



REPUBLIK ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

Das Handelsgericht Wien hat durch die Richter Dr. Schinzel (Vorsitzender), Mag. Schillhammer und Mag. Michlmayr in der Rechtssache der klagenden Partei Stadt Linz, Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4020 Linz, vertreten durch Aigner Rechtsanwalts-GmbH in Wien und Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Linz, gegen die beklagte Partei BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkassen AG, Wiedner Gürtel 11, 1100 Wien, vertreten durch Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien und DORDA Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Zahlung (EUR 25.185.074,30 samt Anhang), über den Ablehnungsantrag der beklagten Partei wegen Befangenheit des Richters Mag. Andreas Pablik im Verfahren 55 Cg 28/18f des Handelsgerichtes Wien in nicht öffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Ablehnungsantrag wird, soweit sich die beklagte Partei darin auf die Befragung von Zeugen zu hypothetischen Sachverhalten bezieht, zurückgewiesen.

Der Ablehnungsantrag wird, soweit sich die beklagte

Partei darin auf den mit einer Frage an einen Zeugen verbundenen Zahlenvorhalt aus dem Ergänzungsgutachten ON 522 bezieht, abgewiesen.

B e g r ü n d u n g :

Im vorliegenden Verfahren belangt die Klägerin die Beklagte wegen eines behaupteten Schadenersatzanspruches von EUR 25.185.074,30 s.A. im Zusammenhang mit sog. Swap-Geschäften.

In der Verhandlung am 12.4.2019, ON 595, lehnte die Beklagte den mit diesem Verfahren betrauten Richter Mag. Pablik als befangen ab. Sie macht geltend, der Richter habe dem Zeugen Dr. G. in vorwegnehmender Beweiswürdigung und zum Nachteil der Beklagten Zahlen aus einem noch nicht fertig erörterten Sachverständigen-gutachten vorgehalten. Abgesehen davon seien dem Zeugen die Zahlen auch nicht vollständig vorgehalten und insofern nur der für die Beklagte ungünstigste Fall herangezogen worden. Schließlich habe der Richter dem Zeugen auch nicht die weiteren Bemerkungen der beiden Sachverständigen zu ihren Berechnungen vorgehalten, etwa die Anmerkung, wonach der „Swap“ dann nicht hätte abgeschlossen werden sollen, wenn man Verlustszenarien in drei von zehntausend Fällen nicht akzeptiert.

Im Übrigen macht die Beklagte geltend, der Richter habe den Zeugen Dr. G. und vorangehend auch den Zeugen Dr. K. zu hypothetischen Sachverhalten und damit nicht zu persönlichen Wahrnehmungen befragt.

Die Klägerin sieht keinen Ansatzpunkt für das Vorliegen oder die Annahme einer Befangenheit des Richters und wendet die Verspätung der Ablehnung ein.

Richter Mag. Pablik erachtet sich nicht für befangen.

Gemäß § 21 Abs 2 JN kann eine Partei einen Richter wegen Besorgnis der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie sich bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat. Diese gesetzliche Bestimmung ist ganz allgemein dahin zu verstehen, dass Ablehnungsgründe sofort nach ihrem Bekanntwerden und nicht erst in dem vom Ablehnungswerber nach prozess-taktischen Kriterien als richtig angesehenen Zeitpunkt vorzubringen sind. Es gilt, jede Art von Prozessverschleppung zu vermeiden. Das Ablehnungsrecht ist verzichtbar und verschweigbar. Die zeitliche Begrenzung des Ablehnungsrechtes steht auch im Einklang mit Artikel 6 Abs 1 EMRK (3 Ob 133/04m mwN = RS0045982 [T2] sowie RS00464040 [T4], RS0045977, RS0046042). Jede Einlassung in die Verhandlung oder Antragstellung nach Bekanntwerden des Befangenheitsgrundes bewirkt den Ausschluss von der Geltendmachung (3 Ob 133/04m mwN = RS0045982 [T3]).

Nach § 19 Z 2 JN kann ein Richter in bürgerlichen Rechtssachen abgelehnt werden, 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 genügt aber schon die Besorgnis, dass bei einer Entscheidung dieses Richters andere

als rein sachliche Motive eine Rolle spielen könnten. Das Wesen der Befangenheit besteht in der Hemmung einer unparteiischen Entscheidung durch unsachliche psychologische Motive (*Mayr in Rechberger ZPO⁴, Rz 4 zu § 19 JN*).

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. Andererseits soll die Ablehnung aber auch nicht die Möglichkeit bieten, dass sich Parteien ihnen nicht genehmer Richter entledigen können (*Mayr aaO, Rz 4 zu § 19 JN*).

Als Befangenheitsgrund kommt ua eine auffallend einseitige Verhandlungsführung in Betracht. Keinen Befangenheitsgrund bilden Verfahrensmängel, soweit nicht schwerwiegende Verstöße gegen Verfahrensgrundsätze insbesondere zum Schutz des Parteiengehörs vorliegen, die an der Objektivität des Richters zweifeln lassen. Ebenso wenig stellt eine unrichtige Beweiswürdigung einen Befangenheitsgrund dar, ausgenommen bei offensichtlichen und groben Verstößen. Das trifft auch auf das Vertreten einer bestimmten Rechtsmeinung durch den Richter zu, und zwar selbst dann, wenn diese Rechtsauffassung von der herrschenden Rechtsprechung abgelehnt wird, weiters auf das Fällen einer (trotz pflichtgemäßer Ausübung des Richteramtes) unrichtigen Entscheidung des Richters (*Mayr aaO, Rz 5 u6 zu § 19 JN*). Erst eine besondere Intensität oder Häufung von Fehlern in der Verfahrensführung oder Rechtsanwendung können Rückschlüsse

auf eine allfällige mangelnde Objektivität des Richters zulassen (RIS-Justiz RS0046019 [T8]).

Wie im Protokoll ON 595 auf Seiten 17f ersichtlich, vernahm der Richter Mag. Pablik zuerst den Zeugen Dr. K. [REDACTED] und anschließend den Zeugen Dr. G. [REDACTED] dem er letztlich die in Rede stehenden Zahlen aus dem Ergänzungsgutachten ON 522 in Verbindung mit einer Frage vorhielt, was die Beklagte dazu veranlasste, sich unter Hinweis auf eine mangelnde abschließende Erörterung des Gutachtens gegen die Frage auszusprechen. Der Richter blieb - deklariertes Weise - bei seiner Fragestellung, die der Zeuge - auch über ergänzendes Befragen durch die Klägerin - beantwortete. Erst anschließend lehnte die Beklagte den Richter unter Heranziehung der bereits dargelegten Gründe als befangen ab.

Soweit sich die Beklagte dabei auf die Befragung von Zeugen zu hypothetischen Sachverhalten bezieht, lässt sie jegliche Konkretisierung im Sinne von § 22 Abs 1 JN vermissen, wonach im Ablehnungsantrag die zur vermeintlichen Befangenheit führenden Umstände genau anzugeben sind. Allgemeine Behauptungen unbestimmten Inhalts reichen nicht aus (Ballon in Fasching/Konecny³ § 22 JN Rz 4 mwN [Stand 30.11.2013, rdb.at]). Die Möglichkeit, die hypothetischen Fragestellungen allenfalls dem Protokoll vom 12.4.2019, ON 595, oder der Äußerung des Richters zum Ablehnungsantrag entnehmen zu können, vermag nach Ansicht des zur Entscheidung über den Ablehnungsantrag berufenen Senates die unterbliebene Konkretisierung im Rahmen des Ablehnungsantrages nicht zu substituieren.

Der Ablehnungsantrag war daher, soweit er sich pauschaliter auf die Befragung von Zeugen zu hypothetischen Sachverhalten beruft, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung ohne Verbesserungsauftrag wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen (vgl. *Ballon*, aaO). Ob dies auch deshalb zu geschehen hätte, weil die Beklagte bei der bereits am Vormittag des 12.4.2019 vorgenommenen Vernehmung des Zeugen Dr. K. [REDACTED] gegen angeblich ebenfalls hypothetische Sachverhalte betreffende Fragen des Richters keinen Einwand erhoben hatte, kann dahingestellt bleiben.

Inhaltlich betrachtet könnte sich die Befragung von Zeugen zu hypothetischen Sachverhalten unter Berücksichtigung der Definition, dass Zeugen Personen sind, die über ihre Wahrnehmungen von „vergangenen Tatsachen oder Zuständen“ aussagen (*Rechberger in Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 230 Rz 1), als Verfahrensmangel oder - im Ergebnis - als unrichtige Beweiswürdigung erweisen, was (allein) im Rahmen eines Rechtsmittels gegen die auf eine solche Befragung Bezug nehmende Entscheidung geltend zu machen wäre.

Im Ergebnis kann folglich dahingestellt bleiben, ob die Beklagte Richter Mag. Pablik bereits im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Befragung der Zeugen Dr. K. [REDACTED] und Dr. G. [REDACTED] zu hypothetischen Sachverhalten abzulehnen gehabt hätte, zumal sich die Ablehnung - abgesehen von den dargestellten formalen Argumenten - auch in inhaltlicher Hinsicht, den Grundsätzen des Ablehnungsrechtes folgend, als unberechtigt erweist.

Dies trifft im Wesentlichen auch auf den von der Beklagten erhobenen Vorwurf des mit einer Frage an den Zeugen Dr. G. verbundenen Zahlenvorhalts aus dem Ergänzungsgutachten ON 522 zu. Es wäre der Beklagten freigestanden, vermeintlich unvollständige Vorhalte im Wege der Ausübung des Fragerechtes zu vervollständigen, Anträge auf neuerliche Einvernahme bereits vernommener Zeugen zu stellen, wenn sich aus einer nachfolgenden Erörterung des Ergänzungsgutachtens mit den Sachverständigen neue Erkenntnisse ergeben, und letztlich eine allenfalls mangelnde Entsprechung in einem Rechtsmittel gegen die ergehende Entscheidung - va unter Berufung auf Verfahrensmängel - geltend zu machen.

So begründet ein Zahlenvorhalt aus einem noch nicht fertig erörterten Gutachten jedenfalls dann keinen Ablehnungsgrund, wenn der Richter - wie vorliegend - den Zeugen von vornherein darauf hingewiesen hat, dass es sich um Wahrscheinlichkeitsberechnungen handelt, die auf Grund der Wahl der Parameter auch deutlich nach oben oder unten „gedrückt“ werden können (Protokoll ON 595, Seite 18). Damit hat nämlich der Richter hinlänglich deutlich gemacht, dass es sich dabei keinesfalls um bereits abschließend zu beurteilende Umstände handelt, weshalb von einer diesbezüglich vorweg genommenen Beweiswürdigung nicht die Rede sein kann. Dass der Zeuge Dr. G. die Frage ohnehin nicht beantworten konnte, sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt.

Zusammengefasst zeigt die Beklagte auch im Kontext mit dem eine Frage betreffenden Zahlenvorhalt aus dem Ergänzungsgutachten ON 522 keinen schwerwiegenden Verstoß des Richters gegen Verfahrensgrundsätze insbesondere

zum Schutz des Parteiengehörs auf, der auf eine einseitige Verfahrensführung schließen ließe. Der Ablehnungsantrag war daher insofern abzuweisen.

Selbst wenn man beide Ablehnungsgründe in inhaltlicher Hinsicht zusammen betrachten wollte, ergäbe sich daraus keine solche Häufung von Fehlern, die einen Rückschluss auf eine mangelnde Objektivität des Richters Mag. Paublik erlaubte.

Handelsgericht Wien
1030 Wien, Marxergasse 1a
Abt. 50, am 8. Juli 2019

Dr. Heinz-Peter SCHINZEL
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG