ansicht zu überdenken und zu revidieren.

Wie in dem Beschluß der Vereinigten Großen Senate (NJW 1994, 1735, 1736 - zu II. 3. a)) mit umfangreichem Fundstellennachweis im einzelnen ausgeführt ist, führt nicht jeder Fehler bei der Bestimmung der mitwirkenden Gerichtspersonen zu einer vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts im Sinne des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Beruht diese auf einer letztlich irrigen, aber vertretbaren Auslegung einer nicht eindeutigen Gesetzesbestimmung, so kann ein Verfahrensverstoß zu verneinen sein (so schon BGHSt 12, 227, 233); die bloß irrtümliche Abweichung von den Zuweisungen des Geschäftsverteilungsplanes vermag die Revision nicht zu begründen (BGHSt 11, 106, 110). Daran anknüpfend fordert die Rechtsprechung für die Beachtlichkeit einer Besetzungsrüge allgemein, daß die Gesetzesverletzung klar zutage liegt, schwer oder "qualifiziert" ist, also auf einer nicht mehr hinnehmbaren Rechtsansicht und damit letztlich auf objektiver Willkür beruht (Nachweise vgl. aaO d. Beschl.). Entscheidungen, in denen Fehler bei der Aufstellung eines Geschäftsverteilungsplanes oder von Mitwirkungsgrundsätzen im Sinne des § 21 g Abs. 2 GVG ohne weiteres als relevante Besetzungsfehler im Sinne des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO oder in-

haltsgleicher anderer Vorschriften angesehen wurden (BGHSt 3, 353, 355; 25, 239, 241; BVerwG NJW 1987, 2031, 2032; BGH NJW 1988, 1921), sind vereinzelt geblieben und ersichtlich überholt, wie sich aus späteren Entscheidungen des Bundesgerichtshofes (s. BGHSt 33, 303) und des Bundesverwaltungsgerichts (insb. NJW 1988, 1339; 1991, 1370, 1371) ergibt. Im Hinblick auf die schwerwiegenden Folgen eines Besetzungsmangels im Sinne von § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO kann ein solcher bei einem Mangel der Mitwirkungsgrundsätze eines Senats nicht ohne weiteres angenommen werden. Vielmehr wird ein Besetzungsmangel als Folge von nicht den Anforderungen des § 21 g Abs. 2 GVG entsprechenden Mitwirkungsgrundsätzen nur dann anzunehmen sein, wenn der Mangel der Grundsätze auf einer nicht mehr hinnehmbaren Rechtsansicht beruht.

Im vorliegenden Fall ist ein solcher qualifizierter Mangel der Mitwirkungsgrundsätze des I. Zivilsenats nicht zu erkennen. Wie sich aus dem Beschluß der Vereinigten Großen Senate vom 5. Mai 1994 entnehmen läßt, entsprach es der bisherigen Auffassung der Zivil- und Strafsenate des Bundesgerichtshofes, daß keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der Mitwirkungsgrundsätze nach § 21 g Abs. 2 GVG gestellt werden mußten. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat nicht gefordert, daß der Vorsitzende sich in der Terminierung durch die Grundsätze binden müsse, wenn davon die Zusammensetzung der Spruchgruppe beeinflußt wurde. In vielen Spruchkörpern war das seit langem überlieferte System angewandt worden, die Mitwirkung der Richter an bestimmten Sitzungstagen festzulegen; dabei hat man angenommen, daß es mit der Forderung nach Grundsätzen nicht unvereinbar sei, lediglich die Mitwirkung bestimmter Richter für die jeweili-

gen Sitzungstage festzulegen und dem Vorsitzenden bei der Terminierung einen Raum zu lassen, den er nach pflichtgemäßem Ermessen auszufüllen hatte (zu III. 3.). Dieser Auffassung entsprachen die Mitwirkungsgrundsätze des I. Zivilsenats. Selbst wenn diese Grundsätze aus heutiger Sicht wegen Fehlens einer ausdrücklichen Zuordnungsregel der zur Entscheidung stehenden Sachen als unzureichend zu beurteilen wären, würde dieser Mangel auch für die zurückliegende Zeit nicht als so schwerwiegend zu bewerten sein, daß er in einer unabsehbaren Zahl von Fällen die erfolgreiche Durchführung eines Nichtigkeitsverfahrens rechtfertigen könnte.

III. Daher ist die Nichtigkeitsklage gegen das angefochtene Urteil abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Rogge Jestaedt Broß

Melullis Greiner