



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

XI ZB 44/05

vom

30. Januar 2007

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Nobbe, die Richter Dr. Müller, Dr. Joeres, die Richterin Mayen und den Richter Dr. Grüneberg

am 30. Januar 2007

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 24. Oktober 2005 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 35.811,75 €

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagten auf Rückzahlung eines Darlehens zur Finanzierung einer Immobilienfondsbeteiligung in Anspruch. Die Beklagten fordern widerklagend Rückgewähr der an die Klägerin gezahlten Zinsen, die Beklagte zu 2 darüber hinaus die Rückabtretung der der Klägerin sicherungshalber abgetretenen Rechte aus einer Lebensversicherung. Der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts hat durch Urteil vom 12. September 2002 der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hat der II. Zivilsenat des Bun-

desgerichtshofs mit Urteil vom 27. September 2004 - II ZR 391/02 - das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Zur Begründung hat er u.a. ausgeführt, die Beklagten müssten keine weiteren Zahlungen an die Klägerin leisten und hätten Anspruch auf Rückgewähr ihrer bereits erbrachten Leistungen. Die Beklagten könnten sich der Klägerin gegenüber nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG darauf berufen, dass ihnen gegen die Gründungsgesellschafter des Fonds Schadensersatzansprüche u.a. wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zustehen.

- 2 Am 19. April 2005 hat der Vorsitzende des 5. Zivilsenats des Berufungsgerichts die Parteien darauf hingewiesen, dass die Bindungswirkung des Revisionsurteils in Bezug auf Verjährung von c.i.c.-Ansprüchen und mit Rücksicht auf eine möglicherweise gesetzeswidrige Rechtsfortbildung contra legem problematisch erscheine. Er hat den Parteien aufgegeben, zum Wert des Gesellschaftsanteils vorzutragen. Ein hierauf gestütztes Ablehnungsgesuch der Beklagten gegen die zur Mitwirkung an der Entscheidung berufenen Richter des 5. Zivilsenats hat das Oberlandesgericht durch Mitglieder des 16. Zivilsenats, des Vertreterssenats, durch Beschluss vom 21. Juni 2005 für unbegründet erklärt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Verneinung der Bindungswirkung sei zwar schlechterdings nicht vertretbar. Aus dem Hinweis lasse sich aber noch nicht schließen, der Senat werde an seinen Bedenken gegen die Bindungswirkung auch nach näherer Befassung mit der Sache und Erörterung der Einwände in der mündlichen Verhandlung festhalten. Daran ändere auch nichts, dass die abgelehnten Richter ihre Bedenken in der mündlichen Verhandlung des Parallelverfahrens 5 U 162/01 bekräftigt hätten. In diesem Verfahren hatte der 5. Zivilsenat mit Urteil vom 2. Juni

2005 (WM 2005, 1173) ausgeführt, die in diesem Verfahren ergangene Revisionsentscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes - II ZR 397/02 - stelle eine verfassungsrechtlich unzulässige Rechtsfortbildung contra legem dar und entfalte keine Bindungswirkung nach § 563 Abs. 2 ZPO.

3 Ein weiteres Ablehnungsgesuch ist ebenfalls durch Mitglieder des 16. Zivilsenats als rechtsmissbräuchlich und unzulässig zurückgewiesen worden. In der darauf folgenden mündlichen Verhandlung hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten den Senat gefragt, ob er die Sache so ansehe, dass durch das Revisionsurteil die Klage rechtskräftig abgewiesen worden sei und der Widerklage dem Grunde nach stattgegeben worden sei. Der Senat hat hierauf erklärt: "Den Parteien ist die Senatsentscheidung vom 2. Juni 2005, WM 2005, 1173, bekannt. Unter anderem über die Bindungswirkung des Urteils des II. Zivilsenats in dieser Sache wird der Senat unter gebührender Berücksichtigung des Inhalts des Senatsbeschlusses vom 13. (richtig: 21.) Juni 2005 und des Inhalts der heutigen mündlichen Verhandlung nach erneut durchzuführender Endberatung ... entscheiden." Daraufhin hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die an der Verhandlung beteiligten Richter des 5. Zivilsenats erneut wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.

4 Das weitere Mitglied des 5. Zivilsenats, Richter am Oberlandesgericht R. , hat sich in dieser und in der Parallelsache 5 U 196/00 mit der Bitte um Beratung über das Ablehnungsgesuch an die beiden beisitzenden Richter des 16. Zivilsenats gewandt. Diese haben Bedenken gegen die Zuständigkeit von Richter am Oberlandesgericht R. für die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch erho-

ben. Dieser hat daraufhin das Präsidium des Oberlandesgerichts angerufen, das seine Zuständigkeit für die Entscheidung, ob Richter am Oberlandesgerichts R. als Berichterstatter mitzuwirken habe, verneint hat.

5 Die Mitglieder des 16. Zivilsenats haben durch den angefochtenen Beschluss vom 24. Oktober 2005 das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

## II.

6 Die Rechtsbeschwerde ist teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet.

7 1. Das Oberlandesgericht hat die Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nur beschränkt auf die Frage seiner ordnungsgemäßen Besetzung zugelassen.

8 a) Die Zulassung wird im Tenor der angefochtenen Entscheidung zwar ohne Beschränkung ausgesprochen. In den Gründen führt das Oberlandesgericht jedoch aus, klärungsbedürftig sei die Frage, ob Gericht im Sinne von § 45 ZPO bei einem überbesetzten Senat auch ein Richter sei, der nach der Geschäftsverteilung des Senats nur in bestimmten, abschließend aufgezählten Fällen, zu denen Befangenheitsanträge nicht gehören, tätig werde und von der generellen Vertretung innerhalb des Senats ausgeschlossen sei. Klärungsbedürftig sei ferner die Frage, ob Instanzgerichte bei Zweifeln an der ordnungsgemäßen Beset-

zung zwar ohne Mitwirkung des betroffenen Richters, aber dennoch in der in § 122 GVG vorgesehenen Besetzung entschieden.

9 Hierin liegt eine wirksame Beschränkung der Zulassung der Rechtsbeschwerde auf die Frage des gesetzlichen Richters im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Beschränkung der Zulassung der Rechtsbeschwerde muss nicht in der Entscheidungsformel ausgesprochen werden, sondern kann sich auch, wie bei der Zulassung der Revision (vgl. BGHZ 48, 134, 136; 153, 358, 360 f. m.w.Nachw.), aus den Entscheidungsgründen ergeben. Dies ist hier der Fall. Die Begründung des Oberlandesgerichts für die Zulassung der Rechtsbeschwerde lässt zweifelsfrei erkennen, dass das Oberlandesgericht nur der Frage des gesetzlichen Richters grundsätzliche Bedeutung beigemessen und die inhaltliche Prüfung des Ablehnungsgesuches - zu Recht - als eine Einzelfallentscheidung ohne klärungsbedürftige Rechtsfragen angesehen hat.

10 b) Die Beschränkung der Zulassung der Rechtsbeschwerde ist zulässig.

11 Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senat BGHZ 161, 15, 18 und Urteil vom 26. September 2006 - XI ZR 156/05, ZIP 2007, 2307, m.w.Nachw.) auf einen tatsächlich oder rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein kann. Zulässig ist auch die Beschränkung auf einen Teil des Streitstoffs, über den durch ein Zwischenurteil gemäß § 280 ZPO bzw. § 304 ZPO oder durch einen Beschluss gemäß § 17a Abs. 3 GVG entschieden werden könnte (BGH, Urteile vom 13. Dezember 1989 - IVb ZR 19/89, WM 1990, 784, 786,

vom 25. Februar 1993 - III ZR 9/92, WM 1993, 1015, 1016, insoweit in BGHZ 121, 367 ff. nicht abgedruckt, und vom 10. Mai 2001 - III ZR 262/00, WM 2001, 1633, 1634 f., insoweit in BGHZ 147, 394 ff. nicht abgedruckt). Nach diesen Grundsätzen, die für die Beschränkung der Zulassung der Rechtsbeschwerde entsprechend gelten, ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde wirksam auf die Frage der ordnungsgemäßen Besetzung des Oberlandesgerichts beschränkt worden. Diese Frage ist ein abgrenzbarer Teil des Streitstoffes, über den das Oberlandesgericht vorab durch Beschluss hätte entscheiden können (vgl. BVerfGE 40, 356 ff.).

12                    2. Soweit die Rechtsbeschwerde zulässig ist, ist sie unbegründet.

13                    a) Das Oberlandesgericht hat seine ordnungsgemäße Besetzung wie folgt begründet:

14                    Über ein Ablehnungsgesuch entscheide das Gericht, dem der abgelehnte Richter angehöre, ohne dessen Mitwirkung. Der Spruchkörper werde durch seinen geschäftsplanmäßigen Vertreter ergänzt. Dieser Vertreter sei nicht Richter am Oberlandesgericht R. , weil er nach den senatsinternen Mitwirkungsgrundsätzen des 5. Zivilsenats nur an positiv zugewiesenen Sachen mitwirke, zu denen Ablehnungsentscheidungen nicht gehörten. Auch nach dem Geschäftsverteilungsplan des Oberlandesgerichts würden die dem Oberlandesgericht angehörenden Hochschullehrer nicht zur Vertretung herangezogen.

- 15 Über die Frage der ordnungsgemäßen Besetzung habe der Senat ohne den Richter, dessen Berechtigung zweifelhaft sei, aber in vollständiger Besetzung gemäß § 122 GVG zu entscheiden.
- 16 b) Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung stand. Das Beschwerdegericht war bei der angefochtenen Entscheidung mit den nach Abschnitt VII 3 des Geschäftsverteilungsplans 2005 für das Oberlandesgericht zur Vertretung des 5. Zivilsenats berufenen Mitgliedern des 16. Zivilsenats ordnungsgemäß besetzt. Ein absoluter Beschwerdegrund gemäß § 576 Abs. 3, § 547 Nr. 1 ZPO liegt nicht vor.
- 17 aa) Gemäß § 45 Abs. 1 ZPO entscheidet über ein Ablehnungsgesuch das Gericht, dem der Abgelehnte angehört, ohne dessen Mitwirkung. Gericht im Sinne dieser Regelung ist der durch seine geschäftsplanmäßigen Vertreter ergänzte Spruchkörper (BGH, Beschluss vom 5. März 2001 - I ZR 58/00, BGH-Report 2001, 432, 433; Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl. § 45 Rdn. 2 m.w.Nachw.). Richtet sich - wie hier - ein Ablehnungsgesuch gegen alle an einer Entscheidung mitwirkenden Richter, so bestimmt sich der geschäftsplanmäßige Vertreter bei überbesetzten, d.h. mit mehr als drei Berufsrichtern besetzten Spruchkörpern nach den internen Mitwirkungsgrundsätzen des Spruchkörpers und dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts.
- 18 Im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es grundsätzlich geboten, für mit Berufsrichtern überbesetzte Spruchkörper im Voraus nach abstrakten Merkmalen zu bestimmen, welche Richter an den jeweiligen Verfahren mitzuwirken haben. Gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sind sowohl der jeweilige Spruchkörper als auch jeder



an der gerichtlichen Entscheidung mitwirkende Richter (BVerfGE 40, 356, 361 m.w.Nachw.). Das Verfassungsgebot des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG begründet nicht nur ein subjektives Recht einer Partei auf den ihr gesetzlich zustehenden Richter. Aus dem Sinn dieser Vorschrift ergibt sich auch, dass von Verfassungs wegen allgemeine Regelungen darüber bestehen müssen, welches Gericht, welcher Spruchkörper und welche Richter zur Entscheidung des Einzelfalls berufen sind. Dabei muss der Gesetzgeber die fundamentalen Zuständigkeitsregeln selbst aufstellen (vgl. BVerfGE 19, 52, 60), also durch die Prozessgesetze bestimmen, welche Gerichte mit welchen Spruchkörpern für welche Verfahren sachlich, örtlich und instanziell zuständig sind. Ergänzend hierzu müssen Geschäftsverteilungspläne der Gerichte die Zuständigkeiten der jeweiligen Spruchkörper festlegen und diesen die erforderlichen Richter zuweisen. Innerhalb eines überbesetzten Spruchkörpers müssen Mitwirkungsregeln festlegen, welche Richter bei der Entscheidung in den einzelnen Verfahren mitwirken. Erst durch diese Regelungen wird der gesetzliche Richter genau bestimmt. Deshalb folgt, anders als die Beklagten meinen, nicht allein aus der Tatsache, dass Richter am Oberlandesgericht R. dem 5. Zivilsenat als vierter Berufsrichter angehörte, dass er zur Mitwirkung an der Entscheidung über das Befangenheitsgesuch berufen war (vgl. Musielak/Heinrich, ZPO 5. Aufl. § 45 Rdn. 2).

19                    bb) Richter am Oberlandesgericht                    R.                    war, wie das Oberlandesgericht zu Recht angenommen hat, nach den Mitwirkungsgrundsätzen des 5. Zivilsenats für das Jahr 2005 nicht geschäftsplanmäßiger Vertreter. Die Vertretung der abgelehnten Richter richtete sich deshalb allein nach Abschnitt VI 3 des Geschäftsverteilungsplans für das

Oberlandesgericht, aus dem die Zuständigkeit der Mitglieder des 16. Zivilsenats als Vertretersenat des 5. Zivilsenats folgt.

20 (1) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der Senat an der Auslegung des Geschäftsverteilungsplans des Oberlandesgerichts und der Mitwirkungsgrundsätze des 5. Zivilsenats nicht gemäß § 576 Abs. 1 ZPO gehindert. Zwar erstreckt sich die Geltung dieser Regelungen nicht über den Bezirk des Oberlandesgerichts hinaus. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch nicht auf deren Verletzung, sondern auf die Verletzung von Bundesrecht, nämlich von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und § 45 Abs. 1 ZPO gestützt. Lediglich die Prüfung, ob diese bundesrechtlichen Vorschriften verletzt sind, hat anhand des Geschäftsverteilungsplans des Oberlandesgerichts und der Mitwirkungsgrundsätze des 5. Zivilsenats zu erfolgen.

21 (2) Nach diesen Mitwirkungsgrundsätzen war Richter am Oberlandesgericht R. , ein Hochschullehrer, der dem Senat nur mit 0,05% seiner Arbeitskraft angehörte, nicht zur Mitwirkung an der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch berufen, weil er nicht zum Vertreter eines anderen Senatsmitglieds bestimmt ist. Er bearbeitet nach den senatsinternen Mitwirkungsgrundsätzen ziffernmäßig festgelegte U-Sachen, soweit sie in die Sonderzuständigkeit des Senats fallen. Ferner fungiert er an den Sitzungstagen, an denen er mitwirkt, als zweiter Beisitzer an den Sachen, in denen er nicht Berichterstatter ist. Anders als die übrigen Beisitzer des Senats wirkt er an Beschwerdesachen nicht mit. Er vertritt kein anderes Senatsmitglied. Seine eigene Vertretung ist nicht geregelt. Angesichts dieser Regelung reicht allein seine Mitglied-

schaft im 5. Zivilsenat nicht aus, um seine Zuständigkeit für die Entscheidung über das vorliegende Ablehnungsgesuch zu begründen.

22 Auch nach dem Geschäftsverteilungsplan des Oberlandesgerichts war Richter am Oberlandesgericht R. nicht zur Mitwirkung berufen. Nach Abschnitt VI und VII 1 werden die dem Oberlandesgericht als Richter angehörenden Hochschullehrer generell weder zur Vertretung der Senatsvorsitzenden noch sonst im Rahmen der allgemeinen Vertretungsregelungen herangezogen.

23 cc) Das Oberlandesgericht hat auch über die Frage seiner ordnungsgemäßen Besetzung zu Recht in der gemäß § 122 Abs. 1 GVG vorgesehenen Besetzung entschieden. Jedes Gericht hat, soweit Anlass zu Zweifeln besteht, nicht nur seine Zuständigkeit, sondern auch die ordnungsgemäße Besetzung seiner Richterbank von Amts wegen zu prüfen (BVerfGE 40, 356, 361).

III.

24 Die Rechtsbeschwerde war demnach teilweise als unzulässig, im Übrigen als unbegründet zurückzuweisen.

Nobbe

Müller

Joeres

Mayen

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 06.04.2001 - 4 O 124/00 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 24.10.2005 - 5 U 70/01 -