



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
**Handelsgericht Wien**

1 Nc 30/14p

Das Handelsgericht Wien hat durch die Richter Dr. H [REDACTED] (Vorsitzender), Dr. P [REDACTED] und Mag. W [REDACTED] in der Rechtssache der Klägerin und Widerbeklagten Stadt Linz, Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4041 Linz, vertreten durch Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Wildmoser Koch und Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz sowie Haslinger Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, gegen die Beklagte und Widerklägerin BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG, Georg-Coch-Platz 2, 1018 Wien, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1010 Wien sowie Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, wegen EUR 25.185.074,- (entspricht CHF 40.640.161,40) samt Anhang (48 Cg 218/11k des Handelsgerichtes Wien) sowie wegen EUR 417.737.018,12 (Widerklage zu 48 Cg 222/11y des Handelsgerichtes Wien) über den Antrag der Klägerin auf Ablehnung des Richters Mag. Andreas P [REDACTED] in nicht öffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Ablehnungsantrag wird abgewiesen.

Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten binnen 14 Tagen die mit EUR 30.601,48 (darin enthalten EUR 5.100,25 USt) bestimmten Kosten des Ablehnungsverfahrens zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g

**Die Klägerin lehnt den Richter Mag. Andreas F [REDACTED] als befangen ab** und stützt ihren Ablehnungsantrag - hier stark zusammengefasst (im Übrigen wird auf das detaillierte Vorbringen der Klägerin in deren Schriftsatz vom 30.06.2014 verwiesen) - auf folgende Umstände:

1. Ladung des Linzer Bürgermeisters und Information der Medien

Als Ablehnungsgrund wird geltend gemacht, dass der abgelehnte Richter am 18.06.2014 den Linzer Bürgermeister MMag. Luger zu einer Einvernahme für den 04.07.2014 geladen habe, obwohl der Richter zuvor - anlässlich der Abweisung einer Vertagungsbitte der Klägerin - eine Tagsatzung im Sommer ausgeschlossen habe. Die Einvernahme des Linzer Bürgermeisters sei von keiner Partei beantragt worden. Das Beweisthema der Einvernahme (Probleme mit SWAP-Bewertungen in der Immobilien Linz GmbH; nachfolgend kurz „ILG“ genannt) sei im aktuellen Prozessprogramm nicht vorgesehen gewesen. Der Bürgermeister sei auch nicht mit dem klagsgegenständlichen Swap befasst gewesen. Die Ladung sei am 18.06.2014 um 20:06 Uhr bei einem Klagevertreter elektronisch bereitgestellt worden. Der nächste Tag sei ein gesetzlicher Feiertag gewesen. Noch am 18.06.2014 habe der abgelehnte Richter „vorschnell“ eine Pressemitteilung über die Ladung des Linzer Bürgermeisters veranlasst, die um 23:25 Uhr vom Mediensprecher des Handelsgerichtes Wien an Journalisten versandt worden sei. Dies habe zur Folge gehabt, dass der Bürgermeister erstmals durch Medienanfragen von seiner geplanten Einvernahme erfahren habe.

Sämtliche dieser einseitig gegen die Klägerin gerichteten Prozesshandlungen würden aus einer Empörung des Richters darüber resultieren, dass die Klägerin dem Beschluss vom 27.05.2014, mit welchem ihr die Vorlage von „ILG-Protokollen“ aufgetragen worden sei, nicht nachkommen wolle. Der Klägerin bzw dem Linzer Bürger-

meister hätten die Konsequenzen der unterlassenen Vorlage öffentlich vorgeführt werden sollen.

2. Kostenseparationsbeschluss vom 18. [richtig: 17.] 06.2014

Einen weiteren Ablehnungsgrund erblickt die Klägerin darin, dass der abgelehnte Richter die Klägerin zum Prozesskostenersatz für eine Verhandlungsstunde hinsichtlich der Tagsatzung vom 27.05.2014 verpflichtete, weil die Klägerin es verabsäumt habe, für eine rechtzeitige Entbindung des Zeugen Mag. P. [REDACTED] von der Verschwiegenheitspflicht zu sorgen sowie das Gericht über das gegen den genannten Zeugen geführte Disziplinarverfahren und daher dessen zu erwartende Entschlagung aufzuklären. Der Kostenseparationsbeschluss sei jedoch grob unrichtig. Einerseits enthalte dieser aktenwidrige Sachverhaltsannahmen, andererseits würden wesentliche Sachverhaltselemente fehlen. Der im Beschluss erhobene Vorwurf eines massiven Verstoßes der Klägerin gegen die Prozessförderungspflicht sei unhaltbar und krass unrichtig, vielmehr seien dem Richter bei der Verhandlungsvorbereitung Fehler unterlaufen. Zusammengefasst entbehre der Beschluss jeder sachlichen Grundlage, sodass sich die Frage nach den Motiven dafür aufdränge. Da keine bewusst unsachliche Entscheidungen zu unterstellen sei, könnten nur starke Emotionen gegen die Klägerin angenommen werden. Der Richter habe im genannten Beschluss auch seinem Ärger darüber Ausdruck verliehen, dass er „mehrere Tage mit intensiven Vorbereitungen für diese zentrale Vernehmung“ verbracht habe und „der gesamte Aufwand frustriert“ sei. Insgesamt ließen die unhaltbaren Anschuldigungen gegen die Stadt Linz keinen andern Anschein zu, als den einer Befangenheit.

Hintergrund des Kostenseparationsbeschlusses sei - wiederum - der Umstand gewesen, dass die Klägerin dem Auftrag vom 27.05.2014 zur Urkundenvorlage nicht nachgekommen sei. Die Klägerin habe daher den Ärger und die Autorität des Richters spüren sollen. Dies zeige sich unter anderem darin, dass der Richter zunächst davon ausgegangen sei, dass die Klägerin sämtliche für die Entbindung notwendigen Schritte gesetzt habe. Erst nachträglich sei es beim abgelehnten Richter zu einem „Meinungsumschwung“ gekommen, für den

jedoch keine sachlichen Motive erkennbar seien, sodass der Beschluss ganz offensichtlich auf einem „starken emotionalen Impuls“ beruhe, der seine Ursache in der Weigerung der Klägerin habe, die zur Vorlage aufgetragenen Urkunden vorzulegen. Dies habe beim abgelehnten Richter eine emotionale Ausnahmesituation im Verhältnis zur Klägerin provoziert.

### 3. Gesamtbetrachtung der Verfahrensführung

Die Befangenheit des abgelehnten Richters zeige sich jedenfalls dann, wenn man dessen Verfahrensführung einer Gesamtbetrachtung unterziehe. Neben den bereits genannten Ablehnungsgründen im Zusammenhang mit der kurzfristigen, amtswegigen, irrelevanten und vorschnell an die Medien kommunizierten Ladung des Linzer Bürgermeisters sowie dem sachlich nicht gerechtfertigten und daher voreingenommenen Kostenseparationsbeschluss seien dabei auch folgende Umstände zu berücksichtigen:

(i) Der abgelehnte Richter gehe vermeintlich falschen Zeugenaussagen einseitig nach. Obwohl bei einer Reihe von Aussagen Widersprüche bestünden, vermute der Richter gerade beim Zeugen Dr. Mayr eine Falschaussage zu Lasten der Klägerin, weshalb ihr der Richter die Vorlage bestimmter Urkunden („ILG-Protokolle“) aufgetragen und letztlich die Ladung des Linzer Bürgermeisters veranlasst habe.

(ii) Der abgelehnte Richter führe das Verfahren auch hinsichtlich der Erhebung des tatsächlichen Schadens einseitig, weil Beweisanträgen der Klägerin keine vergleichbare Beachtung geschenkt werde, wie jenem der Beklagten auf Vorlage der sogenannten „ILG-Protokolle“, hinsichtlich deren Nichtvorlage der Richter sogar „Konsequenzen“ erörtert habe.

(iii) Der Beschluss vom 13.06.2014 (Auftrag an die Klägerin, sich zur Entbindung von Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht zu äußern) enthalte den an die Klägerin gerichteten Vorwurf einer Blockade der Prozessplanung. Da dieser Vorwurf völlig unbegründet sei, lege auch dies eine Voreingenommenheit des Richters nahe. Dieser müsse davon ausgehen, dass sämtliche Beschlüsse an die Öffentlichkeit dringen, sodass mit einem solchen Vorwurf unsachli-

cher Druck auf die Klägerin ausgeübt werde.

(iv) Schließlich ergebe sich die Voreingenommenheit des Richters auch aus einer irrtümlich abgefertigten Ausfertigung des Beschlusses vom 10.03.2014. Darin habe der Richter einem von der Klägerin beantragten Sachverständigen die fachliche Qualifikation pauschal und in einem unangemessenen Ton abgesprochen.

**Die Beklagte** beantragt die Abweisung des Ablehnungsantrages.

**Der abgelehnte Richter** äußert sich gemäß § 22 Abs 2 JN zusammengefasst dahin, dass er nicht befangen sei.

**Der Ablehnungsantrag ist - soweit zulässig - nicht berechtigt.**

Ausgehend von einer Einsichtnahme in die Akten 48 Cg 218/11k sowie 48 Cg 222/11y jeweils des Handelsgerichtes Wien ist der Ablehnungsantrag im Einzelnen wie folgt zu beurteilen:

### **1. Grundsätzliches**

Vorweg ist auszuführen, dass ein Richter in bürgerlichen Rechtssachen nach § 19 Z 2 JN abgelehnt werden kann, wenn ein zureichender Grund vorliegt, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Die Gründe, die eine Befangenheit bewirken, sind im Gesetz nicht erschöpfend aufgezählt. Nach Lehre und ständiger Rechtsprechung ist ein Richter dann als befangen anzusehen, wenn Umstände vorliegen, die es nach objektiver Prüfung und Beurteilung rechtfertigen, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen. Das Wesen der Befangenheit besteht in der Hemmung einer unparteiischen EntschlieÙung durch unsachliche psychologische Motive (Mayr in Rechberger, ZPO<sup>4</sup>, § 19 JN Rz 4).

Als Befangenheitsgründe kommen in erster Linie private persönliche Beziehungen zu einer der Prozessparteien oder zu einem Nebenintervenienten, ihren Vertretern oder auch zu Zeugen in Betracht (Mayr in Rechberger, ZPO<sup>4</sup>, § 19 JN Rz 5). Von einer Befangenheit eines Richters ist aber auch dann auszugehen, wenn dieser in auffallender und bedenklicher Weise Verfahrensgrundsätze außer Acht lässt, die dem Schutz des Parteiengenhörs und der Objektivität des Verfahrens dienen. Verfahrensmängel können den Anschein der Be-

fangenheit also nur dann begründen, wenn es sich dabei um schwerwiegende Verstöße gegen Verfahrensgrundsätze handelt, die an der Objektivität des Richters mit Grund zweifeln lassen (*Ballon in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 19 JN Rz 9 mwN). Keine Befangenheit liegt vor, wenn der Richter eine bestimmte Rechtsansicht vertritt (OGH 17.12.2012, 9 Nc 40/12z) oder eine unrichtige Entscheidung trifft (OGH 24.01.2013, 8 ObA 83/12g). Die angebliche Unrichtigkeit einer Gerichtsentscheidung stellt auch dann keinen Ablehnungsgrund dar, wenn die vom Richter vertretene Rechtsansicht von der herrschenden Rechtsprechung abgelehnt wird. Meinungsverschiedenheiten in Rechtsfragen sind also nicht im Ablehnungsverfahren auszutragen (RIS-Justiz RS0111290). Es ist nicht Aufgabe des zur Beurteilung eines aus der Entscheidung eines Richters abgeleiteten Ablehnungsantrags berufenen gerichtlichen Organs, die Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen (RIS-Justiz RS0046047).

Bei der Prüfung der Unbefangenheit ist 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 bzw dass bei einer Entscheidung des Richters andere als rein sachliche Motive eine Rolle spielen könnten.

Dies vorausgeschickt sind die von der Klägerin behaupteten Ablehnungsgründe wie folgt zu beurteilen:

## **2. Zur Ladung des Linzer Bürgermeisters**

### **2.1 Information der Medien**

Die Klägerin stützt ihren Ablehnungsantrag zunächst auf den Umstand, dass der abgelehnte Richter die Medien bereits zu einem Zeitpunkt von der Ladung des Linzer Bürgermeisters verständigt habe, als diesem die Ladung noch nicht bekannt gewesen sei (Punkt 2.2 des Ablehnungsantrages; nachfolgende Zitate beziehen sich jeweils auf diesen). Diesbezüglich ergibt sich aus dem Akt folgender Handlungsablauf:

Der Richter schrieb am 18.06.2014 für den 04.07.2014 von 9.30 bis

12.00 Uhr eine Tagsatzung aus, in der unter anderem der Linzer Bürgermeister einvernommen werden sollte. Dessen Ladung per Adresse der Klägerin vom 18.06.2014 enthielt folgendes Einvernahmethema: *„Ihre eigenen Wahrnehmungen als früherer stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Immobilien Linz GmbH in den Aufsichtsratssitzungen der ILG Linz am 07.11.2008 und 16.12.2009 und/oder sonst zu Schwierigkeiten mit Swap-Bewertungen“*. Die Ladung wurde am 18.06.2014 von der Gerichtskanzlei abgefertigt. Gleichzeitig wurden die Parteienvertreter zur Tagsatzung geladen und folgender Verhandlungsgegenstand angegeben: *„Die Tagsatzung dient der Erörterung der unterlassenen Vorlage der AR-Sitzungsprotokolle [Anmerkung: gemeint der ILG] vom 07.11.08 und 16.12.09 (Beschluss ON 238) und den daraus resultierenden Konsequenzen für das Verfahren sowie der Vernehmung des Bürgermeisters MMag. Klaus Luger als damaligem stellvertretenden AR-Vorsitzenden zu dessen Wahrnehmungen zu allfälligen Problemen mit Swap-Bewertungen“*. Die Medien wurden noch am 18.06.2014 über die bevorstehende Einvernahme informiert, wobei der abgelehnte Richter den Mediensprecher des Handelsgerichtes Wien um 11.22 Uhr (nach Ausschreibung der Tagsatzung) darüber informierte, dass es im Verfahren Linz - Ba-wag am 04.07.2014, 9.30 bis 12.00, Saal 708, einen neuen Termin gebe und dass zu diesem Termin die Parteienvertreter und der Bürgermeister der Stadt Linz geladen seien. Weiters informierte der Verhandlungsrichter den Mediensprecher über den Gegenstand der Verhandlung. Der Mediensprecher sandte um 23.25 Uhr desselben Tages eine Pressemitteilung aus, in der über die Tagsatzung informiert wurde. Der abgelehnte Richter nahm weder auf den Zeitpunkt noch auf den konkreten Wortlaut der Presseinformation Einfluss.

Bevor dieser Sachverhalt im Lichte des Ablehnungsantrages beurteilt wird, erscheint es zweckmäßig, sich den relevanten Inhalt des hier anzuwendenden Erlasses des Bundesministeriums für Justiz vom 12. November 2003 über die Zusammenarbeit mit den Medien („Medienerlass“; dessen Inhalt stimmt im Wesentlichen - soweit hier von Bedeutung - mit dem Erlass vom 30.06.2014 überein) vor Augen zu halten. Gemäß Punkt III.1 des Medienerlasses nimmt die Medienstelle im Rahmen der Zuständigkeit ihrer Dienststelle ihre

Auskunftspflicht wahr. Auskünfte erteilt grundsätzlich der Mediensprecher oder sein Vertreter. Richter sollen in Angelegenheiten, die sie selbst bearbeiten, nicht mit der Information der Medien betraut werden (Punkt II.6 des Medienerlasses). Gemäß Punkt III.7 des Medienerlasses gibt die Medienstelle in Angelegenheiten von allgemeinem Interesse eine Medieninformation heraus. Schriftliche Medieninformationen sollen vor deren Weitergabe an die Medien den Verfahrensbeteiligten bzw deren Bevollmächtigten tunlichst zugeleitet, jedenfalls aber zugänglich gemacht werden. Mitteilungen über ergangene Entscheidungen und andere bedeutende Verfahrensschritte (z.B.: Einleitung des Verfahrens, Anklage) sollen erst verbreitet werden, wenn mit Grund anzunehmen ist, dass die Entscheidungen den Verfahrensparteien zugegangen oder in anderer Weise bekannt geworden sind (Punkt III.8 des Medienerlasses).

Dies vorausgeschickt kann die Vorgehensweise des Prozessrichters nicht beanstandet werden. Unzweifelhaft ist das hier zu beurteilende Verfahren von allgemeinem Interesse, sodass eine Information der Medien über die bevorstehende Tagsatzung und deren geplanten Inhalt gerechtfertigt war. In Übereinstimmung mit dem Medienerlass erfolgte die Information nicht durch den Verhandlungsrichter, sondern durch den Mediensprecher des Gerichts. Dass der Verhandlungsrichter den Mediensprecher zeitnahe nach Vornahme derjenigen Prozesshandlung informierte, über welche informiert werden soll, erscheint zweckmäßig, weil der Verhandlungsrichter den Akt sonst jeweils auf Kalender legen müsste, um zu überprüfen, ob die Verfahrensbeteiligten von den zu veröffentlichenden Verfahrensschritten bereits Kenntnis erlangt haben. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch aufgrund des damit verbundenen Verfahrensaufwandes - gerade bei Großverfahren wie dem hier gegenständlichen - nicht zumutbar. Die Entscheidung ob, wann und mit welchem Inhalt die Medien informiert werden, liegt vielmehr beim Mediensprecher.



## 2.2 Amtswegigkeit und Relevanz der geplanten Einvernahme

Die Klägerin stützt ihren Ablehnungsantrag auch darauf, dass der Linzer Bürgermeister ohne Beweisantrag der Parteien amtswegig geladen wurde, dass das in der Ladung angegebene Beweisthema nicht vom aktuellen Prozessprogramm umfasst und der Bürgermeister mit dem klagsgegenständlichen Swap gar nicht befasst gewesen sei (Punkt 2.2). Nach Ansicht des Ablehnungssenats begründen diese Umstände jedoch keinen Anschein einer Befangenheit.

Die materielle Prozessleitungspflicht gibt dem Richter grundsätzlich die Möglichkeit, alle Beweismittel auch von Amts wegen aufzunehmen (*Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor § 266 ZPO Rz 77). Um die materielle Wahrheit zu erforschen, hat der Richter sich daher nicht passiv zu verhalten, sondern sich von Amts wegen im Sinne des Prozesszweckes zu verhalten (RIS-Justiz RS0037299). Wenn die Ablehnungswerberin unter Hinweis auf *Schragel* (in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 183 ZPO Rz 7) darauf hinweist, dass eine amtswegige Beweisaufnahme einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe und mit den Parteien im Vorfeld zu erörtern sei, so ist dem entgegenzuhalten, dass eine sachliche Rechtfertigung im vorliegenden Fall aufgrund bestehender Zweifel des Richters an der Aussage des Zeugen Dr. Mayr gegeben ist. Ob der Prozessrichter die geplante amtswegige Beweisaufnahme im Sinn der von der Ablehnungswerberin zitierten Literaturmeinung mit den Parteien erörtern hätte müssen, mag unter Umständen für die Frage eines allfälligen (einfachen) Verfahrensmangels relevant sein. Im Ablehnungsverfahren muss dies aber nicht näher geprüft werden, weil die amtswegige Ladung des Linzer Bürgermeister jedenfalls keinen derart schwerwiegender Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze darstellt, der an der Objektivität des Richters mit Grund zweifeln lässt.

Aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass der Bürgermeister der Stadt Linz nicht in dieser Eigenschaft, sondern aufgrund seiner Funktion als ehemaliger Stellvertreter von Dr. Mayr im Aufsichtsrat der ILG geladen wurde. Die Einvernahme des Bürgermeisters sollte der Überprüfung des Vorbringens der Beklagten dienen, wonach sich Dr. Mayr - entgegen dessen Aussage, „das höchste Bankprodukt, mit dem

er sich jemals beschäftigt habe, sei ein Bausparvertrag gewesen“ - unter anderem auch mit Derivaten befasst habe. Dieses Beweisthema ist Gegenstand des aktuellen Prozessprogramms (vgl die Ausführungen im Beschluss vom 27.05.2014, mit dem der Klägerin die Vorlage der „ILG-Protokolle“ aufgetragen wurde, anhand derer die Aussage des Zeugen Dr. Mayr überprüft werden sollte). Die entgegenstehenden Ausführungen der Klägerin im Ablehnungsantrag gehen somit ins Leere.

### **2.3 Zeitpunkt der geplanten Einvernahme**

Der Ablehnungswerberin ist zuzugestehen, dass die am 18.06.2014 für den 04.07.2014 ausgeschriebene Tagsatzung zur Einvernahme des Bürgermeisters relativ kurzfristig anberaumt wurde. Unter Berücksichtigung der Bestimmung des § 56 Abs 1 Geo, wonach das Gericht bei der Festsetzung des Tages der Tagsatzung auf die Dringlichkeit der einzelnen Sachen für die betroffenen Parteien Rücksicht zu nehmen hat, sowie des Umstandes, dass den Parteien und ihren Vertretern ganz allgemein die Möglichkeit zu geben ist, sich auf die Verhandlung entsprechend vorzubereiten (vgl *Buchegger in Festschwing/Konecny*<sup>2</sup> § 130 ZPO Rz 12), scheint jedoch eine 16-tägige Ausschreibungsfrist nicht unangemessen. Dabei ist zu bedenken, dass der für die Tagsatzung vorgesehene Verhandlungsgegenstand (Erörterung der Konsequenzen einer unterlassenen Urkundenvorlage und Befragung des Bürgermeisters zu einem bestimmten Themenbereich) äußerst eingeschränkt war. Ein die Objektivität des Richters in Frage stellender Verfahrensmangel kann in der Vorgehensweise bei Ausschreibung der Tagsatzung jedenfalls nicht erblickt werden.

Auch das weitere Argument der Ablehnungswerberin (Punkt 1.1 sowie 1.2 und 2), die Voreingenommenheit des Richters zeige sich überdies darin, dass dieser eine Tagsatzung für den 04.07.2014 angesetzt habe, obwohl er eine Vertagungsbitte der Klägerin (ON 201 zu 48 Cg 218/11k; nachfolgend genannte Ordnungsnummern beziehen sich jeweils auf dieses Verfahren) hinsichtlich der Tagsatzungen vom 27.05.2014, 28.05.2014 und 30.05.2014 mit der Begründung abwies, dass keine zeitnahen Ersatztermine vor dem Sommer zur Ver-

fügung stünden, überzeugt nicht. Es macht nämlich einen Unterschied, ob drei *ganztägige* Tagsatzungen verlegt, oder bloß eine zweieinhalbstündige Verhandlung „eingeschoben“ werden soll. Eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Klägerin kann aus diesem Vorgehen jedenfalls nicht abgeleitet werden.

### **3. Zum Kostenseparationsbeschluss vom 17.06.2014**

Der Beschluss vom 17.06.2014 (ON 247) spricht der Beklagten Kosten für eine Verhandlungsstunde zu, weil - hier zusammengefasst (hinsichtlich des genauen Wortlauts des Beschlusses wird auf diesen verwiesen) - die Klägerin durch die verspätete Besorgung der notwendigen Entbindung und der unterlassenen Verständigung des Gerichtes vom Disziplinarverfahren gegen den Zeugen Mag. F. [REDACTED] (dieser entschlug sich im Hinblick auf dieses Disziplinarverfahren der Aussage) massiv gegen ihre Prozessförderungspflicht verstoßen und dadurch schuldhaft Kosten verursacht habe.

Soweit die Ablehnungswerberin - zumindest implizit - die Formulierung des Beschlusses vom 17.06.2014 kritisiert und daraus eine Befangenheit des Richters ableitet, ist darauf hinzuweisen, dass die Grenzen einer bedenkenlosen Formulierung (dazu etwa *Klauser/Kodek*<sup>17</sup> § 19 JN E 94) keinesfalls überschritten wurden. Die im Ablehnungsantrag enthaltenen Hinweise, der Richter sei „merklich gekränkt“, „dieser mache die Stadt Linz für diese Schmach verantwortlich“ (Punkt 3.2.4.3), „der Richter entlade seinen Zorn gegenüber der Stadt Linz“ (Punkt 3.2.6.3), es bestünden „unhaltbare Anschuldigungen gegen die Stadt Linz“ bzw „es können nur starke Emotionen gegen die Stadt Linz sein“ (Punkt 3.4.2), stellen Mutmaßungen ohne entsprechendes Substrat dar, weshalb darauf nicht näher einzugehen war.

Primär stützt die Klägerin ihren Ablehnungsantrag im Zusammenhang mit dem Kostenseparationsbeschluss vom 17.06.2014 auf dessen inhaltliche Unrichtigkeit (Punkt 3). Sie wirft dem abgelehnten Richter im Wesentlichen unrichtige Sachverhaltsannahmen sowie eine unrichtige rechtliche Beurteilung vor. Außerdem vermeint die Ablehnungswerberin, dass die „Genese“ des Beschlusses eine Befangenheit erkennen lasse, weil sich der Richter vor dessen Erlas-

sung bei der Klägerin für deren Bemühungen und die noch rechtzeitige Übermittlung der Entbindung des Zeugen Mag. P. ■■■ von der Verschwiegenheitspflicht bedankt, die Klägerin die Bestätigung über die Entbindung rechtzeitig übermittelt habe und der vom Richter letztlich geforderte Entbindungsbescheid „zu Mittag“ vorgelegt worden sei. Eine „massive Verletzung von Prozessförderungspflichten“ sei daher nicht erkennbar.

Die - hier zusammengefasst dargestellte - Argumentation der Klägerin zu einer aus dem Inhalt des Kostenseparationsbeschlusses abgeleiteten Befangenheit überzeugt jedoch nicht. Vielmehr ist auf die bereits eingangs dargestellte Rechtslage hinzuweisen, wonach die angebliche Unrichtigkeit einer Gerichtsentscheidung selbst im Fall der Ablehnung der vom Richter vertretenen Rechtsmeinung durch die herrschende Rechtsprechung keinen Ablehnungsgrund darstellt. Ob der im Beschluss vom 17.06.2014 zum Ausdruck gebrachte Vorwurf einer massiven Verletzung von Prozessförderungspflichten durch die Klägerin gerechtfertigt ist, muss in einem gegen den Beschluss gerichteten Rechtsmittel releviert und in dem darüber geführten Verfahren geklärt werden. Gleiches gilt für die (Rechts)Frage, wessen Aufgabe es sei, für die Entbindung eines Zeugen zu sorgen. Auch die Argumentation, der Kostenseparationsbeschluss enthalte aktenwidrige Feststellungen, weil der Richter von dem gegen den Zeugen Mag. P. ■■■ geführten Disziplinarverfahren nicht erst am Tag vor der Verhandlung Kenntnis erlangt habe (vgl Punkt 3.2.3 und 3.2.4), ist nicht Gegenstand des Ablehnungsverfahrens, weil eine unrichtige Beweiswürdigung grundsätzlich ebenfalls keinen Befangenheitsgrund darstellt (*Klauser/Kodex*<sup>17</sup> § 19 E 56 ff). Ebensowenig vermögen die Ausführungen zur Verantwortung des Gerichts für die teilweise frustrierte Tagsatzung (Punkt 3.2.5 und Punkt 3.2.6), sowie das offenbar *in eventu* vorgebrachte Argument, die Tagsatzung und Verhandlungsvorbereitung seien ohnehin nicht frustriert worden (Punkt 3.3), den Anschein einer Befangenheit nahelegen. Die Ausführungen der Ablehnungswerberin zur „Genese“ des Beschlusses vom 17.06.2014 (Punkt 3.2.1) betreffen ebenfalls dessen inhaltliche Richtigkeit und sind daher gleichfalls nicht Gegenstand des Ablehnungsverfahrens.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Beschluss vom 17.06.2014 weder seiner Formulierung noch dem Inhalt nach den Anschein einer Befangenheit begründet. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht den Beschluss nicht - obwohl es dazu berechtigt wäre - amtswegig, sondern aufgrund eines diesbezüglichen Antrags der Beklagten erließ.

#### 4. Gesamtbetrachtung

Nachfolgend wird zunächst auf die weiteren Argumente der Ablehnungswerberin eingegangen und im Anschluss daran eine Gesamtbetrachtung sämtlicher relevanten Umstände angestellt:

Die behauptete **auffallend einseitige Verfolgung vermeintlich falscher Zeugen- und Parteiaussagen** (Punkt 4.3) ist nicht erkennbar. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Zivilprozessordnung deutliche Elemente des Untersuchungsgrundsatzes beinhaltet (vgl. *Rechberger in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> Vor § 266 ZPO Rz 2). Aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der Pflicht zur materiellen Prozessleitung ergibt sich, dass es dem Richter freisteht, Aussagen zu hinterfragen oder deren Richtigkeit durch andere - auch amtswegig aufgenommene - Beweise zu überprüfen. Ob solche Kontrollbeweise aufzunehmen sind, ist stets eine Frage der Beweiswürdigung (*Fucik*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung in Zivilrechtssachen, RZ 1993, 218 mwH). Wenn - wie im vorliegenden Fall hinsichtlich des Zeugen Dr. Mayr - die Richtigkeit einer Aussage von einer Partei bestritten wird, ist es nachvollziehbar, dass der Richter diese durch einen Kontrollbeweis auf deren Richtigkeit überprüft. Dass nicht sämtliche widersprüchlichen Aussagen in gleicher Weise durch Kontrollbeweise nachgeprüft werden, begründet keine einseitige Verfahrensführung, weil das Gericht bei widersprüchlichen Aussagen nicht gehalten ist, diese Widersprüche endgültig auszuräumen. Vielmehr darf das Gericht in seiner Beweiswürdigung auf einen Widerspruch entsprechend Bedacht nehmen (OLG Wien 12 R 89/99t, EFSlg 90.960). Dass der Richter den nach Ansicht der Klägerin widersprüchlichen Aussagen der Zeugen H■■■■■, I■■■■■ und S■■■■■ Glauben schenken wird, ergibt sich weder aus dem Akt, noch be-

hauptet dies die Klägerin. Insgesamt legt die Überprüfung der Aussage des Zeugen Dr. Mayr keine Benachteiligung der Klägerin nahe, vielmehr hält sich diese Vorgehensweise innerhalb der Grenzen der materiellen Verfahrensleitung.

Auch hinsichtlich der im Ablehnungsantrag behaupteten **Benachteiligung der Klägerin im Zusammenhang mit der Erhebung des tatsächlichen Schadens** (Punkt 4.3) ist keine auffallend einseitige Verfahrensführung offenbar. Die Ablehnungswerberin bringt dazu vor, dass der Richter den auf Feststellung des eingetretenen Schadens gerichteten Beweisanträgen der Klägerin (Antrag auf Vorlage von Handelsbestätigungen zum Weiterverkauf der Optionsstruktur) nicht die gleiche Beachtung geschenkt habe, wie der von der Beklagten begehrten Vorlage der ILG-Protokolle. Dazu ist abermals auf die Prozessleitungspflicht des Richters zu verweisen, dem es im Rahmen des Prozessprogramms oder durch Beschlussfassungen nach den §§ 188 und 189 ZPO obliegt, den Prozessstoff zu strukturieren. Wenn der Richter es für zweckmäßig erachtet, dass die von der Klägerin zur Vorlage begehrten Handelsbestätigungen erst im Rahmen eines noch einzuholenden Sachverständigengutachtens vorgelegt werden, so erscheint dies sachlich nachvollziehbar und begründet weder einen Verfahrensmangel noch eine auffallende einseitige Verhandlungsführung. Aber selbst wenn eine solche Verfahrensstrukturierung nicht zweckmäßig wäre, würde dies per se keine Befangenheit befürchten lassen. Dass der Richter eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Beweisantrag der Klägerin verweigert, trifft - entgegen deren Ansicht - nicht zu. Vielmehr wurde das Beweisthema im Rahmen der Gliederung des Prozessstoffs bloß „zeitlich nachgereiht“. Eine zeitliche Strukturierung des Verfahrens ist jedoch nicht nur legitim, sondern gerade in einem Verfahren wie dem vorliegenden notwendig.

Zum **Vorwurf einer Blockade der Prozessplanung durch die Klägerin im Beschluss vom 13.06.2014** [richtig: 12.06.2014] (Punkt 4.4) ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich der Richter jedenfalls keiner überschießenden Sprache bediente (vgl dazu etwa LGZ Wien 43 R 2113/93, EFSlg 75.906; 43 R 134, 248/94, EFSlg 75.904). Inhaltlich ist der Ablehnungswerberin zuzugestehen, dass der Rich-

ter in der Tagsatzung vom 27.05.2014 bei der Klägerin bloß anfragte, inwieweit die Zeugen S■■■■, R■■■■ und S■■■■ von der Verschwiegenheitspflicht entbunden werden. Die Klägerin sagte zu, dies abzuklären und „rechtzeitig“ bekannt zu geben (Seite 11 in ON 234). Der Klägerin wurde zu diesem Zeitpunkt jedoch weder eine Bekanntgabe aufgetragen, noch eine Frist für eine solche gesetzt. Dies holte das Gericht mit Beschluss vom 12.06.2014 (ON 246) insoweit nach, als es von der Klägerin eine unverzügliche Erklärung zur Frage der Entbindung abverlangte. Das Gericht reagierte damit auf einen entsprechenden Antrag der Beklagten (ON 241). Wenn die Ablehnungswerberin vermeint, dass ihr eine Bekanntgabe in einem binnen fünf Wochen einzubringendem Schriftsatz ermöglicht worden sei, so ist dies unrichtig. Dass es die Klägerin für verfahrensökonomisch hielt, dies so zu handhaben, ändert nichts daran, dass es dem Gericht grundsätzlich freisteht, die Erklärung früher einzufordern.

Wenn die Ablehnungswerberin argumentiert, dass sie die Prozessplanung nicht blockiert habe, so trifft dies insofern zu, als sie bis zum Beschluss vom 12.06.2014 keinen gerichtlichen Auftrag missachtete. Allerdings kann auch die nicht gegen einen gerichtlichen Auftrag verstoßende Unterlassung der Klärung der Frage, ob Zeugen von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden werden, zu objektiven Verzögerungen in der Prozessplanung führen. Wenn der Beschluss nun von einer „*Blockade der Prozessplanung*“ spricht, so kann der erkennende Senat in dieser Formulierung keinen Vorwurf eines nachlässigen (subjektiv vorwerfbaren) Prozessverhaltens der Klägerin erblicken. Eine Befangenheit des Richters ist daher nicht anzunehmen. Nach Ansicht des Ablehnungssenates würde aber auch der *unzutreffende* Vorwurf einer verschuldeten Verfahrensblockade noch keinen Anschein einer Befangenheit begründen, wenn und soweit dies bloß auf einer irrigen Rechtsansicht beruht.

Letztlich kann eine inhaltliche Beurteilung des Beschlusses vom 12.06.2014 im Ablehnungsverfahren aber ohnehin dahingestellt bleiben, weil dies nicht mehr als Ablehnungsgrund herangezogen werden kann. Gemäß § 21 Abs 2 ZPO kann eine Partei einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nämlich nicht mehr ablehnen,

wenn sie sich bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat. Ablehnungsgründe müssen daher sofort nach ihrem Bekanntwerden geltend gemacht werden, widrigenfalls sie von den Parteien nicht mehr aufgegriffen werden können (Mayr in Rechberger, ZPO<sup>3</sup>, RZ 2 zu § 21 JN mwN). Nach Bekanntwerden des Ablehnungsgrundes und vor dessen Geltendmachung dürfen weder verfahrensrechtliche Anträge gestellt (Klauser/Kodek<sup>17</sup> § 21 JN E 6), noch sonstige Verfahrenshandlungen gesetzt werden (RIS-Justiz RS0045982; RS0046040). Im vorliegenden Fall erstattete die Klägerin nach Zustellung des Beschlusses und vor Einbringung des Ablehnungsantrages einen Schriftsatz (Bekanntgabe und Äußerung vom 17.06.2014, ON 249), ohne darin auf den hier fraglichen Ablehnungsgrund hinzuweisen. Das Ablehnungsrecht ist daher diesbezüglich erloschen.

Die Ablehnungswerberin sieht schließlich auch in der **irrtümlich zugestellten Ausfertigung des Beschlusses vom 11.03.2014** (ON 171) einen Hinweis auf die Voreingenommenheit des Richters, weil dieser den von der Klägerin beantragten Sachverständigen (Dr. I ■) pauschal abqualifiziert habe. Dies kann von der Klägerin jedoch ebenfalls nicht mehr als Ablehnungsgrund aufgegriffen werden, weil die Klägerin nach Zustellung des genannten Beschlusses und vor Einbringung des Ablehnungsantrags eine Reihe anderer Prozesshandlungen setzte. Im Übrigen bestünde der Ablehnungsgrund auch meritorisch nicht zu Recht, weil die irrtümlich zugestellte Ausfertigung des Beschlusses vom 11.03.2014 keine „pauschale Abqualifizierung“ des von der Klägerin gewünschten Sachverständigen enthält. Auch wenn die zunächst zugestellte Ausfertigung – soweit hier relevant – darauf hinweist, dass „Dr. I ■ keine der vom Gericht dargelegten Voraussetzungen erfüllt“, lässt dies keine Voreingenommenheit des Richters in Bezug auf die Klägerin erkennen. Vielmehr legt der Richter im genannten Beschluss – ebenso wie bereits in der Tagsatzung vom 24.01.2014 – dar, welche Voraussetzungen der Sachverständige zu erfüllen habe, nämlich ein sehr hohes fachliches Niveau im akademischen Bereich, verbunden mit der Fähigkeit, dieses Wissen adäquat zu vermitteln sowie umfassende



praktische Erfahrungen im Bankbetrieb. In weiterer Folge kommt der verfahrensleitende Richter zur Ansicht, dass der von der Klägerin vorgeschlagene Sachverständige diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Dies ist nicht zu beanstanden, zumal der Beschluss umfassend und nachvollziehbar darlegt, weshalb der Richter die letztlich ausgewählten Sachverständigen (jeweils Universitätsprofessoren) für geeignet hält. Der Anschein einer Befangenheit wird durch den Beschluss vom 10.03.2014 bzw dessen zunächst zugestellte Ausfertigung nicht begründet.

Stellt man abschließend eine **Gesamtschau sämtlicher als Ablehnungsgrund geltend gemachten Umstände** an, so lässt sich - ebenso wie bei deren isolierter Betrachtung - der Anschein einer Befangenheit nicht erkennen. Größtenteils wirft die Ablehnungswerberin dem Richter Verfahrensfehler oder unrichtige rechtliche Entscheidungen vor. Diesbezüglich konnten jedoch keine Mängel festgestellt werden, welche die mangelnde Objektivität des Richters vermuten ließen. Ob allenfalls einfache Verfahrensverstöße vorliegen, ist - wie schon ausgeführt - nicht Gegenstand des Ablehnungsverfahrens. Soweit die Klägerin versucht, eine emotionale Voreingenommenheit des abgelehnten Richters gegenüber der Klägerin darzustellen, konnte dies auch im Rahmen einer Gesamtbeurteilung der Prozessführung nicht erkannt werden. Insbesondere ergab sich aus dem Akt kein Hinweis darauf, dass - wie die Ablehnungswerberin wiederholt ausführt (vgl etwa die Punkte 1.3, 2.2.5, 2.3.4, 2.3.5, 2.4.1) - der Richter die Nichtvorlage der mit Beschluss vom 27.05.2014 (ON 238) zur Vorlage aufgetragenen Urkunden entsprechend sanktionieren wollte.

Dem Ablehnungsantrag war somit keine Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung im Zwischenstreit (vgl 4 Ob 143/10y) beruht auf § 41 Abs 1 ZPO. Hinsichtlich des von der Beklagten für deren Äußerung zum Ablehnungsantrag begehrten Erhöhungszuschlages war zu beachten, dass eine ganze Reihe an Ablehnungsgründen geltend gemacht wurden, sodass es auch für die Äußerung zum Ablehnungsantrag eines erheblich überdurchschnittlichen Aufwandes bedurfte. Unter Berücksichtigung des erforderlichen Umfangs der

Äußerung der Beklagten, vor allem aber der überdurchschnittlichen Komplexität der zu beurteilenden Fragen, scheint ein Erhöhungszuschlag gemäß § 21 Abs 1 RATG von 10% gerechtfertigt.

Handelsgericht Wien

1030 Wien, Marxergasse 1a

Abt. 1, am 12.9.2014

Dr. Andreas H [REDACTED]  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG