



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

X ZR 98/03

Verkündet am:
19. Oktober 2004
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Scharen, die Richterinnen Ambrosius und Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. Juni 2003 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten der Revision, an den 20. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Gerichtskosten für dieses Revisionsverfahren werden nicht erhoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung von Werklohn für Lieferung und Montage einer Zu- und Abluftanlage für die Küche und die Gasträume eines China-Restaurants in Anspruch.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Küchenabluftanlage erreiche nicht das von den Parteien vereinbarte Luftstromvolumen.

Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und den Beklagten zur Zahlung verurteilt. Auf die Revision des Beklagten hat der Senat das Berufungsurteil durch Urteil vom 15. Oktober 2002 (X ZR 69/01, NJW 2003, 200) aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten erneut verurteilt. Hiergegen richtet sich die - vom Senat zugelassene - Revision des Beklagten.

Die Klägerin ist im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht vertreten gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision des Beklagten, über die im Wege des Versäumnisurteils zu entscheiden ist, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis der Klägerin beruht (BGHZ 37, 79, 81), führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist.

Zu Recht rügt die Revision den absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO, da das Berufungsgericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war.

Das (zweite) Berufungsurteil ist ausweislich seines Rubrums und des Protokolls dieser Verhandlung auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2003 ergangen, an der Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Jaeger, Richterin am Oberlandesgericht Caliebe und Richter am Landgericht Knechtel teilgenommen haben. In dieser Verhandlung ist ausweislich des Protokolls die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert worden. Die Parteien haben sodann einen Vergleich geschlossen. Für den Fall des Widerrufs hat das Berufungsgericht beiden Parteien die Einreichung von Schriftsätzen bis zum 4. April 2003 nachgelassen und Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 5. Mai 2003 bestimmt. Nach Widerruf des Vergleichs durch die Klägerin haben die Parteien erneut Verhandlungen geführt. Im Hinblick hierauf ist die Schriftsatzfrist des Beklagten durch den Vorsitzenden zweimal verlängert worden, bis sie schließlich am 30. April 2003 endete. Der Beklagte hat sich mit Schriftsätzen vom 29. und 30. April 2003 geäußert, zu denen die Klägerin mit Schriftsätzen vom 28. Mai und 4. Juni 2003 Stellung genommen hat; mit dem erstgenannten Schriftsatz hat der Beklagte ein (zweites) Gutachten des TÜV Rheinland vom 24. April 2003 vorgelegt. Der Verkündungstermin ist seinerseits zweimal verlegt worden; das Urteil ist schließlich am 27. Juni 2003 verkündet worden. Nach ihrer vom Senat eingeholten dienstlichen Äußerung ist Richterin am Oberlandesgericht Caliebe mit Wirkung zum 1. April 2003 an das Bundesministerium der Justiz abgeordnet worden. Ihre Unterschrift unter das angefochtene Urteil ist durch einen entsprechenden Verhinderungsvermerk ersetzt.

Mit der Revision ist aus diesem Ablauf zu folgern, daß das Berufungsgericht bei Fällung des Urteils nicht ordnungsgemäß besetzt war. Da das Berufungsgericht beiden Parteien eine Schriftsatzfrist eingeräumt hatte, durfte es sein Urteil nicht vor Ablauf dieser Frist fällen. Die Einbeziehung des mit dem Schriftsatz vom 29. April 2003 vorgelegten TÜV-Gutachtens, das das Berufungsurteil an mehreren Stellen der Entscheidungsgründe erörtert, belegt, daß es dies auch nicht getan hat. Da jedoch Richterin am Oberlandesgericht Caliebe mit Wirkung zum 1. April 2003 an das Bundesministerium der Justiz abgeordnet worden ist, kann es sich nur so verhalten, daß entweder das Berufungsgericht sein Urteil (entgegen dem Verhinderungsvermerk) ohne Mitwirkung von Richterin am Oberlandesgericht Caliebe gefällt hat oder aber die Richterin an dem Urteil mitgewirkt hat, obwohl sie zum Zeitpunkt der Urteilsfällung infolge der Abordnung nicht mehr dem Spruchkörper angehörte und nicht mehr im aktiven Richterverhältnis bei dem betreffenden Gericht stand und daher von der Mitwirkung ausgeschlossen war (vgl. Kissel, GVG, 3. Aufl., § 192 Rdn. 2; Vollkommer, NJW 1968, 1309, 1310). In beiden Fällen ist sowohl der verfassungsrechtliche Anspruch der Parteien auf den gesetzlichen Richter verletzt als auch der absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO gegeben.

Die Zurückverweisung, bei der der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch macht, gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich gegebenenfalls auch mit den Einwänden zu befassen, welche die Revision insbesondere gegenüber den im angefochtenen Urteil aus dem zweiten TÜV-Gutachten gezogenen Schlußfolgerungen erhebt.

Melullis

Scharen

Ambrosius

Mühlens

Meier-Beck