



BESCHLUSS

Das Oberlandesgericht Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Dr. Bornet (Vorsitz), Mag. Tanczos und Mag^a. Weiß in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Mag. iur. Oliver Lorber Rechtsanwalts GmbH in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei **InsolvenzverwaltungsgesmbH als Insolvenzverwalterin im Konkurs der AvW Gruppe AG** (41 S 65/10x des Landesgerichtes Klagenfurt), Kardinalschütt 7, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, vertreten durch Dr. Gerhard Brandl, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen Feststellung einer Insolvenzforderung (restlich EUR 254.032,04), aus Anlass der Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 22. November 2013, 21 Cg 90/09h-39, beschlossen:

Das angefochtene Endurteil wird im Umfang der Anfechtung, also insoweit das Klagemehrbegehren, es werde gegenüber der (erst-)beklagten Partei festgestellt, dass dem Kläger im Insolvenzverfahren der AvW Gruppe AG, 41 S 65/10x des Landesgerichtes Klagenfurt, eine weitere Insolvenzforderung in Höhe von restlich EUR 245.523,81 zustehe, abgewiesen wurde, einschließlich der Kostenentscheidung und das dieser Entscheidung vorangegangene Verfahren ab Ausschreibung der Tagsatzung für 27. Februar 2013 (ON 29) – mit Ausnahme des in Rechtskraft erwachsenen Anerkenntnisteilurteiles vom 22. November 2013, 21 Cg 90/09h-41 – als nichtig **aufgehoben** und die Sache in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht **zurückverwiesen**.

Die Kosten des nichtigen Verfahrens werden gegenseitig **aufgehoben**.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

BEGRÜNDUNG:

Mit der beim Erstgericht am 8. Mai 2009 eingelangten Klage beehrte der Kläger von den

Beklagten AvW Gruppe AG und AvW Invest AG EUR 605.875,- sA zur ungeteilten Hand; seinen Anspruch stützte er insbesondere auf Vertragserfüllung, nämlich Erfüllung einer bestimmten Rückkaufverpflichtung (ON 1).

Der für diese Rechtssache zuständige Richter des Erstgerichtes Dr. Wilhelm Waldner zeigte seine Befangenheit an. Dr. Wolfgang Auer-Welsbach habe sich auf einer Alm das Nachbarhaus gekauft, er habe zu ihm ein freundschaftliches Nachbarverhältnis (ON 4).

Mit rechtskräftigem Beschluss des Erstgerichtes vom 28. Mai 2009 wurde die Befangenheitsanzeige des Richters Dr. Waldner für begründet befunden. Das dargestellte freundschaftliche Verhältnis zum für die Parteienvernehmung von den Beklagten geführten Vorstandsvorsitzenden Dr. Wolfgang Auer-Welsbach bilde jedenfalls einen zureichenden Grund iSd § 19 Z 2 JN, um seine (des Richters) volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Die Rechtssache werde vom nach der Geschäftsverteilung vorgesehenen ersten Stellvertreter des Vorsitzenden der Gerichtsabteilung 21 zu bearbeiten sein (ON 5).

IdF wurde mit Beschluss vom 6. Mai 2010 festgestellt, dass das Verfahren gemäß § 7 Abs 1 KO aufgrund der mit Beschluss des Erstgerichtes vom 4. Mai 2010 erfolgten Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der AvW Gruppe AG (41 S 65/10x) und der mit Beschluss des Erstgerichtes vom 4. Mai 2010 erfolgten Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der AvW Invest AG (41 S 64/10z) unterbrochen ist und nur über Parteienantrag fortgesetzt wird (ON 23).

Mit Eingabe vom 14. Mai 2012 beantragte der Kläger die Fortsetzung des Verfahrens (nur) gegen die (vormals) Erstbeklagte. Er habe ihr gegenüber eine Konkursforderung über EUR 665.138,23 angemeldet. Sie entspreche seiner Klagsforderung in diesem Rechtsstreit mit dem Kapitalbetrag von EUR 605.875,- zuzüglich bis zur Konkursöffnung anerlaufenen Zinsen von EUR 36.452,09 zuzüglich der in diesem Prozess bis zur Konkursöffnung anerlaufenen Prozesskosten von EUR 22.811,14. Der Masseverwalter habe in der Prüfungstagsatzung diese Forderung gänzlich bestritten. Er begehre daher die Fortsetzung des Verfahrens als Prüfungsprozess und stelle sein Begehren in ein Feststellungsbegehren dahin um, dass festgestellt werde, dass dem Kläger im Konkurs über das Vermögen der Erstbeklagten eine Konkursforderung von EUR 665.138,23 zustehe (ON 24).

Mit Beschluss vom 2. August 2012 setzte das Erstgericht das Verfahren fort (ON 25).

Mit Aktenvermerk vom 14. Dezember 2012 hielt der Vertreter Dr. Waldner fest, der Beklagtenvertreter frage an, wer für diese Rechtssache nun zuständig sei. Infolge der Konkursöffnung sei (Erst-)Beklagte nicht mehr die AvW Gruppe AG, sondern deren Masseverwalterin, der Sachverhalt werde außer Streit gestellt, sodass eine Einvernahme des Dr. Auer-Welsbach nicht erfolgen werde und nach dem Beklagtenvertreter der „ursprüngliche

Befangenheitsgrund des ... Dr. Waldner weggefallen sei“. Festgehalten werde, dass noch keinerlei Beweisverfahren im Verfahren durch den Vertreter des Dr. Waldner erfolgt sei. „Nach Rücksprache mit Dr. Waldner wird der Akt gemäß Punkt I. 2. lit a der Geschäftsverteilung wegen Wegfall des Befangenheitsgrundes wieder Dr. Waldner als Leiter der Abteilung 21 zur Bearbeitung rückgemittelt“ (ON 28).

Ab der Ausschreibung der Tagsatzung am 27. Februar 2013 führte sodann Dr. Waldner das Verfahren fort, ua kam es zu drei Verhandlungen (ON 32, 37, 38), schließlich erließ er auch ein in Rechtskraft erwachsenes Anerkenntnisteilurteil (ON 38, S. 3; ON 41).

Mit dem **angefochtenen Endurteil** stellte das Erstgericht gegenüber der (Erst-)Beklagten fest, dass die mit EUR 8.508,23 bestimmten Prozesskosten im Insolvenzverfahren der AvW Gruppe AG, 41 S 65/10x des Erstgerichtes, als Insolvenzforderung zu Recht bestehen, wies das Mehrbegehren auf Feststellung einer weiteren Insolvenzforderung von EUR 245.523,81 ab und erkannte die (Erst-)Beklagte schuldig, dem Kläger mit EUR 1.151,-- bestimmte Prozesskosten aus Massemitteln zu ersetzen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung des Klägers**.

Er bekämpft es im Umfang der Abweisung des Klagebegehrens, erhebt eine Mängel- und Rechtsrüge und stellt primär den Abänderungsantrag auf Stattgebung auch seines restlichen Klagebegehrens; hilfsweise wird (im Umfang der Anfechtung) ein Aufhebungs- und Rückverweisungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, dem Rechtsmittel keine Folge zu geben.

Aus Anlass der Berufung ist ein Nichtigkeitsgrund amtswegig aufzugreifen.

1. Gemäß § 477 Abs 1 Z 1 ZPO ist das angefochtene Urteil und, soweit der Grund der Nichtigkeit das vorangegangene Verfahren ergreift, auch dieses aufzuheben, wenn an der Entscheidung ein Richter teilnahm, welcher kraft des Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes in dieser Rechtssache ausgeschlossen war, oder dessen Ablehnung vom Gerichte als berechtigt erkannt worden ist.

Der zweitgenannte Fall liegt hier vor.

Mit dem rechtskräftigen Beschluss vom 28. Mai 2009 (ON 5) wurde die Selbstablehnung (zur diesbezüglichen Verpflichtung s. etwa Mayr in Rechberger, ZPO³ § 19 JN Rz 1 mwN) des Richters Dr. Waldner für begründet befunden. Es liegt somit eine rechtskräftige, die (Selbst-)Ablehnung als berechtigt erkannte Entscheidung vor.

Die Vorstellung, der Befangenheitsgrund sei weggefallen (ON 28), ist nicht nachvollziehbar. Es liegt auch nicht am in der Sache erkennenden Richter, darüber zu entscheiden, ob er

befangen ist oder nicht (s. § 23 JN). Im Übrigen ist bei der Prüfung der Unbefangenheit im Interesse des Ansehens der Justiz ein strenger Maßstab anzulegen: Es genügt, dass eine Befangenheit mit Grund befürchtet werden muss oder dass bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Voreingenommenheit entstehen könnte (Mayr, aaO Rz 4 mwN). In einem Fall, in dem der ehemals Vorstandsvorsitzende der Beklagten strafgerichtlich wegen diverser Malversationen rechtskräftig verurteilt wurde und der Richter mit diesem befreundet ist (oder war) und der im Prozess geltend gemachte Anspruch ua gerade iZm derartigen (Kurs-)Manipulationen steht (US 7), könnte wohl zumindest der Anschein der Voreingenommenheit des Richters bestehen.

2. Auch die Grundsätze der Geschäftsverteilung des Erstgerichtes sehen einen solchen Vorgang wie aus dem Aktenvermerk ON 28 ersichtlich gerade nicht vor. Punkt I. 2. a) lautet:

„Jede Rechtssache ist vom Leiter der Gerichtsabteilung (des Senates) zu bearbeiten, deren (dessen) Geschäftsabteilungszahl und Gattungszeichen sie trägt. Davon gelten folgende Ausnahmen:

a) Ist in Zivilsachen der zuständige Richter ausgeschlossen oder rechtskräftig abgelehnt, so hat der nach der Geschäftsverteilung zur Vertretung bestimmte Richter die Rechtssache bis zum Wegfall des Behinderungsgrundes durch Richterwechsel zu bearbeiten, jedenfalls aber bis zum Abstreichen der Rechtssache im Register, es sei denn, der vertretende Richter hat noch keine mündliche Streitverhandlung mit unmittelbarer Beweisaufnahme durchgeführt.“

Da der Behinderungsgrund keineswegs durch Richterwechsel weggefallen ist, lag ein solcher Fall der „Rückabtretung“ nicht vor.

3. Nichtigkeitsgründe sind schwere Verletzungen grundsätzlicher Verfahrensvorschriften, die ohne Rücksicht auf ihre Auswirkungen im Einzelfall auch von Amts wegen aufgegriffen werden müssen. Für die unrichtige Besetzung des Gerichtes und die unprorogable Unzuständigkeit gilt die Besonderheit, dass diese Nichtigkeitsgründe mangels rechtzeitiger Rüge heilen (Kodek in Rechberger, ZPO³ § 477 Rz 2 mwN). Nichtigkeit liegt vor, wenn die Ablehnung des Richters für berechtigt erkannt wurde; auf die Relevanz dieses Verfahrensmangels kommt es nicht an (Kodek, aaO Rz 4 mwN).

4. Liegt eine Nichtigkeit vor, sind das Urteil und das vorangegangene Verfahren, soweit davon betroffen, aufzuheben (Kodek, aaO Rz 3). Soweit über Teile des Anspruches bereits formell rechtskräftige Entscheidungen vorliegen, haben sie Bestand, da ein Nichtigkeitsgrund ohne (zulässiges) Rechtsmittel nicht wahrgenommen werden kann (vgl. RIS-Justiz RS0007095; 7 Ob 172/03z ua).

Hier bedeutet dies, dass das angefochtene Urteil, soweit es noch nicht in Rechtskraft

erwuchs, und das vorangegangene Verfahren ab der Ausschreibung der Tagsatzung für den 27. Februar 2013 (dies geschah durch den rechtskräftig abgelehnten Richter, der auch die folgenden Verhandlungen durchführte) als nichtig aufzuheben sind. Davon ausgenommen ist wiederum das in Rechtskraft erwachsene Anerkenntnisteilurteil.

5. Infolge der aufzugreifenden Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung sind die im Rechtsmittelverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen nicht zu beantworten. Allerdings kann darauf hingewiesen werden, dass sie in einem ähnlich gelagerten Fall (mit derselben Beklagten) vom Berufungsgericht bereits beantwortet wurden (2 R 24/14p).

6. Die Kostenentscheidungen stützen sich auf die §§ 51 Abs 2 und 52 Abs 1 ZPO.

Es hat Kostenaufhebung stattzufinden, wenn beide Parteien ein Verschulden an der Einleitung und Fortführung des Verfahrens trotz eines Nichtigkeitsgrundes trifft (RIS-Justiz RS0035966). Die Ablehnungsentscheidung ON 5 war aktenkundig, dennoch wendeten sich die Streitparteien nicht gegen die Fortführung des Verfahrens durch den rechtskräftig abgelehnten Richter (der Beklagtenvertreter initiierte diesen Vorgang vielmehr). Beide Teile trifft daher ein Mitverschulden an der Durchführung des nichtigen Verfahrensteiles.

7. Ein Anlass für die Zulassung des Rekurses an den OGH iSd § 519 ZPO besteht nicht, zumal das Gesetz selbst eine klare, das heißt eindeutige Regelung trifft (RIS-Justiz RS0042656).

Oberlandesgericht Graz, Abteilung 2
Graz, am 21. Februar 2014
Dr. René Bornet, Senatspräsident

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG



Landesgericht Klagenfurt
Josef Wolfgang Dobernigstraße 2
9020 Klagenfurt
Tel.: +43 463 5840 0 267

Bitte obige Geschäftszahl
in allen Eingaben anführen

DVR: 0000550825

729 21 Cg 90/09h - 44

Dr. Gerhard BRANDL Rechtsanwalt
Kardinalschütt 7
9020 Klagenfurt

RECHTSSACHE:

Klagende Partei:

[REDACTED]

vertreten durch:

Mag. iur. Oliver Lorber Rechtsanwalts GmbH
St. Veiter Ring 51/II
9020 Klagenfurt
Tel.: 0463/57 9 50

1. Beklagte Partei:

Insolvenzverwaltungsges.m.b.H. als
MV i. K. der AvW Gruppe AG
Kardinalschütt 7
9020 Klagenfurt

vertreten durch:

Dr. Gerhard BRANDL Rechtsanwalt
Kardinalschütt 7
9020 Klagenfurt
Tel.: 0463/55577

2. Beklagte Partei:

AvW Invest AG
Hauptstraße 118
9201 Krumpendorf

vertreten durch:

Hausmaninger Kletter
Rechtsanwälte - Gesellschaft mbH
Franz Josefs-Kai 3
1010 Wien
Tel.: 513 95 40

WEGEN: 605.875,00 EUR samt Anhang (Schadenersatz/Gewährleistungsanspruch)

Beiliegend wird übermittelt:

Nr.	Anhangsart	Datum	ON/Beilage	Beteiligter	Zeichen (Einbringer)
1	Rechtsmittelentscheidung	21.02.2014	5		

Landesgericht Klagenfurt
Gerichtsabteilung 21, am 5. März 2014

Dr. Wilhelm Waldner
(RICHTER)