

RECHTSANWÄLTIN VIVIANE FISCHER

Rechtsanwältin Viviane Fischer | Waldenserstr. 22 | 10551 Berlin

Kammergericht Berlin
Elßholzstr. 30-33
10781 Berlin

Per Telefax an
030 9015-2200

Berlin, 11.09.2017

Tel.: 030 922 59 670
Fax: 030 922 59 668
kontakt@vivianefischer.de
www.vivianefischer.de

AZ: 1007/2017/VF

BEFANGENHEITSANTRAG und GEGENVORSTELLUNG

24 U 54/17

In Sachen

Schmidt ./ EOS Investment GmbH

wird gegen alle Mitglieder des 24. Senats sowie gegen den Richter Dr. Hess Befangenheitsantrag gestellt. Es wird die Aufhebung des Beschlusses vom 28.08.2017 von Amts wegen beantragt.

Zugleich wird beantragt, das Verfahren fortzusetzen und Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen.

Begründung

Mit Schreiben der Berichterstatterin Dr. Kaspari-Teperoglu vom 15.08.2017 ist dem Beklagten Fristverlängerung bis zum 28.08.2017 für die Stellungnahme auf den richterlichen Hinweis vom 04.07.2018 gewährt worden.

Fristverlängerung vom 15.08.2017 = Anlage 1

Ihre ausführliche Stellungnahme – einschließlich des Bestreitens der Abtretung der streitgegenständlichen Forderung an die Klägerin, der nochmaligen Rüge der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung der Klägervertreterin RAin Philip und neuer rechtlicher Aspekte wie der Verstoß gegen § 5 UWG - hat die Beklagtenvertreterin fristwährend am 28.08.2017 um 12:20 Uhr an das Kammergericht gefaxt.

Bereits weniger als 1,5 Stunden später, um 13:45 Uhr, ging am 28.08.2017 bei der Beklagtenvertreterin der Nichteröffnungsbeschluss zur Berufung des Beklagten ein.

Dieser nimmt erkennbar nicht Bezug auf die ausführliche Stellungnahme der Beklagtenvertreterin vom 28.08.2017. Ausweislich der Dienstlichen Stellungnahme des Vorsitzenden Richters Harte vom

29.08.2017 hat dieser die Stellungnahme beim Verfassen des Beschlusses nicht berücksichtigt, da sie ihm angabegemäß zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorlag.

Dienstliche Stellungnahme vom 29.08.2017 = Anlage 2

Die Beklagtenvertreterin hat den Vorsitzenden Richter am 29.09.2017 um 10:30 Uhr angerufen, um ihn zu fragen, ob man möglicherweise die Fristverlängerung übersehen habe. In diesem Telefongespräch äußerte der Vorsitzende, dass ihm die gewährte Fristverlängerung tatsächlich nicht bekannt gewesen sei und er den fristgerecht eingegangenen Schriftsatz der Beklagtenvertreterin vom 28.08.2017 erst am 29.08.2017 auf den Tisch bekommen habe.

Die Akteneinsichtnahme der Beklagtenvertreterin am 30.08.2017 hat ergeben, dass sich zwar die Verfügung der Berichterstatterin, die beantragte Frist zu gewähren, in der Akte befand, jedoch keine Kopie des Fristverlängerungsschreibens vom 15.08.2017. Offenbar scheint die Akte in entscheidenden Punkten nicht korrekt geführt zu sein.

Die Berichterstatterin befand sich ausweislich des Schreibens des Vorsitzenden des 5. Senats vom 07.09.2017 im Zeitraum 21.-30.08.2017 im Urlaub. Zugleich war das 4. Mitglied des vorliegend zur Entscheidung berufenen 24. Senats, Richter Landwehrmeyer, angabegemäß noch bis zum 01.09.2017 urlaubsabwesend.

Schreiben Vorsitzender Schmelz vom 07.09.2017 = Anlage 3

Der Beschluss ist unterzeichnet von der Mitgliedern des 24. Senats Harte und Dr. Elzner. Die dritte Unterschrift stammt von Richter Dr. Hess aus dem 5. Senat, dem Vertretungssenat. Ausweislich des Geschäftsverteilungsplans kann bei Verhinderung eines Senatsmitglieds der dienstjüngste Beisitzer des Vertretungssenats bei einer Entscheidung hinzugezogen werden. Laut dem Schreiben von Richter Schmelz vom 07.09.2017 ist Frau Richter Johansson dienstjüngste Beisitzerin des 5. Senats (15.04.2010). Diese sei am 28.08.2017 nicht am Kammergericht anwesend gewesen.

Die Tatsache, dass die im Rahmen der Vertretungsregeln nunmehr gesetzliche Richterin Johansson am fraglichen Tag nicht anwesend gewesen sei, kann keine Zuständigkeit des statt ihrer am Beschluss mitwirkenden nächstdienstjüngeren beisitzenden Richters Dr. Hess (07.07.2005) begründen.

Ausdrücklich regelt der Geschäftsverteilungsplan, dass eine eigene Sitzung die Verhinderung eines Vertretungsrichters begründet. Der Montag ist ausweislich des Geschäftsverteilungsplan kein Sitzungstag des 5. Senats.

Die hier **offenbar rein zufällige Abwesenheit** eines nach dem Geschäftsverteilungsplans eigentlich zur Entscheidung berufenen Richters könnte unter Wahrung des Rechts auf den gesetzlichen Richter nur dann möglicherweise zu einem Übergang der Entscheidungsgewalt auf den nächsten Vertreter begründen, wenn Eile geboten ist.

Eine Eilbedürftigkeit ist vorliegend jedoch unter keinen Umständen zu erkennen.

Für das Fassen des Nichteröffnungsbeschlusses hätte daher die Rückkehr der gesetzlichen Richter, insbesondere der inhaltlich mit dem Vorgang vertrauten Berichterstatterin, lediglich **zwei Tage** nach Ablauf der gesetzten Frist, abgewartet werden müssen.

Selbst wenn personell eine ordnungsgemäße Besetzung des Kammer bestanden hätte, so hätte der Senat naturgemäß aber nicht bereits **VOR Fristende** am 28.08.2017 und ohne Berücksichtigung des wichtigen Vortrages des Beklagten aus der fristgerecht eingereichten Stellungnahme über den Rechtsstreit entscheiden dürfen.

Die vorgenannten Umstände stellen eine klare Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf rechtliches Gehör gem. Art 103 I GG, §§ 139, 296, 282, 283 ZPO und den gesetzlichen Richter Art 101 I GG i.V.mit GVG §§ 21e, 21g GVG dar.

Bereits mit ihrer Berufungsbegründung und erneut im Fristverlängerungsantrag vom 11.08.2017 hat die Beklagtenvertreterin die Postulationsfähigkeit der Klägerin gerügt, indem sie schreibt „Die Zweifel an der Postulationsfähigkeit der Klägerin bestehen fort, da die vorgelegte Vollmacht nicht erkennen lässt, dass die Kollegin Nina Phillip von der abstrakt auf „Schanze Rechtsanwälte“ lautenden Bevollmächtigung umfasst ist.“ Woher der Senat in seinem Beschluss nun die Information nimmt, dass es sich bei der Kanzlei Schanze um eine Sozietät handelt und von der abstrakten Vollmacht auch die Kollegin Philip umfasst sei, bleibt dunkel.

Mangels ordnungsgemäßer Bevollmächtigung der Kollegin Philip ist die Klägerin in Wahrheit bis zum aktuellen (rechtswidrigen) Abschluss des Verfahrens unheilbar postulationsunfähig geblieben.

Die Verletzung der Regeln des Geschäftsverteilungsplans rechtfertigt grundsätzlich die Ablehnung aller an den Beschlüssen beteiligten Richtern wegen Befangenheit. In diesem Zusammenhang irritiert zudem , dass bereits der Hinweisbeschluss in überhasteter Eile – am 04.07.2017, nur einen Tag nach Eingang der Berufungsbegründung (!) - erstellt wurde. Der Nichteröffnungsbeschluss erfolgte wie ausgeführt nun sogar am Tag des Fristablaufs selbst und wurde in nicht nachvollziehbarer extremer Hast unmittelbar nach Erstellung nicht nur versandt sondern sogar **per Fax** übermittelt.

Rechtsanwältin Viviane Fischer