

Kammergericht

10781 Berlin, Eißholzstraße 30-33
Fernruf (Vermittlung): (030) 9015 - 0, Interf: ((915))
Apparatnummer: siehe (☎)
Telefax: (030) 9015 - 2200

Postbank Berlin, Konto der Kosteneinzugsstelle der
Justiz (KEJ), IBAN: DE20 1001 0010 0000 3521 08
BIC: PBNKDEFF
Zusatz bei Verwendungszweck: KG 24 U 54/17

Fahrverbindungen:
U-Bhf. Kleistpark (U 7), U-Bhf. Bülowstraße (U 2),
U-Bhf. Nollendorfplatz (U 1, U 2, U 3, U 4)
Bus M 48, M 85, 106, 187, 204, S-Bhf Julius-Leber-Brücke (S1)
S-Bhf. Yorckstraße >Großgörschenstraße< (S1)

(Diese Angaben sind unverbindlich)

Öffnungszeiten der Geschäftsstelle:
Montag bis Freitag 9.00 bis 13.00 Uhr

Hinweis:
Der Zugang zum Gericht ist nur über den Eingang Kleistpark
möglich.

Erstellt am: 29.11.2017

Kammergericht, 24. Senat, 10781 Berlin

Frau Rechtsanwältin
Viviane Fischer
Waldenserstraße 22
10551 Berlin

Geschäftszeichen
24 U 54/17

Ihr Zeichen
1007/2017/VF

Bearbeiter/in

Tel.
2463

Fax
2685

Datum
29.11.17

Sehr geehrte Frau Fischer,

in der Sache

Schmidt ./ EOS Investment GmbH

erhalten Sie beiliegende(s) Schriftstück(e).

Mit freundlichen Grüßen

Auf Anordnung
Bolz
Justizbeschäftigte

Dieses Schreiben wurde mit Hilfe der Informationstechnik gefertigt und ist ohne Unterschrift gültig.



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 24 U 54/17
4 O 455/15 Landgericht Berlin

In dem Rechtsstreit

des Herrn Rudolf Schmidt,
Dorfstraße 30, 13597 Berlin,

Beklagten und Berufungsklägers,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältin Viviane Fischer,
Waldenserstraße 22, 10551 Berlin,-

g e g e n

die EOS Investment GmbH,
vertreten d. d. Geschäftsführer (namentlich nicht bekannt),
Steindamm 71, 20099 Hamburg,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Schanze,
Spaldingstraße 77, 20097 Hamburg,-

hat der 24. Zivilsenat des Kammergerichts, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, durch die dem 5. Zivilsenat angehörenden Richter Vorsitzender Richter am Kammergericht Schmelz, Richterin am Kammergericht Johansson und Richter am Kammergericht Dr. Pahl am 20. Oktober 2017 **b e s c h l o s s e n**:

Das Ablehnungsgesuch des Beklagten vom 11. September 2017 gegen die Mitglieder des 24. Zivilsenates des Kammergerichts Vorsitzender Richter am Kammergericht Harte, Richterin am Kammergericht Dr. Kasprick-Teperoglou, Richter am Kammergericht Landwehrmeyer, Richter am Kammergericht Dr. Elzer sowie gegen den Richter am Kammergericht Dr. Hess wird zurückgewiesen.

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus abgetretenem Recht auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch. Der Beklagte verteidigt sich unter anderem mit dem Einwand, ein Darlehen in Gestalt eines Geldbetrages sei ihm nicht gewährt worden und die kreditgebende Bank habe „durch einen reinen Schreivorgang Geld aus dem Nichts geschöpft“ (Tatbestand LGU Umdruck Seite 2). Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Rückzahlung des Darlehens nebst Zinsen verurteilt.

Der Beklagte hat gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt. Die Berufung wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass ein Darlehensvertrag weder wirksam zustande gekommen noch vollzogen worden sei; darüberhinaus liege auch keine wirksame Abtretung vor.

Am Tag nach dem Eingang der Berufungsbegründung wies die zur Entscheidung des Berufungsrechtsstreits berufene Spruchgruppe des 24. Zivilsenats den Beklagten in einem mit Gründen versehenen Beschluss darauf hin, dass beabsichtigt sei, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. Mit am 14. August 2017 bei Gericht eingegangenen Faxschreiben vom 12. August 2017 beantragte der Beklagte eine zweite Verlängerung der Frist zur Stellungnahme auf den Hinweisbeschluss, die ihm durch Verfügung der Berichterstatterin gewährt wurde (Fristablauf 28. August 2017). Das Original des Schriftsatzes vom 12. August 2018 ging am 28. August 2017 bei Gericht ein.

Mit Beschluss vom 28. August 2017 wies der 24. Zivilsenat den Fristverlängerungsantrag vom 12. August 2017 und die Berufung des Beklagten zurück. Der Beschluss erging wegen Urlaubs zweier Senatsmitglieder in einer anderen Senatsbesetzung als derjenigen, die den Hinweisbeschluss gefasst hatte. Ebenfalls am 28. August 2017 ging die Stellungnahme des Beklagten vom

25. August 2017 zu dem Hinweisbeschluss bei Gericht ein. In dieser äußerte der Beklagte insbesondere bezüglich des Hinweises, die Abtretung sei als wirksam anzusehen, den Verdacht der Befangenheit der Senatsmitglieder. Der Senatsvorsitzende teilte daraufhin in einer dienstlichen Stellungnahme unter anderem mit, dass ihm die Stellungnahme vom 25. August 2017 bei Fassung des Beschlusses vom 28. August 2017 nicht vorgelegen habe. In einem Telefonat am 29. August 2017 machte die Prozessbevollmächtigte des Beklagten den Senatsvorsitzenden darauf aufmerksam, dass die Berichterstatterin die mit Schriftsatz vom 12. August 2017 begehrte zweite Fristverlängerung bis zum 28. August 2017 gewährt habe. Die Prozessbevollmächtigte des Beklagten nahm sodann Akteneinsicht.

In einem mit „Befangenheitsantrag und Gegenvorstellung“ überschriebenen Schriftsatzentwurf vom 7. September 2017 trug die Prozessbevollmächtigte des Beklagten Folgendes vor (Seite 2 des Entwurfes 2. und 3. Absatz):

„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 worden zu sein.“

Nachdem der Senat der mit der Einreichung des Schriftsatzentwurfes verbundenen Aufforderung, den Beschluss vom 28. August 2017 von Amts wegen aufzuheben, nicht nachgekommen war, lehnte der Beklagte alle Mitglieder des 24. Zivilsenats sowie den Richter am Kammergericht Dr. Hess, der als Mitglied des Vertreterssenats (5. Zivilsenat) an dem Beschluss vom 28. August 2017 mitgewirkt hatte, wegen Befangenheit ab. Die Besorgnis der Befangenheit ergebe sich insbesondere aus der Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf den gesetzlichen Richter. Mit der Fassung des Beschlusses gemäß § 522 Abs. 2 ZPO hätte „die Rückkehr der gesetzlichen Richter, insbesondere der inhaltlich mit dem Vorgang vertrauten Berichterstatterin“ abgewartet werden müssen. Überdies sei zur Mitwirkung an dem Beschluss vom 28. August 2017 nicht der Richter am Kammergericht Dr. Hess, sondern die dienstjüngste Richterin des 5. Zivilsenats, Richterin am Kammergericht Johansson, berufen gewesen. Keinesfalls hätte der Beschluss vor Ablauf der gewährten Frist zur Stellungnahme gefasst werden dürfen. Schon der Hinweisbeschluss vom 4. August 2017 sei „in überhasteter Eile“ erstellt worden. Zu Unrecht habe der Senat die für die Klägerin auftretende Rechtsanwältin Philipp für postulationsfähig gehalten.

Die abgelehnten Richter haben sich dienstlich geäußert.

II.

Das Ablehnungsgesuch ist gemäß § 42 ZPO zulässig, in der Sache aber nicht begründet.

1.

Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit findet gemäß § 42 Abs. 2 ZPO nur statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Entscheidend ist, ob ein Prozessbeteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit eines Richters zu zweifeln. Als Umstände in diesem Sinne kommen dabei nur objektive Gründe in Betracht, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber (u.a. BGH MDR 2016, 634, Tz 9 in juris). Die Zugrundelegung einer der Partei ungünstigen Rechtsauffassung oder Verfahrensverstöße rechtfertigen nicht ohne weiteres die Besorgnis der Befangenheit (BGH NJW-RR 2012, 61, Tz 9 in juris). Auch auf die Rechtmäßigkeit der Rechtsanwendung kommt es regelmäßig nicht an (BGH, aaO, Tz 7). Etwas anderes gilt nur, wenn die angegriffene Handlung oder Entscheidung offensichtlich jeglicher Rechtsgrundlage entbehrt und in der Sache so grob fehlerhaft und unhaltbar ist, dass sie als willkürlich erscheint (BVerfG NJW 2017, 1232, Tz 16 in juris; BGH GRUR-RR 2017, 416; OLG Hamm, Beschluss vom 9.11.2015 - 1 W 78/15 - , Tz 3 in juris m.w.N.).

2.

Umstände, die vorliegend aus vernünftiger Sicht des Ablehnenden eine Besorgnis der Befangenheit begründen könnten, liegen nicht vor:

a)

Dass objektiv das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt worden ist, liegt auf der Hand. Vor Ablauf der dem Beklagten von der Berichterstatterin zuletzt gewährten Verlängerung der Frist zur Stellungnahme bis einschließlich 28. August 2017 hätte die Berufung nicht zurückgewiesen werden dürfen. Gleichwohl war dieser Verfahrensverstoß unter den gegebenen Umständen nicht geeignet, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richter zu begründen.

aa)

Schon bei Lektüre des Tenors zu I. des Beschlusses musste sich dem Beklagten bei vernünftiger Betrachtung aufdrängen, dass offensichtlich ein Versehen vorlag. Besagter Tenor lautet:

„I. Der Antrag des Beklagten aus dem am 28. August 2017 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 12. August 2017 auf nochmalige Fristverlängerung zur Stellungnahme um 14 Tage wird zurückgewiesen.“

Er offenbart, dass die am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richter davon ausgegangen waren, dass der Fristverlängerungsantrag erst am 28. August 2017 eingegangen sei. Er offenbart ferner, dass die Richter keine Kenntnis von der bereits gewährten Fristverlängerung besaßen oder von dieser aufgrund eines Versehens nicht Kenntnis genommen haben. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte längst im Besitz der fristverlängernden Verfügung der Berichterstatterin. Entsprechend dieser sich bei vernünftiger Betrachtung aufdrängenden Sachlage fragte die Prozessbevollmächtigte des Beklagten auch unverzüglich telefonisch bei dem Senatsvorsitzenden nach, „ob man möglicherweise die Fristverlängerung übersehen habe“, was der Vorsitzende auch sogleich einräumte.

ab)

Bei der tags drauf von der Prozessbevollmächtigten des Beklagten an Gerichtsstelle vorgenommenen Akteneinsicht stellte diese sodann fest, dass „die Akte in entscheidenden Punkten offenbar nicht korrekt geführt zu sein“ schien. In diesselbe Richtung weist die spätere Mitteilung des Senatsvorsitzenden in seiner dienstlichen Äußerung, dass ihm nicht erinnerlich sei, dass ihm am 28. August 2017 bereits ein Band 2 der Gerichtsakte vorgelegt worden sei. Dieser, möglicherweise erst nach der Richtervorlage der Akte am 28. August 2017 angelegte zweite Band enthält als erstes Blatt den am 14. August 2017 per Fax eingegangenen Fristverlängerungsantrag vom 12. August 2017 und als zweites Blatt die fristverlängernde Verfügung der Berichterstatterin vom 15. August 2017. Der Zeitpunkt der Anlegung des zweiten Bandes ist in den Akten nicht dokumentiert.

b)

Soweit der Beklagte eine Besorgnis der Parteilichkeit der am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richter darauf stützt, dass diese seinen Anspruch auf den gesetzlichen Richter verletzt hätten, kann das Ablehnungsgesuch gleichfalls keinen Erfolg haben.

ba)

Soweit der Beklagte meint, der Senat hätte mit seiner Entscheidung bis zur Rückkehr der Berichterstatterin wenige Tage nach dem 28. August 2017 warten müssen, verkennt er, dass die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO unverzüglich zurückgewiesen werden soll, wenn das Ge-

richt einstimmig davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen der Nrn. 1 bis 4 vorliegen. Ferner sieht das Gesetz vor (§ 525, § 300 Abs. 1 ZPO), dass das Gericht die Entscheidung zu treffen hat, wenn der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist. Nichtentscheidung oder Verzögerung der Entscheidung bei bestehender Entscheidungsreife verletzen grundsätzlich den Justizgewährungsanspruch der um Rechtsschutz nachsuchenden Partei (Vollkommer in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 300 Rn 2). Aus demselben Grund liegt auch in dem zeitnahen Erlass des Hinweisbeschlusses am Tag nach Eingang der Berufungsbegründung kein Verfahrensfehler.

Soweit der Beklagte meint, der prompte Hinweis auf die nach einstimmiger Auffassung des Senats fehlende Erfolgsaussicht der Berufung deute darauf hin, dass die mitwirkenden Richter die Berufungsbegründung nicht gelesen hätten, wird nicht berücksichtigt, dass es sich bei dem Rechtsstreit um eine von der Sach- und Rechtslage her einfach gelagerte Banksache handelt und der 24. Zivilsenat als Spezialsenat für Banksachen mit der rechtlichen Würdigung von Darlehensverhältnissen und den Einwendungen von Darlehensschuldern aufgrund langjähriger Praxis bestens vertraut ist. Im Übrigen belegt die Begründung des Hinweisbeschlusses die Befassung des Senats mit den in der Berufungsbegründung erhobenen Einwänden.

bb)

Es kann ablehnungsrechtlich dahinstehen, ob den am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richtern ein Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters unterlaufen ist. Jedenfalls kann die Heranziehung respektive Mitwirkung des Richters am Kammergericht Dr. Hess anstelle der dienstjüngsten Richterin des Vertreterssenats nicht als grober oder gar auf Willkür beruhender Verfahrensfehler angesehen werden. Denn die dienstjüngste Richterin des Vertreterssenats war am Tag der Beschlussfassung nicht im Gerichtsgebäude anwesend und somit verhindert. Die Abwesenheit des Richters stellt nach wohl vorherrschender Auffassung einen Verhinderungsgrund beziehungsweise Vertretungsfall dar (Mayer in Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl., § 21e Rn 144; Lückemann in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 21e GVG Rn 39). Aus der Randnummer 156 des Geschäftsverteilungsplans des Kammergerichts für das Jahr 2017 ergibt sich nichts Abweichendes. Soweit dort geregelt ist, dass als verhindert gilt, wer eine Sitzung im eigenen Senat wahrzunehmen hat, erfasst diese Regelung nur den Fall einer Verhinderung des geschäftsplanmäßig zur Vertretung berufenen Richters trotz dessen Anwesenheit im Gerichtsgebäude. Eine generelle Bestimmung der Voraussetzungen des Vorliegens eines Verhinderungsfalles enthält die Randnummer 156 nicht, andernfalls Richter im Krankheits- und Urlaubsfalle nicht als verhindert anzusehen wären.

c)

Soweit der Beklagte schließlich die Würdigung des Senats bezüglich der Wirksamkeit der Abtretung und des Nachweises der Vertretungsbefugnis der Klägervertreterin als fehlerhaft ansieht, vermag diese Würdigung den Anschein einer Parteilichkeit der abgelehnten Richter gleichfalls

nicht zu begründen. Denn sie liegt, ohne dass sie im Ablehnungsverfahren auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen wäre, fraglos im Bereich einer vertretbaren Rechtsanwendung. Die Argumentation des Senats zur Wirksamkeit der Abtretung bewegt sich im Bereich der in der Praxis herrschenden Auffassung zur Substantiierungslast (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 31. Aufl., Rn 7b ff). Die Feststellung der ordnungsgemäßen Vertretung einer Partei auf Vollmachtsrüge der Gegenpartei kann im Wege des Freibeweises erfolgen (KG Urteil vom 30. Dezember 2010 - 2 U 16/06, Tz 21 in juris). Es liegt im Bereich einer vertretbaren Beweiswürdigung, wenn der Senat auf der Grundlage der vorgelegten Vollmacht auf die „Sozietät SCHANZE Rechtsanwälte“ und angesichts des Umstandes, dass Rechtsanwältin Philipp seit Prozessbeginn durchgängig im Briefkopf der Sozietät SCHANZE Rechtsanwälte als Sozietätsmitglied aufgeführt wird, davon ausgegangen ist, dass die vorgelegte Originalvollmacht die Vertretung der Klägerin durch Rechtsanwältin Philipp deckt.

d)

Auch bei Gesamtbetrachtung der objektiv vorliegenden Gehörsverletzung und der weiteren - angeblichen - Verfahrensverstöße besteht bei vernünftiger Betrachtung aus der Sicht des Ablehnenden kein Grund, der ein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit der abgelehnten Richter rechtfertigen könnte.

Dr. Pahl

Johansson

Schmelz

Für die Richtigkeit der Abschrift
Berlin, den 29.11.17



Bolz
Justizbeschäftigte

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt - ohne Unterschrift gültig.



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 24 U 54/17
4 O 455/15 Landgericht Berlin

In dem Rechtsstreit

des Herrn Rudolf Schmidt,
Dorfstraße 30, 13597 Berlin,

Beklagten und Berufungsklägers,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältin Viviane Fischer,
Waldenserstraße 22, 10551 Berlin,-

g e g e n

die EOS Investment GmbH,
vertreten d. d. Geschäftsführer (namentlich nicht bekannt),
Steindamm 71, 20099 Hamburg,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Schanze,
Spaldingstraße 77, 20097 Hamburg,-

hat der 24. Zivilsenat des Kammergerichts, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, durch die dem 5. Zivilsenat angehörenden Richter Vorsitzender Richter am Kammergericht Schmelz, Richterin am Kammergericht Johansson und Richter am Kammergericht Dr. Pahl am 20. Oktober 2017 **b e s c h l o s s e n**:

Das Ablehnungsgesuch des Beklagten vom 11. September 2017 gegen die Mitglieder des 24. Zivilsenates des Kammergerichts Vorsitzender Richter am Kammergericht Harte, Richterin am Kammergericht Dr. Kasprick-Teperoglou, Richter am Kammergericht Landwehremeyer, Richter am Kammergericht Dr. Elzer sowie gegen den Richter am Kammergericht Dr. Hess wird zurückgewiesen.

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus abgetretenem Recht auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch. Der Beklagte verteidigt sich unter anderem mit dem Einwand, ein Darlehen in Gestalt eines Geldbetrages sei ihm nicht gewährt worden und die kreditgebende Bank habe „durch einen reinen Schreibvorgang Geld aus dem Nichts geschöpft“ (Tatbestand LGU Umdruck Seite 2). Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Rückzahlung des Darlehens nebst Zinsen verurteilt.

Der Beklagte hat gegen das landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt. Die Berufung wird im Wesentlichen darauf gestützt, dass ein Darlehensvertrag weder wirksam zustande gekommen noch vollzogen worden sei; darüberhinaus liege auch keine wirksame Abtretung vor.

Am Tag nach dem Eingang der Berufungsbegründung wies die zur Entscheidung des Berufungsrechtsstreits berufene Spruchgruppe des 24. Zivilsenats den Beklagten in einem mit Gründen versehenen Beschluss darauf hin, dass beabsichtigt sei, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. Mit am 14. August 2017 bei Gericht eingegangenen Faxschreiben vom 12. August 2017 beantragte der Beklagte eine zweite Verlängerung der Frist zur Stellungnahme auf den Hinweisbeschluss, die ihm durch Verfügung der Berichterstatterin gewährt wurde (Fristablauf 28. August 2017). Das Original des Schriftsatzes vom 12. August 2018 ging am 28. August 2017 bei Gericht ein.

Mit Beschluss vom 28. August 2017 wies der 24. Zivilsenat den Fristverlängerungsantrag vom 12. August 2017 und die Berufung des Beklagten zurück. Der Beschluss erging wegen Urlaubs zweier Senatsmitglieder in einer anderen Senatsbesetzung als derjenigen, die den Hinweisbeschluss gefasst hatte. Ebenfalls am 28. August 2017 ging die Stellungnahme des Beklagten vom

25. August 2017 zu dem Hinweisbeschluss bei Gericht ein. In dieser äußerte der Beklagte insbesondere bezüglich des Hinweises, die Abtretung sei als wirksam anzusehen, den Verdacht der Befangenheit der Senatsmitglieder. Der Senatsvorsitzende teilte daraufhin in einer dienstlichen Stellungnahme unter anderem mit, dass ihm die Stellungnahme vom 25. August 2017 bei Fassung des Beschlusses vom 28. August 2017 nicht vorgelegen habe. In einem Telefonat am 29. August 2017 machte die Prozessbevollmächtigte des Beklagten den Senatsvorsitzenden darauf aufmerksam, dass die Berichterstatterin die mit Schriftsatz vom 12. August 2017 begehrte zweite Fristverlängerung bis zum 28. August 2017 gewährt habe. Die Prozessbevollmächtigte des Beklagten nahm sodann Akteneinsicht.

In einem mit „Befangenheitsantrag und Gegenvorstellung“ überschriebenen Schriftsatzentwurf vom 7. September 2017 trug die Prozessbevollmächtigte des Beklagten Folgendes vor (Seite 2 des Entwurfes 2. und 3. Absatz):

„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 worden zu sein.“

Nachdem der Senat der mit der Einreichung des Schriftsatzentwurfes verbundenen Aufforderung, den Beschluss vom 28. August 2017 von Amts wegen aufzuheben, nicht nachgekommen war, lehnte der Beklagte alle Mitglieder des 24. Zivilsenats sowie den Richter am Kammergericht Dr. Hess, der als Mitglied des Vertreterssenats (5. Zivilsenat) an dem Beschluss vom 28. August 2017 mitgewirkt hatte, wegen Befangenheit ab. Die Besorgnis der Befangenheit ergebe sich insbesondere aus der Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf den gesetzlichen Richter. Mit der Fassung des Beschlusses gemäß § 522 Abs. 2 ZPO hätte „die Rückkehr der gesetzlichen Richter, insbesondere der inhaltlich mit dem Vorgang vertrauten Berichterstatterin“ abgewartet werden müssen. Überdies sei zur Mitwirkung an dem Beschluss vom 28. August 2017 nicht der Richter am Kammergericht Dr. Hess, sondern die dienstjüngste Richterin des 5. Zivilsenats, Richterin am Kammergericht Johansson, berufen gewesen. Keinesfalls hätte der Beschluss vor Ablauf der gewährten Frist zur Stellungnahme gefasst werden dürfen. Schon der Hinweisbeschluss vom 4. August 2017 sei „in überhasteter Eile“ erstellt worden. Zu Unrecht habe der Senat die für die Klägerin auftretende Rechtsanwältin Philipp für postulationsfähig gehalten.

Die abgelehnten Richter haben sich dienstlich geäußert.

II.

Das Ablehnungsgesuch ist gemäß § 42 ZPO zulässig, in der Sache aber nicht begründet.

1.

Die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit findet gemäß § 42 Abs. 2 ZPO nur statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Entscheidend ist, ob ein Prozessbeteiligter bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass hat, an der Unvoreingenommenheit eines Richters zu zweifeln. Als Umstände in diesem Sinne kommen dabei nur objektive Gründe in Betracht, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber (u.a. BGH MDR 2016, 634, Tz 9 in juris). Die Zugrundelegung einer der Partei ungünstigen Rechtsauffassung oder Verfahrensverstöße rechtfertigen nicht ohne weiteres die Besorgnis der Befangenheit (BGH NJW-RR 2012, 61, Tz 9 in juris). Auch auf die Rechtmäßigkeit der Rechtsanwendung kommt es regelmäßig nicht an (BGH, aaO, Tz 7). Etwas anderes gilt nur, wenn die angegriffene Handlung oder Entscheidung offensichtlich jeglicher Rechtsgrundlage entbehrt und in der Sache so grob fehlerhaft und unhaltbar ist, dass sie als willkürlich erscheint (BVerfG NJW 2017, 1232, Tz 16 in juris; BGH GRUR-RR 2017, 416; OLG Hamm, Beschluss vom 9.11.2015 - 1 W 78/15 - , Tz 3 in juris m.w.N.).

2.

Umstände, die vorliegend aus vernünftiger Sicht des Ablehnenden eine Besorgnis der Befangenheit begründen könnten, liegen nicht vor:

a)

Dass objektiv das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt worden ist, liegt auf der Hand. Vor Ablauf der dem Beklagten von der Berichterstatterin zuletzt gewährten Verlängerung der Frist zur Stellungnahme bis einschließlich 28. August 2017 hätte die Berufung nicht zurückgewiesen werden dürfen. Gleichwohl war dieser Verfahrensverstoß unter den gegebenen Umständen nicht geeignet, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richter zu begründen.

aa)

Schon bei Lektüre des Tenors zu I. des Beschlusses musste sich dem Beklagten bei vernünftiger Betrachtung aufdrängen, dass offensichtlich ein Versehen vorlag. Besagter Tenor lautet:

„I. Der Antrag des Beklagten aus dem am 28. August 2017 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 12. August 2017 auf nochmalige Fristverlängerung zur Stellungnahme um 14 Tage wird zurückgewiesen.“

Er offenbart, dass die am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richter davon ausgegangen waren, dass der Fristverlängerungsantrag erst am 28. August 2017 eingegangen sei. Er offenbart ferner, dass die Richter keine Kenntnis von der bereits gewährten Fristverlängerung besaßen oder von dieser aufgrund eines Versehens nicht Kenntnis genommen haben. Zu diesem Zeitpunkt war der Beklagte längst im Besitz der fristverlängernden Verfügung der Berichterstatterin. Entsprechend dieser sich bei vernünftiger Betrachtung aufdrängenden Sachlage fragte die Prozessbevollmächtigte des Beklagten auch unverzüglich telefonisch bei dem Senatsvorsitzenden nach, „ob man möglicherweise die Fristverlängerung übersehen habe“, was der Vorsitzende auch sogleich einräumte.

ab)

Bei der tags drauf von der Prozessbevollmächtigten des Beklagten an Gerichtsstelle vorgenommenen Akteneinsicht stellte diese sodann fest, dass „die Akte in entscheidenden Punkten offenbar nicht korrekt geführt zu sein“ schien. In diesselbe Richtung weist die spätere Mitteilung des Senatsvorsitzenden in seiner dienstlichen Äußerung, dass ihm nicht erinnerlich sei, dass ihm am 28. August 2017 bereits ein Band 2 der Gerichtsakte vorgelegt worden sei. Dieser, möglicherweise erst nach der Richtervorlage der Akte am 28. August 2017 angelegte zweite Band enthält als erstes Blatt den am 14. August 2017 per Fax eingegangenen Fristverlängerungsantrag vom 12. August 2017 und als zweites Blatt die fristverlängernde Verfügung der Berichterstatterin vom 15. August 2017. Der Zeitpunkt der Anlegung des zweiten Bandes ist in den Akten nicht dokumentiert.

b)

Soweit der Beklagte eine Besorgnis der Parteilichkeit der am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richter darauf stützt, dass diese seinen Anspruch auf den gesetzlichen Richter verletzt hätten, kann das Ablehnungsgesuch gleichfalls keinen Erfolg haben.

ba)

Soweit der Beklagte meint, der Senat hätte mit seiner Entscheidung bis zur Rückkehr der Berichterstatterin wenige Tage nach dem 28. August 2017 warten müssen, verkennt er, dass die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO unverzüglich zurückgewiesen werden soll, wenn das Ge-

richt einstimmig davon überzeugt ist, dass die Voraussetzungen der Nrn. 1 bis 4 vorliegen. Ferner sieht das Gesetz vor (§ 525, § 300 Abs. 1 ZPO), dass das Gericht die Entscheidung zu treffen hat, wenn der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist. Nichtentscheidung oder Verzögerung der Entscheidung bei bestehender Entscheidungsreife verletzen grundsätzlich den Justizgewährungsanspruch der um Rechtsschutz nachsuchenden Partei (Vollkommer in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 300 Rn 2). Aus demselben Grund liegt auch in dem zeitnahen Erlass des Hinweisbeschlusses am Tag nach Eingang der Berufungsbegründung kein Verfahrensfehler.

Soweit der Beklagte meint, der prompte Hinweis auf die nach einstimmiger Auffassung des Senats fehlende Erfolgsaussicht der Berufung deute darauf hin, dass die mitwirkenden Richter die Berufungsbegründung nicht gelesen hätten, wird nicht berücksichtigt, dass es sich bei dem Rechtsstreit um eine von der Sach- und Rechtslage her einfach gelagerte Banksache handelt und der 24. Zivilsenat als Spezialsenat für Banksachen mit der rechtlichen Würdigung von Darlehensverhältnissen und den Einwendungen von Darlehensschuldern aufgrund langjähriger Praxis bestens vertraut ist. Im Übrigen belegt die Begründung des Hinweisbeschlusses die Befassung des Senats mit den in der Berufungsbegründung erhobenen Einwänden.

bb)

Es kann ablehnungsrechtlich dahinstehen, ob den am Beschluss vom 28. August 2017 beteiligten Richtern ein Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters unterlaufen ist. Jedenfalls kann die Heranziehung respektive Mitwirkung des Richters am Kammergericht Dr. Hess anstelle der dienstjüngsten Richterin des Vertreterssenats nicht als grober oder gar auf Willkür beruhender Verfahrensfehler angesehen werden. Denn die dienstjüngste Richterin des Vertreterssenats war am Tag der Beschlussfassung nicht im Gerichtsgebäude anwesend und somit verhindert. Die Abwesenheit des Richters stellt nach wohl vorherrschender Auffassung einen Verhinderungsgrund beziehungsweise Vertretungsfall dar (Mayer in Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl., § 21e Rn 144; Lückemann in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 21e GVG Rn 39). Aus der Randnummer 156 des Geschäftsverteilungsplans des Kammergerichts für das Jahr 2017 ergibt sich nichts Abweichendes. Soweit dort geregelt ist, dass als verhindert gilt, wer eine Sitzung im eigenen Senat wahrzunehmen hat, erfasst diese Regelung nur den Fall einer Verhinderung des geschäftsplanmäßig zur Vertretung berufenen Richters trotz dessen Anwesenheit im Gerichtsgebäude. Eine generelle Bestimmung der Voraussetzungen des Vorliegens eines Verhinderungsfalles enthält die Randnummer 156 nicht, andernfalls Richter im Krankheits- und Urlaubsfalle nicht als verhindert anzusehen wären.

c)

Soweit der Beklagte schließlich die Würdigung des Senats bezüglich der Wirksamkeit der Abtretung und des Nachweises der Vertretungsbefugnis der Klägervertreterin als fehlerhaft ansieht, vermag diese Würdigung den Anschein einer Parteilichkeit der abgelehnten Richter gleichfalls

nicht zu begründen. Denn sie liegt, ohne dass sie im Ablehnungsverfahren auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen wäre, fraglos im Bereich einer vertretbaren Rechtsanwendung. Die Argumentation des Senats zur Wirksamkeit der Abtretung bewegt sich im Bereich der in der Praxis herrschenden Auffassung zur Substantiierungslast (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 31. Aufl., Rn 7b ff). Die Feststellung der ordnungsgemäßen Vertretung einer Partei auf Vollmachtsrüge der Gegenpartei kann im Wege des Freibeweises erfolgen (KG Urteil vom 30. Dezember 2010 - 2 U 16/06, Tz 21 in juris). Es liegt im Bereich einer vertretbaren Beweiswürdigung, wenn der Senat auf der Grundlage der vorgelegten Vollmacht auf die „Sozietät SCHANZE Rechtsanwälte“ und angesichts des Umstandes, dass Rechtsanwältin Philipp seit Prozessbeginn durchgängig im Briefkopf der Sozietät SCHANZE Rechtsanwälte als Sozietätsmitglied aufgeführt wird, davon ausgegangen ist, dass die vorgelegte Originalvollmacht die Vertretung der Klägerin durch Rechtsanwältin Philipp deckt.

d)

Auch bei Gesamtbetrachtung der objektiv vorliegenden Gehörsverletzung und der weiteren - angeblichen - Verfahrensverstöße besteht bei vernünftiger Betrachtung aus der Sicht des Ablehnenden kein Grund, der ein Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit der abgelehnten Richter rechtfertigen könnte.

Dr. Pahl

Johansson

Schmelz