



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IX ZB 231/07

vom

13. November 2008

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

ZPO § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 567 Abs. 1 Nr. 2

Ist gegen die Entscheidung eines erstinstanzlichen Gerichts, durch die eine Besetzungsrüge zurückgewiesen wird, eine sofortige Beschwerde unstatthaft, so kann gegen eine inhaltsgleiche Erstentscheidung des Berufungsgerichts trotz Zulassung keine Rechtsbeschwerde eingelegt werden.

ZPO § 42

Ein Besetzungsmangel kann nicht mit Hilfe eines Ablehnungsgesuchs gerügt werden.

ZPO § 547 Nr. 1

Die ordnungsgemäße Besetzung des Berufungsgerichts ist nach dem Zeitpunkt zu beurteilen, der für die den Rechtsmittelführer beschwerende Sachentscheidung maßgeblich ist.

BGH, Beschluss vom 13. November 2008 - IX ZB 231/07 - OLG Rostock  
LG Rostock

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter und die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, Dr. Fischer und Grupp

am 13. November 2008

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 17. Oktober 2007 wird auf Kosten der Klägerin als unzulässig verworfen.

Der Gegenstandswert wird auf 11.642,21 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin macht gegen die beklagte Steuerberatungsgesellschaft wegen des Vorwurfs fehlerhafter Beratung Schadensersatzansprüche geltend. Nach Abweisung der Klage und Stattgabe einer auf Honorarzahlung gerichteten Widerklage durch das Landgericht hat die Klägerin Berufung zum Oberlandesgericht Rostock eingelegt. Der Vorsitzende des geschäftsplanmäßig zuständigen 6. Zivilsenats, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht B. , befindet sich seit dem 2. Juli 2007 in Erziehungsurlaub. Da die Stelle des Vorsitzenden zunächst unbesetzt blieb, hat die Klägerin eine Besetzungsrüge erhoben. Das Oberlandesgericht - 6. Zivilsenat - hat in der Vertretungsbesetzung

die Rüge zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit diesem Rechtsmittel verfolgt die Klägerin ihre Rüge weiter.

## II.

2 Die Rechtsbeschwerde der Klägerin ist bereits unstatthaft. Zudem scheidet die Zulässigkeit des Rechtsmittels an der fehlenden Beschwer der Klägerin.

3 1. Die Rechtsbeschwerde ist ungeachtet ihrer Zulassung durch das Oberlandesgericht (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO) nicht statthaft.

4 a) Bei nicht vorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichts ist der absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO gegeben. Dieser Revisionsgrund greift insbesondere ein, wenn - wie die Klägerin geltend macht - der Rechtsbegriff der Verhinderung des Vorsitzenden verkannt wurde (BGH, Urt. v. 13. September 2005 - VI ZR 137/04, NJW 2006, 154; MünchKomm-ZPO/Wenzel, 3. Aufl. § 547 Rn. 9; Musielak/Ball, ZPO 6. Aufl. § 547 Rn. 3). Damit kann eine Revision gegen ein Berufungsurteil auf die Rüge gestützt werden, dass das Berufungsgericht mangels geschäftsplanmäßiger Einsetzung eines Vorsitzenden Richters nicht ordnungsgemäß besetzt war.

5 b) Entscheidet das Berufungsgericht - wie im Streitfall - vor Erlass des Berufungsurteils selbständig über eine Besetzungsrüge, so ist seine Entscheidung unanfechtbar und damit eine Rechtsbeschwerde auch im Falle einer Zulassung nicht statthaft. Dies folgt aus § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO in Verbindung mit § 567 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO, weil gegen die Entscheidung eine so-

fortige Beschwerde unstatthaft wäre und darum auch eine Zulassung der Rechtsbeschwerde ausscheidet.

6           aa) Dem Beschwerdeführer wird durch die Zulassung die Einlegung einer Rechtsbeschwerde nur ermöglicht, wenn sie nach dem Gesetz grundsätzlich statthaft ist. Falls jedoch die Anfechtbarkeit der Entscheidung gesetzlich ausgeschlossen ist, vermag auch eine positive Zulassungsentscheidung den Rechtsmittelzug nicht zu eröffnen, weil eine nach dem Gesetz unanfechtbare Entscheidung nicht mit Hilfe einer Zulassung der Anfechtung unterworfen werden kann (BGHZ 154, 102; 159, 14, 15 jeweils m.w.N.). Unanfechtbar ist auch eine Entscheidung des Berufungsgerichts, wenn eine inhaltsgleiche Entscheidung des Erstgerichts gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO der Anfechtung entzogen ist.

7           Die Rechtsbeschwerde kann gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts sowie gegen (Neben-) Entscheidungen des Berufungsgerichts und erstinstanzliche Entscheidungen des Oberlandesgerichts (Beispiel: § 1062 ZPO) zugelassen werden. Im vorliegenden Fall einer Entscheidung des Berufungsgerichts über die Ordnungsmäßigkeit seiner eigenen Besetzung richtet sich die Rechtsbeschwerde nicht als weiteres Rechtsmittel gegen die mit der Berufung angefochtene Entscheidung, sondern stellt eine Erstbeschwerde gegen die originäre Entscheidung des Berufungsgerichts dar (MünchKomm-ZPO/Lipp, aaO Rn. 6 vor §§ 574). Da der von dem Berufungsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde der Sache nach die Funktion einer Erstbeschwerde zukommt, sind die an die Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde (§ 567 Abs. 1 ZPO) zu stellenden Anforderungen zu beachten. Entfällt die Zulassung einer Rechtsbeschwerde gegen eine Beschwerdeentscheidung im Falle der Unzulässigkeit der sofortigen Beschwerde keine

Bindungswirkung (BGHZ 159, aaO), muss dies wegen der von dem Gesetzgeber angestrebten Harmonisierung von Beschwerde und Rechtsbeschwerde (BT-Drucks. 14/4722 S. 116) bei Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Berufungsgericht ebenfalls gelten, wenn gegen die Entscheidung, wäre sie im ersten Rechtszug getroffen worden, eine sofortige Beschwerde unzulässig wäre. Andernfalls wären Erstentscheidungen des Berufungsgerichts im Gegensatz zu inhaltsgleichen unanfechtbaren Entscheidungen des Ausgangsgerichts anfechtbar. Folgerichtig kann das Berufungsgericht nach Ablehnung eines seiner Mitglieder gegen die Entscheidung über die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs (§ 44 ZPO) die Rechtsbeschwerde zulassen, weil gegen eine entsprechende Entscheidung des Erstgerichts die sofortige Beschwerde (§ 46 Abs. 2 ZPO) statthaft wäre (vgl. BGH, Beschl. v. 20. Oktober 2003 - II ZB 31/02, NJW 2004, 163; Beschl. v. 8. November 2004 - II ZB 24/03, WM 2005, 76, 77).

8           bb) Da im Streitfall gemäß § 567 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO eine sofortige Beschwerde unstatthaft wäre, erstreckt sich dieser Mangel auch auf die von der Klägerin nach Zulassung durch das Berufungsgericht eingelegte Rechtsbeschwerde.

9           (1) Die sofortige Beschwerde findet gegen im ersten Rechtszug ergangene Entscheidungen der Amts- und Landgerichte statt, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Das Gesetz kennt keine selbständigen Entscheidungen über Besetzungsrügen und sieht folglich dagegen keine sofortige Beschwerde vor. Da Besetzungsrügen nicht mit Hilfe eines Ablehnungsgesuchs (§ 44 ZPO) verfolgt werden können, scheidet die Möglichkeit einer sofortigen Beschwerde (§ 46 Abs. 2 ZPO) aus.

- 10           Ausschließungs- und Ablehnungsgründe (§§ 41, 42 ZPO) beziehen sich auf die prozessrechtliche Fähigkeit des abgelehnten Richters, sein Amt in einem bestimmten Rechtsstreit mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse zu einer der Parteien oder zu dem Streitgegenstand wahrnehmen zu können. Besetzungsrügen betreffen hingegen die allgemeine, gerichtsverfassungsmäßige Fähigkeit des abgelehnten Richters, über das konkrete Verfahren hinaus als Richter tätig werden zu können. Im Unterschied zu einem Ablehnungsgrund, der die Mitwirkung eines Richters in einem konkreten Verfahren aus in seiner Person liegenden Gründen in Frage stellt, richtet sich eine Besetzungsrüge gegen die allgemeine Amtstätigkeit des Richters. Zweck der Richterablehnung ist jedoch nicht, in allgemein verbindlicher Form über die gerichtsverfassungsmäßige Besetzung eines Gerichts zu befinden (LSG Essen NJW 1957, 1455; OLG Köln NJW-RR 2000, 455, 456; MünchKomm-ZPO/Gehrlein, aaO § 41 Rn. 12; Zöller/Vollkommer, ZPO 26. Aufl. § 42 Rn. 34; a.A. Stein/Jonas/Bork, ZPO 22. Aufl. Rn. 1 vor § 41).
- 11           (2) Die Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wurde (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO).
- 12           Die sofortige Beschwerde ist nach Ablehnung eines Gesuchs nur statthaft, wenn der Erlass der angefochtenen Entscheidung einen Antrag der Partei voraussetzt. Hingegen ist dem Antragsteller die Beschwerde versagt, wenn die angefochtene Entscheidung ohne die Notwendigkeit eines Antrags von Amts wegen ergehen kann (BGH, Beschl. v. 27. Januar 2004 - VI ZB 33/03, MDR 2004, 698, 699; Beschl. v. 20. Oktober 2004 - XII ZB 35/04, NJW 2005, 143, 144; OLG Stuttgart NJW 1962, 540; OLG Karlsruhe NJW 1969, 1442, 1443; OLG Düsseldorf NJW 1973, 2032; MünchKomm-ZPO/Lipp, aaO § 567 Rn. 10;

Musielak/Ball, aaO § 567 Rn. 14; Wieczorek/Schütze/Jänich, ZPO 3. Aufl. § 567 Rn. 10; a.A. Zöller/Gummer, aaO § 567 Rn. 31). Mangels Anwendbarkeit des § 42 ZPO hat das Oberlandesgericht in vorliegender Sache - wobei die "Besetzungsrüge" der Klägerin lediglich eine rechtlich unverbindliche Anregung darstellt - von Amts wegen entschieden. Mithin ist eine sofortige Beschwerde gegen diese Entscheidung und damit auch eine Rechtsbeschwerde nicht statthaft.

13                    2. Überdies fehlt es an einer Beschwer der Klägerin als allgemeiner Voraussetzung eines Rechtsmittels.

14                    a) Ob das Gericht ordnungsgemäß besetzt war, beurteilt sich allein nach dem Inhalt des Geschäftsverteilungsplans, der im Zeitpunkt des Erlasses der Sachentscheidung gegolten hat. Frühere Geschäftsverteilungspläne sind für diese rechtliche Würdigung ohne Bedeutung (BVerwG, DVBl. 1985, 574, 575). Demgemäß kommt es für den absoluten Revisionsgrund des § 547 Nr. 1 ZPO allein auf die letzte mündliche Verhandlung an, auf welche das Urteil ergangen ist. Die Besetzung des Gerichts im Rahmen früherer mündlicher Verhandlungen ist ebenso wenig entscheidend, wie diejenige bei der Beweisaufnahme oder der Urteilsverkündung (BGH, Urt. v. 4. November 1997 - VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 378).

15                    b) Das Oberlandesgericht hat im Streitfall - auf den Zeitpunkt seiner Beschlussfassung bezogen - ohne Sachentscheidung allein über die Ordnungsmäßigkeit seiner gegenwärtigen Besetzung befunden. Wegen des zwischenzeitlich eingetretenen Zeitablaufs und der nie ausschließbaren Möglichkeit einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans sowie der damit verbundenen Einsetzung eines Vorsitzenden Richters scheidet eine Bindungswirkung für die (künftige) Beurteilung aus, ob das Gericht bei der erst noch zu treffenden Sachent-

scheidung vorschriftsmäßig besetzt ist. Eine Beschwerde kann sich indessen nur aus dem - hier fehlenden - rechtskraftfähigen Inhalt einer Entscheidung ergeben (BGH, Urt. v. 20. Juli 1999 - X ZR 175/98, NJW 1999, 3564; Musielak/Ball, aaO Rn. 20 vor § 511). Die in Beschlussform ergangene Entscheidung entfaltet im Unterschied zu einem Urteil für das weitere Verfahren auch keine innerprozessuale Bindungswirkung im Sinne des § 318 ZPO (BGH, Urt. v. 4. Dezember 1991 - VIII ZR 32/91, NJW 1992, 982, 983; v. 8. Dezember 1994 - IX ZR 254/93, NJW 1995, 2106, 2107). Bei dieser Sachlage ist die Klägerin durch die von ihr angegriffene Entscheidung nicht beschwert. Ein die Klägerin beschwerender Besetzungsmangel kann nur der künftigen Sachentscheidung anhaften.

Ganter

Gehrlein

Vill

Fischer

Grupp

Vorinstanzen:

LG Rostock, Entscheidung vom 02.02.2007 - 9 O 319/05 -

OLG Rostock, Entscheidung vom 17.10.2007 - 6 U 36/07 -