



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

II ZR 313/06

vom

17. März 2008

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 538 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 41 Nr. 6, 42; GG Art. 101 Abs. 1 Satz 2

- a) Eine Partei wird nicht in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verletzt, wenn das Berufungsgericht in Anwendung des § 538 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO eine eigene Sachentscheidung trifft, ohne darüber zu befinden, ob das Landgericht einen Ablehnungsantrag - unter Mitwirkung der abgelehnten Richter - zu Recht als unzulässig verworfen hat; vielmehr ist im Zivilprozess in dieser Lage das Berufungsgericht "der gesetzliche Richter".
- b) Eine Rechtsmittelrichterin ist nicht deshalb entsprechend § 41 Nr. 6 ZPO von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, weil ihr Ehegatte an der angefochtenen Entscheidung des 1. Rechtszugs mitgewirkt hat. Ebenso wenig ist dieser Umstand allein geeignet, die Ablehnung der Richterin gemäß § 42 Abs. 2 ZPO zu rechtfertigen (vgl. Sen.Beschl. v. 20. Oktober 2003 - II ZB 31/02, NJW 2004, 163 f.).

BGH, Beschluss vom 17. März 2008 - II ZR 313/06 - OLG München
LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 17. März 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Strohn, Caliebe, Dr. Reichart und Dr. Drescher

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Juli 2006 wird zurückgewiesen, weil keiner der im Gesetz (§ 543 Abs. 2 ZPO) vorgesehenen Gründe vorliegt, nach denen der Senat die Revision zulassen darf. Der Rechtsstreit der Parteien hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert er eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Die Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet.

Die Klägerin ist durch das angefochtene Urteil auch nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt.

Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG liegt nicht deshalb vor, weil das Berufungsgericht in Anwendung des § 538 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO eine eigene Sachentscheidung getroffen hat, ohne darüber zu befinden, ob das Landgericht die in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Ablehnungsanträge zu Recht unter Mitwirkung der abgelehnten Richter als unzulässig verworfen hat. § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO lässt im Falle eines in der 1. Instanz unterlaufenen Verfahrensfehlers - hierzu zählt auch die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des erstinstanzlichen Gerichts (vgl. Zöllner/Gummer/Heßler, ZPO 26. Aufl. § 538 Rdn. 14;

Musielak/Ball, ZPO 5. Aufl. § 538 Rdn. 11) - eine Zurückverweisung grundsätzlich nur dann zu, wenn auf Grund des Verfahrensmangels außerdem eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist. Soweit einzelnen Äußerungen im Schrifttum (vgl. Zöller/Gummer/Heßler aaO § 538 Rdn. 15 für den Fall der fehlerhaften Bescheidung eines Ablehnungsantrags in den Urteilsgründen) zu entnehmen sein sollte, dass eine fehlerhafte erstinstanzliche Entscheidung über eine Befangenheitsablehnung das Berufungsgericht - entgegen dem klaren Wortlaut und dem Sinn des § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO - stets zur Zurückverweisung an das Gericht des ersten Rechtszugs verpflichtet, folgt der Senat dem nicht. Denn die in § 538 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO getroffene Entscheidung des Gesetzgebers, wonach das Berufungsgericht auch in einem derartigen Fall grundsätzlich selbst in der Sache zu entscheiden hat, wird durch die - in den von der Klägerin herangezogenen, das Strafverfahren betreffenden Entscheidungen nicht zutreffende - Erwägung gerechtfertigt, dass den Parteien im Zivilprozess mit dem Berufungsverfahren eine zweite Tatsacheninstanz eröffnet ist. Ein in der ersten Instanz unterlaufener Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 ZPO zwingt allerdings - ungeachtet der weiteren in § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO genannten Voraussetzungen - dann zur Zurückverweisung, wenn das erstinstanzliche Verfahren überhaupt keine Grundlage für das Berufungsverfahren darstellen kann. Dies ist hier ersichtlich nicht der Fall und wird von der Nichtzulassungsbeschwerde auch nicht geltend gemacht.

Abgesehen davon hat das Landgericht die Ablehnungsanträge ohne Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu Recht als un-

zulässig verworfen. Denn die in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gestellten Ablehnungsanträge sind jedenfalls deshalb als rechtsmissbräuchlich zu beurteilen, weil sie erneut auf einen Sachverhalt gestützt wurden, über den bereits - rechtskräftig - entschieden worden war, dass er die Befangenheit der abgelehnten Richter nicht begründete.

Ebenso wenig ist die Rüge der Nichtzulassungsbeschwerde berechtigt, das Berufungsgericht sei wegen der Mitwirkung der Richterin am Oberlandesgericht S. nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen. Die Richterin war wegen der Beteiligung ihres Ehemanns an der angefochtenen Entscheidung des 1. Rechtszugs weder gemäß § 41 Nr. 6 ZPO von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen noch war dieser Umstand allein geeignet, die Ablehnung der Richterin gemäß § 42 Abs. 2 ZPO zu rechtfertigen (Sen.Beschl. v. 20. Oktober 2003 - II ZB 31/02, NJW 2004, 163 f.). Abgesehen davon wäre der letztgenannte Verfahrensfehler auch nach §§ 43, 295 ZPO geheilt; denn die Klägerin hat in Kenntnis dieses - nach ihrer nunmehrigen Auffassung die Befangenheit der Richterin S. begründenden - Sachverhalts Anträge gestellt und hat sich in die weitere Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingelassen (BGHZ 165, 223, 226 f.; Zöller/Vollkommer aaO vor § 41 Rdn. 2; § 43 Rdn. 1; Thomas/Putzo, ZPO 28. Aufl. § 43 Rdn. 1).

Das Berufungsurteil ist auch materiellrechtlich richtig. Insbesondere hat das Berufungsgericht den Abschluss des konkreten mit der Klägerin geschlossenen Mietvertrags revisionsrechtlich einwandfrei als wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegen-

standes i.S. von § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB beurteilt, die der Zustimmung aller Miteigentümer bedurft hätte.

Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbs. ZPO abgesehen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 97 ZPO).

Streitwert: 2.500.000,00 €

Goette

Strohn

Caliebe

Reichart

Drescher

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 30.06.2004 - 29 O 12083/94 -

OLG München, Entscheidung vom 12.07.2006 - 15 U 4749/04 -