

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZR 52/92

Verkündet am:
30. März 1993
Welte
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Nichtigkeitssache

Kommanditgesellschaft H [REDACTED] M [REDACTED] SB-Großmärkte GmbH
& Co., gesetzlich vertreten durch die M [REDACTED] SB-Großmärkte
GmbH, K [REDACTED], diese gesetzlich vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer Hans Dieter C [REDACTED], B [REDACTED] weg 50,
H [REDACTED],

Nichtigkeitsklägerin,

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

gegen

Hauptverband des Deutschen Einzelhandels e.V., gesetzlich
vertreten durch seinen Präsidenten Hermann F [REDACTED],
S [REDACTED] 89, K [REDACTED],

Nichtigkeitsbeklagter,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bruchhausen und die Richter Rogge, Dr. Jestaedt, Dr. Broß und Dr. Melullis

beschlossen:

Die Sache wird gemäß § 132 Abs. 2-4 GVG zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung den Vereinigten Großen Senaten zur Entscheidung folgender 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?

16

- 3 -

Gründe:

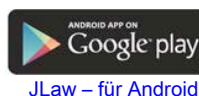
I. Durch Urteil vom 30. November 1989 hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes die Revision der damaligen Beklagten und jetzigen Nichtigkeitsklägerin gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 9. Juni 1988 überwiegend zurückgewiesen und der Revision der Gegenseite weitgehend stattgegeben (I ZR 184/88). Gegen dieses Urteil hat die damalige Beklagte mit Klageschrift vom 29. April 1992 Nichtigkeitsklage erhoben.

Die Klägerin macht geltend: Das Gericht sei bei seiner Entscheidung nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, da beim I. Zivilsenat im Jahre 1989 keine allgemeinen Grundsätze darüber bestanden hätten, welche fünf der sieben Richter des I. Zivilsenates zur Mitwirkung an der Entscheidung des Falles berufen waren. Hiervon habe sie vor Klageerhebung keine Kenntnis gehabt. Ein am 30. März 1992 veröffentlichter Aufsatz von Wiebel (BB 1992, 573) habe nur die Vermutung nahegelegt, daß es bei den Zivilsenaten des Bundesgerichtshofes allgemein an Mitwirkungsgrundsätzen gefehlt habe, die den Anforderungen des § 21 g Abs. 2 GVG genügten. Kenntnis hiervon hätten ihre Anwälte erst durch eine von dem Präsidenten des Bundesgerichtshofes an die Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof übermittelte Übersicht über die Mitwirkungspraxis erhalten. Für sie und ihre Anwälte habe keine Veranlassung bestanden, an der Existenz von § 21 g Abs. 2 GVG entsprechenden Grundsätzen bei den Zivilsenaten zu zweifeln und Ermittlungen anzustellen, um einer Verfristung der Nichtigkeitsklage zu begegnen. Der Nichtigkeitsgrund des Besetzungsmangels sei gegeben. § 21 g Abs. 2 GVG verlange allge-

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
[\(mobile App\)](#)



meine Mitwirkungsgrundsätze für die Dauer des Geschäftsjahres, die im voraus abstrakt festlegten, welche Richter eines Senats in welchen Verfahren mitwirken. Die Grundsätze beim I. Zivilsenat für das Jahr 1989 genügten diesen Anforderungen nicht, weil sie nur die Sitzungstage und die jeweiligen Sitzgruppen festlegten sowie Regeln für die Auswahl des Berichterstatters und der Vertretung enthielten. Bei Eingang einer Sache sei nicht gewährleistet, nach welchen Grundsätzen sich die zur Entscheidung berufene Richterbank zusammensetze. Solche Mitwirkungspläne seien möglich und im Lichte des Verfassungsgebotes nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch erforderlich.

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. Er hält die Klage für unzulässig, weil die Klägerin die Klagefrist versäumt habe. Die Nichtigkeitsklägerin habe in der damaligen mündlichen Verhandlung und später durch Zustellung des Urteils erfahren, welche Richter des I. Zivilsenates an der Entscheidung mitgewirkt hätten. Damit habe die Nichtigkeitsklägerin Kenntnis von dem vermeintlichen Anfechtungsgrund erlangt. Für den Fristbeginn komme es auf die Tatsachenkenntnis, nicht auf die rechtliche Einordnung und deren subjektive Er-

fassung an. Im übrigen wisse jeder Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, daß beim I. Zivilsenat am Jahresbeginn jeweils Pläne mit den Sitzungstagen und der jeweiligen Sitzgruppe aufgestellt würden und der Vorsitzende die verhandlungsreifen Sachen auf die festgelegten Sitzungstage terminiere.

Die Klage sei auch nicht begründet. 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. § 21 g Abs. 2 GVG stelle keine inhaltlichen Anforderungen, sondern sei eine Ordnungsvorschrift, von der weder die vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts noch die Mitwirkung des gesetzlichen Richters abhängen. Eine im Wege der Nichtigkeitsklage anfechtbare nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts läge daher 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 Mitwirkungsplan für das Geschäftsjahr 1989 des I. Zivilsenates habe den Anforderungen des Gesetzes entsprochen und sei bei der Verhandlung und Entscheidung des Streitfalles eingehalten worden.

Der Senat hat gemäß § 590 Abs. 2 ZPO angeordnet, daß die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vorab erfolgt.

II. Der X. Zivilsenat mißt den mit der Klage aufgeworfenen Fragen grundsätzliche Bedeutung bei, und will von der Rechtsprechung des 1. und 4. Strafsenats (siehe unten zu IV 2 a aa) abweichen. Diese haben auf Anfrage erklärt, an ihrer Rechtsprechung festhalten zu wollen. Die Sache wird daher gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GVG den Vereinigten Großen Senaten vorgelegt.

III. Die Nichtigkeitsklage ist nach Auffassung des beschließenden Senats zulässig.

1. Die Klage ist an sich statthaft; sie richtet sich gegen das rechtskräftige Endurteil des I. Zivilsenates vom 30. November 1989 (§ 578 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin macht den Nichtigkeitsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts (§ 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) geltend, den sie auch schlüssig dargetan hat. Dazu genügt es, wenn die vorgetragenen Tatsachen geeignet erscheinen, die Verletzung einer Vorschrift über die Besetzung des Gerichts darzutun (a.A. BFH, Beschl. v. 29.1.1992 - VIII K 4/91, BB 1992, 342). Zwar war die in der Klageschrift zunächst auf Verdacht erhobene Besetzungsrüge nicht zulässig (BGH, Beschl. v. 26.3.1986 - III ZR 114/85, NJW 1986, 2115), wie insoweit mit Recht von dem 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 hätte.

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten steht der Nichtigkeitsklage der Grundsatz der Subsidiarität nicht entgegen. Nach § 579 Abs. 2 ZPO findet im Fall der Besetzungsrüge die Nichtigkeitsklage nicht statt, wenn der Anfechtungsgrund mittels eines Rechtsmittels geltend gemacht werden konnte, wenn also der Partei ein Rechtsmittel zustand, von dem sie bei der ihr zumutbaren prozessualen Sorgfalt hätte Gebrauch machen können. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil gegen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes keine Rechtsmittel stattfinden, so daß aufgrund des andersartigen rechtlichen Hintergrundes auch der Rechtsgedanke des § 582 ZPO als spezifische Regelung für das Restitutionsverfahren nicht ergänzend herangezogen werden kann.

3. 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 erhalten 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 nicht auf die

zutreffende rechtliche Einordnung dieser Tatsachen, also die Erkenntnis an, daß die bekannt gewordenen Tatsachen einen Wiederaufnahmegrund ergeben (BGH VersR 1962, 176; MünchKomm/Braun, ZPO, § 586 Rdn. 9; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 20. Aufl., § 586 Rdn. 3; Wieczorek/Rössler, ZPO, 2. Aufl., § 586 Rdn. A III b; Zöllner/Schneider, ZPO, 17. Aufl., § 586 Rdn. 9).

a) Die Nichtigkeitsklägerin will, wie sie in der mündlichen Verhandlung klargestellt hat, nicht geltend machen, daß es zur Zeit der Verhandlung und Entscheidung vor dem I. Zivilsenat keine Mitwirkungsgrundsätze gegeben habe oder daß diese nicht beachtet worden seien. Sie hält die aufgestellten Mitwirkungsgrundsätze jedoch für unzureichend.

Die Nichtigkeitsklägerin hat von den den Anfechtungsgrund nach § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bildenden Tatsachen vor Klageerhebung keine Kenntnis erlangt. Sie erfuhr zwar in der mündlichen Verhandlung am 30. November 1989, welche Richter des I. Zivilsenates an der Verhandlung und Entscheidung über die Revisionen 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 werden beim Bundesgerichtshof nicht veröffentlicht, so daß jedenfalls die Nichtigkeitsklägerin selbst keine Kenntnis vom Inhalt der Mitwirkungsgrundsätze 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 Mitwirkungsgrundsätze 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. Zum einen war zu diesem Zeitpunkt das Mandatsverhältnis bereits erloschen. Zum anderen ergaben sich jedenfalls bis zum Erscheinen des eingangs genannten Aufsatzes 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 dem Erscheinen des oben genannten Aufsatzes am 30. März 1992 einen ausrei-

chenden Anlaß zur Überprüfung der konkreten Grundsätze des Senatsvorsitzenden sehen, stünde dies der Wahrung der Klagefrist im Streitverfahren nicht entgegen.

IV. Der Senat hält die Rüge der vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts im Sinne des § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO im Ergebnis für begründet.

1. Ein Besetzungsmangel liegt vor, wenn das Gericht zu dem maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung (vgl. BGH, Beschl. v. 26.3.1986 - III ZR 114/85 - NJW 1986, 2115) nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechend besetzt war. Ob dies der Fall war, ist unter Berücksichtigung der vom Vorsitzenden aufgestellten Mitwirkungsgrundsätze (§ 21 g Abs. 2 GVG) zu beurteilen, die im maßgeblichen Zeitpunkt galten.

2. Die Aufstellung der senatsinternen Mitwirkungsgrundsätze nach § 21 g Abs. 2 GVG ist Aufgabe des Vorsitzenden, wobei dieser in richterlicher Unabhängigkeit und alleiniger Verantwortung handelt. Mit diesen Grundsätzen soll der geordnete, stetige und zweckmäßige Geschäftsgang des Senats gesichert und für die zügige und ordnungsgemäße Erledigung der dem Spruchkörper zugewiesenen Geschäfte gesorgt werden. Die Mitglieder des Senats sollen sinnvoll und ihrer Leistungsfähigkeit entsprechend eingesetzt sowie gleichmäßig belastet werden (vgl. BGHSt 29, 162, 163 = NJW 1980, 951).

a) Hinsichtlich des - für den vorliegenden Rechtsstreit relevanten - Inhalts der Vorschrift, der Frage nämlich, ob und welche Anforderungen § 21 g Abs. 2 GVG an die vom Vor-

sitzenden aufzustellenden Grundsätze stellt, werden in Rechtsprechung und im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten.

aa) Der Bundesgerichtshof ist bislang mit der Frage, ob die senatsinternen Mitwirkungsgrundsätze seiner Zivilsenate mit § 21 g Abs. 2 GVG vereinbar sind, nicht befaßt worden. Allerdings hat er sich gelegentlich zu entsprechenden Fragen bei überbesetzten Spruchkörpern der Instanzgerichte geäußert. Der 1. Strafsenat hat mit Urteil vom 15.6.1967 (1 StR 516/66 - BGHSt 21, 250, 253 ff.) die Auffassung vertreten, § 69 Abs. 2 GVG a.F. (jetzt § 21 g Abs. 2 GVG) verlange keine vorgeplante Verteilung der Geschäfte innerhalb des Spruchkörpers. Die Anordnung des Vorsitzenden einer überbesetzten Strafkammer, daß wochenweise wechselnd, in der Reihenfolge des Dienstaltes, beginnend mit dem Dienstältesten ein Beisitzer aussetze, genüge den Erfordernissen des § 69 Abs. 2 GVG a.F.. Auch wenn sich der Vorsitzende nicht immer genau an diese Regelung halte, könne dies nicht mit Erfolg gerügt werden. Die Revision könne nur auf die willkürliche oder sonst mißbräuchliche Nichteinhaltung der vom Vorsitzenden gemäß § 69 Abs. 2 GVG a.F. bestimmten Grundsätze gestützt werden. Der 4. Strafsenat ist dem gefolgt (Urt. v. 13.12.1979 - 4 StR 632/79, BGHSt 29, 162 = NJW 1980, 951): Die Abweichung im Einzelfall von den vom Vorsitzenden gemäß § 21 g Abs. 2 GVG aufgestellten Grundsätzen führe nicht zu einer vorschriftswidrigen Besetzung einer Strafkammer. Von einer willkürlichen oder sonst mißbräuchlichen Nichteinhaltung der Grundsätze könne in einem solchen Fall keine Rede sein. Der erkennende Senat (Beschl. v. 8.5.1980 - X ZB 15/79, GRUR 1980, 848) hat diese Grundsätze im Pa-

tentverfahren angewandt und ausgeführt, § 21 g Abs. 2 GVG wolle lediglich verhindern, daß der Vorsitzende die Richterbank im Einzelfall nach seinem persönlichen Belieben zusammensetzen und so die Entscheidung möglicherweise sachwidrig beeinflussen könne. Aus diesem Grunde könne eine Besetzungsrüge nur auf eine willkürliche oder sonst mißbräuchliche Abweichung von den nach § 21 g Abs. 2 GVG aufgestellten Grundsätzen gestützt werden.

Der Bundesfinanzhof (Urt. v. 11.12.1991 - II R 49/89, BB 1992, 254, 255) ist von der gleichen Zielsetzung des § 21 g Abs. 2 GVG ausgegangen. Er hat es für ausreichend erachtet, wenn der Vorsitzende den Berichterstatter und Mitberichterstatter nach richterlichem Ermessen bestimmt und sich die zwei weiteren Beisitzer nach Maßgabe des Sitzungsplanes ergeben, wobei die konkrete Bestimmung von dem Zeitpunkt der Vorlage der Voten abhängig ist, weil damit die konkrete Zusammensetzung des Spruchkörpers im Einzelfall grundsätzlich ungewiß und von dem Vorsitzenden nicht weiter beeinflussbar sei.

bb) Die Rechtsprechung hat Kritik gefunden. Vor allem im Schrifttum wird § 21 g Abs. 2 GVG als eine Konkretisierung des Verfassungsgebotes des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG über die gerichtsverfassungsrechtliche Organisationsnorm hinaus angesehen (vgl. u.a. Seide NJW 1973, 265; Kissel GVG 1981, § 21 g Rdn. 1; Felix BB 1991, 2193; 2413, 2416; NJW 1992, 217; Quack BB 1992, 1; Wiebel BB 1992, 573; Sangmeister BB 1992, 323; StRK FGO § 10 R. 11 Anm.; Katholnigg NJW 1992, 2260; Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers, ZPO, 51. Aufl., § 21 g GVG Rdn. 4; Wieczorek/Schütze, ZPO

2. Aufl., § 21 g GVG Rdn. 3; MünchKomm/Wolf, ZPO, § 21 g GVG Rdn. 2; Maunz/Dürig, GG, Art. 101 Rdn. 47; a.A. Zöllner/Gummer, ZPO, 17. Aufl., § 21 g GVG Rdn. 4, die sich der Auffassung des BGH anschließen; vgl. im übrigen zum Meinungsstand: Marx, Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz, Diss. Köln 1967 S. 43 ff.; Kolb, Rechtsnatur und Anfechtbarkeit der gerichtlichen Geschäftsverteilungspläne, Diss. Erlangen-Nürnberg 1986, S. 17 ff., 125 ff., 165 ff.). Nach Kissel (aaO Rdn. 12) ist es Aufgabe der Vorschrift, den Grundsatz des gesetzlichen Richters durch die Einhaltung der Regeln über den Mitwirkungsplan zu sichern. Deshalb müsse der senatsinterne Mitwirkungsplan ähnlich wie der Geschäftsverteilungsplan des Präsidiums eine Regelung nach abstrakten, generellen, Manipulationen nach menschlichem Ermessen unmöglich machenden Grundsätzen enthalten; für jede Sache, die bei dem Spruchkörper anhängig werde, müsse bereits im voraus feststehen, in welcher Besetzung sie bearbeitet werde. Mitwirkungspläne würden diesen Anforderungen dann nicht gerecht, wenn nicht zugleich auch die Besetzung für Entscheidungen außerhalb der Sitzung festgelegt werde oder wenn der Vorsitzende sich nicht hinsichtlich der Terminierung selbst hinlänglich gebunden habe. Ähnlich sehen es Baumbach/Lauterbach/Albers (aaO): Der Mitwirkungsplan müsse abstrakt die Zusammensetzung der Richterbank so regeln, daß sie für jede Sache dem Plan zu entnehmen sei. Zulässig sei die Verteilung nach Anfangsbuchstaben, nach der Reihenfolge des Eingangs (Aktenzeichen), nach dem Ort der Vorinstanz und dergleichen, auch nach Sitzgruppen für bestimmte Sachgebiete (so u.a. MünchKomm/Wolf, aaO; Maunz/Dürig aaO Rdn. 49; Katholnigg NJW 1992, 2260; Felix BB 1991, 2413; BB 1992, 1001; NJW 1992, 217; 1607).

b) Der beschließende Senat versteht § 21 g Abs. 2 GVG dahin, daß der Vorsitzende vor Beginn des Geschäftsjahres allgemeine Grundsätze aufstellen muß, nach denen sich mit hinreichender Bestimmtheit für die jeweilige Sache die zur Entscheidung berufene Richterbank (Spruchgruppe) ergibt.

aa) Mit den Vorschriften in § 21 g Abs. 2 GVG hat der Gesetzgeber dem Vorsitzenden die Pflicht auferlegt, sich im voraus durch allgemeine Mitwirkungsgrundsätze zu binden, um die im Einzelfall zur Entscheidung berufenen Richter bestimmen zu können. Das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters und der mit den Vorschriften des GVG verfolgte gesetzgeberische Zweck, den gesetzlichen Richter auch im Einzelfall möglichst genau bestimmen zu können, wären an entscheidender Stelle durchbrochen, wenn dem Vorsitzenden eines überbesetzten Spruchkörpers die Befugnis eingeräumt wäre, die Rechtsprechungsaufgaben nach seinem Ermessen von Fall zu Fall zu verteilen. Das bedeutet, daß die Mitwirkung der Mitglieder eines Spruchkörpers an den einzelnen Verfahren durch objektive, allgemeine Kriterien geregelt werden muß.

bb) Gegen die Auslegung des § 21 g Abs. 2 GVG in dem hier verstandenen Sinne spricht auch nicht der in § 21 g Abs. 1 GVG geregelte Grundsatz, daß der Vorsitzende innerhalb des mit mehreren Richtern besetzten Spruchkörpers die Geschäfte auf die Mitglieder verteilt. Soweit es um die Mitwirkung der Mitglieder an den Verfahren geht, muß sich der Vorsitzende nach Abs. 2 der Vorschrift selbst binden. Im übrigen obliegt die Verteilung der Geschäfte, vor allem die Auswahl eines oder mehrerer Berichterstatter aus dem Kreis der nach den Mitwirkungsgrundsätzen berufenen Richter, dem

Vorsitzenden nach dessen Ermessen. Der nach § 21 g Abs. 2 GVG im voraus aufzustellende Mitwirkungsplan erstreckt sich nicht auf die Bestellung zum Berichterstatler (a.A. wohl BFH, Urt. v. 11.12.1991 - II R 49/89, BB 1992, 254, 255).

cc) Wenn § 21 g Abs. 2 GVG die Aufstellung von allgemeinen Mitwirkungsgrundsätzen an den Verfahren verlangt, um zu verhindern, daß die an der Entscheidung einer Sache mitwirkenden Richter erst nachträglich im Einzelfall vom Vorsitzenden bestimmt werden, so sind für die Zuteilung der Richter auf die für die einzelnen Verfahren zuständigen Spruchkörper im voraus möglichst eindeutige, generelle und sachgerechte Grundsätze aufzustellen, welche Ermessensentscheidungen des Vorsitzenden in diesem Bereich weitgehend überflüssig machen. Diese Grundsätze müssen nach Ansicht des Senats inhaltlich so gestaltet sein, daß sich aus ihnen die Mitwirkung der einzelnen Richter des Senats an den jeweiligen Verfahren im voraus ergibt und daß eine Abweichung von diesen Grundsätzen nur in Ausnahmefällen wie etwa Überlastung, Erkrankung oder dergleichen und dann auch nur insoweit gestattet ist, als diese im Interesse einer sachgerechten und zügigen Geschäftserledigung geboten ist. Die Grundsätze müssen auch Entscheidungen, die keine mündliche Verhandlung erfordern, wie z.B. die Beschlüsse über die Annahme oder die Ablehnung der Annahme der Revision (§ 554 b ZPO), erfassen. Der eindeutige Gesetzeswortlaut gestattet insoweit keine Ausnahme.

c) Diesen Grundsätzen entsprechen die vom Vorsitzenden des I. Zivilsenates für das Geschäftsjahr 1989 aufgestellten schriftlichen Mitwirkungsgrundsätze nicht.

aa) Ziffer I. regelt die Verteilung der Sachen auf die sechs beisitzenden Mitglieder des I. Zivilsenates nach den elf Sachgebieten, die dem Senat aufgrund des Geschäftsverteilungsplans des Bundesgerichtshofes zugeteilt sind. Danach sollen die Richter regelmäßig in den Sachen mit den ihnen zugeordneten Schwerpunkten zugezogen werden. Bei der Zuziehung soll die frühere Mitwirkung an rechtlich verwandten Fällen berücksichtigt werden. Nach Ziffer II. ist für die Sachgebiete nach Ziffer 8 - 10 des Geschäftsverteilungsplans die Reihenfolge des Eingangs maßgebend; der Richter am BGH Dr. M. [REDACTED] wird in diesen Turnus nur jedes zweite Mal einbezogen. Nach Ziffer III. werden die dem Senat angehörenden Beisitzer in bestimmten Sitzgruppen zu den ersten elf Sitzungen des Geschäftsjahres zugezogen. Nach der elften Sitzung wiederholt sich die Sitzgruppenordnung. Ist ein beisitzender Richter wegen Erkrankung, Urlaubs oder Inanspruchnahme außerhalb des I. Zivilsenates verhindert, so wird er durch den in der Sitzungsgruppenordnung entsprechenden nicht beteiligten Richter der nächsten - bei dessen Verhinderung der übernächsten usw. - Sitzgruppe vertreten. Ist eine Vertretung in dieser Weise nicht möglich, so wird er durch einen der übrigen nicht beteiligten Beisitzer vertreten, beginnend mit dem Dienstjüngsten.

bb) Diese Mitwirkungsgrundsätze legen zwar die Reihenfolge der Sitzungstage mit den jeweils mitwirkenden Richtern allgemein fest. Sie ordnen aber nicht allgemein im voraus das jeweilige Verfahren einer bestimmten Richterbank zu. Vielmehr bleibt es dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen, nach Eingang einer Sache durch deren Terminierung zu bestimmen, an welchem Sitzungstag durch welche Richter die Sache

beraten oder verhandelt und entschieden wird. Daran ändert auch die Zuordnungsregel nach Sachgebieten in Ziffer I. und II. der Mitwirkungsgrundsätze nichts. Zwar ist der Vorsitzende hierdurch möglicherweise in der Bestimmung der einzelnen an der Sache mitwirkenden Richter beschränkt, weil schwerpunktmäßig die sich aus diesen Regeln ergebenden Richter mitwirken sollen. Diese Teilbindung entspricht jedoch nicht den Anforderungen des § 21 g Abs. 2 GVG. Da die Sachgebiete zahlenmäßig nicht gleichmäßig auf die sechs Beisitzer des Senates aufgeteilt sind, so daß etwa bei Sachen aus dem Sachgebiet nach Ziffer 1 nur zwei Beisitzer betroffen, während die Sachgebiete Ziffer 2 b, 8 und 9 allen sechs Beisitzern des I. Zivilsenates zugewiesen sind, ist es nach den schriftlichen Mitwirkungsgrundsätzen letztlich dem Ermessen des Vorsitzenden überlassen, durch die Terminierung der Sache die mitwirkenden Richter zu bestimmen.

Für diese Beurteilung ohne Belang wäre, wenn sich im I. Zivilsenat auf Grund der schriftlichen Mitwirkungsgrundsätze in Verbindung mit mündlichen Absprachen und einer ständigen Übung Mitwirkungsregeln dahin herausgebildet haben sollten, die im voraus die jeweiligen Verfahren einer bestimmten Richterbank zuordnen. Die Mitwirkungsgrundsätze des Vorsitzenden im Rahmen des § 21 g Abs. 2 GVG müssen wegen ihrer Bedeutung für die Bestimmung des gesetzlichen Richters nach Art. 101 GG und aus Beweisgründen jedenfalls in ihren wesentlichen Grundzügen schriftlich niedergelegt sein. Dieser Anforderung können zusätzliche mündliche Absprachen dann nicht genügen, wenn sich die Grundsätze der abstrakten Rege-

lung der Mitwirkung nicht aus dem schriftlichen Mitwirkungsplan selbst, sondern gerade nur aus den mündlichen Absprachen ergeben.

3. Der Senat ist der Auffassung, daß die bei dem Urteil in der Sache I ZR 184/88 am 30. November 1989 nicht vorschriftsmäßige Besetzung des I. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes durch die Nichtigkeitsklage gemäß § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO mit Erfolg gerügt werden kann, ohne daß es darauf ankäme, ob die Regeln des § 21 g Abs. 2 GVG bei der Aufstellung des Mitwirkungsplanes willkürlich oder sonst mißbräuchlich nicht beachtet worden sind oder der Besetzungsmangel gleichzeitig einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darstellt (a.A. BGH, Urt. v. 15.6.1967 - 1 StR 516/66 - BGHSt 21, 250, 255 = NJW 1967, 1622 (zu § 69 Abs. 2 GVG a.F.); BGH, Urt. v. 13.12.1979 - 4 StR 632/79 - BGHSt 29, 162; BVerwG, Beschl. v. 2.7.1987 - 9 CB 7/87 - NJW 1988, 1339 (u.a. zu § 21 g Abs. 1 GVG); BFH, Beschl. v. 29.1.1992 - VIII K 4/91 - BB 1992, 342).

§ 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO entspricht dem absoluten Revisionsgrund nach § 551 Nr. 1 ZPO (§§ 338 Nr. 1 StPO, 138 Nr. 1 VwGO, 116 Abs. 1 Nr. 1 FGO). Wird mit Erfolg die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts gerügt, so ist auch bei der Nichtigkeitsklage daher die angefochtene Entscheidung stets als auf Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen; die Kausalität der Gesetzesverletzung wird unwiderlegbar vermutet, so daß die bei anderen Gesetzesverletzungen vorzunehmende Prüfung entfällt, ob die Entscheidung auf der Gesetzesverletzung beruht. Wird die Wiederaufnahme des Verfahrens auf einen Besetzungsmangel des Gerichts infolge feh-

lerhafter Mitwirkungsgrundsätze gestützt, so kommt es demnach lediglich darauf an, ob der gerügte Mangel tatsächlich objektiv vorliegt. Zusätzliche Voraussetzungen, insbesondere subjektive Einschränkungen wie willkürliche oder mißbräuchliche Verletzung der Vorschriften des GVG bei Aufstellung des Mitwirkungsplanes, auf die das BVerfG bei der Prüfung der Verletzung des aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG hergeleiteten Grundsatzes des gesetzlichen Richters abstellt (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 3.2.1965 - 2 BvR 166/64 - BVerfGE 18, 344, 349 ff.; Beschl. v. 15.1.1985 - 2 BvR 128/84 - BVerfGE 69, 112, 120 f.; Beschl. v. 22.1.1992 - 2 BvR 40/92 - BB 1992, 252, m.Anm. Felix), erfordert § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nach seinem Gesetzeswortlaut und seinem Gesetzeszweck nicht.

4. Der Senat verkennt nicht, daß nicht jede Fehlbesetzung des Gerichts zur Nichtigkeitsklage nach § 579 Abs. 1 Nr. 1 ZPO führen kann, insbesondere wenn es nur die Ausübung des Ermessens des Vorsitzenden betrifft. Der vorliegende Fall geht allerdings über diesen Rahmen hinaus. Es geht hier

um die grundsätzliche Frage, welche Anforderungen § 21 g Abs. 2 GVG an die Mitwirkungsgrundsätze in überbesetzten Senaten stellt und ob in einem solchen Fall die Nichtigkeitsklage zu gewähren ist.

Bruchhausen

Rogge

Richter Dr. Jestaedt
ist beurlaubt, ortsabwesend und verhindert zu unterschreiben
Bruchhausen

Broß

Melullis