

geschlossen werden. Die Klägerin hat sich demnach die von der Beklagten behauptete Usanz nicht entgegenhalten zu lassen.

Ausschlaggebend erscheint dem Gericht indessen der Umstand, dass die Beklagte als professionelle Vermögensverwalterin offenbar ihre Einnahmen unter anderem mit in beweisrechtlicher Hinsicht riskanten Geschäften erzielt. Das hat zur Folge, dass sie bei einem bewussten Verzicht auf das Quittierenlassen von Geldübergaben – und damit notabene auf ein Beweisstück – jederzeit damit rechnen muss, dass sie in Beweisnot kommt, wie dies vorliegend der Fall ist. Dies gilt umso mehr im Falle des Ablebens der Vertragspartei. In dieser Situation hätte die Beklagte das grösste Interesse daran haben müssen, im Besitz eines Beweisstückes für den angeblich übergebenen Geldbetrag zu sein. Es kann daher nicht angehen, dass dieser – in casu angeblich aus Steuerumgehungsgründen – von der Beklagten absichtlich herbeigeführte Beweisnotstand über eine Umkehr der Beweislast, welche zu Recht für die Fälle von rechtswidriger oder schuldhafter Beweisvereitelung reserviert ist, wieder beseitigt wird (vgl. auch Urteil BGer 4C.307/2006). Das selbstgewählte riskante Vorgehen der Beklagten verdient keinen Rechtsschutz im Sinne einer Beweiserleichterung. Gestützt auf diese Überlegungen ist die Beklagte für die Übergabe der EUR 50'000.00 an die Klägerin beweispflichtig.

OGer 26.05.2009

3542

Ausstand. Ausstandsgrund der Befangenheit im Sinne von Art. 26 Ziff. 4 ZPO wegen zweimaliger Rückweisung des obergerichtlichen Urteils durch das Bundesgericht verneint.

Aus den Erwägungen:

Aus den Vorbringen der Gesuchstellerin – Rügepunkt ist die zweimalige Rückweisung des obergerichtlichen Urteils durch das Bundesgericht – geht hervor, dass vorliegend der Ausstandsgrund der Befangenheit im Sinne von Art. 26 Ziff. 4 ZPO zu prüfen ist.

Der Kanton Appenzell Ausserrhoden regelt in Art. 26 ZPO die einzelnen Ablehnungsgründe. Unter anderem kann ein Richter von einer

Partei abgelehnt werden, wenn er infolge anderer bestimmter Tatsachen als befangen erscheint (Ziff. 4).

Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, die in dieser Hinsicht dieselbe Tragweite besitzen, hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird (Urteil BGer 1B_221/2007, E. 2.2.). Im Falle einer Rückweisung ist die Mitwirkung des am aufgehobenen Entscheid beteiligten Richters bei der Neubeurteilung der Streitsache unter dem Blickwinkel des verfassungs- und konventionsmässigen Gerichtes ohne weiteres zulässig. Vom Richter darf erwartet werden, dass er die Streitsache auch nach Aufhebung des Entscheids objektiv und unparteiisch behandelt, zumal er sich dabei an die Auffassung der Rechtsmittelinstanz zu halten hat (BGE 131 I 113 E. 3.6). Befangenheit gegenüber dem Richter der im Falle der Aufhebung oder Rückweisung auf bundesrechtliche Rechtsmittel hin, die Sache wiederum selbst beurteilt hat, wird verneint. Es gilt der Grundsatz, dass prozessuale Fehler oder auch möglicherweise ein falscher materieller Entscheid für sich allein den Anschein der Voreingenommenheit nicht zu begründen vermögen (*Georg Leuch/Omar Marbach*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 5c zu Art. 11; siehe auch *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 zu § 270 und BGE 116 Ia 28 ff.).

Oberrichter N. hat bei beiden vom Bundesgericht aufgehobenen Obergerichtsurteilen mitgewirkt. Das Bundesgericht hatte das Obergericht am 19. Juni 2001 angewiesen, verschiedene Ergänzungen des Sachverhalts hinsichtlich des unmittelbaren und mittelbaren Schadens vorzunehmen. In der Folge führte das Obergericht bezüglich des behaupteten direkten Schadens die Einvernahme von zwei Zeugen durch und holte eine Expertise zur angeblichen indirekten Schädigung wegen verspäteter Benachrichtigung des Richters ein. Das Obergericht kam darauf hin in seinem Urteil zum Schluss, dass die Beklagten 1–6 aus verschiedenen Gründen nicht für eine Haftung für direkten Schaden zur Verantwortung gezogen werden können. Bezüglich des indirekten Schadens prüfte das Obergericht die Aktivlegitimation der X. AG und verneinte diese gestützt auf einen Entscheid des Kantonsgerichtes St.Gallen, weshalb es auf die Abnahme weiterer Beweise verzichtete. Das Bundesgericht erachtete darauf hin in seinem zwei-

ten Urteil vom 22. Mai 2008 die vom Obergericht vorgenommene Prüfung der Aktivlegitimation der Klägerin als unzulässig und hielt das Obergericht dazu an, bezüglich des indirekten Schadens die notwendigen Sachverhaltsergänzungen gemäss seinem ersten Urteil vorzunehmen. Dem bundesgerichtlichen Entscheid folgend kündigte das Obergericht den Parteien am 14. August 2008 an, dass bezüglich des indirekten Schadens zwecks Ergänzung des Sachverhalts eine Expertise durchzuführen sei.

Es wird nicht in Abrede gestellt, dass das Obergericht, unter Mitwirkung des Gesuchsgegners, am 29. Mai 2007 bezüglich des indirekten Schadens nicht den Anweisungen des Bundesgerichtes in seinem Urteil vom 19. Juni 2001 gefolgt ist, dies jedoch in gutem Treuen und mit ausführlicher Begründung. Es hatte nicht berücksichtigt, dass die Aktivlegitimation im Rückweisungsverfahren nicht zur Diskussion stand und die Prüfung entsprechend unzulässig war. Diesbezüglich erscheint die Tatsache als wesentlich, dass im fraglichen aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess nicht weniger als sieben Verfahrensparteien involviert sind, der zu beurteilende Sachverhalt äusserst komplex und umfangreich ist und sich hinsichtlich jedem der sechs Beklagten wieder andere Fragen stellen. Die gesamten Umstände lassen nach Ansicht des Obergerichtes in keiner Weise darauf schliessen, dass es sich beim Gesuchsgegner nicht um einen unvoreingenommenen und unparteiischen Richter handeln würde. Allein die Tatsache, dass der Gesuchsgegner an einem teilweise fehlerhaften Entscheid mitgewirkt hat, der nicht zugunsten der Gesuchstellerin ausgefallen ist, vermag jedenfalls noch keine Befangenheit zu begründen. Aus diesem Grunde ist das Ausstandsbegehren abzulehnen.

OGer 04.06.2009

Die von der Gesuchstellerin gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in Zivilsachen hat das Bundesgericht mit Entscheid vom 16. Oktober 2009 abgewiesen, soweit es darauf eintrat (Urteil 4A_381/2009).