

PER WEB-ERV
Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

30.7.2014

RA Bettina Knötzl
T +43 1 51510 5200
F +43 1 51510 665200
bettina.knoetzl@wolftheiss.com

WOLF THEISS Rechtsanwälte
Schubertring 6
1010 Wien
Österreich

1 Nc 30/14p

T +43 1 515 10
F +43 1 515 10 25
wien@wolftheiss.com
www.wolftheiss.com

WOLF THEISS
Rechtsanwälte GmbH & Co KG
UID: ATU 68242500; DVR: 0231924
ADVM: P130664; FN 403377 b
FG: HG Wien; Sitz: Wien
VIE-BAWAG/LINZ
M.6818564.12

Klagende Partei: Stadt Linz
Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4041 Linz

Vertreten durch: Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH
Heinrichsgasse 4, 1010 Wien

und: Wildmoser / Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH
Hopfengasse 23, 4020 Linz

und: Häslinger Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH
Roseggerstraße 58, 4020 Linz

Beklagte Partei: BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft
Georg-Coch-Platz 2, 1018 Wien

Vertreten durch: WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG
Schubertring 6
A-1010 Wien
ADVM-Code P 130664
FN 403377 b
Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)
Gemäß § 19a RAO wird Zahlung an WOLF THEISS begehrt

und: Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH
Biberstraße 5, 1010 Wien
Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)

wegen: EUR 442.922.155,59 s.A.

ÄUSSERUNG ZUM ABLEHNUNGSANTRAG

[Direkte Übermittlung gemäß § 112 ZPO]

[Elektronisch eingebracht]

17 Beilagen
Beilagenverzeichnis

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft ("BAWAG P.S.K.") erstattet zum Ablehnungsantrag der Stadt Linz (auch "**Ablehnungs-
werberin**") gegen Rat Mag. Andreas P. [REDACTED] ("**Rat Mag. P. [REDACTED]**", "**Richter**") nachfolgende

Äußerung

an das Handelsgericht Wien:

1. ZUSAMMENFASSUNG

Der Ablehnungsantrag der Stadt Linz gegen Rat Mag. P. [REDACTED] fußt nicht auf Zweifeln an der Unparteilichkeit des Richters. Tatsächlich sind es prozesstaktische und politische Überlegungen, die zum Versuch führten, sich eines nicht genehm erscheinenden Richters zu entledigen. Die Stadt Linz stellt sich damit gegen die ständige Rechtsprechung und zweckentfremdet so das Institut der Ablehnung (sh Punkte 2 bis 4).

Gleichzeitig gelingt den Linzer Entscheidungsträgern eine massive Verzögerung des Verfahrens – das politisch unkalkulierbare Risiko eines (Zwischen-)Urteils vor den Linzer Gemeinderatswahlen im Herbst 2015 ist damit erfolgreich eliminiert (sh Punkt 2.3).

Wie absurd der Ablehnungsantrag der Stadt Linz ist, zeigt sich schon an seinem Leitmotiv, der abenteuerlichen Geschichte eines richterlichen Wutanfalls. Im tatsächlichen Geschehen fehlt dafür jeder Anhaltspunkt, weshalb ein völlig normaler Vorgang – die Ladung des Bürgermeisters zur Einvernahme als Partei – als *corpus delicti* erhalten muss: Obwohl der Bürgermeister MMag. Klaus Luger kraft Geschäftsverteilung für das Verfahren sogar alleine zuständig ist, soll seine Ladung einen aggressiven Akt, eine drakonische Strafe darstellen. Aus einem derart realitätsfernen Vorbringen lässt sich – genauso wenig wie aus den Tatsachen – eine Befangenheit oder auch nur der Anschein einer Befangenheit ableiten (vgl ON 267; sh Punkte 3 f und 5.2).

In ihrem Ablehnungsantrag beklagt sich die Stadt Linz auch breit über Entscheidungen des Richters, obwohl die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen im Rahmen eines Ablehnungsverfahrens gar nicht zu überprüfen ist. Das ist der mehrfach anwaltlich vertretenen Stadt Linz auch gewiss bewusst, hat sie die Entscheidungen – soweit aktuell möglich – ohnehin bereits mit dem dafür vorgesehenen Rekurs angefochten. Auch daraus ist für den Standpunkt der Stadt Linz somit nichts zu gewinnen (sh Punkt 5).

Hervorzuheben ist: Rat Mag. P. [REDACTED] erachtet sich selbst nicht als befangen (vgl ON 267); eine Befangenheit des Richters ist ebenso wenig zu erkennen wie der Anschein einer Befangenheit:

2. ABLEHNUNG ALS PROZESSTAKTISCHES INSTRUMENT

2.1 Verrohung der Sprache

Der Ablehnungsantrag der Stadt Linz fällt insbesondere durch die harten Wertungen auf, zu welchen sich die Ablehnungswerberin hinreißen lässt:

- Rat Mag. P. [REDACTED] soll *"von einer starken innerlichen Ablehnung gegen die [Stadt Linz] beherrscht"* sein und es sollen *"starke Emotionen gegen die Stadt Linz sein, die Mag. P. [REDACTED] den objektiven Blick auf die aktenkundigen Fakten verstellen"* (sh Punkte 1.3 und 3.4.2 des Ablehnungsantrages).
- Der Richter soll einer *"hochgradig verzerrten Wahrnehmung"* zum Opfer gefallen sein, *"Empörung [...] verstellt ihm offenbar den Blick"* und eine *"hochgradige Emotionalisierung [...] bestimmt offenkundig auch seine Rezeption von Medienberichten"* – so jedenfalls das Vorbringen der Stadt Linz (sh Punkte 2.3.5, 3.2.4.4 und 3.2.5.4 des Ablehnungsantrages).
- Es soll sich *"ein Hang zu übergebühlich impulsiven Reaktionen auf Prozesshandlungen der Stadt Linz"* und *"impulsgesteuertes Verhalten"* bemerkbar gemacht haben. So soll der Richter *"von besonders starken Emotionen gegen die Stadt Linz übermann"* worden sein, die *"offenbar eine emotionale Ausnahmesituation im Verhältnis zur Stadt Linz provoziert"* haben, die sich *"gegen die Stadt Linz entladen hat"* (sh Punkte 2.2.5, 3.2.1.10, 4.5.1, 4.5.5 und 5.2 f des Ablehnungsantrages).
- Rat Mag. P. [REDACTED] soll nur noch von einem Wunsch beseelt gewesen sein: Die Stadt Linz im Rahmen einer *"möglichst drakonischen und zugleich öffentlichkeitswirksamen Sanktion"* vorzuführen; dies soll der Richter durch Setzen und teilweises *"Hinausposaunen"* von *"aggressiven Maßnahmen"* gegen die Stadt Linz und ihren Bürgermeister versucht haben (sh Punkte 1.2, 1.3 und 2.2.5 des Ablehnungsantrages).

Die Wertungen der Stadt Linz und die deftige Sprache, der sie sich bedient, suggerieren einen völligen Kontrollverlust des Richters und krass rechtswidrige bis außerrechtliche Vergeltungsmaßnahmen von Seiten Rat Mag. P. [REDACTED] gegen die Stadt Linz. Tatsächlich finden die Wertungen der Stadt Linz keinen Anhaltspunkt in der Wirklichkeit. Sogar im Hinblick auf das eigene Vorbringen der Stadt Linz sind diese wohl als Wertungsexzess einzustufen. Insofern muss sich die Stadt Linz selbst den Vorwurf eines "emotionalen Ausbruchs" gefallen lassen.

2.2 Zentrale Basis des Ablehnungsantrags

Die Stadt Linz konstruiert die Behauptung einer Befangenheit des Richters im Wesentlichen in folgenden Begebenheiten:

- Anberaumung einer Tagsatzung und Ladung des Bürgermeisters MMag. Klaus Luger ("**Bgm MMag. Luger**") der Stadt Linz zur Einvernahme als Partei durch Rat Mag. P■■■■ (sh Punkt 5.2);
- Information der Medien über die Anberaumung dieser Tagsatzung durch einen Dritten, HR Dr. Alexander S■■■■, Vizepräsident und Mediensprecher des Handelsgerichts Wien (sh Punkt 5.3);
- Beschluss auf Kostenseparation, mit welchem Rat Mag. P■■■■ der Stadt Linz den Ersatz der Kosten für eine frustrierte Verhandlungsstunde auferlegt hat (sh Punkt 5.4).

Die Motivation für den Ablehnungsantrag liegt ganz offensichtlich nicht in diesen Begebenheiten und einer daraus resultierenden Befürchtung der Befangenheit des Richters. Vielmehr versucht die Stadt Linz seit Anfang 2014 konsequent, sich des ihr offensichtlich nicht genehmen Richters zu entledigen:

2.3 Ursachen des Ablehnungsantrages

Die Ursachen für die Vorgehensweise der Stadt Linz sind teils im, teils außerhalb des Zivilverfahrens zu finden: Bgm MMag. Luger ist für die laufenden Prozesshandlungen gemäß Art 1 § 1 Abs 1 iVm Anlage 1 der Geschäftseinteilung für den Stadtsenat idF des Stadtsenatsbeschlusses vom 7.11.2013 alleine verantwortlich (arg: "*Sonstige Zivilrechtsangelegenheiten*"). Faktisch entscheidet jedoch ein politisches Gremium ohne formelle Rechtsgrundlage, welches weder im Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992 ("*StL*") noch in der Geschäftsverteilung des Stadtsenates vorgesehen ist und (soweit ersichtlich) auch nicht vom Gemeinderat beschlussmäßig eingerichtet wurde: Nach den Presseaussendungen der Stadt Linz liegt die faktische Entscheidungsgewalt im sogenannten „**Swap-Lenkungsausschuss**“, in dem einige (jedoch nicht alle) Stadtsenatsmitglieder sowie die Magistratsdirektorin vertreten sind.

Dieser – politisch besetzte – Swap-Lenkungsausschuss hat offenbar auch die Ablehnung von Rat Mag. P■■■■ beschlossen (vgl Beilage ./300).

Beweis: Presseaussendung der Stadt Linz vom 25.6.2014 (Beilage ./300).

Die Ursache für diesen Beschluss ist ua im politischen Geschehen zu finden. Im Herbst 2015 werden die Linzer Gemeinderatswahlen und die Oberösterreichischen Landtagswahlen stattfinden. Wie ein Blick auf den Ausgang der letzten Wahlen in Salzburg zeigt, stellt die Möglichkeit eines (Zwischen-)Urteils in der heißen Phase des Wahlkampfes ein geradezu unkalkulierbares politisches Risiko dar. Der Steuerzahler könnte seinen derzeit im Amt befindlichen Politikern einen Denkkzettel verpassen. Durch die

Stilllegung des Verfahrens für die Dauer des Entscheidungsprozesses über die Ablehnung wird eine Urteilsfällung vor den beiden Wahlgängen im Herbst 2015 faktisch unmöglich gemacht; das sonst unkalkulierbare Risiko wird auf diese Weise – einfach aber sicher – beseitigt.

Dass sich die faktischen Entscheidungsträger der Stadt Linz offensichtlich vor einem Urteil des Handelsgerichts Wien fürchten, ist im bisherigen Verlauf des Gerichtsverfahrens begründet, mit welchem diese offenbar alles andere als glücklich sind. Während der damalige Bürgermeister der Stadt Linz zum Prozessauftritt noch öffentlich den Prozesssieg vorausgesagt und von einem unwirksamen Geschäft gesprochen hatte (*"Einen Notfallplan? Nein, den gibt es nicht"*, vgl Beilage ./301), hatten die Rechtsvertreter der Stadt Linz gut ein Jahr später vom Stand des Verfahrens, dem Linzer Gemeinderat weniger Erfreuliches zu berichten. RA Dr. Rothner kritisierte am 21.11.2013 die (ausdrücklich) vorläufige Rechtsmeinung des Handelsgerichts Wien zur Gültigkeit des verfahrensgegenständlichen Geschäfts als *"schlicht unvertretbar"* und identifizierte Rat Mag. P. [REDACTED] als das eigentliche Problem (vgl ON 112, S 29; Beilage ./302):

"Der Richter hat dann allerdings gesagt unter dem Vorbehalt, dass er hier seine Meinung noch nicht endgültig gebildet habe und dass er vorbehaltlich weiterer Ergebnisse des Verfahrens und weiterer rechtlicher Ausführungen der Meinung sei, dass der Vertrag gültig zu Stande gekommen ist.

[...]

Warum der Richter so denkt, kann man nur vermuten, ist aber auch erklärbar. Es ist eine Frage des Verkehrsschutzes, der gerade im Handelsrecht und bei Handelsrichtern im Vordergrund steht, nämlich muss ich den Verkehr schützen, der nicht in die Köpfe, in das Herz von Personen hineinschauen kann die eine Äußerung abgeben" (vgl Beilage ./302).

Beweis: Oberösterreichische Nachrichten vom 20.10.2011, S 5: *"Einen Notfallplan? Nein, den gibt es nicht"* (Beilage ./301);
Auszug Protokoll über die 40. Sitzung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 21.11.2013, S 853 - 859 (Beilage ./302).

2.4 Gescheiterter Versuch einer Demontage

Ab diesem Zeitpunkt begann sich das Verhalten der Stadt Linz im Verfahren gegenüber dem ihr offenbar nicht (mehr) genehmen Rat Mag. P. ■ merklich zu ändern; die Vertreter der Stadt Linz warfen dem Richter anfangs noch verhöhlen und in weiterer Folge im Rahmen von Schriftsätzen Parteilichkeit vor und attestierten ihm zB "*ausgeprägte[n] Unwillen [...] sich mit den Bedenken der Stadt Linz unvoreingenommen auseinanderzusetzen*" (vgl Rekurs der Stadt Linz vom 15.5.2014, Punkt 2.1.3.7 und 2.1.4.2). Parallel torpedierte die Stadt Linz konsequent die Verfahrensführung etwa bei/m

- Verzicht auf die Beeidigung der Sachverständigen (vgl Antrag auf Ablehnung eines Sachverständigen und Mitteilung der Stadt Linz vom 19.3.2014, Punkt 11);
- der Ablehnung eines gerichtlichen Sachverständigen, den die Stadt Linz zuvor selbst vorgeschlagen hatte (sh Punkt 2.6);
- der Erklärung über die Entbindung des Zeugen Mag. P. ■ von der Amtverschwiegenheit (sh Punkt 5.4);
- den Datenträgern des Zeugen und ehemaligen Finanzstadtrats Dr. Johann Mayr ("*Dr. Mayr*"), welche sich die Stadt Linz vom Landesgericht aushändigen ließ und löschte, als diese noch Gegenstand eines Beweisantrages der BAWAG P.S.K. im Zivilverfahren waren – was sie dann auch gegenüber dem Handelsgericht Wien und BAWAG P.S.K. verkündete (vgl Aufgetragene Äußerung der Stadt Linz vom 6.5.2014, Punkt 5);
- monatelangen Unterlassen einer (positiven oder negativen) Erklärung über die Entbindung von seitens BAWAG P.S.K. beantragter Zeugen vom Bankgeheimnis (sh Punkt 5.5.2);
- der Vertagungsbitte mit fragwürdigster Begründung (Vertagungsbitte der Stadt Linz vom 25.4.2014; ON 208);
- der mutwilligen Argumentation, BAWAG P.S.K. habe iZm der forensischen Analyse von Daten des Mag. P. ■ auf ihr Beweisantragsrecht (teilweise) verzichtet (Bekanntgabe und Äußerung der Stadt Linz vom 17.6.2014, Punkt II.).

BAWAG P.S.K. und ihre Vertreter hatten den Eindruck, dass die Stadt Linz eine emotionale Entgleisung des Richters als Grundlage für einen Befangenheitsantrag provozieren wollte. Als sie mit diesem Vorhaben scheiterte, erfand sie einfach einen Wutanfall als vermeintliche Ursache iZm einer ihr nicht genehmen Entscheidung des Richters:

2.5 Auslöser des Ablehnungsantrages

Auslöser für den Ablehnungsantrag der Stadt Linz war – die Stadt Linz sagt es selbst – die Ladung von Bgm MMag. Luger zur Einvernahme als Partei iZm seinen Wahrnehmungen als Stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Immobilien Linz GmbH ("ILG"). Diese Einvernahme galt es für die Stadt Linz offenbar um jeden Preis zu vermeiden oder zumindest hinauszuschieben, weil durch diese (uU unter Wahrheitspflicht gemäß §§ 376 ff ZPO)

- die Aussage Dr. Mayrs, wonach *"das höchste Bankprodukt, [...] mit dem [er sich] beschäftigt habe, der Bausparvertrag"* gewesen sein soll, als das entlarvt werden wird, was sie ganz offensichtlich ist (vgl. ON 106, S 25; sh Punkt 5.1 f); und damit
- die Behauptung der völligen Ahnungslosigkeit der maßgeblichen (Hilfs-)Organe der Stadt Linz bzw ihrer Mitglieder als das entlarvt wird, was sie ganz offensichtlich ist: eine bloße Schutzbehauptung (vgl. Vorbereitender Schriftsatz der BAWAG P.S.K., Punkt II. 2.3.2.; sh Punkt 5.1 f).

Das galt es um jeden Preis zu verhindern, wenn auch nur vorläufig. So traten die faktischen Entscheidungsträger im Swap-Lenkungsausschuss, welche die Prozesshandlungen offenbar am StL und an der Geschäftsverteilung des Stadtsenates vorbei – dh ohne Rechtsgrundlage – beschließen, die Flucht nach Vorne an. Nicht jedoch, ohne zuvor für den Fall des (kostenpflichtigen) Scheiterns des Ablehnungsantrags vorgesorgt zu haben:

Die Mitglieder des Swap-Lenkungsausschusses wollen sich die Entscheidung *"keineswegs leicht gemacht"* haben (sh Punkt 5.1 des Ablehnungsantrages). Dieses Vorbringen ist einigermaßen erstaunlich, hat doch kein einziges Mitglied des Swap-Lenkungsausschusses an den Tagsatzungen vor dem Handelsgericht Wien bisher teilgenommen, um sich einen persönlichen und unmittelbaren Eindruck vom Prozessverlauf zu verschaffen. Die Verantwortung wird auf die Anwälte und die jeweils anderen Mitglieder des Swap-Lenkungsausschusses geschoben:

"In der heute stattgefundenen Sitzung des Swap-Lenkungsausschusses folgten die dort vertretenen Mitglieder der Stadtregierung der Empfehlung der Anwälte, die Befangenheit von Richter Andreas F. [REDACTED] prüfen zu lassen." (vgl. Beilage .I300)

"Für mich haben die Anwälte schlüssig dargelegt, warum sie Bedenken hinsichtlich der Unparteilichkeit des Richters haben", begründet die Grünen-Stadträtin Eva Schobesberger ihre Zustimmung. Auch FP-Stadtrat Detlef Wimmer sagt, er vertraue "auf die Empfehlung der Anwälte". Vizebürgermeister Bernhard Baier (VP) sagte nur knapp: "Das geschlossene Auftreten ist für mich das Wichtigste. Daher trage ich diese Linie mit." (vgl. Beilage .I304)

Beweis: Oberösterreichische Nachrichten vom 26.6.2014, S 2 (Beilage .I304).

Das passt zum – mehrfach demonstrierten – Verständnis von „Verantwortung“ seitens der Linzer Entscheidungsträger:

- Der SWAP II soll ein Alleingang von Mag. P. [REDACTED] gewesen sein (vgl zB Klage der Stadt Linz, Punkt III);
- der – offensichtlich später in dieser Form ungewollte – Privatbeteiligtenanschluss im Strafverfahren gegen Dr. Mayr und Mag. P. [REDACTED] soll ein "*Alleingang der Verwaltung*" gewesen sein (vgl Beilage ./289);
- die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gegen (ehemalige) Mitarbeiter der BAWAG P.S.K. soll Amtsmissbrauch durch die StA Linz gewesen sein (vgl Fortführungsantrag der Stadt Linz vom 6.6.2014 zu eingestellten Ermittlungsverfahren der StA Linz zu 9 St 204/13p, Punkt 3 = Beilage ./297);
- der Sachverständige Prof. W. [REDACTED] soll in seiner Stellungnahme zum gegen ihn gerichteten Ablehnungsantrag der Stadt Linz gelogen haben (vgl Ablehnungsantrag der Stadt Linz gegen Prof. W. [REDACTED] und Prof. S. [REDACTED] vom 19.3.2014, Punkt 5.8); und
- am offenbar als nicht genehm eingeschätzten Stand des Zivilverfahrens soll der vom Handelsrecht geblendete Richter, seine hochgradig verzerrte Wahrnehmung und sein impulsgesteuertes Verhalten schuld sein (sh Punkt 2.1 und 2.3).

2.6 Fazit

Der Hauptzweck des Ablehnungsantrags ist bereits erfüllt: Das Gerichtsverfahren kam zum Stillstand und eine Urteilsfällung vor den beiden Wahlgängen im Herbst 2015 scheint faktisch unmöglich. Darüber hinaus erhoffen sich die faktischen Entscheidungsträger der Stadt Linz für den Fall des Erfolgs des Ablehnungsantrages von einer Neudurchführung des Verfahrens offenbar "bessere Karten", den Wegfall eines nicht genehm Richters und/oder die Möglichkeit, eigene Versäumnisse mit der Erfahrung eines ersten Rechtsganges zu sanieren.

Es dürften auch noch weitere prozesstaktische Überlegungen eine Rolle spielen, zumal vor dem Handelsgericht Wien mehrere Streitfälle aus Derivatengeschäften zwischen Banken und Kommunen anhängig sind. Die Stadt Linz hat sich wohl von der Entscheidung des Handelsgerichts Wien zu 19 Cg 171/11k bzw eventuell folgenden Berufungs-/Revisionsentscheidungen einen Vorteil erwartet. Die raschere Befassung der Obergerichte mit bequemerer Fällen (insbesondere deutlich weniger ausgeprägten Finanzexpertenwissen auf Seiten der dort beteiligten, weitaus kleineren Kommune) scheint den Linzer Entscheidungsträgern offenbar vorteilhaft. Jedenfalls will die Stadt Linz durch die jüngste Entscheidung Zuversicht verspüren (vgl Beilage ./305).

Beilage: APA Meldung vom 7.7.2014 (Beilage ./305).

Schließlich ist der vorliegende Ablehnungsantrag auch nicht der erste taktische Ablehnungsantrag dieses Verfahrens: Der letzte erfolgte gegen den Sachverständigen Prof. W■■■■, den die Stadt Linz auf Einladung des Handelsgerichts Wien selbst als geeigneten Sachverständigen benannt hatte. Als sie erfuhr, dass BAWAG P.S.K. denselben Wissenschaftler genannt hatte, widerrief sie ihren Vorschlag. Sowohl den Vorschlag als auch den Widerruf begründete sie jeweils ausdrücklich mit Prof. W■■■■ Honorarprofessur an der ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ als Prof. W■■■■ zum Sachverständigen bestellt wurde, lehnte sie ihn ab (vgl Rekursbeantwortung der BAWAG P.S.K. vom 3.6.2014). An die Kaskade von Ablehnungsanträgen gegen die fachmännischen Laienrichter aus dem Bankfach wegen angeblicher institutioneller Befangenheit sei idZ erinnert.

Die obigen Ausführungen zeigen jedenfalls, dass die Motivation der Stadt Linz für die Ablehnung von Rat Mag. P■■■■ nicht in der Befürchtung seiner Befangenheit liegt. Tatsächlich sind es prozesstaktische und politische Überlegungen sowie der Wunsch, sich eines nicht genehmen Richters zu entledigen. Zu diesem Ergebnis passt, dass die Stadt Linz weder rechtlich noch im Tatsächlichen irgendwelche Anhaltspunkte einer Befangenheit des Richters auch nur zu behaupten vermag:

3. VORBRINGEN GRÖSSTENTEILS UNBEACHTLICH

Die Erfindung eines Wutanfalls von Rat Mag. P■■■■ ist durch die Stellungnahme des Richters widerlegt: Dieser hat in seiner Stellungnahme durch minutiöse Aufarbeitung der Geschehnisse gezeigt, dass sich seine angeblich situativ-impulsgesteuerten Handlungen in Wahrheit *"auf mehrere Tage und mehrere unabhängig von einander agierende Personen"* aufgeteilt haben (vgl ON 267, S 2). Aus Sicht von BAWAG P.S.K. ist damit hinlänglich belegt, dass der Vorwurf eines Wutanfalls *"zum Teil auf falschen faktischen und rechtlichen Annahmen, zum Teil auch einer Unkenntnis bzw. Fehlvorstellung oder -darstellung von Arbeitsläufen an einem Gerichtshof"* basiert (vgl ON 267, S 1).

Der mehrfach anwaltlich vertretenen Stadt Linz kann eine derartige Ahnungslosigkeit im Hinblick auf gerichtliche Abläufe wohl nicht unterstellt werden. So erhellt sich der Grund für die substanzlosen Verdächtigungen und Beschuldigungen gegenüber Rat Mag. P■■■■: Dieser liegt offenbar ausschließlich in der Absicht, das Verfahren über die Wahlen im Herbst 2015 hinaus zu verzögern, in der Missbilligung der vorläufigen Rechtsansicht bzw vorläufigen Einschätzung der bisherigen Beweisergebnisse des Richters und in dem Bestreben, sich seiner zu entledigen (sh Punkt 2.3). Somit ist das Vorbringen der Stadt Linz im Hinblick auf Rat Mag. P■■■■ angeblich impulsgesteuerte Gefühlswelt und Arbeitsweise völlig unbeachtlich (vgl RS0046011).

BAWAG P.S.K. äußert sich in der Folge daher nur zum Vorwurf unrichtiger Entscheidungen sowie zu falschen Darstellungen der Stadt Linz, welche in der Stellungnahme des Richters unberücksichtigt blieben:

4. ENTSCHEIDUNGEN SIND IM RECHTSMITTELWEG ZU BEKÄMPFEN

Richterliche Entscheidungen sind nicht mittels Ablehnungsantrag, sondern im dafür vorgesehenen Rechtsmittelweg mittels Rekurs oder Berufung zu bekämpfen (vgl RS0046019). Nach ganz hM und stRsp bildet eine angebliche Unrichtigkeit einer Entscheidung keinen Ablehnungsgrund (vgl RS0046047; RS0111290; OLG Wien 1.4.1992, 11 R 68/92 ua; LGZ Wien 6.10.1992, 44 R 536, 562/92 ua = EFSlg 69.699); gleiches gilt für angebliche Verfahrensmängel (vgl RS0046090; RS0045916; OLG Wien 16.6.2014, 15 R 82/14k). Das Institut der Ablehnung soll nicht einer der Parteien die Möglichkeit geben, sich eines ihr nicht genehm erscheinenden Richters zu entledigen (vgl RS0046019; RS0046087; RS0111290).

Demgemäß lässt sich nur in außergewöhnlichen Ausnahmefällen eine Befangenheit bzw der Anschein einer Befangenheit aus richterlichen Entscheidungen ableiten: Konkret bei schwerwiegenden und auffallenden Verstößen gegen elementare Verfahrensgrundsätze, die dem Schutz des Parteienghört und der Objektivität des Verfahrens dienen, und an der Objektivität des Richters mit Grund zweifeln lassen; etwa bei "*völlig unhaltbare[r] Beweiswürdigung*" oder wenn der Richter kumulativ den Rahmen des Gesetzes, der stRsp und der Sachlichkeit völlig hinter sich lässt (vgl RS0046090 [T6, T7]; OLG Wien 16.6.2014, 15 R 82/14k sowie 1.4.1992, 11 R 68/92 = EFSlg 59.695; LGZ Wien 25.7.2012, 42 R 447/11p = EFSlg 135.859; RW0000652; LGZ Wien 19.12.2012, 42 R 634/12i = EFSlg 135.856; LG Innsbruck 23.9.1994, 2 Nc 16/94 = AnwBI 1995/5088).

"Es kann nicht Aufgabe des zur Beurteilung eines aus der Entscheidung eines Richters abgeleiteten Ablehnungsantrages berufenen gerichtlichen Organes sein, die Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen" (vgl RS0046047; so auch OLG Wien 1 R 63/14p, 1 R 104/14t, 15 R 90/14m und 15 R 82/14 k). Die Behebung allfälliger (schlichter) Rechtswidrigkeiten kommt somit den Instanzgerichten zu.

5. ZU DEN KRITISIERTEN ENTSCHEIDUNGEN

Die angegriffenen Entscheidungen von Rat Mag. P. [REDACTED] sind – soweit bekämpfbar – bereits Gegenstand von Rekursverfahren; über ihre Rechtmäßigkeit wird somit das dafür auch zuständige OLG Wien zu befinden haben (Rekurse der Stadt Linz vom 15.5.2014 und vom 4.7.2014; Rekurse der BAWAG P.S.K. vom 4.7.2014).

Im Hinblick auf die Angriffe im Ablehnungsantrag ist auszuführen, dass die Kritik der Stadt Linz – wie schon beim angeblichen Wutanfall – auf unrichtiger Darstellung und falschen Annahmen beruht. Doch nicht einmal dieses unrichtige Vorbringen vermag derart gravierende Rechtsverletzungen aufzuzeigen, die Gegenstand eines Ablehnungsverfahrens sein könnten:

5.1 Auftrag zur Vorlage der Aufsichtsratsprotokolle der ILG

Rat Mag. P. ■■■ hat die Bedeutung der Protokolle der ILG für das Verfahren und die sachlichen Erwägungen, die zum Vorlageauftrag führten, bereits dargestellt (vgl ON 267, S 3; ON 238). Die Stadt Linz ist dem Auftrag des Gerichts, die Protokolle vorzulegen, nicht nachgekommen, und hat gegen die Entscheidung nunmehr Rekurs erhoben (vgl Rekurs der Stadt Linz vom 4.7.2014). Es ist Sache des OLG Wien, über die Rechtmäßigkeit des Auftrages zu entscheiden (vgl RS0046047).

Dass die Nichtvorlage bei Rat Mag. P. ■■■ einen Wutanfall provoziert haben soll, ist bereits aus dem tatsächlichen Ablauf auszuschließen (vgl ON 267, S 3 ff). Der gelegentlich auftretende Fall der Nichtbefolgung eines gerichtlichen Auftrages begründet rechtlich keine Befangenheit oder auch nur den Anschein einer Befangenheit, wenn nicht einmal erheblich aggressivere Akte gegen einen Richter den Anschein einer Befangenheit zu begründen vermögen (etwa Klagen, Aufsichtsbeschwerden, Straf- und/oder Disziplinaranzeigen; vgl RS0045970). Dazu kommt: Die Nichtbefolgung eines Vorlageauftrages nach § 303 ff ZPO hat für die ungehorsame Partei *ex lege* nachteilige Folgen – warum sollte sich ein Richter ärgern, wenn sich eine Partei selbst schadet?

Die Stadt Linz behauptet nicht einmal eine gravierende Rechtsverletzung, die Gegenstand eines Ablehnungsverfahrens sein könnte (sh Punkt 3 f); eine derartige Rechtsverletzung liegt auch nicht vor, wie der prozessuale Ablauf zeigt:

- BAWAG P.S.K. beantragt mit Schriftsatz vom 14.8.2013 begründet die Vorlage der ILG-Protokolle (vgl Vorlageantrag der BAWAG P.S.K. vom 14.8.2013, Punkt 7.);
- die Stadt Linz repliziert mit Schriftsatz vom 30.8.2013, dass die ILG-Protokolle nicht relevant seien und beantragt Zurückweisung des Vorlageantrages (vgl Replik der Stadt Linz vom 30.8.2013, Punkt 3.1, zweiter Aufzählungspunkt);
- das Gericht erörtert den Vorlageantrag mit den Parteien in der Tagsatzung vom 23.9.2013, wobei die Stadt Linz lediglich auf ihr schriftliches Vorbringen verweist (vgl ON 105, S 2);
- BAWAG P.S.K. ergänzt den Vorlageantrag mit Schriftsatz vom 15.11.2013 insbesondere zum Beweisthema und zur Verfügungsberechtigung der Stadt Linz (vgl Aufgetragener Schriftsatz der BAWAG P.S.K. vom 15.11.2013, Punkt 5.2);

- das Gericht erörtert den Vorlageantrag mit den Parteien in der Tagsatzung vom 21.2.2014: *"Erörtert werden nunmehr die Vorlageanträge ON 134 und ON 142. Im Zusammenhang mit dem Antrag betreffend die AR-Protokolle der ILG gibt die BV unter Verweis auf die bereits erstatteten Ausführungen aufgrund der Erörterungen an, dass der Zeuge Dr. Mayr Vorsitzender des Aufsichtsrats der ILG gewesen sei. Im Hinblick darauf erachtet das Gericht diese Unterlagen zur Beweiswürdigung im Hinblick auf die Aussage des Zeugen zu seinem Kenntnisstand betreffend Kapitalmarktprodukte („Sparbuch, Bausparer“) für relevant und wesentlich. Der Antrag wird eingehend erörtert, für den Richter erweist es sich im Hinblick auf doch mehrdeutig auslegbare Angaben der Klägerin zur Verfügbarkeit sinnvoller, der Kl. aufzutragen im bereits aufgetragenen Schriftsatz abschließend zu diesem Vorlageantrag betreffend die ILG Aufsichtsratsprotokolle vom 7.11.2008 und 16.12.2009 Stellung zu nehmen."* (vgl. ON 160, S 7 f);
- die Stadt Linz nimmt mit Schriftsatz vom 28.2.2014 Stellung: Der Antrag sei bloß ein Erkundungsbeweis, mangelnd substantiiert, nicht relevant und das Thema derzeit nicht aktuell (vgl. Aufgetragener Schriftsatz der Stadt Linz vom 28.2.2014, Punkt V.1.);
- BAWAG P.S.K. stellt mit Schriftsatz vom 4.4.2014 klar, dass die Stadt Linz die Innehabung der Urkunden nicht bestritten hat (vgl. Stellungnahme und Antragsergänzung der BAWAG P.S.K. vom 4.4.2014, Punkt 6.2);
- das Gericht erörtert den Vorlageantrag mit den Parteien in der Tagsatzung vom 27.5.2014 und trägt der Stadt Linz die Vorlage auf: *"Weiters erörtert unter Zugrundelegung der schriftlichen Eingaben und auch der bisherigen Erörterungen wird der Antrag der Beklagten, der Klägerin die Vorlage der ILG-Aufsichtsratsprotokolle vom 7.11.2008 und 16.12.2009 vorzulegen. Das Gericht anerkennt diesen Beweisantrag insofern, als er unter anderem als indirekter Gegenbeweis zur Erschütterung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen geführt wird und verweist diesbezüglich auf die Entscheidung 14 ObA 66/87. Die Aussage des Dr. Mayr (ON 106 in der Fassung Berichtigungsbeschluss ON 146, Seite 25) scheint dem Gericht nun so wenig glaubwürdig im Hinblick darauf, dass ein Finanzstadtrat über ein Sparbuch und einen Bausparer hinaus keine Kenntnis über Finanzprodukte haben möchte, dass die Beweisführung durch Aufsichtsratsprotokolle, in denen zumindest nach dem Vorbringen der Beklagten über Swap-Geschäfte diskutiert wurde, die Wahrheit oder Unwahrheit dieser Aussage bestätigen oder widerlegt werden kann. In der Folge ergeht der Beschluss: Der Klägerin wird aufgetragen, binnen 14 Tagen die Protokolle der Aufsichtsratssitzungen der Immobilien Linz GmbH vom 7.11.2008 und 16.12.2009 dem Gericht und der Beklagten vorzulegen. Zur Begründung wird auf die Erörterungen verwiesen, der KV beantragt diesbezüglich die Beschlussausfertigung."* (vgl. ON 234, S 7 f);

- den Parteien wird die umfangreich begründete Beschlussausfertigung am 30.5.2014 im WEB-ERV bereitgestellt; Rechtsgrundlagen sind § 303 ff ZPO und § 183 Abs 1 Z 2 ZPO (vgl ON 238);
- die Stadt Linz verweigert – überraschend – die Vorlage der aufgetragenen Urkunden;
- die Stadt Linz erhebt am 4.7.2014 Rekurs gegen den Beschluss an das OLG Wien (vgl Rekurse der Stadt Linz vom 4.7.2014).

Der Stadt Linz wurde im Vorfeld des Vorlageauftrages über Monate hinweg rechtliches Gehör eingeräumt, der Richter kam seiner Anleitungspflicht nach § 182a ZPO ebenso wie seiner Begründungspflicht nach § 428 ZPO angemessen nach. Parteilichkeit zum Nachteil der Stadt Linz ist hier nicht erkennbar.

5.2 Ladung von Bgm MMag. Luger

Rat Mag. P. ■■■ hat den sachlichen Hintergrund der Ladung von Bgm MMag. Luger zur Einvernahme als Partei bereits umfassend dargestellt (vgl ON 267, S 3 ff). Dem Vorwurf, die Stadt Linz im Rahmen einer "möglichst drakonischen und zugleich öffentlichkeitswirksamen Sanktion" gleichsam vorführen zu wollen, ist damit jede Grundlage entzogen. Zur behaupteten Unrechtmäßigkeit der Ladung ist im Hinblick auf den Ablehnungsantrag ergänzend auszuführen:

Die Ladung einer Person zur Einvernahme als Partei kann wohl niemals schwerwiegend und offenbar gegen elementare Verfahrensgrundsätze, die dem Schutz des Parteiengehörns und der Objektivität des Verfahrens dienen, verstoßen. Der Umstand der Ladung einer Partei ist somit bereits abstrakt ungeeignet, Befangenheit oder den Anschein einer Befangenheit zu begründen (sh Punkt 3 f).

Die Stadt Linz beschwert sich darüber, dass Rat Mag. P. ■■■ eine Erörterung der amtswegigen Ladung von Bgm MMag. Luger zur Einvernahme als Partei unterlassen habe. Die Stadt Linz "übersieht" dabei die ganz hM: Parteienvernehmungen können gem § 371 ZPO unbeschränkt von Amts wegen und ohne vorhergehende Erörterung erfolgen (vgl *Rechberger in Rechberger*⁴ § 371 Rz 1; *Schragel in Fasching/Konecny*² § 183 Rz 7 [diese Fundstelle führt die Stadt Linz für ihren Standpunkt an, sie besagt aber exakt das Gegenteil]). Als Klägerin sollte die Stadt Linz eigentlich Interesse an der zügigen Durchführung des Verfahrens haben.

Das Vorbringen der Stadt Linz, wonach die Parteieneinvernahme von Bgm MMag. Luger niemals beantragt worden sei, ist überdies falsch: BAWAG P.S.K. hat oftmals PV beantragt, ohne dies auf eine bestimmte Person zu beschränken (vgl zB Widerklage der BAWAG P.S.K., S 2); dazu kommt, dass Bgm MMag. Luger für das Verfahren allein verantwortlich bzw zuständig ist (sh Punkt 2.3 aA). Es ist damit an seiner Ladung nichts zu beanstanden.

Zum Zeitpunkt der Ladung und dem Vorbringen, dass die Anfechtung des Vorlageauftrages gewiss gewesen sei (vgl Punkt 2.3.3 des Ablehnungsantrages): Der Antrag auf Beschlussausfertigung mag indizieren, dass die Stadt Linz die Vorlage verweigern und den Beschluss anfechten wollte. Es stand aber keinesfalls fest, dass bzw wann sie dies tun würde: Der Vorlageauftrag – als nicht selbständig anfechtbarer Beschluss – hätte auch noch mit einer allfälligen Berufung bekämpft werden können (vgl *Kodek in Rechberger*⁴ § 515 Rz 3). Überdies übersieht die Stadt Linz Folgendes: Die Zulässigkeit der Einvernahme Bgm MMag. Lugers zu seinen Wahrnehmungen als stellvertretender Vorsitzender des Aufsichtsrates der ILG ist nicht im geringsten von der Rechtmäßigkeit des Vorlageauftrages abhängig.

Die Einvernahme war als Hilfsbeweis zur Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. Mayr vorranglich aufzunehmen (vgl zB Punkt 2.4.1 des Ablehnungsantrages): Ein wesentliches Beweisthema ist der Kenntnisstand über Finanzderivate auf Seiten der Stadt Linz und ihrer zuständigen (Hilfs-)Organe bzw der jeweiligen Organwalter; Rat Mag. P. ■■■ hat bereits ausgeführt, dass Dr. Mayr "*als Schnittstelle zwischen Verwaltung und politischer Ebene*" der Stadt Linz eine zentrale Stellung zukommt und Zweifel am Wahrheitsgehalt seiner nachfolgend im Wortlaut wiedergegebenen Zeugenaussage bestehen (vgl ON 267, S 8; ON 238, S 3):

"Auf Frage des Richters, ob der Zeuge nunmehr über ausreichend Wissen verfügt habe, ein Derivatgeschäft zu verstehen, insbesondere, wenn Mag. F. ■■■ mit dem Einzelabschluss zu ihm gekommen wäre und ihm diesen gezeigt hätte, ob der Zeuge über entsprechendes eigenes Wissen verfügt hätte oder die Hilfe von Dritten gebraucht hätte:

*[Zeuge Dr. Mayr:] 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.*** (vgl ON 106, S 25, Hervorhebung durch Verfasser).

Der Zeuge hat in seiner Eigenschaft als Finanzstadtrat und Vorsitzender des Finanzausschusses aktenkundig seit 2006 – also vor Abschluss des verfahrensgegenständlichen SWAP II – detaillierte Ausarbeitungen und regelmäßige Berichte zu Finanzderivaten von Mag. P. ■■■ erhalten (vgl Beilagen ./15 und ./30), so auch als Vorsitzender des Aufsichtsrates der ILG (vgl Beilagen ./307). Am 5.10.2006 wurden Finanzderivate mit der ■■■ und der ■■■ und am 7.11.2008 sowie am 11.9.2009 Fragen der Bewertung von Finanzderivaten im Aufsichtsrat der ILG im Detail erörtert (vgl Beilage ./306, Tagesordnungspunkt 2; Vorlageantrag der BAWAG P.S.K. vom 14.8.2014, S 5 f). Der Zeuge war Finanzstadtrat der drittgrößten Stadt Österreichs, welche zur Zeit seiner Amtsführung eine Fremdwährungsanleihe von CHF 195 Mio laufen (vgl zB Klage der Stadt Linz, Punkt III. 2.8.1) und zB 2011 über EUR 500.000,00 in Wertpapieren und Investmentfonds veranlagt hatte (vgl Beilage ./308). Die Aktenlage steht in offenem Widerspruch zur Aussage des Zeugen.

Beweis: Protokoll der 8. Aufsichtsratssitzung der ILG vom 5.10.2006 (Beilage ./306);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 11.9.2007 (Beilagenkonvolut ./307.0);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 29.11.2007 (Beilagenkonvolut ./307.1);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 29.2.2008 (Beilagenkonvolut ./307.2);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 2.6.2008 (Beilagenkonvolut ./307.3);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.10.2008 (Beilagenkonvolut ./307.4);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 26.5.2009 (Beilagenkonvolut ./307.5);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 24.11.2009 (Beilagenkonvolut ./307.6);
Bericht an den Aufsichtsrat der ILG über die Maßnahmen des Debt-Managements vom 9.9.2010 (Beilagenkonvolut ./307.7);
Rechnungsabschluss 2011, Nachweise der besonderen Art, Wertpapiere und Beteiligungen, S 357 (Beilage ./308).

Rat Mag. P. ■■■ hat den Zeugen über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt (vgl ON 106, S 19), doch anstatt zu schweigen, entschied sich dieser zur oben zitierten Aussage. Sogar die Stadt Linz erkennt den Rechtfertigungsbedarf einer – so offensichtlich falschen – Aussage: Die Aussage sei "*zugegebenermaßen etwas überpointiert*" (sh Punkt 4.2.3 des Ablehnungsantrages). Die Aussage lässt jedenfalls prozessrelevante Rückschlüsse auf den Umgang des Zeugen und der Stadt Linz mit der strafbewehrten Wahrheitspflicht im Zivilprozess zu.

Der Richter hat sich zur Glaubwürdigkeit des Zeugen noch keine abschließende Meinung gebildet und wollte daher einen Hilfsbeweis aufnehmen. Für die Stadt Linz wäre dies sogar die Möglichkeit gewesen, ein allfälliges "Missverständnis" aufzuklären (vgl ON 267, S 6). Es bleibt völlig offen, worin hier Parteilichkeit des Richters gegen die Stadt Linz begründet sein soll.

Somit verbleibt nur noch der Vorwurf des "*Hinausposaunen[s]*" der Ladung mittels Presseaussendung (sh Punkt 2.2.5 des Ablehnungsantrages):

5.3 Information der Medien

Rat Mag. P. ■■■ hat den Ablauf und die geteilten Verantwortlichkeiten detailliert dargestellt (vgl ON 267, S 8 ff). Dem Vorwurf eines Wutanfalls und des Hinausposaunens ist damit jede Grundlage genommen. Zu ergänzen ist lediglich:

Der Medienerlass gibt das Interesse an zeitnaher Berichterstattung vor und verlangt demgemäß, dass die Medienstelle unverzüglich zu informieren ist; zum Schutz der Parteien sollen die Entscheidungen den Parteien(vertretern) zuvor *"jedenfalls zugänglich gemacht werden"* (Art III 2. und 8. sowie XI. 1. des Medienerlasses). Genau dies ist hier geschehen: Die Ausschreibung der Tagsatzung wurde der Stadt Linz am 18.6.2014 um 20:06 Uhr und um 23:10 Uhr im WEB-ERV bereitgestellt, der BAWAG P.S.K. am selben Tag ebenfalls um 20:06 Uhr. Die Presseaussendung des Mediensprechers wurde am selben Tag um ca 23:25 Uhr verschickt – auch an die Parteienvertreter, wie die Stadt Linz in ihrem Ablehnungsantrag verschweigt (vgl ON 267, S 10).

Rechtskonformes Verhalten kann nicht als Befangenheit gewertet werden und vermag auch nicht den Anschein einer Befangenheit zu begründen.

Wenn die Information über die Ladung Bgm MMag. Luger am nächsten Tag gleichsam aus heiterem Himmel getroffen hat, dann hat die Stadt Linz möglicherweise für dieses Verfahren keine geeigneten Kommunikationslinien eingerichtet. Dieses allfällige Versäumnis liegt jedoch in der Sphäre der Stadt Linz und nicht in der Sphäre des Handelsgerichts Wien, seines Mediensprechers oder der von Rat Mag. P [REDACTED].

Bei BAWAG P.S.K. war die Ladung von Bgm MMag. Luger bereits Gegenstand eines E-Mail-Verkehrs und einer Telefonkonferenz zwischen Rechtsvertretung und Mandantin gewesen, als der Mediensprecher des Handelsgerichts Wien die E-Mail verschickte (vgl Beilage ./309).

Beweis: E-Mail des Sekretariats an das zuständige Team vom 18.6.2014, 20:57 Uhr (Beilage ./309);
ZV RA Mag. Bettina Knötzl, pA Wolf Theiss.

5.4 Kostenseparation

Rat Mag. P [REDACTED] hat die sachlichen Erwägungen des Beschlusses auf Kostenseparation sowie den zeitlichen Ablauf der Beschlussfassung und -ausfertigung umfassend dargestellt (vgl ON 267, S 1 f und 11 ff). Dem Vorwurf einer situativ-impulsgesteuerten Entladung im Rahmen eines Wutanfalles ist damit jede Grundlage entzogen. Die Stadt Linz hat den aufgetragenen Kostenersatz an BAWAG P.S.K. bereits in voller Höhe geleistet und – parallel – gegen die Entscheidung Rekurs erhoben (vgl Beilage ./303, Rekurs der Stadt Linz vom 4.7.2014). Es ist Sache des OLG Wien über die Rechtmäßigkeit des Beschlusses zu entscheiden (vgl RS0046047). Sollte sich die Rechtsansicht des Erstrichters als verfehlt herausstellen, ist der Stadt Linz damit Abhilfe verschafft. Eine Befangenheit lässt sich aber selbst aus einer allenfalls verfehlten Kostenentscheidung keinesfalls ableiten.

Beweis: Zahlungseingang über EUR 36.162,83 (Beilage ./303).

Die Stadt Linz behauptet nicht einmal eine gravierende Rechtsverletzung, die Gegenstand eines Ablehnungsverfahrens sein könnte (sh Punkte 2 f); eine derartige Rechtsverletzung liegt auch nicht vor:

Die Stadt Linz ist zwar nicht verpflichtet, Mag. P. ■ von der Amtsverschwiegenheit zu entbinden; es besteht aber eine Verpflichtung, rechtzeitig eine (positive oder negative) Entbindungserklärung in Bescheidform abzugeben. Dies ergibt sich aus der Prozessförderungspflicht nach § 178 ZPO und aus der behördlichen Entscheidungspflicht, die durch Kenntnisnahme über die Ladung ausgelöst wird (vgl § 18 Abs 5 GEOM; VwSlg 7389 A/1968). Die Ladung von Mag. P. ■ war der Stadt Linz seit 22.4.2014 bekannt (vgl Zeitpunkt der Bereitstellung der ON 201 im WEB-ERV); zusätzlich hat Rat Mag. P. ■ noch am Tag vor der Einvernahme von Mag. P. ■ auf dieses Formalerfordernis hingewiesen, da die erste Entbindungserklärung vom 10.9.2013 ohne Zweifel auf die erste Einvernahme vom 25.9.2013 beschränkt war:

*"Zum Zwecke **dieser** Vernehmung wird [...] entbunden"* (vgl ON 95, Hervorhebung durch Verfasser)

Es bleibt in diesem Zusammenhang jedenfalls als ungewöhnliches Kuriosum anzumerken, dass der Zivilrichter die Verwaltungsbeamten der Stadt Linz hier hinsichtlich der Notwendigkeit und der Umstände der Erlassung eines Bescheides (also eines Verwaltungsaktes!) anleiten musste.

Zu Beginn der Tagsatzung lag keine (positive oder negative) Entbindungserklärung vor; diese Tatsache, ihre Rechtsfolgen und die Möglichkeit einer kurzfristigen Erklärung wurden sodann eine Stunde lang erörtert (vgl ON 234, S 1 bis 4). Für diese Stunde unnötigen Mehraufwandes, welcher in der Sphäre der Stadt Linz begründet war, beantragte BAWAG P.S.K. Kostenseparation; die Stadt Linz äußerte sich dazu (vgl ON 234, S 4). Der Richter fasste einige Zeit später den Beschluss auf Kostenseparation (vgl ON 247).

Die Stadt Linz wirft dem Richter vor, nicht jedes Detail des Aktes ständig präsent zu haben (sh Punkt 3.2.3 des Ablehnungsantrages). Eine angebliche Aktenwidrigkeit iZm der Einvernahme von AltBgm Dr. Dobusch sei ein weiterer Beleg der Befangenheit des Richters. Die Stadt Linz übersieht dabei zum wiederholten Male, dass ihr Vorbringen nicht geeignet ist, Befangenheit oder auch nur den Anschein einer Befangenheit zu argumentieren (vgl iZm Aktenwidrigkeit VwGH 2012/03/0035). Auf die Unklarheit der Aussage von AltBgm Dr. Dobusch und den Umstand, dass die Vertreter der Stadt Linz seine Aussage offenbar auch nicht präsent hatten, hat Rat Mag. P. ■ bereits hingewiesen (vgl ON 267, S 14 aA; ergänzender Hinweis: der Akt macht gescannt ca 1,7 GB aus, der beschaffte Akt des Landesgerichtes Linz zu 23 Hv 79/13k, welcher ca 1,06 GB ausmacht, ist dabei noch gar nicht berücksichtigt). Hier ist nur zu ergänzen, dass die Parteieinvernahme bekanntermaßen kein Vorbringen und auch nicht die Erörterung von Verfahrensfragen im Anwaltsprozess zu ersetzen vermag (vgl RS0038037).

5.5 Sonstige Entscheidungen / Handlungen

5.5.1 Angeblich einseitige Verfahrensführung zum Schaden

Rat Mag. P. ■■■ hat die sachlichen Erwägungen in seiner Äußerung dargelegt (vgl. ON 267, S 14 f). Dem ist lediglich hinzuzufügen, dass die Festlegung des Ablaufs der Stoffsammlung nach dem System der ZPO zu den ureigensten Aufgaben des Richters gehört (idS *Schragel in Fasching/Konecny*² § 180 Rz 10). Der Richter hat seine Erwägungen mit den Parteien auch eingehend erörtert, wobei sich die Stadt Linz nicht gegen seine geplante Vorgehensweise ausgesprochen hat; sie hat diese "zur Kenntnis" genommen und in der Folge mit der nach § 184 Abs 1 ZPO notwendigen Zustimmung von Rat Mag. P. ■■■ Fragen an BAWAG P.S.K. gerichtet (vgl. ON 160, S 12).

Die Stadt Linz behauptet nicht einmal eine gravierende Rechtsverletzung, die Gegenstand eines Ablehnungsverfahrens sein könnte (sh Punkt 3 f); eine derartige Rechtsverletzung liegt auch nicht vor, da der Richter seine Erwägungen mit den Parteien erörtert und seine Entscheidung begründet hat.

Bei genauer Betrachtung beschwert sich die Stadt Linz über die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Fragestellungen nach § 184 Abs 1 ZPO und Urkundenvorlageaufträgen nach §§ 303 ff ZPO (sh Punkt 4.3.6 des Ablehnungsantrages). Die Rechtslage vermag jedoch keine Befangenheit oder auch nur den Anschein einer Befangenheit des Rechtsanwenders zu begründen; Kritik an der Rechtslage kann somit nicht zum Gegenstand eines Ablehnungsverfahrens gemacht werden.

5.5.2 Entbindung der Zeugen anderer Banken

Die Stadt Linz beschwert sich, dass der Richter ihr "Blockade" der Prozessplanung iZm der Entbindung von Zeugen dritter Banken vom Bankgeheimnis vorgeworfen haben soll (Punkt 4.4 des Ablehnungsantrages). Der Richter hat in seinem Auftrag hingegen bloß festgestellt, dass "die Prozessplanung [ohne Erklärung über die Entbindung] blockiert wird" (ON 246). Gerade die Formulierung mittels passivierten Verbs zeigt, dass darin kein Vorwurf lag, da bei dieser grammatischen Form die Verantwortung offen bleibt.

Die Stadt Linz trifft keine Verpflichtung, die Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht zu entbinden; sehr wohl trifft sie aber gem § 178 ZPO die Pflicht, sich rechtzeitig über die Entbindung (positiv oder negativ) zu erklären, da dies für die Prozessplanung von Bedeutung ist. Der sinnvolle Modus der Zeugeneinvernahme (persönlich, per Videokonferenz, im Rechtshilfeweg) hängt davon ab. Die Stadt Linz hat auch keinen Grund vorgebracht, der sie an einer (positiven oder negativen) Erklärung über Monate hinweg gehindert hätte und weiterhin hindern würde.

Das Thema wurde mehrfach erörtert, die Stadt Linz vertröstete das Handelsgericht Wien und BAWAG P.S.K. dabei mehrfach auf später:

- BAWAG P.S.K. kündigt in der Tagsatzung vom 21.2.2014 Anträge auf zeugenschaftliche Einvernahme von Bankmitarbeitern dritter Banken an; die Parteien erörtern deren Verschwiegenheitspflicht; mit Ausnahme allfälliger Zeugen der Barclays Bank behält sich die Stadt Linz eine Erklärung vor (vgl ON 160, S 16);
- BAWAG P.S.K. beantragt, wie angekündigt, mit Schriftsatz vom 28.2.2014 die zeugenschaftliche Einvernahme von [REDACTED] und [REDACTED] – für einige Beweisthemen ist eine Entbindung der Stadt Linz vom Bankgeheimnis erforderlich (vgl Eingeräumter Schriftsatz der BAWAG P.S.K. vom 28.2.2014, Punkt 12);
- Die Stadt Linz sagt in der mündlichen Verhandlung vom 27.5.2014 zu, die Frage der Entbindung "*abzuklären und rechtzeitig bekannt zu geben*" (vgl ON 234, S 11) – die Einvernahme der Zeugen sollte (prozessökonomisch) parallel zu den Rekursverfahren vor dem OLG Wien erfolgen, dies wurde mit den Parteien in der Verhandlung auch erörtert, unter "*rechtzeitig*" war somit "*kurzfristig*" zu verstehen (vgl ON 267, S 15);
- BAWAG P.S.K. beantragt am 3.6.2014 der Stadt Linz die Erklärung über eine allfällige Entbindung vom Bankgeheimnis aufzutragen; *eventualiter* die Stadt Linz danach gem § 184 Abs 1 ZPO *per analogiam* zu fragen (vgl Antrag der BAWAG P.S.K. vom 3.6.2014);
- das Handelsgericht Wien trägt der Stadt Linz am 12.6.2014 auf, sich zur Frage der Entbindung der Zeugen unverzüglich zu äußern (vgl ON 246);
- die Stadt Linz kündigt mit Schriftsatz vom 17.6.2014 die Erklärung für 25.6.2014 an (vgl Bekanntgabe und Äußerung der Stadt Linz vom 17.6.2014, Punkt I);
- am 25.6.2014 (noch vor dem Ablehnungsantrag vom 30.6.2014) geschieht nichts;
- am 1.7.2014 folgt die lakonische Bekanntgabe: "*Zur Frage der Entbindung der Zeugen wird die Stadt Linz noch gesondert Stellung nehmen.*" (vgl Bekanntgabe der Stadt Linz vom 1.7.2014, Punkt III. 7.)

Selbst wenn in der Formulierung von Rat Mag. P [REDACTED] Unmut zu erkennen sein sollte, wäre dies in Anbetracht der Vorgehensweise der Stadt Linz ebenso angemessen wie unbedenklich. Eine Befangenheit des Richters ließe sich daraus ebenso wenig argumentieren wie ein Anschein von Befangenheit (vgl LGZ Wien 21.12.2012, 42 R 549/12i = EFSlg 135.858; RS0046083).

5.5.3 Zurückweisung des Antrags auf Bestellung von Dr. ■ zum Sachverständigen

Rat Mag. P ■ hat die Geschehnisse, die zur Berichtigung der Ausfertigung des Beschlusses führten, dargelegt. Es handelte sich eindeutig um ein Versehen und nicht um einen Vorboten eines Wutausbruchs (sh Punkt 4.5 des Ablehnungsantrages; ON 171/174; 267, S 2). Hier ist lediglich zu ergänzen:

Die Parteien eines Zivilprozesses haben kein Antragsrecht im Hinblick auf die Person des Sachverständigen, weshalb der mehrfach gestellte Antrag der Stadt Linz auf Bestellung von Dr. ■ zurückzuweisen war (vgl *Rechberger* in *Rechberger ZPO*⁴ § 351 Rz 2; ON 171/174, fünfter Beschlusspunkt). Die kritisierten Äußerungen über Dr. ■ finden sich lediglich in einer irrtümlich übermittelten Nichtentscheidung und wären – mangels Antragsrecht – auch abstrakt niemals entscheidungskausal für die Zurückweisung. Obwohl er dazu nicht verpflichtet war, hat Rat Mag. P ■ seine Erwägungen iZm Dr. ■ im Detail offengelegt; Dr. ■ fachliche Kompetenz war dabei nur eine von vielen Erwägungen (vgl ON 171/174).

Die kritisierte Formulierung betrifft außerdem gar nicht die Stadt Linz, sondern einen Dritten, und berührt die Sphäre der Stadt Linz somit weder in rechtlicher, noch in tatsächlicher Hinsicht. Das Vorbringen der Stadt Linz vermag auch hier keine Befangenheit oder einen Anschein der Befangenheit des Richters gegenüber der Stadt Linz zu begründen.

6. FAZIT: KEINE BEFANGENHEIT – KEIN ANSCHEIN EINER BEFANGENHEIT

Die Behauptung eines Wutanfalls ist durch den tatsächlichen Ablauf entkräftet (vgl ON 267).

Schwerwiegende Verstöße gegen Verfahrensgrundsätze, die dem Schutz des Parteigehörs und der Objektivität des Verfahrens dienen, und an der Objektivität des Richters Zweifel aufkommen lassen könnten, wurden weder behauptet, noch sind solche in der Verfahrensführung des Richters auch nur ansatzweise zu erkennen (sh Punkte 3 bis 5).

Dem Vorbringen der Stadt Linz ist auch keine besondere Intensität oder Häufung von Fehlern in der Verfahrensführung oder Rechtsanwendung des Richters zu entnehmen, welche eine Befangenheit oder auch nur den Anschein einer Befangenheit indizieren könnten – auch wenn sie das "Gesamtschauargument" an einer Stelle bemühen möchte (sh Punkt 2.4.1 des Ablehnungsantrages; vgl 6 Ob 290/06z; OLG Wien 15.6.2014, 15 R 82/14k, sh Punkt 5).

Was bleibt, ist eine mit deftigen Worten gespickte, abenteuerliche Geschichte im Rahmen eines weiteren taktischen Ablehnungsantrages der Stadt Linz in diesem Verfahren (sh Punkt 2.1 und 2.6).

7. ANTRÄGE

Aus den oben angeführten Gründen stellt BAWAG P.S.K. den

Antrag,

das Handelsgericht Wien möge den Ablehnungsantrag der Stadt Linz gegen Rat Mag. P. [REDACTED] kostenpflichtig abweisen.

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft

Kostenverzeichnis:

(Bemessungsgrundlage EUR 442.922.155,59)

Schriftsatz, TP3A	EUR 15.454,20
50 % Einheitssatz	EUR 7.727,10
100 % Erschwerniszuschlag*	EUR 23.181,30
ERV-Kosten	<u>EUR 1,80</u>
Zwischensumme	EUR 46.364,40
20 % Umsatzsteuer	<u>EUR 9.272,88</u>
Gesamtsumme	EUR 55.637,28

*Aufgrund des umfangreichen Tatsachen- und Rechtsvorbringens der Stadt Linz, welche das übliche Maß eines Ablehnungsantrages erheblich überstiegen, war die anwaltliche Aufarbeitung des Sachverhalts mit ausgedehnter und zeitrauender Informationsaufnahme und insgesamt einem deutlich größeren Aufwand verbunden. Die ansprechbaren Leistungen übersteigen daher nach Art und Umfang den Durchschnitt erheblich und werden insbesondere durch die Deckelung des tariflichen Kostenersatzes nicht angemessen abgebildet.

