

Obere Vorstadt 40
Postfach
5001 Aarau
062 835 39 40

HOR.2024.51 / lw

Beschluss vom 22. April 2025

Besetzung	Ersatzrichterin Steiner, Vorsitzende Handelsrichterin Scheurer Handelsrichter Felber Handelsrichter John Gerichtsschreiber Wendt
-----------	--

Klägerin	A._____ AG, vertreten durch lic. iur. Tobias Treyer, Treyer & Zihlmann Advokatur, Rechtsanwalt, Hauptstrasse 13, Postfach 149, 4144 Arlesheim
----------	--

Beklagte (Gesuchstellerin)	D._____ AG, vertreten durch lic. iur. Thomas Braun, und M.A. HSG in Law and Economics David Wohlgemuth, epartners Rechtsanwälte AG, Rechtsanwälte, Hardturmstrasse 11, Zürich
-------------------------------	---

Gegenstand	Ausstandsgesuch gegen Präsident Dr. iur. H._____
------------	--

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Mit Klage vom 24. September 2024 (Postaufgabe: 24. September 2024) stellte die Klägerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin CHF 109'877.20 zzgl. Zins zu 5% seit 21.9.2023 zu bezahlen.

2.

Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. aaa des Betreibungsamtes Y._____ zu beseitigen.

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWSt. zulasten der Beklagten."

1.2.

Mit Klageantwort vom 18. November 2024 beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage.

1.3.

Am 31. Januar 2025 fand eine Instruktionsverhandlung mit informeller Parteibefragung und Vermittlungsgespräch statt (nachfolgend die "Instruktionsverhandlung"). Anlässlich der Verhandlung präsentierte der Präsident Dr. iur. H._____ als Instruktionsrichter eine erste, als unpräjudiziell deklarierte, Einschätzung anhand des ersten Schriftenwechsels. Basierend auf dieser Einschätzung unterbreitete der Präsident den Parteien einen bezifferten Vergleichsvorschlag. Die Parteien fanden am genannten Termin zu keiner einvernehmlichen Lösung.

1.4.

Mit elektronischer Eingabe vom 3. Februar 2025 stellte die Beklagte und Gesuchstellerin (nachfolgend die "Beklagte") ein Ausstandsgesuch gegen den Instruktionsrichter Dr. iur. H._____ (nachfolgend auch "Gesuch").

1.5.

Das Ausstandsverfahren wurde fortan von der Ersatzrichterin instruiert.

1.6.

Mit Eingaben vom 12. Februar 2024 (nachfolgend "Stn. Klägerin") respektive vom 14. Februar 2025 (nachfolgend "Stn. H._____") bestritten die Klägerin sowie Dr. iur. H._____ das Vorliegen eines Ausstandsgrundes gemäss Art. 47 Abs. 1 ZPO.

1.7.

Mit elektronischer Eingabe vom 27. Februar 2025 replizierte die Beklagte (Art. 53 Abs. 3 ZPO) fristgerecht auf die gemäss Ziff. 1.6 genannten Stellungnahmen. Dabei hielt sie an den Anträgen ihres Gesuchs fest und ergänzte, die Kosten des Ausstandsverfahrens sollten zu Lasten der Staatskasse gehen und der Beklagten sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

1.8.

Dr. iur. H._____ und die Klägerin verzichteten auf eine weitere Stellungnahme auf die Replik der Beklagten.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Parteibehauptungen

1.1. Beklagte

1.1.1. Im Allgemeinen

Die Beklagte beruft sich auf Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO. Sie vertritt die Ansicht, Dr. iur. H._____ habe während der Instruktionsverhandlung den Anschein erweckt, dass er sich zu bestimmten, massgeblichen Themenkomplexen bereits zugunsten der Klägerin definitiv festgelegt habe (Gesuch Rz. 3 f., 30). Zusammenfassend stützt sich die Beklagte diesbezüglich auf einzelne, angebliche Äusserungen von Dr. iur. H._____ anlässlich der Instruktionsverhandlung (E. 1.1.2) und sinngemäss eine behauptete arbiträre Herleitung des präsentierten Vergleichsvorschlags zulasten der Beklagten (E. 1.1.3), woraus im Verbund ein Anschein der Befangenheit entstehe (Gesuch Rz. 20). Schliesslich führt sie weitere verschiedene Begleitumstände an (E. 1.1.4).

1.1.2. Äusserungen von Dr. iur. H._____

Gemäss der Beklagten habe sich Dr. iur. H._____ dahingehend geäussert, die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR seien "mit Sicherheit" gegeben. Zudem habe ein allfälliges Rechtsmittel ans Bundesgericht diesbezüglich kaum Aussicht auf Erfolg. Weiter habe Dr. iur. H._____ im Zusammenhang mit Art. 366 Abs. 1 OR zum Ausdruck gebracht, dass dazu "in jedem Fall etwas hängen bleiben" würde (Gesuch Rz. 16). Dies stehe in einem Spannungsfeld zur richterlichen Unvoreingenommenheit (zum Ganzen Gesuch Rz. 14, 24, 27 und 30). Der eingangs unstrittig durch Dr. iur. H._____ erbrachte Vorbehalt, es handle sich nur um eine – dem Verfahrensstand entsprechende – provisorische Rechtsauffassung, vermögen die Äusserungen des Präsidenten nicht zu relativieren (Replik Rz. 4).

1.1.3. Arbiträre Herleitung des Vergleichsvorschlags

Die Beklagte bringt vor, die von der Klägerin im Hauptverfahren eingereichten Behauptungen und Belege könnten den von Dr. iur. H._____ präsentierten Vergleichsvorschlag nicht plausibel erklären (Gesuch Rz. 3).

Zur Begründung führt die Beklagte aus, dass insbesondere die Einschätzung zur vergleichweisen Gutsprache einer Teilforderung der Klägerin (Fr. 107'499.80; "Kosten der I. _____ AG") im Umfang von 75 % einer nachvollziehbaren Grundlage entbehre (Gesuch Rz. 9 ff.). Es fehle an der erforderlichen Substantiierung und/oder an hinreichenden Beweisen der Klägerin, der einen solch sicheren und einseitigen Schluss zuliesse (Gesuch Rz. 15). Namentlich hätte die Klägerin bezüglich der genannten Teilforderung keinen einzigen Kausalzusammenhang behauptet. Demgegenüber seien die Nachtragsforderungen der Beklagten betreffend die Positionen "Treppenhaus" und "Pool" lediglich im Umfang von 10 % als berechtigt angesehen worden (Gesuch Rz. 17). Der Präsident habe bei der Berücksichtigung der verschiedenen Forderungen der Klägerin und der Beklagten zulasten letzterer unterschiedliche, rechtsungleiche und nicht neutrale Massstäbe angesetzt (Replik Rz. 24, 26 ff.).

Überdies sei auch das Verhalten des Präsidenten im Zusammenhang mit dem Nachtrag "Luxusleuchten Wohnung A1.1" dazu geeignet einen Anschein von Befangenheit zu schaffen. Die von der Klägerin verweigerte Bestellbestätigung und die von der Beklagten geltend gemachten Einreden habe der Präsident nicht als Hinderungsgrund gesehen, dass die Beklagte diesbezüglich in Verzug geraten sei. Die entsprechende Forderung sei in der Tabelle zum Vergleichsvorschlag in keiner Weise vermerkt (Gesuch Rz. 18).

Schliesslich hätte die sichere Einschätzung zu den Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR einer vertieften Auseinandersetzung mit dem pflichtwidrigen Verzug, einem allfälligen Selbstverschulden der Klägerin und einer Aufgliederung der von einem Vertragsrücktritt betroffenen Teilleistungen erfordert, um von einer neutralen Begründung des vorgelegten Vergleichsvorschlags sprechen zu können (Gesuch Rz. 27). Immerhin habe sich auch die Klägerin nicht festgelegt, auf welchen Rechtsbehelf sie ihre Forderungen stützt (Gesuch Rz. 28) und zudem habe die Beklagte bereits in der Klageantwort zum Ausdruck gebracht, dass die von der Klägerin behaupteten Termine nicht mehr verbindlich gewesen seien (Gesuch Rz. 29). Dass die Frage, ob die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR erfüllt seien, von Relevanz sei, habe der Präsident mit Verweis auf den andernfalls anwendbaren Art. 377 OR selbst bestätigt (Gesuch Rz. 13).

1.1.4. Begleitumstände

Sinngemäss vertritt die Beklagte die Ansicht, ihr Fristerstreckungsgesuch vom 7. November 2024 sei namentlich vor dem Hintergrund der vorgebrachten IT-Probleme bei der Beklagten hinsichtlich des Selbstverschuldens der Beklagten bemerkenswert streng ausgelegt worden (Replik Rz. 31 ff. und 34; Gesuchbeilage 3). Unter dem Gesichtspunkt, dass die Beklagte infolge des zu Unrecht abgewiesenen

Fristerstreckungsgesuchs weniger Zeit für allfällig benötigte Bestreitungen der klägerischen Positionen und Exkulpationsbeweise gehabt habe (Waffengleichheit), sei ebenfalls davon auszugehen, dass die Einschätzung des Präsidenten nicht auf neutralen Wertungen fusste (Replik Rz. 36). Überdies habe der Präsident seine Meinung im Kontext der Fristerstreckung mit unnötig wertenden Äusserungen unterstrichen, die dazu geeignet gewesen wären, Herrn J._____ einzuschüchtern und zu verunsichern. Auch hieraus sei ein Anschein von Befangenheit entstanden (Replik Rz. 36).

Die Beklagte bringt des Weiteren vor, der Präsident habe während der Verhandlung erwähnt, dass der Fachrichter nicht teilnehmen konnte. Rechtsanwalt K._____ habe sich telefonisch über die Identität des Fachrichters erkundigen wollen. Überraschenderweise habe der Präsident den Anruf direkt entgegengenommen, bei welcher Gelegenheit dieser fragte, ob die Beklagte plane ein Ausstandsgesuch zu stellen (Gesuch Rz. 32 f.). Dies sei zumindest ungewöhnlich (Gesuch Rz. 34) und die Umstände könnten kaum anders interpretiert werden, dass der Präsident bereits wusste, dass er mit seinem Verhalten Ausstandsgründe gesetzt hätte (Replik Rz. 43).

Abschliessend könne nach den Stellungnahmen des Präsidenten und der Klägerin noch weniger davon ausgegangen werden, dass der Präsident unvoreingenommen sei und er sich ohne Gesichtsverlust bei Bedarf von seiner bisherigen Einschätzung zu lösen vermöge (Replik Rz. 57).

1.2. Dr. iur. H._____

Dr. iur. H._____ führt in seiner Stellungnahme einleitend aus, er habe zu Beginn der Instruktionsverhandlung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei den verfassten Rechtserörterungen nur um eine provisorische Rechtauffassung handle. Sie stehe unter dem Vorbehalt des zweiten Schriftenwechsels und der vollständigen Besetzung des Gerichts im Urteilsfall (Stn. H._____ S. 1). Im Interesse einer frühzeitigen Beendigung der Streitsache seien Meinungsäusserungen zum Verfahrensausgang anlässlich einer Instruktionsverhandlung zulässig und erwünscht (Stn. H._____ S. 1).

Er habe beim Vortragen bemerkt, dass die Gerichtsdelegation aufgrund des ersten Schriftenwechsels und den Aussagen der informellen Parteibefragung die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR "wohl als erfüllt betrachtet" (Stn. H._____ S. 1). J._____ hätte eingeräumt, dass bei den Arbeiten der strittigen Wohnüberbauung der "Wurm" drin gewesen sei. Überdies habe er in den Rechtserörterungen zahlreiche Beispiele von Terminverzögerungen der Beklagten genannt (Stn. H._____ S. 1 f.).

Gemäss Dr. iur. H. _____ sei die Gewichtung der Kosten für die I. _____ AG mit 75 % auf die Einschätzung zurückzuführen, dass es für die Klägerin aufwändiger sein werde, die Angemessenheit und Erforderlichkeit der Ersatzvornahme zu beweisen, als die Erfüllung der Tatbestandselemente von Art. 366 Abs. 1 OR. Dr. iur. H. _____ räumt indessen ein, diese Einschätzung möge im Nachhinein etwas zu hoch gewesen sein. Im Gegenzug seien die unbewiesenen Regierapporte der Beklagten mit 50 % (zu deren Gunsten) berücksichtigt worden. Zu den beiden Nachträgen "Treppenhaus" und "Pool" bringt er vor, diese seien in der Klageantwort nicht thematisiert worden und deshalb bloss mit jeweils 10 % gewichtet worden (Stn. H. _____ S. 2).

Zum abgewiesenen Fristerstreckungsgesuch vom 7. November 2024 verweist Dr. iur. H. _____ auf sein Erstaunen, als er erst während der Instruktionsverhandlung davon erfahren habe, die Klage sei bei der Betriebshaftpflichtversicherung liegen geblieben, wovon im Fristerstreckungsgesuch indes keine Rede gewesen sei (Stn. H. _____ S. 2).

Zum angeblich fehlenden Fachrichter wird vorgebracht, an der Instruktionsverhandlung sei lediglich angemerkt worden, eine weitere Person sei zusätzlich zur anwesenden Dreierdelegation des Gerichts in dem Verfahren tätig gewesen. Hiermit sei die krankheitsbedingt ausgefallene Obergerichtsschreiberin L. _____ gemeint gewesen. Ein Fachrichter sei nie involviert gewesen (Stn. H. _____ S. 2 f.; beigelegtes Arztzeugnis L. _____ vom 30. Januar 2025).

Schliesslich merkt Dr. iur. H. _____ an, es sei nicht ungewöhnlich, dass er einen Anruf auf die Hauptnummer direkt entgegennehme. Das Handelsgericht des Kantons Aargau sei ein kleines Gericht und die Umleitung auf den Ringruf erfolge auch auf ihn persönlich (Stn. H. _____ S. 3).

1.3. Klägerin

Gemäss dem Eindruck der Klägerin hätte sich die Gerichtsdelegation offensichtlich intensiv mit den eingereichten Rechtsschriften und Beweisen auseinandergesetzt. Auf den Umstand, dass in einem zweiten Schriftenwechsel noch ergänzende Sachverhaltsdarstellungen und rechtliche Ausführungen folgen könnten, seien die Parteien aufmerksam gemacht worden. Es sei klar zum Ausdruck gekommen, dass es sich lediglich um eine Erstbeurteilung handle und diese sich im Urteilsfall auf beiden Seiten ändern könne. Der Präsident habe neue, vollständig unbelegte Vorbringen der Beklagten zugunsten der Beklagten in einem abweichenden zweiten Vergleichsvorschlag berücksichtigt. Die Basis für einen Ausstand sei in keiner Weise gegeben (zum Ganzen Stn. Klägerin).

2. Rechtliches

2.1. Eventualmaxime

Das Ausstandsgesuch wird im summarischen Verfahren unter Geltung des Verhandlungsgrundsatzes behandelt (Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Art. 255 ZPO *e contrario*). Ohne Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels tritt der Aktenschluss im summarischen Verfahren bereits nach der ersten Äusserungsmöglichkeit ein.¹ Danach eingereichte Tatsachen und Beweismittel sind nur noch als Noven im Sinne von Art. 229 Abs. 2 ZPO beachtlich. Diesbezüglich gilt es vorliegend anzumerken, dass eine Gesuchstellerin im Moment ihres Gesuchs trotz Kenntnis einer Tatsache im Allgemeinen nicht jedwedes konkrete Vorbringen der Gegenpartei zu der entsprechenden Tatsache antizipieren muss und ihre Entgegnungen bei erfüllten Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 2 lit. b ZPO als unechte Noven zulässig sind. Namentlich hat die Gesuchstellerin darzulegen, erst die Behauptungen der Gegenpartei hätten kausal veranlasst, dass sie ihre unechten Noven als Reaktion auf diese einreichte.²

2.2. Ausstand

Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK gewähren den Anspruch jeder Person in einem gerichtlichen Verfahren, dass ihr Streitgegenstand von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Gericht beurteilt wird. Sachfremde, ausserhalb des Prozesses liegende Umstände sollen nicht zugunsten oder zulasten einer Partei auf den gerichtlichen Entscheid einwirken.³

Diese Garantie des verfassungsmässigen Gerichts wird im Zivilverfahrensrecht verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten erkennbar sind, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts zu erwecken. Für die Ablehnung wird insofern nicht verlangt, dass der jeweilige Richter oder die jeweilige Richterin tatsächlich befangen ist. Dennoch muss das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit in objektiver Weise begründet erscheinen.⁴ Entscheidendes Kriterium ist, ob bei objektiver Betrachtung der Ausgang des Verfahrens als noch offen erscheint.⁵

¹ BGE 146 III 237 E. 3.1.

² Vgl. zu den sogenannten Dupliknoven BGE 146 III 55 E. 2.5.2; DIKE ZPO-PAHUD, 3. Aufl. 2025, Art. 229 N. 17a; SK ZPO-LEUENBERGER, 4. Aufl. 2025, Art. 229 N. 39 m.w.N.

³ BGE 134 I 238 E. 2.1.

⁴ BGE 140 III 221 E. 4.1 m.w.N.; BGer 4A_663/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.4.1.

⁵ BGer 4A_56/2019 vom 27. Mai 2019 E. 3; vgl. auch BK ZPO I-RÜETSCHI, 2012, Art. 47 N. 46.

Im Zivilverfahrensrecht wird die Garantie des verfassungsmässigen Gerichts in den Art. 47 ff. ZPO konkretisiert. Im Sinne einer Auffangklausel tritt eine Gerichtsperson gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO in den Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen den Anschein der Befangenheit erwecken könnte. Ein solch anderer Grund kann namentlich vorliegen, wenn objektiv betrachtet aus Äusserungen nach deren Inhalt oder Art auf eine Ungleichbehandlung der Parteien geschlossen werden kann.⁶ Von Gerichtsmitgliedern darf eine gewisse Zurückhaltung in der Ausdrucksweise, nicht hingegen vollkommene emotionslose Abgeklärtheit verlangt werden.⁷ Ebenso wenig sind ungeschickte Äusserungen automatisch als Befangenheit zu werten.⁸ Dennoch darf die Verfahrensführung der Beteiligten kritisch gewürdigt werden.⁹ Insgesamt ist aus einer Verletzung der erforderlichen Professionalität nur zurückhaltend ein Ausstandsgrund abzuleiten.¹⁰

Überdies führt eine vorläufige Meinungsäusserung anhand der gegebenen Aktenlage nicht zu einer unzulässigen Vorbefassung, sofern das betreffende Gerichtsmitglied frei und fähig bleibt, dessen Meinung als Reaktion auf künftige prozessual zulässige Behauptungen und Beweise zu ändern und durch dessen Äusserungen nicht der Anschein des Gegenteils erweckt wird.¹¹ Dies gilt im Übrigen auch für Meinungsäusserungen zur Begründung von Vergleichsvorschlägen.¹²

Die Ausstandsregelungen vermitteln keinen Anspruch auf eine inhaltlich fehlerfreie gerichtliche Einschätzung. Entscheide des Gerichts vermögen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit zu begründen. Weder prozessuale Fehler noch falsche materielle Entscheide begründen im Allgemeinen den Verdacht der Befangenheit. Ausnahmen sind bei besonders krassen oder wiederholten Irrtümern denkbar, die als schwere Verletzung der richterlichen Pflichten taxiert werden müssen. Daraus folgt, dass Verfahrensverstösse regelmässig im Rechtsmittel- und nicht im Ausstandsverfahren zu rügen sind.¹³

Ein Ausstandsgesuch ist von der jeweiligen Partei gemäss Art. 49 Abs. 1 ZPO unverzüglich zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis

⁶ SK ZPO-WULLSCHLEGER, 4. Aufl. 2025, Art. 47 N. 33; DIKE ZPO-DIGGELMANN, 3. Aufl. 2025, Art. 47 N. 25.

⁷ Vgl. BGer 1B_255/2021 vom 27. Juli 2021 E. 3.3, 2A.82/2004 vom 6. Mai 2004 E. 4.

⁸ SK ZPO-WULLSCHLEGER (Fn. 6), Art. 47 N. 33.

⁹ BGer 1P.698/2005 vom 9. Januar 2006 E. 7.2 m.w.N.

¹⁰ Vgl. SK ZPO-WULLSCHLEGER (Fn. 6) Art. 47 N. 34.

¹¹ BGE 134 I 238 E. 2.1, 125 I 119 E. 3a.

¹² BGE 134 I 238 E. 2.4, 131 I 113 E. 3.6.

¹³ BGer 5A_950/2018 vom 8. März 2019 E 2.1 m.w.N., 5A_461/2016 vom 3. November 2016 E. 7.3; BGE 116 Ia 135 E. 3a.

erhalten hat. Andernfalls verwirkt das Recht auf dessen spätere Anrufung.¹⁴ Dabei sind die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen, womit eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt. Der Kenntnis ist das Kennenmüssen bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit gleichzusetzen, wobei die Kenntnis der Rechtsvertretung ihrer Partei anzurechnen ist.¹⁵ In der Lehre wird mit Bezug auf die Gesetzesmaterialien teilweise vertreten, ein während der Gerichtsverhandlung entdeckter Ausstandsgrund müsse noch während dieser geltend gemacht werden.¹⁶

3. Würdigung

3.1. Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs

Die Beklagte reichte ihr Ausstandsgesuch am Montag, den 3. Februar 2025 und damit 3 Tage nach der Instruktionsverhandlung von Freitag, den 31. Januar 2025 ein. Ihr Gesuch stützt sie im Wesentlichen auf Äusserungen von Dr. iur. H._____ und dessen Herleitung des unpräjudiziellen Vergleichsvorschlags ab (E. 1.1.2 f.). Wird der in der Lehre teilweise vertretenen Ansicht, ein während der Gerichtsverhandlung entdeckter Ausstandsgrund müsse noch während dieser geltend gemacht werden (E. 2.2), gefolgt, wäre das Gesuch der Beklagten als verspätet zu beurteilen.

Vorliegend ist dieser Ansicht indessen nicht zu folgen. Nach Meinung des Gerichts ist aus den von der Lehre beigezogenen Materialien nicht ersichtlich, ob der Gesetzgeber pauschal sämtliche Ausstandskonstellationen im Blick hatte, bei denen es notwendig sein soll, das Ausstandsgesuch bereits anlässlich der Gerichtsverhandlung zu stellen. Im Falle persönlicher Beziehungen gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. b–e ZPO mag diese Haltung gerechtfertigt sein, da die Kenntnis solcher Tatsachen als relativ einfach und eindeutig zu bewerten ist, wodurch ein weiteres Zuwarten somit grundlos erscheint. Wird indes eine Voreingenommenheit oder Befangenheit gestützt auf andere Gründe gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO geltend gemacht, zeigt auch das vorliegende Verfahren, dass die Ermittlung des Ausstandsgrundes durchaus multifaktoriell sein kann. Legt man für die als wesentlich erachtete "Entdeckung" des Ausstandsgrundes die pflichtgemässe Aufmerksamkeit als Massstab zugrunde, ist zu berücksichtigen, dass sich die Aufmerksamkeit der Parteien zumindest in inhaltlich komplexen Instruktionsverhandlungen im Kern auf Sachfragen konzentrieren und insoweit das Zusammenspiel verschiedener Aussagen gesamthaft erst in einer Rückschau erkennbar wird und damit als "entdeckt" zu würdigen ist.

¹⁴ BGE 149 III 12 E. 3.2.1.

¹⁵ BGE 139 III 120 E. 3.2.1; AGE BS ZB.2021.32 vom 18. Oktober 2021 E. 2.2.2 m.w.N.; SK ZPO-WULLSCHLEGER (Fn. 6), Art. 49 N. 6.

¹⁶ SK ZPO-WULLSCHLEGER (Fn. 6) Art. 49 N. 7; DIKE ZPO-DIGGELMANN, 3. Aufl. 2025, Art. 49 N. 3; BSK ZPO-WEBER, 4. Aufl. 2025, Art. 49 N. 3; Botschaft ZPO 2006, S. 7273, Bericht VE ZPO 2003, S. 31.

Die Beklagte reichte ihr Ausstandsgesuch innert sehr kurzer Frist unmittelbar nach der Instruktionsverhandlung ein. Es erfolgte somit rechtzeitig.

3.2. Unzulässige Noven

Mit Verfügung vom 14. Februar 2025 setzte die Instruktionsrichterin der Beklagten Frist zur Ausübung ihres Replikrecht bis zum 27. Februar 2025. Sie verwies hierbei explizit auf Art. 53 Abs. 3 ZPO. Damit wurde zweifellos deutlich, dass der Aktenschluss bereits nach dem ersten Schriftenwechsel als abgeschlossen betrachtet wurde. Aus diesem Grund sind folgende Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, welche die Beklagte erst in Ausübung ihres Replikrechts einreichte, aus dem Recht zu weisen:

In Replik Rz. 4 behauptet die Beklagte im Kontext von Art. 366 Abs. 1 OR erstmals, der Präsident habe sich wie folgt geäußert: "es ist klar, dass die Termine nicht eingehalten wurden". Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb erst die Ausführungen von Dr. iur. H._____ dafür kausal gewesen sein sollen, dass die Beklagte diese Bemerkung vorbrachte. Die Beklagte ging bereits in ihrem Gesuch umfassend auf die gerichtliche unpräjudizielle Einschätzung von Art. 366 Abs. 1 OR und die aus ihrer Sicht unausgewogene Berücksichtigung der Parteivorbringen ein. Sie konnte insofern ohne Weiteres davon ausgehen, dass sich Dr. iur. H._____ potenziell zu diesen Aspekten äussern wird. Es durfte deshalb von ihr nach durchschnittlicher Sorgfalt und Umsicht erwartet werden, dass sie die zuvor erwähnte Behauptung schon in ihrem Gesuch hätte vorbringen müssen. Äquivalentes gilt für die in Replik Rz. 9 f., Rz. 17–22 und Rz. 27 f. neu behaupteten Tatsachen und angeführten Beweismittel.

3.3. Ausstandsgrund

3.3.1. Herleitung des Vergleichsvorschlags

In einem Ausstandsverfahren soll grundsätzlich nicht die inhaltliche Würdigung, sondern eine allfällige Befangen- und Voreingenommenheit der betreffenden Gerichtsperson beurteilt werden. Nur besonders krasse oder wiederkehrende materiell-rechtliche oder prozessuale Fehler können auch auf einen Anschein der Befangen- und Voreingenommenheit hindeuten (E. 2.2). Nach Prüfung der beklagtischen Vorbringen ist es nicht überwiegend wahrscheinlich, dass Dr. iur. H._____ bei der Herleitung seiner rechtlichen Einschätzung und des darauf gründenden Vergleichsvorschlags derartigen Fehlern unterlag.

Aus der Stellungnahme von Dr. iur. H._____ geht sinngemäss hervor, dass die Fokussierung auf Art. 366 Abs. 1 OR einer Abwägung entsprang, welcher Anspruch gestützt auf die im Recht liegenden Behauptungen und Beweismittel und *iura novit curia* im weiteren Verfahrenslauf wohl am ehesten zu beweisen wäre (Stn. H._____ S. 2). Unbestrittenermassen hat sich die Prozessunsicherheit im Vergleichsvorschlag namentlich bei den

Kosten der I. _____ AG mit einem Abschlag mit 25 % niedergeschlagen. Dr. iur. H. _____ ist darin beizupflichten, dass exakte Betragsschätzungen naturgemäss mit Unsicherheiten behaftet sind. Entgegen der Meinung der Beklagten, ist eine in die Zukunft gerichtete Prognose der Erfolgsaussichten eines Anspruchs mit Ausschlag in eine Richtung (75 %) auch dann zulässig, wenn die davon begünstigte Partei (hier die Klägerin) eine hierfür erforderliche Anspruchsvoraussetzung noch nicht rechtsgenüglich behauptet und substantiiert hat.

Die Beklagte bestreitet nicht, dass sie die beiden Nachträge "Treppenhaus" und "Pool" in ihrer Klageantwort nicht thematisierte und erst während der Instruktionsverhandlung aufwarf. Die Gewichtung der Nachträge mit jeweils 10 % erscheint angesichts der bis anhin fehlenden Informationen und unter Berücksichtigung einer naturgemäss schwierigen Betragsschätzung zumindest nicht grob falsch oder im Vergleich zu den der Klägerin zugesprochenen Positionen rechtsungleich. Auch wenn die Bewertung zu lediglich 10 % eher tief sein mag, weist die noch in der Instruktionsverhandlung erfolgte Berücksichtigung darauf hin, dass die zuvor erstellte Einschätzung von Dr. iur. H. _____ nicht unverrückbar war. Des Weiteren bestreitet die Beklagte nicht, dass Dr. iur. H. _____ zu deren Gunsten Regieforderungen mit 50 % gewichtete, obwohl es hierfür an – im Entscheidfall – notwendigen substantiierten Behauptungen und Beweismitteln fehlte. Schliesslich überzeugen auch die beklagtschen Hinweise zum Nachtrag "Luxusleuchten" nicht. Es ist nicht glaubhaft gemacht, dass Dr. iur. H. _____ beim betreffenden Nachtrag derart ungleiche Massstäbe bei den Vorbringen der Parteien ansetzte, sodass von einer Befangen- oder Voreingenommenheit für den weiteren Verfahrenslauf auszugehen wäre.

3.3.2. Äusserungen von Dr. iur. H. _____

Die Beklagte stösst sich weiter daran, dass die ihrer Ansicht nach ohnehin schon unfundierte Einschätzung von Dr. iur. H. _____ von diesem noch mit Äusserungen untermauert worden sei, wonach die Voraussetzungen von Art. 366 Abs. 1 OR "mit Sicherheit" erfüllt seien und davon "in jedem Fall etwas hängen bleiben" werde. Es ist indessen unstrittig, dass Dr. iur. H. _____ zu Beginn der Instruktionsverhandlung die Parteien ausdrücklich darauf aufmerksam machte, dass es sich bei den verfassten Rechtserörterungen lediglich um eine provisorische Rechtsauffassung entsprechend dem aktuellen Verfahrensstand handle. Vor diesem Hintergrund sind die Einwände der Beklagten bedeutend zu relativieren. In der Verfügung vom 14. Januar 2025 wurden die Parteien zudem explizit zu einer Instruktionsverhandlung mit informeller Parteibefragung und Vermittlungsgespräch vorgeladen. Die Rechtsvertreter wussten somit um die Funktion der Instruktionsverhandlung und Relevanz im weiteren Verfahrensablauf und mussten allfällige Äusserungen des Instruktionsrichters entsprechend einordnen. Es wäre an den

Rechtsvertretern gewesen, die Parteien entsprechend hierüber aufzuklären. Es ist zudem in Erwägung zu ziehen, dass gerichtlich angeleitete Vermittlungsgespräche zur Unvoreingenommenheit der agierenden Gerichtsperson stets in einem gewissen Spannungsverhältnis stehen. Zwar ist bei der Formulierung der provisorischen Einschätzung der Gerichtsdelegation im Allgemeinen eine zurückhaltende Positionierung zu befürworten. Gleichzeitig kann in Vermittlungsgesprächen, in denen sich die Parteien und das Gericht verglichen mit einer Hauptverhandlung mehr in einer Phase gemeinsamen Wirkens befinden, nicht jeder Ausdruck auf die Goldwaage gelegt werden, wenn bereits einleitend ein genügend klarer Vorbehalt angebracht wurde, wie dies vorliegend auch geschah.

Selbst wenn die von der Beklagten behaupteten Aussagen also tatsächlich in der Form gefallen sein sollten, sind sie im Ergebnis unbeachtlich, denn sie würden die gewonnene Überzeugung des Gerichts nicht erschüttern. Mithin kann eine Abnahme der beantragten Parteiaussagen und Zeugnisse in antizipierter Beweismündigung unterbleiben.¹⁷

Abschliessend ist auf die von der Beklagten selbst behauptete Reaktion von Dr. iur. H._____ bezüglich der Relevanz von Art. 377 OR einzugehen. Die Beklagte lehnte die gerichtliche Einschätzung zu Art. 366 Abs. 1 OR in der Instruktionsverhandlung ab. Wenn nun Dr. iur. H._____ diesbezüglich die Relevanz der Norm bestätigte und hierbei kundgab, dass andernfalls Art. 377 OR anwendbar sei, deutet dies entgegen der Beklagten nicht auf eine voreingenommene Haltung hin. Vielmehr zeigt die Äusserung auf, dass Dr. iur. H._____ eine zukünftig womöglich abweichende rechtliche Würdigung durchaus im Blick hatte.

3.3.3. Begleitumstände

Betreffend das abgewiesene Fristerstreckungsgesuch vom 7. November 2024 ist zu betonen, dass ein Ausstandsverfahren ebenfalls nicht dazu dient, dieses Handeln anzufechten. Vielmehr wäre dies im Rechtsmittelverfahren zu tun. Eine besondere Härte bei der Abweisung der Fristerstreckung ist entgegen der Beklagten nicht erkennbar. Die Beklagte wusste seit Erhalt der Verfügung vom 26. September 2024 vom Hauptverfahren und hat die erst am 5. November 2024 erfolgte Mandatierung und die dann vor Fristablauf auftretenden IT-Probleme selbst zu verantworten. Im Übrigen gewährte Dr. iur. H._____ eine letzte, nicht erstreckbare Frist von 10 Tagen zur Erstattung der Klageantwort.

Inwiefern die Äusserungen von Dr. iur. H._____ zum abgewiesenen Fristerstreckungsgesuch dazu geeignet gewesen sein sollen, Herrn

¹⁷ Vgl. BGE 143 III 297 E. 9.3.2, 122 III 219 E. 3c; BGer 4A_253/2019 vom 5. September 2019 E. 3.4.1; vgl. zum Verzicht auf die Beweisabnahme aufgrund feststehendem Beweisergebnisses ausführlich KUNTSCHE, Die antizipierte Beweismündigung im schweizerischen Zivilprozess, 2021, N. 463 ff.

J._____ einzuschüchtern und zu verunsichern und weshalb daraus der Anschein von Befangenheit erweckt worden sein soll, legt die Beklagte nicht im Ansatz dar. Es können somit auch diesbezüglich das beantragte Zeugnis und die beantragten Beweisaussagen unterbleiben.

Hinsichtlich der Besetzung der Gerichtsdelegation an der Instruktionsverhandlung und der in der Folge geführten Telefonate ist nach der Stellungnahme von Dr. iur. H._____ eindeutig, dass es sich um ein schlichtes Missverständnis handelte. Die Beklagte kann aus diesen Geschehnissen nichts für sich ableiten. Fehlgeleitet ist die Beklagte schliesslich in ihrer Meinung, dass nach den erfolgten Stellungnahmen von Dr. iur. H._____ sowie der Klägerin noch weniger von der Unvoreingenommenheit des Präsidenten auszugehen sei. Dr. iur. H._____ bezieht in seiner Stellungnahme sachlich zu den Geschehnissen Stellung. Die Stellungnahme der betroffenen Gerichtsperson ist überdies gesetzlich vorgesehen (Art. 49 Abs. 2 ZPO).

3.3.4. Zwischenfazit

Nach Würdigung der konkreten Umstände in ihrer Gesamtheit, ist ein Ausstandsgrund gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f. ZPO zu verneinen.

4. Prozesskosten

Das Ausstandsverfahren ist als gesondertes Verfahren kostenpflichtig, wenn das Ausstandsbegehren abgewiesen wird.¹⁸

Die Prozesskosten umfassen die Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO) sowie die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Gerichtskosten umfassen vorliegend einzig die Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO), die sich nach Art. 96 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 8 GebührD (SAR 662.110) richtet. Die Prozesskosten werden im Ausstandsverfahren grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).¹⁹ Die Entscheidgebühr wird unter Zugrundelegung des verursachten gerichtlichen Aufwands und angesichts des Umfangs der Eingaben auf Fr. 2'000.00 festgesetzt und dem Ausgang des Verfahrens entsprechend der Beklagten auferlegt. Dem Staat ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

¹⁸ SK ZPO-WULLSCHLEGER, 4. Aufl. 2025, Art. 50 N. 13; vgl. BGer 4A_158/2012 vom 7. Mai 2012 E. 2.6.

¹⁹ BSK ZPO-HOFMANN/BAECKERT, 4. Aufl. 2025, Art. 108 N. 4.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

Das Gesuch der Beklagten und Gesuchstellerin vom 3. Februar 2025 wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.00 werden der Beklagten und Gesuchstellerin auferlegt.

Zustellung an:

die Beklagte (Vertreter; zweifach)

die Klägerin (Vertreter; zweifach)

Präsident Dr. iur. H. _____

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Es handelt sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 9. April 2025

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber

Dr. Martina Steiner

Lukas Wendt