



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 113/19f

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger als Vorsitzender sowie den Richter Mag. Hofmann und die Richterin Mag. Köller-Thier in der Rechtssache der klagenden Partei **Stadt Linz**, Hauptplatz 1, 4020 Linz, vertreten durch Aigner Rechtsanwalts-GmbH in Wien u.a., 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 u.a., hier: wegen Ablehnung des Richters Mag. Pablik im Verfahren 55 Cg 28/18f des Handelsgerichtes Wien, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 8. Juli 2019, 50 Nc 5/19d-4, in nicht öffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 30.491,82 (darin EUR 5.081,97 USt) bestimmten Kosten des Rekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

Begründung:

Die klagende Stadt begehrt von der beklagten Bank Zahlung von rund CHF 30 Mio (= rund EUR 25 Mio) im Zusammenhang mit einem Swap-Geschäft. In der Tagsatzung vom 12.4.2019, ON 595, lehnte die Beklagte den Richter im Anschluss an eine Zeugeneinvernehmung ab. Der wesentliche Protokollsinhalt lautet:

„Dem Zeugen wird seitens des Richters nunmehr eine Tabelle mit den von den Sachverständigen berechneten Wahrscheinlichkeiten hinsichtlich eines Überschreitens der 15 bzw. 30 % Schranke der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags unter Berücksichtigung der Zahlungsströme auch aus der CHF-Anleihe vorgehalten (ON 522, Seiten 28 ff) und dieser wird ersucht, nach Möglichkeit die Frage zu beantworten ob er eine Genehmigungspflicht angenommen hätte, wenn er einen Antrag der Stadt Linz auf Genehmigung des Swaps im Jahr 2007 erhalten hätte mit dieser angeschlossenen Tabelle über die Wahrscheinlichkeiten, dass Zahlungspflichten der Stadt Linz in der Zukunft fällig werden können, die eine Genehmigungspflicht auslösen:

Vorweg spricht sich die Bekl. gegen diese Frage aus und weist darauf hin, dass diese Zahlen aus einem nicht fertig erörterten Gutachten entstammen.

Festgehalten wird, dass der Richter den Zeugen im Rahmen der Fragestellung auch belehrt hat, dass es sich um Wahrscheinlichkeitsberechnungen handelt, die aufgrund der Wahl der Parameter auch deutlich nach oben und nach unten „gedrückt“ werden können.

Der Einwand der Bekl. wird zur Kenntnis genommen, die Frage wird seitens des Richters dennoch gestellt:

[Nach Beantwortung dieser Frage (und einer ergänzenden Frage der Klagsseite)]

Festgehalten wird, dass seitens der Bekl. die Fragestellung durch den Richter als geeignet interpretiert wird, dem Richter eine vorwegnehmende Beweiswürdigung im Hinblick auf die von den Gutachtern errechneten Zahlen vorzuwerfen und von den BV beantragt wird, die Tagsatzung zur internen Abstimmung kurz zu unterbrechen [...]

Die BV erklären nunmehr, dass der Richter abgelehnt wird und begründen dies wie folgt:

Der Richter habe eine vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen zum Nachteil der Bekl., als er dem eben vernommenen Zeugen G [REDACTED] Zahlen aus dem noch nicht fertig erörterten Sachverständigengutachten vorgehalten hat.

[...]

Diese Zahlen seien auch nicht vollständig, da nur der für die Bekl. ungünstigste Fall herangezogen worden sei im Hinblick darauf, dass es sich um die Wahrscheinlichkeiten handle, denen die Berücksichtigung auch der Zahlungsflüsse aus der Anleihe zugrunde liegen. Die anderen Fälle, bei denen sich geringere Wahrscheinlichkeiten ergeben, seien dem entgegen nicht angeführt worden.

Darüber hinaus habe der Richter auch nicht die weiteren Bemerkungen der Sachverständigen zu ihren Berechnungen vorgehalten, etwa die Anmerkung, dass der Swap dann nicht abgeschlossen hätte werden sollen, wenn man Verlustszenarien in 3 von 10.000 Fällen nicht akzeptiere (ON 522, Seite 41).

Der objektive Anschein der Befangenheit des Richters ergebe sich auch aus dem Umstand, dass der Richter den Zeugen G [REDACTED] und auch am Vormittag den Zeugen K [REDACTED] zu hypothetischen Sachverhalten befragt habe. Dazu sei wegen der Fragen an die Zeugen im Hinblick auf deren frühere Funktionen und deren Nähe zur Kl. offenkundig gewe-

sen, dass man von bestimmten Antworten ausgehen habe müssen, dies wiederum zum Nachteil der Bekl., sodass diese dies nur als objektiv vorliegende Befangenheit ihr gegenüber bzw. zumindest als Vorliegen eines Anscheins der Befangenheit interpretieren müsse. Es habe sich darüber hinaus nicht um Fragen zu persönlichen Wahrnehmungen gehandelt" (ON 595, 23ff = Protokoll-Seiten 17ff).

Die Klägerin sprach sich gegen die Ablehnung aus und hält diese auch für verspätet.

In seiner Äußerung erachtet sich der abgelehnte Richter nicht für befangen.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Erstgericht den Ablehnungsantrag teils zurück (Zeugenbefragung zu hypothetischen Sachverhalten, teils ab (Zeugenbefragung mit Zahlenvorhalt). Es legte eingehend die einschlägigen Rechtsgrundsätze über die materiellen Gründe der Ablehnung von Richtern und die formellen Kriterien ihrer Geltendmachung dar. Davon ausgehend fehle es zum Aspekt der Befragung von Zeugen zu hypothetischen Sachverhalten an der erforderlichen Konkretisierung. Auch inhaltlich betrachtet könne die Befragung von Zeugen zu hypothetischen Sachverhalten, also nicht über ihre Wahrnehmungen von „vergangenen Tatsachen oder Zuständen“, allenfalls nur einen Verfahrensmangel oder eine unrichtige Beweiswürdigung bewirken. Dies wäre (allein) im Rahmen eines Rechtsmittels geltend zu machen, sodass sich die Ablehnung auch in inhaltlicher Hinsicht als unberechtigt erweise. Der Zahlenvorhalt aus dem noch nicht fertig erörterten Gutachten begründe keinen Ablehnungsgrund, weil der Richter den Zeugen von vornherein auf bloße Wahrscheinlichkeitsberechnungen und deren Veränderbarkeit je nach Wahl der Parameter hingewiesen und damit deutlich

gemacht habe, dass es sich dabei keinesfalls um bereits abschließend zu beurteilende Umstände handle. Von einer diesbezüglich vorweg genommenen Beweiswürdigung könne daher keine Rede sein. Insgesamt zeige die Beklagte auch insofern keinen schwerwiegenden Verstoß des Richters gegen Verfahrensgrundsätze auf, der auf eine einseitige Verfahrensführung schließen ließe. Selbst bei gemeinschaftlicher Betrachtung beider Ablehnungsgründe in inhaltlicher Hinsicht bestehe keine solche Häufung von Fehlern, die einen Rückschluss auf eine mangelnde Objektivität des abgelehnten Richters erlaube.

Dagegen richtet sich der Rekurs der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss (erkennbar) dahin abzuändern, dass der Ablehnung stattgegeben werde.

Die Klägerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Rekurswerberin meint (im Kern), die inkriminierte Verhandlungsführung des abgelehnten Richters im Zusammenhang mit dem Zahlenvorhalt sei sehr wohl auffallend einseitig und begründe bei objektiver Betrachtungsweise zumindest den Anschein seiner Voreingenommenheit. Zu zweiterem Aspekt (Zeugenbefragung zu hypothetischen Sachverhalten) folge die ausreichende Konkretisierung aus der der Ablehnung unmittelbar vorangegangenen Frage an den Zeugen Dr. G. [REDACTED] deren bloß formalistische Wiederholung nicht erforderlich sei. Entgegen der Beschlussbegründung habe die Beklagte die Ablehnung mit einer generellen Unzulässigkeit von Fragen zu hypothetischen Sachverhalten ohnehin gar nicht begründet. Vielmehr gehe es darum, dass der abgelehnte Richter den beiden Zeugen

Fragen zu hypothetischen Sachverhalten gestellt habe, bei denen schon auf Grund des Naheverhältnisses der Zeugen zur Klägerin bestimmte, für diese günstige Antworten zu erwarten gewesen seien. Da die Genehmigungspflicht des Swap eine Rechtsfrage sei, erscheine die Fragestellung sinnlos und lasse das Bestreben des abgelehnten Richters ersehen, gerade diejenigen Beweise aufzunehmen, die der Beklagten nachteilig sein könnten. Hiezu ist auszuführen:

1. Inhaltlich besteht zum Aspekt Zahlenvorhalt (vereinfacht) folgende Problematik:

Das vorläufige Gutachten enthält die unterschiedlichen Ableitungen X und Y. Der Richter erachtet aus rechtlichen Gründen die Ableitung X für relevant. Seiner Frage hat er das vorläufige Zahlenwerk X-1 zugrundegelegt; dieses Zahlenwerk könnte sich im endgültigen Gutachten auf X-2 verändern.

1.1. Die Ablehnungswerberin macht dem Richter zum Vorwurf, seine Fragestellung umfasse nur die ihr ungünstige Ableitung X und nicht auch die ihr günstige Ableitung Y.

Allerdings rechtfertigt das Vertreten einer bestimmten Rechtsmeinung keine Ablehnung. Meinungsverschiedenheiten in Rechtsfragen - hier darüber, welche der beiden Ableitungsvarianten rechtlich relevant sei - sind nicht im Ablehnungsverfahren auszutragen (stRsp, vgl. 1 Ob 206/12v mwN). Dass es keine Befangenheit begründet, wenn der Richter in seine Zeugenbefragung nur ihm rechtlich relevant Erscheinendes einfließen lässt, liegt auf der Hand.

1.2. Die Ablehnungswerberin macht dem Richter aufgrund der bloßen Vorläufigkeit des Zahlenwerks eine „vorgreifende Beweiswürdigung“ sowie den Umstand zum Vorwurf,

dass dem Zeugen diese Vorläufigkeit nur unzureichend kommuniziert worden sei.

Die Fragestellung zum Zahlenwerk X1 impliziert, dass auch die Antwort des Zeugen nur zu diesem Vorhalt ergeht. Sollte sich aufgrund künftiger Gutachtenserörterung ein anderes Zahlenwerk X2 ergeben, kann - entgegen der Besornis der Rekurswerberin - kein Anhaltspunkt dafür erkannt werden, dass der Richter nicht bereit wäre, nunmehr dieses geänderte Zahlenwerk entsprechend zu berücksichtigen. Auch lässt die Beklagte schon offen, woraus sich überhaupt ein Gebot dafür ableite, dass der Richter dem Zeugen prozessinterne Umstände wie etwa die Vorläufigkeit oder Endgültigkeit des vorgehaltenen Zahlenwerks näher zu erläutern hätte; insbesondere ist es für seine Antwort anhand des ihm vorgehaltenen Zahlenwerkes unbeachtlich, ob auch andere Zahlenwerke maßgeblich sein könnten und wie er anhand deren Vorhaltes antworten würde.

Ein inhaltlich tragfähiger Befangenheitsgrund ist somit in diesem Zusammenhang nicht verwirklicht.

2. Zum Aspekt „hypothetische Fragestellung“ gilt gleichermaßen, dass die Rechtsauffassung des Richters von der Relevanz eines gewissen Umstandes und demgemäß seine Beweisaufnahme gerade zur Klärung dieses Umstandes grundsätzlich keinen tauglichen Ablehnungsgrund bilden. Spekulationen darüber, was die Beweisaufnahme ergeben - hier: was der Zeuge wohl antworten - werde, bieten keinen Anlass für die Annahme einer richterlichen Voreingenommenheit.

3. Insgesamt hat die Beklagte somit auch nicht ansatzweise dargetan, warum Zweifel an der Objektivität des verhandlungsführenden Richters bestehen sollten. Das

Erstgericht hat der Ablehnung auch aus inhaltlichen Gründen und damit jedenfalls zutreffend den Erfolg versagt. Ob überdies auch Formalhindernisse verwirklicht sind, ist somit ohne jeglichen Einfluss für das Scheitern der Ablehnung (§ 24 Abs 2 JN spricht ohnehin nur von ihrer Zurückweisung), sodass sich ein Eingehen hierauf erübrigt.

Die Entscheidung über die Kosten dieses Zwischenstreits gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Als Bemessungsgrundlage ist der verzeichnete volle Streitwert heranzuziehen, nicht bloß jener des Zwischenfeststellungsantrags von (nur) EUR 100.000, wie es die Rekurswerberin mit dem Argument anstrebt, dass das Erstgericht am 13.5.2019 gemäß § 188 ZPO die getrennte Verhandlung hierüber angeordnet hat (ON 607, 4) und der nunmehr angefochtene Beschluss erst zeitlich später ergangen ist. § 12 Abs 2 RATG lautet: Wird über mehrere in derselben Klage erhobene Ansprüche getrennt verhandelt, so ist während der Dauer der Trennung für jede der getrennten Verhandlungen der entsprechende Teilwert maßgebend. Hier geht es aber nicht um das Honorar betreffend eine derartige getrennte Verhandlung. Die bereits am 12.4.2019 erklärte Ablehnung betrifft vielmehr das gesamte Verfahren, sodass nur des-
sen Streitwertänderungen nach Abs 3 leg cit beachtlich sind. Der Judikaturhinweis der Rekurswerberin (1 Ob 206/12v) ist nicht einschlägig; dass die Kosten der (dortigen) mehreren Beklagten für ihre jeweiligen Rekursbeantwortungen anhand ihrer jeweiligen Streitwerte zu bemessen sind, hat mit der hier in Rede stehenden Frage nichts zu tun.

Gemäß § 24 Abs 2 JN ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig (RIS-Justiz RS0098751).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 23. September 2019

Dr. Klaus Dallinger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG