

KRAFT & WINTERNITZ
RECHTSANWÄLTE

Per Web-ERV
An das
Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

KRAFT & WINTERNITZ
RECHTSANWÄLTE GMBH

Heinrichsgasse 4
A-1010 Wien
Telefon: +43 (1) 587 16 60-0
Telefax: +43 (1) 586 31 17
e-mail: office@kwlaw.at
Internet: www.kwlaw.at

Handelsgericht Wien FN 227893 m
P-Code 130260
DVR 069048
UID ATU56202255

GZ: 48 Cg 218/11k
48 Cg 222/11y
Wien, 30.6.2014
BWG35509/11 /5/59/59

Klagende und
widerbeklagte Partei:

Stadt Linz
(vertreten durch den Bürgermeister)
Altes Rathaus Hauptplatz 1
4020 Linz

vertreten durch:

Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH, P130260
Heinrichsgasse 4
1010 Wien
Konto-Nr: 23826606406, BLZ: 12000

Prozess- und Geldvollmacht erteilt
Gemäß § 19a RAO verlangt der gefertigte Anwalt
die Bezahlung sämtlicher Kosten zu seinen Händen

und

Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH, P430285
Hopfengasse 23
4020 Linz
Vollmacht erteilt.

und

Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH, P430148
Roseggerstraße 58
4020 Linz

Beklagte und
widerklagende
Partei:

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft
und Österreichische Postsparkassen AG
Georg-Coch-Platz 2
1018 Wien-Postsparkasse

vertreten durch:

WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH
P130664
Schubertring 6
1010 Wien

und

Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH
Biberstraße 5
1010 Wien

wegen:

EUR 25.185.074,30 samt Anhang; (Klage 48 Cg 218/11k)
(entspricht CHF 30.640.161,40 samt Anhang in der Klage)
EUR 417.737.018,29 samt Anhang (Widerklage 48 Cg 222/11y)

ABLEHNUNGSANTRAG

einfach
10 Beilagen

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter.

In umseits bezeichneter Rechtssache stellte die klagende Partei (nachfolgend „Stadt Linz“) nachfolgenden

ABLEHNUNGSANTRAG

und führt zum Anschein der Befangenheit von Richter Mag. Andreas P. gemäß § 19 Z 2 JN wie folgt aus:

1 Einleitung

1.1 Der zuständige Richter Mag. Andreas P. (nachfolgend „Mag. P.“) lädt am 17.04.2014 (hinterlegt am 22.04.) zu drei Tagsatzungen zur mündlichen Verhandlung am 27., 28. und 30.05.2014 (ON 201). Die Vertagungsbitte des Vertreters der Stadt Linz vom 25.04.2014 lehnt er mit dem Argument ab, dass *„auf Seiten des Gerichts keine zeitnahen Ersatztermine vor dem Sommer mehr zur Verfügung stehen“* und daher bei Stattgabe des Antrages eine *„monatelange Verzögerung“* drohe (ON 208, S 2). Die Verhandlung findet daher am 27.05.2014 plangemäß statt; sie dient der Erörterung prozessualer Fragen und der Einvernahme des Zeugen Mag. Werner P. Dabei hat sich gezeigt, dass Mag. P. sich weiterhin auf ein Entschlagungsrecht beruft. Mag. P. hat ihm dies teils zugestanden, teils verwehrt. Im Hinblick auf die von Mag. P. verhängte Beugestrafe von € 50,00 beantragt der Zeuge die Beschlussausfertigung, um diesen Beschluss bekämpfen zu können. Daraufhin beendet Mag. P. die Einvernahme; diese soll erst fortgesetzt werden, *„wenn eine Klärung durch das OLG Wien erfolgt ist, inwieweit das Entschlagungsrecht zu Recht besteht und nach Beendigung der Sachverhalte, die die geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrechte begründen.“* (ON 234, S 20). Nach Ende der Tagsatzung bedankt sich schließlich Mag. P. noch per Mail bei der Magistratsdirektorin der Stadt Linz *„für die Bemühungen der Stadt und die noch rechtzeitige Übermittlung der Entbindung“* (Beilage ./1). Angesprochen ist damit der von Mag. P. kurzfristig angeforderte Bescheid über die Entbindung des Zeugen Mag. P. von der Amtsverschwiegenheit (Beilage ./2).

Bescheinigung:

- E-Mail vom 27.05.2014 (Beilage ./1)
- Entbindungsbescheid vom 27.05.2014 (Beilage ./2)

1.2 Geradezu im Widerspruch zu diesem zielorientierten und konstruktiv ausgeklungenen Prozessverlauf setzt Mag. P. am Abend des 18.06.2014 mehrere gegen die Stadt Linz gerichtete aggressive Maßnahmen:

- Obwohl Mag. P. bei Ablehnung der Vertagungsbitte Verhandlungstermine im Sommer aus Termingründen noch ausgeschlossen hat, lädt er nun den Linzer Bürgermeister kurzfristig für den 04.07.2014 (ON 248). Der angegebene Vernehmungsgegenstand – Probleme mit Swap-Bewertungen in der Immobilien Linz GmbH (nachfolgend „ILG“) – ist im derzeitigen Verfahrensstadium nicht vom Prozessprogramm umfasst. MMag. Luger wurde von keiner der Parteien namentlich als Beweismittel geführt.

- Noch bevor MMag. Luger von dieser Ladung Kenntnis erlangen kann, veranlasst Mag. P■■■■ eine breitest gestreute Presseaussendung, die vom Handelsgericht Wien am 18.06.2014 um 23:25 Uhr (!) versendet wird (Beilage ./3). Aufgrund dieser Aussendung erfährt der Bürgermeister durch Medienanfragen am Fronleichnamstag erstmals von der geplanten Einvernahme (Beilage ./4).
- Mag. P■■■■ verurteilt die Stadt Linz zum Ersatz der Kosten für eine Verhandlungsstunde der Tagsatzung vom 27.05.2014 in der Höhe von € 36.162,83 an die beklagte Partei, weil sie nicht für eine rechtzeitige Entbindung des Zeugen Mag. P■■■■ gesorgt und weil sie das Gericht nicht von der drohenden Entschlagung informiert hatte (ON 247). Dies obwohl Mag. P■■■■ selbst die Rechtzeitigkeit der Entbindung gegenüber der Magistratsdirektorin attestiert hat und dem Gericht bereits vor der Tagsatzung bekannt war, dass mit einer Entschlagung des Mag. P■■■■ zu rechnen ist.

Bescheinigung:

- Presseaussendung des Handelsgerichtes Wien vom 18.06.2014 (Beilage ./3)
- OÖN 20.06.2014, Swap-Prozess: Richter zitiert Luger in den Zeugenstand (Beilage ./4)

- 1.3 Derartige Maßnahmen setzt nur, wer – zumindest zu diesem Zeitpunkt – von einer starken innerlichen Ablehnung gegen die betroffene Partei beherrscht wird. Über die Gründe dieser Ablehnung kann die Stadt Linz nur mutmaßen. Womöglich war es der Umstand, dass die Stadt Linz dem richterlichen Auftrag zur Vorlage der ILG-Protokolle (ON 238) nicht sofort entsprach, sondern warten wollte, um diese Entscheidung mit dem nächsten selbständig anfechtbaren Beschluss zu bekämpfen. Dies mag Mag. P■■■■ als Missachtung seines richterlichen Willens und Blockade des Verfahrens gedeutet haben, die nach einer möglichst drakonischen und zugleich öffentlichkeitswirksamen Sanktion verlangte.
- 1.4 Es ist selbstverständlich auch bei einem Richter nur allzu menschlich, dass ein bestimmtes (wenn auch in der ZPO vorgesehene) Verhalten einer Partei negative Emotionen hervorrufen kann. Sie dürfen ihn aber in der Wahrnehmung seiner richterlichen Aufgaben nicht zum Nachteil einer Partei behindern (LGZ Wien 42 R 549/12i = EFSIlg 135.858). Gerade dieses Gebot wurde aber mit den angeführten Maßnahmen angesichts ihres Gegenstandes, Inhaltes und Stils verletzt. Wie zu zeigen sein wird, waren sie nicht nur sachlich unbegründet und als Reaktion auf das prozessordnungsgemäße Verhalten der Stadt Linz völlig unangemessen; Mag. P■■■■ bediente sich auch regelwidrig der Medien, um die Stadt Linz umgehend öffentlich zu sanktionieren.
- 1.5 Die jüngsten Ereignisse haben der Stadt Linz klar gemacht, welche starken negativen Emotionen die Stadt Linz bei Mag. P■■■■ auslöst. Hatte sich das in der Vergangenheit schon vereinzelt angedeutet, liegt nunmehr diese innere Einstellung auf der Hand. Auf ihre Ursachen kommt es letztlich nicht an. Wenn sie derart massiv zum Ausdruck kommt wie bei Mag. P■■■■ und sich sogar schon in einzelnen

Entscheidungen niederschlägt, ist eine unbefangene richterliche Tätigkeit nicht mehr gesichert. Aus diesem Grund waren sich alle im Linzer Gemeinderat vertretenen Fraktionen einig, dass die Frage der Befangenheit geklärt werden muss.

2 Ladung des Linzer Bürgermeisters

Völlig unvermittelt entscheidet sich Mag. P. [REDACTED] am 18.06.2014, mit höchster Dringlichkeit, nämlich bereits für den 04.07.2014, den Linzer Bürgermeister zu einer Einvernahme vorzuladen, obwohl

- Mag. P. [REDACTED] zuvor eine Tagsatzung im Sommer ausgeschlossen hat,
- die Einvernahme von Bürgermeister MMag. Luger weder von der Stadt Linz noch der beklagten Partei beantragt wurde,
- das angegebene Beweisthema im aktuellen Prozessprogramm nicht vorgesehen ist und
- ein allfälliges Wissen von Bürgermeister MMag. Luger um Swaps in der ILG schon deswegen irrelevant ist, weil er zu keinem Zeitpunkt mit dem klagsgegenständlichen Swap 4175 befasst war.

Dessen ungeachtet wird nächstens um 23:08 Uhr die elektronische Ladung für die Anberaumung einer Tagsatzung am 04.07.2014 im Web-ERV eines Klagevertreters hinterlegt (ON 248). Um 20:06 Uhr desselben Tages wird die Ladung des Bürgermeisters zur Einvernahme nach § 93 ZPO bei einem anderen Klagevertreter elektronisch bereitgestellt (ON 248). Der nächste Tag, der 19.06.2014, ist ein gesetzlicher Feiertag (Fronleichnam).

2.1 Vorschnelle Information der Medien

- 2.1.1 Noch am 18.06.2014 veranlasst Mag. P. [REDACTED] nachstehende Pressemitteilung, die um 23:25 Uhr (!) vom E-Mail-Account des Mediensprechers des Handelsgerichtes Wien, Vizepräsident HR Dr. Alexander S. [REDACTED], an zahlreiche Journalisten führender österreichischer Medien versandt wurde:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

In der Rechtssache Stadt Linz gegen BAWAG (48 Cg 218/11k) findet am 4.7.2014, 9.30 – 12.00 Uhr, Saal 708 eine Verhandlung statt, die neben der Erörterung prozessualer Fragen der Vernehmung des Bürgermeisters MMag. Klaus Luger als damaligem stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden der Immobilien Linz GmbH zu dessen Wahrnehmungen zu allfälligen Problemen mit Swap-Bewertungen dient.“

- 2.1.2 Eine Zusammenschau der Ereignisse am Abend des 18. Juni 2014 macht die Haltung von Mag. P. [REDACTED] deutlich. Er nimmt in Kauf, dass die in der Presseausendung adressierten Medienvertreter vor dem Linzer Bürgermeister von dessen Ladung

erfahren. So liegt auf der Hand, dass einer Partei die am späten Abend vor Fronleichnam hinterlegte Ladung erst nach dem Feiertag zur Kenntnis nimmt. Dessen ungeachtet nimmt Mag. P. eine umgehende Information der Medien vor. Eine solche Vorgehensweise verstößt in auffälliger Weise gegen den Medienerlass des Bundesministeriums für Justiz (JMZ 4410/9-Pr 1/2003 vom 12.11.2003 über die Zusammenarbeit mit den Medien; Punkt III.8). Demnach „[...] sollen schriftliche Medieninformationen vor deren Weitergabe an die Medien den Verfahrensbeteiligten bzw deren Bevollmächtigten tunlichst zugeleitet, jedenfalls zugänglich gemacht werden. Mitteilungen über ergangene bedeutende Verfahrensschritte sollen erst verbreitet werden, wenn mit Grund anzunehmen ist, dass die Entscheidung den Verfahrensparteien zugegangen oder in anderer Weise bekannt geworden ist.“

- 2.1.3 Die zitierte Bestimmung trägt rechtsstaatlichen Garantien Rechnung; sie dient dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten. (siehe Punkt I.3. des Erlasses). Der Verstoß des HG Wien gegen Punkt III.8. des Medienerlasses wiegt daher besonders schwer. Mag. P. hat diesen Verstoß gegen den Medienerlass selbst zu verantworten, ist er doch nach Punkt 11.1. des Erlasses für den Informationsfluss an die Medienstelle zuständig. Es ist daher nicht nur eine Frage des Stils, dass er die Presseaussendung zeitgleich mit der Hinterlegung der Ladung spät abends vor Fronleichnam veranlasst. Die Konsequenzen hat der Bürgermeister der Stadt Linz zu tragen. Er wird bereits am Fronleichnamstag völlig unvorbereitet mit der Presseaussendung konfrontiert. Dabei muss er gegenüber Medienvertretern eine Ladung kommentieren, die er selbst noch gar nicht kennt. Diese unhaltbare Situation für eine Person des öffentlichen Lebens hat Mag. P. am Vorabend des Fronleichnamstags bewusst in Kauf genommen; für ihn hatte eine frühzeitige Information der Medien Vorrang vor dem Schutz berechtigter Interessen des Linzer Bürgermeisters.

Bescheinigung:

- OÖN 20.06.2014, Swap-Prozess: Richter zitiert Luger in den Zeugenstand (Beilage /4)

2.2 Sachlich unbegründete amtswegige Beweisaufnahme

- 2.2.1 Zuzufolge der am 18.06.2014 um 23:08 Uhr hinterlegten Ladung (ON 248) dient die kurzfristig für den 04.07.2014 anberaumte Tagsatzung „*der Erörterung der unterlassenen Vorlage der AR-Sitzungsprotokolle vom 7.11.08 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*“

- 2.2.2 Die Vernehmung des Bürgermeisters der Stadt Linz zu diesen Fragen war weder vom Prozessprogramm erfasst, noch hatte sie eine der Parteien beantragt.

Mag. P. schränkte in der Tagsatzung vom 24.01.2014 das aktuelle Prozessprogramm auf die Frage des ex ante gültigen Zustandekommens des Swap-

Geschäfts 4175 ein und stellte eine Befragung der Zeugen aus dem Bereich der Stadt Linz zur Frage der rückwirkenden Genehmigung ausdrücklich zurück, um prozessökonomisch keine allenfalls irrelevanten Zeugenvernehmungen durchzuführen (Verhandlungsprotokoll vom 24.01.2014): „*Inwieweit auch eine Einvernahme der Zeugen aus dem Bereich der Stadt Linz erfolgt, wird vorerst noch vorbehalten, da diesbezüglich erst die Beweisaufnahme abgeschlossen werden soll, ob das Geschäft bereits ex ante gültig abgeschlossen wurde oder erst nachträglich allenfalls genehmigt, um die Relevanz der jeweiligen Beweisthemen abklären zu können.*“ (ON 146, Seite 7).

Von dieser mit den Parteien abgestimmten Planung des Prozessprogramms, die naturgemäß der Prozessökonomie geschuldet ist, weicht Mag. P. [REDACTED] am Abend des 18.06.2014 völlig unvermittelt ab, um dem Bürgermeister der Stadt Linz zu einer Einvernahme zu zitieren. Für das Beweisthema des ex ante gültigen Geschäftsabschlusses am 12.02.2007, sind die am 07.11.2008 und am 16.12.2009 stattgefundenen ILG Aufsichtsratsitzungen jedenfalls untaugliche Beweismittel.

Aber auch von einer konsequenten Umplanung des Prozessprogramms am Vorabend vor Fronleichnam kann keine Rede sein: Wäre es Mag. P. [REDACTED] tatsächlich auf eine vorgezogene Klärung der Frage einer nachträglichen Genehmigung angekommen, hätte er die Einvernahme von Personen angeordnet, die mit dem Swap 4175 nach dessen Abschluss befasst waren, wie etwa der von der beklagten Partei dazu beantragte Zeuge Dr. Watzl (siehe unten). Die Ladung des amtierenden Linzer Bürgermeisters macht daher weder im Lichte des mit den Parteien abgestimmten Prozessprogramms noch bei einer spontanen Änderung des Prozessprogramms Sinn.

- 2.2.3 Eine amtswegige Beweisaufnahme ist nach der Konzeption der ZPO die Ausnahme, bedarf einer sachlichen Rechtfertigung und ist mit den Parteien im Vorfeld zu erörtern (*Schragel* in Fasching/Konecny² § 183 ZPO Rz 7). Keine dieser Voraussetzungen ist erfüllt.
- 2.2.4 Zunächst einmal hat Mag. P. [REDACTED] die prozessualen Mitwirkungsrechte der Stadt Linz schlicht ignoriert. Außerdem fehlt es an der sachlichen Rechtfertigung. Relevante Beweisergebnisse aus der Aussage von MMag. Luger sind schon deshalb nicht zu erwarten, weil er im maßgeblichen Zeitraum keine für das Swap-Geschäft 4175 relevante Funktion innerhalb der Stadt Linz innehatte. Ein allfälliges Wissen von ILG-Aufsichtsratsmitgliedern zu Derivatprodukten der ILG kann dem zuständigen Organ der Stadt Linz, das heißt dem Gemeinderat, nicht zugerechnet werden. MMag. Luger war nicht einmal Mitglied des Finanzausschusses, dem Mag. P. [REDACTED] im Rahmen des Vorlagebeschlusses eine Bedeutung zumisst. Ginge es Mag. P. [REDACTED] wirklich um die Erhebung verfahrensrelevanter Tatsachen, hätte er auf andere Beweismittel zurückgreifen müssen.

Bescheinigung:

- OÖN-Liveticker vom 24.05.2013 (Beilage ./10)

2.2.5 Das Fehlen sachlicher Gründe für die amtswegige Ladung von MMag. Luger und das voreilige „Hinausposaunen“ dieser Ladung legen den Schluss nahe, dass Mag. P. am Vorabend von Fronleichnam von besonders starken Emotionen gegen die Stadt Linz übermannt wurde. Sie machen ihm eine sachgerechte und objektive Verfahrensführung unmöglich. Mag. P. will offenbar dem höchsten monokratischen Organ der Stadt Linz in aller Öffentlichkeit vor Augen führen, welche Konsequenzen es hat, wenn sein richterlicher Auftrag nicht auf der Stelle erfüllt wird. Der Bürgermeister der Stadt Linz soll den Unmut von Mag. P. über den Prozessverlauf unmittelbar und öffentlichkeitswirksam zu spüren bekommen. Das alles freilich zu einem Zeitpunkt, zu dem der Vorlagebeschluss der ILG-Protokolle noch gar nicht in Rechtskraft erwachsen und es somit ungewiss ist, ob überhaupt eine Vorlageverpflichtung besteht.

2.3 Missachtung verfassungsrechtlicher Rechtsschutzgarantien

2.3.1 Letztlich handelt es sich bei der Ladung von MMag. Luger um den Gipfel einer Entwicklung, an deren Beginn der Antrag der beklagten Partei auf Vorlage der ILG-Aufsichtsratsprotokolle steht.

2.3.2 Die Stadt Linz war und ist der Meinung, dass ihr die Vorlage der ILG-Protokolle zu Unrecht von Mag. P. aufgetragen wurde. Sie ist dem Vorlageantrag der beklagten Partei insbesondere mit den Einwendung entgegengetreten, dass es sich um einen unzulässigen Erkundungsbeweis handelt und die ILG-Protokolle nicht verfahrensrelevant sind (Replik der Stadt Linz vom 30.08.2014, S 109; Schriftsatz der Stadt Linz vom 28.02.2014, S 129). Mag. P. verwirft diese Einwendungen in seinem Beschluss vom 27.05.2014 (hinterlegt am 30.05.2014) mit der pauschalen Begründung, dass „die Verweigerungsgründe der Klägerin nicht anerkenntbar“ seien (ON 238). Ausgehend davon trägt er der Stadt Linz auf, die fraglichen Aufsichtsratsprotokolle vorzulegen.

2.3.3 Noch in der Tagsatzung vom 27.05.2014 beantragt die Stadt Linz die Beschlussausfertigung, um ehestmöglich das Oberlandesgericht anrufen zu können (ON 234, S 8). Da Vorlageaufträge gemäß § 319 Abs 2 ZPO nicht abgesondert anfechtbar sind, muss die Stadt Linz dafür den nächsten selbstständig anfechtbaren Beschluss abwarten (§ 515 ZPO). Über die Absicht der Stadt Linz, Rekurs zu erheben, ist Mag. P. von Anfang an im Bilde; schließlich hat er gegen ihren mehrfach artikulierten Willen entschieden. Als die Stadt Linz dann auch noch Beschlussausfertigung begehrt, liegt auf der Hand, dass die Stadt Linz den Beschluss bekämpfen wird.

2.3.4 Ungeachtet dieser klaren Sachlage hat Mag. P. offensichtlich erwartet, dass die Stadt Linz seinem Auftrag folgt, noch bevor die Möglichkeit besteht, den Vorlagebeschluss zu bekämpfen. Vielmehr drängt er – vom Rechtsschutzbedürfnis der Stadt Linz gänzlich unbeeindruckt – auf Durchsetzung seines Willens, indem er Bürgermeister MMag. Luger zum Inhalt der fraglichen Urkunden befragen will. Dem

nicht genug, kommt es ihm offenbar darauf an, dem Bürgermeister der Stadt Linz in einer öffentlichen Verhandlung die „*Konsequenzen der unterlassenen Vorlage*“ vorzuführen.

- 2.3.5 Völlig unverständlich ist auch, weshalb Mag. P.■■■■ noch vor der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts über den Vorlageauftrag die „*Konsequenzen der unterlassenen Vorlage*“ (ON 248) erörtern will. Dass damit nicht die gesetzlich vorgesehenen Folgen gemeint sind, die sich zwanglos aus § 307 Abs 2 ZPO ergeben, zeigt die Wortwahl „*Konsequenzen*“ (nicht etwa „weitere Vorgehensweise bei Weigerung“ oder dergleichen). Bedenkt man zudem die Dringlichkeit, mit der Mag. P.■■■■ in Anwesenheit des Linzer Bürgermeisters die „*Konsequenzen*“ erörtern will, noch dazu vor eingeladenen Medienvertretern, liegen Bedenken gegen die Verhandlungsführung auf der Hand. Hier offenbart sich ein von starken Emotionen getragenes Bedürfnis, das Verhalten der Stadt Linz medienwirksam zu sanktionieren.

Die Empörung von Mag. P.■■■■ über die Stadt Linz verstellt ihm offenbar den Blick darauf, dass die Stadt nur einen ihr zustehenden Rechtsschutz in Anspruch nimmt, wenn sie den Vorlagebeschluss bekämpft, anstelle ihn ohne Wenn und Aber zu befolgen. Immerhin stehen hier verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantien auf dem Spiel, die dem Schutz des Parteienghört und der Objektivität des Verfahrens dienen (Art 6 EMRK; vgl LGZ Wien 42 R 634/12i = EFSIlg 135.856).

2.4 (Anschein der) Befangenheit

- 2.4.1 Mag. P.■■■■ nennt in der am 18.06.2014 hinterlegten Ladung (ON 248) selbst den Grund, warum er kurzfristig eine Tagsatzung samt Einvernahme des Linzer Bürgermeisters anberaumt. Er reagiert damit auf die „*unterlassene Vorlage der AR-Sitzungsprotokolle*“. Sie soll „*Konsequenzen*“ nach sich ziehen. Dazu gehört unter anderem die amtswegige Ladung des Bürgermeisters für den 04.07.2014. Dass zuvor Termine im Sommer ausgeschlossen waren, die Ladung nicht zum aktuellen Prozessprogramm passt und MMag. Luger zum Beweisthema kraft seiner bisherigen Funktionen keinen Beitrag leisten kann, ist offenbar irrelevant. Damit zeigt sich zugleich, dass Mag. P.■■■■ am 18.06.2014 nicht von der Sache bestimmt war, sondern starke innere Vorbehalte gegen die Stadt Linz hat. Eine Gesamtschau legt jedenfalls den Schluss nahe, dass es Mag. P.■■■■ mit der Ladung von MMag. Luger in Kombination mit der vorzeitigen Presseaussendung darauf ankam, den Spitzenvertreter der Stadt Linz medienwirksam vorzuladen und in diesen in aller Öffentlichkeit seinen Unmut spüren zu lassen.

- 2.4.2 Bewirken Verfahrensschritte des Gerichts bei der betroffenen Partei den begründeten Anschein, dass sie von einer tiefen Abneigung des Richters getragen sind, so bestehen damit auch Zweifel an dessen Unbefangenheit iSd § 19 Z 2 JN. Es ist daher in Frage gestellt, ob Mag. P.■■■■ immer noch über die nötige Objektivität verfügt, um den vorliegenden Rechtsstreit „unparteiisch“ (Art 6 Abs 1 EMRK, § 57 RStDG) weiterverhandeln zu können.

3 Kostenseparationsbeschluss

3.1 Der am 18.06.2014 hinterlegte Kostenseparationsbeschluss

- 3.1.1 Wie dargelegt, wird Mag. P. [REDACTED] bei den am 18.06.2014 gegen die Stadt Linz gesetzten Maßnahmen offensichtlich von starken Emotionen bestimmt. Sein gegen die Stadt Linz gerichtetes Sanktionsbedürfnis kommt in dem am 18.06.2014 um 20:06 Uhr hinterlegten Kostenseparationsbeschluss (ON 247) in beispielloser Weise zum Ausdruck. Das geht so weit, dass sich Mag. P. [REDACTED] in seiner Beschlussbegründung sogar auf die Schlagzeile einer Tageszeitung (OÖN) beruft! In dieser war von einer „*Swap-Farce am Wiener Handelsgericht*“ die Rede. Angesichts dieser Einschätzung der „*Vorgänge*“ in der „*Öffentlichkeit*“ sieht Mag. P. [REDACTED] einen besonderen Handlungsbedarf gegen die Stadt Linz. Dass den Oberösterreichischen Nachrichten bei ihrem Bericht zentrale Informationen aus dem Akt gefehlt haben, spielt für Mag. P. [REDACTED] keine Rolle.
- 3.1.2 Mag. P. [REDACTED] verurteilt die Stadt Linz zu einem Prozesskostenersatz an die beklagte Partei in der Höhe von EUR 36.162,83 für eine Verhandlungsstunde der Tagsatzung vom 27.05.2014. Die Kostenseparation iSd § 48 ZPO wird damit begründet, dass es die Stadt Linz zum einen schuldhaft verabsäumt habe, für eine rechtzeitige Entbindung des Zeugen Mag. P. [REDACTED] zu sorgen und sie es zum anderen unterlassen habe, das Gericht über das Disziplinarverfahren gegen Mag. P. [REDACTED] und dessen zu erwartende Entschlagung aufzuklären. Mag. P. [REDACTED] wirft der Stadt Linz vor, damit „*massiv gegen ihre Prozessförderungspflicht verstoßen*“ zu haben (ON 247, S 5), und er entläßt ausschließlich in ihre Richtung seinen Ärger darüber, dass er „*mehrere Tage mit intensiven Vorbereitungen für diese zentrale Vernehmung*“ verbracht habe und „*der gesamte Aufwand ... frustriert*“ sei (ON 247, S 7).
- 3.1.3 In diesem Beschluss trifft Mag. P. [REDACTED] Sachverhaltsannahmen, die dem Aktenstand diametral widersprechen; zudem fehlen wesentliche Sachverhaltselemente. Auf dieser Grundlage wirft er der Stadt Linz einen „*massiven*“ Verstoß gegen die Prozessförderungspflicht vor, obwohl er sich noch am fraglichen Verhandlungstag per E-Mail für das „*rechtzeitige*“ (!) Tätigwerden der Magistratsdirektorin bedankt hat. Der Grund für diesen eklatanten „*Meinungsumschwung*“ liegt auf der Hand: Weil die Stadt Linz seinen Vorlageauftrag nicht innerhalb der von ihm vorgegebenen Frist befolgt hat, soll sie offenbar seinen Ärger und seine richterliche Autorität spüren. Es ist gewiss kein Zufall, dass Mag. P. [REDACTED] die Ausschreibung der Tagsatzung zur Erörterung der „*Konsequenzen der unterlassenen Vorlage*“, die Ladung des Linzer Bürgermeisters, die diesbezügliche Presseaussendung und die Hinterlegung des Kostenseparationsbeschlusses am selben Tag bewirkt hat.

Um die Brisanz des Beschlusses im Lichte des § 19 Z 2 JN vollinhaltlich zu erfassen, ist eine präzise Analyse seiner Genese unerlässlich.

3.2 Angeblich schuldhaft verzögerte Entbindung des Mag. P■■■

Zunächst wirft Mag. P■■■ der Stadt Linz „die verspätete Besorgung der notwendigen Entbindung“ vor. Angesichts des schon eingangs kurz geschilderten Verlaufs ist dies besonders verwunderlich.

3.2.1 E-Mail-Korrespondenz unmittelbar vor der Verhandlung

3.2.1.1 Mag. P■■■ versucht einen Tag vor der Tagsatzung zur Einvernahme von Mag. P■■■ am späten Vormittag die Frage einer Entbindung dieses Zeugen von der Amtsverschwiegenheit zu klären. So wendet er sich am 26.05.2014 um 11:49 Uhr per E-Mail an die Vertreter beider Parteien. Darin hält er fest, dass ihm keine (neuerliche) Entbindung zugeleitet worden sei und zweifelhaft erscheine, ob die Entbindungserklärung vom 10.09.2013, die für die Vernehmung am 25.09.2013 erfolgt war, eine Aussage in der morgigen Tagsatzung erlaube. Mag. P■■■ regt daher an, dass die Stadt Linz „für das Vorliegen einer ordnungsgemäßen, klaren und eindeutigen Entbindung des Mag. P■■■“ sorgen solle.

3.2.1.2 Bereits eine halbe Stunde später (um 12:24 Uhr) antwortet ihm der Klagevertreter Dr. Moringer, dass die Erklärung vom 10.09.2013 „über die Entbindung des Herrn Mag. P■■■ von der dienstlichen Verschwiegenheitspflicht nicht nur für den 25.09.2013 galt, sondern nach wie vor aufrecht ist“.

3.2.1.3 Nach gut zwei weiteren Stunden (um 14:28 Uhr) reagiert Mag. P■■■ darauf und ersucht darum, „zur morgigen Tagsatzung einen ordnungsgemäß ausgestellten Bescheid mit dem von Ihnen nunmehr bekannt gegebenen Inhalt vorzulegen“. Eine Auslegung des bisherigen Bescheids als öffentlich-rechtlichen Akt und der nunmehrigen informellen Erklärung dazu sei ihm verwehrt. Auch für den Zeugen werde Klarheit über die Entbindung wichtig sein.

3.2.1.4 Um 15:02 Uhr berichtet Dr. Moringer, dass es ihm nicht möglich war, den zuständigen Sachbearbeiter der Stadt Linz zu erreichen. Er äußert daher auch seine Zweifel, ob eine neue Erklärung und deren Zustellung bis zur morgigen Tagsatzung möglich sein werde.

3.2.1.5 In seiner Antwort von 15:24 Uhr betont Mag. P■■■, dass er aufgrund der Mitteilung, dass die Entbindung aufrecht ist, davon ausgehe, „dass das zuständige Entscheidungsorgan der Stadt Linz bereits mit der Frage befasst wurde und einen entsprechenden Willen geäußert hat. Vor diesem Hintergrund müsste es der Stadt Linz wohl möglich sein, bis morgen eine Ausfertigung herzustellen, notfalls auch noch morgen früh. Zur Not kann man sie mir per Mail oder Fax übermitteln. Eine Zustellung an Mag. P■■■ kann wohl auch in der morgigen Tagsatzung erfolgen, diese ist mMn auch nicht notwendig, um prozessual eine Befragung zu ermöglichen. Sollte Linz auf dem Standpunkt stehen, dass der bereits erlassene Bescheid auch die weitere Vernehmung deckt, so reicht wohl überhaupt eine entsprechende Bestätigung des Entscheidungsorgans für das Gericht ohne förmlicher Zustellung an Mag.

P■■■■“ Abschließend wies Mag. P■■■■ noch einmal auf die Bedeutung des Verfahrens hin; ein „*Platzen der morgigen Vernehmung*“ gelte es zu verhindern.

3.2.1.6 Damit endete der Schriftverkehr zwischen Mag. P■■■■ und Vertretern der Stadt Linz am 26.05.2014. Die Stadt Linz war sich daher sicher, dass eine Bestätigung über die Wirksamkeit der Entbindungserklärung vom 10.09.2013 auch für den 27.05.2014 den Anforderungen des Gerichts genügen werde.

3.2.1.7 Eben diese Bestätigung versendet die Linzer Magistratsdirektorin, Dr. Martina S■■■■, am 27.05.2014 um 09:41 Uhr an Mag. P■■■■. Die E-Mail langte, wie aus dem Verhandlungsprotokoll hervorgeht, auch noch vor Verhandlungsbeginn in der Mailbox von Mag. P■■■■ ein (ON 234, S 1). Darin bezieht sich Frau Dr. S■■■■ auf die eben geschilderte Vorkorrespondenz.

„Dazu kann ich vorerst bestätigen, dass die Erklärung der Finanzdirektion der Stadt Linz vom 10.9.2013 über die Entbindung des Herrn Mag. P■■■■ von der dienstlichen Verschwiegenheitspflicht nach wie vor Gültigkeit hat und dass Herr Dr. Moringner autorisiert war, die Bestätigung iSd Mails vom 26.5.2014 abzugeben.

Gleichzeitig darf ich Ihnen versichern, dass die nunmehr von Ihnen für notwendig erachtete Entbindungserklärung in Form eines förmlichen Bescheides noch heute erlassen wird und ich Ihnen den Bescheid raschestmöglich übermitteln werde.“

3.2.1.8 Die Stadt Linz hat daher die von Mag. P■■■■ am Nachmittag vor der Verhandlung plötzlich geforderte Bestätigung zeitgerecht vorgelegt. In der Verhandlung wird dann auch der eben geschilderte E-Mail-Verkehr kurz erörtert (ON 234, S 1). In weiterer Folge entwickelte sich eine Diskussion zur Entbindung, weil sich Mag. P■■■■ – anders als am Vortag – nun doch auf den Standpunkt stellt, dass ihm ein neuer Entbindungsbescheid vorgelegt werden müsse. Letztlich kommen alle Beteiligten überein, dass jedenfalls die Übermittlung der Kopie (Scans) eines solchen Bescheids an Mag. P■■■■ und Mag. P■■■■ während der Verhandlung als ausreichende Entbindung gewertet werde. Um ca. 11:00 Uhr ist bereits klar, dass dies innerhalb einer Stunde möglich sein werde. Mag. P■■■■ wird daraufhin bis 13:00 Uhr entlassen (ON 234, S 4); dazu hält Mag P■■■■ fest, er habe „*genug prozessuale Dinge zu klären, ich fülle die Zeit bis 13 Uhr schon, keine Angst*“ (OÖN-Liveticker 27.05.2014, 11:01 Uhr). Tatsächlich geht man, nachdem die beklagte Partei den (angesichts der Fakten völlig unsachlichen) Antrag auf Kostenseparation gestellt hatte, zur Erörterung anderer Themen über. Um 12:00 Uhr langt die Entbindungserklärung der Finanzdirektion der Stadt Linz in der Mailbox von Mag. P■■■■ ein, um ca. 13:00 Uhr beginnt die Vernehmung von Mag. P■■■■ (ON 234, S 14 ff). Noch am Abend des 27.05.2014 bedankt sich Mag. P■■■■ per E-Mail bei der Magistratsdirektorin der Stadt Linz „*für die Bemühungen der Stadt und die noch rechtzeitige Übermittlung der Entbindung*“ (Beilage ./1).

Bescheinigung:

– E-Mail-Verkehr vom 26.05.2014 (Beilage ./5)

3.2.1.9 Die Stadt Linz ist somit in der Überzeugung in die Verhandlung gegangen, alles Notwendige im Hinblick auf die Entbindung von Mag. P■■■■ unternommen zu haben. Als Mag. P■■■■ seinen Standpunkt zu Beginn der Verhandlung änderte, beschafft die Stadt Linz die Entbindung in der geforderten Form binnen zweier Stunden. Dafür spricht ihr Mag. P■■■■ auch seinen Dank aus.

3.2.1.10 Bei dieser Ausgangslage können es schwerlich sachliche Motive sein, die Mag. P■■■■ etwa drei Wochen später veranlassen, der Stadt Linz im Zusammenhang mit der Entbindung eine „massive“ Verletzung ihrer Prozessförderungspflicht vorzuwerfen. Warum soll das fragliche Verhalten der Stadt Linz plötzlich einen gravierenden Pflichtverstoß darstellen, wenn es zuvor Mag. P■■■■ selbst als rechtzeitig qualifiziert und sich dafür sogar mit einer gesonderten E-Mail bedankt hat? Wer in seiner Bewertung einen so eklatanten „Meinungsumschwung“ vollzieht, wird von einem starken emotionalen Impuls angetrieben. Seine Ursache dürfte auch hier in der Weigerung der Stadt Linz liegen, die ILG-Protokolle innerhalb der von Mag. P■■■■ vorgegebenen Frist vorzulegen. Das hat bei Mag. P■■■■ offenbar eine emotionale Ausnahmesituation im Verhältnis zur Stadt Linz provoziert. In dieser Lage lässt er sich zu einer Beurteilung hinreißen, die er zuvor – mit kühlem Kopf – noch ganz anders getroffen hat. Allein dieser bemerkenswerte „Meinungsumschwung“ begründet bei Mag. P■■■■ den Anschein der Befangenheit.

3.2.2 Keine Verletzung der Prozessförderungspflicht der Stadt Linz

3.2.2.1 Der nur an die Stadt Linz gerichtete Vorwurf, die Prozessförderungspflicht verletzt zu haben, ist umso weniger verständlich, wenn man sich die gesetzliche Ausgangslage vor Augen führt.

3.2.2.2 Ladungen von Zeugen erfolgen gemäß § 329 ZPO ausschließlich durch das Gericht. Die Beweismittelverbote des § 320 ZPO sind von Amts wegen wahrzunehmen (*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 320 Rz 3). Ergeht die Ladung an einen Zeugen, der der Amtsverschwiegenheit iSd § 320 Z 3 ZPO unterliegt, bedarf es der Entbindung durch dessen Vorgesetzten. Im zivilprozessualen Schrifttum heißt es dazu, dass „*das Gericht an [den Vorgesetzten] ein Ersuchen um Entbindung richten [könne], was zweckmäßigerweise mit der – ohnedies dem Vorgesetzten zur Kenntnis zuzustellenden – Ladung zu verbinden ist*“ (*Frauenberger* in *Fasching/Konecny*² § 320 ZPO Rz 8). Demnach ist es Aufgabe des Gerichts, rechtzeitig mit der Ladung auf eine Entbindung des Zeugen hinzuwirken.

3.2.2.3 Mag. P■■■■ hat sich dieser Frage erst am Nachmittag vor der geplanten Einvernahme gewidmet. Dabei hat er seine Rechtsansicht innerhalb eines Tages geändert. Dessen ungeachtet ist es der Stadt Linz gelungen, den richterlichen Anforderungen rechtzeitig gerecht zu werden. Nachdem sich Mag. P■■■■ dafür

zunächst bedankt hat, erlässt er wenige Wochen später einen Kostenersatzbeschluss gegen die Stadt Linz.

3.2.3 Aktenwidrige Feststellung – Disziplinarverfahren gegen Mag. P■■■

3.2.3.1 Mag. P■■■ behauptet im Kostenseparationsbeschluss, am Tag vor der Verhandlung – also am 26.05.2014 – „zufällig erstmals Kenntnis“ davon erlangt zu haben, „dass die Stadt Linz ein Disziplinarverfahren gegen Mag. P■■■ führt (ON 247, S 3 f; eigene Hervorhebungen). Außerdem gäbe es keine Anhaltspunkte dafür, dass „die Beklagte Partei vom Disziplinarverfahren gewusst hätte“ (ON 247, S 6).

3.2.3.2 Beide Behauptungen sind aktenwidrig. Spätestens seit der Einvernahme von Alt-Bürgermeister Dr. Dobusch am 19.08.2013 wussten Mag. P■■■ und die beklagte Partei, dass gegen Mag. P■■■ ein Disziplinarverfahren anhängig ist und dieses nach Rechtskraft des Strafverfahrens gegen Mag. P■■■ vor dem Landesgericht Linz auch wieder aufgenommen wird. Dies ist mehrfach dokumentiert.

3.2.3.3 Im entsprechenden Verhandlungsprotokoll heißt es wörtlich (ON 77, S 69; eigene Hervorhebungen):

„BV über Vorhalt S 45 letzter Absatz und S 46 in der Beilage EEEEEEE 5:

Frage: Was hat das Disziplinarverfahren hinsichtlich Mag. P■■■ ergeben oder was nicht?

Dobusch: Das kann ich nicht sagen, weil ein Disziplinarverfahren, wenn es eingeleitet wird, wenn eine Anklage erhoben wird, unterbrochen worden ist. Es wird wieder aufgenommen, wenn eine Entscheidung des Gerichtes da ist und daher gibt es keine Entscheidung des Disziplinarsenates und ich betone, dass sich die Beamten das selber regeln.“

3.2.3.4 Ebenso hält der Liveticker der OÖN am 19.08.2013 um 17:34 Uhr fest (eigene Hervorhebungen):

Lansky will zum Disziplinarverfahren gegen P■■■ etwas wissen. Dieses sei unterbrochen, sagt Dobusch. Und er werde sich hüten, da irgendwo einzugreifen, des is ma vü zu haglich“

Bescheinigung:

– OÖN-Liveticker 19.08.2013 (Beilage ./7)

3.2.3.5 Die Frage des Beklagtenvertreters Dr. Lansky setzt zwingend Kenntnis der beklagten Partei vom Disziplinarverfahren voraus. Mag. P■■■, der selbst die entsprechende Befragung protokolliert hat, nimmt von dieser Tatsache zwangsläufig Kenntnis.

3.2.3.6 Es stellt sich daher die Frage nach der Ursache für diese Feststellung. Im besten Fall hat Mag. P■■■ die von ihm selbst protokollierte Aussage Dr. Dobusch nur vergessen und seine aktenwidrige Feststellung ohne neuerliches Aktenstudium getroffen. Dann hat er den Kostenseparationsbeschluss zumindest voreilig gefasst,

was einmal mehr seine negative innere Einstellung gegen die Stadt Linz belegt. Abgesehen davon ist nur schwer nachvollziehbar, wie Mag. P. ■■■ das Disziplinarverfahren im Vorfeld der geplanten Einvernahme des Zeugen Mag. P. ■■■ entgangen sein konnte. Schließlich

- hat sich Mag. P. ■■■ nach eigenen Angaben „*mehrere Tage*“ und „*intensiv*“ auf die Beweisaufnahmetagsatzungen vorbereitet (ON 247, S 7);
- wurde in Medien, die Mag. P. ■■■ nachweislich liest, von diesem Disziplinarverfahren berichtet; und
- wurde Mag. P. ■■■ wenige Wochen vor der Verhandlung auf die mögliche Aussageverweigerung durch Mag. P. ■■■ hingewiesen und um Nachfrage bei Mag. P. ■■■ bzw. dessen Rechtsvertreter ersucht.

3.2.4 Unkenntnis der Medienberichte

3.2.4.1 Dem Kostenseparationsbeschluss zufolge hat Mag. P. ■■■ am Tag vor der Verhandlung „*zufällig*“ vom Disziplinarverfahren gegen Mag. P. ■■■ erfahren. Weiters heißt es darin, die Stadt Linz habe am 26.05.2014 auf ihrer Homepage veröffentlicht, dass Mag. P. ■■■ wegen dieses Disziplinarverfahrens im Sonderkontrollausschuss am 26.05.2014 keine Aussage getätigt habe (ON 247, S 3 f). Welcher Zufall Mag. P. ■■■ auf die Pressemitteilung der Stadt Linz noch am Tag ihrer Veröffentlichung aufmerksam machte, geht aus der Begründung des Kostenseparationsbeschlusses nicht hervor. Im Protokoll zur Tagsatzung hält Mag. P. ■■■ bloß fest, „*über die Existenz dieses Disziplinarverfahrens erst gestern aus der Presse erfahren*“ zu haben (ON 234, S 2).

3.2.4.2 Die Vertreter der Stadt Linz haben schon in der Verhandlung am 27.05.2014 darauf hingewiesen, dass das Disziplinarverfahren gegen Mag. P. ■■■ „*medienbekannt sei*“ (ON 234, S 4; OÖN-Liveticker 27.05.2014, 11:14 Uhr). Damit war in der konkreten Verhandlungssituation unverkennbar die Kenntnis des Gerichts und der beklagten Partei gemeint. Mag. P. ■■■ hielt der Stadt daraufhin empört entgegen, sie könne nicht erwarten, dass er „*jede Lokalnachricht aus einem anderen Bundesland*“ zur Kenntnis nehme (ON 247, S 5).

Bescheinigung:

- OÖN 03.09.2011, Bürgermeister stärkt Mayr den Rücken, Disziplinarverfahren für P. ■■■ (Beilage ./8)
- OÖN-Liveticker vom 27.05.2014 (Beilage ./6)

3.2.4.3 Freilich nimmt er selbst wiederholt auf Berichte in „Lokalnachrichten“, insbesondere den Oberösterreichischen Nachrichten, Bezug. So begründet er eine strengere Verhandlungsführung in Zukunft damit, dass man „*ja eh immer in den Livetickern nachlesen*“ könne, wozu das gegenseitige Ins-Wort-Fallen führe (OÖN-Liveticker 27.05.2014, 11:31 Uhr; vgl auch ON 234, S 14). Außerdem kränkt Mag. P. ■■■ die –

offenkundig aus eigener Initiative wahrgenommene – Schlagzeile „Swap-Farce am Wiener Handelsgericht“ merklich (ON 247, S 4); mit seinem Kostenseparationsbeschluss macht Mag. P. die Stadt Linz für diese Schmach allein verantwortlich.

3.2.4.4 Die hochgradige Emotionalisierung von Mag. P. bestimmt offenkundig auch seine Rezeption von Medienberichten. Dies erklärt, warum er gerade den Bericht über das Disziplinarverfahren gegen Mag. P. nicht wahrgenommen haben will.

3.2.5 Rücksprache mit (den Vertretern von) Mag. P.?

3.2.5.1 Am 05.05.2014 – also drei Wochen vor dem Verhandlungstermin – bringt die beklagte Partei folgende Anregung ein (ON 215):

„Presseberichte der letzten Tage legen nun – unmittelbar nach Abweisung der Vertagungsbitte der Stadt Linz – die Vermutung nahe, dass sich Mag. P. der nächsten Befragung unter Wahrheitspflicht vor dem Handelsgericht Wien wieder entziehen möchte.

Aus prozessökonomischen Gründen regt BAWAG P.S.K. an, Mag. P. ... Vertreter vorab um Stellungnahme und Bescheinigung zu ersuchen, ob und inwieweit sich ihr Klient bei der bevorstehenden Befragung auf Aussageverweigerungsrechte berufen wird“

3.2.5.2 Im der Anregung beigelegten Pressebericht (Beilage /293) wird unmissverständlich dargestellt, dass sich Mag. P. „gegenüber dem Sonderkontrollausschuss ‚auf das ihm zukommende Aussageverweigerungsrecht berufen“ hat. Weiters heißt es, dass „Handelsrichter Andreas P., der P. Ende Mai drei Tage lang vernehmen möchte, von diesem wieder dauernd ein ‚Ich entschlage mich!‘ hören“ werde.

3.2.5.3 Spätestens diese Eingabe hat Mag. P. bewusst gemacht, dass Mag. P. offenbar auch nach Abschluss des Strafverfahrens „Aussageverweigerungsrechte“ (Plural!) zukommen und er sich darauf in behördlichen Verfahren beruft. Warum Mag. P. angenommen hat, dass es sich hier nur um jenes aufgrund vermögensrechtlicher Nachteile iSd § 321 Abs 1 Z 2 ZPO handeln könnte (ON 247, S 6), bleibt im Dunkeln. Denn die Begründung, dass für ihn „im Hinblick auf § 322 ZPO kein weiterer Zeugnisverweigerungsgrund ersichtlich“ war, ist zirkulär und nichtssagend.

3.2.5.4 Außerdem wird Mag. P. mit dieser Eingabe drei Wochen vor der Verhandlung explizit gebeten, die Sinnhaftigkeit der Beweisaufnahmetagsatzung mit den Vertretern von Mag. P. abzuklären. Diese Vertreter sind ihm bereits bekannt und in der Anregung ON 215 namentlich genannt. Das mit der Eingabe angestrebte Ziel wäre mit einem kurzen Telefonat erreicht worden, in dem Mag. P. vom Disziplinarverfahren erfahren hätte. Mag. P. führt im Kostenseparationsbeschluss dazu lediglich aus, dass „keine Nachfrage bei den Rechtsvertretern des Zeugen erfolgte“ (ON 247, S 6). Mag. P. hat sich also – trotz seiner Verantwortung für die Prozessleitung (§ 180 ZPO) und trotz

gegenteiliger Anregung der beklagten Partei – bewusst entschieden, erst in der Verhandlung am 27.05.2014 zu klären, ob Mag. P. ■ die Aussage verweigert. Die gegen eine solche Vorgangsweise von der beklagten Partei vorgetragenen prozessökonomischen Erwägungen hat er verworfen. Es kann daher nur Ausfluss einer hochgradig verzerrten Wahrnehmung sein, wenn Mag. P. ■ nunmehr der Stadt Linz vorwirft, sie haben ihn nicht rechtzeitig vor einer drohenden Aussageverweigerung durch Mag. P. ■ gewarnt. Mag. P. ■ selbst hat sich gezielt dagegen entschieden, die Frage einer Aussageverweigerung des Mag. P. ■ im Vorfeld der geplanten Einvernahme zu klären.

3.2.5.5 Aufgrund der Verhandlungsprotokolle steht fest, dass Mag. P. ■ vom Disziplinarverfahren spätestens in der Verhandlung am 19.08.2013 Kenntnis erlangt hatte. Dessen ungeachtet will er erstmals am Vortag vor der Verhandlung aufgrund eines Zufalls davon erfahren haben. Diesem Zufall hätte er durch den von der beklagten Partei angeregten Kontakt mit Mag. P. ■ bzw dessen Vertretern frühzeitig nachhelfen können. Ein solcher Kontakt hätte ihm das schon in der Verhandlung am 19.08.2013 thematisierte Disziplinarverfahren wieder ganz konkret ins Bewusstsein gerückt. Aber auch ganz abgesehen davon hätte Mag. P. ■ seine „zufällig erlangte Kenntnis“ vom Disziplinarverfahren am Vortag der Verhandlung immer noch zum Anlass nehmen können, die Verhandlung kurzfristig abzuberäumen.

3.2.6 Stadt Linz nicht für Fehler bei der Verhandlungsvorbereitung verantwortlich

3.2.6.1 Mag. P. ■ lastet der Stadt Linz „die unterlassene Verständigung des Gerichts vom Disziplinarverfahren gegen den Zeugen Mag. Werner P. ■“ als „massiven“ Verstoß gegen ihre Prozessförderungspflicht an. Denn in Kenntnis vom anhängigen Disziplinarverfahren hätte er „zum jetzigen Zeitpunkt keine Tagsatzungen zur Vernehmung des Mag. P. ■ ausgeschrieben“ (ON 247, S 4). Dabei bleibt die rechtliche Grundlage für eine derartig weitreichende Prozessförderungspflicht und für angedachten Verzicht auf die Einvernahme von Mag. P. ■ völlig unklar. Kaum nachvollziehbar ist auch, warum es am 26.05.2014, also jenem Tag, an dem Mag. P. ■ zufällig erstmals vom Disziplinarverfahren Kenntnis erlangt haben will, zu spät gewesen sein soll, um die Tagsatzung am nachfolgenden Tag abzuberäumen.

3.2.6.2 Dass eine Partei, sobald für sie erkennbar ist, „dass das Gericht eine für [sie] ex ante erkennbar nicht sinnvolle Prozesshandlung setzt, zumindest darauf hinweisen“ müsse (ON 247, S 6) und jedes (angebliche) Unterlassen Kostenfolgen nach sich ziehe, ist schlicht unhaltbar.

3.2.6.3 Selbst wenn die von Mag. P. ■ genannte Prozessförderungspflicht in der Form tatsächlich existierte, ist aus Befangenheitsgesichtspunkten wiederum auffällig, dass die beklagte Partei völlig unbehelligt bleibt. Dabei wusste sie nachweislich vom Disziplinarverfahren. Anstatt dieses Wissen in der Tagsatzung einzugestehen, lehnten sich ihre Vertreter zufrieden zurück, während sich der Zorn des Mag. P. ■ gegenüber der Stadt Linz entlud. Trotz Kenntnis vom Disziplinarverfahren stellte die

beklagte Partei trotz eigener Kenntnis vom Disziplinarverfahren ungerührt einen Antrag auf Kostenseparation. Dabei handelt es sich um ein glatt missbräuchliches Prozessverhalten.

3.2.6.4 Wie noch näher auszuführen sein wird, war die Tagsatzung keineswegs wegen der Entschlagung durch Mag. P. ■■■ frustriert.

3.3 Tagsatzung keineswegs frustriert, Entschlagung vorhersehbar

3.3.1 Mag. P. ■■■ behauptet, von der auf das Disziplinarverfahren gestützte Entschlagung durch Mag. P. ■■■ überrascht worden zu sein. *„Wäre dem Richter dieser Umstand bekannt gewesen, hätte er die Tagsatzungen zur Vernehmung des Zeugen nicht ausgeschrieben, da vor diesem Hintergrund nicht mit einer umfassenden Aussagebereitschaft gerechnet werden kann.“*

3.3.2 Mit einer „*umfassenden Aussagebereitschaft*“ war allerdings ohnehin nicht zu rechnen. Schließlich war eine auf Vermögensnachteile gestützte Entschlagung durch Mag. P. ■■■ geradezu vorprogrammiert, wie Mag. P. ■■■ am 21.02.2014 selbst protokollierte (ON 160, S 2):

„Das Gericht hält fest, dass im Hinblick darauf, dass im Strafverfahren Mag. P. ■■■ als falsus procurator bezeichnet wird, zu befürchten stehen könnte, dass sich Mag. P. ■■■ in der Folge aufgrund einer drohenden zivilrechtlichen Haftung nach den Bestimmungen der EVHGB [entschlägt].“

3.3.3 Im Übrigen ist die Rechtsansicht, dass die Entschlagung des Mag. P. ■■■ den gesamten Vorbereitungsaufwand frustriert hätte, krass unrichtig.

3.3.4 Schließlich ist es – bei allen Prognosen des Gerichts und der Parteien über die Wahrscheinlichkeit einer Entschlagung – immer noch „*allein Sache des Zeugen*“, ob er sich auf ein solches Recht tatsächlich beruft (*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 323 ZPO Rz 1). Mag. P. ■■■ gar nicht zu laden, wäre daher nur bei Zurückweisung der Beweisanträge beider Parteien als unerheblich iS des § 275 ZPO vorstellbar. Dafür bestand keinerlei Grundlage.

3.3.5 Auch dann, wenn eine auf das Disziplinarverfahren gestützte Entschlagung von Mag. P. ■■■ wahrscheinlich erschien, war (und ist) ihre Rechtfertigung keineswegs gesichert. Schon die Frage, ob Disziplinarverfahren unter § 321 Z 1 ZPO zu subsumieren sind, ist umstritten (vgl. ON 234; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*² § 321 ZPO Rz 11). Welchen Standpunkt Mag. P. ■■■ hier einnehmen und ob dessen Auffassung vor dem Oberlandesgericht, das die beklagte Seite nun auch angerufen hat (Rekursbeantwortung der beklagten Partei vom 27.06.2014), halten wird, war im Vorfeld der Tagsatzung nicht vorhersehbar.

3.3.6 Aufgrund der Tagsatzung am 27.05.2014 wird vom Oberlandesgericht geklärt werden, ob das Aussageverweigerungsrecht nach § 321 Z 1 ZPO (angekündigter

Rekurs der beklagten Partei) und Z 2 (Rekurs von Mag. P■■■■) zu den bisher gestellten Fragen besteht oder nicht. Darin liegt ein unvermeidbarer Zwischenstreit; die dafür aufgewendete Verhandlungszeit ist somit keineswegs frustriert.

- 3.3.7 Außerdem hält der Kostenseparationsbeschluss fest, dass die Zeit bis zur bescheidmäßigen Entbindung von Mag. P■■■■ „für die Verhandlung über andere Streitpunkte genutzt“ werden konnte. Jedoch behauptet Mag. P■■■■, dass „diese Erörterung aber auch im Zuge einer anderen Verhandlung kostenschonend durchgeführt hätten werden können“ (ON 247, S 6).
- 3.3.8 Die Antwort auf die Frage, wieso ein anderer Verhandlungstermin im Vergleich zu jenem am 27.05.2014 „kostenschonend“ gewesen wäre, bleibt Mag. P■■■■ schuldig. Außerdem fehlt es dann, wenn die Zeit bis zur Entbindung von Mag. P■■■■ zur Klärung anderer Verfahrensfragen genutzt werden konnte, schon an der Grundvoraussetzung jeder Kostenseparationsanspruch: Es müssen tatsächlich Mehrkosten verursacht (!) worden sein, „die ohne das betreffende Ereignis nicht entstanden wären“ (M. Bydlinski in Fasching/Konecny² § 48 ZPO Rz 1).
- 3.3.9 Angesichts seiner inneren Ablehnung der Stadt Linz stellt Mag. P■■■■ in seinem Beschluss sogar die Behauptung auf, dass die von der beklagten Partei verzeichneten Kosten „nur einen Teil der tatsächlichen frustrierten Kosten ... (vier Verhandlungsstunden) darstellen“ würden (ON 247, S 7). Diese Aussage widerspricht nicht nur den Tatsachen, sondern vor allem auch den eigenen Feststellungen von Mag. P■■■■.

3.4 (Anschein der) Befangenheit

- 3.4.1 Der Kostenseparationsbeschluss ist Ausdruck einer Haltung, die von starken Emotionen gegen die Stadt Linz getragen ist. Anders lässt sich nicht erklären, warum Mag. P■■■■ die Stadt Linz für eine angeblich verspätete Entbindung des Zeugen Mag. P■■■■ verantwortlich macht. Schließlich war er es, der noch am Verhandlungstag der Magistratsdirektorin für die rechtzeitige Entbindung gedankt hat. In dieses Bild passt der Vorwurf gegen die Stadt Linz, sie habe das Disziplinarverfahren gegen Mag. P■■■■ verschwiegen. Mag. P■■■■ selbst war es, der die unmissverständliche Erklärung des Altbürgermeisters Dr. Dobusch über das Disziplinarverfahren gegen Mag. P■■■■ protokolliert hat. Wenn schließlich Mag. P■■■■ ausführt, er sei von der Aussageverweigerung des Mag. P■■■■ überrascht worden, setzt er sich auch hier in Widerspruch zu den Fakten. Die beklagte Partei hat ihn bereits Wochen vor der geplanten Einvernahme auf diese Möglichkeit hingewiesen. Im Hinblick darauf hat sie ein klärendes Gespräch von Mag. P■■■■ mit dem Zeugen bzw. dessen Rechtsvertreter angeregt.
- 3.4.2 In jedem Fall entbehrt der gegen die Stadt Linz gerichtete Beschluss jeder sachlichen Grundlage. Das ist so evident, dass sich unweigerlich die Frage nach den Motiven für einen solchen Beschluss aufdrängt. Da die Stadt Linz selbstverständlich nicht

annehmen will, dass Mag. P■■■■ bewusst unsachliche Entscheidungen gegen die Stadt Linz fällt, können es nur starke Emotionen gegen die Stadt Linz sein, die Mag. P■■■■ den objektiven Blick auf die aktenkundigen Fakten verstellen. Die Gründe dafür sind letztlich irrelevant. Die unhaltbaren Anschuldigungen gegen die Stadt Linz lassen keinen andern Schein als den einer Befangenheit zu (LGZ Wien 42 R 447/11p, EFSLg 135.859).

4 Gesamttatbetrachtung der bisherigen Verfahrensführung

4.1 Allgemeines

4.1.1 Schon die Ladung von MMag. Luger, deren verfrühte Kommunikation an zahlreiche Medienvertreter und der sachlich völlig unhaltbare Kostenseparationsbeschluss begründen für sich genommen zumindest den Anschein der Befangenheit von Mag. P■■■■. Im Lichte dieser Erkenntnis steht freilich das Gesamtverhalten von Mag. P■■■■ auf dem Prüfstand. Die von Mag. P■■■■ in der letzten Zeit gesetzten Verfahrenshandlungen legen nunmehr bei objektiver Betrachtung den Schluss nahe, dass Mag. P■■■■ schon länger von unsachlichen Motiven bestimmt und zusehends nicht mehr in der Lage ist, dieses Verfahren objektiv zu führen.

4.1.2 Die Besorgnis der Befangenheit kann auch aus der Gesamtbetrachtung mehrerer Umstände hergeleitet werden; dies ist jedenfalls im deutschen – dem österreichischen sehr verwandten – Ablehnungsrecht seit langem anerkannt (vgl. etwa OLG Schleswig 30.09.2004, 16 W 126/04 = BeckRS 2004, 11032; *Gehrlein* in MünchKomm ZPO⁴ § 43 Rz 6, jeweils mit weiteren Nachweisen).

4.2 Auffallend einseitige Verfolgung von vermeintlich falschen Zeugen- und Parteiaussagen

4.2.1 Die ILG-Protokolle hält Mag. P■■■■ auch deswegen für wesentlich, weil er eine Falschaussage des ehemaligen Linzer Politikers und Finanzstadtrat Dr. Mayr vermutet. Dies ist dokumentiertermaßen die zweite Triebfeder für den Vorlageauftrag (vgl. ON 238, S 3).

4.2.2 Dr. Mayr hat in seiner Zeugenaussage am 25.09.2013 folgendes ausgesagt (ON 106):

„Ich kann das insofern leicht beantworten, als das höchste Bankprodukt, das ich jemals hatte oder mit dem ich mich beschäftigt habe, der Bausparvertrag war. Daneben hatte ich auch Sparbücher.“

4.2.3 Diese zugegebenermaßen etwas überpointierte und die Fragestellung nur teils treffende Aussage versucht Mag. P■■■■ als falsche Zeugenaussage zu enttarnen. Selbst bei einer isolierten Betrachtung der zitierten Passage liegt der Verdacht einer falschen Zeugenaussage denkbar fern. Darauf wird gegebenenfalls an anderer Stelle einzugehen sein. Unter Befangenheitsgesichtspunkten ist aber entscheidend, wie

Mag. P■■■■ bisher agiert hat, wenn er bei Aussagen auf Seiten der beklagten Partei einen begründeten Verdacht einer Falschaussage artikuliert hat.

4.2.4 Mag. P■■■■ geht keineswegs jeder Zeugenaussage, bei der sich ein Widerspruch ergibt, mit derselben Konsequenz nach.

– So hält Mag. P■■■■ im Protokoll der Tagsatzung vom 23.09.2013 fest, *„dass für das Gericht die Aussage des B■■■■ H■■■■ mit dem Ergebnis des AHE [Amtshilfeersuchen] an die FMA nicht vereinbar ist (Ergebnis des Prüfberichts: mangelhafte Produkteinführung, Überschreitung des Risikos im Handelsbuch und Reaktionen der BAWAG darauf)“* (ON 105, S 68). Dies veranlasste Mag. P■■■■ aber bislang nicht dazu, Herrn H■■■■ neuerlich mit dem FMA Prüfbericht zu konfrontieren und ihn so der (möglichen) Falschaussage zu überführen.

– Im Protokoll der Tagsatzung vom 21.02.2014 (ON 160) hält Mag. P■■■■ fest: *„Kurz erörtert werden die heutigen Beweisergebnisse, das Gericht hält insbesondere fest, dass die Aussagen der Zeugen L■■■■ und S■■■■ nur schwer miteinander in Einklang zu bringen sind, weshalb das Gericht erwägt, den Zeugen S■■■■ mit der Aussage des Zeugen L■■■■ zu konfrontieren.“* Tatsächlich geschehen ist diesbezüglich noch nichts.

4.2.5 Bereits an zwei Punkten des Verfahrens gab es also nach der eigenen Einschätzung von Mag. P■■■■ einen hinreichenden Anlass, möglichen Falschaussagen auf Seiten der beklagten Partei nachzugehen. Die dafür maßgeblichen Umstände liegen Monate zurück. Dessen ungeachtet hat sich Mag. P■■■■ nicht veranlasst gesehen, kurzfristig weitere Einvernahmen anzuordnen, um die von ihm selbst attestierten Widersprüche aufzuklären. Im Falle des Zeugen Dr. Mayr ortet dagegen Mag. P■■■■ einen so dringenden Handlungsbedarf, dass er entgegen dem Prozessprogramm kurzfristig den Bürgermeister der Stadt Linz lädt, obwohl er Wochen zuvor (bei Ablehnung der Vertagungsbitte der Stadt Linz) Termine im Sommer aufgrund seines Terminkalenders noch ausgeschlossen hatte.

4.2.6 Diese Ungleichbehandlung völlig vergleichbarer Prozesssituationen ist einmal mehr Ausdruck einer besonders negativen inneren Einstellung des Richters gegen die Stadt Linz.

4.3 Auffallend einseitige Verfahrensführung zur Erhebung des tatsächlichen Schadens

4.3.1 Das von der beklagten Partei aufgeworfene Interesse an den ILG-Protokollen verfolgt Mag. P■■■■ mit Erlassung eines Vorlageauftrags, der amtswegigen Ladung des Bürgermeisters der Stadt Linz samt dem Vorhaben, die „Konsequenzen“ der unterlassenen Vorlage öffentlichkeitswirksam am 04.07.2014 zu erörtern. Im krassen Gegensatz dazu schenkt Mag. P■■■■ Beweisansprüchen der Stadt Linz, deren Verfahrensrelevanz auf der Hand liegt, keine vergleichbare Beachtung. In

Zusammenschau mit den unsachlichen Verfügungen vom 18.06.2014 begründet auch diese Ungleichbehandlung der Prozessparteien den Anschein der Befangenheit.

- 4.3.2 Mit Vorlangantrag vom 17.01.2014 begehrt die Stadt Linz die Vorlage jener Handelsbestätigungen (Tradetickets) von der beklagten Partei, die den Weiterverkauf der exponentiellen Optionsstruktur des Swap-Geschäfts 4175 in den Jahren ab 2010 belegen. Dass dieser Weiterverkauf erfolgt ist, ergibt sich zwingend aus der Schadenaufstellung der beklagten Partei (VSS der beklagten Partei vom 12.07.2013, S 118 ff). Die Handelsbestätigungen sind unverzichtbare Voraussetzung für eine korrekte Schadensberechnung und damit nicht zuletzt für ernsthafte Vergleichsgespräche. Die von Mag. P. [REDACTED] so vehement eingeforderten Vergleichsgespräche mussten allesamt aufgrund der Nichtvorlage dieser Handelsbestätigungen scheitern (ON 45, S 1).
- 4.3.3 In der Tagsatzung vom 21.02.2014 wird der Vorlageantrag der Stadt Linz erörtert. Anstatt hierüber in der gebotenen Weise zu entscheiden, hält Mag. P. [REDACTED] fest, dass es ihm *„sinnvoller erscheint, einen solchen Antrag vorerst dem Sachverständigen zu überlassen, da nur dieser die Tickets sinnvoll deuten und werten kann und es auch entsprechende Folgen für den Fall der Nichtvorlage geben würde (Unmöglichkeit einer Gutachtenserstattung), wohingegen nunmehr ein Vorlageauftrag durch das Gericht weder zu einer Würdigung führen kann, noch dem Gericht aus eigenem die Fähigkeit zukommt, diese Trade Tickets inhaltlich zu bewerten“* (ON 160, S 12).
- 4.3.4 Entgegen den Vorgaben der Prozessordnung verweigert Mag. P. [REDACTED] somit eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Beweisantrag der Stadt Linz. Weshalb eine Nichtvorlage entgegen § 307 Abs 2 ZPO im Rahmen der Beweiswürdigung nicht verwertbar sein soll, ist ebenso unbegreiflich wie die Behauptung, dass die Handelsbestätigungen erst im Zuge der Gutachtenserstellung maßgeblich sein sollen. Dass ohne Vorlage der Handelsbestätigungen eine Gutachtenserstattung zur Schadenshöhe unmöglich ist, ist Mag. P. [REDACTED] – wie er selbst ausführt – vollkommen bewusst.
- 4.3.5 Um ihrem Auskunftsverlangen zum Durchbruch zu verhelfen, stellt die Stadt Linz schließlich in der Tagsatzung vom 21.02.2014 gemäß § 184 ZPO die Fragen, mit denen sie von der beklagten Partei wissen will, zu welchen Zeitpunkten, an welche Banken, wie viele Optionen, welchen Inhalts und zu welchen Optionsprämien verkauft wurden.
- 4.3.6 Mit Beschluss vom 17.04.2014 trägt Mag. P. [REDACTED] der beklagten Partei daraufhin auf, die von der Stadt Linz gemäß § 184 ZPO gestellten Fragen binnen 14 Tagen zu beantworten. Dennoch weigert sich die beklagte Partei beharrlich, die Fragen der Stadt Linz zu den Handelsbestätigungen zu beantworten. Zu den Konsequenzen der Nichtbeantwortung der Fragen hält Mag. P. [REDACTED] im Protokoll der Tagsatzung vom 27.05.2014 folgendes fest: *„Wann und ob die Beklagte die Fragen beantwortet, bleibt alleine ihr überlassen, dem Gericht kommt hier keine Entscheidungs- oder*

Zwangskompetenz zu. Eine spätere Beantwortung könne nur insofern Berücksichtigung finden, als allfällige Beweisanträge oder Vorbringen der Klägerin, die auf diesen Informationen beruhen, dann vielleicht nicht als verspätet angesehen werden können, wenn die Informationen früher nicht zur Verfügung standen“ (ON 234, S 7).

4.3.7 Anstatt der beklagten Partei vor Augen zu führen, dass Mag. P. ■ nach wie vor dem noch offenen Vorlageantrag entsprechen könnte, vermittelt er sämtlichen Prozessbeteiligten und der Öffentlichkeit den Eindruck, dass ihm prozessual die Hände gebunden seien. Dieses Verhalten steht in krassem Widerspruch zu jener Vehemenz, mit der Mag. P. ■ versucht, den Inhalt der ILG-Protokolle zu erkunden. Während er in einer eilig einberufenen Tagsatzung in Anwesenheit des Linzer Bürgermeisters die „Konsequenzen“ der Nichtvorlage dieser Protokolle medienwirksam erörtern will, sieht er keinen Anlass, auf das angesprochene Verhalten der beklagten Partei vergleichbar zu reagieren. Hier sieht sich Mag. P. ■ nicht veranlasst, eine Tagsatzung unter Ladung des Spitzenvertreters der beklagten Partei, B. ■ H. ■, anzuberaumen, um die fraglichen Konsequenzen öffentlich zu erörtern. Auch damit zeigt sich das ungleiche Maß, mit dem Mag. P. ■ die Stadt Linz misst.

4.4 Behauptete Blockade der Prozessplanung

4.4.1 Mit Beschluss vom 13.06.2014 hat das Gericht Folgendes verfügt (ON 246; eigene Hervorhebungen):

„Der Klägerin wird unter Verweis auf den Schriftsatz der Beklagten ON 241 vom 3.6.2014 aufgetragen, sich unverzüglich zur Frage der Entbindung der Zeugen S. ■, R. ■ und S. ■ zu erklären, damit die Prozessplanung nicht weiter blockiert wird.“

4.4.2 Die von Mag. ■ gewählte Diktion enthält unmissverständlich den Vorwurf gegenüber der Stadt Linz, die Prozessplanung zu blockieren. Er ist jedoch allgemein und speziell im Hinblick auf die eingeforderte Prozesshandlung völlig unbegründet:

4.4.3 Mag. P. ■ hat den Parteien in der Verhandlung vom 27.05.2014 die Möglichkeit eingeräumt, sich zum Modus der Einvernahme der von der beklagten Partei beantragten Zeugen ■ S. ■, ■ R. ■ und ■ S. ■ – nämlich im Rechtshilfegeweg, per Videokonferenz oder doch direkt vor dem erkennenden Gericht – *„schriftlich noch im Zuge der aufgetragenen bzw. eingeräumten Schriftsätze zu äußern“* (ON 234, S 11; eigene Hervorhebungen). Zur Frage der Entbindung dieser Zeugen sagte die Stadt Linz zu, *„dies abzuklären und rechtzeitig bekannt zu geben“* (ON 234, S 11). In derselben Verhandlung wurde den Parteien ein Schriftsatz aufgetragen, in dem die Punkte darzulegen sind, zu denen sie eine Befundaufnahme oder eine Begutachtung durch die Sachverständigen wünschen wurde. Dafür wurde den Parteien eine Frist von fünf Wochen eingeräumt, die am 01.07.2014 endet (ON 234, S 10).

- 4.4.4 Aus verfahrensökonomischen Erwägungen ist es nur sinnvoll, alle drei Punkte in einem Schriftsatz zu erledigen. Schließlich wäre auf jeden einzelnen Schriftsatz eine gesonderte Replik zu erwarten. Der für 01.07.2014 terminisierte Schriftsatz war unmittelbar nach der Verhandlung vom 27.05.2014 auch der einzige vom Gericht „aufgetragene bzw eingeräumte“, im Rahmen dessen sich die Stadt Linz zum Einvernahmemodus äußern durfte. Sie wollte daher darauf ebenso wie auf die Entbindung der genannten Zeugen in dem am 01.07.2014 fälligen Schriftsatz eingehen. Es war für die Stadt Linz auch nicht erkennbar, weshalb die Äußerung über die Entbindung noch vor jener über den Einvernahmemodus notwendig sein sollte; erst mit beiden Informationen ist eine endgültige Planung der Zeugeneinvernahme möglich.
- 4.4.5 Der Vorwurf gegenüber der Stadt Linz, die Prozessplanung zu blockieren, ist damit unhaltbar. Schließlich durfte die Stadt Linz annehmen, dass Mag. P. ■■■ die konkrete Planung der Zeugeneinvernahme erst nach Einlangen der eingeräumten Stellungnahmen der Parteien in Angriff nehmen werde. Der einmal mehr emotionsgetriebene Vorhalt des Gerichts ist zudem deshalb nicht nachvollziehbar, weil die beklagte Partei die besagten Zeugen auch zu Beweisthemen beantragt hat (siehe nur Schriftsatz vom 28.02.2014, Punkt 12.1), bei denen es keiner Entbindung durch die Stadt Linz bedarf. Damit kann aber die ausstehende Erklärung zur Entbindung die Prozessplanung nicht ernsthaft blockieren.
- 4.4.6 Mag. P. ■■■ weiß, dass geradezu alle Beschlüsse des vorliegenden Verfahrens an die Öffentlichkeit dringen. Der unverhohlene (wenn auch haltlose) Vorwurf der Prozessblockade ist damit geeignet, unsachlichen Druck auf die Stadt Linz aufzubauen, was offensichtlich dabei ins Kalkül gezogen wird. Jedenfalls ist aber der zugleich vorschnelle und unhaltbare Vorwurf einer Prozessblockade bereits ein gewichtiges Indiz, dass Mag. P. ■■■ bei seinen Verfügungen seit geraumer Zeit von unsachlichen Motiven angetrieben wird. Die Maßnahmen vom 18.06.2014 haben nunmehr klar zum Ausdruck gebracht, was sich zuvor nur angedeutet hat.

4.5 **Beschlusskorrektur**

- 4.5.1 Wie dargelegt, sind die von Mag. P. ■■■ am 18.06.2014 gesetzten Maßnahmen (kurzfristige Einberufung einer Tagsatzung trotz zuvor artikulierter Terminnot, amtswegige Ladung des Linzer Bürgermeisters, verfrühte Presseaussendung, haltloser Kostenseparationsbeschluss mit aktenwidriger Begründung) von einer bedenklichen Haltung gegen die Stadt Linz getragen. Sie stehen in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Weigerung der Stadt Linz, einen Vorlageauftrag von Mag. P. ■■■ innerhalb der vorgesehenen Frist zu befolgen. Eine derart impulsive Reaktion auf das (prozessordnungskonforme) Verhalten der Stadt Linz begründet den Anschein der Befangenheit. Immerhin hat Mag. P. ■■■ bei seinen Maßnahmen gleich mehrfach gegen das Prozessrecht verstoßen, aktenwidrige Feststellungen getroffen, einen rätselhaften Meinungsumschwung vollzogen und zugleich berechnete Interessen des Linzer Bürgermeisters verletzt. Der dafür maßgeblich

Impuls hat sich am 18.06.2014 geballt entladen. Es steht daher aus Sicht der Stadt Linz zu befürchten, dass auch in der Zukunft Entscheidungen von Mag. P. nicht durchgängig von sachlichen Motiven getragen sind. So hat sich bei ihm auch schon vor den Ereignissen am 18.06.2014 ein Hang zu übergebührlich impulsiven Reaktionen auf Prozesshandlungen der Stadt Linz angedeutet.

- 4.5.2 Am Dienstag, den 11.03.2014, erreicht die Vertreter der Stadt Linz um 19:42 Uhr eine E-Mail von Mag. P., mit der er auf eine von der Kanzlei irrtümlich falsch abgefertigte Ausfertigung des Beschlusses vom 10.03.2014 (ON 171) verweist und eine neue, fehlerfreie ankündigt. Als Grund dafür gibt Mag. P. an, sich in der Adresse und in der Schreibweise des Namens eines Sachverständigen geirrt zu haben (ON 174).

Bescheinigung:

- Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 10.03.2014 (Beilage ./9)

- 4.5.3 Tatsächlich wird im Wege des Web-ERV die erste Beschlussausfertigung am 11.03.2014 um 20:43 Uhr bereitgestellt, die angekündigte Zweitfassung am 12.03.2014 um 21:25 Uhr. Die Abweichungen gehen freilich weit über die angekündigte Korrektur von Fomalia hinaus. Die entscheidende Differenz beider Ausfertigungen ist in der Begründung zu finden, mit der er die von der Stadt Linz wiederholt beantragte Beiziehung des von der Staatsanwaltschaft Linz bestellten Sachverständigen Dr. I. ablehnt.

- 4.5.4 In der am 11.03.2014 bereitgestellten Fassung wird Dr. I. noch pauschal abqualifiziert. Hier heißt es noch: „...die weitere Diskussionen sowohl mit den Parteien, als auch mit den Zeugen bereits jetzt absehbar sind, in einem Verfahren, in dem für eine einzige Verhandlungsstunde Kosten in Höhe eines besseren Mittelklassewagens auf jeder Seite anfallen, ist nicht im Sinne der Prozessökonomie. Wesentlich ist weiters und insbesondere, dass Dr. I. keine der vom Gericht dargelegten Voraussetzungen erfüllt.“ Mit anderen Worten: Dr. I. verfügt in keiner Weise über die von Mag. P. geforderten Kompetenz, den Swap zu begutachten, obwohl das Gutachten Dr. I. wesentliche Grundlage für das inzwischen rechtskräftige strafgerichtliche Urteil des LG Linz ist, in dem das Swap-Geschäft als unwirksam qualifiziert wird.

Diese zitierte Passage hat dann am 12.03.2014 folgende Fassung: „...die weitere Diskussionen sowohl mit den Parteien, als auch mit den Zeugen bereits jetzt absehbar sind, in einem Verfahren, in dem für eine einzige Verhandlungsstunde Kosten in Höhe eines besseren Mittelklassewagens auf jeder Seite anfallen, ist nicht im Sinne der Prozessökonomie. Das Gutachten ist als vorgelegte Urkunde Teil der Beweisaufnahme im gegenständlichen Verfahren und wird als Beweismittel auch berücksichtigt und gewürdigt. Eine Beiziehung desselben Sachverständigen ist jedoch nicht erforderlich oder geboten. Wesentlich ist weiters und insbesondere,

dass Dr. ■ unabhängig von dessen fachlicher Qualifikation die vom Gericht bereits dargelegten weiteren Voraussetzungen nicht erfüllt.“

4.5.5 Mit der Fassung vom 11.03.2014 wird (dem unbestritten hochqualifizierten Sachverständigen) Dr. ■ *jede* geforderte Voraussetzung zur Bestellung als Sachverständiger und damit implizit auch das nötige Fachwissen abgesprochen. Offenkundig bemerkt Mag. P. ■ selbst (oder durch Hinweis Dritter) kurz nach Beschlussausfertigung, dass er sich damit im Ton schwer vergreift. Auch hier kann nur ein starker emotionaler Impuls Ursache für seine ursprüngliche Wortwahl sein. Immerhin korrigiert Mag. P. ■ aber in der Folge noch seine ungebührliche Wortwahl. Zugleich hat sich hier aber schon angedeutet, was sich dann am 18.06.2014 an Emotionen gegen die Stadt Linz entladen hat.

5 Schlussbemerkung

5.1 Der Stadt Linz ist bekannt, dass die Befangenheitssenate Ablehnungsanträge gegen Berufsrichter nur ganz ausnahmsweise aufgreifen. Den Parteien soll es verwehrt sein, sich auf diesem Weg unliebsamer Richter zu entledigen. Vor diesem Hintergrund ist die Zurückhaltung der Befangenheitssenate auch durchaus verständlich. Die Stadt Linz hat sich daher ihre Entscheidung keineswegs leicht gemacht. Eine Zusammenschau der von Mag. P. ■ am 18.06.2014 gesetzten Maßnahmen macht aber den vorliegenden Schritt der Stadt Linz unvermeidlich.

5.2 Eine nüchterne Analyse der Ereignisse am 18.06.2014 lässt im Lichte aller aktenkundigen Fakten nur einen Schluss zu: Mag. P. ■ hat jedenfalls an diesem Tag eine so starke Emotion gegen die Stadt Linz angetrieben, dass er sich gleich mehrfach zu unsachlichen Maßnahmen gegen die Stadt Linz hat hinreißen lassen. Der Grund dafür dürfte in der Weigerung der Stadt Linz zu suchen sein, den Vorlageauftrag von Mag. P. ■ innerhalb der von ihm gesetzten Frist zu befolgen. Hier besteht ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang mit den Maßnahmen vom 18.06.2014. Mag. P. ■ auch der Ärger von Mag. P. ■ über das (prozessordnungskonforme) Verhalten der Stadt Linz menschlich verständlich sein, hat er bei seiner Reaktion gänzlich über das Ziel geschossen. Eine solches impulsgesteuertes Verhalten ist allemal ein zureichender Grund, die Unbefangenheit von Mag. P. ■ in Zweifel zu ziehen.

5.3 Die bedenkliche innere Einstellung von Mag. P. ■ gegen die Stadt Linz erschließt sich ohne weiteres bei einer sorgfältigen Würdigung der hier vorgetragenen Fakten und der angeführten Bescheinigungsmittel. Angesichts der existentiellen wirtschaftlichen Bedeutung dieses Rechtsstreits für beide Parteien erscheint eine eingehende Prüfung der hier genannten Gründe unverzichtbar. Bei Zweifeln an der vollen Unbefangenheit von Mag. P. ■ gibt es nach § 19 Z 2 JN nur eine Option: Mag. P. ■ ist für befangen zu erklären, selbst wenn ein hoher Prozessaufwand dadurch frustriert würde. Es ist schlicht unvorstellbar, dass bei einem Verfahren dieser Tragweite weiterhin ein Richter tätig ist, dessen impulsgesteuertes Verhalten

am 18.06.2014 gravierende Zweifel an einer unbefangenen Verfahrensführung begründet.

6 Anträge

Die Stadt Linz lehnt den Richter Mag. Andreas P. [REDACTED] als befangen ab, b e a n t r a g t, ihn für befangen zu erklären und gesetzte Prozesshandlungen soweit erforderlich aufzuheben.

Stadt Linz (vertreten durch den Bürgermeister)

An Kosten werden verzeichnet:

Ablehnungsantrag TP 3A (Schrifts.)	EUR	15.454,20
50% Einheitssatz	EUR	7.727,10
Erhöhungsbeitrag (ERV)	EUR	1,80
Summe USt-pflichtig	EUR	23.183,10
20% USt.	EUR	4.636,62
insgesamt	EUR	27.819,72