

**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](mailto:office@kwlaw.at)  
Internet: [www.kwlaw.at](http://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, 28. Februar 2014  
BWG35509/11 /5/14/59/1041273

**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)

### **AUFGETRAGENER SCHRIFTSATZ**

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH  
und Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH

1-fach  
16 Beilagen  
1 aktualisiertes Beilagenverzeichnis

<b>I. Vorbemerkungen .....</b>	<b>6</b>
1. Prozessprogramm.....	6
2. Inhalt des Schriftsatzes.....	6
<b>II. Ergänzendes Tatsachenvorbringen .....</b>	<b>7</b>
1. Einleitung.....	7
2. Was wollte bzw. erwartete Mag. Werner P. /Was wusste die beklagte Partei.....	7
3. Die beklagte Partei hat Mag. Werner P. den Resettable CHF linked Swap empfohlen .....	8
4. Für Mag. Werner P. war das Währungsrisiko überschaubar und auch akzeptabel/Die beklagte Partei hat ihn in diesem Irrglauben bestärkt.....	10
5. Worüber Mag. Werner P. nicht informiert wurde .....	16
6. Die beklagte Partei hat das Kundenrisiko nicht interessiert .....	21
7. Weitere Erkenntnisse zur Struktur des Geschäftes.....	22
8. Das Swap-Geschäft war für die Stadt Linz ungeeignet.....	24
9. Die Stadt Linz konnte das Risiko nicht einmal erkennen.....	25
10. Mag. Werner P. hätte das Geschäft bei ausreichender Information nicht abgeschlossen.....	26
<b>III. Ergänzendes Vorbringen zur Ungültigkeit des Swap-Geschäftes 4175.....</b>	<b>28</b>
1. Die fehlende Befugnis des Mag. Werner P. zum Geschäftsabschluss.....	28
1.1. Vorbemerkung.....	28
1.2. Relevanz der kommunalrechtlichen Kompetenzordnung.....	29
1.3. Die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 .....	33
1.4. Das Swap-Geschäft 4175 verstieß gegen den Gemeinderatsbeschluss .....	38
1.5. Die Konsequenzen der vom Landesgericht Linz angenommenen Unwirksamkeit des Gemeinderatsbeschlusses .....	40
1.6. Zusammenfassung.....	43
2. Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 wegen evidenten Befugnismissbrauches .....	43
2.1. Ermächtigungsüberschreitung (Vollmachtsmissbrauch).....	43
2.2. Das Swap-Geschäft 4175 verstieß gegen die kommunalrechtlichen Gebarungsvorschriften .....	46
2.3. Die Evidenz der Gesetzesverletzung .....	46
2.4. Zusammenfassung.....	48
3. Ergänzendes Vorbringen zur Unwirksamkeit wegen Gesetzesverstoßes .....	49
3.1. Gesetz- und Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB).....	49
3.2. Wucher (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB).....	50
4. Anfechtung des Swap-Geschäftes 4175 wegen List und Irrtum .....	52
4.1. Bisheriges Vorbringen.....	52
<b>IV. Vertragsaufhebung aus dem Titel des Schadenersatzes .....</b>	<b>56</b>
1. Vorbemerkungen.....	56
2. Pflichtverletzungen der beklagten Partei gemäß Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG 1996) .....	56
2.1. Überblick und einleitende Bemerkungen.....	56
2.2. Verstoß der beklagten Partei gegen das Empfehlungsverbot gemäß § 14 Z 1 WAG 1996.....	57
2.2.1. Grundsätzliches .....	58
2.2.2. Der Begriff der „Empfehlung“ gemäß § 14 Z 1 WAG 1996.....	58
2.2.3. Die beklagte Partei hat Mag. Werner P. den Resettable CHF linked Swap empfohlen (Tatsächliche Beratungstätigkeit der beklagten Partei gegenüber der Stadt Linz) .....	59
2.2.4. Tatsächliche Beratungstätigkeit der beklagten Partei vor und bei Abschluss des Swap 3976 (Swap I) .....	60
2.2.5. Tatsächliche Beratungstätigkeit der beklagten Partei vor und bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 (Swap II).....	61
2.2.6. Die „Interessen“ der Stadt Linz im Lichte des § 14 Z 1 WAG 1996.....	62
2.2.7. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit den „Anlagezielen“ der Stadt Linz (Verstoß gegen §§ 13 Z 3 iVm 14 Z 1 WAG).....	63
2.2.8. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit der Risikobereitschaft der Stadt Linz als Teil der Anlageziele gemäß § 13 Z 3 WAG 1996 .....	64
2.2.9. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit den Kenntnissen und Erfahrungen der Stadt Linz .....	66
2.2.10. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit den finanziellen Verhältnissen der Stadt Linz.....	67
2.2.11. Zusammenfassung.....	69
2.3. Verstoß gegen die Verpflichtung zur „Kundenexploration“ im Sinn des § 13 Z 3 und daran geknüpftes allgemeines Empfehlungsverbot im Sinn des § 14 Z 1 WAG 1996.....	69

2.3.1.	Allgemeines.....	69
2.3.2.	Unterlassene Dokumentation der Aufzeichnungspflichten gemäß § 17 WAG 1996 (Anlegerprofil) 71	
2.3.3.	Relevanz der Nachforschungspflichten des § 13 Z 3 WAG 1996 für die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses .....	72
2.4.	Keine Einschränkung des Pflichtenmaßstabs gemäß WAG 1996 gegenüber der Stadt Linz.....	72
2.4.1.	Grundsätzliches zur Prozessbehauptung, die Stadt Linz wäre „professioneller Kunde“ .....	72
2.4.2.	Keine Einschränkung der Informationspflicht gemäß WAG 1996 durch das Tatbestandselement „erforderlich“ in § 13 Z 4 WAG 1996.....	73
2.4.3.	Unzulässige Einstufung des Kunden als „professionellen Kunden“ ohne tatsächliche Exploration der Kundenverhältnisse iSd §§ 13 Z 3, 17 WAG 1996 .....	77
2.4.4.	Kein rechtskonformes Einstufungsprozedere als „professioneller Kunde“ im Lichte des WAG 2007.....	77
2.4.5.	Kein „Execution only“ Geschäft und somit uneingeschränkte Informationspflicht der beklagten Partei.....	80
2.4.6.	Zum vermeintlichen „Beratungsverzicht“ der Stadt Linz.....	82
2.5.	Verstoß gegen die Informationspflichten der § 13 Z 3 und 4 WAG 1996 bei Abschluss des Swap- Geschäfts 4175.....	84
2.5.1.	Einleitende Bemerkungen zur Schutzfunktion der Wohlverhaltensregeln gemäß WAG 1996 .....	84
2.5.2.	Allgemeine Grundsätze der „anlegergerechten“ und „objektgerechten“ Information bei Derivatgeschäften gemäß WAG 1996.....	85
2.5.3.	Verdienstopimierte „Beratung“ durch die beklagte Partei auf Kosten der Stadt Linz (Verstoß gegen §§ 11, 13 Z 4 und 14 Z 1 WAG 1996).....	86
2.5.4.	Unterlassene Information hinsichtlich der wahren Optionspreise als maßgeblicher Risikofaktor des Swap-Geschäfts 4175 (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996).....	87
2.5.5.	Unterlassene Aufklärung über die derivativespezifischen Risiken des Swap-Geschäfts 4175, insbesondere den extrem hohen Hebel der Optionsstruktur (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996).....	89
2.5.6.	Unterlassene Aufklärung über die Auswirkung negativer Bewertungen auf die Fähigkeit der Stadt Linz zur Refinanzierung (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996).....	90
2.5.7.	Unterlassene Aufklärung über die fehlende Optimierungseignung des Swap-Geschäfts 4175 durch Verschlechterung des Kosten-/Risikoverhältnisses des Schuldportfolios der Stadt Linz (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996) .....	92
2.5.8.	Keine Aufklärung über das asymmetrische Gewinn- und Verlustprofil des Swap-Geschäfts 4175 (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996) .....	93
2.5.9.	Unterlassene Aufklärung über das sich durch das Swap-Geschäft 4175 bildende massive Klumpenrisiko der Stadt Linz in CHF (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996) .....	94
2.5.10.	Unterlassene Aufklärung über fehlenden Nutzen des Austausches von „Zinsrisiken gegen Fremdwährungsrisiken“ bei öffentlichen Rechtsträgern (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996) ....	95
2.5.11.	Unterlassene Aufklärung über die für die Kursbildung des CHF ausschlaggebenden Faktoren (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG) .....	96
2.5.12.	Unterlassene Aufklärung über die notwendige technische und fachliche Ausstattung für ein effektives Risikomanagement (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996) .....	98
2.6.	Keine Aufklärung über die massiven Interessenskonflikte aufseiten der beklagten Partei bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 (Verstoß gegen § 11 Abs 1, § 13 Z 1 und § 16 Z 2 WAG 1996).....	99
2.6.1.	Einleitende Bemerkungen .....	99
2.6.2.	Zur Bedeutung von Interessenskonfliktlagen nach dem WAG 1996 .....	99
2.6.3.	Interessenskonfliktgeneigte Organisationsstruktur der beklagten Partei im Treasury (Verstoß gegen § 16 Z 2 WAG 1996).....	100
2.6.4.	OTC-Derivate als besonders „interessenkonfliktgeneigte“ Geschäftsart .....	102
2.6.5.	Aufklärungspflicht über den „negativen Anfangswert“ des Swap-Geschäfts 4175 speziell im Lichte des WAG 1996 .....	103
3.	Mitverschulden/Schadensminderungspflicht .....	105
3.1.	Einleitung.....	105
3.2.	Kein Erfüllungsanspruch im Gewand der culpa in contrahendo .....	107
3.3.	Kein Mitverschulden des Mag. Werner F. beim Geschäftsabschluss.....	107
3.4.	Auch kein nachträgliches Verschulden des Mag. Werner F. ....	109
3.5.	Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den Weiterverkauf von Optionen .....	112
3.6.	Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die beklagte Partei, weil sie selbst das Geschäft nicht geschlossen hat.....	112
4.	Was hätte Mag. Werner F. bei ordnungsgemäßer Beratung getan? .....	114
4.1.	Vorbemerkung.....	114
4.2.	Die beiden Geschäfte sind nicht vergleichbar .....	114
4.3.	Alternativen bei einer ordnungsgemäßen Beratung des Mag. Werner F. ....	115

5.	Keine Verjährung der Schadenersatzansprüche .....	116
5.1.	Die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen .....	116
5.2.	Schadenseintritt (erste Zahlung der Stadt Linz) .....	117
5.3.	Die für den Beginn der Verjährungsfrist notwendigen Kenntnisse .....	118
5.4.	Fehlende Kenntnis der maßgebenden Umstände selbst auf Seiten des Mag. Werner F. ....	119
<b>V.</b>	<b>Gerichtsaufträge</b> .....	<b>129</b>
1.	Stellungnahme zum Vorlageantrag der beklagten Partei vom 15. November 2013 .....	129
2.	Auskunftserteilung gemäß § 184 ZPO .....	129
<b>VI.</b>	<b>Urkundenvorlage</b> .....	<b>130</b>
1.	Privatgutachten im Auftrag der Stadt Linz zu verschiedenen bankfachlichen Fragestellungen zum Swap Geschäft 4175 .....	130
2.	Weitere Beweisurkunden zur fehlenden Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 .....	133
3.	Sonstige Urkunden .....	135
<b>VII.</b>	<b>Urkundenerklärung</b> .....	<b>135</b>

## **I. Vorbemerkungen**

### **1. Prozessprogramm**

- 1.1 Das Handelsgericht Wien hatte in der vorbereitenden Tagsatzung vom 24. Mai 2013 das vorläufige Prozessprogramm auf den Abschluss und die Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 beschränkt. Gegenstand der daraufhin zwischen den Parteien ausgetauschten Schriftsätze (vorbereitender Schriftsatz der Stadt Linz vom 12. Juli 2013 [VBSS Stadt Linz] und Replik der Stadt Linz vom 30. August 2013 [Replik Stadt Linz]) waren daher die von der Stadt Linz geltend gemachte Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175, weil Mag. Werner P. die Ermächtigung zum Abschluss eines derartigen Geschäftes gefehlt hat, und wegen Verstoßes gegen die kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften (einschließlich des Fehlens einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde).
- 1.2 Am 4. Oktober 2013 legte das Handelsgericht Wien – unvorgreiflich einer späteren Änderung aufgrund geänderter Sachlage oder auch Rechtsmeinung – seine Beurteilung des Rechtsstreits dar und führte aus, das weitere Prozessprogramm dahingehend zu planen, dass das Verfahren unter Zugrundelegung der vorläufigen Rechtsmeinung, wonach das Swap-Geschäft 4175 gültig zustande gekommen sei, fortgeführt werde. In der mündlichen Streitverhandlung vom 24. Jänner 2014 wiederum hielt das Handelsgericht Wien ausdrücklich fest, dass die Themen für den aufgetragenen Schriftsatz nach wie vor die Gültigkeit des Geschäftes sowie die Beratung zu diesem wären.

### **2. Inhalt des Schriftsatzes**

- 2.1 Die beklagte Partei hat in der Klage vom 2. November 2011 (Verfahren 48 Cg 218/11k) und in der Klagebeantwortung vom 29. Dezember 2011 (Verfahren 48 Cg 222/11y) neben den oben genannten Einwendungen zusätzlich die anfängliche Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 wegen Verstoßes gegen § 879 ABGB geltend gemacht und das Swap-Geschäft 4175 unter Berufung auf „laesio enormis“ sowie wegen List und Irrtum angefochten. Weiters wurde die Vertragsaufhebung aus dem Titel des Schadenersatzes und auch Geldersatz begehrt. Außerdem berief sich die Stadt Linz darauf, dass sie das Swap-Geschäft 4175 mit Schreiben vom 13. Oktober 2010 aus wichtigem Grund aufgelöst hat, sodass der beklagten Partei keinerlei Ansprüche daraus mehr zustünden. Die damit von der Stadt Linz geltend gemachten Ansprüche bzw. Einreden und Einwendungen sowie die dazu gestellten Beweisanträge bleiben aufrecht. Für Letztere gilt das im aufgetragenen Schriftsatz vom 15. November 2013, Punkt I Z 6, bereits Gesagte.
- 2.2 Das Handelsgericht Wien hat am 24. Jänner 2014 neben der Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 als Thema des Schriftsatzes die Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Geschäftes genannt. Der von der Stadt Linz begehrte Schadenersatz beruht unter anderem auf den der beklagten Partei vorgeworfenen Beratungsfehlern. Der Beratung, insbesondere vor dem Hintergrund des WAG 1996, wird daher Punkt IV. dieses Schriftsatzes gewidmet. Unter Punkt III. wird ergänzend zur anfänglichen Ungültigkeit des Swap-Geschäftes vorgetragen. Der ergänzende Vortrag ist vor allem die Konsequenz aus den zwischenzeitigen Verfahrensergebnissen vor dem Handelsgericht Wien und vor dem Landesgericht Linz im Strafverfahren gegen Mag. Werner P. und Dr. Johann Mayr.

- 2.3 Die damit angesprochenen weiteren Verfahrensergebnisse machen es auch notwendig, den Sachverhaltsvortrag zu ergänzen; das erfolgt mit Punkt II. Das bisherige Vorbringen zum Sachverhalt wird dadurch nicht berührt.
- 2.4 Punkt V. behandelt die Gerichtsaufträge (Stellungnahme zum Vorlageantrag der beklagten Partei und Fragebeantwortung nach § 184 ZPO).
- 2.5 In Punkt VI Z 1 erfolgt eine Auflistung und kurze Darstellung der weiteren von der Stadt Linz mit diesem Schriftsatz vorgelegten Beweismittel. In Ziffer 2 dieses Punktes wird zu den Beweisurkunden der beklagten Partei Stellung genommen, soweit dies nicht bereits in den bisherigen Schriftsätzen erfolgt war.

## **II. Ergänzendes Tatsachenvorbringen**

### **1. Einleitung**

- 1.1 Das bisherige Verfahren vor dem Handelsgericht Wien, aber auch das Strafverfahren vor dem Landesgericht Linz haben eine Vielzahl von Tatsachen hervorgebracht, die ein genaueres Bild über das Zustandekommen des Swap-Geschäftes 4175, dessen Hintergründe, aber auch über die Struktur und fehlende Eignung des Produktes zeichnen. Diese waren der Stadt Linz in dieser Dimension nicht bekannt.
- 1.2 Die Stadt Linz sieht sich daher veranlasst, im Hinblick darauf, ihr bisheriges Tatsachenvorbringen zu ergänzen.

### **2. Was wollte bzw. erwartete Mag. Werner P. / Was wusste die beklagte Partei**

- 2.1 Mag. Werner P. hat im Jahr 2006 ein Ansteigen des Libor-Zinssatzes erwartet. Er wollte die Stadt Linz dagegen absichern. Mit Bezug auf die bestehende CHF-Anleihe über 195 Mio. dachte er dabei an einen Fixzinsswap (siehe den folgenden Punkt 2.1.2).
- 2.1.1 Mag. Werner P. wandte sich unter anderem an die beklagte Partei.
- *„[A]b Sommer 2006, wie dann die Zinsen anzuziehen begonnen haben, gab es dann auch verstärkte Überlegungen, Zinsabsicherungen durch Derivate vorzunehmen.“* (Mag. Werner P., HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 12).
  - *„Es ist um die Absicherung gegen steigende Zinsen bei der Anleihe gegangen. Wenn man es mit den 1,44 durchrechnet, dann ist der schlimmste Zinssatz, den wir zahlen müssen, 7 % und kriegen auf der anderen Seite den 6-Monats-CHF-Libor. ...“* (Mag. Werner P., HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 3).
- 2.1.2 Anfang Dezember 2006 ersuchte Mag. Werner P. die beklagte Partei, ihm ein Angebot für einen Fixzinsswap zur CHF-Anleihe über 195 Mio. zu unterbreiten. Die beklagte Partei kam diesem Wunsch am 4. Dezember 2006 nach.
- *„Wie versprochen, eine aktuelle Kondition für den CHF Swap:  
Finanzierung CHF 149 Mio., endfällig.  
Stadt Linz empfängt 6M CHF Libor und zahlt fix 2,70 %“*

Laufzeit 14.10.2017.“ (E-Mail Iris S■■■■■, 4. Dezember 2006, Beilage ./P).

2.1.3 Mag. Werner P■■■■■ erschien zu diesem Zeitpunkt der angebotene Fixzinssatz von 2,70 % zu hoch. Die beklagte Partei solle sich wieder melden, meinte er, wenn der Fixzinssatz in etwa seine Vorstellungen erreicht hat. Von einem Derivat, wie dem Resettable CHF linked Swap ist im Dezember 2006 keine Rede.

- „zu CHF-Swap: Mein Zielzins ist 2,50 %. Wenn wir in diese Gegend kommen, ersuche ich um Kontaktaufnahme.“ (E-Mail Mag. Werner P■■■■■, 4. Dezember 2006, Beilage ./R).

2.2 Auch die beklagte Partei ging davon aus, dass Mag. Werner P■■■■■ ein entsprechendes Finanzprodukt zur Absicherung gegen das erwartete Steigen des Libor-Zinssatzes gesucht hat.

- „[E]s war damals so, dass Frau S■■■■■ neu war und so sind wir gemeinsam zu Mag. P■■■■■ gegangen, um sie vorzustellen. Bei einem solchen Vorstellungsgespräch stellen wir offene Fragen, um zu sehen, was für Themen den Kunden eigentlich beschäftigen. Es hat sich gezeigt [...], dass auch **die Stadt Linz beschäftigt hat, nämlich die Sorgen um die steigenden Zinsen**, [...], weil wir ja seit Mitte 2006 eine Periode steigender Zinsen hatten, also eigentlich schon seit 2005.“ (Mag. Herbert A■■■■■ Protokoll HG Wien, 27. September, 2013, S 3; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

### 3. Die beklagte Partei hat Mag. Werner P■■■■■ den Resettable CHF linked Swap empfohlen

3.1 Der Resettable CHF linked Swap taucht das erste Mal in der Präsentation der beklagten Partei vom 9. August 2006 (Beilage ./G) auf. Diese Präsentation war die unmittelbare Folge des kurz davor geführten ersten Gespräches zwischen Mag. Werner P■■■■■ und den Beratern der beklagten Partei Iris S■■■■■ und Mag. Herbert A■■■■■.

- **„Ich halte das für unwahrscheinlich.** Was man im Gespräch merkte, war, dass Mag. P■■■■■ dieses Thema für die Stadt Linz bearbeitet hat und dass es hier auch Kontakte mit anderen Banken gab. [...] Was ich sagen kann, ist aber, dass dieser Resettable Swap zum ersten Mal aufgetaucht ist nach diesen Gesprächen mit der Stadt Linz. Davor, bei den Gesprächen mit unseren Firmenkunden, kam der nicht vor.“ (Mag. Herbert A■■■■■, Protokoll HG Wien, 27. September 2013, S 4, auf die Frage des Gerichtes, ob es der Zeuge für wahrscheinlich halte, dass die Stadt Linz bereits mit dem Wunsch, einen entsprechenden Swap abzuschließen, an die beklagte Partei herangetreten ist; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- „Offensichtlich haben wir Mag. P■■■■■ eine Produktpalette geschickt, die von relativ unspektakulären Produkten, wie dem Fixzinsswap, bis zur Optionsstrategie, wie einen Resettable Swap gereicht hat. [...] Keines der Produkte wurde für Mag. P■■■■■ speziell gemacht.“ (Iris S■■■■■, ON 52 des Strafaktes, AS 5, auf den Vorhalt, dass in der Präsentation ON 38 AS 49 bereits der Resettable Swap erwähnt wird).
- „Es gibt einen Produktkatalog, der abfragbar ist, und dort sind die Produkte verzeichnet. Das Produkt Resettable Swap – wie es in der Präsentation ON 38



*AS 37 ff v. 9.8.2006 [entspricht der Beilage ./G] dargestellt wurde – war bereits vor dem Kontakt mit Mag. P. [REDACTED] generell genehmigt, sonst hätte ich es nicht anbieten können.“ (Iris S. [REDACTED], ON 52 des Strafaktes, AS 7).*

- 3.2 Schon im August und September 2006 hat die beklagte Partei bei Mag. Werner P. [REDACTED] die Grundlage für seinen Irrglauben gelegt, dass das in der Zinsklausel des Resettable CHF linked Swap enthaltene Währungsrisiko allein durch Einsetzen historischer Wechselkurse in die Formel abschätzbar sei.
- *„Die von der BAWAG übermittelten Unterlagen enthielten zudem historische Charts des EUR/CHF-Wechselkurses mit einem ausgewiesenen Korridor von ca. 1,44 bis 1,62 im Zeitraum 2000 bis 2006 und die 6-Monats-EURIBOR – bzw. 6-Monats-CHF-LIBOR-Referenzzinssätze. **Eine Marktpreisbewertung des jeweiligen Finanzproduktes wurde bei keiner dieser Varianten angeführt.**“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 12; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*
- 3.3 Nachdem Mag. Werner P. [REDACTED] noch am 4. Dezember 2006 gemeint hatte, er erwarte sich einen Fixzins von 2,50 %, antwortete die beklagte Partei am 7. Dezember 2006 mit *„leider sind wir bezüglich chf fix noch immer nicht in die Nähe von 2,50 % gerückt“* (E-Mail Iris S. [REDACTED] vom 7. Dezember 2006, Beilage ./Q). Gleichzeitig übersendet Iris S. [REDACTED] mit dieser Mitteilung aber von sich aus eine weitere Produktpräsentation, in der sie *„Zinsoptimierungsmodelle“* vorstellt: Empfohlen werden Absicherungsgeschäfte unter Hereinnahme eines Fremdwährungsrisikos oder eines Zinsrisikos in Gestalt eines sogenannten *„Snowballs“*.
- 3.4 Am 26. Jänner 2007 besuchen Mag. Herbert A. [REDACTED] und Iris S. [REDACTED] Mag. Werner P. [REDACTED] in Linz und beraten ihn über die *„Absicherung der CHF-Tilgungen“* (aus der CHF-Anleihe). In diesem Gespräch raten die beiden Bankexperten Mag. Werner P. [REDACTED] zum Abschluss eines *„Resettable CHF linked Swap“* für die CHF-Finanzierung als Alternative zum Fixzinsswap, den Mag. Werner P. [REDACTED] eigentlich abschließen wollte.
- *„Es ist das Gespräch, wo praktisch die BAWAG den CHF Resettable mir schmackhaft gemacht hat. **Ein Monat zuvor hat es noch einen Schriftverkehr gegeben, dass ich einen Fixzins will von 2,5 %, dass wir aber noch nicht dort sind und dass ich um Kontaktaufnahme ersuche, wenn wir in dieser Gegend sind. Das war dann der darauffolgende Besuch von Mag. A. [REDACTED] und der Frau S. [REDACTED].“** (Mag. Werner P. [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 19; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*
- 3.5 Iris S. [REDACTED] verstärkt eine Woche darauf ihre Verkaufsbemühungen und übermittelt Mag. Werner P. [REDACTED] am 31. Jänner 2007 Preisindikationen für die *„Optimierung der CHF-Finanzierung“* (Beilage ./95).
- 3.6 Schon am Tag danach ruft sie Mag. Werner P. [REDACTED] auch noch an, um ihren Vorschlag vom Vortag weiter zu bewerben. Sie spricht von einem *„attraktiven Vorschlag“, der auf einem Niveau sei ... **wo man schon schwach werden könnte***. Um das besonders günstige Geschäft zu unterstreichen, erklärt sie Mag. Werner P. [REDACTED], sie selbst sei überrascht gewesen, *„wie toll sich ihr Vorschlag rechne“*. Das veranlasst Mag. Werner P. [REDACTED] anzunehmen, dass das Risiko aus dem Geschäft nicht wesentlich sei. Diese folgenschwere Fehleinschätzung lässt Iris S. [REDACTED] unwidersprochen.

- „Ja, das ist so besprochen worden. **Ich habe das Geschäft abgeschlossen, weil mir die Frau S. dazu geraten hat und eben dass man schwach werden könnte, ...**“ (Mag. Werner P. über Vorhalt der Passage AS 121 des Strafaktes durch den Vorsitzenden des Schöffengerichtes, wo Mag. Werner P. sagt „Ja gefällt mir sehr gut“ und Iris S. antwortet, „Es ist eigentlich recht attraktiv und ist auf einem Niveau glaub ich, wo man schon schwach werden könnte“ und die Frage, ob er sich daran erinnern kann, HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 19, 20; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

3.7 Die Behauptung der beklagten Partei, Mag. Werner P. habe dieses Produkt deshalb gewollt bzw. akzeptiert, weil er schon so gute Erfahrungen mit dem vorher abgeschlossenen Swap 3976 (Beilage ./2) gemacht hatte, hält einer Überprüfung nicht stand.

- Mag. Werner P. schloss den Swap 3976 am 26. September 2006 ab. Für dieses Swap-Geschäft erhielt Mag. Werner P. weder am Anfang noch während seiner Laufzeit irgendeine Bewertung. Mag. Werner P. hätte daher nicht einmal theoretisch – etwa aus besonders hohen positiven Bewertungen – Rückschlüsse auf die Vorteilhaftigkeit eines derartigen Produktes ziehen können.
- Aus der Einzelabschlussbestätigung des Swap 3976 geht weiters hervor, dass der erste Zahlungsaustausch im Rahmen dieses Swap am 28. März 2007 erfolgen sollte. Mag. Werner P. hat das Swap-Geschäft 4175 aber bereits am 12. Februar 2007 geschlossen. Mag. Werner P. hat daher auf die Vorteilhaftigkeit des Produktes auch nicht aus möglichen Überschüssen beim Zahlungsaustausch ausschließen können.
- Der Swap 3976 wurde im Juli 2007, also Monate nach dem Swap 4175 geschlossen. Auch der spätere Gewinn aus der Auflösung konnte daher niemals der Grund für den Abschluss des Swap 4175 sein.
- Überdies beruhte der Abschluss des Swap-Geschäftes 3976 auf einer ebenso unzureichenden Informationsbasis wie das Swap-Geschäft 4175.
- Letztlich hätte auch die Tatsache, dass der Swap 3976 zu keinen Verlusten geführt hat, Mag. Werner P. geradezu in seinem Irrglauben bestätigt, derartige Geschäfte beinhalteten ein überschaubares und daher akzeptables Risiko.

#### **4. Für Mag. Werner P. war das Währungsrisiko überschaubar und auch akzeptabel/Die beklagte Partei hat ihn in diesem Irrglauben bestärkt**

4.1 Dieses völlige Verkennen des tatsächlichen Risikos durch Mag. Werner P. beruhte (a) auf der Tatsache, dass ihm die beklagte Partei – in Kenntnis seiner Wünsche – mehrfach eine Verbilligung der Zinsen durch Hereinnahme eines überschaubaren und akzeptablen Währungsrisikos angeboten hatte; (b) auf der Tatsache, dass die beklagte Partei ihren Empfehlungen immer nur die historischen Wechselkurse zugrunde gelegt hatte; (c) auf der Annahme des Mag. Werner P., er könne das Währungsrisiko allein durch Einsetzen historischer Wechselkurse in die Formel korrekt einschätzen; und (d) letztlich auf dem Fehlen jeglicher Instrumente zur

Ermittlung des wahren Wertes des Produktes.

4.2 Schon die Bezeichnung der Währungskomponente als FX-Adjustment in einem Zinstauschgeschäft, hinter dem in Wahrheit optionsartig basierte, vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängige Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz stehen, ist grob irreführend.

- *„[...] wobei die Bezeichnung Swap irreführend ist, da es sich bei der ökonomischen Natur der Geschäfte nach um geschriebene Währungsoptionen mit erheblichem, theoretisch unbegrenztem Risikopotential handelt.“*  
 [REDACTED] über die bei [REDACTED]  
 [REDACTED] im Zeitraum [REDACTED] vorgenommenen Erhebungen, die ein ähnliches Produkt betrafen; auch hier hatte die geprüfte Bank, diesmal gegenüber internationalen Investmentbanken, eine Stillhalterposition; Beilage ./8B).

4.3 Für Mag. Werner P [REDACTED] war das mit dem FX-Adjustment in der Zinsformel verbundene Währungsrisiko beherrschbar und deshalb akzeptabel.

- *„Es war sicher nie Absicht, spekulative Finanzgeschäfte abzuschließen. Aus meiner damaligen Sicht war der Schweizer-Franken zu diesem Zeitpunkt eine relativ wenig schwankungsanfällige Währung, die in einem gewissen Korridor sich bewegt hat zwischen 1,44 und 1,62. [...] wenn man diesen Korridor betrachtet, dann war das Risiko eigentlich überschaubar.“* (Mag. Werner P [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 7; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Dass die Formel ein Risiko beinhaltet war klar. Es kommt darauf an, welche Werte man in die Formel einsetzt. Und da waren eben für mich die Eckpunkte, der Worst Case war die 1,44.“* (Mag. Werner P [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz 2. Dezember 2013, S 7; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„9/11 waren die 1,44 und 1,62 das war so irgendwie oberhalb. Das war mein Backtest. Der 11. September war ein schlimmes Ereignis, wo dann die ganze Finanzwelt entsprechend reagiert hat und was für ein Ereignis sollte noch eintreffen, dass dieses Ereignis noch negativ übertroffen wird.“* (Mag. Werner P [REDACTED] über Befragen durch den Ersatzrichter Dr. Nimmervoll, wie er zu dem Korridor gekommen ist, HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 7, 8; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Ich habe es nicht für möglich gehalten, dass der Wechselkurs einmal unter 1,44 geht. In der Zeit 2001, wo er schon herunter war, dass er dort wieder zurückkehren kann auf 1,44, das war schon, aber nur kurzfristig. Es ist in diesen 10 Jahreszahlen nie eine Zahl unter 1,45 drinnen, obwohl der Tiefstand 1,44 war. Das heißt, es ist zwar möglich, dass er die untere Grenze berührt, kurz bei 1,44, wie es dann im Oktober 2008 war. Ich habe es nicht ins Kalkül gezogen, dass es auch unter die 1,44 gehen kann.“* [...]“ (Mag. Werner P [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 16; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Die Einschätzung war einfach, dass der EUR/CHF-Kurs relativ stabil bleiben würde bis auf natürlich, wenn es irgendwelche Events gäbe so wie 9/11, dass*

*aber insgesamt gesehen der Vorteil oder der Zinsvorteil für die Stadt Linz überwiegen würde und damit das Produkt absolut sinnvoll wäre.“* (Iris S ■■■■■, über Vorhalt ihrer eigenen Aussage im Rahmen des Ermittlungsverfahrens, ON 52, AS 35, wonach Mag. Werner P ■■■■■ gemeint habe, dass der EUR/CHF-Wechselkurs relativ stabil in diesem Korridor bleiben könnte, HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 9; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

- *„Mag. P ■■■■■ zog im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses des Swap 4175 ins Kalkül, dass der Strike von 1,54 während der 10-jährigen Laufzeit in einzelnen Zinsperioden unterschritten werden könnte, vertraute jedoch darauf, dass am Ende der Laufzeit der Vorteil für die Stadt Linz überwiegen, zumindest jedoch kein Verlust eintreten würde. Ein Unterschreiten des historischen EUR/CHF-Wechselkurs-Tiefststandes von ca. 1,44 hielt Mag. P ■■■■■ nicht für möglich.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).

4.4 Diese verfehlte Risikoeinschätzung des Mag. Werner P ■■■■■ erfolgte nach einem Backtest mit historischen Wechselkursen. Ein derartiger Test ist völlig untauglich, um das tatsächliche Währungsrisiko zu erfassen; dazu bedarf es komplexer finanzmathematischer Wahrscheinlichkeitsrechnungen. Die beklagte Partei hat gewusst, dass Mag. Werner P ■■■■■ die Risikoeinschätzung auf dieser Grundlage durchführt, sie wusste auch, dass dies untauglich ist.

- *„Es ist richtig, dass ich im Backtest nachgeprüft habe, wie in der Vergangenheit die EUR/CHF Kurse waren und dann getestet habe, wie sich das mit der Formel ausginge. Ich habe damit keine Wahrscheinlichkeitsrechnung verbunden. Ich kann keine Wahrscheinlichkeitsrechnungen bewerkstelligen.“* (Mag. Werner P ■■■■■, HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 41).
- *„Ich habe es über 10 Jahre durchgerechnet, allerdings **natürlich nicht in die Zukunft, sondern in die Vergangenheit**. Es stimmt, dass ich den CHF/Euro-Wechselkurs nicht vorhersehen habe können und **darum habe ich es auch in die Vergangenheit zurückgerechnet**.“* (Mag. Werner P ■■■■■ über Vorhalt der ON 17, AS 35 [Backtest], HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 15; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

4.5 Anstatt Mag. Werner P ■■■■■ darüber aufzuklären, dass sein Backtest untauglich ist, hat sie ihn in seinem Irrglauben noch bestärkt (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 18). Dies zeigen auch die Aussagen der Iris S ■■■■■.

- *„Ich habe es auch für eher unwahrscheinlich gehalten außer in solchen Situationen, wie wir damals eben z.B. 9/11 hatten. Die **Einschätzung war vor allem, dass wenn tatsächlich dieser Strike getriggert würde - wir hatten ja immer nur halbjährliche Anpassungszeitpunkte - und hier tatsächlich in einer Zinsperiode einmal höhere Zinsen gezahlt werden müssen, dass das Ganze sich wieder bewegt und wieder auf ein Niveau von 1,54, 1,50 in etwa in dem Bereich zurück geht**.“* (Iris S ■■■■■, HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 7; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Wir haben natürlich über die Szenarien gesprochen. Wir haben gesagt, unter welchen Umständen könnte es sein, dass dieser Strike unterschritten wird. **Natürlich haben wir uns historische Daten angesehen**, weil in die Zukunft kann*

*niemand schauen. Die Einschätzung, dass rein theoretisch der Schweizer Franken auch wesentlich tiefer gehen könnte, ja, also möglich wäre es gewesen, aber es ist ein relativ unwahrscheinliches Ereignis zum damaligen Zeitpunkt gewesen.*" (Iris S [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 7; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

- *„In Schweizer Franken, auch wenn es jetzt aus der Historie heraus war, war die Einschätzung, dass dieser Strike, der hier gewählt worden ist für den „Resettable“, dass der entsprechend weit weg ist von dem, was man als Mögliches einschätzt.“* (Iris S [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 7).
- *„Ausgehend von einem historischen EUR/CHF-Wechselkurs-Tiefststand von 1,4464, ausgelöst durch die Terroranschläge am 11. September 2001 („Worst-Case-Szenario“) [...] legte er [gemeint Mag. Werner P [REDACTED] seinen Überlegungen jedoch zugrunde, dass sich der EUR/CHF-Wechselkurs in den nächsten 10 Jahren innerhalb eines Korridors von ca. 1,62 bis 1,44 bewegen wird. In dieser Annahme wurde Mag. P [REDACTED] auch von Seiten der BAWAG bestärkt.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 18; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

4.6 Die beklagte Partei hat auch nach Abschluss des Geschäftes nichts getan, um die Meinung des Mag. Werner P [REDACTED] zu ändern, die Hereinnahme des Währungsrisikos durch das FX-Adjustment in der Zinsformel sei beherrschbar und auch deshalb akzeptabel, weil insgesamt trotz erwarteter Schwankungen innerhalb des Währungskorridors die Vorteile die Nachteile überwiegen würden.

- *„Der Markt hat sich erst extrem negativ entwickelt - nachdem er hauptsächlich auf die Cash Flows abgezielt hat - nachdem ich die BAWAG verlassen habe. Bis zu dem Zeitpunkt gab es keine Anzeichen, dass diese Währungseinschätzung, die er hat, irgendwie nicht passend wäre.“*
- *"Die Bewertungskurse waren scheinbar teilweise negativ. Er ist aber immer nur vom Cash Flow ausgegangen. Aus dem Cash Flow heraus hätten sich für ihn keine hohen Zinszahlungen ergeben, d.h. die großen Veränderungen im Euro/Schweiz-Kurs sind dann eigentlich mit Lehman gekommen bzw. eigentlich erst nach Lehman und da war ich dann nicht mehr bei der BAWAG."* (Iris S [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 19, 20; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Unser Kunde erwartet deckungsgleich mit der Analyse unserer volkswirtschaftlichen Abteilung in absehbarer Zeit wieder höhere EURCHF-Kurse und sieht daher keinen unmittelbaren Handlungsbedarf. Das mittelfristige Kursziel liegt bei 1,5500“.* (Interne Gesprächsnotiz der beklagten Partei vom 7. November 2008, Beilage ./54; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Mag. Werner P [REDACTED] sieht sich EURCHF bis Jänner nicht mehr an und wartet auf Beruhigung, was bleibt auch anderes übrig.“* (Schreiben des Mario T [REDACTED] an Mag. Herbert A [REDACTED], Beilage. /72).

4.7 Mario T [REDACTED] bestätigt Mag. Werner P [REDACTED] noch am 27. Oktober 2008, dass er mit dem

Abschluss des Swap 4175 die richtige Wahl getroffen hat. Die aktuelle Aufregung wäre auf eine Hysterie der Finanzmärkte zurückzuführen, die sich ohnehin wieder legen werde. Mag. Werner P■■ wurde damit von Mario T■■ vermittelt, dass die Kurssteigerung des Schweizer Franken letztlich nur durch den Zusammenbruch des Bankhauses Lehman Brothers – einem außergewöhnlichen und nicht vorhersehbaren Ereignis – ausgelöst worden war. Mario T■■ beschwichtigte erkennbar die Situation und äußerte auch seine Einschätzung, wonach mittelfristig wieder Kurse nahe dem Strike zu erwarten seien und dass Mag. Werner P■■ möglicherweise für einen durchaus überschaubaren Zeitraum von bis zu zwei Jahren Zinsen von 3 % bis 4 % bezahlen müsste. Seine klare Empfehlung lautete also, zuzuwarten.

- *„I wüll‘ ihnen jetzt keine ... I wüll‘ sie net‘ wirklich mit Summen belästigen, ja.“*
- *„Ich habe nur wirklich den Auftrag, dass ich mit Ihnen kurz drüber rede.“*
- *„Aaaa sehen Sie’s net‘, sehen Sie’s hoffentlich net‘ so negativ.“*
- *„Aaaa. Ja wirtschaftlich, wiss‘ ma sowieso, da haben Sie den letzten Zeitpunkt kongenial erwischt. Da ist nix passiert. Es war, das waren a paar Punkte daneben,“*
- *„... wir wissen eh beide, das wirtschaftliche Risiko, hoffen wir, dass auf keinem Fall so kommt.“*
- *„Nur, nur zur Info, also aaaa Sie haben gut daran getan, sich nichts anderes anzusehen.“*
- *„Wenn am Laufzeitende der Kurs zwischen 70,01 und wurscht wo. Dann haben sie ka‘ Verpflichtung aus dem Geschäft, da kriegen Sie jetzt 5 % auszahlt, ja?“*
- *„.... Aaa, man kann nur des mochen‘, was 45 Milliarden Euro Gegenwert Fremdwährungskreditnehmer, Schweizer Franken, machen. Hoffentlich die Ruhe bewahren. .... Und hoffentlich dieses ganze Scheußliche vorbeigehen lassen, ja.“*
- *„So was habe ich noch net gesehen und i möchte es nie wieder sehen, ja.“*
- *„Also sie san‘ no‘ länger dabei wie i. Werden des aber unterschreiben können, i bin erst seit 89er Jahr dabei. Aaa den Freitag hab‘ i no‘ net gesehen.“*
- *„Aaa, jo, ahm nix wirklich, wirklich Erquickendes, ich weiß. Aaa, nicht desto trotz i wollt a mal a biss‘l drüber reden.“*
- *„.... dass Sie mal, sag i mal, auch von meiner Seite – Ihre Einschätzung war eh 100 % richtig – aber auch von meiner Seite a noch mal hören. Was, was sich tut am Markt, und was halt das für Konsequenzen hat.“*
- *Auf die Äußerung des Mag. Werner P■■, dass er sich den Schweizer Franken bis Anfang nächsten Jahres nicht mehr ansehen wird, weil er dann ohnehin noch drei Monate Zeit hat: „Naja, naja, für die Anpassung von uns jetzt, ja? .... Haben’s sowieso noch.“*
- *Und auch die Äußerung des Mag. Werner P■■, dass er darauf wartet, dass sich die Irrationalität des Marktes wieder hebt: „Dann was‘ ma‘ wos‘ wirklich ist. ... Wos wiegt des hotts! Und wann dann die neue Range ist, was‘ i net‘ – 1,43 auf 1,52 – muss ma‘ dann damit leben, dass ma‘ dann die Fixierung da drinnen hot‘. Aber wann’s ruhiger wird, geht die Bewertung a oba‘. Und dann kann man sagen, ok, dann zohl‘ i halt jetzt vielleicht auf die nächsten eineinhalb, zwa‘ Jahr, was sein kann, 3% bis 4 % eine, ja? ... Aber das ist a‘ nur hoffentlich ein abgesteckter Zeitraum, ja? ... In dem das passiert. Guat.“*

4.8 Anlässlich einer Besprechung am 5. November 2008 informierten Mag. Herbert A■■ und Mario T■■ Mag. Werner P■■ über die aktuelle Bewertung des Swap-Geschäftes 4175 und darüber, dass eine Restrukturierung im Hinblick auf das „derzeit hoch volatile Marktumfeld“ nur mit großem Aufwand dargestellt werden



könne. Das mittelfristige Kursziel liege bei EUR/CHF 1,55. Weiters wurde Mag. Werner P. ■■■ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Stadt Linz bis zu einem EUR/CHF-Kurs von rd. 1,4975 („Break-even“) ohnehin kein wirtschaftlicher Nachteil entsteht; im Übrigen stehe seine Aussage im Einklang mit der Analyse der eigenen volkswirtschaftlichen Abteilung. Mag. Werner P. ■■■ erwartete aufgrund dieser Aussagen, dass sich die Kurse in absehbarer Zeit wieder erholen und den Strike von 1,54 überschreiten würden (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 29).

4.9 Bereits Ende November 2008 erreichte der EUR/CHF-Wechselkurs wieder den Strike von 1,54 und bewegte sich bis Oktober 2009 in einem Bereich zwischen 1,48 und 1,52. Im April 2009 erfolgte bei einem Kurs von rd. 1,51 eine weitere Zahlung der beklagten Partei an die Stadt Linz. Die beklagte Partei bestätigte Mag. Werner P. ■■■ ihrerseits, dass es sich im Herbst 2008 nur um eine kurzfristige Marktstörung gehandelt habe und dass sich der Markt wieder erholt hat.

– „Dann gab es kleinere Schwankungen, die aber keine große Sache für Mag. P. ■■■ waren und dann hatten wir eigentlich wieder ein normales CHF-Euro-Muster bis Ende 2009.“ (Christoph S. ■■■, Protokoll HG Wien, 3. Oktober 2013, S 29).

– „Aufgrund der regen und sehr cleveren Interventionspolitik der SNB werden wir absehbar keine Kurse unter 1,5000 sehen, **ihr Risiko sollte also bei max. +2,7 % aus der Anpassung limitiert bleiben.** Daher stellt sich natürlich die Frage der **Sinnhaftigkeit einer Prämienleistung zur Absicherung** [...]“ (E-Mail Mario T. ■■■, 26. Juni 2009, Beilage ./126; Hervorhebung durch die beklagte Partei).

4.10 Mag. Werner P. ■■■ ging davon aus, dass die Stadt Linz während der gesamten Laufzeit des Swap 4175 doch zu bestimmten Fälligkeitsterminen Zahlungen an die beklagte Partei leisten muss. Er vertraute jedoch darauf, dass am Ende der Laufzeit der Vorteil für die Stadt Linz überwiegen, zumindest jedoch kein Verlust eintreten würde. Seine Annahme, dass der Wechselkurs nicht dauerhaft unter dem Strike bleiben würde, schien ihm aufgrund der seiner Einschätzung zugrunde gelegten historischen EUR/CHF-Wechselkurse begründet. Das nicht zuletzt deshalb, weil die beklagte Partei das Geschäft empfohlen hatte, die aufgrund ihrer langjährigen Geschäftsbeziehung zweifelsfrei eine entsprechende Vertrauensstellung mit Beratungsfunktion hatte (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 44, 47).

4.11 Mag. Werner P. ■■■ hatte bis Ende 2009/Anfang 2010 keinen Grund, nachzuforschen, ob er hinsichtlich der Eignung des Produktes sowie des damit verbundenen Risikos von der beklagten Partei korrekt informiert worden war. Ihm fehlten auch die dafür notwendigen Kenntnisse, um Bedenken zu haben.

– „Insofern konnte die Aussage des Mag. P. ■■■ wonach ihm nicht bekannt gewesen sei, dass die Stadt Linz durch den Swap 4175 Stillhalter von Devisenoptionen wurde, nicht widerlegt werden. (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 36). Auch die Tatsache, dass die Zeugen aus dem Umfeld der BAWAG bei jeder Gelegenheit Mag. P. ■■■ hervorragende Kenntnisse im Derivatgeschäft unterstellen vermochte das Gericht nicht davon zu überzeugen, dass der Zweitangeklagte tatsächlich über derartige Kenntnisse verfügte.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 40).

– „Selbst wenn man davon ausginge, dass dem Zweitangeklagte bewusst war, dass

*hinter der Swap-Formel Optionen stehen, kann ihm – in Anbetracht seiner fehlenden Fachkenntnisse im Bereich Finanzderivate – nicht unterstellt werden, dass er auch die exotische Struktur dahinter erkannt hat.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 37)*

- *„Es mag auch sein, dass sich die Kenntnisse des Zweitangeklagten im Laufe der Jahre stetig erweitert haben. Ausreichende Fachkenntnisse, um die Struktur exotischer Devisenoptionen mit einer derartigen Hebelwirkung, wie es der Swap 4175 aufweist, und den damit einhergehenden Risiken in voller Tragweite verstehen und beherrschen zu können, erlangte Mag. P. [REDACTED] jedoch zu keinem Zeitpunkt.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 38)*
- *„Für die fehlenden Fachkenntnisse des Mag. P. [REDACTED] spricht auch, dass er seiner eigenen Einlassung und den damit übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Iris S. [REDACTED] und Mag. Herbert A. [REDACTED] zufolge gegenüber der BAWAG mehrfach äußerte, dass er keine Bewertungen benötige, da für ihn nur die Cashflows bzw. der EUR/CHF-Wechselkurs relevant seien.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 39)*
- *„Insofern erscheint dem Gericht die Verantwortung des Zweitangeklagten, wonach er den Zusammenhang zwischen Bewertungen einerseits und Wechselkurse bzw. Cashflows andererseits auch nach dem 01.02.2008 nicht nachvollziehen habe können plausibel [...] Daran ändert auch die später in einem Telefonat mit dem Zeugen Mario T. [REDACTED] am 27.10.2008 abgegebene Einschätzung des Zweitangeklagten, wonach er die Bewertung bei EUR -80 Mio. sehe nichts.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 41)*
- *„Die Verantwortung des Zweitangeklagten, wonach er auch nach Vertragsabschluss des Swap 4175 ein Unterschreiten des EUR/CHF-Wechselkurses von 1,44 nicht für möglich hielt und weiterhin darauf vertraute, dass der Kurs nicht dauerhaft unter 1,54 bleiben würde, konnte durch die vorliegenden Beweisergebnisse zumindest bis Ende 2009/Anfang 2010 nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit widerlegt werden.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 44).*
- *„Es ist daher naheliegend, dass Mag. P. [REDACTED] in seiner Annahme, dass alles „im grünen Bereich“ war, auch von Seiten der BAWAG maßgeblich bestärkt wurde und auf die Information der Hausbank der Stadt Linz vertraute.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 45).*
- *„Im April 2009 erfolgte bei einem Kurs von rund 1,51 eine weitere Zahlung eines positiven Cashflows an die Stadt Linz, obwohl die Bewertung weiterhin mit rund EUR -50 Mio. negativ war. Da insoweit die Erwartungen des Zweitangeklagten durch die tatsächliche Marktentwicklung gedeckt sind, kann im Zweifel nicht widerlegt werden, dass Mag. P. [REDACTED] auch weiterhin darauf vertraute, dass der Wechselkurs im angenommenen Korridor verbleiben und am Ende der Laufzeit der Vorteil für die Stadt Linz überwiegen, zumindest jedoch kein Verlust eintreten würde.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 47).*

## **5. Worüber Mag. Werner P. [REDACTED] nicht informiert wurde**

5.1 Mag. Werner P. [REDACTED] wurde von der beklagten Partei nie auf die (nicht



vernachlässigbare) Wahrscheinlichkeit hingewiesen, dass der Wechselkurs EUR/CHF den von ihm angenommenen Währungskorridor verlassen werde. Damit erkannte Mag. Werner P. auch nicht das tatsächlich bestehende unbegrenzte Verlustrisiko.

- *„Bei Geschäftsabschluss ist nie auf die Gefährlichkeit oder auf ein unbegrenztes Risiko hingewiesen worden, wobei auch die BAWAG von diesem Währungskorridor ausgegangen ist. Die BAWAG hat zum damaligen Zeitpunkt auch das Zinssteigerungsrisiko in Schweizer Franken höher eingeschätzt als jenes der Währung.“* (Mag. Werner P., HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 28; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Nein, solche Aussagen der BAWAG hat es natürlich nicht gegeben. Es hat sogar dann noch 2008 geheißen, dass das jetzt wieder steigt. Also es war eigentlich nie in Diskussion, dass die 1,44 ein nicht veränderbares Minimum sind, auch wenn die Frau S. einmal gesagt hat, das ist Ihre Meinung, aber die muss nicht so sein.“* (Mag. Werner P. über Befragung seines Verteidigers, ob er von Seiten der beklagten Partei jemals in seiner Einschätzung widerlegt worden ist, dass das Kursverhältnis nie unter CHF/EUR 1,44 geht: Mag. Werner P. HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 36).

5.2 Mag. Werner P. wurde über den schwerwiegenden Interessenkonflikt auf Seiten der beklagten Partei durch den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 bewusst im Unklaren gelassen. Damit hatte er keine Ahnung von dem bereits anfänglich bestehenden asymmetrischen Gewinn-/Verlust-Profil des Geschäftes und dessen exorbitanten negativen Anfangswert.

- *„Wenn ich gefragt werde, ob mir im Abschlusszeitpunkt Februar 2007 im Ansatz bewusst war, dass das Swap-Geschäft einen negativen Anfangswert gehabt hat, dann ist dem nicht so. Ich bin auch nicht darauf hingewiesen worden. [...] Ich habe keine einzige Bewertung nachvollziehen können. Ich habe keine Treasury Seminare besucht, das ist wieder eine Falschdarstellung von der Frau S. Ich habe im Jänner 2008 kein Treasury Seminar der BAWAG besucht. Ich habe bei der BAWAG zwei Treasury Workshops von OÖ gemacht, die aber im Wesentlichen Verkaufsveranstaltungen waren.“* (Mag. Werner P. HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 20, 21; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

5.3 Mag. Werner P. wurde nie darüber informiert, dass die beklagte Partei auch nach Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 weiterhin gegen die Stadt Linz gewettet hat. Damit hat sie den Interessengegensatz noch weiter erhöht.

- Die beklagte Partei hatte zwei Möglichkeiten, ihre Verpflichtung zur Zahlung des Referenzzinssatzes Libor für die kommenden 10 Jahre gegenüber der Stadt Linz zu behandeln. Sie konnte dieses Risiko sofort durch einen Zinsswap „off market“ schließen, dann hätte sie aber unmittelbar bei Abschluss den negativen Marktwert aus der Zinskomponente gegenüber Dritten bezahlen müssen, was sie offenbar nicht wollte. Die beklagte Partei hat deshalb nach ihrer Darstellung eine andere Form der Zinsabsicherung gesucht, um sich die unmittelbare Zahlung zu sparen; sie hat das Zinsrisiko „auf ihrem Bankbuch belassen“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei, 9 St 204/13p LG Linz, AS 97). Das

heißt aber nichts anderes, als dass die beklagte Partei auch auf der Zinsseite weiterhin gegen die Stadt spekuliert hat. Die Wette auf künftig fallende 10-Jahres-CHF-Fixzinse sollte daher der beklagten Partei einen zusätzlichen Gewinn verschaffen; was es auch tat (Dr. Christian Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes)

- Auch die Währungsseite hat die beklagte Partei anfangs nicht zur Gänze zu Geld gemacht. Sie schildert ihr Verhalten folgendermaßen: *„[...] das Auszahlungsprofil aus den 21 verkauften einfachen Währungsoptionen [war] geringer, als das Auszahlungsprofil, welches sich bei Anwendung der im Rahmen des SWAP II vereinbarten Formel ergab. Damit bestand ein ungesicherter Bereich, der theoretisch dadurch hätte bereinigt werden können, indem das nach Unterschreiten des Strike von 1,54 zunehmend konvexe Auszahlungsprofil durch den Verkauf weiterer Optionen nachgezogen worden wäre. Die aus dem Verkauf dieser weiteren Optionen resultierenden Prämien wären der Stadt Linz gut zu bringen und damit das zusätzliche Risiko aus der Konvexität der Formel und dem daraus resultierenden für die Stadt Linz stärker belastenden Auszahlungsprofil ausgeglichen worden.“* (Auskunftserteilung der beklagten Partei, 9 St 204/13p LG Linz, AS 91; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- Die beklagte Partei hat bewusst nicht am Beginn des Geschäftes, sondern erst in der Folge – als die konvexe Auszahlungsstruktur mit dem Erstarren des Schweizer Franken weitere Einnahmen versprach – die weiteren Optionen verkauft, das zusätzliche Risiko aus der Konvexität der Formel realisiert, den von ihr erkannten erheblichen Nachteil der Stadt Linz durch das *„stärker belastende Auszahlungsprofil“* aber nicht ausgeglichen (Vorlageantrag der Stadt Linz vom 17. Jänner 2014, Punkt 1.). Unabhängig davon bedeutet dieses Verhalten der beklagten Partei, dass sie auch im Bereich der Optionen bis zuletzt gegen die Stadt Linz gewettet hat.

5.4 Auch über die Struktur des Swap 4175 hat Mag. Werner P. nichts erfahren. Die beklagte Partei wollte auch nicht, dass Mag. Werner P. erkennt, dass hinter der Formel eine optionsbasierte Zahlungspflicht steht (vgl auch Z 7 dieses Punktes).

- *„Mir war nicht bekannt, dass die Stadt Linz Stillhalter von Devisenoptionen geworden ist. Ich habe nicht gewusst, dass dahinter Optionen stehen, weil ich habe im Wesentlichen eine Formel angefragt bei der Bank und in welcher Form die Bank das im Hintergrund abwickelt, habe ich nicht gewusst. Selbst wenn ich gewusst hätte, dass es Optionen sind, kann ich keine Optionen bewerten.“* (Mag. Werner P. HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 26; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- *„Dass Volatilitäten Einfluss auf die Bewertung des Swaps haben, wurde mir erst bei dem Termin am 1. Februar von der Bank vermittelt. Es hat sich danach eigentlich nicht viel geändert, weil die Wechselkursverhältnisse waren noch immer positiv für die Stadt Linz, die Cash-Flows waren positiv für die Stadt Linz und dass die Bewertungen in einem derartigen Ausmaß negativ sein sollen, hat ja nicht einmal der Vertreter der BAWAG verstanden, unter diesen Rahmenbedingungen, positives Wechselkursverhältnis, positiver Cash-Flow, dass dann so eine Bewertung herauskommen kann. [...] ich habe mir einen billigeren Fixzins dadurch erkaufte, dass ich Währungsrisiko*

übernommen habe. **Das Währungsrisiko war für mich in diesem Korridor überschaubar.** Das heißt, ich habe gerechnet, dass ich durch die Übernahme des begrenzten Währungsrisikos eine Verbilligung auf der Zinsseite herbeiführen kann. **Mit den Kenntnissen von heute würde ich diesen Swap nicht mehr abschließen.**“ (Mag. Werner P. HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 26, 27; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

- „Nein. **Es war bei keinem einzigen Swap, weder bei der BAWAG noch bei den anderen Banken die Bewertung zum Abschlusszeitpunkt ein Thema.** Das Thema Sicherheit war auch nie ein Thema. Das hätte bei mir zu einer gewissen **Sensibilisierung** geführt **hinsichtlich des Risikos** aus diesem Geschäft. **Nachdem die BAWAG auch bei ständig steigenden negativen Bewertungen keine Sicherheiten von der Stadt gefordert hat,** war für mich das Ganze eigentlich relativ unproblematisch.“ (Mag. Werner P. HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 21; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
- Demgegenüber heißt es in der Gesprächsnotiz vom 22. Jänner 2007 bereits: „[D]a die **Kursdifferenz aus den Optionen als Zinsaufschlag** dargestellt wird ...“ (Beilage ./71; Hervorhebung durch die Stadt Linz. Dahinter verbirgt sich das FX-Adjustment).
- Im internen Produkteinführungsformular (Beilage ./206) werden die Mitarbeiter der beklagten Partei darauf hingewiesen, dass die Kassageschäfte aus den ausgeübten Optionen nicht gegenüber den Kunden offengelegt werden sollen ... **keine Bestätigung an Kunden.**
- Iris S. leugnet nach wie vor, dass hinter dem FX-Adjustment Währungsoptionen stehen, bei denen die Stadt Linz als Stillhalter fungiert: **„Wenn das dieser Swap 4175 ist, dann rechnet sich das im Hintergrund - ohne jetzt selbst mit der Stadt Linz Optionen abgeschlossen zu haben - über Optionen, die verschrieben werden, aber eben nicht, die die Stadt Linz verschrieben hat.** Über diese Optionen werden dann entsprechende Prämien generiert. Diese Prämien werden dann zusammengesammelt und in diesen Swap hineingefüttert.“ (HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 25, 26; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

5.5 Die beklagte Partei wusste genau (Z 4.5), dass Mag. Werner P. das Risiko des Produktes allein anhand der historischen Wechselkurse bewertete. Eine derartige Bewertung stellt kein taugliches Instrument dar, um das wahre Risiko festzustellen. Die beklagte Partei hätte Mag. Werner P. nicht in diesem Irrglauben belassen dürfen.

- „Es ist richtig, dass ich im Backtest nachgeprüft habe, wie in der Vergangenheit die EUR/CHF Kurse waren und dann getestet habe, wie sich das mit der Formel ausginge. Ich habe damit keine Wahrscheinlichkeitsrechnung verbunden. Ich kann keine Wahrscheinlichkeitsrechnungen bewerkstelligen.“ (Mag. Werner P. HV-Protokoll LG Linz, 2 Dezember 2013, S 41).
- „Der Finanzdirektor stützte seine Prognosen betreffend den künftigen EUR/CHF-Wechselkurs im Wesentlichen auf historische Kursstände. ... Darüber hinausgehende Analysen und Szenarien der Bewertung der Chancen und Risiken der abgeschlossenen Finanzgeschäfte, wie zB die Beachtung von

*Stresstests, Markterwartungen, die kritische Beurteilung von EUR/CHF-Forwardsätzen führte der Finanzdirektor nicht durch.“ ([Bundes-] Rechnungshof, Bericht Serie Oberösterreich 2013/1, Rz 27.1, S 76).*

- *Der RH hielt kritisch fest, dass die Begründung mit dem damaligen historischen Höchststand des EUR/CHF-Wechselkurses keine ausreichende Dispositionsgrundlage für den Swap-Abschluss war. Der Finanzdirektor beachtete sogenannte Forwards für die künftige Entwicklung der Wechselkurse zwischen EUR und Schweizer Franken nicht, führte auf dieser Grundlage keine Wirtschaftsberechnungen durch und beschränkte sich bei der Analyse im Wesentlichen auf die historische Kursentwicklung. ([Bundes-]Rechnungshof, Bericht Serie Oberösterreich 2013/1 Rz 27.2, S 76).*

5.6 Mag. Werner P. [REDACTED] war sich der Bedeutung der Bewertung des Swap nach dem Abschluss des Geschäftes nicht bewusst.

- *„[d]ass sie [gemeint die Bewertung] in den Rechenwerken der Stadt nicht aufscheinen in der Kameralistik. Deswegen hat mich das auch nicht interessiert.“ (Mag. Werner P. [REDACTED] HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 19, über Vorhalt der Aktenseite 13 in ON 172, wonach er zu einer Mitarbeiterin der beklagten Partei gesagt habe, dass die Bewertung für die Stadt unproblematisch wäre und wie er das verstanden hat; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*
- *„Das stimmt so. In der Kameralistik von der Stadt braucht man die Bewertung nicht. Hier ist keine Notwendigkeit im Rechnungswesen von öffentlichen Haushalten, dass die Bewertung dargestellt wird.“ (Mag. Werner P. [REDACTED] HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 18, über Vorhalt der Aussage der Iris S. [REDACTED] Aktenseite 25 in ON 52, wonach er gemeint habe, er brauche die Bewertung des Swap 4175 nicht; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*
- *„Mag. P. [REDACTED] hat gesagt, dass er die Bewertungen nicht braucht, wir haben sie trotzdem zugeschickt.“ (Iris S. [REDACTED] HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 9).*
- *„Laut Sachverständigem Dr. IMO erfordert ein hochsensibles Produkt wie der Swap 4175 eine tägliche Bewertung, um den Anforderungen eines ordnungsgemäßen Risikomanagements gerecht zu werden (SV IMO ON 258, AS 16, der davon spricht, dass eine quartalsmäßige Übermittlung von Bewertungen mit einem „ins Messer laufen lassen“ gleichzusetzen ist.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 39).*
- *„Im Übrigen war das leichtest zu erkennen. [...] Herr Mag. P. [REDACTED] hat Anfang 2008 an die Frau S. [REDACTED] ein E-Mail geschrieben, was da passiert ist, wieso das schlechter geworden sein kann, obwohl sich die Kurse nicht verändert haben. [...] Damit weiß ich, der Mann weiß das nicht.“ (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 9. Dezember 2013, S 27; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*
- *„Dann wird Anfang 2008 ein Seminar mit Herrn Mag. P. [REDACTED] veranstaltet, [...] Und er sagt am Schluss, das ist für mich gar nicht relevant, für meine*

*Buchhaltung bei der Stadt. Auch dann weiß ich natürlich, was es da geschlagen hat. Im Übrigen war damals weitestgehend bekannt, dass derivative Produkte von einer normalen Stadt, auch wenn es eine größere ist, sicher nicht gemanaged werden können.*" (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 9. Dezember 2013, S 27; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

5.7 Die beklagte Partei hat Mag. Werner P. den Marktwert nicht bekannt gegeben.

- „Mag. P. erhielt vor oder bei Abschluss des Swap 4175 keine Bewertung über dessen Marktwert.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 22).
- „Die Werthaltigkeit des von der BAWAG angebotenen Produkts bzw. der in der Folge bestehenden Finanzposition war für Mag. P. mithin nicht überprüfbar.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).
- „Auf eine Marktpreisbewertung wurde seitens der BAWAG nicht hingewiesen.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 13).
- „[...] das Gericht [ist] auch nicht zur Überzeugung gelangt[e], dass diese [gemeint: Iris S. mit Mag. P. bei Anbahnung des Swap-Geschäfts 4175 das Thema Bewertung näher erörterte bzw. ihn darüber aufklärte, dass hinter diesem Zinsswap 21 geschriebene Devisenoptionen stehen.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 36, in dem begründend ausgeführt wird, dass Iris S. zum Thema Bewertung sowie zur Aufklärung darüber keine überzeugenden Angaben machen konnte, weil sie zwar einmal davon spricht, über das Thema Bewertung mit dem Zweitangeklagten gesprochen zu haben, nach Vorhalt des Telefonats aber demgegenüber angab, dass die Bewertung kein Thema gewesen sei.)

5.8 Die beklagte Partei informierte Mag. Werner P. nicht darüber, dass sie für die Stadt Linz eine Derivatlinie eröffnet hat.

- „Nein, da sind wir nie informiert worden. Es ist nie was gesagt worden.“ (Mag. Werner P. HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 21, über Vorhalt der Kreditanträge der beklagten Partei und zur Frage, ob er von der beklagten Partei nicht informiert worden sei, dass das Derivatlimit der Stadt Linz nicht ausreiche und für exotische Produkte hinaufgesetzt worden war.).
- „Auch wurde über das Thema Sicherheiten nicht gesprochen.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 16).

## **6. Die beklagte Partei hat das Kundenrisiko nicht interessiert**

6.1 Die beklagte Partei hat den Swap 4175 selbst nicht korrekt erfasst bzw. nicht korrekt bewertet.

- „Darüber hinaus handelt es sich beim Swap 4175 um eine Produktkonstruktion, die selbst von der BAWAG mit ihrem professionellen Bankrisikosystem (KONDOR+) nicht korrekt erfasst bzw. bewertet werden konnte.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).
- „Im Zuge der Vor-Ort-Prüfung wurde ein strukturiertes Produkt (Deal-Nummer:



*K+ld54375) identifiziert, bei dem die BAWAG PSK diesen Prozess nicht vollständig durchgeführt hat. So wurde beispielsweise keine eigene Produktmappe, welche neuartige Risiken beschreibt, Replikations- und Abbildungsmöglichkeiten analysiert oder eine Hedgingstrategie festlegt, erstellt. Dadurch kam es zu einer nicht korrekten Abbildung von Produkten in den Systemen der BAWAG PSK, wodurch die tatsächliche Sensitivität des strukturierten Produktes auch nicht über Stresstests erkannt worden wäre.“ (OeNB, Prüfbericht vom 17. Juni 2011, Rz 55, 56).*

6.2 Beim Resettable CHF linked Swap handelt es sich um ein Produkt, das „[...] aller Wahrscheinlichkeit nach von einer großen amerikanischen Investmentbank entwickelt worden ist“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei vom 19. Dezember 2013, 9 St 204/13p der Staatsanwaltschaft Linz, ON 207, AS 50). Die beklagte Partei hat eine Untersuchung der mit diesem Produkt für ihre Kunden verbundenen Risiken offenbar nicht durchgeführt.

- Gegenüber der Strafverfolgungsbehörde rechtfertigt sich die beklagte Partei lediglich damit, „dass [sie] bei der Einschätzung und Bewertung der Risiken des Resettable CHF linked Swap primär darauf fokussiert war, dass Produkte gemäß der bankinternen Verfahrens-Vorgaben und Limit-Strukturen zu erfassen und entsprechend abzubilden [sind]“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei, 9 St 204/13p der Staatsanwaltschaft Linz, ON 207, AS 51).
- Überdies sei die beklagte Partei ohnehin davon ausgegangen, „dass die Stadt Linz ihre eigenen Risikoanalysen durchführte und auch mit anderen Banken über einen Abschluss verhandelte“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei, 9 St 204/13p der Staatsanwaltschaft Linz, ON 207, AS 51).

## 7. Weitere Erkenntnisse zur Struktur des Geschäftes

7.1 Trotz der äußeren Form eines Zinstauschgeschäftes handelt es sich in Wahrheit um geschriebene Währungsoptionen mit einem unbegrenzten Risikopotential.

- „Zum anderen verpflichtete sich die Stadt Linz, durch die Festlegung der Wechselkursschwelle von 1,54 optionsartig basierte, vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängige Zahlungen zu leisten, wodurch die Stadt Linz wirtschaftlich die finanzielle Verpflichtung vergleichbar einem Stillhalter von 21 zeitlich gestaffelten Devisenoptionen bezogen auf ein Nominale von CHF 97,5 Mio. eingegangen ist.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).
- „Die Stadt Linz unterlag damit in ihrer eine[m] Stillhalter ähnlichen wirtschaftlichen Funktion einem unbegrenzten Währungsrisiko [...].“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).
- „Zudem ist die Optionskomponente des Swap (sog. FX-Komponente) nicht mit herkömmlichen Standardoptionen vergleichbar. Aufgrund der besonderen Ausgestaltung der Zinsformel stellen diese 21 Devisenoptionen exotische (Power-)Optionen dar, die kein lineares Zahlungsprofil aufweisen, sondern sich mit zunehmender Aufwertung des Schweizer Franken gegenüber dem Euro exponentiell entwickeln.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).

7.2 Der Swap 4175 hat die Position der Stadt Linz in Bezug auf die bereits bestehende

CHF-Anleihe massiv verschlechtert.

- [Dadurch, dass die Stadt Linz die einem Stillhalter ähnliche wirtschaftliche Funktion einnahm, hat sich das] *„schon aus der CHF-Anleihe als Grundgeschäft bestehende Währungsrisiko durch den Swap 4175 drastisch verschärft“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).
- *„Anstelle des teilweise kompensierten Zinsrisikos aus der CHF-Anleihe (Schwankungen des 6-Monats-CHF-LIBOR) trat durch den Swap für die Stadt Linz ein zusätzliches Fremdwährungsrisiko aus den geschriebenen Optionen hinzu, [...]“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).
- *„Die durchschnittliche Verlustschwelle (sog. Break-even) notiert bei einem EUR/CHF-Kurs zwischen 1,49 und 1,50; erhebliche Verluste in einer Größenordnung von ca. 4 Mio. EUR jährlich werden ab einem Wechselkurs von 1,46 erreicht.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).
- *„Unter Heranziehung hochkomplexer Risiko-Return- und Wahrscheinlichkeits-Analysen ergab die Beimischung des Swap 4175 zum Schuldenportfolio der Stadt Linz zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine erwartete Ertragssteigerung um einen Faktor von 0,76 bei gleichzeitiger Risikosteigerung um einen Faktor von 7,6, weshalb der Swap 4175 aus sachverständiger Sicht (auch ex ante) als hochspekulatives Finanzinstrument zu bewerten war.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20, 21).

7.3 Der Swap 4175 besitzt zu Lasten der Stadt Linz ein völlig asymmetrisches Gewinn-/Verlust-Profil.

- [Die Struktur des Produktes hat zur Folge,] *„dass der Swap 4175 ein asymmetrisches Gewinn-/Verlust-Profil aufweist; aus Sicht der Stadt Linz standen relativ eng begrenzten Finanzierungsvorteilen erhebliche Finanzierungsnachteile gegenüber, die über eine Laufzeit von 10 Jahren sogar existenzgefährdende Ausmaße erreichen können.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).
- *„Man kann sagen, unter Berücksichtigung aller durchschnittlichen Finanzierungsvor- und Finanzierungsnachteile kommen wir zum Chancen-Risiko-Verhältnis von 1:14. Ich habe das später noch in komplexen Berechnungen auch von den Wahrscheinlichkeiten her mitberechnet, dann verbessert sich das etwas auf in etwa 1:10.“* (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 9. Dezember 2013, S 16).

7.4 Ausdruck der mit dem Swap 4175 verbundenen Asymmetrie zwischen den Parteien war ein negativer Marktwert von rd. EUR 20 Mio.

- *„Demgegenüber hätte die Stadt Linz unter Heranziehung eines fairen Optionspreises [...] eine Gegenleistung in Höhe von zumindest EUR 47.800.000,- erhalten müssen, sodass die von der BAWAG der Stadt Linz für das Swap-Geschäft 4175 eingeräumte Optionsprämie zumindest EUR 17.987.548,- unterhalb des fairen Marktpreises lag. Der Swap 4175 wies demnach aus Sicht der Stadt Linz bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (12.02.2007) einen negativen Marktwert in Höhe von zumindest EUR-17.987.548,- auf.“* (Urteil LG

Linz, 11. Dezember 2013, S 21).

- „Ja, der SWAP 4175 stand im Februar 2007 bei 20 Mio. und nach Einschätzung des Marktes heißt das, der Kunde wird während der kommenden 10 Jahre 20 Mio. saldiert zu zahlen haben.“ (Philip R. [REDACTED] Protokoll HG Wien, 23. August 2013, S 57).

7.5 Die Stadt Linz hatte mit dem Swap-Geschäft 4175 auch ein erhebliches Liquidierungsrisiko übernommen, weil es für ein solches Produkt keinen funktionierenden Markt gibt und die Stadt Linz auch kein einseitiges Auflösungsrecht besaß. Die Konsequenz daraus zeigte sich im Juli 2007 im Zusammenhang mit der Schließung des Swap 3976, bei der auch eine Schließung des Swap-Geschäftes 4175 besprochen wurde. Trotz einer positiven Bewertung des Geschäftes mit EUR 4,22 Mio. zugunsten der Stadt Linz hätte die Schließung eine Zahlung an die beklagte Partei in nicht näher dargelegter Höhe vorausgesetzt, weshalb Mag. Werner P. [REDACTED] eine Auflösung nicht in Erwägung zog (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 24, 37).

- „Für strukturierte Finanzprodukte wie den Swap 4175 bzw. die damit im Zusammenhang stehenden exotischen Devisenoptionen existiert kein Markt, sodass die Optionen nicht gehandelt werden. Dies hat zur Folge, dass mit dem Abschluss des Swap 4175 neben der oben dargestellten Risikoverdichtung zusätzliche strukturelle Produkt-Risiken ins Schuldenportfolio der Stadt Linz aufgenommen wurden.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).
- „Eine Marktpreisbewertung war letztlich nur im Wege der Schätzung ermittelbar, was mit erheblichen Transparenz- und Bewertungsrisiken für die Stadt Linz verbunden war.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).
- „Ein ordentliches Kündigungsrecht oder gar jederzeitiges Ausstiegsrecht kam der Stadt Linz nicht zu. Die mangelnde Handelbarkeit der exotischen Optionen führte zudem zu hohen Liquiditätsrisiken, weil sich aufgrund der Komplexität des Produktes eine Schließung der einmal eingegangenen Optionspositionen als schwierig und für den Produktnutzer nachteilig erweisen kann und eine (einvernehmliche) Vertragsauflösung meist nur mit merklichen Einbußen (Liquiditätsabschlägen) möglich ist.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21, 24).

## **8. Das Swap-Geschäft war für die Stadt Linz ungeeignet**

8.1 Die fehlende Eignung ergibt sich schon aus der Asymmetrie des Gewinn- und Verlustverhältnisses zwischen der beklagten Partei und der Stadt Linz, aus dem unbeschränkten Risiko und aus dem negativen Anfangswert.

- "Bei diesem Swap 4175 handelt es sich um ein strukturiertes Produkt, welches sich durch drei Merkmale besonders auszeichnet. Es ist in hohem Maße intransparent, es ist hochspekulativ und es ist nur sehr schwer beherrschbar im Sinne vom Risikomanagement aus betrachtet. Dazu ist auch zu sagen, dass das von der Stadt Linz nicht im Ansatz beherrschbar gewesen ist, aber auch die BAWAG aus meiner Sicht hier große Probleme hatte." (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 6).



- *„Insgesamt verdeutlichen die Ergebnisse (vgl. Seite 321 des Gutachtens), dass mit dem Swap-Abschluss bereits zum Abschlusszeitpunkt auch unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit für die Stadt Linz erhebliche Verlustpotentiale gegeben waren und diese Verlustpotentiale nicht erst durch die Finanzkrise entstanden sind. Die Finanzkrise ist in dem Fall keine Argumentation.“* (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 19).
- *„Also so ein Produkt, mit einem derartigen zerstörerischen Potential, hat im Schuldenportfolio der öffentlichen Hand, auch wenn es noch so unwahrscheinlich wäre, was es nicht war, überhaupt nichts verloren. Da gibt es aus meiner Sicht kein Verständnis dafür.“* (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 16).

8.2 Die fehlende Eignung ergibt sich auch daraus, dass dieses Produkt mit den Mitteln einer Gemeinde nicht beherrschbar ist.

- *„Ein ordnungsgemäßes Risikomanagement wie auch eine einigermaßen zutreffende Bewertung derart strukturierter Produkte wie es der Swap 4175 darstellt, kann aus sachverständiger Sicht nur von hochspezialisierten, mit finanzmathematischen Fachkenntnissen ausgestatteten Derivatfachleuten, deren Anzahl in Österreich auf wenige Personen beschränkt ist, bewerkstelligt werden. Die bloße mathematische Kenntnis der Swap-Formel reicht nicht aus, um die Risikoposition aus dem Swap 4175 zu bestimmen.“*(Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 22).

## 9. Die Stadt Linz konnte das Risiko nicht einmal erkennen

9.1 Mag. Werner P. hatte weder die Fähigkeiten, noch die Möglichkeiten, das mit dem Swap-Geschäft 4175 verbundene Risiko zu erkennen oder zu handhaben.

- *„Im Zeitraum 2007 bis 2010 verfügte der Zweitangeklagte [Mag. Werner P. weder über ausreichende Fachkenntnisse, noch über die erforderliche technische Infrastruktur (Risikomanagement-Systeme), um den fachlichen und organisatorischen Anforderungen, die mit exotischen Optionen einhergehen, auch nur ansatzweise gerecht zu werden.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 22, 38).
- *„Die Werthaltigkeit des von der BAWAG angebotenen Produkts bzw. der in der Folge bestehenden Finanzpositionen war für Mag. P. [...] nicht überprüfbar.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).
- *„Für die fehlenden Fachkenntnisse des Mag. P. spricht auch, dass er seiner eigenen Einlassung und den damit übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Iris S. und Mag. Herbert A. zufolge gegenüber der BAWAG mehrfach äußerte, dass er keine Bewertungen benötige, da für ihn nur die Cashflows bzw. der EUR/CHF-Wechselkurs relevant seien.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 39).
- *„Laut Sachverständigen Dr. IMO erfordert ein hochsensibles Produkt wie der Swap 4175 eine tägliche Bewertung, um den Anforderungen eines ordnungsgemäßen Risikomanagements gerecht zu werden [...] der davon*

spricht, dass eine quartalsmäßige Übermittlung von Bewertungen mit einem „ins Messer laufen lassen“ gleichzusetzen ist.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 39).

- „Der Sachverständige konnte ... anschaulich darlegen, dass sich mit der bloßen mathematischen Kenntnis der Swap-Formel das Risikopotential von exotischen Währungsoptionen nicht ermitteln lässt, sondern dafür die Anwendung hochkomplexer Bewertungsmodelle erforderlich ist.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 40).
- „Es kann nicht festgestellt werden, dass Mag. P. [REDACTED] die Bewertung des Swap 4175 nach diesem Termin [gemeint ist die Veranstaltung am 1. Februar 2008] verstanden hat, insbesondere wie der Marktwert des in Rede stehenden Swap berechnet wurde. Ebenso kann nicht festgestellt werden, dass der Zweitangeklagte [Mag. Werner P. [REDACTED]] den Zusammenhang zwischen Bewertung, Cashflows und Wechselkurse nachvollziehen konnte.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 27).

9.2 Auch der Finanzausschuss der Stadt Linz konnte das eigentliche Risiko des Swap-Geschäftes 4175 nicht erkennen.

- „Anhand der Darstellung des Swap 4175 in den Debt-Managementberichten war es den Mitgliedern des Finanzausschusses nicht möglich, zu erkennen, dass dieses Derivatgeschäft mit einem unbegrenzten Risiko für die Stadt Linz verbunden war.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 26).

## 10. Mag. Werner P. [REDACTED] hätte das Geschäft bei ausreichender Information nicht abgeschlossen

10.1 Mag. Werner P. [REDACTED] wurde sowohl vom Schöffengericht als auch von der Staatsanwaltschaft Linz mit der Frage konfrontiert, ob er das Geschäft überhaupt abgeschlossen hätte, wenn er die Asymmetrie von Chancen und Risiken im Geschäft, insbesondere in Form des anfänglichen negativen Marktwertes gekannt hätte. Mag. Werner P. [REDACTED] hat dies verneint.

10.1.1 Als Begründung führt er an, er sei von einem überschaubaren und akzeptablen Risiko ausgegangen, weil er annahm, aufgrund der historischen Daten könne der Wechselkurs den von ihm angenommenen Korridor nicht verlassen.

- „[...] ich habe **mir einen billigeren Fixzins dadurch** erkaufte, dass ich Währungsrisiko übernommen habe. **Das Währungsrisiko war für mich in diesem Korridor überschaubar.** Das heißt, ich habe gerechnet, dass ich durch die Übernahme des begrenzten Währungsrisikos eine **Verbilligung auf der Zinsseite herbeiführen kann.**“ (Mag. Werner P. [REDACTED], HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 18; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

10.1.2 Mag. Werner P. [REDACTED] nahm weiters an, dass die Chancen und Risiken des Geschäftes zwischen ihm und der beklagten Partei gleich wären.

- „Ja. Wenn das bekannt ist, dass das nicht null ist, sondern -20 Mio., schließt man gar nicht ab, weil das heißt ja, das ganze Geschäft ist sinnlos. Man stellt sich im Vorhinein gegen den Markt, wenn man -20 Mio. hat. Wenn man eine

*Bewertung von null hat dann ist die Chance ungefähr gleich groß vom Markt, dass das Derivat aufgeht oder auch nicht.“ (Mag. Werner P■■■■, HV-Protokoll, 2. Dezember 2013, S 18; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*

- *Mit den Kenntnissen von heute würde ich diesen Swap nicht mehr abschließen.“ (Mag. Werner P■■■■, HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 26, 27; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*

10.1.3 Die Tatsache, dass Mag. Werner P■■■■ das Geschäft trotz negativem Marktwert später nicht aufgelöst hat, steht dem nicht entgegen, dass Mag. Werner P■■■■ bei Kenntnis des anfänglichen negativen Marktwertes das Swap-Geschäft 4175 nicht abgeschlossen hätte.

- *„Ich glaube, es ist ein wesentlicher Unterschied, wenn ich die ganze Negativbewertung vor Abschluss weiß und ich mache es dann trotzdem, dass ich gegen den Markt gehe von vornherein, dann ist das glaube ich ein grober Fehler. Hingegen, wenn man ein Geschäft **abschließt von dem man glaubt, dass es fair gepreist ist** und es war nur zwischendurch eine kurze negative Bewertung, obwohl wir ein positives Wechselkursverhältnis gehabt haben, obwohl wir positive Cash-Flows gehabt haben, obwohl das laut Prognosen auch noch für die nächsten 12 Monate der Fall war, das ist glaube ich ganz eine andere Situation als wenn ich da stehe vor Beginn eines Geschäftes und es heißt -20 Mio. gehst du es ein oder nicht. **Da hat man ja praktisch schon einen Startnachteil von -20 Mio.**“ (Mag. Werner P■■■■ HV-Protokoll LG Linz, 2. Dezember 2013, S 29, 30, auf die wörtliche Frage des Staatsanwalts: Sie haben heute gesagt, wenn Sie gewusst hätten schon zum Abschlusszeitpunkt dieses Swaps, dass dieser eine negative Bewertung von minus 20 Mio. EUR gehabt hätte, dann hätten Sie den niemals abgeschlossen, weil Sie hätten gesehen, dass Sie gegen den Markt spekulieren würden. Jetzt ist diese Negativbewertung Ende März 2008 im Prinzip nichts anderes. [...] Was ist in dem Fall anders, als wenn Sie schon vor Abschluss darüber aufgeklärt werden, sie haben ein negatives Geschäft?)*

10.2 Das Landesgericht kommt zum Ergebnis, dass Mag. Werner P■■■■ das Swap-Geschäft 4175 nicht geschlossen hätte, wenn er vor oder am 12. Februar 2007 Kenntnis vom negativen Marktwert des Swap 4175 gehabt hätte (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 22).

10.3 Auch nach den Ausführungen des Gerichtssachverständigen in der Hauptverhandlung kann es keinem Zweifel unterliegen, dass Mag. Werner P■■■■ das Swap-Geschäft 4175 bei sachgerechter Aufklärung nicht geschlossen hätte.

- *„Tatsache ist, dass der Marktwert dem Herrn Mag. P■■■■ wohl nicht mitgeteilt wurde. Wenn ich ein neues Geschäft abschließe, auch im Optionsbereich, dann muss sich die Leistung und Gegenleistung in einem adäquaten Verhältnis befinden. Davon geht eigentlich jeder seriöse Geschäftsmann aus. Auch bei den Händlern ist das üblich. Selbst unter Einrechnung einer handelsüblichen Marge konnte man davon ausgehen, auch wenn man eine langjährige Geschäftsbeziehung mit einer Bank pflegt, dass das in einem adäquaten Verhältnis steht.“ (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 9. Dezember 2013, S 34).*

- „Wenn ich weiß, das steht nicht in einem adäquaten Verhältnis, dann ist es durchaus auf der Hand liegend, dass ich sage, bei einer Belastung von -20/-21 Mio. nehme ich von dem Geschäft Abstand. Das liegt auch in der Lebenserfahrung jedes auch nicht Derivatspezialisten, dass ich mit einem Handicap von -20 Mio. schlecht dastehe.“ (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 9. Dezember 2013, S 34, 35).
- „Jetzt mache ich das Geschäft und dann stellt sich heraus, dass die Marktbewertung negativ ist. Das ist eine andere Situation aus meiner Sicht, weil es hätte sich ja der Markt im Laufe der Zeit gegen mich entwickeln können. Das widerspricht also nicht der Aussage, hätte ich das gewusst am Anfang, hätte ich das nicht abgeschlossen. Das ist durchaus plausibel, was aber nicht heißt, dass das lege artis für einen Risikomanager wäre.“ (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 9. Dezember 2013, S 34, 35).

### **III. Ergänzendes Vorbringen zur Ungültigkeit des Swap-Geschäftes 4175**

#### **1. Die fehlende Befugnis des Mag. Werner P. zum Geschäftsabschluss**

##### **1.1. Vorbemerkung**

- 1.1.1 Das Handelsgericht Wien ging im Rechtsgespräch am 4. Oktober 2013 in einer vorläufigen Einschätzung vom wirksamen Zustandekommen des Geschäftes – vorbehaltlich der Frage der Marktüblichkeit – aus. Es legte dabei den Begriff der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios denkbar weit aus. Danach hätte Mag. Werner P. eine Art Generalvollmacht zum Abschluss aller Finanzgeschäfte besessen, die – wenn auch nur vorübergehend – mit einem Vorteil verbunden sind; das damit verbundene Risiko – konkret also die Übernahme eines unbeschränkten Währungsrisikos – bleibt dabei ausgeblendet.
- 1.1.2 Eine solche Auslegung widerspricht schon der reinen Wortinterpretation. Die Lage der Stadt Linz sollte sich insgesamt verbessern und nicht durch die Hereinnahme von kalkulierbaren Risiken verschlechtern (Punkt II Z 7; VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 4). Vor allem aber steht das vorläufige Auslegungsergebnis des Handelsgerichts Wien im Widerspruch zu den für die Auslegung von Gemeinderatsbeschlüssen maßgeblichen Prinzipien (Punkt III Z 1.3). Diese verlangen – will man den Gemeinderatsbeschluss überhaupt als gültig ansehen – im Gegenteil einen ganz engen Rahmen, in dem die Finanz- und Vermögensverwaltung den Willen des Gemeinderates umzusetzen hat. Nur in diesem Fall behält der Gemeinderat seine Kompetenz zur Willensbildung bei den ihm vorbehaltenen Geschäften. Die mit der Beschlussfassung abgeschlossene Willensbildung ist sodann durch die Verwaltung zu vollziehen. Dass der Gemeinderat der Stadt Linz mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 Währungswetten durch das Verschreiben exotischer Optionen gewollt hat, ist auszuschließen. Konnte Mag. Werner P. aber nur den Willen des Gemeinderates vollziehen, so ist der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 nicht gedeckt.
- 1.1.3 Vertritt man aber – wie anscheinend das Handelsgericht Wien – die Meinung, dass der Finanz- und Vermögensverwaltung mit diesem Beschluss eine denkbar weitere Befugnis eingeräumt wurde, so hat das Landesgericht Linz mit seinem Urteil vom 11. Dezember 2013 Recht und es ist der Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 unwirksam. Damit ist aber auch dem gültigen Zustandekommen des Swap-

Geschäftes 4175 mangels Gemeinderatsbeschlusses der Boden entzogen (näher dazu unter Punkt III Z 1.5).

## 1.2. Relevanz der kommunalrechtlichen Kompetenzordnung

### 1.2.1. § 867 ABGB

1.2.1.1 § 867 ABGB fordert von potentiellen Geschäftspartnern einer Gemeinde, dass sie sich mit deren Organisationsrecht auseinandersetzen. Verlangt dieses einen Beschluss des Gemeinderates, so muss einerseits der Gemeinderat das Geschäft tatsächlich beschlossen haben, andererseits muss aber auch das angestrebte Geschäft von diesem Beschluss gedeckt sein; andernfalls ist das Geschäft unwirksam. Gemeinderatsbeschlüsse gestalten damit für den betroffenen Geschäftskreis die Kompetenzordnung der Gemeinde, sie entfalten aber darüber hinaus auch für Dritte qua § 867 ABGB eine unmittelbare Wirkung (*Lukas*, Der objektivierte Wille des Gemeinderates, *ecolex* 2013, 985).

1.2.1.2 Fasst der Gemeinderat einen Beschluss, so handelt er hierbei im Rahmen der Hoheitsverwaltung, wenn er sich rechtstechnischer Mittel bedient, die einem Rechtsunterworfenen nicht zur Verfügung stehen. Zudem ist die Beschlussfassung dem Kernbereich der hoheitlichen Haushalts- und Vermögenverwaltung der Stadt Linz gemäß §§ 52 StL 1992 zuzuordnen, sodass sämtliche mit deren Besorgung verbundenen Verhaltensweisen solche in Vollziehung der Gesetze sind (1 Ob 71/01z, 1 Ob 306/98a). Da der Gemeinderatsbeschluss auch unmittelbar nach außen wirkt (Z 1.2.1.1), handelt es sich schon seiner Natur nach um einen normativen Akt. Damit ist der Beschluss des Gemeinderates nach den §§ 6 und 7 ABGB auszulegen. Selbst wenn man aber den Gemeinderatsbeschluss nicht per se als normativen Akt ansehen würde, so besteht eine unverkennbare Parallele mit dem korporativen Teil von Gesellschaftsverträgen und Vereinssatzungen. Im konkreten Fall richtet sich der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 unmittelbar an die Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz, sie hat natürlich aber auch Drittwirkung, weil sie ja die Zuständigkeit für den Abschluss von Geschäften mit Dritten begründen will. In einem solchen Fall wählt die herrschende L und Rsp ganz einhellig einen funktionalen Ansatz und wendet bei Auslegung solcher Akte ebenfalls die §§ 6 und 7 ABGB an; für eine Auslegung nach den §§ 914, 915 ABGB bleibt kein Raum (*Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 914 Rz 41 ff; RIS-Justiz RS0008813, RS0008816). Allerdings würde man bei einer Auslegung nach objektiven Kriterien nach § 914 ABGB im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen gelangen, da jeder Dritte redlicherweise die kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen bei der Beurteilung des Beschlusses mitbedenken müsste.

1.2.1.3 Die Auslegung eines Gemeinderatsbeschlusses darf nicht am Wortlaut kleben, wie die Rsp zu Vereinsstatuten immer wieder deutlich gemacht hat. Ziel der Auslegung ist der tatsächliche oder mutmaßliche Wille des Gemeinderates. Die Auslegung hat sich dabei an der Gesetzestreue, dem Zweck des Beschlusses und den Interessen der Gemeinde zu orientieren (*Lukas*, Der objektive Wille des Gemeinderates, *ecolex* 2013, 985 mwN; RIS-Justiz RS0008813). Dem Gemeinderat kann bei einem auslegungsbedürftigen Beschluss nicht unterstellt werden, dass er mit seinem Inhalt gegen die Verfassung oder sonstige Gesetze verstoßen wollte (zur verfassungskonformen Auslegung normativer Akte vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 6 Rz 28 mwN). Im Übrigen stehen als Auslegungsmittel die wörtliche, die systematisch-logische, die objektiv-teleologische und die historische

### Auslegung zur Verfügung.

- 1.2.1.4 Mit Bezug auf Gemeinderatsbeschlüsse hat der Oberste Gerichtshof bereits festgehalten, dass bei der Auslegung ihres Inhaltes jedenfalls auch die historische Entwicklung und der mit dem Gemeinderatsbeschluss verbundene Zweck zur berücksichtigen ist (9 ObA 63/00x). Das bedeutet gegenständlich aber, dass auch die Materialien, die die Hintergründe des Entstehens des Beschlusses beleuchten, herangezogen werden müssen. Es ist dies – neben der Diskussion im Gemeinderat – vor allem der Amtsbericht. Dass die Rechtsprechung Betroffenen die Einsicht in auch unveröffentlichte Unterlagen zumutet, zeigen die umfangreichen Entscheidungen zu den Vereinssatzungen (RIS-Justiz RS0008813).
- 1.2.1.5 Wenn – wie die OGHE 9 ObA 63/00x zeigt – bei der Auslegung einer Beschlussfassung einer Gemeinde auch der dahinter stehende Zweck Berücksichtigung finden muss, so ist klar, dass dann, wenn dieser Beschluss die Verwaltung des Schuldenportfolios einer Gemeinde betrifft, die Anforderungen einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwaltung öffentlichen Vermögens eingehalten werden müssen. Dies kommt nicht nur in § 57 StL 1992 klar zum Ausdruck, sondern das entspricht auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art 119a B-VG (dazu Punkt III Z 1.3.5).
- 1.2.2. Zuständigkeit des Gemeinderates für den Abschluss von bedeutsamen Derivatgeschäften
- 1.2.2.1 § 46 Abs 1 StL 1992 zählt all jene Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Stadt auf, die dem Gemeinderat vorbehalten sind. Der Abschluss eines Geschäftes, wie es der Swap 4175 war, fällt zweifelsfrei darunter (vgl VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 1.4; Replik der Stadt Linz, Punkt III Z 2). Die Kompetenz des Gemeinderates besteht dabei in der Willensbildung über den Abschluss des Geschäftes und nicht bloß in dessen nachträglicher Genehmigung bzw. Nichtuntersagung (*Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 [385]; Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 50).
- 1.2.2.2 Während also die Willensbildung zum Abschluss des Geschäftes allein beim Gemeinderat liegt, ist er zum Abschluss nach außen weder zuständig noch berechtigt. Vielmehr fällt es in die alleinige Kompetenz des Bürgermeisters, den vom Gemeinderat gefassten Beschluss zu vollziehen (§ 22 Abs 1 StL 1992); der Bürgermeister vertritt die Stadt nach außen (§ 49 Abs 1 StL 1992).
- 1.2.2.3 Das bedeutet nach dem Regelungskonzept des Statuts der Stadt Linz eine Kompetenzteilung für den Abschluss von Rechtsgeschäften: Dem Gemeinderat ist die Willensbildung vorbehalten, die Gegenstand seines Beschlusses ist. Dessen Umsetzung, also die Kundgabe des Willens nach außen steht ihm nicht zu und ist ihm auch gar nicht möglich, da er nach außen nicht wirksam handeln kann. Es ist allein die Aufgabe des Bürgermeisters, den Willen des Gemeinderates zu vollziehen, indem er ihn nach außen hin erklärt. Für den Abschluss der nach § 46 Abs 1 StL 1992 erfassten Rechtsgeschäfte bedarf es also des Zusammenwirkens zwischen dem Gemeinderat als Kollegialorgan und dem Bürgermeister der Stadt als monokratischem Organ. Bei der Frage nach der Übertragung der Kompetenzen in Form einer Bevollmächtigung oder Delegation ist diese Zuständigkeitsverteilung zu beachten.

- 1.2.2.4 Eine wesentliche Konsequenz der geschilderten Zuständigkeitsverteilung ist aber auch, dass der Wille des Gemeinderates, wie er im Gemeinderatsbeschluss zum Ausdruck kommt, gleichzeitig die Vertretungsmacht des Bürgermeisters umschreibt und begrenzt. Fehlt es an einem Willen des Gemeinderates oder ist der vom Bürgermeister nach außen gesetzte Vertretungsakt von diesem Willen nicht gedeckt, so ist auch das Geschäft automatisch unwirksam (10 Ob 42/07k, 7 Ob 609/89).
- 1.2.3. Einhaltung der Formvorschriften als Wirksamkeitsvoraussetzung
- 1.2.3.1 Wie bereits gesagt, verpflichtet § 867 ABGB den Vertragspartner der Gemeinde dazu, sich mit deren Organisationsrecht auseinanderzusetzen. Im konkreten Fall war das die Willensbildung des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 und der Inhalt dieses Willens. Nur durch eine solche Befassung konnte die beklagte Partei erkennen, ob das Handeln des Bürgermeisters durch eine entsprechende Beschlussfassung des Gemeinderates gedeckt war.
- 1.2.3.2 Ausdruck dessen ist auch § 66 StL 1992. Nach § 66 Abs 1 StL 1992 sind Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderates oder des Stadtsenates bedürfen, vom Bürgermeister zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu versehen. Nur durch die Einhaltung dieser Formvorschrift ist gewährleistet, dass Vertretungshandlungen des Bürgermeisters tatsächlich vom Willen des Gemeinderates umfasst sind. Werden diese Vorschriften nicht eingehalten und erkennt das der Vertragspartner oder kann es jedenfalls leicht erkennen, so fehlt es ihm auch am Vertrauen, dass dieses Geschäft tatsächlich von der Gemeinde gewollt ist. Die Einhaltung der kommunalrechtlichen Formvorschriften ist damit nicht nur eine Verwaltungsanordnung, sondern sie ist auch zwingende Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen des Rechtsgeschäftes.
- 1.2.3.3 Der Oberste Gerichtshof hat sich mit der Wirkung der Missachtung von kommunalrechtlichen Formvorschriften auf die Gültigkeit des Geschäftes in der Entscheidung 3 Ob 32/11v, die zur Tiroler Gemeindeordnung erging, auseinandergesetzt. Er schloss sich der von ihm wiedergegebenen Literaturmeinung an, dass die in einer Gemeindeordnung vorgeschriebene Schriftform zum Schutz der Gemeinden und diese insoweit privilegierend das Wirksamwerden der rechtsgeschäftlichen Erklärung von Gemeindeorganen im Außenverhältnis erschweren will. Auch wenn die Gesetzesmaterialien im konkreten Fall zu den Konsequenzen der Nichteinhaltung der Formvorschriften schwiegen, sei dennoch vom Zweck dieser Vorschrift auszugehen, die Gemeinden vor unüberlegten Erklärungen zu schützen, vor allem aber auch klare Verhältnisse im Hinblick auf das Zustandekommen von Verträgen der Gemeinde zu schaffen. Das vom Obersten Gerichtshof geprüfte Formgebot hatte also – allerdings nur aus Sicht der Gemeinde – konstitutive Wirkung. Im gleichen Sinn vertritt *Kodek* in einer Anmerkung zur OGHE 5 Ob 58/10b – was die Formvorschriften der OÖ Gemeindeordnung angeht – die Ansicht, dass die tatsächliche Beifügung des Gemeindesiegels auf den von der Gemeinde abgeschlossenen Verträgen ebenso nicht nur Formvorschrift, sondern ein Gültigkeitserfordernis ist; fehlt das Gemeindesiegel, so ist der Vertrag unwirksam (wobl, 2010/141).
- 1.2.3.4 Die Stadt Linz hat bereits in der Klagebeantwortung (Seite 63 des Schriftsatzes) auf das Fehlen der Unterschrift des Bürgermeisters auf der Urkunde über das Swap-Geschäft 4175 und auf das Fehlen des Amtssiegels hingewiesen und die Ungültigkeit

des Swap-Geschäfts 4175 wegen der Verletzung dieser Formvorschriften eingewandt. Tatsächlich fehlt die Unterschrift des Bürgermeisters sowohl auf der Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag, der sich auf Optionsverträge bezieht, wie auch auf der schriftlichen Bestätigung des Swap-Geschäftes 4175; das Amtssiegel fehlt auf allen Urkunden. Da die Einhaltung der Formvorschriften – wie gezeigt – Gültigkeitsvoraussetzung ist, ist das Swap-Geschäft 4175 wegen ihrer Nichtbeachtung nicht wirksam zustande gekommen.

1.2.3.5 Selbst wenn man – trotz Fehlens der Unterschrift des Bürgermeisters auf der Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag – davon ausgehen würde, der Bürgermeister der Stadt Linz habe Mag. Werner P. durch die Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses zum Abschluss von Derivatgeschäften ermächtigen wollen, so ist auch diese Ermächtigung wegen Verletzung der Formvorschriften unwirksam. Auf ihr fehlt ebenfalls das Amtssiegel. Die beklagte Partei ist auch keineswegs schutzwürdig. Sie hat sich um das Vorliegen eines das Swap-Geschäft 4175 genehmigenden Gemeinderatsbeschlusses bis in das Jahr 2010 nicht gekümmert (VBSS Stadt Linz, Punkt III Z 5 und Z 6.11.1).

#### 1.2.4. Der Gemeinderat hat seine Entscheidungsbefugnis nicht übertragen

1.2.4.1 Auch wenn Gemeinden die Gestaltungsformen des Privatrechtes offenstehen, sind die öffentlich-rechtlichen Kompetenz- und Organisationsvorschriften dabei zu beachten. Wollen sich Gemeinderat oder Bürgermeister beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes anderer bedienen, so ist dies nur innerhalb der Grenzen des Organisationsrechtes zulässig (Replik der Stadt Linz, Punkt III Z 2.2; *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, 92).

1.2.4.2 In der Replik der Stadt Linz, Punkt III Z 2.2.2, wurde zu zeigen versucht, weshalb der Gemeinderat der Stadt Linz seine Willensbildung weder im Wege der zivilrechtlichen Vollmacht noch im Wege der Delegation an die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen wollte. Die Annahme, der Gemeinderat habe seine Befugnis zur Willensbildung durch zivilrechtliche Vollmacht übertragen, scheidet dabei schon von vornherein aus, weil der Gemeinderat nur die Kompetenz zur Bildung des Willens, nicht aber die Kompetenz zu dessen Erklärung besitzt. Eine Bevollmächtigung im Sinne des § 1002 ff ABGB setzt aber die Abgabe einer zugangsbedürftigen Willenserklärung voraus. Eine öffentlich-rechtliche Weitergabe der Rechtsmacht durch den Gemeinderat kann ausschließlich in Form der Delegation oder des Mandats erfolgen, für die sowohl die materiell-rechtlichen, als auch die formellen Voraussetzungen (Delegation nur an den Stadtsenat/Mandatseinräumung nur an einen bereits organisationrechtlich legitimierte Organ/Verordnungsform) fehlten (*Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, 90).

1.2.4.3 Orientiert man sich überdies bei der Auslegung des Inhalts des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 an den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben, so ist es jedenfalls völlig undenkbar, dem Gemeinderat zu unterstellen, er habe der Finanz- und Vermögensverwaltung das unbeschränkte Recht zum Abschluss von Spekulationsgeschäften erteilen wollen, die auch die Übernahme existenzbedrohender unlimitierter Risiken beinhalten.

1.2.4.4 Geht man davon aus, dass der Gemeinderat mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 die Verwaltung zum Vollzug seines Willens ermächtigen wollte, so muss eine an den gesetzlichen Vorgaben orientierte Auslegung dieses Gemeinderatsbeschlusses, die



auch den historischen Willen der Gemeinderatsmitglieder berücksichtigt, zum Ergebnis führen, dass einem solchen Vollzug ganz enge Grenzen gesetzt waren. Eine solche Vorgangsweise ist nicht per se unzulässig. Nach hM (*Tunhart*, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht [2000] 122 ff) ist es nämlich durchaus erlaubt, dass der Gemeinderat seine Willensbildung zwar abschließt, dem zum Vollzug bestimmten Organ aber dennoch einen gewissen Handlungsspielraum einräumt. Wie beim Gesetzesvollzug in der Hoheitsverwaltung beschränkt sich nämlich die Umsetzung des Willens des Gemeinderates nicht bloß auf eine Botenfunktion, sondern er darf auch die zur Umsetzung notwendige Konkretisierung beinhalten. Dabei ist das Vollzugsorgan – wesentlich strenger als etwa bei einer Spezialvollmacht – strikt an den Willen des Gemeinderates gebunden; eine Überschreitung dieses Willens macht auch das vom Vollzugsorgan abgeschlossene Geschäft automatisch unwirksam. Eine solche Vorgangsweise stellt auch keine außerhalb § 46 Abs 2 StL 1992 unzulässige Übertragung der Willensbildung auf andere dar.

- 1.2.4.5 Würde man jedoch – wie es offenbar das Handelsgericht Wien tut – dem Beschluss des Gemeinderates den Bedeutungsinhalt unterstellen, der Gemeinderat habe damit zum Ausdruck gebracht, er wolle die Finanz- und Vermögensverwaltung zum Abschluss von Spekulationsgeschäften ohne jede Beschränkung ermächtigen, was sich schon nach den gesetzlichen Auslegungsgrundsätzen verbietet, so liegt es auf der Hand, dass damit ganz klar gegen das gesetzliche Verbot der Aufgabe der Willensbildung im Gemeinderat für die in § 46 Abs 1 StL 1992 genannten Geschäfte verstoßen worden wäre.
- 1.2.4.6 Konsequenz dessen ist die automatische Unwirksamkeit des zwischen der beklagten Partei und Mag. Werner P. abgeschlossenen Swap-Geschäftes 4175. Gibt es nämlich keinen wirksamen Beschluss des Gemeinderates, so kann ihn der Bürgermeister der Stadt Linz auch nicht umsetzen. Das vom Bürgermeister in der irrigen Annahme, es läge ein ermächtigender Gemeinderatsbeschluss vor, unterschriebene Unterschriftenverzeichnis kann dann aber ebenfalls keinerlei Wirkung entfalten; es fehlt der dazugehörige Gemeinderatsbeschluss (§ 867 ABGB).

### **1.3. Die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004**

#### **1.3.1. Die Auslegungsgrundsätze**

- 1.3.1.1 Die folgenden Auslegungsgrundsätze führen zum Ergebnis, dass der der Finanz- und Vermögensverwaltung mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 eingeräumte Handlungsspielraum keine Finanzgeschäfte beinhaltet hat, die den Grundsätzen einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Gebarung widersprechen. Das schloss Finanzgeschäfte aus, deren Risiken mit den finanziellen und technischen Mitteln einer Kommune nicht beherrschbar sind oder welche die Stadt Linz einem unlimitierten exorbitanten Risiko aussetzten.
- 1.3.1.2 Es gehört zum Standardwissen der Mitarbeiter von Banken, die noch dazu – wie die beklagte Partei – Jahrzehnte lang Kommunen finanziert, dass deren Finanzgebarung gesetzlichen Beschränkungen unterliegt. Kommunen sind zu einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwaltung ihres Vermögens verpflichtet. Ausdruck dieses Grundsatzes sind § 119a B-VG und dessen gesetzliche Umsetzung in Form des § 57 StL 1992.

- 1.3.1.3 Unter Sparsamkeit wird dabei die Minimierung der Ausgaben verstanden. Die Forderung nach einer Wirtschaftlichkeit der Vermögensgebarung steht für die vorhabensbezogene Optimierung vom Verhältnis zwischen Aufwand und Erfolg. Zweckmäßig ist eine Handlung dann, wenn das Vorhaben einer Verwaltung bzw. die Finanzgebarung mit den gesamtwirtschaftlichen Interessen vereinbar ist (*Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Band II, 142). An die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit in der Finanzverwaltung und in deren Gebarung ist auch die Gemeindeverwaltung im Bereich ihrer selbständigen Wirtschaftsführung gebunden (*Held*, Haushaltsgführung und Verantwortlichkeit der Gemeindeorgane, Haftung in Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung, RFG Schriftenreihe Recht & Finanzen für Gemeinden, 1/2009, 13). Die gesetzlichen Vorgaben sind, auch wenn sie allgemein gehalten sind, ausreichend bestimmt (Art 18 B-VG).
- 1.3.1.4 Schon eine am Zweck der Beschlussfassung des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 orientierte Auslegung kann zu keinem anderen Ergebnis kommen, als dass die vom Gemeinderat der Stadt Linz gewählte Umschreibung der Finanzgeschäfte dahingehend, dass sie optimierend und marktüblich sein müssen, keine Erweiterung der schon vom Gesetz vorgegebenen Grenzen der Vermögensgebarung der Stadt Linz bewirkt hat oder bewirken sollte (zu der mit den verwendeten Begriffen gewollten Einschränkung des Handlungsspielraumes: VBSS Stadt Linz, Punkt III Z 3.1). Einen Hinweis darauf, dass die Mitglieder des Gemeinderates mit ihrem Beschluss die Verfassung und das Landesgesetz brechen wollten, gibt es nicht. Demnach ist der Beschluss bei der gebotenen gesetzes- bzw. verfassungskonformen Auslegung an diesen gesetzlichen Vorgaben zu messen. Es ist aber auch andererseits nicht anzunehmen, dass der Gemeinderat mit den einschränkend zu verstehenden Begriffen gegenüber der Finanz- und Vermögensverwaltung bloß die gesetzlichen Vorgaben wiederholen wollte. Es ist vielmehr vom Verständnis einer über den gesetzlichen Rahmen hinausgehenden Einschränkung der Handlungsbefugnis der Verwaltung auszugehen. Die der Verwaltung übertragenen Geschäfte mussten innerhalb der Vorgaben der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit optimierend und marktüblich sein.

### 1.3.2. Der Begriff der Optimierung

- 1.3.2.1 Dass der Begriff des Optimierens eines Fremdfinanzierungsportfolios keineswegs konturlos ist, wurde bereits in den bisherigen Schriftsätzen ausführlich dargestellt; darauf wird verwiesen (VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 4; Replik Stadt Linz, Punkt IV Z 4); insbesondere die Untersuchungen des Nobelpreisträgers Harry Markowitz zeigen, dass der Optimierungsbegriff bei Finanzgeschäften durchaus mit den kommunalrechtlichen Vorgaben in Einklang gebracht werden kann. Es stimmt auch nicht, dass bei Finanzgeschäften nur zwischen Absicherungsgeschäften und Geschäften unterschieden wird, die spekulativen Charakter ohne jede Grenze aufweisen. Dagegen spricht schon, dass Gemeinden Optimierungsgeschäfte im Rahmen der kommunalrechtlichen Vorgaben sowohl in Österreich als auch in Deutschland gestattet sind (Punkt III, Z 1.3.5.3); dabei handelt es sich nicht nur um Absicherungsgeschäfte, sondern auch um Geschäfte mit spekulativen Momenten, aber begrenztem und beherrschbarem Risiko. Auch der (Bundes-)Rechnungshof hatte in der Serie Salzburg Optimierungsgeschäfte empfohlen und darunter wohl kaum Spekulationen mit unbegrenztem Risiko verstanden. Es gibt eben auch Geschäfte mit spekulativen Momenten, die durchaus von einer Gemeinde abgeschlossen werden dürfen. Ein Geschäft, wie jenes des Swap 4175, ist es aber mit

Gewissheit nicht.

1.3.2.2 Der Begriff der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios hat auch vor dem kommunalen Hintergrund einen substantiellen Bedeutungsinhalt, der sich nicht allein darin erschöpft, dass es sich um alle Finanzgeschäfte handelt, die keine Absicherungsgeschäfte sind. Selbst wenn man bei der Auslegung allein auf die Perspektive einer Bank abstellen würde, was sich schon deshalb verbietet, weil beim Gemeinderatsbeschluss als normativem Rechtsakt der Wille seiner Urheber zu ermitteln ist, hat der Begriff der Optimierung eines Schuldenportfolios ebenfalls einen klar umgrenzten technischen Inhalt; der Swap 4175 fällt auch nicht unter diesen Begriff (zu den Details wird verwiesen auf VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 4.4).

### 1.3.3. Der Begriff der Marktüblichkeit aus kommunalrechtlicher Sicht

1.3.3.1 Bei der Prüfung der Marktüblichkeit des Swap-Geschäftes 4175 ist vor dem geschilderten Hintergrund ebenfalls vom Willen des Gemeinderates auszugehen. Danach können marktüblich nur Finanzgeschäfte sein, für die es einen liquiden Markt gibt, auf dem sie jederzeit zu einem fairen, nachvollziehbaren Marktpreis gehandelt werden können; es muss sich also um ein standardisiertes, einfaches Produkt handeln. Will der Gemeinderat marktübliche Finanzprodukte, so sind davon keine Geschäfte erfasst, die den kommunalrechtlichen Gebarungsvorschriften widersprechen.

1.3.3.2 Für Gemeinden kann überdies nur marktüblich sein, was ihnen erlaubt ist. Eine rein auf empirischer Basis erfolgende Erfassung von gleichen oder ähnlichen Finanzgeschäften auf dem österreichischen Markt ist vor diesem Hintergrund untauglich. Sie sagt nämlich noch nichts darüber aus, ob solche Geschäfte für Gemeinden erlaubt sind. In einem vergleichbaren Konnex, nämlich bei der Frage, ob vertragliche Klauseln gewöhnlich oder ungewöhnlich sind, kommt es ebenfalls nicht darauf an, ob sie vereinzelt oder im größeren Ausmaß gebraucht werden. Es entspricht der hM (*Graf*, in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 §864a Rz 41 mwN), dass allein der Umstand, dass eine Klausel in einer Branche weit verbreitet ist, noch nicht bedeutet, dass sie im Sinne des § 864a ABGB als üblich anzusehen ist. Selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche hindert die Rechtsprechung nicht daran, sie als ungewöhnlich zu bezeichnen; es kommt ausschließlich darauf an, ob die Klausel redlicherweise verwendet wird (8 Ob 93/08x; 6 Ob 57/08p; ua).

1.3.3.3 Ein Finanzprodukt, bei dessen Ankauf sich der Finanzdirektor dem Vorwurf der Untreue zu Lasten seiner Kommune aussetzt, macht es undenkbar, ein solches Produkt als marktüblich zu bezeichnen; sein Verkauf entspricht auch nicht den redlichen Verkehrsgewohnheiten. Das Swap-Geschäft 4175 ist daher auch nicht marktüblich (zu den weiteren Argumenten wird verwiesen auf VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 4.11; Replik Stadt Linz, Punkt IV Z 4).

### 1.3.4. Der historische Wille des Gemeinderates

1.3.4.1 Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 verfolgte zwei wesentliche Anliegen: Zum einen sollte er die Umschuldung der im Jahr 2005 fälligen CHF-Finanzierung ermöglichen, die durch den Beschluss aus dem Jahr 1996 („*Fremdmittel in heimischer Währung*“) nicht gedeckt war. Zum anderen erlaubt der Beschluss – wie es der Amtsbericht formuliert –, „*Zinsänderungsrisiken unabhängig vom*

*zugrundeliegenden Darlehen“ durch Finanzprodukte zu gestalten.*

- 1.3.4.2 Der Vorteil solcher Produkte wurde dort gesehen, „... *wo die Bestimmungen des Darlehensvertrages keine Änderungen der Finanzierung zulassen.*“ Damit ist an Fälle gedacht, in denen der Kreditgeber auch im Verhandlungsweg einer Änderung der Konditionen nicht zustimmt; dann sollten Derivate zum Einsatz kommen. Daraus ersieht man, dass das bereits 1996 angestrebte Ziel der Konditionenverbesserung gleichgeblieben ist, weshalb auch der gleiche Begriff, nämlich der Begriff der „*Optimierung*“ verwendet wird. Auch der Amtsbericht nimmt ausdrücklich auf den Beschluss des Gemeinderates vom 29. Februar 1996 Bezug.
- 1.3.4.3 Der Finanz- und Vermögensverwaltung sollten mit diesem Beschluss zusätzliche Möglichkeiten an die Hand gegeben werden, um dieses unveränderte Ziel zu erreichen. Im Amtsbericht heißt es deshalb auch wörtlich, dass die „... *FVV ermächtigt werden [soll], Umstrukturierungen im bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio hinsichtlich Finanzierungsform (Darlehen/Anleihe), Laufzeitoptimierung und Zinsindikatorbindung vornehmen zu können ...*“.
- 1.3.4.4 Anlass für den Gemeinderatsbeschluss war nach dem Inhalt des Amtsberichtes, dass nach Meinung der Finanz- und Vermögensverwaltung aufgrund von Äußerungen der Wirtschaftsexperten ein Ende der Niedrigzinspolitik zu erwarten war. Es wäre also vorteilhaft, mit den neuen Hilfsmitteln nach Möglichkeit das gegenwärtige Zinsniveau längerfristig zu sichern (Amtsbericht Beilage ./C).
- 1.3.4.5 Von hochkomplexen Spekulationsgeschäften, vor allem von Währungsspekulationen mit unbegrenztem Risiko, ist im Amtsbericht keine Rede.
- 1.3.5. Die verfassungs- und gesetzeskonforme Auslegung
- 1.3.5.1 Die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 hat sich jedenfalls nach dem von diesem verfolgten Zweck zu richten und an der Gesetzestreue zu orientieren. Die gesetzlichen Schranken, denen Gemeinden bei ihrer Vermögensgebarung unterliegen, eignen sich daher zur Konkretisierung des Beschlussinhaltes. Was Verfassung und Gesetz Gemeinden verbietet, kann nicht im Wege der Auslegung in den Beschluss hineingedacht werden. Auch unter Anwendung dieser Auslegungskriterien ist der Swap 4175 vom Gemeinderatsbeschluss nicht umfasst.
- 1.3.5.2 Die gesetzlichen Grundlagen sind:
- Nach Art 116 Abs 2 B-VG haben Gemeinden das Recht, innerhalb der Schranken der Allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen. Allein daraus ergibt sich für die Finanz- und Vermögensverwaltung in einer Gemeinde eine strikte Gesetzesbindung.
  - Der kraft Art 119a Abs 2 B-VG auch für Gemeinden geltende Effizienzgrundsatz verpflichtet die Gemeindeorgane zu einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Finanzgebarung.
  - § 57 Abs 1 StL 1992 konkretisiert die Anforderungen an die städtische Finanzverwaltung: „*Das Vermögen der Stadt ist möglichst ohne*

*Beeinträchtigung der Substanz zu erhalten. Es ist pfleglich und entsprechend seiner Zweckbestimmung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten, wobei beim ertragsfähigen Vermögen der größte dauernde Nutzen gezogen werden soll.“*

- Der Oö. Landtag hat am 10. November 2001 die Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012 beschlossen. Diesem Gesetzesbeschluss liegt der Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des Oö. Landtages, Beilage 366/2011 und Beilage 369/2011, zugrunde. In den Erläuterungen wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den neu eingeführten Gesetzesvorschriften, welche Derivatgeschäfte unmittelbar ansprechen, lediglich um eine Klarstellung der bisherigen Rechtslage handelt. Wörtlich heißt es in diesem Zusammenhang:

*– „[B]ei den Geldern der Städte und Gemeinden handelt es sich um öffentliche Mittel, die nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu verwalten sind. **Gerade Hochrisiko-Geschäfte widersprechen diesen Grundsätzen. Der Abschluss hochriskanter derivativer Finanzinstrumente gehört zweifellos nicht zu den Aufgaben einer Stadt bzw. Gemeinde, sodass der Einsatz derivativer Finanzinstrumente primär der Budget- und Liquiditätssicherung zu dienen hat.**“ (Hervorhebung durch die Stadt Linz)*

1.3.5.3 Der Inhalt des Effizienzgrundsatzes, wie er in den vorangehenden Bestimmungen zum Ausdruck kommt, wird durch nationale und internationale Richtlinien noch weiter konkretisiert.

- Der österreichische Gemeindebund hat im Jahre 2009 Richtlinien zum Finanzierungs- und Veranlagungsmanagement herausgegeben. Diese wurden in Zusammenarbeit mit dem Präsidenten des Staatsschuldenausschusses Prof. Dr. Bernhard Felderer, der Finanzmarktaufsicht, dem Rechnungshof und der Kammer der Wirtschaftstreuhänder entwickelt und dienen den Gemeinden als Handlungsempfehlung beim Einsatz von Finanzinstrumenten.
- Sie verbieten den Gemeinden bedingungslos, Positionen einzugehen, bei denen die Spekulation im Vordergrund steht und die durch die Übernahme der Position eines Stillhalters bei Optionen geprägt ist (gerade das ist beim Swap-Geschäft 4175 der Fall).
  - *„Derivative Finanzinstrumente dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie mit einem Grundgeschäft verbunden sind (konnexe derivative Finanzinstrumente) und die Risikovermeidung im Vordergrund steht (Spekulationsverbot). **Das Schreiben von Derivaten (Verkauf als Stillhalter mit nicht begrenztem Verlustrisiko) ist nicht zulässig.**“ (Abschnitt V. Ziffer 1 der Richtlinie; Hervorhebung durch die Stadt Linz).*
- Die Richtlinien stammen zwar aus dem Jahre 2009 und richten sich formal nur an Gemeinden und nicht an Städte mit eigenem Statut, sie stellen aber im Wesentlichen die Wiedergabe eines seit längerem bestehenden Verständnisses von Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der öffentlichen Vermögensgebarung dar. Die Richtlinien konkretisieren damit einen bereits im Jahr 2007 für alle Gebietskörperschaften verbindlichen Verhaltensmaßstab.

- Auch die deutschen Kommunen unterliegen ähnlichen engen Grenzen, was die Verpflichtung zur sorgfältigen Vermögensgebarung angeht. In der Musterdienstanweisung des deutschen Städtebundes für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement wird bereits im Jahr 2005 betont, dass bei der Nutzung von Finanzderivaten zur Erzielung von Zusatzerträgen mit dem Ziel, die Zinsbelastung eines Einzelkredits oder des Kredit- oder Schuldenportfolios zu vermindern, eine Optimierung im Sinn dieser Anweisung nur dann vorliegt, wenn hierbei **das bisherige Risiko (nur) limitiert erhöht wird**.
  - *„Ein unzulässiges spekulatives Derivatgeschäft liegt vor, wenn das Finanzderivat ohne Definition und Begrenzung auf einen maximalen Verlust abgeschlossen oder gehalten wird.“* (Punkt 2.2 der Musterdienstanweisung des deutschen Städtebundes, Beilage ./8D).
- Auch der Internationale Währungsfonds hat bereits im Jahr 2001 für das öffentliche Debt-Management klar gemacht, dass die Erreichung des Ziels, die erforderlichen Finanzmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten zu gewährleisten, nicht mit dem Eingehen eines hohen Risikos erkaufte werden darf (Beilage ./8E).

#### 1.4. Das Swap-Geschäft 4175 verstieß gegen den Gemeinderatsbeschluss

- 1.4.1 Die gesetzes- bzw. verfassungskonforme Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 bedeutet, dass der dort der Verwaltung erteilte Auftrag zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios in Form marktüblicher Geschäfte nur unter Einhaltung der durch Verfassung und Gesetz vorgegebenen Grenzen gedacht werden kann. Verletzt ein Finanzgeschäft die gesetzlichen Vorgaben und Grenzen, so liegt es damit auch außerhalb des Gemeinderatsbeschlusses. Ein Geschäft, das vom Gemeinderatsbeschluss aber nicht gedeckt ist, ist unwirksam.
- 1.4.2 Die fehlende Übereinstimmung des Swap 4175 mit den so verstandenen Vorgaben des Gemeinderatsbeschlusses folgt bereits aus seiner Struktur. Dies deshalb,
- weil sein Risiko angesichts der personellen und sachlichen Ausstattung einer Kommune nicht beherrschbar ist;
  - weil es sich um ein Spekulationsgeschäft mit unlimitierten Verlustrisiken handelt;
  - weil er angesichts seines Volumens die Kommune in ihrer Existenz gefährden kann;
  - weil er einen extrem hohen, völlig unüblichen negativen Anfangswert aufwies;
  - weil er zu keiner Verbesserung des Verhältnisses von Risiko und Ertrag, sondern im Gegenteil zu einer wesentlichen Verschlechterung dieser Relation geführt hat.

Hinsichtlich der weiteren Details der Struktur des Geschäftes verweist die Stadt Linz – zur Vermeidung von Wiederholungen – auf Punkt II Z 7 sowie ihren Schriftsatz vom 15. November 2013.

- 1.4.3 Die Überschreitung der gesetzlichen Grenzen und damit auch die fehlende Deckung im Gemeinderatsbeschluss wurde auch vom (Bundes-)Rechnungshof in seinem

Bericht Serie Oberösterreich 2013/1 (Beilage ./155) festgestellt.

- Bei der Struktur des Swap 4175 kommt der (Bundes-)Rechnungshof zu folgenden Ergebnissen:
  - *„Insbesondere das den Gegenstand der zivilgerichtlichen Auseinandersetzung mit der BAWAG PSK bildende Derivatgeschäft (sogenannter „Swap 4175“) mit einem hohen Volumen und einer komplexen Struktur führte zu einem potentiell unbegrenzten Risiko für die Stadt Linz.“* (Bericht-Kurzfassung, S 27).
  - *„Aus ex-ante-Sicht war beim Derivat Nr. 9 [gemeint: das Swap-Geschäft 4175] eine starke Asymmetrie in Bezug auf die Höhe der möglichen Gewinne und Verluste [...] gegeben. Einem drohenden Verlust von 417,74 Mio. EUR stand ein möglicher Gewinn von 37,50 Mio. EUR gegenüber.“* (Bericht-Kurzfassung, S 28).
  - [Weiters kritisierte der RH], *„dass die Stadt Linz zur Absicherung des Zinsrisikos und des Währungsrisikos der laufenden Zinszahlungen ein komplexes Derivat mit einem hohen Volumen einsetzte, das keine Begrenzung des Währungsrisikos vorsah. Der gegenteilige Effekt war bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Derivativs zu erkennen ... Der Swap verfügte über einen extrem hohen Hebel in Form der währungsabhängigen Zinsbildungsformel“* (Bericht TZ 26.2 S 74).
- Die Nichteinhaltung der den Kommunen bei der Vermögensverwaltung gesetzten Grenzen ist für den (Bundes-)Rechnungshof offensichtlich.
  - *„Der ehemalige Finanzdirektor verletzte beim Abschluss dieses Derivativs mehrere Bestimmungen des Statuts für die Landeshauptstadt Linz 1992 und handelte .... pflichtwidrig zum Nachteil der Stadt Linz.“* (Bericht-Kurzfassung, S 17).
  - *„Durch die Nichtbegrenzung des Risikos hatte die Stadt gegen das gesetzlich verankerte Spekulationsverbot verstoßen.“* (Bericht-Kurzfassung, S 28).
  - *„Insgesamt war das Derivat Nr. 9 [gemeint der Swap 4175] aus Sicht des RH – bereits zum Zeitpunkt der Abschlusses – hinsichtlich des Währungsrisikos mit dem im Stadtstatut verankerten Spekulationsverbot nicht vereinbar.“* (TZ 26.2, S 74).
  - [Der RH wies nachdrücklich darauf hin], *„dass Gebietskörperschaften Finanzgeschäfte nur dann abschließen dürfen, wenn sämtliche Risiken bekannt und beherrschbar sind. Der Abschluss komplexer und intransparenter Finanzgeschäfte ist aus seiner Sicht gänzlich zu unterlassen.“* (TZ 26.4, S 75).
  - [Mit dem Swap 4175] *„verletzte der Finanzdirektor mehrere Bestimmungen des Stadtstatuts, und zwar insbesondere § 57, wonach das Vermögen der Stadt Linz möglichst zu erhalten, pfleglich und entsprechend seiner Zweckbestimmung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten ist.“*

(Bericht TZ 27.2, S 76, 77).

1.4.4 Auch die Staatsanwaltschaft Linz geht davon aus, dass der Swap 4175 mit den kommunalrechtlichen Vorgaben und damit mit dem Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses nicht vereinbar ist.

- Nach der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Linz verwirklichte Mag. Werner P. bereits mit dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 den Tatbestand des Befugnismissbrauches durch Verletzung kommunalrechtlicher Gebarungsvorschriften (49ff der Anklageschrift vom 19. Juli 2013, 9 St 80/11z).
- Mag. Werner P. hat – nach dem Urteil des LG Linz vom 11. Dezember 2013 – mit dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 gegen die Gebarungsgrundsätze für Kommunen, insbesondere aber den in Art 119a Abs 2 B-VG und § 57 Abs 1 StL 1992 zum Ausdruck kommenden Grundsatz der restriktiven und nachhaltigen Haushaltsführung verstoßen.
- Aus den genannten gesetzlichen Bestimmungen geht nach der Ansicht der Staatsanwaltschaft Linz hervor, dass „[...] Kommunen, denen grundsätzlich auch der Zugang zu Finanzinstrumenten offen steht, aus den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit heraus durchaus verpflichtet sein können, ein angemessenes Zinsmanagement zu betreiben und entsprechende Finanzinstrumente zu nutzen“, dass jedoch dabei entscheidend sei, „dass das mit dem Grundgeschäft verbundene Risiko durch einen sachlichen und zeitlichen Bezug zu dem Finanzgeschäft in einer angemessenen Weise abgesichert oder optimiert wird“. [...] reine Spekulationsgeschäfte unter Eingehen hoher Risiken sind hingegen unzulässig“.

1.4.5 Die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 ergibt somit, dass die gegenüber der Finanz- und Vermögensverwaltung ausgesprochene Ermächtigung, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz durch marktübliche Geschäfte zu optimieren, ein Geschäft wie den Swap-Geschäft 4175 nicht umfasst hat. Schon allein die mangelnde Deckung im Gemeinderatsbeschluss bewirkt, dass unabhängig davon, ob Mag. Werner P. letztlich wirksam ermächtigt worden ist oder nicht, das Swap-Geschäft 4175 nicht wirksam zustande kommen konnte.

1.4.6 Auch wenn die beklagte Partei bei Abschluss des Geschäftes tatsächlich den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gekannt hätte, was nicht der Fall war (VBSS Stadt Linz, Punkt III. Z 5, Z 6.11.1), konnte sie bei redlicher Auslegung seines Inhaltes nicht darauf vertrauen, dass der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 vom Willen des Gemeinderates gedeckt gewesen ist. Auch das Vertrauen auf das Bestehen eines rechtfertigenden Beschlusses des Gemeinderates reicht nicht weiter als sein tatsächlicher Inhalt.

## **1.5. Die Konsequenzen der vom Landesgericht Linz angenommenen Unwirksamkeit des Gemeinderatsbeschlusses**

### **1.5.1. Die Rechtsmeinung des Landesgerichtes Linz**

1.5.1.1 Das Landesgericht Linz kommt in seinem Urteil vom 11. Dezember 2013, 23 Hv 79/13k, berechtigterweise zum Ergebnis, dass Geschäfte, die nach § 46 Abs 1 StL 1992 der Beschlussfassung des Gemeinderates unterliegen, nicht in Form eines



abstrakten Rahmens beliebig an andere Organe übertragen werden dürfen, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Weitergabe von Rechtsmacht in Form der Delegation oder des öffentlich-rechtlichen Mandats vor; dass dies der Fall gewesen wäre, verneint das Landesgericht Linz zu Recht, da sowohl Delegation als auch Mandat nur im Wege einer Rechtsverordnung erfolgen können (*Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde, 92).

- 1.5.1.2 Damit ist nach der Ansicht des Landesgerichtes Linz der Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 ab ovo unwirksam. Diese Unwirksamkeit bedeutet, dass auch der Bürgermeister der Stadt Linz Mag. Werner P. durch die Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses keine Rechtsmacht einräumen konnte. Mangels Ermächtigung des Mag. Werner P. ist daher auch das von ihm mit der beklagten Partei abgeschlossene Geschäft nicht wirksam zustande gekommen.
- 1.5.1.3 Mag. Werner P. konnte auch dadurch, dass der Bürgermeister den Rahmenvertrag und das Unterschriftenverzeichnis unterfertigt hat, keine außenwirksame Befugnis erlangen: Für ein öffentlich-rechtliches Mandat fehlten naturgemäß sowohl die materiellen als auch die formellen Voraussetzungen. Eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des Mag. Werner P. durch den Bürgermeister schied deshalb aus, weil die Einräumung von Rechtsmacht durch ein Rechtsgeschäft an Bedienstete der Stadt Linz, so lange sie als solche tätig werden, von vornherein unzulässig ist. Die Organisationsstruktur der Verwaltung kann qua Rechtsgeschäft nicht beliebig verändert werden. Eine Vollmacht an Mag. Werner P. als Folge der Umsetzung des Gemeinderatsbeschlusses durch den Bürgermeister (§ 22 Abs 1 StL 1992) war unwirksam, weil nach der Rechtsansicht des Landesgerichtes Linz kein zulässiger Gemeinderatsbeschluss vorlag, der umgesetzt hätte werden können.
- 1.5.1.4 Die Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 begründet das Landesgericht Linz aber auch mit der fehlenden aufsichtsbehördlichen Genehmigung (§ 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 aF). Bei der Anleihe, welche die Stadt Linz am 6. Oktober 2005 bei der Kommunalkredit Austria AG gezeichnet hat, habe es sich um einen Darlehensvertrag im Sinne der genannten Bestimmung gehandelt. Der Swap 4175 bewirkte als konnexes Finanzderivat zu dieser Anleihe einen Austausch der ursprünglich vereinbarten Darlehenskonditionen, weshalb auch das Swap-Geschäft 4175 der Genehmigungspflicht des § 78 Abs 1 Z 2 STL 1992 aF unterliegt, sofern der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt durch die Aufnahme der Anleihe oder durch die aufgrund des Zinstauschgeschäftes eingetretene Änderung der Konditionen 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde.
- 1.5.1.5 Diese Rechtsmeinung des Landesgerichtes Linz entspricht auch dem Vortrag der Stadt Linz (VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 7). Es ist in der Tat kaum vorstellbar, dass die Aufsichtsbehörde, welche einen Darlehensvertrag zu genehmigen hat, nicht auch für die Genehmigung der Änderung seiner Konditionen zuständig sein sollte, wenn entweder schon ursprünglich oder aber durch die Konditionenänderung die Grenzen für die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde überschritten werden. Anbetracht der Funktion der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht, die den Schutz der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinde sicherstellen soll, wäre ansonsten – so das Landesgericht Linz – einer Umgehung Tür und Tor geöffnet. Dem ist nichts hinzuzufügen. Die vom Landesgericht Linz damit zum Ausdruck gebrachte Rechtsansicht gilt naturgemäß nicht nur für die Ermächtigung der Finanz- und

Vermögensverwaltung im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004, sondern auch für den darauf aufbauenden Swap 4175.

### 1.5.2. Keine Vollmacht kraft Rechtschein

- 1.5.2.1 Das Landesgericht Linz ließ offen, ob Mag. Werner P. █████ möglicherweise Vertretungsbefugnis in Form einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht erhalten hat, da die Beantwortung dieser Frage für das Strafverfahren bedeutungslos war.
- 1.5.2.2 Die solcherart vom Landesgericht Linz angesprochene Anscheins- oder Duldungsvollmacht kommt aus mehrerlei Gründen für das wirksame Zustandekommen des Swap-Geschäftes 4175 nicht in Betracht.
- 1.5.2.3 Die beklagte Partei behauptet zwar nach wie vor, sie habe beim Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gekannt und habe auf ihn auch vertraut, die Beweisergebnisse zeigen aber, dass sich die beklagte Partei frühestens im Jahr 2010 überhaupt für das Vorliegen eines derartigen Beschlusses bzw. seines Inhalts interessiert hat (vgl. VBSS Stadt Linz, Punkt III, Z 5, Z 6.11.1). Mangels Vertrauens der beklagten Partei bei Abschluss des Vertrages konnte das Swap-Geschäft 4175 auch nicht auf Grundlage einer Anscheinsvollmacht zustande kommen.
- 1.5.2.4 Eine Anscheinsvollmacht scheidet aber noch an weiteren Gründen. Der Gemeinderat einer Kommune ist – wie bekannt – nur für die Willensbildung zuständig. Eine Kompetenz zur Abgabe von Willenserklärungen oder von Handlungen mit einer Wirkung nach außen kommt ihm nicht zu. Demgemäß konnte der Gemeinderat mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 auch gar nicht den Anschein erwecken, er habe Mag. Werner P. █████ Vollmacht erteilt. Abgesehen davon, dass sich der Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses mit seiner Ermächtigung nicht an Mag. Werner P. █████ sondern an eine nicht rechtsfähige Geschäftsgruppe, nämlich die Finanz- und Vermögensverwaltung gerichtet hat. Eine Anscheinsvollmacht durch den Gemeinderat scheidet daher aus.
- 1.5.2.5 In der Tatsache der Unterfertigung des Unterschriftenverzeichnisses durch den Bürgermeister könnte man zwar theoretisch den Anschein einer Vollmachtserteilung an Mag. Werner P. █████ sehen. Allerdings greift auch diese Hypothese nicht, weil die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung eines Bediensteten der Stadt zur Durchführung von Aufgaben, die ihm als Bediensteten übertragen wurden, unzulässig ist. Das Vertrauen auf eine gesetzlich unzulässige Handlung ist aber nicht geschützt.
- 1.5.2.6 Das Unterschriftenverzeichnis wiederum konnte schon deshalb nicht den Anschein einer Vollmacht des Gemeinderates hervorrufen, weil dieser Anschein nur vom Bürgermeister gesetzt wurde. Dieser hatte aber keine eigene Kompetenz zum Abschluss des Swap-Geschäftes 4175; zuständig war ausschließlich der Gemeinderat. Das Setzen eines Anscheins durch ein unzuständiges Organ führt niemals zu einer Anscheinsvollmacht.
- 1.5.2.7 Durch den Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 konnte bei der beklagten Partei höchstens der Eindruck erzeugt worden sein, der Gemeinderatsbeschluss sei wirksam; es handelt sich also um ein Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit dieses Beschlusses (die beklagte Partei konnte also nur von einem Art Putativ-

Gemeinderatsbeschluss ausgehen). Der Beschluss war aber – folgt man der Begründung des Landesgerichtes Linz – von vornherein unwirksam. Es ist dann aber schwer vorstellbar, dass die Rechtsordnung das Vertrauen auf die Wirksamkeit eines Beschlusses schützen will, der seinem Inhalt nach gegen das Gesetz verstößt. Ein Schutz des Vertrauens auf einen gesetzwidrigen Beschluss würde dann nämlich zu dem vom Gesetzgeber gerade nicht gewollten Ergebnis führen, dass Mag. Werner P. rechtswirksam die Stadt vertreten hat. Damit wäre das von § 46 StL 1992 verfolgte Ziel unmittelbar vereitelt.

- 1.5.2.8 Selbst wenn man aber davon absieht, dass das Vertrauen auf einen rechtswidrigen Beschluss diesen nicht rechtswirksam machen kann, wäre nur ein Vertrauen der beklagten Partei darauf geschützt, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung Geschäfte abschließen darf, die den Vorgaben des Art 119a B-VG und des § 57 Abs 1 StL 1992 entsprechen. Das war zweifelsohne nicht der Fall (siehe oben Z 1.3.5). Damit ist klar, dass auch unter diesem Gesichtspunkt das Swap-Geschäft 4175 nicht wirksam zustande kommen konnte. Es ist gleichzeitig Ausdruck des Grundsatzes, dass der Anschein eines gültigen Beschlusses nicht weiter gehen kann, als der Inhalt dieses Beschlusses, wenn er wirksam wäre.

## **1.6. Zusammenfassung**

- 1.6.1 Sämtliche Auslegungen des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 führen zum Ergebnis, dass damit die Finanz- und Vermögensverwaltung nicht zum Abschluss unlimitierter Risikogeschäfte in Form von existenzbedrohenden Währungswetten berechtigt wurde. Dies verlangen nicht nur die §§ 6 und 7 ABGB, jeder redlicher Dritte konnte und musste den Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses ebenso nur in diese Richtung verstehen.
- 1.6.2 Geht man von der Rechtsansicht des Landesgerichtes Linz in seinem Urteil vom 11. Dezember 2013 aus, wonach der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gegen das gesetzliche Delegationsverbot verstieß, so waren sowohl er als auch die darauffolgenden Rechtsakte unwirksam. Damit konnte Mag. Werner P. das Swap-Geschäft 4175 mit der beklagten Partei gar nicht wirksam abschließen.
- 1.6.3 Die beklagte Partei kann sich darüber hinaus aus vielerlei Gründen nicht auf das Vorliegen eines den Vertrag rechtfertigenden Rechtscheins berufen. Selbst wenn man annimmt, dass der beklagten Partei ein Vertrauen auf die Wirksamkeit des nach der Ansicht des Landesgerichtes Linz gesetzwidrigen Gemeinderatsbeschlusses zukommt, so deckt dieses Vertrauen nur Finanzgeschäfte, die den verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Beides war nicht der Fall.
- 1.6.4 Letztlich war das Swap-Geschäft 4175 auch deshalb unwirksam, weil Mag. Werner P. wegen des evidenten, von der beklagten Partei auch erkannten bzw. grob fahrlässig nicht erkannten Befugnismissbrauches nicht zur Vertretung berechtigt (Punkt III Z 2).

## **2. Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 wegen evidenten Befugnismissbrauches**

### **2.1. Ermächtigungsüberschreitung (Vollmachtsmissbrauch)**

### 2.1.1. Grundsätze

- 2.1.1.1 Selbst wenn Mag. Werner P. im Februar 2007 über eine umfassende Vertretungsmacht verfügt hätte – was nicht der Fall war (Punkt III Z 1.3) – wäre das Swap-Geschäft 4175 wegen einer evidenten Befugnisüberschreitung dieser Vertretungsmacht durch Mag. Werner P. nicht wirksam zustande gekommen.
- 2.1.1.2 Nach den zu §§ 1002 ff ABGB entwickelten Grundsätzen entfaltet eine Vollmacht unabhängig vom Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Vertreter ihre grundsätzliche Wirkung nach außen. Wenn also ein Vertreter seinen Auftrag überschreitet, sich aber im Rahmen der Vollmacht hält, so ist die Vertretungshandlung an sich gültig. Das ist die Konsequenz der Trennung von Auftrag und Vollmacht (*Koziol/Welser, Grundriss*<sup>13</sup> I 2025; RIS-Justiz RS0019576). Die institutionell gesicherte Vertretungsmacht ist also – im Interesse der Verkehrssicherheit – abstrakt.
- 2.1.1.3 Schon § 867 ABGB setzt diesen Grundsatz bei den rechtsgeschäftlichen Beziehungen mit Gemeinden aber im öffentlichen Interesse im Wesentlichen außer Kraft. Wer mit Gemeinden kontrahieren will, hat sich mit ihrem Organisationsrecht vertraut zu machen. Sind Geschäfte kraft Gesetzes dem Gemeinderat vorbehalten, so kommen sie nur dann wirksam zustande, wenn der Gemeinderat den erforderlichen Beschluss fasst. Eine Überschreitung im Innenverhältnis schlägt somit unmittelbar auf die Gültigkeit im Außenverhältnis durch.
- 2.1.1.4 Aber auch bei Rechtsgeschäften zwischen Privaten ist die Abstraktheit der Vollmacht dort durchbrochen, wo der Dritte nicht schutzwürdig ist. Die institutionell gesicherte Vertretungsmacht soll nur den redlichen Geschäftsverkehr erleichtern und die redlich an ihm Beteiligten schützen, nicht aber unredliche Geschäfte ermöglichen (RIS-Justiz RS0016733; RIS-Justiz RS0019576): Erkennt der Geschäftspartner im Einzelfall, dass der Vertreter zum Nachteil des von ihm Vertretenen und damit pflichtwidrig handelt, dann verdient nicht er, sondern der Vertretene den Schutz. Das gilt zunächst jedenfalls in den sogenannten Kollusionsfällen, also bei einem bewussten Zusammenwirken zwischen dem Vertreter und dem Dritten, um den Geschäftsherrn zu schädigen.
- 2.1.1.5 Das vom Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht abgeschlossene Geschäft ist aber selbst dann unwirksam, wenn sich dem Vertragspartner die Pflichtwidrigkeit geradezu aufdrängen musste, sie also aufgrund der ihm bekannten Umstände offenkundig war. Für die Unwirksamkeit des Geschäftes reicht deshalb, dass der Vertragspartner den Vollmachtmissbrauch kannte oder erkennen hätte können (SZ 62/218; SZ 69/149; 3 Ob 1043/95; zuletzt etwa 6 Ob 29/11z). Der Vertragspartner muss also keineswegs tatsächlich um die Ermächtigungsüberschreitung Bescheid wissen, die grobe Fahrlässigkeit reicht bereits für die Unwirksamkeit des Geschäftes aus. Berufte sich der Vertragspartner auf das Vorliegen einer Rechtsscheinvollmacht, so schadet bereits leichte Fahrlässigkeit, um das Geschäft unwirksam zu machen (*Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1026 Rz 4; § 1029 Rz 10*).
- 2.1.1.6 Ob sich ein derartiger Vollmachtmissbrauch dem Vertragspartner aufdrängen musste, hängt nicht zuletzt davon ab, ob die Umstände des konkreten Falls den Verdacht der Ermächtigungsüberschreitung nahelegen. Ist das der Fall, dann trifft den potentiellen Vertragspartner zusätzlich eine besondere Nachforschungs- und

## Erkundungspflicht.

- 2.1.1.7 Folgt die Verbotswidrigkeit des Handelns des Vertreters nicht nur aus einer internen Beschränkung seiner Vertretungsmacht, sondern ergibt sich die Verbotswidrigkeit bereits aus dem Gesetz, so haben Verkehrsschutzerwägungen bedeutend geringeres Gewicht. Während nämlich interne Beschränkungen dem potentiellen Vertragspartner regelmäßig nicht erkennbar sind, er solche an sich auch nicht beachten muss, fordern Gesetze, auch wenn sie sich nur an bestimmte Normadressaten richten, generell ihre Einhaltung. Gesetzliche Regelungsziele in bestimmten Rechtsgebieten, wie etwa dem Gesellschaftsrecht, dem Strafrecht oder dem öffentlichen Recht, sollen nicht durch vertragliche Vereinbarungen beseitigt werden können. Auch wenn sich das gesetzliche Verbot nur gegen einen der beiden Geschäftspartner richtet, ist der gegen dieses Verbot verstoßende Vertrag nichtig, wenn der andere am Verstoß bewusst teilnimmt oder wenn dieser Verstoß evident ist (*Graf in Kletečka/Schauer*, 4 Ob 2078/96h; ABGB-ON 1.01, § 879 Rz 69).
- 2.1.1.8 Besondere Bedeutung haben diese Grundsätze in letzter Zeit zum Schutz der Kapitalerhaltungsvorschriften bei juristischen Personen erlangt: Auch hier richtet sich das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht gegen jedermann, sondern nur an die Gesellschafter (bzw. bestimmte ihnen nahestehende Personen). Dennoch sind Verträge mit außenstehenden Dritten (betroffen sind vor allem Verträge mit Kreditinstituten) wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam, wenn dem Kreditinstitut die Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften bekannt war oder wenn sich ihm diese Verletzung in evidenter Weise aufdrängen musste (*Johannes Reich-Rohrwig*, Unzulässige Einlagenrückgewähr im Spiegel der Rechtsprechung 2003-2013, *ecolex* 2013, 940; RIS-Justiz RS0105536; RIS-Justiz RS0105537). Legen bestimmte Umstände einen Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften nahe, so ist das Kreditinstitut nach der Rechtsprechung sogar zu einem aktiven Tun, nämlich dem Einholen weiterer Erkundigungen, verpflichtet (6 Ob 29/11z; 9 Ob 25/08d; 7 Ob 35/10p).
- 2.1.1.9 Es ist ganz allgemein anerkannt, dass dann, wenn der Vertreter der Kapitalgesellschaft mit dem Dritten - in der Regel mit einem Kreditinstitut - einen Vertrag abschließt, der gegen die gesetzliche Pflicht der Kapitalerhaltung verstößt (verbotene Einlagenrückgewähr), ihm wegen dieses Verstoßes gegen die gesetzlichen Vorgaben die Befugnis zum Abschluss dieses Geschäftes fehlt. Muss sich ein derartiger Verstoß dem Dritten aufdrängen, ist er also evident, so führt das Fehlen der Befugnis dazu, dass auch der Vertretungsakt und damit das gesamte Rechtsgeschäft unwirksam ist (idS *Karollus*, GesRZ 2011, 112 [113; Anm zu § 7 Ob 35/10p]).
- 2.1.1.10 Diese Rechtsprechung weist zum gegenständlichen Fall insofern Parallelen auf, als sich sowohl die Kapitalerhaltungsvorschriften als auch die kommunalrechtlichen Gebarungsvorschriften nicht an jedermann, sondern nur an bestimmte Normadressaten wenden. Beliebige Dritte Personen sind an sich von dieser Verpflichtung nicht erfasst. Die Missachtung der Norm führt aber dazu, dass der Vertreter des Normadressaten die Befugnis für seine Vertretungshandlung verliert. Den Verlust der Befugnis muss sich der Dritte dann entgegenhalten lassen, wenn er sie kannte oder wenn sich ihm diese evidenterweise aufdrängen musste. Ein Befugnisverstoß, der gleichzeitig ein Gesetz verletzt, drängt sich dabei naturgemäß viel eher auf, als wenn der Vertreter lediglich interne Beschränkungen missachtet.

2.1.1.11 Da die Abstraktheit der Vollmacht dem Verkehrs- und Vertrauensschutz dient, kommt es nur auf die bestehende oder fehlende Schutzwürdigkeit des Dritten an. Die Unwirksamkeit des vom Vertreter im Rahmen der Vollmacht abgeschlossenen Geschäftes ist daher selbst dann anzunehmen, wenn zwar dem Vertreter die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht bewusst ist, sie jedoch dem Dritten bekannt oder für ihn offenkundig war (*Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> I, 215; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01, § 1017 Rz 11).

## **2.2. Das Swap-Geschäft 4175 verstieß gegen die kommunalrechtlichen Gebarungsvorschriften**

2.2.1 Das gesetzliche Gebot an Kommunen, ihr Vermögen nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu verwalten und zu verwenden, verbietet Hochrisikogeschäfte mit unbeschränktem Risiko, wie es das Swap-Geschäft 4175 gewesen ist (im Detail dazu Punkt II Z 8; Punkt III Z 1.3.5).

2.2.2 Wie die Stadt Linz schon gezeigt hat, führt bereits eine lediglich an den gesetzlichen Vorgaben orientierte Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 zum Ergebnis, dass der der Finanz- und Vermögensverwaltung in diesem Beschluss eingeräumte Handlungsspielraum den Abschluss eines Finanzgeschäftes, wie des Swap-Geschäfts 4175, nicht deckt. Deshalb konnte das Swap-Geschäft 4175 auch gar nicht wirksam zustande kommen (im Detail dazu Punkt III Z 1.3.5). Dem vom Gemeinderat verwendeten Begriff der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch marktübliche Geschäfte kommt nämlich ein von den Grundsätzen der effizienten und sorgfältigen Vermögensgebarung der öffentlichen Hand geprägter Bedeutungsinhalt zu; es handelt sich eben nicht um eine Generalvollmacht, die jedes Spekulationsgeschäft deckt.

2.2.3 Selbst wenn man unzulässigerweise den Beschluss als eine konturlose Generalvollmacht ansieht, die jedes Spekulationsgeschäft ohne Risikobeschränkung deckt, was sich vor dem Hintergrund der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen und dem Zweck, den der Beschluss im Rahmen der Vermögensverwaltung verfolgt hat, so ändert das nichts daran, dass der Swap 4175 gegen alle (verfassungs-)gesetzlichen Vorgaben für eine kommunale Schuldenverwaltung verstieß. Die fehlende Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Vorgaben haben sowohl der (Bundes-) Rechnungshof als auch das Landesgericht Linz festgestellt (Punkt III Z 1.4).

## **2.3. Die Evidenz der Gesetzesverletzung**

### **2.3.1. Einleitung**

Die Verletzung der (verfassungs-)gesetzlichen Vorgaben für die kommunale Schuldenverwaltung ist angesichts der klaren gesetzlichen Vorgaben evident. Sie musste sich der beklagten Partei geradezu aufdrängen. Der Effizienzgrundsatz ist Teil des allgemeinen Bildungskanons. Erst recht sind einer Bank, die seit Jahrzehnten Finanzgeschäfte mit der öffentlichen Hand macht, die gesetzlichen Rahmenbedingungen der städtischen Finanzverwaltung bewusst. Wer – so wie die beklagte Partei – den hochspekulativen Charakter des Geschäftes erkennt, weiß schon kraft dieses Umstandes, dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 nicht abschließen dürfen.

### **2.3.2. Die Offensichtlichkeit der Gesetzesverletzung**

2.3.2.1 Bereits der (Bundes-)Rechnungshof hat in seinem Bericht Serie Oberösterreich 2013/1 festgestellt, dass Mag. Werner P. mit Abschluss des Swap 4175 ganz klar die gesetzlichen Grenzen für eine kommunale Schuldenverwaltung überschritten hat. Diese Überschreitung war bei objektiver Betrachtung evident (die näheren Details dazu finden sich in Punkt III Z 1.4.3). Auch die Staatsanwaltschaft Linz ging zwanglos davon aus, dass der Abschluss des Swap-Geschäft 4175 die gesetzlichen Grenzen weit überschritt (die Begründung dazu findet sich in Punkt III Z 1.4.4).

2.3.2.2 Auch der Gerichtssachverständige im Strafverfahren machte klar, dass der Swap 4175 von seiner Art und Struktur nach gegen die gesetzlichen Vorgaben verstieß, wie die folgenden Aussagen zeigen (weiterführend Punkt V Z 8.1).

- *"Bei diesem Swap 4175 handelt es sich um ein strukturiertes Produkt, welches sich durch drei Merkmale besonders auszeichnet. Es ist in hohem Maße intransparent, es ist hochspekulativ und es ist nur sehr schwer beherrschbar im Sinne vom Risikomanagement aus betrachtet. Dazu ist auch zu sagen, dass das von der Stadt Linz nicht im Ansatz beherrschbar gewesen ist, aber auch die BAWAG aus meiner Sicht hier große Probleme hatte."* (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 6).
- *„Also so ein Produkt, mit einem derartigen zerstörerischen Potential, hat im Schuldenportfolio der öffentlichen Hand, auch wenn es noch so unwahrscheinlich wäre, was es nicht war, überhaupt nichts verloren. Da gibt es aus meiner Sicht kein Verständnis dafür.“* (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 16).
- *„Klar ist, dass der IWF, das ist der Internationale Währungsfonds, das ist jedem zugänglich und jeder muss das eigentlich wissen, schon im Jahr 2001 für die ganze EU definiert hat, mehr oder weniger als Empfehlung zwar, aber doch klar als primäres Ziel des öffentlichen Debt-Managements, die Gewährleistung der erforderlichen Finanzmittel und deren Rückzahlungsverpflichtungen zu möglichst geringen mittel- bis langfristigen Finanzierungskosten, ohne dabei ein hohes Maß an Risiko einzugehen. Das ist die Leitlinie, [...]. Fakt ist, kein großes Risiko. Groß ist das Risiko auf jeden Fall bei einem gehebelten Produkt, wo ein zehnfaches Währungsrisiko hereinkommt. Im Übrigen, was ist jetzt eigentlich der Effekt dieses Produktes auf die bestehende Anleihe. Tatsache ist, dass die Stadt Linz in der Währungsanleihe ein Währungsrisiko und ein Zinsrisiko hat. [...] Statt diesem Zinsrisiko ist ein Währungsrisiko hinzugekommen, auch wenn es als Zins sozusagen verpackt worden ist. Zum bestehenden Währungsrisiko der Anleihe, das besteht ja nach wie vor, ist jetzt noch ein Währungsrisiko aus dem Swap gekommen.“* (Dr. Christian Imo, HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 23).

### 2.3.3. Der Gesetzesverstoß musste sich der beklagten Partei zumindest aufdrängen

2.3.3.1 Die beklagte Partei wusste genau um das restriktive Haushaltsrecht der Kommunen Bescheid

- Die Mitarbeiter einer Bank, insbesondere wenn sie, wie die beklagte Partei, seit Jahrzehnten in der Finanzierung von Kommunen tätig sind, wissen, dass Gemeinden sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu wirtschaften haben.

- Bereits im bankinternen Kreditantrag zum Swap 3976 nehmen deren Mitarbeiter auf die Besonderheiten der Vermögensgebarung einer Gemeinde Bezug.
  - *„Die Gemeinden unterliegen einem sehr restriktiven Haushaltsrecht. Die Möglichkeiten für eine Kreditaufnahme sind genau festgelegt. Fremdmittelaufnahmen für konsumtive Zwecke sind verboten. Jede Gemeinde muss ihr Budget an das Land vorlegen u. genehmigen lassen. [A]lle größeren Finanzentscheidungen müssen vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden.“* (Beilage ./JJJ1; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
  - *„Gleichartige Hinweise finden sich in den nachfolgenden Kreditanträgen bzw. den Limiterhöhungen zum Swap-Geschäft 4175“* (Beilagen ./JJJ2 ff).
- Der Effizienzgrundsatz der Gemeinden ist ein Teil des allgemeinen Bildungskanons. Mitarbeiter einer Bank müssen ihn jedenfalls kennen.
  - *„Nach Ansicht des RH leiten sich aus den angeführten Bestimmungen des Stadtstatuts folgende grundsätzliche Regelungen im Zusammenhang mit Abschlüssen von Finanzgeschäften ab .... Geschäftspartner der Stadt Linz müssen das Stadtstatut ebenfalls kennen und sind ebenfalls an das darin enthaltene Verbot zur Übernahme von zu großen Risiken gebunden.“* ([Bundes-]Rechnungshof, Serie Oberösterreich 2013/1, TZ 5.2, S 41).

2.3.3.2 Die beklagte Partei war nach § 39 Abs 2c BWG verpflichtet, Produkte, wie den Resettable CHF linked Swap, einer ausreichenden Untersuchung (Produkteinführung) zu unterwerfen. Auch wenn dieses Produkt nach ihrer Auskunftserteilung im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 204/13p, *„[...] aller Wahrscheinlichkeit nach von einer großen amerikanischen Investmentbank entwickelt worden ist“*, hat sie im Rahmen dieses Produkteinführungsprozesses die Struktur und Wirkungen des Swap 4175 zu analysieren gehabt. Eine derartige Analyse beinhaltet auch die entsprechenden Stresstests, finanzmathematische Simulationsrechnungen und Wahrscheinlichkeitsrechnungen. Es liegt auf der Hand, dass die beklagte Partei dabei zu den gleichen Ergebnissen gekommen ist, wie der im Strafverfahren des Landesgerichtes Linz, 23 Hv 79/13k, bestellte Gerichtssachverständige. Die beklagte Partei wusste daher, welche Wirkungen mit diesem Produkt verbunden waren.

## 2.4. Zusammenfassung

- 2.4.1 Das Swap-Geschäft 4175 überschritt bereits seiner Struktur nach die gesetzlichen Grenzen für Finanzgeschäfte der öffentlichen Hand.
- 2.4.2 Der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 verwirklichte objektiv gesehen den Tatbestand des Befugnismissbrauches nach § 153 StGB durch die Überschreitung aller gesetzlichen Vorgaben.
- 2.4.3 Unabhängig davon, ob der Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 derartige Geschäfte tatsächlich umfasst, was nach Meinung der Stadt Linz nicht der Fall ist, verstieß Mag. Werner P. mit dem Swap 4175 gegen die ihm gesetzlich vorgegebene Befugnis.



- 2.4.4 Die beklagte Partei konnte die Verletzung der gesetzlichen Schranken wegen ihrer Offenkundigkeit nicht übersehen.
- 2.4.5 Wenn die beklagte Partei diese Gesetzesverletzung und damit die Befugnisüberschreitung durch Mag. Werner P. nicht ohnehin erkannt hat, so ist ihr das Nichterkennen, vor allem aber das Unterlassen weiterer Nachforschungen, die sich ihr aufdrängen mussten, als grobes Verschulden anzulasten.
- 2.4.6 Mag. Werner P. konnte deshalb durch den Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 wegen des evidenten Befugnismissbrauches die Stadt Linz nicht verpflichten.

### **3. Ergänzendes Vorbringen zur Unwirksamkeit wegen Gesetzesverstößes**

#### **3.1. Gesetz- und Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB)**

- 3.1.1 Die Stadt Linz hat sich schon bisher darauf berufen, dass das Swap-Geschäft 4175 wegen Gesetzwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB unwirksam ist. Dieser Einwand ist durch die bisherigen Verfahrensergebnisse in vollem Umfang bestätigt. Die beklagte Partei hat mit der Empfehlung und dem Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 in vielfacher Weise gegen die Wohlverhaltensregeln der §§ 11 ff WAG verstoßen (Punkt IV Z 2). Sie hat sich darüber hinaus in einem massiven Interessenkonflikt befunden, der durch eine Analyse der Struktur des Produktes offenkundig wird (Punkt II Z 7). Allein damit, dass die beklagte Partei Mag. Werner P. den Swap 4175 anbot, stellte sie sich diametral zur Pflichtenlage der Stadt Linz (Punkt II Z 7, Punkt III, Z 1.4). Das hat Mag. Werner P. infolge der ihm vorenthaltenen Informationen nicht erkannt und auch nicht erkennen können (Punkt II Z 4.11, Z 5).
- 3.1.2 Dazu kommt noch, dass die beklagte Partei mit der Empfehlung des Swap-Geschäftes 4175 ganz massiv gegen die erkennbaren Interessen einer Kommune verstoßen hat (Punkt II Z 8). Das folgt schon aus dem völlig asymmetrischen Gewinn-/Verlust-Profil zu Lasten der Stadt Linz, dem anfänglichen negativen Marktwert und der Tatsache, dass die beklagte Partei die Stadt Linz mit dem Swap-Geschäft 4175 einem unlimitierten existenzbedrohenden Risiko ausgesetzt hat (Punkt II Z 7; Punkt III Z 1.4).
- 3.1.3 Die Vielzahl an Gesetzesverstößen der beklagten Partei, die unvertretbare Interessenkollision und die massive Äquivalenzstörung bedingen zusammen die Unwirksamkeit des Vertrages (KB Stadt Linz, Punkt VII Z 4.1).
- 3.1.4 Ziel des § 879 Abs 1 ABGB ist es aber auch, Widersprüche zwischen dem Vertragsrecht und sonstigen Rechtsgebieten hintanzuhalten. So soll vermieden werden, dass mit Hilfe vertraglicher Vereinbarungen Regelungsziele verhindert werden, die andere Rechtsgebiete verfolgen. § 879 ABGB hat daher auch den Zweck, öffentlichen Interessen, die von der Rechtsordnung geschützt werden, im Vertragsrecht zum Durchbruch zu verhelfen. Ein derartiger von der Rechtsordnung geschützter Zweck ist der Schutz der öffentlichen Hand vor einer flagranten Verletzung der Haushaltsvorschriften. Eine solche Verletzung liegt im Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 (Punkt III Z 1.3.5).
- 3.1.5 Solche Verstöße gegen zentrale öffentliche Interessen, wie sie der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 darstellt, sind deshalb nach der Rechtsprechung in

Deutschland nichtig. Dabei kommt § 138 BGB (die Parallelnorm zu § 879 ABGB) zur Anwendung, wenn die Handhabung der Haushaltsvorschriften in einem so hohem Maß fehlerhaft ist, dass von einer sparsamen Ausgabe der öffentlichen Mitteln und einer gewissenhaften treuhänderischen Verwaltung des Gemeindevermögens nicht mehr gesprochen werden kann (Replik Stadt Linz, Punkt III Z 7.5).

- 3.1.6 Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Swap 4175 schon seiner Natur nach ganz wesentliche Vorschriften der Vermögensgebarung von Kommunen verletzt (Punkt II Z 1.3.5). Damit verletzt sein Abschluss zentrale rechtlich geschützte Belange der Allgemeinheit. Das Swap-Geschäft 4175 ist daher auch aus diesem Grund unwirksam.

### **3.2. Wucher (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB)**

- 3.2.1 Der sachliche Anwendungsbereich des Wuchertatbestands (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) ist denkbar weit. Jedes Rechtsgeschäft, bei dem ein Austauschverhältnis und Gegenseitigkeitsverhältnis besteht, kann ungeachtet seiner rechtlichen Qualifikation wegen Wuchers angefochten werden. Das gilt insbesondere auch für Glücksverträge (OGH 3 Ob 503/93; SZ 24/306; EvBl 1958/94) und damit auch für Währungswettgeschäfte wie den Swap 4175. Auch in personeller Hinsicht sind dem Wuchertatbestand keine Grenzen gesetzt, greift er doch auch beim zweiseitigen Unternehmergegeschäft ein (7 Ob 26, 27/57; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 258).
- 3.2.2 Ein Geschäft ist nach dem Wortlaut des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB nichtig, wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnisse steht. Der Tatbestand des Wuchers enthält demzufolge drei Elemente (*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 257): 1. eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Bewucherten, 2. das Ausnutzen dieser Beeinträchtigung durch die Gegenseite, um 3. eine Leistung zu erhalten, deren Wert in einem auffallenden Missverhältnis zu dem der eigenen Leistung steht.
- 3.2.3 Die gesetzliche Aufzählung jener Faktoren, aus denen sich eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit ergeben kann, ist nicht abschließend (*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 260). Das hat der OGH bereits in SZ 27/19 deutlich gemacht: *„Neben Leichtsinn, Zwangslage, Verstandesschwäche und Unerfahrenheit kommen auch noch andere Umstände auf Seite des Benachteiligten in Betracht, wie Unkenntnis des Wertes seiner eigenen Leistung, zu große Vertrauensseligkeit und dergleichen mehr. Wucher ist demnach die bewusste Ausnützung des Schwächeren, um übermäßigen Gewinn zu erzielen.“* Mit anderen Worten: Auf Seiten des bewucherten Vertragspartners müssen Verhältnisse oder Eigenschaften vorliegen, die ihn hindern, seine Interessen im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses gehörig zu wahren (*Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 171; *Joening*, Zentralprobleme des Wuchers in Tatbestand und Rechtsfolgen, ÖJZ 2003/1, 1 [6]).
- 3.2.4 Selbst wenn das in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB geforderte subjektive Moment im Einzelfall fehlen sollte, so greift subsidiär der Generaltatbestand des § 879 Abs 1 ABGB ein, wenn anstelle des subjektiven ein zusätzliches, dieses ausgleichendes

Element der Sittenwidrigkeit hinzutritt. Angesprochen sind damit unter anderem Vertragsverhältnisse, deren Erfüllung die wirtschaftliche Existenz eines Teils bedroht (1 Ob 532/85; RIS-Justiz RS0016543). Das Sittenwidrigkeitsverdict greift hier unabhängig davon ein, ob der Anfechtende diesen Umstand bei Vertragsabschluss kannte (8 Ob 73/01w).

- 3.2.5 Bei Glücksverträgen misst der OGH dem Wuchertatbestand besondere Bedeutung bei: Verschiebt sich bei Leibrentenverträgen das aleatorische Element aufgrund des hohen Lebensalters des Übergebers sehr zu dessen Ungunsten, ist eine besonders kritische Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit des Vertrags gemäß § 879 Abs 2 Z 4 ABGB angezeigt (1 Ob 515/94). Nichts anderes kann für Swap-Geschäfte mit einem völlig unausgewogenen Chancen-Risiko-Profil zum Nachteil des Kunden gelten. Anders ausgedrückt: Bei Wetten mit gezinkten Karten drängt sich die Anwendung des Wuchertatbestandes jedenfalls dort auf, wo der Kunde die schiefe Ebene nicht erkennen kann.
- 3.2.6 Die Stadt Linz hat der beklagten Partei vorgeworfen, die Unerfahrenheit des Mag. Werner P. in exotischen Währungswetten mit Hilfe seines blinden Vertrauens und der eklatanten Informationsasymmetrie ausgenutzt zu haben. Die beklagte Partei war aufgrund der asymmetrischen Verteilung von Wissen und Kenntnissen Mag. Werner P. massiv überlegen. Sie hat mit dem Swap 4175 eine Position eingenommen, welche den Interessen der Stadt Linz diametral entgegengesetzt war. Für sie erwies sich der Tausch nur dann als günstig, wenn die ihrer Empfehlung zugrunde liegende Prognose zur Entwicklung des EUR/CHF-Wechselkurses gerade nicht eintrat und die Stadt Linz damit einen Verlust erlitt (vgl OLG Düsseldorf, 7. Oktober 2013, Az I-9 U 101/12); der Verlust der Stadt Linz war der Gewinn der beklagten Partei (zur Wettsituation Punkt II Z 5.3). Während die beklagte Partei sowohl über die technische Ausstattung als auch über die fachliche Expertise ihrer Mitarbeiter zur Berechnung und Steuerung komplexer Derivate verfügte, fehlte Mag. Werner P. dieses Wissen. Die Stadt Linz konnte das Risiko nicht einmal erkennen (so die Beurteilung des Landesgerichtes Linz, vgl Punkt II Z 4.11 und Z 9). Zusätzlich brachte Mag. Werner P. der beklagten Partei, die aufgrund der langjährigen Geschäftsbeziehung zweifelsfrei eine entsprechende Vertrauensstellung mit Beratungsfunktion hatte (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 44, 45) ein hohes Vertrauen entgegen.
- 3.2.7 Der Wuchertatbestand wird verwirklicht, wenn, neben den anderen Voraussetzungen, ein Teil dem anderen bei Vertragsabschluss überlegen war (*Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 216; *Joerinig* aaO). Eine solche Überlegenheit tritt immer dort auf, wo die Informationen über den Vertragsgegenstand besonders asymmetrisch verteilt sind. Demgemäß ist das subjektive Element des Wuchertatbestandes etwa auch bei Ungleichgewichtslagen gegeben, die § 879 Abs 3 ABGB (Klauselkontrolle) erfasst (*Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 216. Der Wucherer beutet die Lage des Bewucherten bereits dann unzulässig aus, wenn ihm diese und das grobe Missverhältnis der Leistungen bekannt sein muss; es reicht somit Fahrlässigkeit aus. Ein Schädigungsvorsatz ist nicht gefordert (*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 271).
- 3.2.8 Auch die von § 879 Abs 2 Z 4 ABGB verlangte objektive Äquivalenzstörung lag vor. Das Missverhältnis muss zwar auffallend sein, sie muss jedoch nicht das Ausmaß der „*laesio enormis*“ erreichen, da andernfalls sowieso § 934 ABGB in seinem Anwendungsbereich zur Anfechtbarkeit des Vertrages führen würde

(*Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 268). Der Swap 4175 hatte einen negativen Anfangswert und ein völlig asymmetrisches Gewinn-/Verlust-Profil. Die Gegenleistung, die die Stadt Linz für die Übernahme des Währungsrisikos erhielt, lag um mehr als 40 % unter einem fairen Preis. Die Chancen der Stadt Linz, aus diesem Geschäft vorteilhaft auszusteigen, lagen bei seinem Beginn in einem Verhältnis von 1:14 (Näheres dazu in Punkt II Z 7).

- 3.2.9 Zwischen dem Tatbestandmerkmal der verdünnten Willensfreiheit (subjektives Element) und jenem der Äquivalenzstörung besteht insoweit eine Wechselbeziehung in Gestalt eines beweglichen Systems, als einerseits bei schweren Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit bereits eine geringere Äquivalenzstörung zur Anfechtbarkeit des Vertrages führt und andererseits eine beträchtliche Äquivalenzstörung auch bei einer weniger gravierenden Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit die Annahme von Wucher rechtfertigt (*Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 230; *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 21).
- 3.2.10 Nach all diesen Kriterien war der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 gesetzwidrig, weil er auch den Tatbestand des Wuchers erfüllt hat.

#### **4. Anfechtung des Swap-Geschäftes 4175 wegen List und Irrtum**

##### **4.1. Bisheriges Vorbringen**

###### 4.1.1. Der Vorwurf gegenüber der beklagten Partei in Klage und Klagebeantwortung

- 4.1.1.1 Die Stadt Linz hat bereits in ihrer Klage vom 2. November 2011 die Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 wegen List und Irrtum geltend gemacht. In der Klagebeantwortung vom 9. Dezember 2011 wurde diese Anfechtung einredeweise wiederholt.
- 4.1.1.2 Der beklagten Partei wurde unter anderem die arglistige Irreführung des Mag. Werner P. über die Bedeutung des historischen Wechselkursverlaufes vorgeworfen. Mag. Werner P. hatte bei Vertragsabschluss eine falsche Vorstellung von der Wirklichkeit, weil er annahm, die Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit des Swap-Geschäftes 4175 könne er ebenso anhand des historischen Wechselkursverlaufes überprüfen, wie die Beherrschbarkeit des mit dem FX-Adjustment in der Zinsformel übernommenen Währungsrisikos.
- 4.1.1.3 Weiters hält die Stadt Linz der beklagten Partei vor, dass sie – ebenso arglistig – Mag. Werner P. die nach den §§ 11ff WAG 1996 aufklärungspflichtigen Umstände des Swap-Geschäftes 4175 vorenthalten und ihn auch bewusst nicht über die Struktur des Swap-Geschäftes 4175 mit einem völlig asymmetrischen Gewinn-/Verlust-Profil sowie den anfänglichen negativen Marktwert informiert hat.
- 4.1.1.4 Die Stadt Linz wirft der beklagten Partei vor, dass sie den Irrglauben des Mag. Werner P. über die mangelnde Gefährlichkeit des Währungsrisikos bzw. dessen Beherrschbarkeit selbst dadurch hervorgerufen hat, dass sie in den Beratungsunterlagen sein Augenmerk allein auf den historischen Wechselkursverlauf gelenkt hat. Obwohl die beklagte Partei erkannte, dass sich Mag. Werner P. ausschließlich auf dieser Grundlage für das von ihr angebotene Produkt entscheiden würde, hat sie Mag. Werner P. in dessen Irrglauben bestärkt, obwohl sie ihn über dessen Fehlverstellung hätte warnen und aufklären müssen.

- 4.1.1.5 Die beklagte Partei hat aber auch erkannt, dass Mag. Werner P. über die wesentlichen Umstände, die ihn zum Geschäftsabschluss bewogen haben, geirrt hat. Soweit die beklagte Partei den Irrtum selbst hervorgerufen hatte, schwieg sie, um diesen auszunutzen. Die aufklärungspflichtigen Tatsachen, aber auch die wahre Natur des Swap-Geschäftes 4175 verschwieg die beklagte Partei, weil ihr bewusst war, dass Mag. Werner P. bei einer Aufklärung, die sowohl dem Produkt als auch den Interessen der Gemeinde gerecht geworden wäre, mit Sicherheit das Swap-Geschäft 4175 nicht abgeschlossen hätte.
- 4.1.1.6 Inzwischen führt die Staatsanwaltschaft Linz gegen verschiedene Mitarbeiter der beklagten Partei sicherheitsbehördliche Ermittlungen wegen des Verdachts des schweren Betruges, weil sie, unter anderem trotz Kenntnis des anfänglichen negativen Marktwertes des Swap-Geschäftes 4175 und dem dadurch bestehenden Interessenkonflikt Mag. Werner P. zum Abschluss des Geschäftes veranlasst haben (9 St 204/13p der Staatsanwaltschaft Linz). Dieses Ermittlungsverfahren ist nach wie vor anhängig. Bewahrheitet sich der Vorwurf, so ist das Swap-Geschäft 4175 auch wegen arglistiger Herbeiführung eines Irrtums durch die beklagte Partei ex tunc unwirksam. Sollten die Personen, gegen welche sich die Untersuchung richtet, nicht den vom Strafgesetz geforderten Schädigungsvorsatz gehabt haben, so würde dies nichts an der zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 ändern; die Anfechtung wegen List setzt nämlich keine Schädigungsabsicht des Täuschenden voraus (RIS-Justiz RS0014800).
- 4.1.2. Die rechtliche Begründung des Vorwurfes gegenüber der beklagten Partei
- 4.1.2.1 List ist bewusste Täuschung. Sie ist immer dann anzunehmen, wenn der Vertragspartner durch vorsätzliche Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen in Irrtum geführt oder in seinem Irrtum belassen oder sogar bestärkt und hierdurch zum Abschluss des angestrebten Vertrages veranlasst wurde (RIS-Justiz RS0014805). Für den Vorwurf der List genügt es, wenn der Täuschende den Irrtum des anderen Teils ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet (3 Ob 563/93; 10 Ob 74/05p). Besteht eine Aufklärungspflicht, so ist der Vertrag anfechtbar, wenn diese Aufklärungspflicht verletzt wird (7 Ob 174/01s; 3 Ob 75/06h; 3 Ob 111/09h). Qualifizierte Aufklärungspflichten nimmt die Rechtsprechung dann an, wenn ein Teil aufgrund seiner überlegenen Fachkenntnisse zugleich auch beratend tätig wurde (10 Ob 65/07t mwN; RIS-Justiz RS0014836), wenn der Geschäftszweck ohne Aufklärung gefährdet ist oder wenn beim Empfehlen der Aufklärung der Eintritt eines besonderen Schadens vorhergesehen werden kann (3 Ob 651/82; 3 Ob 613/81; RIS-Justiz RS0016390).
- 4.1.2.2 Mangels konkreter Anhaltspunkte im ABGB legen der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung und das Streben nach Rechtssicherheit einen Rückgriff auf jene strafgesetzlichen Wertungen nahe, die vor allem in § 5 Abs 1 (bedingter Vorsatz) und § 6 Abs 2 StGB (bewusste Fahrlässigkeit) zum Ausdruck kommen. Für die Annahme des Vorsatzes ist es daher nicht erforderlich, dass der Täuschende die Irreführung billigt und positiv bewertet. Auf eine verwerfliche Gesinnung kommt es nicht an. Selbst bewusste Gleichgültigkeit reicht für vorsätzliches Handeln aus. Mag der Täuschende auch auf eine mangelfreie Willensbildung seines Gegenübers hoffen, handelt er doch vorsätzlich, wenn er eine kausale Irreführung trotz seiner Hoffnung ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet (*Lukas*, *ecolex* 2012, 548).

- 4.1.2.3 Was die Aufklärungspflicht betrifft, muss der Täuschende nur die Tatsachen kennen, die seine Pflicht begründen. Die rechtliche Pflicht selbst muss ihm nicht bewusst sein. Irrt er trotz Kenntnis der die Aufklärungspflicht begründenden Sachverhaltsumstände über die daraus entspringende (rechtliche) Pflicht, so liegt bloß ein Gebotsirrtum vor, der den Unterlassungsvorsatz nicht berührt (*Hilf* in WK<sup>2</sup> StGB § 2 Rz 140).
- 4.1.2.4 Verteilt sich das Wissen im Bereich eines Vertragspartners auf mehrere Personen, schließt das die Anfechtung des Vertrages keineswegs aus. Setzt ein Vertragspartner einen Verhandlungsgehilfen ein, der keine Kenntnis von der aufklärungsbedürftigen Tatsache hat, weiß darum aber eine andere Person in seinem Bereich Bescheid, ist von einem vorsätzlichen Verhalten auszugehen. Der Anfechtungsgegner kann sich nicht dadurch entlasten, dass er im Rahmen eines arbeitsteiligen Verfahrens einen unwissenden Verhandlungsgehilfen einsetzt, der Nachfragen seines Kontrahenten – aufgrund seines Unwissens – objektiv unrichtig beantwortet (OGH 3 Ob 23/13y; vgl auch *Pilgerstorfer*, ÖJZ 2001, 380 ff).

## 4.2 Bestätigung des Vorwurfs durch die bisherigen Verfahrensergebnisse

### 4.1.3. Vorbemerkung

Die bisherigen Verfahrensergebnisse haben die Stadt Linz in ihrem Vorwurf gegen die beklagte Partei bestätigt, auch wenn das Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz gegen verschiedene Mitarbeiter der beklagten Partei noch nicht abgeschlossen ist. Das schon bisher in dieser Richtung erhobene Vorbringen bleibt aufrecht.

### 4.1.4. Arglistige Irreführung über die Bedeutung des historischen Wechselkursverlaufes

- 4.2.2.1 Mag. Werner P. ■ erwartete im Jahr 2006 ein Ansteigen des für die bestehende CHF-Anleihe der Stadt Linz maßgeblichen Libor-Zinssatzes. Er wollte sich dagegen absichern, wobei er an einen Fixzins dachte und wandte sich um Rat an die beklagte Partei. Die beklagte Partei empfahl ihm den Resettable CHF linked Swap, der sein Interesse vor allem deshalb weckte, weil er neben der Absicherung auch einen besonders günstigen Fixzins versprach (zu den Vorstellungen und der Empfehlung der beklagten Partei wurde zu Punkt II Z 2 und 3 ausführlich vorgetragen). Mag. Werner P. ■ hielt die Übernahme eines Währungsrisikos für den versprochenen günstigen Fixzins – nicht zuletzt deshalb, weil die beklagte Partei selbst seine Aufmerksamkeit nur auf die historischen Währungskurse gelenkt hatte (Punkt II Z 3.2) – für plausibel, beherrschbar und akzeptabel (Punkt II Z 4).
- 4.2.2.2 Das mit der Zinsformel tatsächlich übernommene Währungsrisiko kann allein durch das Einsetzen historischer Währungskurse in die Formel nicht einmal annähernd abgeschätzt werden (Punkt II Z 5.4 und Z 8.1). Die von Mag. Werner P. ■ vorgenommenen Rechenoperationen sind ein völlig untaugliches Instrument zur Beurteilung des Swap-Geschäfts 4175, bei dem es sich um ein strukturiertes Produkt handelt, welches im hohen Maße intransparent, hochspekulativ und aus Sicht eines Risikomanagements nur schwer beherrschbar ist (Punkt II Z 8.1). Dazu kam noch, dass Mag. Werner P. ■ sonstige Informationen zur Abschätzung des Risikos entweder nicht verlangte oder sogar als für ihn bedeutungslos abgelehnt hat (zum Verkennen der Bedeutung der Bewertung vgl Punkt II Z 5.4 f).

- 4.2.2.3 Die beklagte Partei hat Mag. Werner P. in diesen Irrtum geführt, zumindest aber in diesem Irrtum belassen und bestärkt (Punkt II Z 4.4 f; Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 18). Sie wäre in dieser Situation verpflichtet gewesen, Mag. Werner P. über seinen Irrglauben aufzuklären. Sie hat diesen Irrtum nämlich ernstlich für möglich gehalten (Punkt II Z 4.4 f und Z 5.4 f); dies reicht bereits (3 Ob 563/93; 10 Ob 74/05p; *Lukas*, aaO). Nicht einmal das fehlende Fachwissen von Iris S. könnte die beklagte Partei entlasten, weil sie sich das Wissen ihrer sonstigen Fachleute (insbesondere das Wissen des Manfred H.) zurechnen lassen muss (3 Ob 23/13y). Für diese ist es schon wegen des Eigenhandels mit Optionen klar, dass eine Risikoeinschätzung allein mit Blick auf historische Wechselkurse absolut untauglich ist.
- 4.2.2.4 Tatsächlich hatte die beklagte Partei gar kein Interesse daran, Mag. Werner P. auf dessen Fehlvorstellungen aufmerksam zu machen; hätte dies doch den Abschluss des Geschäftes ernsthaft gefährdet, den die beklagte Partei unbedingt gewollt hat.
- *„Der Inhalt des Angebots war Gegenstand eines Telefongesprächs zwischen Mag. P. und Iris S. am 01.02.2007, in dem S. mehrfach zum Ausdruck brachte, dass es sich um ein **besonders günstiges Geschäft für die Stadt Linz** handeln würde (es ist eigentlich **recht attraktiv** [...]; [...] **auf einem Niveau**, glaube ich, **wo man schon schwach werden könnte** [...]; [...] **eine Occasion** auf 10 Jahre [...]; [...] ich war selber irgendwie ganz überrascht, dass es sich wirklich so toll rechnet.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 17; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
  - *„Da setze ich auch dazu, dass diese Kundenbeziehung zur Stadt natürlich eine wichtige war und dass ich nicht diejenige sein wollte, die diese Kundenbeziehung mit der Stadt Linz aufs Spiel setzt, aus irgendwelchen Gründen heraus.“* (Iris S., HV-Protokoll LG Linz, 6. Dezember 2013, S 21, auf den Vorhalt, warum Sie die von Mag. Werner P. geäußerten Ansichten nicht näher hinterfragt oder korrigiert hat).
- 4.2.2.5 Mag. Werner P. hätte bei entsprechender Aufklärung den Swap 4175 nicht abgeschlossen (Punkt II Z 10).
- 4.1.5. Arglistiges Verschweigen jener Tatsachen, über die eine gesetzliche Aufklärungspflicht bestand
- 4.2.3.1 Die beklagte Partei traf schon nach dem WAG 1996 die Pflicht, Mag. Werner P. jene Informationen zu liefern, die er nach den §§ 11 ff WAG erwarten durfte (zu den Details dieser Informationspflicht sowie ihrem Inhalt vgl Punkt IV).
- 4.2.3.2 Daneben bestanden aber auch die allgemeinen vorvertraglichen Aufklärungspflichten. Das WAG 1996 hat diese gesetzlichen Aufklärungspflichten, die sich aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung und aus dem Beratungsvertrag ergeben, lediglich in Gesetzesform gegossen, ohne dass damit die bisherigen Anspruchsgründe fortgefallen wären (RIS-Justiz RS0026135; RS0027769, RS0119752); diese Aufklärungspflichten bestehen unabhängig von einem Beratungsverzicht, der im gegenständlichen Fall ohnehin nicht vorliegt.
- 4.2.3.3 Von einer derartigen Pflicht zur Aufklärung war in concreto deshalb auszugehen, weil Mag. Werner P. der beklagten Partei als Hausbank ein besonderes Vertrauen

entgegengebracht hat (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 44, 45). Die beklagte Partei wusste ferner um die besonderen Bedürfnisse und gesetzlichen Schranken einer Kommune, die dem treuhändigen Umgang mit dem Vermögen ihrer Bewohner verpflichtet ist. Mag. Werner P. konnte also erwarten, dass ihn die beklagte Partei nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs durch entsprechende Aufklärung warnen würde, wenn ohne eine solche Aufklärung der Geschäftszweck gefährdet war bzw. ein Schaden drohte. Das wurde noch durch die Position der beklagten Partei als Eigenhändler verstärkt, die ebenfalls eine besondere Vertrauensstellung gegenüber der Stadt Linz begründete.

4.2.3.4 Beim Swap-Geschäft 4175 handelt es sich um ein strukturiertes Finanzprodukt, das in hohem Maße intransparent, hochspekulativ und für eine Kommune nicht beherrschbar ist (Punkt II Z 7, Z 8). Es weist ein asymmetrisches Gewinn-/Verlust-Profil (in einem Verhältnis von 1:14 zu Lasten der Stadt Linz) auf, bei dem relativ eng begrenzte Finanzierungsvorteile der Stadt erhebliche Finanzierungsnachteile gegenüberstehen; diese können über die Laufzeit des Produktes existenzgefährdende Ausmaße erreichen. Das Produkt hatte darüber hinaus einen negativen Anfangswert von etwa EUR 20 Mio. (Punkt II Z 7, Z 8). Das Swap-Geschäft 4175 trug also in hohem Ausmaß die Gefahr in sich, den von Mag. Werner P. mit dem Abschluss verfolgten Zweck zu vereiteln und letztlich auch die Existenz der Stadt Linz zu gefährden.

4.2.3.5 Das hätte die beklagte Partei Mag. Werner P. sagen müssen; die Tatsachen dazu hat sie gekannt (Punkt II Z 4 und Z 5). Ob ihr bewusst war, dass zusätzlich noch eine Rechtspflicht bestand, ist dann letztlich irrelevant. Die beklagte Partei wollte aber bewusst ihren eklatanten Interessenkonflikt im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Geschäftes nicht zeigen, da sie fürchtete, dass ansonsten das für sie so vorteilhafte Geschäft verloren gehen würde (Z 4.2.2.4). Mag. Werner P. hätte bei entsprechender Aufklärung das Swap-Geschäft 4175 nicht abgeschlossen (Z 4.2.2.5).

#### **IV. Vertragsaufhebung aus dem Titel des Schadenersatzes**

##### **1. Vorbemerkungen**

1.1. Die Stadt Linz stützt ihre Ansprüche insbesondere auch auf Schadenersatz. Dies betrifft einerseits die Klagsforderung der Stadt Linz, andererseits wendet die Stadt Linz die Schadenersatzforderungen aber auch compensando gegen die Forderungen der beklagten Partei ein.

##### **2. Pflichtverletzungen der beklagten Partei gemäß Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG 1996)**

###### **2.1. Überblick und einleitende Bemerkungen**

2.1.1. Die Stadt Linz hat bereits in ihrer Klage (zu Punkt VI. Z 7.) und Klagebeantwortung (zu Punkt VII. Z 7.) dargelegt, dass auf den Abschluss des Swap-Geschäft 4175 das Wertpapieraufsichtsgesetz (BGBl 1996/753, i.d.F. I 2006/141 kurz „WAG 1996“) zur Anwendung kommt (grundlegend zur Anwendung des WAG 1996 bei Derivatgeschäften, Oppitz, ÖBA 1999/949).

2.1.2. Die Stadt Linz wird nachfolgend im Einzelnen darlegen, in welcher Hinsicht die beklagte Partei die Vorschriften gemäß WAG 1996 und damit einhergehend auch



deren Beratungs- bzw. Aufklärungspflichten verletzt hat und daraus zum Schadenersatz verpflichtet ist.

- 2.1.3. Die Stadt Linz hat im Rahmen des ergänzenden Tatsachenvorbringens unter Punkt II. weitere **wesentliche Tatsachen** vorgebracht, auf welche die Stadt Linz die Ansprüche auf Schadenersatz stützt. Diese Tatsachen leiten sich insbesondere aus den Erkenntnissen des bisherigen Verfahrens vor dem Handelsgericht Wien, aber auch dem Landesgericht Linz zu GZ 23 Hv 79/13k ab. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird an gegebener Stelle auf den unter Punkt II. vorangestellten, jedoch nicht erschöpfenden Tatsachenvortrag verwiesen. Soweit sich die jeweilige Rechtsfolge auch in weiteren vorgebrachten Tatsachen abstützt, werden diese an gegebener Stelle samt Beweismittel (Fundstelle) angeführt.
- 2.1.4. Die Stadt Linz wird nachfolgend unter Punkt 2.2 zunächst darstellen, dass das Swap-Geschäft 4175 den Interessen der Stadt Linz nicht entsprach, weshalb die beklagte Partei schon insofern dem **Empfehlungsverbot** des § 14 Z 1 WAG 1996 unterlag.
- 2.1.5. Weiters wird die Stadt Linz unter Punkt 2.3 zeigen, dass die beklagte Partei aufgrund der gröblichen Verletzung der gemäß § 13 Z 3 WAG 1996 vorgeschriebenen Erkundigungspflichten des Dienstleisters (**Explorationspflicht**), den Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 von vornherein **hätte nicht empfehlen** dürfen („Empfehlungsverbot“, § 14 Z 1 WAG 1996) zumal es infolge unterlassener Erkundigung an den notwendigen Beurteilungsgrundlagen fehlte.
- 2.1.6. Weiters wird die Stadt Linz unter Punkt 2.4 darlegen, dass **keine Einschränkung** der gesetzlichen Aufklärungs- und Informationspflichten gemäß WAG 1996 für die beklagte Partei bestanden hat, insbesondere zumal die Stadt Linz aus mehreren rechtlichen und tatsächlichen Gründen keineswegs **professioneller Marktteilnehmer war**, das Swap-Geschäft 4175 auch nicht in Form eines „**Execution-only Geschäfts**“ abgeschlossen wurde und die Stadt Linz insbesondere auch **keinen „Beratungsverzicht“** abgegeben hat.
- 2.1.7. Schließlich wird die Stadt Linz in Ergänzung des Tatsachenvortrags im Punkt II. Z 5. auch darauf eingehen, welche **konkreten Informationspflichtverletzungen gemäß WAG 1996** der beklagten Partei bezüglich des Swap-Geschäfts 4175 zur Last zu legen sind, insbesondere welche Informationen die beklagte Partei der Stadt Linz im Sinn von „*anlegergerechter*“ und „*objektgerechter*“ Information konkret vor Abschluss hätte zur Verfügung stellen müssen, um eine „*fehlerfreie Anlagerinformation*“ und „*fehlerfreie Geschäftsentscheidung*“ zu gewährleisten. Die Stadt Linz wird dabei auch den Konnex zur einschlägigen Judikatur herstellen.
- 2.1.8. Die einzelnen Verstöße gegen das gegen allgemeine vorvertragliche Aufklärungspflichten und den (stillschweigenden) Beratungs- bzw. Auskunftsvertrag stehen auch im Kausal- und Rechtswidrigkeitszusammenhang mit dem Schaden der Stadt Linz. Bei entsprechender Aufklärung und Beratung über die in diesem Schriftsatz dargestellten Umstände wäre der Geschäftsabschluss des Swap-Geschäfts 4175 **unterblieben** und der Schaden nicht eingetreten. Die Stadt Linz wäre auch mit keinen weiteren Forderungen aus dem Geschäft konfrontiert. Auf den Themenkreis der „Alternativveranlagung“ wird unter Punkt 4. noch gesondert eingegangen.
- 2.2. Verstoß der beklagten Partei gegen das Empfehlungsverbot gemäß § 14 Z 1 WAG 1996**

## 2.2.1. Grundsätzliches

2.2.1.1. Die Anwendung des WAG 1996 wird einerseits an erfasste „**Finanzdienstleitungen**“ geknüpft (vgl. § 11 WAG Abs 1 Z 2 iVm § 1 Abs 1 Z 19 lit a bis c BWG („Beratung, Verwaltung, Vermittlung“), andererseits aber direkt an die „**Finanzinstrumente**“. Es steht außer Zweifel, dass im Wege des § 11 Abs 1 Z 1 WAG 1996 iVm § 1 Abs 1 Z 7 lit b bis f BWG a.F. (vgl. Oppitz, ÖBA 1999/949) schon der Abschluss von OTC-Derivaten für sich gesehen in den Anwendungsbereich der Wohlverhaltensregeln der §§ 11 bis 18 WAG 1996 fällt. Somit spielt für die Frage, ob die Wohlverhaltensregeln zur Anwendung kommen, prinzipiell keine Rolle, ob die beklagte Partei zusätzlich zum Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 auch noch einen (konkludenten) Beratungsvertrag im zivilrechtlichen Verständnis abgeschlossen hat, indem sie tatsächlich beratend tätig wurde (siehe dazu unter Punkt 2.2.5). Vielmehr geht der Gesetzgeber des WAG 1996 bei Anwendbarkeit des WAG generell von einer Informationspflicht des Dienstleisters aus (§ 13 Z 3, 4 WAG 1996) und zwar ungeachtet der zivilrechtlichen Geschäftsart, in der das Wertpapier- oder Derivatgeschäft abgewickelt wird und ungeachtet einer allfälligen begleitenden Dienstleistung. Für die zivilrechtliche Geschäftsabwicklung kommen insbesondere „Kommissionsgeschäft“, „Vermittlungsgeschäft“ oder „Eigenhandel bzw. Festpreisgeschäft“ in Frage (vgl. *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht, S 591). Die beklagte Partei traf als Eigenhändler wegen ihrer besonderen Vertrauensstellung und der starken Parallelen zwischen Selbsteintritt und Kaufvertrag, verstärkte Schutz- und Treuepflichten gegenüber dem der Stadt Linz (OGH 2 Ob 115/10s). Umso mehr muss dies für OTC-Derivate wie das Swap-Geschäft 4175 gelten, deren Bedingungen nicht standardisiert und in einem bilateralen Vertrag ausgestaltet sind.

## 2.2.2. Der Begriff der „Empfehlung“ gemäß § 14 Z 1 WAG 1996

2.2.2.1. Gemäß § 14 Z 1 WAG 1996 ist es dem Rechtsträger untersagt dem Kunden den An- oder Verkauf von Finanzinstrumenten zu **empfehlen**, wenn und soweit die Empfehlung **nicht mit den Interessen des Kunden** übereinstimmt („Empfehlungsverbot“).

2.2.2.2. Die auf die persönlichen Verhältnissen abgestimmte Empfehlung ist prinzipiell immanentes Wesensmerkmal jeder Beratung, auch im Sinn des § 1 Abs 1 Z 19 lit a BWG (a.F.). Die „Empfehlung“ ist gleichermaßen der Sukkus der Beratungstätigkeit, sie steht am Ende der Dienstleistung, ist deren Ergebnis. Die „Beratung“ grenzt sich von der **bloßen Vermittlung i.S.d § 1 Abs 1 Z 19 lit c BWG (a.F.)** vor allem insofern ab, als die „individuellen Verhältnisse des Kunden“ bei der Beratung natürlich einbezogen werden müssen. Eine bloße „Anlagevermittlung“ ohne Beratungstätigkeit ist dagegen gekennzeichnet von der Pflicht der vollständigen und richtigen Auskunftserteilung (Auskunftsvertrag), über diejenigen tatsächlichen Umstände der in Rede stehenden Finanzanlage, die für den Anlageentschluss des Interessenten von besonderer Bedeutung sind (BGH WM 1991, 127, 129; *Ellenberger*, Fehlgeschlagene Anlageberatung (2006), S 81). Auch eine bloße Anlagevermittlung unterliegt den Pflichten des WAG. Bei der bloßen Anlagevermittlung steht daher die „objektgerechte“ Beratung und Information im Vordergrund. Allerdings können auch dabei die individuellen Verhältnisse des Kunden, respektive die Kenntnisse und Erfahrungen nicht vollständig ausgeblendet werden, weil sich der Informationsmaßstab insbesondere nach dem

**Empfängerhorizont** richtet (vgl. RIS-Justiz RS0123046).

- 2.2.2.3. Die „persönliche Empfehlung“ iSd § 14 Z 1 WAG 1996 selbst ist transitiv, sie läuft etwa darauf hinaus, ein Geschäft zu tätigen, oder eben nicht zu tätigen („An- oder Verkauf“). Im Vordergrund einer Anlageberatung steht - in Abgrenzung zur bloßen Anlagevermittlung - das Angebot **einer individuellen Beratung** (vgl. BGH, III ZR 71/05). Ein Beratungsvertrag kommt bei „Finanzdienstleistungen“ in ständiger Judikatur des OGH (vgl. RIS-Justiz RS0108073) - angelehnt an die deutsche Judikatur - konkludent zustande, soweit im Zusammenhang mit dem Geschäftsabschluss tatsächlich eine Beratung stattfindet (dazu näher unten zu Punkt 2.2.5). Das Angebot zum Abschluss eines Beratungsvertrages kann eben auch **stillschweigend durch die Empfehlung einer Anlage** geschehen (BGH XI ZR 320/06). Die Beurteilung und Beratung aufgrund der **persönlichen Verhältnisse des Anlegers** steht dabei im Vordergrund (BGH III ZR 44/06).
- 2.2.2.4. Das Begriffsverständnis der „Beratung“ und davon abgeleitet der „persönlichen Empfehlung“ wurde durch das mit 1. November 2007 in Kraft getretene WAG 2007 prinzipiell **nicht verändert**. In der Literatur (vgl. *Graf in Gruber/Raschauer*, Kommentar zum WAG, § 44 Rz 8) wird zutreffend darauf hingewiesen, dass das rein zivilrechtliche Verständnis der „Anlageberatung“ durchaus weiter gefasst sein kann und ganz generell aus der Erteilung von Informationen, Einschätzungen und Markterwartungen hinsichtlich Finanzinstrumenten sowie der Bewertung dieser Informationen hinsichtlich ihrer Glaubwürdigkeit und Eignung für den Kunden besteht.
- 2.2.2.5. Der WAG-Gesetzgeber hat in § 1 Z 2 lit e iVm Z 27 WAG 2007 eine Legaldefinition für die „Anlageberatung“ festgeschrieben, die prinzipiell bereits dem bis dahin geltenden gesetzgeberischen Verständnis, vor allem im Lichte des § 14 Z 1 WAG 1996, entsprach. Das Merkmal der „**persönlichen Empfehlung**“ in § 1 Z 27 WAG 2007 („*auf eine Prüfung der Verhältnisse der betreffenden Person gestützt*“) dient in erster Linie dazu, eine Abgrenzung zu öffentlichen Empfehlungen, wie etwa auch „Finanzanalysen“ herzustellen (vgl. § 36 Abs 1 Z 2 WAG 2007). Derartige „öffentliche Äußerungen“ waren aber auch schon nach dem WAG 1996 nicht vom Begriff der „Beratung“ gemäß § 19 Abs 1 Z 1 lit c BWG erfasst, weil die „individuelle Komponente“ fehlte. Somit ist als Zwischenergebnis festzustellen, dass dem WAG 1996 grundsätzlich **dasselbe Begriffsverständnis** der „Empfehlung“ zugrunde liegt, wie dem WAG 2007.
- 2.2.3. Die beklagte Partei hat Mag. Werner P. den Resettable CHF linked Swap empfohlen (Tatsächliche Beratungstätigkeit der beklagten Partei gegenüber der Stadt Linz)
- 2.2.3.1. Die Stadt hat oben zu Punkt II. Z 3 bereits jene Kerntatsachen dargelegt, aus denen sich die Beratungstätigkeit der beklagten Partei ableitet, die schließlich in der Empfehlung zum Geschäftsabschluss des Swap-Geschäfts 4175 mündete. Auf die Thematik des behaupteten, tatsächlich jedoch nicht vorliegenden „Beratungsverzichtes“ wird zu Punkt 2.4.6. noch gesondert eingegangen werden.
- 2.2.3.2. Die beklagte Partei hat der Stadt Linz den Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 in einer Art und Weise nahegelegt, die die von der Stadt Linz als eine „Empfehlung“ im Sinn des § 14 Z 1 WAG 1996 zum Abschluss verstanden wurde. Eine „**Empfehlung**“ muss nicht wörtlich erteilt werden (im Sinn von „*wir empfehlen*“

*Ihnen...*“), sondern ergibt sich bei Finanzdienstleistungen sogar regelmäßig erst aus der **Gesamtzusammenschau der Umstände**. Auch die Form der Erklärung (mündlich, schriftlich oder „konkludent“) ist bedeutungslos. Allfällige Schriftformgebote scheitern schon daran, dass die Parteien davon jederzeit (auch konkludent) abgehen können (RIS-Justiz RS0014378). Maßgeblich ist stets der Empfängerhorizont des Kunden. Wenn der Kunde in der Zusammenschau der Gespräche und erhaltenen Informationen zu einem Geschäft keinen Zweifel hat, dass die Bank das angebotene Geschäft als „geeignet“ für den Kunden empfindet, **dann liegt unzweifelhaft eine Empfehlung** im Sinn des § 14 Z 1 WAG 1996 vor. Der Anleger muss nicht damit rechnen, dass er von der Bank ein Geschäft angeboten erhält, das seinen Interessen nicht entspricht. Daher greift ein „Empfehlungsverbot“ bereits dann, wenn der Dienstleister die notwendigen Voraussetzungen **nicht geschaffen hat**, etwa indem die Kundenverhältnisse nicht im Sinn des § 13 Z 4 WAG 1996 gebühlich erhoben wurden (siehe dazu unten zu Punkt 2.3 - Empfehlungsverbot infolge Verletzung der Pflicht zur Kundenexploration).

#### 2.2.4. Tatsächliche Beratungstätigkeit der beklagten Partei vor und bei Abschluss des Swap 3976 (Swap I)

2.2.4.1. Die beklagte Partei ist schon im August 2006 beratend tätig geworden (siehe bereits Punkt II. Z 2 und 3 und die ebendort rezipierten Aussagen, auf die in diesem Zusammenhang verwiesen werden kann). Nachstehend werden **weitere Tatsachen** dargelegt, aus welchen sich der Beratungsvertrag ableitet.

2.2.4.2. Die beklagte Partei hat mit E-Mail vom 9. August 2006 (Beilage ./76) wörtlich *„Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos aus Ihrer Finanzierung“* übermittelt und gleichzeitig offeriert: *„Für Fragen stehe ich Ihnen gerne telefonisch zur Verfügung“*. Schon daraus ergibt sich, dass der Wille der beklagten Partei auf eine **individualisierte Beratung** gerichtet war. Begleitend dazu haben auch Gespräche stattgefunden: *„Ich glaube das Thema war, dass Mag. A. [REDACTED] die Betreuung in OÖ übernommen hat und dass er seinen Antrittsbesuch bei der Stadt Linz hatte und man durchaus auch versucht hat abzuklären, ob es auch andere Themen gibt, die für die Stadt Linz relevant sein könnten, eben im Zins- und Währungsbereich.“* [...] *„Es waren Gespräche, die dazu geführt haben. Mag. P. [REDACTED] hat dann gesagt okay, das Produkt gefällt mir [...] das sind alles Variablen, die man im Gespräch auch angepasst hat, bis es dann schlussendlich zu dem gekommen ist, wo man gesagt hat ja passt, zu den Parametern möchte man abschließen.“* (Aussage der Zeugin S. [REDACTED], Strafverfahren LG Linz vom 6. Dezember 2013, S. 5 und 6;)

2.2.4.3. Es hat somit erkennbar ein **Informationsbedürfnis** seitens der Stadt Linz bestanden. Die beklagte Partei ist auch tatsächlich darauf eingegangen und hat der Stadt Linz ein Spektrum an möglichen Geschäften präsentiert. Bereits damit ist nach ständiger Judikatur des OGH (und auch des BGH) stillschweigend ein Auskunfts- bzw. Beratungsvertrag iSd § 1300 erster Satz ABGB zustande gekommen (RIS-Justiz RS0108073). Der Abschluss des Swap 3976 am 26. September 2006 erfolgte, nachdem die beklagte Partei mit Präsentation vom 22. September 2006 (Beilage ./91) **weitere Informationen** angeliefert hatte, etwa zur historischen Entwicklung des EUR/CHF und des 6M EURIBOR (jedoch war auch diese Information **unvollständig und untauglich**, eine fehlerfreie Anlageentscheidung der Stadt Linz zu begründen; dazu näher unten zu Punkt 2.5.2 hinsichtlich der Anforderungen der „objektgerechten Beratung“). Schon der Swap 3976 kam daher in einem Beratungsverhältnis zustande, welches zwar nicht den Gegenstand des Rechtsstreits

bildet, jedoch den Boden für die weitere Beratungstätigkeit der beklagten Partei bereitete.

## 2.2.5. Tatsächliche Beratungstätigkeit der beklagten Partei vor und bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 (Swap II)

- 2.2.5.1. Auch im Zusammenhang mit dem Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 kam aus zivilrechtlicher Sicht ein **Beratungsvertrag** zustande, der in der Empfehlung der beklagten Partei mündete, einen „Resettable-CHF-linked-Swap“ abzuschließen. Dass es die unterlassene sorgfältige Erhebung der Kundenverhältnisse der beklagten Partei faktisch unmöglich gemacht hat, eine „**fehlerfreie Anlageberatung**“ zu erbringen (dazu näher unter Punkt 2.3), ändert nichts am Gebot der vollständigen und richtigen Information, insbesondere nichts am **Empfehlungsverbot** im Sinn des § 14 Z 1 WAG 1996. Ansonsten wäre der sorglose Berater, der die Kundenverhältnisse entgegen § 13 Z 3 WAG 1996 nicht oder unvollständig erhebt, gegenüber dem sorgfältigen Berater bessergestellt.
- 2.2.5.2. Die tatsächliche Beratungstätigkeit der beklagten Partei im Zusammenhang mit dem Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 ist durch die bereits unter Punkt II. Z 3ff dargestellten Tatsachen mehrfach belegt: Wäre die beklagte Partei nicht selbst von einem „Beratungsverhältnis“ ausgegangen, hätte sie anlässlich des Termins vom 22. Jänner 2007 (Beilage ./71) nicht den Entschluss gefasst, dass Mag. Werner P. ■■■ unbedingt noch auf das „doppelte Risiko“ hingewiesen werden sollte. Auch im Zuge der Übermittlung der einzelnen Preisindikationen hat die beklagte Partei Mag. Werner P. ■■■ mehrfach beraten. So wurde mit E-Mail vom 31. Jänner 2007 (Beilage ./95) darüber informiert, dass beim Resettable Swap durch Verlängerung der Laufzeit von 5 auf 7 Jahren ein „enormer“ Unterschied im Zinsabschlag zu erkennen sei. In den unmittelbar vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 geführten Telefonaten zwischen Iris S. ■■■ und Mag. Werner P. ■■■ hat diese ebenfalls diverse Detailempfehlungen ausgesprochen, indem sie ihm des Verhältnis des EUR/CHF Kursniveaus zur Höhe des Strikes dargelegt hat (vgl. Telefonat vom 1.2.2007, Beilage ./60: *„aber desto niedriger Euro Schweiz ist, desto noch besser sag ich mal.. wird der strike vielleicht ausfallen.. vielleicht bringen wir den weiter.. den Abschlag weiter runter“*). Iris S. ■■■ brachte sichtlich die eigenen Ideen und Empfehlungen ein. Sie identifizierte sich auch in der Wortwahl „**wir**“ mit der beklagten Partei. Im Telefonat bedenkt Mag. Werner P. ■■■ dann auch die Möglichkeit eines variablen Abschlags (wie beim Swap I), woraufhin ihm Iris S. ■■■ jedoch den Fixzins empfiehlt: *„Ja, aber dadurch, dass einfach die Zinssatzkurve irgendwie doch noch relativ flach ist, ist natürlich das mit dem ... ein Occasion auf zehn Jahre. Zumindest weiß man, was man da hat und so vom Niveau her ist das ja wirklich attraktiv“*. Die Antwort von Mag. Werner P. ■■■ *„Ja, na wirklich“* belegt, dass es ihm nicht nur bei der generellen Produktwahl, sondern auch bei der Ausgestaltung der **einzelnen Parameter** gerade auf die **Meinung und Empfehlung der beklagten Partei** ankam. Mag. Werner P. ■■■ richtete sich sichtlich gerade deshalb an die beklagte Partei, um von dieser Informationen und Meinungen zu erhalten, um das für die Stadt Linz (vermeintlich) passende Produkt abzuschließen (zu seinem Fehlverständnis siehe zu Punkt II. Z 4). Mag. Werner P. ■■■ vertraute auf die kundenorientierte Beratung seitens der beklagten Partei (vgl. RIS-Justiz RS0026135). Die Informationen wurden insgesamt jedenfalls dermaßen individualisiert, dass es sich unzweifelhaft um eine Beratung handelte und die Informationen in der Zusammenschau als Empfehlung zum Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 verstanden wurden (zur konkludenten Empfehlung, siehe Punkt 2.2.2).

2.2.5.3. Dass Mag. Werner P■■■■ auch tatsächlich auf die Informationen der beklagten Partei angewiesen war, bestätigt folgende Passage *„Ah, was wäre denn so der optimale Einstiegskurs für die ganzen, also sprich wann macht ma die Angebotsabgabe“*. *„Naja ideal sag ich mal als Einstiegspunkt wärs wirklich wenn ma irgendwo bei 1,61,30 oder so .. ah ..wenn ma da wieder ja.. wenn mas auf dem Niveau erwischt denk ich mal ja, das ist sicher am aller attraktivsten“* (vgl. Beilage ./60). Auch die Anfrage des Mag. Werner P■■■■ hinsichtlich der Richtigkeit seiner „Berechnungen“ belegt, dass Mag. Werner P■■■■ selbst bei dieser einfachen Aufgabe („Taschenrechner-Niveau“) unsicher war und auf die tatsächliche Beratung durch die beklagte Partei angewiesen war. Dass Mag. Werner P■■■■ die für den Abschluss des Swap-Geschäfts notwendigen **Kenntnisse und Erfahrungen** in keinster Weise besaß (vgl. dazu bereits Punkt II. Z 4), war für die beklagte Partei erkennbar und löste **gesteigerten Beratungsbedarf** aus. Vor allem aber war für die beklagte Partei erkennbar, dass das gegenständliche Swap-Geschäft 4175 nicht den Interessen der Stadt Linz entsprechen konnte und damit dem Empfehlungsverbot des § 14 Z 1 WAG 1996 unterlag.

## 2.2.6. Die „Interessen“ der Stadt Linz im Lichte des § 14 Z 1 WAG 1996

2.2.6.1. Die Stadt Linz hat bereits dargelegt, dass die beklagte Partei beratend tätig geworden ist und den Geschäftsabschluss empfohlen hat. Der Geschäftsabschluss des Swap-Geschäfts 4175 stimmte aus folgenden Gründen nicht mit den Interessen der Stadt Linz überein.

2.2.6.2. Bezüglich der Beweggründe des Mag. Werner P■■■■ überhaupt in Gespräche mit der beklagten Partei bezüglich Derivaten einzutreten, ist auf die Ausführungen unter Punkt II. Z 2 zu verweisen. Die Stadt Linz hat bereits umfassendes Vorbringen zu den Hintergründen des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 (Beilage ./11) erstattet (vgl. VBSS der Stadt Linz zu Punkt II. Z 2.).

2.2.6.3. Die Interessen im Sinn des § 14 Z 1 WAG 1996 hängen eng mit den **persönlichen Verhältnissen des Kunden** im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 zusammen (vgl. unten zu Punkt 2.2.7ff). Nur dann, wenn ein Geschäftsabschluss im Einklang zu bringen ist mit 1. den Kenntnissen und Erfahrungen, 2. den Anlagezielen und 3. den finanziellen Verhältnissen (vgl. § 13 Z 3 WAG 1996) des Kunden, ist der Geschäftsabschluss „interessengerecht“ und darf das Geschäft dem Kunden daher empfohlen werden. Dieser bereits im WAG 1996 vorherrschende, in § 14 Z 1 WAG 1996 festgelegte Grundsatz wurde auch in das WAG 2007 übernommen, ebendort dargestellt im sogenannten „Eignungstest“. Gemäß § 44 Abs 2 WAG 2007 muss folgendes Anforderungsprofil erfüllt sein, damit ein Geschäft dem Kunden empfohlen werden darf: 1) Es entspricht den Anlagezielen des Kunden (=Anlageziele), 2) etwaige mit dem Geschäft einhergehende Anlagerisiken sind für den Kunden seinen Anlagezielen entsprechend finanziell tragbar (= **finanzielle Verhältnisse**) und 3) der Kunde kann die mit dem Geschäft einhergehenden Risiken aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrungen erkennen und verstehen (= **Kenntnisse und Erfahrungen**).

2.2.6.4. Damit das Geschäft interessengerecht ist, müssen die genannten Anforderungen **kumulativ** vorliegen. Das Swap-Geschäft 4175 erfüllte diese, wie nachstehend im Einzelnen dargestellt wird, **in keinem einzigen Punkt**. Das Swap-Geschäft 4175 war für die Stadt Linz generell ungeeignet (vgl. bereits Punkt II. Z 8). Die unterlassene

Erhebung und Aufzeichnung der Kundenverhältnisse durch die beklagte Partei (Vorstoß gegen die sogenannte „Explorationspflicht“) ändert an der rechtlichen Beurteilung nichts, sondern führt bereits **ohne nähere Prüfung** zu einem „Empfehlungsverbot“ (dazu näher unter Punkt 2.3).

2.2.7. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit den „Anlagezielen“ der Stadt Linz (Verstoß gegen §§ 13 Z 3 iVm 14 Z 1 WAG)

2.2.7.1. Die „Anlageziele“ haben gerade **im Kommunalbereich besondere Bedeutung**, weil Kommunen diversen haushaltsrechtlichen Beschränkungen unterliegen. Dieser Umstand war der beklagten Partei auch bekannt (vgl. Kreditantrag Beilage ./JJJ1, „Die Gemeinden unterliegen einem sehr restriktiven Haushaltsrecht“). Vor allem unterliegen die Gemeinden dem schon in der Verfassung verankerten Gebot, das Gemeindevermögen nach den Gesichtspunkten der **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** zu verwalten (Art 119a Abs 2 B-VG, § 57 Abs 1 StL 1992). Die **Anlageziele** der Stadt Linz ergeben sich daher in Zusammenschau

- a) des individuellen Beschlusses des Gemeinderates, auf dessen Grundlage marktüblichen Geschäfte zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios abgeschlossen werden sollten (Beilage ./11), sowie
- b) den spezifischen Beschränkungen des Statuts der Stadt Linz (§ 57 Abs 1 StL 1992) bzw. direkt Art 119a B-VG.

2.2.7.2. Eine Beratung zu Derivatgeschäften, welche nicht exakt die zuvor erforschten und gesetzlich vorgegebenen „Anlageziele“ vor Augen hat, muss **zwangsläufig rechtsfehlerhaft** im Lichte des § 13 Z 4 und § 14 Z 1 WAG sein. *„Eine Bank muss bei der Beratung von Kommunen und kommunalen Einrichtungen das für sie erkennbare per se sicherheitsorientierte Risikoprofil beachten. Geriert sie sich bei der Beratung als Expertin für kommunales Finanzmanagement ... dann muss sie ihre Empfehlungen daran ausrichten“* (OLG Stuttgart, 9 U 148/08; Hervorhebungen durch die Stadt Linz).

2.2.7.3. Auf die Unwissenheit der zur Beratung abgestellten Mitarbeiter (Aussage Iris S. [REDACTED] im Strafverfahren LG Linz vom 6. Dezember 2013, S. 34: *„Die genauen Grundsätze der Gemeinden, wie sie tatsächlich wirtschaften müssen, sind mir nicht bekannt. Ich weiß nicht, welche Grundsätze es tatsächlich alle gibt“*), kann sich die beklagte Partei nicht berufen, weil es sich bei den Erforschungspflichten um eine „Bringschuld“ handelt (OGH 4 Ob 50/11y).

2.2.7.4. Die Stadt Linz hatte 2006 in erster Linie einen Handlungsbedarf wegen befürchteter steigender Zinsen festgestellt (vgl. Beilage ./57; *„als Absicherungsinstrument wird ein Zinsswap in Fixzins überlegt“*). Das war auch der Hintergrund für die Überlegungen des Mag. Werner P. [REDACTED] mit Banken in Kontakt zu treten (vgl. Punkt II. Z 2). Die grundsätzliche Motivation für den Gemeinderatsbeschluss findet sich im Amtsbericht vom 13. Mai 2004 wieder (Beilage ./62; zur Genese des Beschlusses und das Verständnis des Gemeinderats, vgl. VBSS der Stadt Linz zu Punkt II.4.2). Dass der Amtsbericht **nicht öffentlich zur Verfügung gestanden wäre** spielt im Lichte des § 13 Z 3 WAG 1996 keine Rolle, weil die beklagte Partei eine entsprechende Explorationspflicht traf (siehe unten zu Punkt 2.3; OGH 4 Ob 50/11y).

2.2.7.5. Der Stadt Linz ging es auf der Ebene **der Anlageziele** jedenfalls darum, das

Finanzierungsportfolio mit marktüblichen Geschäften zu optimieren, indem

- Planungssicherheit für die Darlehen hergestellt wird,
- Kosten wenn möglich gespart werden,
- jedoch keine überbordenden Risiken eingegangen werden.

- 2.2.7.6. Das Verhältnis von Zinsaufwand und Risiko des Finanzierungsportfolios der Stadt Linz sollte **verbessert**, d.h. „optimiert“ und **nicht verschlechtert** werden (zum Begriffsverständnis der Optimierung bereits umfassend im VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4ff; zur fehlenden Optimierungstauglichkeit des Swap-Geschäfts 4175, siehe Replik der Stadt Linz, Punkt IV.4.8). Eine „Optimierung“ in diesem Sinn ist **auch bei Schuldportfolios möglich**, indem Kosten gesenkt werden, ohne dabei zusätzliches Risiko einzugehen; vgl. dazu VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4ff; *Schwabe, Ley und Greiner*, Gutachten vom 10.8.2012, ON 116 des Strafaktes, S 7, Beilage /7Z4:). Die „**Anlageziele**“ der Stadt Linz lagen daher nicht nur aus kommunalrechtlicher, sondern auch **aus bankwirtschaftlicher Sicht** auf der Hand.
- 2.2.7.7. Das Swap-Geschäft 4175 war zur Optimierung des Schuldportfolios ungeeignet, es führte zu **überbordenden Risiken** und brachte **keine Planungssicherheit** und stand der „Zinsvorteil“ (eigentlich ein „Zinsvorgriff“) völlig außer Verhältnis zu den Risiken des Geschäfts (siehe dazu bereits die Ausführungen im Zusammenhang mit der fehlenden Optimierungseignung, VBSS der Stadt Linz, Punkt II.4ff).
- 2.2.7.8. Die beklagte Partei musste als professioneller Dienstleister und Sachverständiger im Sinn des § 1300 ABGB erkennen, dass das Swap-Geschäft 4175 unter diesen Gesichtspunkten aufgrund **seiner besonderen Struktur** (vgl. dazu bereits unter Punkt II. Z 7, sowie KB der Stadt Linz, Punkt V. und VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 2f) **niemals den tatsächlichen Anlagezielen der Stadt Linz** gerecht werden konnte. Tatsächlich kümmerte sich die beklagte Partei um die Kundenverhältnisse und damit auch die Anlageziele nicht (vgl. Punkt II. Z 6). Das Swap-Geschäft 4175 war für die Stadt Linz in Summe betrachtet schon auf der Ebene der allgemeinen Anlageziele **gänzlich ungeeignet** (vgl. dazu oben zu Punkt II. Z 8) und unterlag damit dem Empfehlungsverbot des § 14 Z 1 WAG 1996.
- 2.2.8. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit der Risikobereitschaft der Stadt Linz als Teil der Anlageziele gemäß § 13 Z 3 WAG 1996
- 2.2.8.1. Die Erhebung der „Anlageziele“ des Kunden gemäß § 13 Z 4 WAG 1996 umfasst zwangsläufig auch dessen **individuelle Risikobereitschaft** (OGH 2 Ob 189/08w), weil die Frage, wie viel Risiko der Kunde bereit ist einzugehen, das in Frage kommende Spektrum an Finanzinstrumenten (und deren Ausgestaltung) massiv mitbestimmt. Die Risikobereitschaft ist nicht allgemein, sondern **konkret auf die geplanten Geschäfte** hin zu ermitteln (OGH 2 Ob 189/08w).
- 2.2.8.2. Auch nach WAG 2007 ist das „Risikoprofil“ des Kunden seinem „Anlageziel“ zuzuordnen (vgl. *Graf in Gruber/Raschauer*, Kommentar zum WAG, § 44 Rz 26). Die Bank hat vor der Empfehlung eines spekulativen Geschäfts sorgfältig die **Risikobereitschaft des Kunden** zu ermitteln, weil nicht davon ausgegangen werden darf, dass der Anleger das theoretische **Maximalrisiko des Geschäfts tragen will** (OLG Stuttgart 9 U 11/11). Die beklagte Partei hätte sich hinsichtlich der wahren Risikobereitschaft der Stadt Linz (und nicht des Mag. Werner P. ) somit genau kundig machen müssen. Die „erwartbare Risikobereitschaft“ der Stadt Linz war



geprägt davon, dass Gemeinden bei der Verwaltung von Gemeindevermögen generell nach den verfassungsmäßigen Grundsätzen **der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit im Sinn des Art. 119a B-VG** vorgehen müssen. Ein Geschäft, dem wie dem Swap-Geschäft 4175 ein Risiko inne wohnt, das bei ungünstiger Entwicklung die Zahlungsunfähigkeit der Gemeinde nach sich ziehen kann, kann schon per se **niemals den genannten kommunalrechtlichen Vorgaben entsprechen**. Ein Dienstleister kann auch objektiv niemals davon ausgehen, dass eine Gemeinde **Anlageziele** verfolgen würde, welche nicht im Einklang mit Art. 119a B-VG zu bringen sind. Dem Kunden, und den Entscheidungsträgern würden damit nämlich gleichsam „**rechtswidrige Anlageziele**“ unterstellt werden.

- 2.2.8.3. Bei Vertretungsverhältnissen kommt es auf die **Risikobereitschaft des Kunden** und nicht etwa die des handelnden Organs (Mag. Werner P. an (RIS-Justiz RS0119829; 1 Ob 231/04h). Dementsprechend kann sich die beklagte Partei auch nicht mit einer allfällig erhöhten Risikobereitschaft des Mag. Werner P. rechtfertigen, die aufgrund dessen Fehlverständnisses über die wahre Problematik des Geschäfts (vgl. dazu bereits ausführlich unter Punkt II. Z 4) **ohnehin nicht gegeben** war.
- 2.2.8.4. Aus der besonderen Struktur des Swap-Geschäfts 4175 (vgl. Punkt II. Z 7) ergab sich ein völlig überbordendes Risiko, das für die Stadt Linz mit deren Mitteln **nicht beherrschbar war**: Das Swap-Geschäft 4175 war schon aus ex-ante Sicht als „**extrem riskant**“ einzustufen, es stand **somit nicht** im Einklang mit der tatsächlichen Risikobereitschaft und damit den Anlagezielen der Stadt Linz:
- 2.2.8.5. Schon bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 stand aus stochastischer Sicht fest, dass die Stadt Linz einen Verlust in der Höhe des „negativen Anfangswertes“ der Struktur von EUR 20 Mio. erleiden würde. Der nach stochastischen Modellen errechnete Barwert verfügt nämlich auch über eine „**Prognosefunktion**“. Diese gibt zwar keine feste Auskunft darüber, ob ein Schaden tatsächlich eintreten wird oder nicht, jedoch darüber, dass der Finanzmarkt zum Zeitpunkt des Abschlusses eine **Zuzahlung** von EUR 20 Mio. an die Stadt Linz (bei ansonsten gleichbleibenden Parametern) gefordert hätte, damit die „Wettchancen“ aus dem Swap-Geschäft 4175 für beide Vertragsteile **ausgeglichen** gewesen wären. Aus dem Blickwinkel der Wahrscheinlichkeitsberechnung („stochastischer Sicht“) war daher die Erfolgchance der Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei **massiv geschmälert**. Die stochastische „Prognosefunktion“ des negativen Anfangswerts wurde in der Entscheidung des OLG Stuttgart zu 9 U 57/11 zutreffend herausgearbeitet.
- 2.2.8.6. Neben dem „negativen Anfangswert“, zeigten auch die EUR/CHF Forward-Kurse bei Abschluss ein „**Durchschlagen des Strikes**“ von 1,54 in naher Zukunft an (siehe dazu bereits VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4.10; Beilage ./QQQQQQ), eine Aufwertung des CHF in der Laufzeit des Geschäfts bis deutlich unter den Strike von EUR/CHF 1,54 war damit **eine reale Bedrohung** und aus dem Blickwinkel der langfristigen CHF-Entwicklung auch durchaus plausibel (vgl. Beilage ./FFFFFF; zu der insofern unterlassenen Aufklärung siehe auch näher unten zu Punkt 2.5.11). Hinsichtlich erwartbarer Währungsentwicklungen unterlag Mag. Werner P. einem grundlegenden Irrtum, wobei ihn die beklagte Partei in diesem Irrglauben noch bestärkte (vgl. dazu bereits Punkt II. Z 4).
- 2.2.8.7. Die Formel des Swap-Geschäfts 4175 verkörpert 21 durch die Stadt Linz

verschiedene exotische (als Stillhalter verkaufte) EUR/CHF Put-Optionen mit konvexem Auszahlungsprofil, mit einem **Optionsnominal** von insgesamt über **EUR 1,2 Mrd.** Sind schon verschiedene (verkaufte) Währungsoptionen per se **als hochriskant einzustufen**, weil das Risiko **zukünftiger Zahlungspflichten unbeschränkt** ist, so wurde das Risiko beim Swap-Geschäft 4175 durch **die mehrfache Hebelung** im Wege der Optionen geradezu auf die Spitze getrieben. Unter dem Gesichtspunkt der Risikomessung war das Swap-Geschäft 4175 einem ungedeckten Leerverkauf in CHF in Höhe von **EUR 500 Mio.** gleichzuhalten, jedoch mit der Besonderheit, dass – anders als bei einem Kredit – **kein entsprechendes Kapital zugeflossen** ist (vgl. dazu Janssen, Gutachten vom 18. Juni 2012, ON 102 des Strafakts, S. 16, Beilage ./7Z2).

2.2.8.8. Die Wahrscheinlichkeit eines extremen Verlustes war schon **ex ante betrachtet äußerst hoch** und stand in **grobem Widerspruch** zur tatsächlichen Risikobereitschaft der Stadt Linz und zu den kommunalrechtlichen Vorgaben (zum Empfehlungsverbot schon infolge unterlassener gebührender „Kundenexploration“ siehe Punkt 2.3). Auch infolge fehlender Übereinstimmung zwischen der Risikobereitschaft der Stadt Linz und dem tatsächlichen Risiko des Swap-Geschäft 4175 hätte dieses folglich nicht empfohlen werden dürfen (§ 14 Z 1 WAG 1996).

2.2.9. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit den Kenntnissen und Erfahrungen der Stadt Linz

2.2.9.1. Die einschlägigen **Kenntnisse und Erfahrungen** des Kunden sind im Lichte des § 14 Z 1 WAG 1996 (ebenfalls) von entscheidender Bedeutung: Der Wissensstand des Kunden hinsichtlich der in Aussicht genommenen Geschäfte ist nämlich ausschlaggebend für die Beurteilung des Dienstleisters, ob der Kunde das in Rede stehende Produkt überhaupt **grundsätzlich beherrschen** kann, also **verstehen**, worauf er sich einlässt (siehe dazu auch nunmehr ausdrücklich § 44 Abs 2 Z 3 WAG 2007). Die Kenntnisse und Erfahrungen sind auch von zentraler Bedeutung für die Frage, welchen **Umfang und Tiefe die Informationspflichten** haben. Die Bank treffen Aufklärungs- und Beratungspflichten insbesondere dann, wenn aus den Umständen ein Mangel an einschlägigen Kenntnissen oder eine Fehlentscheidung des Kunden offenkundig wird (OGH 7 Ob 140/02t; 8 Ob 11/11t). Die **Kenntnisse und Erfahrungen** sind folglich sowohl für die anleger-, als auch für die objektgerechte Beratung relevant.

2.2.9.2. Wie das OLG Koblenz im Urteil zu 6 U 170/09 zutreffend festgestellt hat, ist hinsichtlich der Frage der Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden vor allem zu berücksichtigen, ob es sich um **einen erfahrenen Anleger mit einschlägigem Fachwissen** handelt. Einschlägig ist etwaiges Fachwissen nur dann, wenn es sich gerade auf **den Typ des Geschäfts bezieht**, über dessen Abschluss der Kunde entscheiden soll. Die Stadt Linz hatte bis September 2006 überhaupt keine Derivatgeschäfte abgeschlossen. Auch der handelnde Mag. Werner P. konnte **keine einschlägigen Vorerfahrungen** aufweisen. Insbesondere war er beruflich nie in einer Position tätig geworden, die es ihm ermöglicht hätte, sich entsprechende Erfahrungen oder Fachwissen anzueignen.

2.2.9.3. Die Stadt Linz hat bereits unter Punkt II. Z 3.7 dargestellt, dass die These der beklagten Partei, Mag. Werner P. habe das Swap-Geschäft 4175 gewollt, weil er schon so gute Erfahrungen mit dem vorher abgeschlossenen Swap 3976 gesammelt hätte, einer **Überprüfung nicht im geringsten stand hält**. Abgesehen davon, war

der Abschluss des Swap 3976 nicht geeignet, Mag. Werner P. (oder der Stadt Linz) Kenntnisse und Erfahrungen zu verschaffen, die ihn in die Lage versetzt hätten, eine fehlerfreie Anlageentscheidung zu treffen. Es ist anerkannt, dass in einer „Kette von Geschäften“, soweit der Kunde vor dem ersten empfohlenen Anlagegeschäft nicht ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist, dieser Aufklärungsmangel grundsätzlich auch **für gleichartige Folgegeschäfte fortwirkt** (BGH WM 1992, 770, 773; *Ellenberger*, aaO., S 87). Den Swap-Abschluss 3976 kann die beklagte Partei daher für sich nicht ins Treffen führen.

- 2.2.9.4. Im Übrigen widerlegt auch eine Entscheidung des OLG München die Argumentation der beklagten Partei zur Rechtsfolge von „angeblichen positiven Erfahrungen“ mit Vorgeschäften (hier dem Swap-Geschäft 3976): *„Nicht nur nicht auszuschließen, sondern ausgesprochen naheliegend ist außerdem und vielmehr, dass auch die vorherigen Geschäfte (mögen sie auch „gut ausgegangen sein“) auf unzureichender Informationsbasis der Klägerin eingegangen worden waren. Sollten diese Geschäfte nicht zu nennenswerten Verlusten der Klägerin geführt haben, hatte dies im Gegenteil die Klägerin in ihrem Irrglauben bestätigt, derartige Geschäfte beinhalteten ein überschaubares und daher akzeptables Risiko“* (OLG München, 5 U 216/12). Ein in der Vergangenheit nicht sichtbar gewordenes Risiko ist **nicht geeignet**, den Kenntnis- oder Erfahrungsstand des Kunden hinsichtlich verborgener Risiken zu erhöhen.
- 2.2.9.5. Dass die Stadt Linz und auch Mag. Werner P. über **keine einschlägigen Kenntnisse und Erfahrungen** verfügte, um das tatsächliche Risiko und die Struktur des Swap-Geschäfts 4175 zu erfassen, war für die beklagte Partei aus einer ganzen Reihe von Tatsachen ersichtlich (zum „Professionalitätsgrad“ des Mag. Werner P. und dessen Erkennbarkeit siehe bereits ausführlich in der Replik der Stadt Linz, Punkt IV.1.2). Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Ausführungen in Punkt II. Z 5.6 („völlig fehlendes Verständnis hinsichtlich der Bewertungen“) und Punkt II. Z 4 („falsche Vorstellung von Wechselkursentwicklungen“).
- 2.2.9.6. Im Zusammenhang mit den inadäquaten Kenntnissen und Erfahrungen ist insbesondere auch auf die fehlende Beherrschbarkeit des Risikos **mit den Mitteln einer Gemeinde** zu verweisen (dazu unter Punkt II. Z 8.2). Mag. Werner P. verfügte über keinerlei Bewertungssoftware, die zur Risikoüberwachung unerlässlich ist. Er hatte auch keine value-at-risk Risikomessungssysteme zur Verfügung (siehe auch unten bezüglich der unterlassenen Aufklärung über die notwendige technische Ausstattung unter Punkt 2.5.12). Im Zusammenhang mit der „fehlenden Professionalität“ der Stadt Linz werden noch weitere Mängel aufgezeigt, auf die insofern zu verweisen ist (vgl. dazu unten Punkt 2.4).
- 2.2.9.7. Das Swap-Geschäft 4175 war somit auch im Hinblick auf die Kenntnisse und Erfahrungen **nicht interessengerecht** und hätte daher von der beklagten Partei nicht empfohlen werden dürfen (§ 14 Z 1 WAG 1996).
- 2.2.10. Keine Übereinstimmung des Swap-Geschäfts 4175 mit den finanziellen Verhältnissen der Stadt Linz
- 2.2.10.1. Die finanziellen Verhältnisse des Kunden (der Stadt Linz) sind vor allem für die Frage der „**Risikotragungsfähigkeit**“ von maßgeblicher Bedeutung. § 44 Abs 2 Z 2 WAG 2007 normiert – abermals ohne eine materielle Änderung gegenüber der

Rechtslage nach WAG 1996 zu bewirken – dass im Rahmen der „Eignungsprüfung“ festgestellt werden muss, ob etwaige mit dem Geschäft einhergehende Anlagerisiken für den Kunden **„finanziell tragbar“** sind. Der Umstand, dass ein Kunde sich einen Verlust noch „leisten“ kann, bedeutet aber keineswegs, dass der Kunde auch „bereit“ ist, **diese Risiken tatsächlich sehenden Auges einzugehen**. Daher ist die Bankenpraxis, die sich danach orientiert, die Risikobereitschaft mit der veranschlagten „Leistbarkeitsgrenze“ für den Kunden gleichzustellen, gesetzwidrig (OLG München, 5 U 206/12; in diese Richtung auch OLG Stuttgart, 9 U 11/11).

2.2.10.2. Aus den Kreditanträgen, Beilagen ./JJJ1 bis ./JJJ16, ist ersichtlich, dass sich die beklagte Partei über die finanziellen Verhältnisse der Stadt Linz vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 zumindest eingeschränkte Gedanken gemacht hat: Vom bestehenden Kreditrahmen von ursprünglich EUR 72 Mio. wurde zunächst ein Betrag von EUR 10 Mio. als Derivatlimit („inklusive exotischer Produkte“) gewidmet. Der entsprechende Kreditantrag (Beilage ./JJJ1 vom 27.9.2006, der bemerkenswerterweise nach Abschluss des Swap 3976 datiert) wurde zwar noch „positiv“ beschieden, gleichzeitig wurde jedoch vonseiten des Vorstands auf dem Antrag vermerkt: *„bei nächstem Antrag Reduktion Limit andenken“*. Mit EUR 94 Mio. hatte nach der Einschätzung der beklagten Partei das „Gesamtlimit“ per September 2006 offensichtlich bereits den oberen Bereich erreicht. Auf Basis welcher Grundlagen der Zeuge Haynes dennoch den Schluss zieht, *„dass ein Obligo in Höhe von 94 Mio. Euro signifikant klein ist und in Relation dazu sind auch die 25 Mio. Euro relativ klein“* (Protokoll vom 24. Mai 2013, S. 24), bleibt unerfindlich.

2.2.10.3. Die Finanzschulden der Stadt Linz laut dem im Kreditantrag referenzierten Rechnungsabschlusses 2005 betragen EUR 352,1 Mio. Der Schuldendienst (aufgewendeter Betrag von EUR 23 Mio.) wurde im Kreditantrag (vgl. Beilage ./JJJ1) mit „zufriedenstellend“ beurteilt, löste also bei der beklagten Partei keine Begeisterungstürme aus. Das Swap-Geschäft 4175 hatte das Risikopotenzial, diesen jährlichen Schuldendienst von damals EUR 23 Mio. **ohne weiteres jährlich zu verdoppeln**, sollte der Strike von EUR/CHF 1,54 maßgeblich unterschritten werden. Im Dezember 2008 zog ein Kurs von 1,54 eine negative Bewertung des Swap-Geschäfts **von EUR 100 Mio.** nach sich (vgl. interne E-Mail der beklagten Partei vom 18.12.2008, Beilage ./116). In dieser Bewertung steckte ein stochastischer Prognosewert (siehe dazu unter Punkt 2.2.7 im Zusammenhang mit den Anlagezielen und der Risikobereitschaft als Teil davon).

2.2.10.4. Die „Unangemessenheit“ des Swap-Geschäfts 4175 im Vergleich zu den **finanziellen Verhältnissen** der Stadt Linz illustriert sich auch im folgenden Zahlenvergleich: So ergibt sich aus dem Rechnungsabschluss 2007 (Beilage ./XXXX), Rechnungsquerschnitt Z 25 (Zinsen für Finanzschulden) ein Betrag von EUR 9,6 Mio. des jährlich veranschlagten Zinsendienstes. Das Swap-Geschäft 4175 wies mit einem negativen Anfangswert von rd. EUR 20 Mio. **mehr als das Doppelte des gesamten jährlichen Voranschlag an Zinsendienst für Finanzschulden auf**. Hätte die Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 – aus welchen Gründen auch immer – unmittelbar nach Abschluss mit Zustimmung der beklagten Partei beendet, hätte sich der gesamte Zinsendienst für das Haushaltsjahr mit einem Mal **um 200% (!)** erhöht, selbst wenn sich der CHF-Kurs **überhaupt nicht gegenüber dem Abschlusszeitpunkt verändert hätte**.

2.2.10.5. Aufgrund der Kenntnis der Gemeindefinanzen (siehe nur Beilagen ./JJJ1 - ./JJJ16), wusste die beklagte Partei auch (bzw. musste wissen), dass die Stadt Linz **kein**

**Risikobudget** für Spekulationsgeschäfte vorgesehen hatte. Der beklagten Partei war daher klar, dass die finanziellen Mittel für ein adäquates Risikomanagement – etwa die Etablierung eines Limit-Systems vergleichbar wie bei Banken - **nicht vorhanden** waren. Außerdem wurde mit dem Swap-Geschäft 4175 eine **Risikokonzentration** (sog. „Klumpenrisiko“) in nur einer Währungsposition (CHF) herbeigeführt, welche völlig außer Verhältnis zu den restlichen Schulden stand (dazu auch näher unten unter Punkt 2.5.9).

2.2.10.6. Das Swap-Geschäft 4175 war somit aus mehreren Gründen auch in Ansehung der finanziellen Verhältnisse der Stadt Linz **ungeeignet** und hätte nicht empfohlen werden dürfen (§ 14 Z 1 WAG 1996).

### 2.2.11. Zusammenfassung

2.2.11.1. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass keine einzige der kumulativ geforderten Voraussetzungen im Sinne der §§ 13 Z 3 iVm 14 Z 1 WAG 1996 für eine gesetzmäßige Anlageempfehlung vorgelegen hat. Die beklagte Partei hätte daher keine Empfehlung zum Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 abgeben dürfen. Es war im Gegenteil vielmehr die Pflicht der beklagten Partei, vom Swap-Geschäft 4175 dringend abzuraten. Selbst wenn man fälschlicherweise davon ausginge, dass die beklagte Partei keine „Empfehlung“ im Sinn des § 14 Z 1 WAG 1996 abgab, so traf sie unstrittig die **Warnpflicht**, dass das in Aussicht genommene Geschäft für die Stadt Linz nicht geeignet ist.

2.2.11.2. Vom Empfehlungsverbot des § 14 Z 1 WAG 1996 unberührt, bleibt die reine **Aufklärungspflicht** im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996. Selbst wenn kein Verstoß gegen § 14 Z 1 WAG 1996 vorliegen würde, hat die beklagte Partei jedoch in schwerwiegender Weise gegen die Aufklärungspflichten des § 13 Z 4 WAG 1996 verstoßen, welche den zivilrechtlich geschuldeten Pflichtenmaßstab konkretisieren (RIS-Justiz RS0119752). Auf die diversen Aufklärungspflichtverstöße wird unten zu Punkt 2.5 näher eingegangen.

## 2.3. **Verstoß gegen die Verpflichtung zur „Kundenexploration“ im Sinn des § 13 Z 3 und daran geknüpftes allgemeines Empfehlungsverbot im Sinn des § 14 Z 1 WAG 1996**

### 2.3.1. Allgemeines

2.3.1.1. Welche tragende Rolle die „persönlichen Verhältnisse“ des Kunden in der Anlageberatung im Lichte des § 14 Z 1 WAG 1996 spielen, wurde bereits dargelegt (Punkt 2.2.7ff).

2.3.1.2. Es liegt auf der Hand, dass eine Finanzdienstleistung fehlerhaft sein muss, wenn die Bank es verabsäumt, die Kundenverhältnisse im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 genau zu erheben. Auch die reine Aufklärung im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 (ohne jede Empfehlung) misst sich an den **individuellen Verhältnissen des Kunden**. Daher bedarf es zunächst einer genauen Erhebung der Kundenverhältnisse, damit sich der Dienstleister ein vollständiges Bild davon machen kann,

- a) welche Instrumente für den Kunden konkret in Frage kommen, also „geeignet“ (empfehlenswert) sind,
- b) welche aufklärende Informationen der Kunde benötigt und

- c) wie umfangreich diese Informationen erteilt werden müssen, damit der Kunde schließlich eine fehlerfreie Entscheidung treffen kann.

- 2.3.1.3. Der WAG Gesetzgeber will die fehlerfreie Anlageentscheidung nicht von „Zufälligkeiten“ abhängig machen. Sinn des WAG 1996 ist primär der Schutz des Kunden einerseits, aber auch des funktionstüchtigen Marktes (vgl. *Winternitz*, WAG, Vor § 11 Rz 1). Fehlerhafte Anlageentscheidungen widersprechen der Markteffizienz, weil damit die Verteilungsfunktion des Marktes fehlgeleitet wird und letztlich massive frustrierte Kosten entstehen, die zunächst vor allem auf den betroffenen Kunden zurückfallen. Der Gesetzgeber hat daher dem Dienstleister eine „**Explorationspflicht**“ zu den Kundenverhältnissen auferlegt (§ 13 Z 3 WAG 1996). Diese ist mit dem „Empfehlungsverbot“ des **§ 14 Z 1 WAG 1996** zusätzlich abgesichert, weil es dem Rechtsträger im Kleid einer „**besonderen Verhaltenspflicht**“ verboten ist, dem Kunden Finanzinstrumente zu empfehlen (also eine Beratung zu erbringen), wenn und soweit die Empfehlung **nicht mit den Interessen des Kunden** übereinstimmt (dazu ausführlich bereits oben zu Punkt 2.2).
- 2.3.1.4. Soweit die Bank die individuellen Verhältnisse des Kunden im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 **gar nicht** oder zumindest **nicht vollständig** erhebt, **muss die vollständige und richtige Beratung des Kunden zwangsläufig scheitern**. Aus dem Größenschluss in der Zusammenschau von § 13 Z 3 und § 14 Z 1 WAG 1996 kann daher nichts anderes folgen, also dass eine Bank **generell keine Empfehlung** aussprechen darf („Empfehlungsverbot“), sofern die Kundenverhältnisse nicht vollständig im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 erhoben worden sind. Sie darf auch nicht den Anschein einer Empfehlung erwecken, weil auch „konkludente“ Empfehlungen möglich sind (siehe dazu bereits oben Punkt 2.2.2).
- 2.3.1.5. Dieses Ergebnis wird auch durch das WAG 2007 abgestützt. § 44 Abs 1 WAG 2007 enthält einen dem § 13 Z 3 WAG 1996 vergleichbaren Auftrag zur Erhebung der Kundenverhältnisse: *„Ein Rechtsträger, der Anlageberatungs- oder Portfolioverwaltungsdienstleistungen erbringt, hat Informationen über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden im Anlagebereich in Bezug auf den speziellen Typ der Produkte oder Dienstleistungen, seine finanziellen Verhältnisse und seine Anlageziele einzuholen, damit er dem Kunden für ihn geeignete Wertpapierdienstleistungen und Finanzinstrumente empfehlen kann.“* Die eingeholten Informationen müssen es dem Rechtsträger ermöglichen, die **wesentlichen Fakten** in Bezug auf den Kunden zu erfassen.
- 2.3.1.6. Gemäß § 44 Z 5 WAG 2007 darf der Rechtsträger im Falle **unvollständiger Exploration der Kundenverhältnisse** (wobei es keine Rolle spielt, warum die Exploration nicht stattgefunden hat, also diese auch in einer Weigerung des Kunden begründet sein kann) dem Kunden **weder Dienstleistungen noch Finanzprodukte empfehlen**. Bei fehlenden Informationen zu den Kundenverhältnissen gilt daher ein gewissermaßen „vorgeschaltetes“ „**generelles Empfehlungsverbot**“.
- 2.3.1.7. Der Berater handelt somit bereits dann **rechtswidrig**, wenn er eine Anlageempfehlung ausspricht, obwohl er nicht über die erforderlichen „Informationen zu den persönlichen Verhältnissen des Kunden“ verfügt. Die beklagte Partei hat gegen diesen Grundsatz verstoßen. Sie ist tatsächlich beratend tätig geworden (siehe bereits zu Punkt II. Z 3) **ohne die gebührende Kundenexploration** im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996.

- 2.3.1.8. Auch für die aus dem WAG und dem Beratungsvertrag abgeleiteten Schadenersatzansprüche gilt der Grundsatz, dass der Geschädigte Rechtswidrigkeit und Kausalität des Verhaltens des Schädigers beweisen muss (RIS-Justiz RS0022686, 4 Ob 67/12z). Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der beklagten Partei ergibt sich aber schon aus dem „Empfehlungsverbot“ an sich. Die Stadt Linz hat dann aber nur mehr zu beweisen, dass die beklagte Partei die Kundenverhältnisse nicht gebühlich erhoben, gleichwohl jedoch das Geschäft empfohlen hat.
- 2.3.1.9. Der Nachweis der Kausalität ist schon deshalb erbracht, weil Mag. Werner P. nach den Feststellungen des Landesgerichtes Linz das Swap-Geschäft 4175 ohne die Empfehlung der beklagten Partei nicht abgeschlossen hätte (siehe im Einzelnen Punkt II. Z 10). Das rechtswidrige **Verhalten** ist bereits aufgrund der **völlig fehlenden Dokumentation** gemäß § 17 WAG 1996 im Sinn eines *prima facie* Beweises **indiziert** (dazu sogleich):
- 2.3.2. Unterlassene Dokumentation der Aufzeichnungspflichten gemäß § 17 WAG 1996 (Anlegerprofil)
- 2.3.2.1. Die Aufzeichnungspflichten gemäß § 17 WAG 1996 dienen der Kontrolle der Einhaltung der Wohlverhaltensregeln gemäß § 13 Z 4 und § 14 Z 1 WAG 1996 (RIS-Justiz RS0123044.) § 17 WAG 1996 ist zwar für sich gesehen kein Schutzgesetz im technischen Sinn des § 1311, 2. Satz Fall 2 ABGB, aber eine in der Praxis wichtige Vorschrift, weil sie den Rechtsträger zwingt, die Kundenverhältnisse und deren Erhebungsvorgang **aufzuzeichnen**, damit später geprüft werden kann, inwieweit der Rechtsträger seinen Pflichten bei Erbringung der Dienstleistung nachgekommen ist. Ein nicht vorhandenes Anlegerprofil begründet daher auf Tatsachenebene die Vermutung, dass der Rechtsträger den Pflichten zur Erhebung der Kundenverhältnisse **nicht nachgekommen** ist.
- 2.3.2.2. Die beklagte Partei hat selbst über Aufforderung der Rechtsvertretung der Stadt Linz kein Anlegerprofil vorgelegt (siehe nur die unerledigt gebliebene Anforderung durch die Rechtsvertretung der Stadt Linz mit Schreiben vom 12. Oktober 2011, Beilage ./CCC). Auch im Gerichtsverfahren ist kein Anlegerprofil vorgelegt worden. Die beklagte Partei ist daher ganz offenkundig den Explorationspflichten des § 13 Z 3 WAG 1996 nicht nachgekommen, könnte sie doch ansonsten eine entsprechende Urkunde vorlegen und hätte dies auch schon längst getan. Die bisherigen Zeugenaussagen haben bestätigt, dass die beklagte Partei bei Kommunen bis ins Jahr 2008 offenbar **generell keine Anlegerprofile** angelegt hat (siehe auch die Aussage Zeuge A. Protokoll vom 27. September 2013, Seite 28 *„Nein, eine solche Aufnahme in Form eines Fragebogens wurde nicht durchgeführt. Das war damals auch nicht üblich, wenn es um die Anbahnung eines Treasury-Geschäfts ging.“*)
- 2.3.2.3. Dass die beklagte Partei die Explorationspflichten verletzt hat, bestätigt sich auch in der Aussage des Zeugen A. *„In meiner Anwesenheit wurden bei Herrn Mag. F. jedenfalls derartige Fragen, was seine Risikobereitschaft und seine bisherigen Erfahrungen mit Anlageprodukte anbelangt, nicht erhoben“* (Protokoll HG Wien vom 27. September 2013, S 30).
- 2.3.2.4. Die beklagte Partei blieb im Verfahren somit bisher **jeden Beweis schuldig**, den Erhebungspflichten gemäß § 13 Z 3 WAG 1996 nachgekommen zu sein, sodass zusammengefasst von einem Verstoß und einem daran geknüpften Empfehlungsverbot auszugehen ist.

### 2.3.3. Relevanz der Nachforschungspflichten des § 13 Z 3 WAG 1996 für die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses

- 2.3.3.1. Gemeinderatsbeschlüsse sind wie normative Rechtsakte nach den Regeln der §§ 6,7 ABGB auszulegen (Punkt III. Z 1.3). Ziel der Auslegung ist der Wille des Gemeinderats und der mit dem Beschluss verfolgte Zweck; § 914 ABGB und die Unklarheitenregelung des § 915 ABGB kommen nicht zur Anwendung (Punkt III. Z 1.2.1.2 ff). § 13 Z 4 WAG 1996 verlangt, den **Willen des Kunden respektive dessen Anlageziele zu erforschen**. Teil der Anlageziele ist auch die Risikobereitschaft (siehe dazu bereits oben zu Punkt 2.2.8).
- 2.3.3.2. Abgesehen davon, dass § 915 ABGB nicht einschlägig ist, ist diese Bestimmung dann unanwendbar, wenn der Gesetzgeber eine Partei (hier den professionellen Dienstleister) ausdrücklich dazu verpflichtet, den **Willen des anderen genau zu erforschen**. Es handelt sich um eine „Bringschuld“ der beklagten Partei (4 Ob 50/11y).
- 2.3.3.3. Hätte die beklagte Partei die „Anlageziele“ der Stadt Linz **tatsächlich** gebühlich erforscht, hätte sie festgestellt, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 Geschäfte wie den Swap 4175 nicht deckt, weil ein solches Geschäft den Zielen der Stadt Linz nicht gerecht wird (dazu bereits oben zu Punkt 2.2.6). Die beklagte Partei kann sich daher auch nicht auf ein einschlägiges Vertrauen in ihre „eigene“ Interpretation des Gemeinderatsbeschlusses berufen, weil sie gegen die „Explorationspflicht“ verstoßen hat, deren Erfüllung jedoch Voraussetzung für ein gerechtfertigtes Vertrauen wäre.

## 2.4. **Keine Einschränkung des Pflichtenmaßstabs gemäß WAG 1996 gegenüber der Stadt Linz**

### 2.4.1. Grundsätzliches zur Prozessbehauptung, die Stadt Linz wäre „professioneller Kunde“

- 2.4.1.1. Die Stadt Linz hat bereits vorgetragen, dass die beklagte Partei **umfassende Informationspflichten** getroffen hat (vgl. bereits Klage der Stadt Linz zu Punkt VI. Z 7.; KB der Stadt Linz zu Punkt VII. Z 7; ebenso Punkt II. Z 5 oben; zur gebotenen Aufklärung gemäß § 13 Z 4 WAG 1996 näher unten zu Punkt 2.5). Nach ständiger Judikatur konkretisieren die Pflichten gemäß WAG 1996 die schon aus dem Effektengeschäft aus culpa in contrahendo geschuldeten Schutz- und Aufklärungspflichten, weiters die des gleichzeitig abgeschlossenen Auskunfts- bzw. Beratungsvertrages (RIS-Justiz RS0119752; *Schobel*, ÖBA 2001, 752f zu 4 Ob 252/00p).
- 2.4.1.2. Die beklagte Partei behauptet, die Stadt Linz sei „professioneller Kunde“ gewesen und versucht daraus abzuleiten, dass eine adäquate Risikoaufklärung hinsichtlich des Swap-Geschäfts 4175 per se hätte entfallen können (vgl. Replik der beklagten Partei, S 27f; ebenso S 11). Sowohl die Prozessbehauptung an sich, als auch die daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse sind unrichtig:
- 2.4.1.3. Die Stadt Linz ist in ihrer Klagebeantwortung unter Punkt VII. Z 7.4. („Stadt Linz kein *professioneller Marktteilnehmer*“) diesen Behauptungen bereits mit folgenden Argumenten entgegen getreten:



- Dem auf den Sachverhalt anzuwendenden WAG 1996 ist der Begriff des „**professionellen Marktteilnehmers**“ fremd;
- § 13 Z 4 WAG 1996 lässt wegen des Tatbestandselements der „*Erforderlichkeit*“ nur **im Einzelfall** eine gewisse Abschwächung der Informationsintensität gegenüber dem Kunden zu;
- Kriterien für die gebotene **Einzelfallbetrachtung** sind insbesondere Erfahrung bzw. Unerfahrenheit des konkreten Kunden („Professionalitätsgrad“) und das **konkret** ins Auge gefasste Anlageobjekt; je spekulativer die Anlage, desto weiter reichen die Aufklärungspflichten (RIS-Justiz S0119752);
- Ohne ausreichende Treasury-Erfahrung oder spezifische finanzmathematische Kenntnisse konnten weder der **hohe negative Anfangswert**, noch die **camouflierte Optionsstruktur**, noch die **ungleiche Verteilung der Chancen und Risiken des Swap-Geschäft 4175** erkannt werden;
- Dem Kunden müssen bei OTC-Derivaten die Ergebnisse der von der Bank verwendeten stochastischen Modelle zur Kenntnis gebracht werden, weil sich nur so allfällige subjektive Prognosemeinungen des Kunden objektiv überprüfen lassen (OLG Stuttgart, 9 U 148/08);
- Auch im Lichte des **WAG 2007** ist die Stadt Linz **kein professioneller Kunde** (*Brandl/Saria*, WAG § 58 Rz 16; Anfragebeantwortung der Europäischen Kommission vom 25. Mai 2007, Nr. 83ID249 classification interne Ref.Nr 83);
- Eine **Willensbildung** der Stadt Linz zur Einstufung als „professioneller Kunde“ hat zu keiner Zeit stattgefunden; Auch die **qualitativen und quantitativen Kriterien** des § 59 WAG 2007 sind nicht erfüllt;
- Es **wurde kein Anlegerprofil gemäß § 17 WAG 1996** angelegt; eine adäquate Exploration der Kundenverhältnisse, die denklösig jedem Einstufungsprozedere vorausgehen muss, hat nicht stattgefunden;

2.4.1.4. Nachstehend werden **weitere Gründe** aufgezeigt, weshalb die Behandlung der Stadt Linz als „professioneller Kunde“ beim Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 - und auch danach - nicht **gerechtfertigt war**. Rechtsfolge ist, dass die beklagte Partei **uneingeschränkt** zur vollständigen und richtigen anleger- und objektgerechten Information im Sinn der ständigen Judikatur des OGH und BGH verpflichtet war (grundlegend BGHZ 123, 126, 128 = WM 1993, 1455.v.m.; OGH 4 Ob 50/11y uvm; zu den von der beklagten Partei konkret verletzten Aufklärungspflichten im Sinn des § 13 Z 4 WAG 1996 oben zu Punkt II. Z 5. und unten zu Punkt 2.5).

2.4.2. Keine Einschränkung der Informationspflicht gemäß WAG 1996 durch das Tatbestandselement „erforderlich“ in § 13 Z 4 WAG 1996

2.4.2.1. Die beklagte Partei **konnte zu keinem Zeitpunkt** davon ausgehen, dass die gesetzlich gebotene **vollständige und richtige Information** für die Stadt Linz in Ansehung des Swap-Geschäfts 4175 nicht „erforderlich“ iSd § 13 Z 4 letzter Halbsatz WAG 1996 war. Nach der Rechtslage zum WAG 1996 tritt eine allfällige Abschwächung der Informationspflichten nur dann ein, wenn der Kunde im

**Einzelfall** bereits über **alle notwendigen Informationen** verfügt, sodass weitere Informationen zur Interessenwahrung nicht notwendig sind (vgl. § 13 Z 4, letzter Halbsatz WAG 1996). Wie die beklagte Partei die Stadt Linz bei Finanzgeschäften im Generellen **subjektiv** „eingestuft“ hat, ob eine solche subjektive Kategorisierung überhaupt je tatsächlich existiert und inwieweit die Stadt Linz die von der beklagten Partei offenbar selbstgewählte Definition des „professionellen Kunden“ erfüllte, ist im Lichte des WAG 1996 rechtlich bedeutungslos: Maßgeblich ist allein, ob in **objektiver** Hinsicht ein **Beratungs- und Informationsbedarf** bei Geschäftsabschluss bestanden hat. Nur dann, wenn die Stadt Linz tatsächlich sämtliche **objektiv notwendigen Informationen** zum Swap-Geschäft 4175 bereits aus eigenem zur Verfügung hatte, wäre mangels „Erforderlichkeit“ im Sinn des § 13 Z 4 WAG 1996 letzter Halbsatz eine weitere Information durch die beklagte Partei entbehrlich gewesen. Dies traf aber nicht zu.

2.4.2.2. Der Stadt Linz mangelte es bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 schon **objektiv** an den wesentlichsten Informationen, respektive auch an den notwendigen **„Kenntnissen und Erfahrungen“** iSd § 13 Z 3 WAG 1996 für derartige Derivatgeschäfte (dazu näher oben zu Punkt 2.2.9). Dieser Umstand war für die beklagte Partei bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 **offenkundig**, also auch subjektiv leicht erkennbar. Die „Erforderlichkeit“ der Information hat die beklagte Partei tatsächlich erkannt, wie die folgenden Tatsachen belegen (siehe dazu bereits Replik der Stadt Linz, Punkt IV. Z 1.3 zur angeblichen Professionalität des Mag. Werner P. ■■■):

- Die Stadt Linz hatte bis Herbst 2006 überhaupt keine Derivatgeschäfte abgeschlossen; Sie war mit der beklagten Partei diesbezüglich auch nicht in Kontakt getreten. Der erste einschlägige persönliche Kontakt fand im August 2006 statt (siehe oben zu Punkt II. Z 3). Es existierten auch keinerlei objektive Indikationen für vorangegangene Derivatgeschäftsabschlüsse bzw. einschlägige Erfahrungen der Stadt Linz oder des Mag. Werner P. ■■■ (vgl. Amtsbericht vom 13. Mai 2004, Beilage ./C; Aussage Zeuge A. ■■■ vom 27. September 2013, S. 3 *„Es war damals so, dass Frau S. ■■■ neu war und so sind wir gemeinsam zu Mag. P. ■■■ gegangen, um sie vorzustellen. Bei einem solchen Vorstellungsgespräch stellen wir offene Fragen, um zu sehen, was für Themen den Kunden eigentlich beschäftigen. Es hat sich gezeigt, [...], das auch die Stadt Linz beschäftigt hat, nämlich die Sorgen um die steigenden Zinsen.“*; weiter auf S. 27 *„Es ist richtig, dass dann die logische Konsequenz daraus ist, dass ich davon ausgegangen bin, dass davor die Stadt Linz keine Derivat-Geschäfte abgeschlossen hat.“*; ebenso Aussage der Zeugin S. ■■■ im Strafverfahren, Protokoll vom 6. Dezember 2013, Seite 5);
- Alleiniger Ansprechpartner der beklagten Partei und einziges Verwaltungsorgan, das sich nach außen erkennbar mit der Umsetzung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 inhaltlich befasste, war Mag. Werner P. ■■■ es gab **keinen einzigen Hinweis für die beklagte Partei**, dass Derivatefachleute mit einschlägigem Wissen und/oder Erfahrung bei der Stadt Linz tätig waren (Aussage der Zeugin S. ■■■ im Strafverfahren LG Linz vom 6. Dezember 2013, S. 5);
- Mag. Werner P. ■■■ selbst verfügte über **keinerlei Ausbildung** hinsichtlich derivativer Finanzinstrumente im Generellen, geschweige denn OTC-Derivatgeschäfte (Aussage Mag. Werner P. ■■■ im Strafverfahren LG Linz vom

2. Dezember 2013, S. 6 und 19);

- Mag. Werner P. hat auch in seiner beruflichen Laufbahn bis 2006 keine Erfahrungen hinsichtlich OTC-Derivative gesammelt (Aussage Mag. Werner P. im Strafverfahren LG Linz vom 2. Dezember 2013, S. 6 und 19);
- Die ersten „praktischen Erfahrungen“ des Mag. Werner P. mit Derivaten fallen zeitlich zusammen mit den ersten Geschäftsabschlüssen der Stadt Linz im Herbst 2006 (vgl. Aussage Mag. Werner P. im Strafverfahren LG Linz vom 2. Dezember 2013, S. 6 und 19);
- Mag. Werner P. hatte bis zum Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 insbesondere auch **keine negative Erfahrungen mit Derivaten** gesammelt (die beklagte Partei streicht in ON 207 im Ermittlungsverfahren zu 9 St 204/13p sogar hervor, welche „positive Erfahrungen“ mit dem Swap I (angeblich) gesammelt worden wären; dazu näher oben zu Punkt II. Z 3.7);
- Mag. Werner P. interessierte sich nach Auffassung der beklagten Partei lediglich für die „Cash-Flows“, die Bewertungen waren ihm aufgrund seines fehlenden Verständnisses nicht wichtig (dazu näher zu Punkt II. Z 5.5);
- Die Stadt Linz verfügte über **keinerlei technische Treasury- oder Derivate-Ausstattung**; die gängigen EDV-Programme, um Derivate bewerten und damit Chancen und Risiken objektiv und professionell nach stochastischen Modellen einschätzen zu können (wie etwa „Bloomberg“, Reuters, Pricing Partners etc.), waren nicht vorhanden, geschweige denn das Know-How, solche komplexen Systeme zu bedienen; Die Stadt Linz konnte auch **keine Bewertungen** von Derivaten **nachvollziehen**, geschweige denn selbst berechnen. Es war auch **kein Risikomanagement** für Derivate eingerichtet: *„Vielleicht hätte ich mir damals ein Organigramm holen sollen, wo genau drinnen gestanden wäre, wer macht eigentlich das Risiko-Controlling für solche Produkte, wer da noch aller dabei ist. Aber das habe ich nicht gemacht.“* (Aussage der Zeugin S. im Strafverfahren LG Linz vom 6. Dezember 2013, S 8);
- Die beklagte Partei ging sogar bei ganz naheliegenden Risiken des Swap-Geschäfts 4175 von **einem „dringenden Informationsbedarf“** gegenüber der Stadt Linz aus: So sollte Mag. Werner P. auf das „doppelte Risiko“ (Währungsrisiko in der Anleihe und im Swap) ausdrücklich hingewiesen werden (vgl. Aktenvermerk der beklagten Partei vom 22. Jänner 2007, Beilage /71; Aussage der Zeugin S. im Strafverfahren LG Linz vom 6. Dezember 2013, S. 10f). Damit wurde von der beklagten Partei allerdings nur „Informationskosmetik“ betrieben, weil die tatsächlichen Risiken des Geschäftes in seinem völlig asymmetrischen Gewinn-/ Verlust-Profil, im gravierenden Interessenskonflikt aufseiten der beklagten Partei bei Abschluss des Geschäftes und im negativen Anfangswert des Swap-Geschäfts 4175 lagen (Punkt II. Z 7; dazu näher unten zu Punkt 2.6.5);
- Die von der beklagten Partei im August 2006 versendeten „Präsentationsunterlagen“ richteten sich inhaltlich **wohl kaum an einen „professionellen Kunden“**, sonst hätte die beklagte Partei nicht die Funktionsweise eines einfachen Zinsswaps „fix gegen variabel“ in der Präsentation erklären müssen (vgl. Beilage /76). Ein tatsächlich „professioneller

Kunde“ hätte von vornherein nur „Preisindikationen“ angefragt und zwar in erster Linie per Telefon, wissend, dass sich diese laufend deutlich ändern;

- Auch die unprofessionelle „Währungsmeinung“ des Mag. Werner P. für die Währungsentwicklung EUR/CHF auf einen **Zeitraum von 10 Jahren (!)** (EUR/CHF im Korridor von 1,44 bis 1,62), auf die sich die beklagte Partei immer wieder im Vorbringen stützt, zeugt kaum von einem „professionellen Zugang“ zum Thema (vgl. dazu oben zu Punkt II. Z 4). Die Zeugen H. und R. trauten sich laut eigener Zeugenaussage eine derartige Prognose **auf einen solchen Zeitraum nicht auch nur annähernd** zu (Auf die Frage, ob es eine Prognose der Bank über die Laufzeit des Geschäfts gegeben hat: „Für die restlichen 9 Jahre? Von keiner Bank der Welt würde es eine solche geben“, Aussage R. Protokoll vom 23. September 2013, S. 73 (des Protokollberichtigungsantrags der Stadt Linz). Sie kannten aufgrund ihres bankfachlichen Wissens aber zumindest die langfristige Entwicklung des CHF davor und auch die Forward-Kurse, hatten also eine weitaus bessere Informationsgrundlage als Mag. Werner P.
- Mag. Werner P. erfragte keine EUR/CHF Forwardkurse, geschweige denn, hatte er diese selbst parat oder wusste damit umzugehen (Transkripte der Telefonate im Februar 2007, Beilage ./W);
- Mag. Werner P. mangelte es – abermals für Derivatefachleute wie Iris S. leicht erkennbar – generell an jedem Grundverständnis für die Berechnung des Marktwertes von Derivaten samt Einflussfaktoren (siehe oben zu Punkt II. Z 5; E-Mail vom 7.1.2008, Beilage ./110; Imo, Gutachten vom 25.10.2011, ON 129 des Strafakts, S. 222f);
- Fachliche Erläuterungen der beklagten Partei (die freilich nie die tatsächlich entscheidenden Punkte betrafen) wurden von Mag. Werner P. in den Telefonaten vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 regelmäßig mit einem „mhm“ quittiert („mhm“, im Zusammenhang eindeutig als „weiß nicht“ identifizierbar); dieser Eindruck setzte sich im Wesentlichen auch in späteren Telefonaten fort, auch wenn Mag. Werner P. im Laufe der Zeit durchaus Gewisses dazugelernt haben mag (Transkripte der Telefonate im Februar 2007, Beilage ./W und ./99; Transkript des Telefonats vom 27. Oktober 2008, Beilage ./243);
- Die beklagte Partei ging auch nach Geschäftsabschluss von einem Informationsbedürfnis und wohl auch von einer entsprechenden Verpflichtung zur Information aus, anders lässt sich das auf **Initiative des Zeugen T.** geführte Telefonat vom 27.10.2008 nicht erklären (vgl. oben zu Punkt II. Z 4.7; Transkript des Telefonats vom 27. Oktober 2008, Beilage ./243);
- Abseits dieser Tatsachen, ließen sich noch eine Fülle weiterer Belege gegen die angebliche Professionalität der Stadt Linz im Zusammenhang mit Derivaten ins Treffen führen, worauf nachstehend jeweils im Kontext eingegangen wird.

2.4.2.3. Zieht man diese Umstände in Betracht und stellt diese dem tatsächlichen Charakter des Swap-Geschäfts 4175, vor allem dem sich daraus für die Stadt ergebenden **existenzbedrohenden Risiko** sowie der von Anfang an gegebenen völligen Asymmetrie der Chancen und Risiken gegenüber, kann kein Zweifel bestehen, dass

die Informationspflichten der beklagten Partei gemäß § 13 Z 4 WAG 1996 **uneingeschränkt bestanden** haben und die Informationen auch in jeder Hinsicht „erforderlich“ waren (zu den einzelnen Aufklärungspflichtverletzungen siehe weiter unten Punkt 2.5).

2.4.3. Unzulässige Einstufung des Kunden als „professionellen Kunden“ ohne tatsächliche Exploration der Kundenverhältnisse iSd §§ 13 Z 3, 17 WAG 1996

2.4.3.1. Die Stadt Linz hat bereits darauf hingewiesen, dass die beklagte Partei **kein Anlegerprofil gemäß §§ 13 Z 3, 17 WAG 1996** angelegt (dazu unter Punkt 2.3.2) auch ihre „**Explorationspflicht**“ gröblich verletzt hat. Neben dem Grundsatz „*know your product*“ (vgl. Kölner Kommentar zum WPHG, § 31 RZ 68) gilt eben auch der Grundsatz „*know your customer*“. Schon aus der gesetzlich normierten Pflichtenabfolge (zunächst „Exploration“, dann Information; vgl. § 13 Z 3 und 4 WAG 1996) ergibt sich, dass eine Einstufung als „professioneller Kunde“ ohne davor die persönlichen Verhältnisse individuell und genau in **einem didaktischen Prozess** abgeklärt zu haben, **rechtswidrig** ist (vgl. *Wallisch*, Der Anleger und sein Profil, wbl 2011, 577 (578)).

2.4.3.2. Wer sich um die Kundenverhältnisse und deren Erhebung iSd § 13 Z 3 WAG 1996 überhaupt nicht kümmert, kann wohl **kaum überzeugend behaupten**, der Kunde wäre als „professionell“ (=nicht informationsbedürftig iSd § 13 Z 4 WAG 1996) eingestuft gewesen. Um erst zu dieser Überzeugung gelangen zu können, bedarf es eines **Erhebungsprozesses**, den die beklagte Partei jedoch **nicht abgeführt** hat.

2.4.4. Kein rechtskonformes Einstufungsprozedere als „professioneller Kunde“ im Lichte des WAG 2007

2.4.4.1. Eine einseitige Einstufung als „professioneller Marktteilnehmer“, noch dazu ohne die Tatsachengrundlagen zu erheben, ist unzulässig, weil der Schutzcharakter des § 13 WAG 1996 außer Zweifel steht (vgl. ua. RIS-Justiz RS0119752). Dieser darf auch nicht durch (im Gesetz gar nicht vorgesehene) „Einstufungspraktiken“ der Bank unterlaufen werden.

2.4.4.2. Die beklagte Partei vermeint aus der Übergangsnorm des § 103 Z 4 WAG 2007 abzuleiten, dass die (vorgebliche) Einstufung der Stadt Linz als „professioneller Kunde“ korrekt gewesen wäre und sie mit Inkrafttreten des WAG 2007 am 1. November 2007 auch nicht verpflichtet gewesen wäre, nach den §§ 59 WAG 2007 vorzugehen, um die im WAG 2007 nunmehr tatsächlich unter bestimmten Voraussetzungen mögliche Kundenklassifizierung zu erreichen. Demnach wäre laut Behauptung der beklagten Partei auch kein „Antrag“ der Stadt Linz für die Behandlung als professioneller Kunde erforderlich gewesen. Abgesehen davon, dass hinsichtlich des Abschlusses des Swap-Geschäfts 4175 auf die **Rechtslage nach WAG 1996** (dazu bereits oben zu Punkt 2.1) abzustellen ist, trägt diese Argumentation auch aus folgenden Gründen nicht:

2.4.4.3. Gemäß § 59 Abs 1 WAG 2007 bedarf es (unzweifelhaft) eines schriftlichen (!) **Antrages, also einer verschriftlichten Willenserklärung**, um als professioneller Kunde eingestuft werden zu können, soweit es sich um keinen „geborenen professionellen Kunden“ iSd § 58 Abs 2 WAG 2007 handelt. Es wurde bereits gezeigt, dass Gemeinden auch nach WAG 2007 keine „geborenen professionellen Kunden“ sind. Eine Einstufung als „professioneller Kunde“ ohne ausdrückliche

Zustimmung ist **unzulässig** (vgl. *Marenzi/Sindelar*, Von der MiFID zum WAG 2007, S 101).

2.4.4.4. Die erste aktenkundige Information der beklagten Partei zum Thema „Kundeneinstufung“ stammt aus September 2007 und sollte sich sichtlich bereits auf die neue Rechtslage gem. § 61 WAG 2007 beziehen (vgl. ON 5, AS 353 des Strafaktes). Zu diesem Zeitpunkt stand das WAG 2007 noch nicht in Geltung (erst ab 1. November 2007). Dem Schreiben der beklagten Partei aus September 2007 (ON 5, AS 353 des Strafaktes) liegt – bei für die beklagte Partei günstiger Deutung - offenbar das Fehlverständnis zugrunde, die Stadt Linz sei ex lege professioneller Kunde im Sinn des § 58 Abs 2 WAG, was, wie gezeigt, jedoch eindeutig nicht zutrifft (*Brandl/Saria*, WAG 2007, § 58 Rz 16; Anfragebeantwortung der Europäischen Kommission vom 25. Mai 2007, Nr. 83ID249 classification interne Ref.Nr 83; ebenso Leitfaden zum WAG 2007, S 4; siehe dazu bereits KB der Stadt Linz zu Punkt VII.7.4). Es liegt die Vermutung nahe, dass die beklagte Partei diesem „Fehlverständnis“ nicht zufällig unterlegen ist; sie wollte die Stadt Linz bewusst zu einem professionellen Kunden machen..

2.4.4.5. Um den gesetzlichen Bestimmungen gemäß WAG 2007 gerecht zu werden und eine korrekte Einstufung als „professioneller Kunde“ abzuführen - die jedoch schon mangels der materiellen Voraussetzungen gescheitert wäre - hätte es folgender Elemente bedurft:

- Zunächst wäre ein eigenständiger **schriftlicher Antrag der Stadt Linz** notwendig gewesen, als **professioneller Kunde** in Bezug auf Derivatgeschäfte im Allgemeinen bzw. auf Resettable Swaps im Speziellen behandelt werden zu wollen (§ 59 Abs 2 Z 1 WAG 2007).
- Dann hätte sich die beklagte Partei durch eine „angemessene Beurteilung des Sachverstands und der Erfahrungen und Kenntnisse“ der Stadt Linz davon **vergewissern müssen**, dass die Stadt Linz, in Anbetracht **der Art der geplanten Geschäfte** (im Speziellen: Resettable Swaps) nach vernünftigen Ermessen in der Lage ist, die Anlageentscheidung selbst zu treffen und die damit einhergehenden Risiken zu verstehen (§ 59 Abs 2 Z 4 WAG 2007). Spätestens an diesem Kriterium wäre **die Einstufung** trotz eines entsprechenden Antrags **bereits gescheitert**.
- Aber selbst wenn diese „Basisbeurteilung“ positiv ausgefallen wäre, hätten noch zusätzlich **kumulativ zumindest zwei** der in § 59 Abs 2 Z 5 WAG 2007 genannten Kriterien vorliegen müssen, um die Einstufung herzustellen. Dabei hätten die Kriterien gem. Z 5a und Z 5c eine **unüberwindbare Hürde** dargestellt: Die Stadt Linz hätte nämlich im Derivatebereich aus dem Blickwinkel des Februar 2007 innerhalb der **letzten vier vorangegangenen Quartale pro Quartal durchschnittlich zehn Geschäfte von erheblichem Umfang** getätigt haben müssen (§ 59 Abs 2 Z 5a WAG 2007). Ausgehend davon hätte die Stadt Linz im Zeitraum zwischen Februar 2006 und Februar 2007 folglich **zumindest 40 großvolumige Derivatgeschäfte eingehen müssen**. Allein dieses Kriterium traf bei Abschluss aller drei Swap-Geschäfte der Stadt Linz mit der beklagten Partei nicht zu.
- Mag. Werner P. [REDACTED] aber auch kein anderer Mitarbeiter der Finanz- und Vermögensverwaltung, war mindestens ein Jahr lang in einer beruflichen

Position im Finanzsektor tätig, die **Kenntnisse über die geplanten Geschäfte oder Dienstleistungen** vorausgesetzt hat (§ 59 Abs 2 Z 5c WAG 2007). Aus dem von der beklagten Partei selbst ins Treffen geführten Lebenslauf des Mag. Werner P. ■■■■■ der öffentlich verfügbar und ihr offenkundig auch bekannt war (vgl. Beilage ./64), ist ersichtlich, dass er niemals eine einschlägige Position bekleidet hatte. Er war weder in einer Bank, noch in einer Versicherung, noch bei einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder einem vergleichbarem Institut beschäftigt. Selbst wenn dem so gewesen wäre, hätte er eine einschlägig **qualifizierte** Position bekleiden müssen, die **Kenntnisse über die relevanten Geschäfte (also konkret „Resettable Swaps“)** vorausgesetzt hat. Er hätte also *de facto* in der Treasury-Abteilung einer Bank oder einer großen Versicherung mit Treasury-Abteilung tätig sein müssen und selbst dort hätte er mangels Marktüblichkeit wohl kaum Resettable Swaps gesehen (zum Wissen und zu seinem Verständnis der Finanzgeschäfte anschaulich Punkt II. Z 4).

- 2.4.4.6. Somit ist festzuhalten, dass sogar ein schriftlicher Antrag der Stadt Linz **letztlich unerheblich** gewesen wäre, weil auch die **weiteren Voraussetzungen für die Einstufung als professioneller Kunde nicht vorlagen**. Folglich war die Stadt Linz auch nach dem WAG 2007 (und damit auch bei den Folgeberatungen, wie etwa aus Anlass des Telefonats vom 27.10.2008 zwischen Mario T. ■■■■■ und Mag. Werner P. ■■■■■ Beilage ./243) als **Privatkunde** zu behandeln.
- 2.4.4.7. Die beklagte Partei hat keinerlei Einstufungsprozedere im Sinn des § 57 Abs 2 WAG 2007 durchgeführt. Insbesondere hat die Stadt Linz, soweit aus den Bankunterlagen ersichtlich, auch **niemals** einen dahingehenden Antrag gestellt. Auch jede Willensbildung des Gemeinderates in diese Richtung fehlt. Ein im Wesentlichen inhaltsgleiches Schreiben wie jenes aus September 2007 findet sich auch in ON 5, AS 357 des Strafaktes jedoch mit Eingangsstempel der Stadtkämmerei per 1. Februar 2008. Auch hierbei wurde der Gegenbrief nicht unterfertigt (vgl. dazu Vermerk von Mag. Werner P. ■■■■■ in Beilage ./119: „*PL: Im Februar 2008 langt MIFID-Einstufung bei WP ein. WP: Er widerspricht der Einstufung als professioneller Marktteilnehmer; daraufhin droht die BAWAG (Hr. A. ■■■■■ mit der Auflösung der Geschäfte*“). Auch der Zeuge R. ■■■■■ bestätigte in seiner Aussage, dass es einen **entsprechenden Antrag seitens der Stadt Linz nicht gegeben hat** (Philipp R. ■■■■■ Protokoll HG Wien vom 23. September 2013, S 74).
- 2.4.4.8. In der Entscheidung zu 8 Ob 11/11t bestätigte der OGH, dass die bloße Bekanntgabe einer „**Einstufung als professioneller Kunde**“ keine Wirkung entfalten kann, weil die Erklärung nur deklarativ wirkt: „*Insofern kommt sowohl der Mitteilung der Klägerin, sie schätze die Beklagte als **professionelle Marktteilnehmerin** ein und nehme daher von einer Befragung und Beratung im Sinn des WAG Abstand, als auch den Zusicherungen der Beklagten im Rahmenvertrag, über ausreichende Kenntnisse in den beschriebenen Geschäften zu verfügen und keine Beratung zu benötigen, in erster Linie deklarative Bedeutung zu*“ (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Zudem kann auch eine deklarative Bekundung niemals die erforderliche Willensbildung ersetzen, sondern bestenfalls nach Außen kundtun. Ohne vorhergehende Willensbildung gibt es nichts, was deklarativ kundgetan werden kann.
- 2.4.4.9. Aus den dargelegten Gründen, sind auch spätere Versuche der beklagten Partei, über „einseitige Benachrichtigungen“ der Stadt Linz den Status „professioneller Kunde“ zu verleihen, rechtlich bedeutungslos. Dies trifft beispielsweise auf die „Saldenbestätigung“ vom 11. Februar 2008 (Beilage ./55) zu. Die (rechtswidrigen)

„Bemühungen“ der beklagten Partei lassen sich in der Zusammenschau der Umstände nur damit erklären, dass der beklagten Partei die besondere Problematik des Swap-Geschäfts 4175 schon damals **bekannt** war. Nicht zufällig wird bereits im Vorstandsprotokoll vom 17. April 2007 (Beilage ./100) die „Einstufung als *professioneller Kunde*“ zur Voraussetzung für Derivatgeschäftsabschlüsse mit Kommunen gemacht. Es ging der beklagten Partei sichtlich nicht darum, eine korrekte Kundeneinstufung vorzunehmen, um bestmöglich beraten zu können, sondern in erster Linie darum, im Schadensfall die eigene Prozessposition (vermeintlich) zu verbessern. Arglistiges Verhalten ist damit objektiv indiziert (zur Arglist näher unter Punkt III. Z 4).

2.4.4.10. Auch die Übergangsnorm des § 103 Z 4 WAG 2007 zu § 59 WAG 2007 ändert an der Beurteilung nichts: Die Bestimmung sollte es den (sorgfältigen) Banken ersparen, mit 1. November 2007 **neuerlich** ein Einstufungsprozedere gemäß den § 59 Abs 2 Z 4 und 5 WAG 2007 vornehmen zu müssen, jedoch nur bei Einhaltung der Bedingungen. Die Bestimmung hängt damit zusammen, dass das WAG 2007 auf die Richtlinie 2004/39 EG zurückgeht und somit am Markt seit geraumer Zeit bekannt war, dass nach entsprechender nationaler Umsetzung explizite Vorschriften über die Kundeneinstufung gelten würden. Daher haben einige Banken den „Einstufungsprozess“ im Sinn der RL 2004/39 EG bereits vorgezogen, um nicht unmittelbar mit Inkrafttreten in zeitliche „Umsetzungsnot“ zu gelangen. Hatte also ein Rechtsträger schon vor dem 1. November 2007 die Einstufung im Sinn des § 59 Abs 2 Z 4 und 5 WAG 2007 sorgfältig abgeführt, war nach Inkrafttreten des WAG 2007 keine neuerliche Einstufung notwendig. Um Missbrauch zu verhindern, normierte der Gesetzgeber in § 103 Z 4 WAG 2007 das Kriterium der „**Vergleichbarkeit**“. Die Verfahren und Kriterien, welche die Banken anzuwenden hatten, mussten daher ausdrücklich mit den Vorgaben in § 59 Abs 2 Z 4 und 5 WAG 2007 vergleichbar sein. Dass dieses Kriterium streng betrachtet werden muss, ansonsten es ein Leichtes wäre, die Einstufungsvorschriften zu umgehen, liegt auf der Hand. Der endgültige Gesetzeswortlaut stand vor Umsetzung im WAG 2007 nicht fest, die Determinierung des Inhalts war durch die Richtlinie aber sehr hoch. Daher rührte das Kriterium „vergleichbar“. Weil die beklagte Partei – zeugenschaftlich belegt - aber auch kein „vergleichbares“ Einstufungsprozedere für die Stadt Linz abgeführt hat und nach den bisherigen Beweisergebnissen äußerst zweifelhaft ist, ob es ein Einstufungsprozedere im Betrieb der beklagten Partei überhaupt je gegeben hat, scheidet eine Berufung auf § 103 Z 4 WAG 2007 aus. Philipp R. [REDACTED] gab dazu Folgendes an: „KV: Hat S. [REDACTED] eine Guideline gehabt, wie eine Einstufung als professioneller Kunde vorzunehmen ist? Zeuge: Das ist bei professionellen Kunden nicht erforderlich, weil sie sich selber deklarieren müssen. KV: Hat sich die Stadt Linz vorab deklariert? Zeuge: Nein; sie hat den Rahmenvertrag unterschrieben, wo ein Beratungsverzicht drinnen gestanden ist und insofern war sie professioneller Kunde.“ (Protokoll vom 23. September 2013, S. 70). Diese Worte des damals verantwortlichen Abteilungsleiters haben Gewicht.

#### 2.4.5. Kein „Execution only“ Geschäft und somit uneingeschränkte Informationspflicht der beklagten Partei

2.4.5.1. Die beklagte Partei behauptet, sie habe sich in Ansehung des Swap-Geschäfts 4175 darauf beschränkt, einen Auftrag der Stadt Linz **durchzuführen** (siehe etwa die darauf abzielende Aussage des [REDACTED] Byron H. [REDACTED] in der Verhandlung vom 26. Juli 2013, Seite 9f). Die beklagte Partei will den Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 deshalb als „**Execution only**“ Geschäftsfall darstellen, nur um



behaupten zu können, sie hätte die Informationspflichten gemäß § 13 Z 3 und 4 WAG 1996 nicht zu erfüllen gehabt. Das WAG 1996 kennt den Begriff des „Execution-only“ Geschäfts **nicht**. Der Gesetzgeber des WAG 1996 hat auch keine an die Geschäftsart geknüpfte Abschwächung der Informationspflichten vorgesehen.

- 2.4.5.2. Auch beim „Execution-only“ Geschäft kann daher nicht auf die genaue Erhebung der Kenntnisse bzw. Erfahrungen des Kunden verzichtet werden, weil der Kunde nur bei tatsächlichem Vorhandensein dieser Kenntnisse - wovon sich der Dienstleister genau zu überzeugen hat – die Risiken einer derart rudimentären Wertpapierbetreuung abwägen und akzeptieren kann (vgl. *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht Bd. 1, S 168; in diesem Sinne auch *Knobl* in *Frölichsthal/Hausmanninger/Knobl/Oppitz/Zeipl*, WAG § 13, Rz 67).
- 2.4.5.3. Unabhängig davon, ob nach dem WAG 1996 „Execution-only-Business“ überhaupt zulässig war, ist bei kreditfinanzierter Spekulation der Ausschluss von Informations- und Beratungspflichten jedenfalls unzulässig (vgl. OGH 2 Ob 236/04a). Nichts anderes kann daher bei OTC-Derivaten gelten, die auf der Basis einer internen, **nicht dazu unbesicherten, Kreditlinie** abgeschlossen werden (vgl. Beilagen ./JJJ1 bis ./JJJ16). Eine solche („blanco“) Derivatlinie gefährdet den Kunden sogar in deutlich gesteigertem Ausmaß als ein kreditfinanziertes Anlagegeschäft. Der Kunde **kann mehr verlieren**, als die eingeräumte Kredithöhe. Er verliert, falls das Risiko schlagend wird, somit Geld, dessen Finanzierung nicht einmal über einen Kredit gesichert ist. Schon nach *Knobl* (ÖBA 1997, 125) besteht ein **nichtdisponibler Kern von Schutz-, Aufklärungs- und Warnpflichten gegenüber dem Kunden**. Das sind einerseits die produktbezogenen Beratungspflichten („objektgerechte“ Beratung) und andererseits Aufklärungspflichten, die aus anlegerbezogenen Tatsachen und Umständen resultieren und von denen der Rechtsträger **positive Kenntnis hat**. Auf die „objektbezogene Information“ kann daher auch nicht wirksam verzichtet werden, da ansonsten die Schutzpflichten gemäß WAG 1996 durch vertragliche Disposition **ausgehebelt werden könnten**.
- 2.4.5.4. Im § 46 WAG 2007 ist nach neuer Rechtslage ausdrücklich vorgesehen, dass dem sog. „Execution-only“ Geschäft von Vornherein **ausschließlich nichtkomplexe Finanzinstrumente** und darauf bezogene Dienstleistungen gemäß § 1 Z 7 WAG 2007 zugänglich sind. Derivatgeschäfte gelten stets als „**komplexe Finanzgeschäfte**“ und sind (und waren) daher niemals „Execution-only“ fähig. Dass jeglicher Derivatebezug der Annahme eines „Execution-only“ Geschäftes entgegensteht, wird in der Literatur (vgl. *Oppitz* in ÖBA 2007, 953) mit dem Begriff „*derivatekeimfrei*“ auf den Punkt gebracht. Zum gleichen Ergebnis kommt auch *Waserer* in JAP 2007/2008/24. Des Weiteren bedürfte es einer **eindeutigen Initiative des Kunden** („*auf Veranlassung des Kunden*“), die gegenständlich ebenfalls nicht vorliegt. Selbst bei „Execution-only“ Geschäften betont der Gesetzgeber des WAG 2007, dass die Regeln über „Interessenskonflikte“ jedenfalls aufrecht bleiben, also auch die **damit einhergehenden Informationspflichten** (zur unterlassenen Aufklärung über Interessenskonflikte näher unten zu Punkt 2.6.).
- 2.4.5.5. OTC-Derivatgeschäfte sind dem „Execution-only“ Geschäft somit generell nicht zugänglich (vgl. auch *Oppitz*, ÖBA 2007, 953 f). Da sich die beklagte Partei intensiv um den Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 bemüht hat und dabei in vielerlei Hinsicht **tatsächlich beratend tätig geworden** ist (dazu näher oben zu Punkt II. Z 3 sowie zu Punkt 2.3; ebenso bereits in der KB der Stadt Linz, Punkt VII. Z 7.3), stehen eine Fülle von Tatsachen der Annahme eines „Execution-only“ Geschäfts

entgegen.

- 2.4.5.6. Auch in der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass ein „Discount-Broker“, laut Geschäftsmodell, erklärtermaßen generell keine Beratung erbringt und somit auch grundsätzlich keine Beratung schuldet. Nach den Umständen des Einzelfalls kann er aber dennoch zu einer **Warnung des Kunden** verpflichtet sein, wenn dessen Aufträge von den zuvor erklärten **Zielvorstellungen deutlich abweichen oder wenn erkennbar ist, dass die Tragweite und das Risiko eines Auftrages falsch eingeschätzt werden** (BGH XI ZR 21/03, WM 2004, 24, 27 und XI ZR 178/03, WM 2004, 1774, 1776 f). Eine Aufklärungspflicht kommt laut BGH ferner dann in Betracht, wenn der „Discount-Broker“ eine tatsächlich bestehende Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden erkannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erkannt hat (BGH XI ZR 296/98, BGHZ 142, 345, 358; *Braun/Lang/Loy* in *Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang*, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 4. Aufl., Rn. 314; *Ellenberger*, WM 2001, Sonderbeilage Nr. 1 S. 8; *Nobbe* in *Horn/Schimansky*, Bankrecht 1998, S. 235, 253).
- 2.4.5.7. Abgesehen davon, dass die beklagte Partei ganz unzweifelhaft kein „Discount-Broker“ ist und OTC-Derivate generell „Execution-only-fremd“ sind, hätte daher in diesem Sinn zumindest auch **eine Warnpflicht** der beklagten Partei gegriffen. Das beharrliche und nachdrückliche Werben der Kundenbetreuerin S. [REDACTED] und deren - wenn auch unvollständige - Beratungstätigkeit (zu den unterlassenen Informationen im Einzelnen, näher unten zu Punkt 2.5) stehen allerdings jeder Annahme eines „Execution-only“ Geschäfts entgegen. Ein vereinnahmter negativer Anfangswert von EUR 20 Mio. (41% der Optionsprämien) lässt sich mit einem „Discount-Broker“ Geschäft ebenfalls schwerlich in Einklang bringen.
- 2.4.6. Zum vermeintlichen „Beratungsverzicht“ der Stadt Linz
- 2.4.6.1. Die Stadt Linz hat bereits in der Klagebeantwortung umfassend vorgetragen, dass der von der beklagten Partei behauptete „Beratungsverzicht“ nicht gegeben ist bzw. jedenfalls unwirksam wäre (vgl. KB der Stadt Linz, Punkt VII. Z 7.3). Zusammenfassend steht der Annahme eines gültigen „Beratungsverzichts“ entgegen,
- dass es sich bei der Erklärung im Rahmenvertrag (Beilage ./1, § 12 Z 7) um keinen „Beratungsverzicht“ im Sinn einer Willenserklärung handelt, sondern lediglich um eine (unrichtige) **Tatsachenbehauptung**, welche die beklagte Partei der Stadt Linz unterschieben wollte;
  - dass es sich nicht um eine Willenserklärung handelt, die für einen Verzicht Voraussetzung ist, sondern um eine, noch dazu **unrichtige Bestätigung** über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Tatsache, die widerlegt ist);
  - dass in ständiger Judikatur des OGH ein Beratungsvertrag stillschweigend bereits dann entsteht, wenn der Kunde sich mit einem **Informationsbedürfnis** an die Bank wendet und die Bank **tatsächlich Informationen** bereitstellt (RIS-Justiz RS0108073; 4 Ob 252/00p);
  - dass die beklagte Partei Mag. Werner P. [REDACTED] die Beratung für den Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 anbot, Mag. Werner P. [REDACTED] dieses Anbot auch angenommen hat und die beklagte Partei schließlich **mehrfach tatsächlich Beratungsleistungen erbracht hat** (siehe dazu näher auch oben zu Punkt II. Z 2

sowie Punkt 2.2.3);

- dass die beklagte Partei selbst bei Fehlen eines Beratungsvertrages (was gegenständlich nicht der Fall ist) zu einer **umfassenden Information und Aufklärung** schon gesetzlich nach dem WAG 1996, aber auch nach den vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten (culpa in contrahendo), verpflichtet war (vgl. 10 Ob 11/07a);
- dass jedenfalls bei „kreditfinanzierten Anlagegeschäften“ selbst ein Beratungsverzicht **unwirksam ist**, was mangels Kapitaleinsatzes und **unbeschränkten** Verlustrisikos beim Swap-Geschäft 4175 **umso mehr** gelten muss (2 Ob 236/04a);
- dass die Aufklärungspflichten nach dem WAG 1996 und auch nach dem WAG 2007 **schon aus europarechtlichen Vorgaben nicht dispositiver Natur** sind, weil dies dem Zweck der Normenvereinheitlichung zuwiderlaufen würde (die richtlinienkonforme Auslegung hervorstreichend Kölner Kommentar zum WpHG, § 31, Rz 280);
- dass es den Parteien jederzeit frei steht, im Zuge eines **Rechtsgeschäfts neue oder ergänzende Vereinbarungen** zu den ursprünglichen zu treffen, auch Schriftformvereinbarungen also jederzeit abbedungen werden können (RIS-Justiz RS0017235);
- dass eine unrichtige „ex post“ Tatsachenbestätigung auf einer „Geschäftsbestätigung“, die nicht den Vertragsschluss darstellt, sondern um Tage „nachgeschaltet“ ist (vgl. § 2 Abs 1 Rahmenvertrag, Beilage ./1; sowie E-Mail vom 12.2.2007, Beilage ./40), keine taugliche Grundlage für einen „Verzicht“ auf eine Beratung sein kann, die **vor dem Geschäftsabschluss tatsächlich stattgefunden** hat;
- dass ein Kunde „ohne ausreichende Kenntnisse“ auch **nicht in der Lage sein kann** zu erkennen, ob er bereits ausreichend informiert wurde, geschweige denn ob er **tatsächlich** über ausreichende Kenntnisse verfügt. Genau darin besteht nämlich das Grundproblem des „uninformierten Kunden“;
- dass es den **Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht**, sich von einem hinsichtlich der angebotenen komplexen Derivatgeschäfte **erkennbar uninformierten präsidentiven Vertragspartner**, der mangels der entsprechenden und fachlichen Ausstattung **nicht in der Lage ist**, die Tragweite seiner Entscheidung abzuschätzen, tatsächlich nicht vorhandenes Wissen formularmäßig bestätigen zu lassen; und schließlich
- dass selbst bei der verfehlten Annahme, es handle sich um eine Willenserklärung, die Klausel gröblich benachteiligend im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB wäre, weil sich deren Inhalt **weit vom (vermeintlich) dispositiven Recht des WAG 1996** entfernt (vgl. RIS-Justiz RS0119325) und die Klausel bezogen auf den Rahmenvertrag und dessen Aufmachung obendrein **versteckt** im Sinn des § 864a ABGB wäre.

2.4.6.2. Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass das besagte Klauselwerk, auf welches sich die beklagte Partei beruft (Beilagen ./1 und ./3), bereits mehrmals im Zusammenhang

mit Derivatgeschäften durch **die österreichischen Gerichte** in Prüfung stand. Der Entscheidung des OLG Wien zu 1 R 60-09i lag ein praktisch inhaltsgleicher Rahmenvertrag zu Grunde, die Klausel erlangte keine Bedeutung für den Rechtsstandpunkt der Bank. In der OGHE 8 Ob 11/11t, 24.10.2011 basierte der Swap-Vertrag ebenfalls auf einem identen Rahmenvertrag. Der OGH bestätigt den **deklarativen** und damit letztlich **bedeutungslosen** Inhalt der Erklärung: *„Insofern kommt sowohl der Mitteilung der Klägerin, sie schätze die Beklagte als professionelle Marktteilnehmerin ein und nehme daher von einer Befragung und Beratung im Sinn des WAG Abstand, als auch den Zusicherungen der Beklagten im Rahmenvertrag, über ausreichende Kenntnisse in den beschriebenen Geschäften zu verfügen und keine Beratung zu benötigen, in erster Linie deklarative Bedeutung zu.“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz).

2.4.6.3. Auch nach deutscher Rechtslage sind formularmäßig erklärte Haftungsfreistellungen des Dienstleistungserbringers sowie Aufklärungsverzichte bei Finanzdienstleistungen unwirksam (Kölner Kommentar zum WpHG, § 31, Rz 282). Bei derartigen Haftungsausschlüssen handelt es sich um eine unzulässige Einschränkung der Haftung für die ordnungsgemäße Erfüllung einer sogenannten „Kardinalpflicht“. Bei einem Beratungsvertrag kann eben die Beratungspflicht an sich nicht ausgeschlossen werden, denn die Erfüllung des Beratungsvertrages „steht und fällt“ gerade mit der vollständigen und richtigen Beratung (vgl. auch *Ellenberger*, aaO., S 85). Daher kann der Berater auch nicht zunächst tatsächlich beratend tätig werden, um dann anschließend die Haftung auszuschließen oder gar später zu erklären, nicht beratend tätig geworden zu sein und einen nachgeschalteten (!) Aufklärungsverzicht verlangen. Dass vorliegend auch **kein Execution-only** Geschäft gegeben ist, das eine Einschränkung unter besonderen Umständen rechtfertigen könnte, wurde oben bereits dargelegt (siehe zu Punkt 2.4.5).

## 2.5. Verstoß gegen die Informationspflichten der § 13 Z 3 und 4 WAG 1996 bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175

### 2.5.1. Einleitende Bemerkungen zur Schutzfunktion der Wohlverhaltensregeln gemäß WAG 1996

2.5.1.1. Die in § 13 Z 3 und 4 WAG 1996 festgelegten Pflichten sind prinzipiell bereits aus den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* im Effektengeschäft ableitbar (vgl. RIS-Justiz RS0119752 und RS0026135;). Sie stellen eine **gesetzliche Konkretisierung von Schutz- und Aufklärungspflichten dar** (siehe bereits 369 BlgNR 20. GP 59; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht, S. 159), beschränken jedoch auch die Privatautonomie. Diese kann ihre Ordnungsfunktion in jenen Fällen nicht erfüllen, in denen einer der Vertragspartner ein derartiges Übergewicht hat, dass er die Vertragsbedingungen diktieren kann. Beim Vertrieb komplexer Finanzprodukte, wie Derivatgeschäften und im Speziellen dem Swap-Geschäft 4175, besteht dieses **„strukturelle Ungleichgewicht“** darin, dass der Herausgeber und Vertreiber des Produkts über einen **eklatanten Wissensvorsprung hinsichtlich Funktionsweise und Risiken** gegenüber dem Erwerber verfügt. Dieses Informationsgefälle zu Lasten des Erwerbers soll durch die gebotene Aufklärung und Beratung ausgeglichen werden, um so eine **annähernd gleiche Verhandlungsstärke** zwischen dem professionellen Dienstleister und dem Anlageinteressenten zu schaffen (grundlegend dazu bereits OLG Düsseldorf, WM 1996, 1082, 1085; *Ellenberger*, aaO., S 60). Der Schutz des Kunden steht bei den Wohlverhaltensregeln jedenfalls im Vordergrund (*Winternitz*, WAG, Vor §11, S. 88; siehe auch Erwägungsgrund 2, 5, 27, 30, 32 und

37 der ISDA-Richtlinie).

- 2.5.1.2. Beim Swap-Geschäft 4175 handelt es sich um ein **äußerst komplexes, hochriskantes Finanzprodukt**, dessen Abschluss durch ein massives strukturelles Ungleichgewicht gekennzeichnet war, indem eine Kommune mit praktisch keinen Erfahrungen im Derivatebereich (siehe dazu bereits oben unter Punkt 2.2.9) auf die erfahrenen Mitarbeiter **einer hochspezialisierten Derivatabteilung einer Großbank** (der beklagten Partei) traf. Diese war im Hinblick auf einschlägiges Wissen, Erfahrung im Umgang mit Derivatrisiken und technische Ausstattung der Stadt Linz in jeder Hinsicht **haushoch überlegen**.
- 2.5.1.3. Es bestand daher von Anfang an ein **großer Bedarf**, dieses **massive Ungleichgewicht** durch entsprechende Information und Beratung gegenüber der Stadt Linz aufzuwiegen. Je riskanter das in Rede stehende Finanzinstrument und je unerfahrener der Kunde mit einschlägigen Geschäften ist, desto **umfassender** sind die Informationspflichten (vgl. 9 Ob 230/02t). Festzuhalten ist somit, dass bezogen auf das gegenständliche Swap-Geschäft 4175 im Lichte des WAG 1996 und daraus abgeleitet auch im Rahmen des Beratungsvertrages ein besonders hoher Pflichtenmaßstab gegolten hat.
- 2.5.2. Allgemeine Grundsätze der „anlegergerechten“ und „objektgerechten“ Information bei Derivatgeschäften gemäß WAG 1996
- 2.5.2.1. Die Verpflichtung zur sogenannten „**objektgerechten**“ Beratung betrifft das konkret in Rede stehende Finanzprodukt. Dem Kunden müssen sämtliche Informationen zum Produkt zur Verfügung gestellt werden, die seine Geschäftsentscheidung (= den „Anlageentschluss“) beeinflussen können. Oberstes Ziel der „objektgerechten“ Beratung ist daher, den Kunden so **umfassend zu informieren**, dass er sprichwörtlich *„weiß, worauf er sich einlässt“*. Die einzelnen Kriterien der „objektgerechten“ Beratung wurden bereits im BGH-Urteil vom 6.3.1993, WM 1993/1455, ÖBA 1994/896 („Bond Entscheidung“) aufgestellt und sind auch im Bereich des § 13 Z 4 WAG 1996 als Maßstab anerkannt (vgl. *Avancini*, Bankvertragsrecht II, Rz 7/52).
- 2.5.2.2. Im Zusammenhang mit (Börse-)Termingeschäften wurde vom BGH für die gebotene Beratung und Aufklärung des Kunden bei Derivaten ursprünglich ein „Zwei-Stufen-Modell“ entwickelt (*Ellenberger*, aaO., S 76; BGH WM 1995, 658, 659). Auf der ersten Stufe steht/stand eine standardisierte, also formale, regelmäßig die tatsächliche Aufklärung jedoch nicht bewirkende, schriftliche Information über die spezifischen Risiken von Finanztermingeschäften. Daher trat auf der „zweiten Stufe“ die Pflicht der Bank, über Art und Risiken des geplanten Geschäfts **individualisiert „anlegergerecht“ zu beraten** (BGHZ 133, 82, 86). Wirkungsweise und Risiken des einzelnen Derivatprodukts müssen konkret erläutert werden (vgl. *Ellenberger*, aaO., S 77; siehe auch OLG Wien 1 R 60/09i).
- 2.5.2.3. Wegen der **besonderen Risikoproblematik von Derivaten** reichen allgemein gehaltene Informationen und Fachtermini, mit denen der mit Derivaten unerfahrene Kunde nichts anfangen kann, generell nicht aus, um dem Beratungsgebot zu entsprechen (vgl. BGH WM 1996, 1214, 1215). „Beratung“ und „Information“ werden in der Judikatur bisweilen etwas vermischt, weil die Grenzen auch in der Praxis verschwimmen. Bei Derivatgeschäften, respektive OTC-Derivaten, können die individuellen Kundenverhältnisse **niemals ausgeblendet werden**, weil das

Geschäft von vornherein **individualisiert** und bilateral ausgestaltet ist.

- 2.5.2.4. Lapidare Hinweise auf das Risiko, mag es auch theoretisch unendlich sein, genügen generell nicht. Es ist Sache des Beraters, die **Risikowahrscheinlichkeiten** fachgerecht zu quantifizieren, um dem Kunden ein **Gefühl für das wahre Risiko** zu vermitteln. *„Ein Kunde, der eine „sichere“ Anlage wünscht, benötigt für seine Entscheidung, ob er sich trotz der Einstufung in die höchste Risikoklasse auf die ihm empfohlene Privatanleihe mit Kapitalgarantie einlassen soll, ausreichende Informationen darüber, wie groß die Chancen sind, am Ende der Laufzeit das investierte Kapital auch wieder zurückzuerlangen“* (OGH 10 Ob 7/12w). Dieser Grundsatz gilt **umso mehr für Derivatgeschäfte**: *„Bei nur theoretischen Informationen über den maximalen Rahmen von Risiken und Chancen verhelfen dem Anleger erst Einschätzungen über deren Wahrscheinlichkeiten zu einer geeigneten Entscheidungsgrundlage“* (OLG Stuttgart, 9 U 11/11).
- 2.5.2.5. Wie nachstehend im Einzelnen gezeigt wird, wurde die Beratung und Information der beklagten Partei bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 diesen Grundsätzen nicht auch nur im Ansatz gerecht:
- 2.5.3. Verdienstopimierte „Beratung“ durch die beklagte Partei auf Kosten der Stadt Linz (Verstoß gegen §§ 11, 13 Z 4 und 14 Z 1 WAG 1996)
- 2.5.3.1. Die Beratung und Information des Dienstleisters (in concreto also der beklagten Partei) hat sich stets am Kundeninteresse auszurichten und darf nicht in erster Linie durch das **Gewinnstreben des Anlageberaters** geleitet sein. Verleitet eine Bank einen Kunden aus eigenem **Provisionsinteresse zum Kauf hochspekulativer Finanzprodukte** auf Kredit, so liegt keine anlegergerechte Beratung vor (BGH WM 1997, 662; *Ellenberger, aaO, S 66*).
- 2.5.3.2. Mag. Werner P. wollte im Dezember 2006 einen Fixzinsswap für die CHF-Anleihe über 195 Mio. mit einem Fixzins von 2,50 % abschließen (zu den Details vgl. Punkt II. Z 3.3 f). Nachdem das Angebot der beklagten Partei vorerst auf einen Zinssatz von 2,70 % lautete, ersuchte Mag. Werner P. um Kontaktaufnahme *„wenn wir in dieser Gegend sind“*. Am 26. Jänner 2007 besuchten Mag. Herbert A. und Iris S. Mag. Werner P. in Linz und beraten über die *„Absicherung der CHF-Tilgungen“*. In diesem Gespräch raten die beiden Bankexperten Mag. Werner P. zum Abschluss eines **„Resettable CHF-linked Swap“ für die CHF-Finanzierung als Alternative zum Fixzinsswap, den Mag. Werner P. eigentlich abschließen wollte**. Nach weiteren Gesprächen und entsprechenden Empfehlungen der beklagten Partei, schloss Mag. Werner P. am 12. Februar 2007 das Swap-Geschäft 4175 ab. Tatsächlich bot ihm dieses Geschäft einen Fixzins im Tausch gegen den 6M CHF LIBOR für die CHF-Anleihe. Durch das sogenannte FX-Adjustment und die Festlegung einer Wechselkursschwelle (Strike von EUR/CHF 1,54) ging er die Verpflichtung ein, optionsartig basierte, vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängige Zahlungen zu leisten, wodurch die Stadt Linz wirtschaftlich die finanzielle Verpflichtung, vergleichbar einem Stillhalter von 21 zeitlich gestaffelten Devisenoptionen, bezogen auf ein Nominale von je CHF 97,5 Mio. übernahm (zur wahren Struktur KB der Stadt Linz, Punkt V. 4.; weiters Punkt II. Z 7 dieses Schriftsatzes).
- 2.5.3.3. Die beklagte Partei hatte aufgrund der Struktur des Swap-Geschäfts 4175 ungleich größere Verdienstmöglichkeiten, als dies bei einem „einfachen Fixzinsswap“ der Fall

gewesen wäre. Aufgrund der Struktur des Geschäftes wurde bereits beim Abschluss im Wege der Swap-Formel insgesamt ein Optionsvolumen im Gegenwert von rd. **EUR 1,2 Mrd.** bewegt (vgl. Gutachten *Janssen*, ON 102 des Strafaktes, S. 16, Beilage ./7Z2), welches am Interbankenmarkt Prämieinnahmen von rd. **EUR 50 Mio** verkörperte. Das Swap-Geschäft 4175 besitzt zu Lasten der Stadt Linz ein völlig asymmetrisches Gewinn-Verlust-Profil mit einem Chancen-Risiko-Verhältnis von 1:14 und einen negativen Anfangswert von rund EUR 20 Mio. (Punkt II. Z 7). Die beklagte Partei nutzte zusätzlich die Möglichkeit, die Zinskomponente in der Erwartung fallender Zinsen **später** einzudecken. Auch das „konvexe Auszahlungsprofil“ der Swap-Formel hat die beklagte Partei als weiteres Verdienstpotalential dadurch genützt, dass sie später weitere Optionen am Interbankenmarkt gewinnbringend verschrieb (Punkt II. Z 5.3).

2.5.3.4. Bei OTC-Derivatgeschäften führt die Verkürzung der einen Seite, wie bei jeder Wette, zu einem Gewinn der anderen Seite des Geschäftes. Der Verlust des Kunden **entspricht dem Verdienst** der Bank. Dass die Bank mit dem Weiterverkauf der Risiken bei Abschluss vielleicht noch etwas zuwartet, um den Gewinn später zu realisieren, oder das Risiko gleich vollständig weiterverkauft, spielt unter dem Gesichtspunkt des Interessenskonflikts keine Rolle (OLG Düsseldorf 9 U 101/12). Bei einer Verkürzung des Bankkunden in Höhe von **41 % der fairen Optionsprämie** (dazu auch unter Punkt 2.5.4) ist offenkundig, dass der Geschäftsabschluss bankseitig **im hohen Maße provisionsorientiert war**. Mit einem einfachen „Fixzinsswap“ hätte die beklagte Partei nur einen Bruchteil verdienen können, weil die Zinsoption darin **nicht** gehebelt gewesen wäre und solche – tatsächlich „marktüblichen“ Produkte – in der Praxis nur geringe Margen zulassen. „Swapsätze“ (also Fixzinssätze auf bestimmte Zeiträume) sind auch über Internet ermittelbar und damit einigermäßen vergleichbar. § 14 Abs 1 WAG 1996 **verbietet** der Bank ein nicht-interessengerechtes, in erster Linie verdienstmotiviertes Geschäft (vgl. Kölner Kommentar zu WpHG, § 32 Abs 1 Z 1, Rz 41). Dagegen hat die beklagte Partei verstoßen (zum „Empfehlungsverbot“ allgemein siehe bereits unter Punkt 2.2).

2.5.4. Unterlassene Information hinsichtlich der wahren Optionspreise als maßgeblicher Risikofaktor des Swap-Geschäfts 4175 (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)

2.5.4.1. Speziell für Derivatgeschäfte wurde in der Judikatur der Grundsatz entwickelt, dass Kunden **unmissverständlich und ohne Beschönigung** in auffälliger Form nicht nur auf die Risiken hingewiesen, sondern auch die Kenntnisse vermittelt werden müssen, die sie in die Lage versetzen, den **Umfang des ihnen mit dem Derivat aufgebürdeten Verlustrisikos zu verstehen**. Speziell bei Optionsgeschäften muss auch darüber informiert werden, dass Abzüge von den fairen Optionsprämien zu einer **erheblichen Verringerung der Gewinnchancen** führen (siehe schon BGH WM 1990, 61, 127, 128; zur deutschen Judikatur aus **dem Blickwinkel des Jahres 2006** siehe *Ellenberger*, aaO., S 79). Beim Optionsgeschäft ist demgemäß nicht nur über die Höhe der Optionsprämie, sondern auch über die **wirtschaftlichen Zusammenhänge des Optionsgeschäfts** und vor allem die **Bedeutung der Prämie als Risikoindikator** aufzuklären (vgl. BGH XI ZR 76/05). In der deutschen Judikatur wurde im Zusammenhang mit Optionsgeschäften eine Aufschlags- bzw. Abschlagsgrenze (je nachdem ob eine Option vom Kunden „gekauft“ oder „verkauft“ wird) von **maximal 10% auf die faire Optionsprämie** (nicht das Nominal!) aufgestellt. Ab einer solchen Höhe ist wegen des **signifikanten Einflusses** auf die Verlustwahrscheinlichkeit in jedem Fall **gesondert über die Auf-**

**bzw. Abschläge aufzuklären** (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 1994, 21 95 ff u.a.).

- 2.5.4.2. Der günstige Fixzinssatz, den Mag. Werner P. mit dem Swap-Geschäft 4175 erhalten hat, sollte zwar aus den **Optionsprämien finanziert** werden, welche die beklagte Partei aus der Verschreibung der Optionen erhalten hat, die beklagte Partei hat aber dabei den fairen Preis um mehr als 40 % verkürzt, was einem Betrag von rd. EUR 20 Mio. entspricht (siehe dazu bereits oben). Damit liegt die Verkürzung um **300 %** über der (aus dem Blickwinkel der Risikoaufklärung) zulässigen Grenze von max. 10 % Auf- bzw. Abschlag auf die Optionsprämien (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 1994, 21 95 ff u.a.). Damit hat die beklagte Partei einerseits **das tatsächliche Risiko des Geschäfts verschleiert**, es andererseits aber auch **massiv zu Lasten der Stadt Linz angehoben**. Die beklagte Partei hätte, schon im Lichte der **jahrelangen**, auf allgemeinen Erwägungen basierenden, Judikaturlinie des BGH zur Offenlegung des fairen Optionswerts (vgl. BGH XI ZR 76/05; ebenso BGH XI ZR 25/01 und XI ZR 150/01) – die Stadt Linz bei Geschäftsabschluss über diesen Interessenskonflikt und den negativen Anfangswert **aufzuklären gehabt**.
- 2.5.4.3. Die beklagte Partei hätte die Stadt Linz auch darüber informieren müssen, dass im Zusammenhang mit dem negativen Anfangswert im Ausmaß von gesamt EUR 20 Mio. **das Risiko der Stadt Linz massiv** stieg. Die beklagte Partei kann sich im Lichte dieser **jahrelangen, auch in der österreichischen Fachliteratur rezipierten** Judikatur auch auf keinen „Rechtsirrtum“ oder „fehlendes Verschulden“ berufen. Ob für den Kunden erkennbar ist, dass bei dem in Rede stehenden Derivatgeschäft „Währungsoptionen“ vorliegen, oder ob die Bank diese in einer „Swap-Formel“ versteckt, um sie dann am Markt explizit als Währungsoptionen weiterzuverkaufen, kann im Lichte der gebotenen Risikoaufklärung **keinen Unterschied machen**: Es kann nur auf den materiellen Charakter; also die Wirkung und nicht die Bezeichnung ankommen.
- 2.5.4.4. Ebenso wenig kann für die Aufklärungspflichten der beklagten Partei von Bedeutung sein, ob das Geschäft „OTC“ (also „over-the-counter“), oder über eine „geregelte Börse“ abgeschlossen wird. Da Optionsgeschäfte Wettcharakter aufweisen, ist der am Markt gehandelte **tatsächliche „Optionspreis“** und die darauf **gehandelten Auf- bzw. Abschläge** (je nach Betrachtungsseite) für die realistische Bewertung der Gewinnchancen jedenfalls von **essentieller Bedeutung** (vgl. BGH XI ZR 76/05; in diesem Sinn auch OLG Wien 1 R 60/09i) und zwar ungeachtet der Abwicklungsform.
- 2.5.4.5. Der „**negative Anfangswert**“ (aus Kundensicht) bei OTC-Derivatgeschäften mit Währungsoptionen, wie dem gegenständlichen Swap-Geschäft 4175 (dazu auch näher unten zu Punkt 2.6 im Zusammenhang mit den Interessenskonflikten), ist im übertragenen Sinn lediglich ein anderer wirtschaftlicher Begriff für die „**Summe der Prämienabzüge**“. Eine verkaufte börsengehandelte Währungsoption mit einem Abschlag von **41 %** auf die marktgehandelte (faire) Optionsprämie hat aus der Sicht des Verkäufers einen „negativen Anfangswert“ („Barwert“) von **41% der Prämie**. Beim Swap-Geschäft 4175 war dies nicht anders, nur lagen eben 21 Optionen vor, von denen in Summe **41 % der Prämien** abgezogen wurden.
- 2.5.4.6. Zumal OTC-Derivate nicht börsengehandelt sind, werden die Preise nicht über die Börse ermittelt, sondern vor allem nach stochastischen Modellen berechnet. Da die **Bewertungsmodelle der Banken weitgehend ident sind**, liegen auch die



tatsächlichen Handelspreise im Interbankenhandel nahe an den „Modellpreisen“. Der schon lange geltende Rechtssatz über die **Bedeutung des Optionspreises für die Gewinnchancen samt Aufklärungspflicht darüber** (siehe die Nachweise in BGH XI ZR 76/05) wurde durch die Gerichte im Zusammenhang mit OTC-Derivaten nur konsequenterweise dahingehend fortentwickelt, dass die „**Prognosefunktion des Barwertes**“ betont wurde, die sich nach stochastischen Modellberechnungen ergibt (vgl. dazu OLG Stuttgart 9 U 148/08). Materiell handelt es sich dabei um **denselben Betrachtungsansatz**: Durch „Prämienabzüge“ wird das Risiko bei Derivaten, im Speziellen bei Optionsgeschäften zu Lasten des Kunden verzerrt, **worauf der Kunde ohne Beschönigung hingewiesen** werden muss. Die Geschäftsart (Börsenhandel oder OTC-Geschäft) darf auch im Sinn eines einheitlichen Rechtsfolgenkanons keine Rolle spielen.

- 2.5.4.7. Die Aufklärungspflicht über den „negativen Anfangswert“ stellt sich daher **nicht nur im Lichte der Interessenskonflikte** (vgl. BGH XI ZR 33/10, zuletzt OLG Düsseldorf 9 U 101/12, dazu näher unten zu Punkt 2.6), sondern auch **im Lichte der gebotenen Risikoauflklärung**, wie dies gerade bei Optionen seit Jahrzehnten der Rechtsprechung entspricht (in diesem Sinn auch *Nobbe*, BKR 7/2011; ebenso befürwortend *Oppitz*, ÖBA 2013, 321).
- 2.5.4.8. Die beklagte Partei hat die Aufklärungspflicht verletzt, bei gebührender Aufklärung wäre der Geschäftsabschluss niemals zustande gekommen (siehe dazu auch oben zu Punkt II. Z 10; zum Empfehlungsverbot des § 14 Z 1 WAG wegen der nicht interessengerechten Ausgestaltung des Geschäfts, siehe bereits oben Punkt 2.2).
- 2.5.5. Unterlassene Aufklärung über die derivativespezifischen Risiken des Swap-Geschäfts 4175, insbesondere den extrem hohen Hebel der Optionsstruktur (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)
- 2.5.5.1. Die besondere Gefährlichkeit von Derivatgeschäften liegt darin, dass sie mit den **Risiken einer Hebelwirkung** und damit der Gefahr verbunden sind, planwidrig zusätzliche Mittel einsetzen zu müssen (BGH vom 21.3.2006, XI ZR 116/05). Von entscheidender Bedeutung für die Gewinnchance und Verlustrisiken des Kunden, ist die Höhe des „Strikes“ der jeweiligen Zins- bzw. Währungsoptionen. Die Auswirkungen des Strikes werden durch den sog. Hebel und das Volumen der eingesetzten Optionen in der Weise verstärkt, dass bei einer im Verhältnis zum Strike relativ geringen Änderung die **Belastung des Kunden überproportional ansteigt** (vgl. OLG Koblenz 6 U 170/09).
- 2.5.5.2. Um Mag. Werner P. ein Verständnis zu geben, wie die Struktur des „Resettable Swap“ tatsächlich funktionierte und woraus sich das wahre Risiko ergab (nämlich aus der **Kombination des extremen Optionsvolumens von CHF 2 Mrd.** mit einem Strike von EUR/CHF 1,54, dem **extremen Unsicherheitsfaktor** wegen der **langen Fälligkeiten der Optionen**, der unmöglich auf 10 Jahre prognostizierbaren Devisenkursentwicklung und schließlich der **Volatilität** als wesentlichem preistreibenden Faktor), hätte die beklagte Partei auf diese Umstände bereits **vor Abschluss** in aller Deutlichkeit unmissverständlich hinweisen müssen. Tatsächlich blieben diese Risikozusammenhänge **in sämtlichen Gesprächen** vor Abschluss unerwähnt (vgl. dazu oben zu Punkt II. Z 5).
- 2.5.5.3. Die beklagte Partei hätte ohne jede Beschönigung darauf hinweisen müssen, dass das Risiko aus dem Swap-Geschäft 4175 **real und ruinös** ist (BGH XI ZR 33/10) und im

Falle steigender Währungsvolatilitäten wegen des extrem hohen Hebels **nicht mehr beherrschbar** und ein vorzeitiger Ausstieg auch nicht mehr aus dem Budget der Stadt Linz finanzierbar sein würde (vgl. dazu oben zu Punkt II. Z 8).

- 2.5.5.4. Das einzige Risiko, welches die beklagte Partei demgegenüber für tatsächlich als „aufklärungsbedürftig“ empfand, war jenes, das ohnehin auf der Hand lag: Um zu verstehen, dass bei sinkendem EUR/CHF-Kurs die Rückzahlungsverpflichtung der Anleihe steigt und sich gleichzeitig auch eine mögliche Zinsbelastung im „Resettable Swap“ ergeben kann, bedurfte es **keiner besonderen Expertise** (Urteil des Landesgerichtes Linz, 11. Dezember 2013, S 39). Es liegt wohl auf der Hand, dass die beklagte Partei Mag. Werner P. nicht darüber informiert hätte, hätte sie ihn tatsächlich als professionellen Kunden eingestuft. Interessant ist, dass Iris S. beim Telefongespräch am 1. Februar 2007 zwar das „doppelte Risiko“ nebenbei erwähnt, von der ruinösen Optionsmechanik bei steigender Volatilität aber nicht spricht (vgl. Beilage ./W).
- 2.5.5.5. Im Sinn „objektgerechter“ Beratung gemäß § 13 Z 3 WAG 1996 hätte Mag. Werner P. bereits vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 verständlich und umfassend über die genannten Umstände aufgeklärt werden müssen, die in den vorangehenden Ziffern umfassend dargelegt wurden. Die beklagte Partei hat die Aufklärungspflicht verletzt, bei gebührender Aufklärung wäre der Geschäftsabschluss niemals zustande gekommen (siehe dazu auch oben zu Punkt II. Z 10; zum Empfehlungsverbot des § 14 Z 1 WAG wegen der nicht interessengerechten Ausgestaltung des Geschäfts, siehe bereits oben Punkt 2.2).
- 2.5.6. Unterlassene Aufklärung über die Auswirkung negativer Bewertungen auf die Fähigkeit der Stadt Linz zur Refinanzierung (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)
- 2.5.6.1. Es wurde bereits gezeigt, dass das Swap-Geschäft 4175 bei Abschluss einen „negativen Anfangswert“ im Gegenwert von rund **EUR 20 Mio.** aufwies. Die Bedeutung der Bewertungen von Derivaten (also des „Barwertes“) erschöpft sich bei OTC-Derivaten aber nicht allein in der Anfangsbewertung (im negativen Anfangswert):
- 2.5.6.2. Der Begriff „Barwert“ ist synonym mit dem Begriff „Marktwert“. Der Barwert versteht sich als der nach stochastischen Modellen errechnete finanzielle, also in Geld ausgedrückte, Wert einer bestimmten Derivatposition zu einem bestimmten Zeitpunkt. Ein negativer Barwert des Kunden ist gleichzeitig ein **entsprechend positiver Barwert der Bank** (siehe nur die Beilage ./206). Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz, dass es sich bei OTC-Derivaten materiell betrachtet um bilaterale Wettgeschäfte handelt, wobei der Gewinn der einen Partei den Verlust der anderen Partei darstellt und umgekehrt. Ob eine Partei (die Bank) ihrerseits Hedge-Geschäfte abschließt, ist dabei irrelevant. Die beklagte Partei hat die Hedge-Geschäfte erst aus Anlass des Strafverfahrens und nur teilweise offen gelegt, es bestand auch keine Verpflichtung der beklagten Partei, überhaupt „Hedge-Geschäfte“ abzuschließen, also die Risiken an andere Banken weiterzuverkaufen (8 Ob 11/11t).
- 2.5.6.3. Aus den Kreditanträgen Beilage ./JJJ1 bis ./JJJ16 ist ersichtlich, dass die beklagte Partei die „Derivatelinie“ für das Swap-Geschäft 4175 – ohne jedoch die Stadt Linz davon zu verständigen - **sukzessive erhöht hat**. Die Erhöhungen fanden korrespondierend zu den zunehmend negativen Bewertungen des Geschäfts (aus der

Sicht der Stadt Linz) statt. Bereits aus dem Kreditantrag, Beilage ./JJJ1, ergibt sich, dass die Derivatelinie **genau so behandelt wird, wie eine Kreditlinie**. Es wurde nämlich zunächst ein Teil der allgemeinen Kreditlinie als „Derivatlimit“ umgewidmet, die Gesamthöhe der Kreditlinie blieb zunächst unangetastet. Gleichzeitig aber brachte die beklagte Partei im Antrag zum Ausdruck, dass eine *„Absenkung des Risikolimits anzudenken wäre“*. Die Frage der **notwendigen Kreditlinie** an sich, deren **Ausschöpfung** sowie allfällig notwendige Erhöhungen im Falle der Barwertverschlechterung wurde weder bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175, noch in der Besprechung am 1. Februar 2008, **noch danach** von der beklagten Partei angesprochen. Im Gegenteil, die Bedeutung des Barwertes **wurde verharmlost**, die Aufmerksamkeit von Mag. Werner P. wurde auf die Cash Flows gelenkt (vgl. etwa E-Mail vom 11.4.2008, Beilage ./45 *„kein Anpassungsbedarf beim EURCHF Resettable“*). Es wurden auch keine Empfehlungen für Rückstellungen/Cash-Vorsorgen in Ansehung des negativen Barwertes etc. ausgesprochen (vgl. oben zu Punkt II. Z 4.6).

- 2.5.6.4. Aus dem internen E-Mail-Verkehr der beklagten Partei vom 18. Dezember 2008 (Beilage ./116) ist ersichtlich, dass das Derivatlimit zu diesem Zeitpunkt bei über **EUR 102 Mio.** ausgeschöpft war und einen „Höchststand“ erreicht hatte: *„Aufgrund der Abwärts-Dynamik im Währungspaar EUR/CHF (siehe Chart), der gestiegenen Volatilitäten und vor allem des stark angestiegenen negativen Zinsdifferenzials des CHF zum EUR (stark gesunkene Forward-Preise EUR/CHF) ist das Limit von EUR 105 Mio. bereits bei einem EUR/CHF-Wechselkurs von rund 1,54 erschöpft.“* (Hervorhebungen Stadt Linz).
- 2.5.6.5. Aus dem E-Mail, Beilage ./116, ist zunächst erkennbar, dass die Kenntnis der **FX-Forward-Preise** (also der EUR/CHF Terminkurse) **wichtig** ist, um erwartbare Kursentwicklungen zu verstehen (zu der insofern unterlassenen Information siehe unter Punkt 2.5.11) und die Experten der beklagten Partei diese auch tatsächlich herangezogen haben. Darüber hinaus belegt das E-Mail die **Bedeutung der Bewertung für die Möglichkeit neue Kredite in Anspruch** zu nehmen: Aufschlussreich sind dabei folgende Hinweise des Mag. Herbert A. *„Mittlerweile blockieren wir ja bereits einen großen Teil der Limits für diesen Resettable und hemmen damit unsere sonstigen Geschäftsmöglichkeiten.“* Damit bringt Mag. Herbert A. nichts anderes zum Ausdruck, als dass durch die Linienausschöpfung auch die Möglichkeit, Kredite an die Stadt Linz zu gewähren, massiv eingeschränkt war. Die weiteren Auswirkungen der negativen Bewertung beweist auch die Gesprächsnotiz vom 14. April 2010 (Beilage./74), in der es heißt: *„Die Landeshauptstadt Linz hat im Zuge der letzten Darlehensausschreibung – Anm.: unser Haus hat kein Angebot gelegt – auch unsere Möglichkeit weiterer Finanzierungslinien abgefragt. Dem Kunden wurde der hohe Derivatlimitbedarf und der damit eingeschränkte Handlungsspielraum kommuniziert.“* **Davor** waren diese Informationen nicht erteilt worden, insbesondere nicht bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175.
- 2.5.6.6. Dazu passt, dass Mag. Werner P. auf die Frage des Dr. Johann Mayr im Zusammenhang mit dem Schreiben der beklagten Partei vom 11. November 2008 antwortete, es sei deshalb kein Problem, weil es ihm gerade gelungen sei, von der BAWAG wieder frische Darlehen zu bekommen (HV-Protokoll Landesgericht Linz, 2. Dezember 2013, S 21).
- 2.5.6.7. Die Möglichkeit, Darlehen aufzunehmen, ist im kommunalen Bereich ein

wesentlicher Faktor. Hätte die beklagte Partei auf die Bedeutung des Barwertes auch in Hinblick auf die Refinanzierbarkeit und die Möglichkeit, Darlehen aufzunehmen, hingewiesen, wäre klar gewesen, dass es sich beim Barwert nicht nur um eine „theoretische Rechengröße“ handelt, sondern dieser sowohl für Ausstiegskosten, also das Risikomanagement, als auch **für die Refinanzierungsmöglichkeit** von Relevanz ist. Jede Bank muss Schieflagen von Derivaten des Kunden, mögen diese auch von Fremdbanken stammen, **bei der Bonitätsprüfung mitberücksichtigen**. Die Bank muss den Barwert in der Kreditlinie berücksichtigen (siehe nur Beilage ./JJJ2).

- 2.5.6.8. Es wäre daher die Pflicht der beklagten Partei gewesen, bereits bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 **auf diesen für die Stadt Linz wichtigen Aspekt hinzuweisen**. Es handelt sich in Ansehung der besonderen kommunalen Verhältnisse um eine „**notwendige Information**“ im Sinn des § 13 Z 4 WAG 1996. Die Relevanz dieser Information für die Entscheidung zum Geschäftsabschluss liegt nach der Aussage des Mag. Werner P. im Strafverfahren auf der Hand. Die Bedeutung der Derivatelinie für die Aufklärung des Kunden ist auch in der Judikatur anerkannt: *„Eine Praxis der Bank, ein internes Kreditantragsverfahren durchzuführen, bei dem das gesamte Vermögen des Kunden als Haftungsgrundlage angesetzt wird, ohne den Kunden davon in Kenntnis zu setzen, erscheint in diesem Zusammenhang fragwürdig.“* (LG München 32 O 3838/11).
- 2.5.7. Unterlassene Aufklärung über die fehlende Optimierungseignung des Swap-Geschäfts 4175 durch Verschlechterung des Kosten-/Risikoverhältnisses des Schuldportfolios der Stadt Linz (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)
- 2.5.7.1. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es dem Grundsatz der „anleger- und objektgerechten“ Beratung entspricht, die **individuellen Verhältnisse des Kunden zu berücksichtigen**. Damit dies sichergestellt ist, trifft die Bank auch eine „Explorationspflicht“ (dazu bereits oben zu Punkt 2.3). Die beklagte Partei kann sich daher auch nicht damit exkulpieren, dass ihr wichtige Informationen zu den Kundenverhältnissen nicht zur Verfügung gestanden wären.
- 2.5.7.2. Der Gemeinderat der Stadt Linz ermächtigte Mag. Werner P. mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz durch den Abschluss marktüblicher Geschäfte zu optimieren. Das „Anlageziel“ der Stadt Linz war damit definiert; sie beinhalten keine Finanzgeschäfte, die den Grundsätzen einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Gebarung widersprechen. Das schloss Finanzgeschäfte aus, deren Risiken mit den Mitteln einer Kommune nicht beherrschbar sind oder welche die Stadt Linz einem unlimitierten exorbitanten Risiko aussetzen (zur Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vgl. Punkt III. Z 1.3).
- 2.5.7.3. Selbst wenn man bei der Auslegung des Beschlusses die gesetzlichen Rahmenbedingungen, seinen erkennbaren Zweck, seine Genese und die Interessen der Stadt Linz unberücksichtigt ließe, hat der Begriff der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios einen substantiellen Bedeutungsinhalt: es geht darum, das Kosten/Risiko-Verhältnis des Schuldenportfolios zu verbessern (vgl. dazu *Schwabe, Ley und Greiner*, Gutachten vom 10. August 2012, Seite 7, ON 116 des Strafaktes, Beilage ./7Z4).
- 2.5.7.4. Das Swap-Geschäft 4175 führte zu keiner Optimierung des Schuldenportfolios (vgl. dazu bereits VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4). Außerdem setzte es die Stadt Linz – entgegen den kommunalrechtlichen Vorgaben (Punkt III. Z 1.3.5) – einem

unlimitierten exorbitanten Währungsrisiko aus (zur Unzulässigkeit solcher Produkte wiederum Punkt III. Z 1.3.5). Bereits bei einem Kurs zwischen 1,49 und 1,50 waren erhebliche Verluste in einer Größenordnung von ca. EUR 4 Mio. jährlich zu erwarten, eng begrenzten Finanzierungsvorteilen standen erhebliche Finanzierungsnachteile gegenüber, die über eine Laufzeit von 10 Jahren sogar existenzgefährdende Ausmaße erreichen konnten. Unter Berücksichtigung aller durchschnittlichen Finanzierungsvor- und Finanzierungsnachteile bestand ein Chancen-Risiko-Verhältnis von 1:14 (VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4.7; Punkt II. Z 7 dieses Schriftsatzes; *Janssen*, Gutachten vom 15. August 2012, S 27, ON 116 des Strafaktes, Beilage./7Z3; *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 335, ON 129 des Strafaktes). Das Swap-Geschäft 4175 war damit **nicht geeignet**, die Anlageziele der Stadt Linz zu erfüllen.

- 2.5.7.5. Die beklagte Partei konnte **zu keinem Zeitpunkt erwarten**, dass die Stadt Linz aus Eigenem in der Lage war zu beurteilen, ob sich das Risiko-/Renditeverhältnis im Sinne einer Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 nunmehr verbessern oder verschlechtern würde. Dazu bedarf es **profunden fachlichen Know-hows**, welches zwar bei einem Fachmann wie der beklagten Partei gegeben war, nicht jedoch bei der Stadt Linz. Die Informationspflichten nach dem WAG zielen darauf ab, das **Informationsgefälle zwischen Kunden und Bank zu beseitigen**. Die Bank hat die Pflicht, den Kunden insbesondere bei komplexen Geschäften auf denselben Wissensstand wie die Bank zu heben (BGH XI ZR 33/10). Die Stadt Linz wäre zu **warnen** gewesen, dass mit dem Swap-Geschäft 4175 die Vorgaben des Gemeinderatsbeschlusses und **damit die „Anlageziele“ der Stadt Linz** im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 **nicht erfüllt werden würden**. Mag. Werner P. hätte sein Fehlverständnis und sein Wissensdefizit erkannt. Bei entsprechender Information wäre der Abschluss unzweifelhaft unterblieben.
- 2.5.7.6. Das Swap-Geschäft 4175 entsprach aus den genannten Gründen in vielerlei Hinsicht nicht den Anlagezielen der Stadt Linz. Neben der Pflicht zur Aufklärung, hätte die beklagte Partei der Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 **überhaupt nicht anbieten dürfen**. Die beklagte Partei unterlag deshalb neben der Aufklärungspflicht auch dem **Empfehlungsverbot** des § 14 Z 1 WAG 1996 (dazu bereits oben zu Punkt 2.2).
- 2.5.8. Keine Aufklärung über das asymmetrische Gewinn- und Verlustprofil des Swap-Geschäfts 4175 (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)
- 2.5.8.1. Das Swap-Geschäft 4175 weist **ein extrem asymmetrisches Gewinn-/Verlustprofil** auf. Die Stadt Linz hat bereits im Zusammenhang mit der fehlenden Optimierung (siehe VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4) auf diesen Umstand hingewiesen. Einer mäßigen Ertragssteigerung steht nach den Analysen der diversen Gutachter (vgl. *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2011, S. 342ff; *Schwabe, Ley und Greiner*, Gutachten vom 10. August 2012, S. 8, Beilage ./7Z4; *Janssen*, Gutachten vom 15. August 2012, S 27f, Beilage ./7Z3;) eine **übermäßige Erhöhung** des Risikos gegenüber: Bei allen Finanzgeschäften muss der Anleger sowohl über das Chancen-Risiko-Profil des Vertrages, als auch über den Vermögenswert der ausgetauschten Leistungsverpflichtungen aufgeklärt werden, wenn er deren Wert nicht selbst ermitteln kann (vgl. OLG Stuttgart 9 U 11/11). Die beklagte Partei wusste, dass Mag. Werner P. nicht in der Lage war, Chancen-/Risikoprofile auf der Grundlage von anerkannten Simulationsmodellen wie VAR-Analysen oder Monte-Carlo Simulationen durchzurechnen. Im Sinn des Gebots zur vollständigen (notwendigen) Information gemäß § 13 Z 4 WAG wäre es Aufgabe der beklagten Partei gewesen,

zunächst den Wissensstand des Mag. Werner P. zu erheben, um dessen massive Informationslücken daraufhin zu schließen.

- 2.5.8.2. Die beklagte Partei hatte die Pflicht, den Kunden im **Wesentlichen auf den eigenen Wissensstand** zu heben (siehe dazu oben zu 2.5.2; BGH XI ZR 33/10). *„Das Chancen-/Risikoprofil des Swap-Vertrages ist gekennzeichnet durch die mathematisch-theoretisch maximale Gewinnchance und das maximale, gegebenenfalls sogar unbegrenzte Verlustrisiko. Wird ein Swap-Vertrag [...] zu Spekulationszwecken und nicht zur Absicherung gegenläufiger Risiken abgeschlossen, übernimmt der Kunde eine offene Risikoposition. Die Information über diesen Rahmen von Chancen und Risiken ist daher wesentlich. Bei Verträgen mit hohen Risiken benötigt der Anleger allerdings zusätzliche Informationen über die Faktoren, die für das Risikoprofil und die Art des Risikos maßgeblich sind. Einen Einfluss auf den Erfolg haben beispielsweise die Art der gewählten Währungen, die unterschiedlichen Volatilitäten der für die Bank und den Kunden maßgeblichen Basiswerte, die gewählten Zinssätze und länderspezifischen Zinsstrukturkurven, die Wahrscheinlichkeiten (Value at Risk) oder asymmetrische Risikostrukturen mit Gewinn- oder Verlustbegrenzungen. Bei nur theoretischen Informationen über den maximalen Rahmen von Risiken und Chancen verhelfen dem Anleger erst Einschätzungen über deren Wahrscheinlichkeiten zu einer geeigneten Entscheidungsgrundlage.“* (OLG Stuttgart 9 U 11/11).
- 2.5.8.3. Die beklagte Partei kann sich deshalb auch nicht damit rechtfertigen, das „theoretisch unbegrenzte Risiko“ hätte Mag. Werner P. aus der Zinsformel erkennen können. Zum Erkennen des Risikos reicht es nämlich nicht aus, historische Wechselkurse in die Zinsformel einzusetzen (zur Risikoeinschätzung des Mag. Werner P. vgl. Punkt II. Z 3 und 4), sondern es bedarf bankfachtechnischer Berechnungen und finanzmathematischer Simulationen, um die Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Risikos zu erkennen; es war nämlich die Pflicht der beklagten Partei, dem Kunden ein **realistisches Gefühl über die „asymmetrische Wirkung“** und das tatsächliche Risiko zu vermitteln. Die beklagte Partei hat Mag. Werner P. nicht aufgeklärt, sondern im Gegenteil bestehende Fehlvorstellungen sogar noch verstärkt (vgl. dazu oben zu Punkt II. Z 4). Überdies bedeutete diese Asymmetrie im Produkt, dass damit den Anlagezielen der Stadt Linz nicht im Geringsten entsprochen wurde. Die beklagte Partei hätte Mag. Werner P. das Swap-Geschäft 4175 nicht empfehlen dürfen.
- 2.5.9. Unterlassene Aufklärung über das sich durch das Swap-Geschäft 4175 bildende massive Klumpenrisiko der Stadt Linz in CHF (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)
- 2.5.9.1. Durch den Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 ergab sich ein zusätzliches CHF-Exposure der Stadt Linz im Ausmaß von **rund EUR 500 Mio.** Das bedeutet, dass zu der ohnehin bereits bestehenden CHF-Anleihe in Höhe von rd. EUR 150 Mio. ein **zusätzliches CHF-Risiko in diesem Ausmaß hinzukam** (Janssen, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes, Beilage ./7Z2). Auf Grund des „exponentiellen“ Auszahlungsprofils der hinter der Swap-Formel stehenden 21 EUR/CHF Optionen, die von Philipp Reading als „*Quanto-Optionen*“ bezeichnet wurden (vgl. Protokoll vom 23. September 2013, S. 66 des Anhangs zum Protokollberichtigungsantrag der Stadt Linz; Fulmek, ON 107 des Strafakts, S 2), ergibt sich bei tiefen EUR/CHF Kursen **eine zusätzlich progressiv wirkende negative Dynamik** zu Lasten der Stadt Linz. Das Swap-Geschäft 4175 wirkt daher **bei stark steigendem CHF-Kurs** noch um ein Vielfaches aggressiver, als ein nur

„linear“ wirkender ungedeckter Leerverkauf, wie dies bei einem CHF-Fremdwährungskredit, oder eben einer CHF-Anleihe der Fall ist.

- 2.5.9.2. Nach dem Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13. Mai 2004 (Beilage ./C) lag im Jahr 2004 die Gesamtverschuldung der Stadt Linz bei EUR 345,15 Mio. Die Fremdwährungsschuld in CHF stand umgerechnet bei EUR 135,45 Mio. Durch die Aufnahme des Swap-Geschäfts 4175 wirkte schließlich (unter Einbezug der Anleihe) ein (leerverkauftes) **CHF-Volumen** im Gegenwert von gesamt rd. **EUR 650 Mio.** auf die Stadt Linz ein. Das Swap-Geschäft 4175 samt Anleihe war daher wirkungsgleich, als hätte die Stadt Linz zunächst **sämtliche Verschuldungen in CHF umgewandelt** und **zusätzlich (!) noch weitere Fremdwährungsdarlehen in CHF im Ausmaß von rund 300 Mio (!)** gegenüber dem Stand 2004 aufgenommen. Auch bei Betrachtung der Zahlen im Rechnungsabschluss 2007 ergibt sich kein wesentlich anderes Bild. Demgegenüber verfügte die Stadt Linz über **keine Einkünfte in CHF**. Es bestand daher auch keine Möglichkeit, **das Risiko eines steigenden CHF einnahmenseitig** abzufedern (vgl. schon VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4.8).
- 2.5.9.3. Der Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 führte daher zu einer bankfachlich völlig unververtretbaren **Verklumpung** (=Konzentration) des Risikos der Stadt auf die Währungsentwicklung in CHF. Damit wurde das Gebot der Risikostreuung massiv verletzt, das bei Schuldenportfolios gleichermaßen wie bei Veranlagungsportfolios gilt. Es ist eine der zentralen Pflichten des Vermögensberaters, auf **Klumpenrisiken hinzuweisen** und diese zu vermeiden, wenn sie eine derart verheerende Wirkung haben. Mit der „Aufklärung“, es läge ein „doppeltes Risiko“ vor, hat Iris S. das in Wahrheit bestehende Risiko massiv verschleiert, weil das Risiko aus dem Swap-Geschäft 4175 im Vergleich zum Risiko der CHF-Anleihe mehrfach **„gehebelt“** ist. Der Hinweis, es gäbe ein „doppeltes Fremdwährungsrisiko“ ist unter diesem Gesichtspunkt falsch bzw. unvollständig und damit grob irreführend. Es vermittelt tatsächlich einen **völlig unrichtigen Eindruck** der wahren Risikoverhältnisse und verschweigt die gravierende Hebelwirkung des Geschäftes. (zur Bedeutung der Diversifizierung in Portfolios erklärte der Oberste Gerichtshof: *„Auch bei einer konservativen Veranlagungsstrategie können durchaus risikoreichere Papiere gehalten werden, solange eine ausgewogene Mischung der Vermögenswerte und eine angemessene Streuung des Risikos erfolgt.“*, 9 Ob 85/09d). Das Gebot der Streuung ist daher auch ein vom OGH für die Vermögensveranlagung anerkannter Grundsatz. Die beklagte Partei hat die entsprechende Aufklärungspflicht über die fehlende Streuung und das sich ergebende **unvertretbare Klumpenrisiko** massiv verletzt.
- 2.5.9.4. Mag. Werner P. hätte das Klumpenrisiko nicht übernommen, wenn er über dessen Bestehen ausreichend informiert worden wäre. Auch diese Wirkung des Swap-Geschäfts 4175 zeigt, dass die beklagte Partei diese Produkt Mag. Werner P. niemals empfehlen durfte (insofern bestand auch ein „Empfehlungsverbot“ im Sinn des § 14 Z 1 WAG, auf die Ausführungen zu Punkt 2.2 ist zu verweisen).
- 2.5.10. Unterlassene Aufklärung über fehlenden Nutzen des Austausches von „Zinsrisiken gegen Fremdwährungsrisiken“ bei öffentlichen Rechtsträgern (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)
- 2.5.10.1. Um eine vollständige, anlegergerechte Beratung zu gewährleisten, waren neben den Anlagezielen und den Kenntnissen und Erfahrungen der Stadt Linz auch deren

**finanziellen Verhältnisse** von maßgeblicher Bedeutung (siehe oben zu 2.2.6). Dabei machte es keinen Sinn, ein **Zinsrisiko gegen ein Fremdwährungsrisiko** einzutauschen. Die Stadt Linz hat im Zusammenhang mit dem Fehlen der Optimierungseignung des Produktes bereits auf diesen Umstand hingewiesen (VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4.8). Mag. Werner P. ■ hätte im Rahmen einer ordnungsgemäßen Aufklärung auch darauf hingewiesen werden müssen.

2.5.10.2. Die jährliche Zinsbelastung der Stadt Linz aus Darlehen und Krediten besteht im Vornherein in Prozenten des Kreditnominals. Zinsänderungen schlagen nur vermindert um den Faktor 100 auf das Nominale durch. Ändern sich die Zinsen beispielsweise von einem Ausgangsniveau von 2 % um 100 %, ergibt sich eine Zinsbelastung von 4 %, was wiederum nur zusätzliche 2 % der Nominale des Kredits p.a. darstellt.

2.5.10.3. Im Gegensatz dazu schlägt die **Veränderung des Fremdwährungskurses** (hier CHF) direkt auf das Gesamtnominale der Verschuldung durch. Ändert sich daher der Wechselkurs um 10 %, erhöht sich die Gesamtschuld (und nicht etwa nur die Zinsschuld) im selben Ausmaß. Insgesamt wirkt das Fremdwährungsrisiko daher **deutlich aggressiver als das Zinsrisiko**. Österreichische Kommunen verfügen, ebensowenig wie die Stadt Linz, über Einkünfte in CHF. Es besteht daher keine Möglichkeit, Verluste in der Fremdwährung einnahmenseitig aufzufangen. Zinssteigerungen können demgegenüber für Kommunen leichter refinanziert werden. Die ergiebigsten Einnahmen der Stadt Linz sind die sogenannten „Bundesabgabenertragsanteile“ sowie die Kommunalabgabe, die in Korrelation zum Zinsniveau stehen. Steigende Zinsen können daher im Sinn eines „*Natural Hedge*“ aufgefangen werden, demgegenüber bleibt die einnahmenseitige Verrechnungswährung eines öffentlichen Rechtsträgers stets der Euro.

2.5.10.4. Es macht daher für eine **Kommune überhaupt keinen Sinn**, Zinsrisiken gegen Währungsrisiken zu tauschen. Wer seine Produkte Kommunen anbietet, muss sich auch über deren Besonderheiten im Klaren sein. Da die beklagte Partei auch eine Explorationspflicht trifft (dazu oben unter Punkt 2.3), kann sie ihr fehlendes Wissen infolge nicht erhobener Kundenverhältnisse **nicht exkulpieren**.

2.5.10.5. Das Swap-Geschäft 4175 konnte daher aus diesen Gründen niemals den Interessen der Stadt Linz entsprechen. Die beklagte Partei hätte im Sinne des § 14 Z 1 WAG 1996 Mag. Werner P. ■ nicht nur über diesen Umstand entsprechend informieren, sondern auch vom Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 abraten müssen (siehe dazu bereits oben zu Punkt 2.2). Mag. Werner P. ■ konnte diese Zusammenhänge aufgrund seines persönlichen Wissens nicht erkennen (siehe dazu oben zu Punkt II. Z 4.). Bei gehöriger Aufklärung wäre der Geschäftsabschluss unterblieben.

2.5.11. Unterlassene Aufklärung über die für die Kursbildung des CHF ausschlaggebenden Faktoren (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG)

2.5.11.1. Die Stadt Linz hat bereits vorgetragen (siehe KB der Stadt Linz, Punkt VII.6.1), dass Mag. Werner P. ■ einer **grundlegenden Fehlvorstellung** über die Funktion des Wechselkurses für die Derivatstruktur unterlag, indem er von der Projizierbarkeit der historischen Wechselkurse in die Zukunft und einem „Währungskorridor“ in der Bandbreite EUR/CHF 1,62 – 1,44 ausging. Er glaubte, vorhersagen zu können, dass der historische Tiefststand nach dem Terroranschlag am 11. September 2001 nicht unterschritten werden würde (dazu bereits oben zu Punkt II. Z 4).



- 2.5.11.2. Entgegen der auf **Unwissenheit, fehlender Erfahrung** und auch List der beklagten Partei basierenden Annahme des Mag. Werner P■■■■ (Punkt III. Z 4) ist für die mit dem Swap-Geschäft 4175 verbundenen Risiken jedoch **nicht alleine das Kursniveau EUR/CHF entscheidend**, sondern die Volatilität, also die **Änderungswahrscheinlichkeit des Kurses** (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2011, ON 129 des Strafakts, S 152f) und die Laufzeit des Swap-Geschäfts 4175.
- 2.5.11.3. Selbst wenn sich der Kurs im Verhältnis zum Einstiegskurs nicht verändert, konnte sich der Barwert beim Swap-Geschäft 4175 **bereits um Millionen** ins Negative verschieben. Es handelt sich dabei um ein Spezifikum der extrem aggressiven Optionsstruktur der Swap-Formel. *„Eine beratende Bank, die einem Kunden einen komplexen Zinsswap-Vertrag empfiehlt, muss ihn vorher darüber aufklären, dass er die Erfolgsaussichten nicht allein auf der Grundlage seiner subjektiven Zinsmeinung einschätzen kann, sondern hierfür die Ergebnisse von anerkannten Bewertungsmodellen benötigt“* (OLG Stuttgart, 9 U 148/08). Auch die subjektive „Währungsmeinung“ des Kunden ist eine **völlig unzureichende Entscheidungsgrundlage**.
- 2.5.11.4. Die beklagte Partei hätte daher Mag. Werner P■■■■ darüber informieren müssen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass der CHF-Kurs den vermeintlichen Korridor in der Laufzeit von 10 Jahren nach unten durchbrechen würde, schon bei Abschluss **objektiv betrachtet hoch war**. Bei einem derart offenkundigen Fehlverständnis wie jenem des Mag. Werner Penn, wäre selbst ein informierter Kunde aufzuklären gewesen (vgl. 8 Ob 11/11t). In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass der CHF wegen der Zinsdifferenziale langfristig einem **stetigen Aufwertungsdruck** unterliegt (vgl. Beilage ./FFFFFF). Ohne Verständnis auch diesen, den CHF-Kurs beeinflussenden Faktor, war **das Risiko nicht adäquat abschätzbar**.
- 2.5.11.5. Grob fehlerhaft war es auch, Mag. Werner P■■■■ die Währungskurse nur für die letzten 10 Jahre zu zeigen. Geht man nämlich noch länger zurück (vgl. EUR/CHF-Chart seit 1960, Beilage ./FFFFFF), so ändert sich die Einschätzung der Währungsentwicklung erheblich. Eine ordnungsgemäße Beratung konnte sich in Anbetracht der langen Laufzeit des Geschäfts also **niemals darin erschöpfen**, auf einen historischen Chart von zehn Jahren zu verweisen, ohne dabei die **Wirkung der Zinsdifferenz** auf die Kursbildung in verständlicher Art und Weise zu erläutern.
- 2.5.11.6. Mag. Werner P■■■■ mangelte es bereits an jedem Verständnis hinsichtlich der Auswirkung der Zins- und Währungsvolatilität auf das Risiko des Swap-Geschäfts 4175. Aber auch im Hinblick auf langfristig erwartbare Kursentwicklungen (im Sinn einer Fundamentalanalyse) bestand **massiver Aufklärungsbedarf**. Der notwendige Prognosezeitraum für das Swap-Geschäft 4175 beträgt wegen der Laufzeit „zehn Jahre“. Eine seriöse Prognose ist über **diesen Zeitraum unmöglich**. Das war der beklagten Partei **bewusst**.
- 2.5.11.7. Auch über die zum Abschluss gültigen FX-Forward-Kurse wurde Mag. Werner P■■■■ nicht informiert. Die bei Abschluss gültigen FX-Forward-Kurse zeigten auf Basis von Bloomberg-Daten ein Durchbrechen des Strikes von EUR/CHF 1,54 bereits nach einem Zeitraum von nur **drei bis vier Jahren** nach Vertragsschluss als erwartbar an (vgl. Beilage ./QQQQQQ). Der Forward-Kurs ist in der Praxis jedoch ein wichtiger Indikator, weil die Zinserwartung und die Zinsdifferenz eingepreist sind, die wiederum, auch wegen der Wechselwirkung mit sogenannten „carry-trades“, **für die**

**Kursbildung maßgeblich** sind.

2.5.11.8. Die beklagte Partei hat auch darüber nicht aufgeklärt. Bei gebührender Aufklärung wäre das Swap-Geschäft 4175 niemals zustande gekommen.

2.5.12. Unterlassene Aufklärung über die notwendige technische und fachliche Ausstattung für ein effektives Risikomanagement (Verstoß gegen § 13 Z 4 WAG 1996)

2.5.12.1. Ein **effektives Risikomanagement** ist beim Einsatz von Derivaten von besonderer Bedeutung. In Banken – so auch bei der beklagten Partei – werden zum Zweck der Risikosteuerung verschiedene Systeme eingesetzt. Üblicherweise ist ein umfassendes Risiko-Limit-System etabliert. Zusätzlich werden die Risiken mit „Monte Carlo Simulationen“ laufend gemessen. Die verwendeten Risikosysteme sind regelmäßig „barwertbezogen“, insbesondere auch sogenannte „value at risk“ – („VAR“) Modelle.

2.5.12.2. Die Stadt Linz hat bereits im Zusammenhang mit der fehlenden Optimierung darauf hingewiesen, dass der Swap 4175 ein besonderes **qualifiziertes und diffiziles Risikomanagement** erfordert hätte, welches eine Kommune niemals leisten kann. Das Geschäft war nicht beherrschbar (vgl. dazu bereits Punkt II. Z 8).

2.5.12.3. Ein Kunde der Bank muss darüber aufgeklärt werden, dass die **Beherrschung des Risikos** aus einem komplexen Zinsswap „*zwingend ein effektives Zinsmanagement verlangt, damit rechtzeitig Verluste begrenzt werden können*“. Dabei wird die *„Pflicht auf die Notwendigkeit eines effektiven Risikomanagements hinzuweisen, nicht durch die Praxis der Banken beseitigt, ohne konkrete vertragliche Vereinbarung den Swap-Vertrag zu überwachen, nach eigenem Gutdünken Auflösungsempfehlungen zu geben und in freigewählten Abständen den Marktwert dem Kunden mitzuteilen“*. Auch muss sich der Kundenberater „*vergewissern, dass der Anleger nicht dem Irrtum unterliegt, dieses Risikomanagement laienhaft auf der Grundlage der Beobachtung eines Basiswerts [...] durchführen zu können*“ (vgl. OLG Stuttgart 9 U 57/11). Dieser Befund gilt im besonderen Maße für den Swap 4175.

2.5.12.4. Die Stadt Linz verfügte über **keinerlei professionelle technische** Risikomanagementverfahren wie VAR-Analysen oder EDV-Tools zur Abwicklung von Monte Carlo Simulationen, um die Sinnhaftigkeit des Geschäfts zu prüfen und das Risiko zu überwachen. Sie verfügte auch über kein diesbezüglich ausgebildetes Fachpersonal. Diese Umstände waren der beklagten Partei auch bekannt (bzw. mussten ihr bei gebührender Kundenexploration im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 bekannt sein).

2.5.12.5. Die beklagte Partei hat die Eignung des Swap 4175 zu täglichen Wertschwankungen („Intraday-Execution Risiko“) mit EUR 3,8 Mio. bewertet (ON 83 des Strafaktes). Verglichen mit den Risikoberichten der beklagten Partei (siehe Beilagen ./HHHHHH und ./IIIIII) musste die Stadt Linz mit dem Swap-Geschäft 4175 das **Dreifache des „Tagesrisikos“** der beklagten Partei in den Bereichen „Wechselkursrisiko und Zinsrisiko“ übernehmen. Das hätte die beklagte Partei Mag. Werner P. sagen müssen, um ihm ein Bewusstsein für die Notwendigkeit eines technischen und fachlich ausreichenden Risikomanagements zu geben.

2.5.12.6. Mag. Werner P. hätte in diesem Zusammenhang auch darüber informiert werden

müssen, dass einfache Stopp-Loss Strategien bei diesem Produkt versagen müssen. Ohne dass der Strike überhaupt unterschritten wird, war es möglich, dass bei entsprechend gestiegener Volatilität mit einem **negativen Marktwert von bis zu EUR 100 Mio. (!)** zu rechnen war (siehe E-Mail Mario T. vom 18.12.2008, Beilage./116: „...ist das Limit von EUR 105 Mio. bereits bei einem EUR/CHF-Wechselkurs von rund 1,54 erschöpft“).

2.5.12.7. Ein Kurslimit für den Ausstieg ist mit im Vorhinein nicht absehbaren Auflösungskosten verbunden. Der Preis der Optionen im Fall der Auflösung wird nämlich weniger vom Wechselkurs, sondern von den Volatilitäten bestimmt. Ein adäquates Risikomanagement über die preisbildenden Optionskennzahlen (die Sensitivitäten „Greeks“; vgl. die Aussagen des Zeugen H. betreffend die Risikosteuerung seines eigenen Portfolios, Protokoll vom 26. September 2013, S 49 des Anhangs zum Protokollberichtigungsantrag der Stadt Linz) setzt ein **dermaßen tiefes fachliches Derivatewissen** voraus, welches der Stadt Linz niemals zugemutet und auch nicht erwartet werden konnte. Eine Gemeinde ist keine Investmentbank und Kommunalbeamte sind keine Investmentbanker.

2.5.12.8. Die beklagte Partei hätte dementsprechend Mag. Werner P. den Swap 4175 auch aus diesem Grund nicht empfehlen dürfen. Jedenfalls war sie aber zur Aufklärung über die dargestellten Umstände verpflichtet. Das Swap-Geschäft 4175 wäre nicht zustande gekommen, hätte die beklagte Partei die gesetzlichen Pflichten erfüllt.

## **2.6. Keine Aufklärung über die massiven Interessenskonflikte aufseiten der beklagten Partei bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 (Verstoß gegen § 11 Abs 1, § 13 Z 1 und § 16 Z 2 WAG 1996)**

### 2.6.1. Einleitende Bemerkungen

2.6.1.1. Die Stadt Linz hat schon in der Klagebeantwortung Punkt VII. Z 7.2 vorgebracht, dass

- die beklagte Partei nicht nur vollumfänglich über vorhandene Risiken, sondern auch über **bestehende Interessenskonflikte** aufzuklären hatte;
- nach der Entscheidung des BGH XI ZR 33/10 die beklagte Partei verpflichtet war, über **den negativen Anfangswert (von rd. EUR 20 Mio.)** aufzuklären, weil dieser Ausdruck des **schwerwiegenden Interessenskonfliktes** ist und die konkrete Gefahr begründet, dass die Bank ihre Anlageempfehlung nicht alleine im Kundeninteresse abgibt;
- die gegenständlichen Rechtssätze des BGH auf **die österreichische Rechtslage** übertragbar sind, weil sich diese schon aus der Pflicht zur objektgerechten Beratung ableiten wie der OGH in der Entscheidung „Vorarlberger Gebietskrankenkasse“ (OGH 8 Ob 11/11t) ausgeführt hat.

2.6.1.2. Im Folgenden werden diese Interessenskonflikte im Falle des Swap 4175 dargestellt.

### 2.6.2. Zur Bedeutung von Interessenskonfliktlagen nach dem WAG 1996

2.6.2.1. Gemäß § 13 Z 2 WAG 1996 hat sich der Rechtsträger im Anwendungsbereich des WAG um die **Vermeidung von Interessenskonflikten** zu bemühen und dafür zu

sorgen, dass bei unvermeidbaren Interessenskonflikten der Kundenauftrag unter der gebotenen **Wahrung des Kundeninteresses** ausgeführt wird. Im Bereich von OTC-Derivaten sind insbesondere sogenannte „vertikale“ Interessenskonflikte gegeben, also die Kollision von **Kundeninteressen mit Eigeninteressen der Bank**. Ein typischer Interessenskonflikt besteht etwa aus dem eigenen Absatzinteresse der Bank. Dieses ist im Rahmen der Anlageberatung schon prinzipiell hintanzustellen (vgl. *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht Bd. 1, S 161).

2.6.3. Interessenskonfliktgeneigte Organisationsstruktur der beklagten Partei im Treasury (Verstoß gegen § 16 Z 2 WAG 1996)

2.6.3.1. **Interessenskonflikte** spielen nicht nur auf der Ebene **Kunde – Bank**, sondern auch **innerhalb der Bank** eine Rolle. So kann etwa zwischen dem Salesbereich und dem Eigenhandel ein Interessenskonflikt entstehen. Der Salesbereich, der in Kontakt mit den Kunden tritt, ist nach den gesetzlichen Vorschriften des WAG 1996 zur **bestmöglichen Interessenwahrung** gegenüber dem Kunden verpflichtet, wobei das Kundeninteresse **prävaliert** (Kölner Kommentar zum WpHG, § 31 Rz 109). Demgegenüber ist der Eigenhandel der Bank strikt auf die **Maximierung des Gewinns der Bank** ausgerichtet. Um einen solchen massiven Interessenskonflikt gemäß § 16 Z 2 WAG 1996 (siehe die Parallelnorm gemäß § 33 Abs 1 Z 2 WpHG) schon auf „Organisationsebene“ zu vermeiden, **sind Kundenhandel und Eigenhandel organisatorisch, aber auch tatsächlich zu trennen** (vgl. Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft, Fassung 1999, Punkt 4.1 und 4.2.4, Beilage ./8F).

2.6.3.2. Es steht fest, dass bei der beklagten Partei erst relativ kurz vor dem Abschluss des Swap 4175, nämlich im Jahr 2006, eine „**formelle**“ Trennung von Handel und Sales-Bereich durchgeführt wurde (Manfred H. [REDACTED] Protokoll HG Wien, 26. September 2013, S. 4 des Anhangs zum Protokollberichtigungsantrags der Stadt Linz). Ziel war, dass der Eigenhandel (FX- und Zinsdesk mit den Verantwortlichen Dr. P. [REDACTED] und Manfred H. [REDACTED] **keinen direkten Kontakt** mehr mit den Kunden haben sollte. Tatsächlich bestand aber zwischen dem Sales-Bereich und dem Eigenhandel ein äußerst reger Kontakt, weil diese im wahrsten Sinn des Wortes an einem „eigenen Tisch“ platziert waren (siehe dazu die Eingabe der beklagten Partei im Strafverfahren 29 UT 69/13g, ON 207, S 23). Durch diesen **intensiven Informationsaustausch** zwischen Eigenhandel (H. [REDACTED], Dr. P. [REDACTED] und Sales (S. [REDACTED] erlangte der Handelstisch der beklagten Partei von vornherein **Informationen aus der Kundensphäre** und verschaffte sich damit – unter Inkaufnahme von Interessenskonfliktlagen - einen ganz **erheblichen Vorteil**: Damit wurde die Möglichkeit geschaffen, dass der Händler die Wahrscheinlichkeit eines Kundenabschlusses antizipiert. Der Händler konnte diese Information dann dazu nutzen, sein Buch in die antizipierte Richtung des Kundengeschäfts zu führen, also beispielsweise mit gewissen Einzelkomponenten dem Abschluss „vorzulaufen“.

2.6.3.3. Jegliche Kundenaktivität hat zumindest indirekt Einfluss auf die Gestionierung der „Hedge-Geschäfte“, welche die beklagte Partei über das eigene Buch steuert und abwickelt. Die beklagte Partei hat - wie aus den von ihr vorgelegten Unterlagen bekannt ist (Beilage 8.21 im Strafverfahren, sowie *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2011, ON 129 des Strafverfahren, S.199f) - die einzelnen Komponenten des Swap-Geschäfts 4175 **nicht sofort weiterverkauft**. Sie hat auf der „Währungsseite“ (also hinsichtlich der Währungskomponente des Swap-Geschäfts) zunächst nur 21 „**plain-vanilla**“ **Optionen verschrieben** und das weitere Potential der Zinsformel (also die

„Quanto Komponente“; den „exponentiellen“ Teil der Zinsformel) zunächst **auf dem eigenen Buch** belassen, um sie **später und besser zu verwerten** (vgl. Beilage ./YY). Damit hatte der Eigenhandel in der beklagten Partei (also insbesondere am Tisch der Zeugen H■■■■ und P■■■■) **ein ausgeprägtes Interesse** daran, dass die Stadt Linz im Geschäft verbleibt. Damit hatte die beklagte Partei vor allem die Möglichkeit, die **weiteren Optionen** bei tiefen Kursen besonders teuer zu verkaufen (Vorlageantrag der Stadt Linz vom 17. Jänner 2014, Z 1; Punkt II. Z 5.3). Auch die „Zinskomponente“ (den Fixzinsswap) hat die beklagte Partei nicht unmittelbar bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 abgesichert (Punkt II. Z 5.3). Der Gesamtverdienst der beklagten Partei aus dem Swap-Geschäft 4175 geht daher über den negativen Anfangswert von EUR 20 Mio. bei Weitem hinaus.

- 2.6.3.4. Wie wenig sich die beklagte Partei generell um die „**Vermeidung von Interessenskonflikten**“ iSd § 16 Abs 2 WAG 1996 kümmerte, zeigt schon die fehlende tatsächliche Trennung der Bereiche „Sales“ und „Handel“ (vgl. ON 207 im Verfahren 9 St 204/13p, S 9: *„Die in der Angebotsphase und bei Abschluss involvierten Mitarbeiter, also Vertrieb Iris S■■■■ Zinshandels-Tisch Manfred H■■■■ und FX Handeltisch Dr. Klaus P■■■■ saßen einander damals direkt gegenüber“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Die von der beklagten Partei ebendort gezeigte Grafik **verbildlicht** sogar die Interessenskonfliktlage und das augenscheinlich fehlende Problembewusstsein. Weil die beklagte Partei nicht einmal gebührende organisatorische Maßnahmen traf, um Interessenskonflikte im Sinn des § 16 Abs 2 WAG 1996 zu vermeiden (gefordert ist nicht nur eine organisatorische, sondern eine räumliche Trennung der Vertraulichkeitsbereiche; Kölner Kommentar zum WpHG, § 33 Rz 71), verwundert auch nicht, dass es in der Beratung zum Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 zu einem **massiven Interessenskonflikt** kam. Die beklagte Partei hat diesen Konflikt nicht offengelegt. Sie hielt sich bedeckt, um den Gewinn aus dem Geschäft zu maximieren.
- 2.6.3.5. Auch die Zusammensetzung der Teilnehmer an der Besprechung am 1. Februar 2008 widersprach den Vorgaben des § 16 Z 2 WAG 1996. An diesem nahmen neben Mag. Werner P■■■■ auch die Mitarbeiter der beklagten Partei, Mario T■■■■, Iris S■■■■, Mag. Herbert A■■■■, Philip R■■■■ und eben Manfred H■■■■ teil. Die Teilnahme von Manfred H■■■■ war unter dem Gesichtspunkt von **Interessenskonflikten problematisch**: Manfred H■■■■ konnte sich (als Vertreter des auf Gewinnmaximierung gerichteten Eigenhandels der Bank) persönlich ein Bild von der „mentalen“ Lage des Kunden verschaffen. Er konnte aus dem Verhalten des Mag. Werner P■■■■, der nach den Aussagen „beruhigt“ aus der Besprechung herausging, nur den Schluss ziehen, dass Mag. Werner P■■■■ nicht die ausreichenden fachlichen Kenntnisse besaß, jedoch offenbar eine feste Meinung zum EUR/CHF Kurs hatte, nämlich die, dass der EUR/CHF Kurs den Korridor von EUR/CHF 1,44 bis 1,62 nicht verlassen würde (vgl. oben zu Punkt II. Z 4). Damit war für ihn sicher, dass Mag. Werner P■■■■ im Swap-Geschäft 4175 verbleiben würde und dass daher keine Eile bestand, die weiteren Optionen (den „exponentiellen Teil“ der Formel) schon im Februar 2008 weiterzuverkaufen. Aus der Sicht des Eigenhandels war es daher vernünftig, mit dem Verkauf des „exponentiellen Teils“ noch zuzuwarten, weil bei steigenden Volatilitäten und kürzerer Laufzeit die beklagte Partei Zusatzgewinne lukrieren konnte.
- 2.6.3.6. Es mag zwar die Organisationspflicht gemäß § 16 Z 2 WAG 1996 für sich gesehen kein Schutzgesetz im Sinn des § 1311 2. Fall Satz 2 sein, zumindest aber lässt sich aus § 13 Z 2 WAG 1996 die klare gesetzgeberische Intention ableiten, dass die

**Kundeninteressen vorgehen** müssen. Es ist weiters anerkannt, dass im Fall einer „**unvermeidbaren Kollision der Interessen**“ nach dem Prinzip der Offenlegung vorzugehen ist, damit sich der Kunde aus freien Stücken entscheiden kann, ob er sich dem Interessenskonflikt nun aussetzen will oder nicht (Kölner Kommentar zum WpHG, §§ 33 Rz 134). Damit ist aber auch evident, dass die **Offenlegungspflicht** etwa hinsichtlich des „negativen Anfangswerts“ bei OTC Derivaten nicht nur im allgemeinen Zivilrecht, nämlich im Beratungsvertrag und den Grundsätzen der *culpa in contrahendo*, sondern auch **direkt in § 13 Z 2 WAG 1996** (und WAG 2007) abgestützt ist.

#### 2.6.4. OTC-Derivate als besonders „interessenkonfliktgeneigte“ Geschäftsart

- 2.6.4.1. OTC-Derivate sind von vornherein besonders **interessenkonfliktgeneigt**. Anders als bei börsegehandelten Instrumenten, nimmt die Bank im übertragenen Sinn die Stellung eines „Emittenten“ ein. Vor allem bei „strukturierten Derivaten“ tritt dieser Effekt besonders zu Tage. Schon daraus ergibt sich eine **Interessenkollisionslage**, die bei anderen Geschäftsarten in dieser Form nicht vorherrscht. Hinzukommt, dass es sich bei OTC-Kontrakten um einen **bilateralen Geschäftsabschluss** handelt, bei welchem sich die Interessen des einen Vertragspartners direkt gegenläufig zu den Interessen des anderen Vertragspartner verhalten. Die alles überstrahlende Quelle des Interessenskonflikts besteht allerdings darin, dass es sich bei OTC-Geschäften um **reine Wettgeschäfte** handelt. Aus diesem Grund musste auch der „Differenzeinwand“ im Wege des § 1 Abs 5 BWG gesetzlich abgeschnitten werden, um diese Geschäftsart für Banken nutzbar zu machen.
- 2.6.4.2. Auf die spezifischen Gründe, aus denen der „negative Anfangswert“ des Swap-Geschäfts 4175 offenzulegen war, wird weiter unten noch näher eingegangen. Vorauszuschicken sind einfache Überlegungen, die keinen Zweifel daran lassen, dass die Entscheidung des BGH, XI ZR 33/10, auch auf das Swap-Geschäft 4175 anzuwenden ist (davon geht auch die OGHE 8 Ob 11/11t aus). Dazu kommt, dass „[e]ine beratende Bank den Kunden wegen des Glücksspiel-Charakters des Swap-Vertrages darauf hinzuweisen [hat], wenn sie die Chancen „unfair“ zu seinem Nachteil konstruiert hat.“ (OLG Stuttgart, 9 U 148/08).
- 2.6.4.3. Die Verpflichtung zur Rechenschaftslegung, Interessenwahrung, Preistransparenz und dem Handeln im Kundeninteresse (vgl. § 384 Abs 2 UGB, § 400 Abs 2, § 401 Abs 1 UGB) zählten zu den Kardinalpflichten auch des Kommissionsgeschäfts. Es ist auch kein Grund ersichtlich, durch die bloße Wahl der Geschäftsart (hier „OTC-Geschäft“) altbekannte zwingende Grundsätze der Effektenkommission aufzuhebeln, noch dazu vor dem Hintergrund, dass sich die Abwicklung von OTC-Derivaten bei gutem Willen wegen des „Weiterverkaufs“ ohne Schwierigkeiten rechtlich auch als Kommissionsgeschäft darstellen ließe. Auch im Bereich des WAG ist daher anerkannt, dass die bloße Wahl der rechtsgeschäftlichen Form nicht geeignet ist, die Schutzpflichten der §§ 11ff WAG zu unterlaufen (*Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht, S 591).
- 2.6.4.4. Das für OTC-Derivate gelegentlich ins Treffen geführte Argument „**des individuellen Zuschnitts**“ auf den Kunden, gilt nicht vor dem Hintergrund, dass Finanzgeschäfte der gegenständlichen Art gegenüber öffentlichen Rechtsträgern vor allem deshalb eingesetzt wurden, um durch die Erleichterungen in der „Bedeckungspflicht“ (entsprechend der Solvabilitätsverordnung), hochlukrative Geschäfte abzuschließen, die mit Privaten schon wegen des „Linienerfordernisses“

und der „Besicherungspflicht“ niemals möglich gewesen wären (KB Stadt Linz, Punkt VII. Z 7.7; siehe auch Mag. Herbert A. Protokoll HG Wien, 27. September 2013, S. 19). Manfred H. bestätigte bei seiner Einvernahme, dass schon bei einjähriger Laufzeit einer EUR/CHF Option bis zu 5 % des Nominals der Option an Sicherheiten zu erlegen sind (Protokoll HG Wien, 26. September 2013, S. 55 des Anhangs zum Protokollberichtigungsantrag der Stadt Linz). Unter der Annahme eines durchschnittlichen Sicherheitenbedarfs von nur 5 % auf das Nominal der Optionen ergibt sich daher für das Swap Geschäft 4175 (ausgehend von 21 Optionen mit einem Nominal von je CHF 97,5 Mio.) die Notwendigkeit eines Sicherheitenerlags **von über CHF 100 Mio.** (!). Da es sich in Wahrheit um lang laufende Optionen (bis zu 10 Jahren) handelt, war der Sicherheitenbedarf **noch deutlich höher** anzusetzen.

2.6.4.5. Die allgemeinen Grundsätze, die **zum Schutz des Kunden und des redlichen Geschäftsverkehrs** entwickelt wurden, gelten auch für OTC-Geschäfte. Daher ist auch die Rechtsprechung des BGH zur Aufklärungspflicht des Kunden bei Auf- bzw. Abschlägen von über 10 % gegenüber dem fairen Optionspreis ohne Einschränkung auf OTC-Optionen übertragbar (siehe dazu bereits oben zu Punkt 2.5.4).

2.6.5. Aufklärungspflicht über den „negativen Anfangswert“ des Swap-Geschäfts 4175 speziell im Lichte des WAG 1996

2.6.5.1. Die vom BGH anlässlich der Entscheidung vom 22. März 2011 (XI ZR 33/10) entwickelten Grundsätze wurden in der nachfolgenden Judikatur weiter und zutreffend verfeinert. Zwar wurden seither neuerlich Fälle an den BGH herangetragen, infolge Zurückziehung der Klagen (wie etwa zu OLG Frankfurt a.M., 16 U 96/10), konnten jedoch keine weitere Urteile erlassen werden. Hinzuweisen ist auf die Publikation der BGH-Entscheidungsreferentin Dr. Sandra Schmieder in WuB 1G1-16.12, deren Inhalt im Wesentlichen der nicht mehr publizierten BGH-Entscheidung zu OLG Frankfurt a.M., 16 U 96/10 entsprach. Darin wurde die (BGH-)Meinung verfestigt und auch für „CMS-Swaps“, also einfachere Derivatprodukte anerkannt. Auf die Komplexität der Berechnungsformel **kommt es somit nicht an**. Die Bedeutung des „negativen Anfangswerts“ als mögliche arglistige Täuschung, wird in der Publikation ausdrücklich in Betracht gezogen. In Österreich sind seit der Entscheidung „Vorarlberger Gebietskrankenkasse“ keine weiteren einschlägigen Entscheidungen publik geworden.

2.6.5.2. Eine der jüngsten Entscheidungen zur Offenlegungspflicht des „negativen Anfangswerts“ stellt jene des OLG Düsseldorf vom 7.10.2013 (9 U 101/12) dar. Die Entscheidung ist insofern bemerkenswert, weil gegenüber der BGH Entscheidung die Wurzel der Interessenskonfliktlage noch besser sichtbar wird: *„Bei der Empfehlung eines Swap-Vertrages, bei dem der Gewinn der einen Seite den spiegelbildlichen Verlust der anderen Seite darstellt, befindet sich die beratende Bank in einem schwerwiegenden Interessenskonflikt. Sie übernimmt eine Rolle, die den Interessen des Kunden entgegen gesetzt ist.“* Dieser Befund trifft auf das Swap-Geschäft 4175 vollumfänglich zu, weil es sich – ebenfalls - um ein OTC-Derivat handelt, das auf zweiseitiger Basis unter Verwendung eines im Wesentlichen inhaltsgleichen Rahmenvertrages abgeschlossen wurde. Zutreffend erkennt das OLG Düsseldorf auch, dass die Kernproblematik aus dem Gesichtspunkt der Interessenskonfliktlage weniger in der ins Verdienen gebrachten Bankmarge, sondern darin besteht, dass die **Bank gegen den Kunden wettet**. Dass die Bank aus freien Stücken Teile des Risikos weiterverkauft oder Teile am eigenen Buch behält, um damit den Gewinn

zusätzlich zu maximieren, kann an der Interessenskonfliktlage nichts ändern: *„Der Interessenkonflikt wird nicht dadurch aufgelöst, dass die Beklagte nicht für die Dauer der Swap-Geschäfte in ihrer so gekennzeichneten Rolle verblieb, sondern die Risiken und Chancen der Geschäfte alsbald durch „Hedge-Geschäft“ an andere Marktteilnehmer weitergab.“* (in diesem Sinn auch Schmieder in WuB 1G1-16.12). Auch dieser Befund trifft auf die Gestionierung des Swap Geschäfts 4175 durch die beklagten Partei vollinhaltlich zu. *„Der maßgebliche Interessengegensatz wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, sondern nur auf die Gegengeschäfte konzentriert, denn je höher der einstrukturierte negative Marktwert ausfällt, desto leichter und ertragreicher lassen sich die Gegengeschäfte am Markt platzieren.“* Auch hier liefert die Gestionierung des Swap-Geschäft 4175 ein gutes Beispiel: Der Verdienst der beklagten Partei war schon mit der ersten Tranche der bei Geschäftsbeginn an die Kommerzbank und die Deutsche Bank weiterverkauften 21 (plain-vanilla) Optionen so hoch, dass sich die beklagte Partei „zurücklehnen“ und darauf warten konnte, bis die Swap-Formel richtig greift. Dann ließ sich auch der „exponentielle Teil“ (von der beklagten Partei interpoliert in Form von weiteren plain-vanilla Optionen mit unterschiedlichen Strikes, vgl. Beilage /YY) zu einem hohen Zusatzgewinn machen (vgl. dazu *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2011, ON 129 des Strafakts, S 199f). Vice versa hat sich damit allerdings der Schaden der Stadt Linz erhöht. Über die tatsächlich im Rahmen des „Hedgings“ getätigten Geschäfte, hat die beklagte Partei keine Rechnung gelegt, damit keinen Nachweis des tatsächlichen Schadens erbracht und ihre Aktivitäten auch gegenüber den Strafverfolgungsbehörden bisher nicht offengelegt.

- 2.6.5.3. Obwohl Banken für die Berechnung ihrer eigenen Risikopositionen bei Derivaten laufend auf stochastische Bewertungen zurückgreifen und die dafür verwendeten EDV-Systeme (wie das von der beklagten Partei verwendete Kontor+) auch von der Bankenaufsicht abgenommen werden müssen, versuchen diese in Gerichtsprozessen mit Kunden die Bedeutung der „Bewertung“ herunterzuspielen. Das OLG Düsseldorf führt zu recht Folgendes ins Treffen: *„Die Bewertung von Swap Geschäften erfolgte gerade nicht rein willkürlich ohne jede Bezug zu Marktdaten allein zu dem Zweck, solche Geschäfte handelbar zu machen, sondern anhand anerkannter finanzmathematischer Modellrechnungen, die die Grundlage für eine vom Markt akzeptierte Einordnung und Bewertung der Chancen und Risiken bilden und Voraussetzung für den Abschluss kalkulierbarer Gegengeschäfte sind. Damit trägt die Bewertung durchaus prognostische Züge, weil sie die Erwartungen der Marktteilnehmer – wenn nicht aufgrund konkreter, auf längere Sicht nicht hinreichend verlässlicher Zinsentwicklungsprognosen, so doch aufgrund der bezeichneten Simulationsmodelle – abbildet“*. Dem ist wenig hinzuzufügen.
- 2.6.5.4. Jeder Derivatehändler greift für die indikative Berechnung des Preises auf Bewertungsmodelle zurück. Die „Handelsspreads“ sind bei liquiden Derivatebausteinen im Interbankenmarkt minimal. In der Praxis bildet sich der Preis von OTC-Derivaten wie auf einer Börse, weil die Erwartungshaltungen des Interbankenmarktes im Wege der aktuellen preisbildenden Parameter in die gängigen Bewertungssysteme (wie Bloomberg, Superderivatives, Pricing Partners etc.) von den Banken eingespielt werden, also in den Preis einfließen. Damit ist aber auch klar, dass dem Preis für eine Option, den der „Börsenfachhandel“ noch als angemessen für das Risiko bewertet (so wie es der BGH schon in XI ZR 76/05 zum Ausdruck bringt), die aktuelle Marktpreisbewertung einer OTC-Option nach stochastischen Modellen **gleichzuhalten** ist. Es geht um den „fairen Preis“ des Risikos, auf den die Art der Geschäftsabwicklung keinen Einfluss hat.



- 2.6.5.5. Auf diesen Risikoaspekt hat auch das OLG Stuttgart in der Entscheidung zu 9 U 148/08 zutreffend hingewiesen: *„Bei komplexen Zinsswap-Verträgen kommt dem anfänglichen Marktwert eine zentrale Bedeutung für die Beurteilung der Erfolgsaussichten und Risiken zu. Hierüber hat die beratende Bank aufzuklären. Sie muss den Kunden über die in dem Swap-Vertrag enthaltenen Optionsprämien konkret aufklären und ihm mitteilen, in welcher Höhe sie diese als Vergütung für ihre Leistungen für sich beansprucht.“*
- 2.6.5.6. Die Stadt Linz hat bereits ins Treffen geführt (siehe oben zu Punkt 2.5.4), dass unter diesem Gesichtspunkt die jüngere Judikatur des BGH zur Offenlegungspflicht des negativen Anfangswerts auch in **vollem Einklang** mit der **langjährigen** ursprünglich für „Optionsgeschäftsvermittler“ entwickelten Judikatur des BGH steht: Der Kunde muss darauf hingewiesen werden, dass die Optionsprämie den Rahmen eines vom Markt noch als vertretbar angesehenen Risikobereichs kennzeichnet und ihre Höhe den noch als realistisch angesehenen, wenn auch weitgehend spekulativen Kurserwartungen des Börsenfachhandels entspricht (BGH XI ZR 76/05; davor BGH WM 1990, 61, 127, 128; *Ellenberger*, aaO., S 79). Durch die direkte „Wette gegen den Kunden“ ist bei OTC-Derivaten das Interessenkonfliktpotential gegenüber vermittelten börsegehandelten Optionen nochmals verschärft. Die unumwundene Offenlegungspflicht des fairen Optionspreises ist daher bei OTC-Derivaten umso mehr sachlich gerechtfertigt im Sinn des Kundenschutzes.
- 2.6.5.7. Das Ausmaß der **Verkürzung der Optionsprämien** (also das unentschädigte und damit unnötige Risiko für die Stadt Linz; siehe dazu bereits oben zu 2.5.4) hat beim Swap-Geschäft 4175 **ein in jeder Hinsicht ungebührliches Ausmaß erreicht**. Die beklagte Partei hat aus dem Blickwinkel des Abschlusses **41%** der fairen (marktkonformen) Optionsprämien für sich behalten, sodass auch im Lichte der „alten“ Judikaturlinie des BGH (BGH XI ZR 76/05) das Ausmaß der Verkürzung **jede noch tolerable Schwelle überschritten hat**. Arglist ist als Beweggrund indiziert.
- 2.6.5.8. An der Kausalität zwischen der Aufklärungspflichtverletzung über den negativen Anfangswert und dem Schaden der Stadt Linz ist nicht zu zweifeln (siehe dazu oben zu Punkt II. Z 10).

### 3. Mitverschulden/Schadensminderungspflicht

#### 3.1. Einleitung

- 3.1.1 Die beklagte Partei hat in ihrer Klagebeantwortung vom 6. Dezember 2011 gegen das Zahlungsbegehren der Stadt Linz im Verfahren 48 Cg 218/11k einen zweifachen Mitverschuldenseinwand erhoben. Unter Punkt 19.5 (KB BAWAG, S 115) richtet sich der Mitverschuldenseinwand gegen das Schadenersatzbegehren der Stadt Linz, mit dem diese die Aufhebung des Swap-Geschäftes 4175 im Wege der Naturalrestitution und die Rückzahlung der deshalb rechtsgrundlos geleisteten Raten verlangt hat. Im Rahmen des Vorwurfes, die Stadt Linz habe der beklagten Partei gegenüber Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten verletzt, stützt sie den compensando gegen die Klagsforderung der Stadt Linz eingewandten Vertrauensschaden ebenfalls auf einen Mitverschuldenseinwand (KB BAWAG, S 117f).

- 3.1.2 Begründend führt die beklagte Partei zum ersten Einwand aus, dass sich Mag. Werner P. das Nichterkennen der falschen Empfehlung der beklagten Partei teilweise als eigenes Verschulden anrechnen lassen müsse. Jedenfalls habe aber Mag. Werner P. durch das spätere Nichtschließen des Geschäftes eine Obliegenheit gemäß § 1304 ABGB, nämlich das Ausmaß des Schadens möglichst gering zu halten, verletzt. Was den zweiten Einwand angeht, so liege das Verschulden des Mag. Werner P. darin, dass er die beklagte Partei vor Abschluss des Swap 4175 nicht über seine mangelnde Befugnis für ein solches Geschäft, aber auch nicht über die Notwendigkeit einer nachträglichen aufsichtsbehördlichen Genehmigung aufgeklärt habe.
- 3.1.3 Soweit sich die beklagte Partei auf ein Mitverschulden des Mag. Werner P. wegen der Nichtaufklärung über die Unwirksamkeit des Geschäftes stützt, ist dieser im Klagsverfahren der Stadt Linz schon aus Kausalitätsgründen nicht tragfähig: Führt nämlich der Einwand der Stadt Linz, das Geschäft sei wegen Fehlens der Ermächtigung des Mag. Werner P. oder wegen Fehlens der aufsichtsbehördlichen Genehmigung von Anbeginn an unwirksam gewesen, zum Erfolg, so kann die beklagte Partei dem Rückzahlungsbegehren der Stadt Linz nicht entgegenhalten, dass ihr zumindest ein Teil dieser Zahlungen wegen des Mitverschuldens der Stadt zustünde. Auch wenn die beklagte Partei gewusst hätte, dass der Abschluss des Swap 4175 nicht wirksam ist, so hätte sie keinen Anspruch auf diese Ratenzahlungen gehabt. Die Zahlungen setzen nämlich ein gültig zustande gekommenes Geschäft voraus.
- 3.1.4 Wenn sie aber mit der Begründung, aus culpa in contrahendo stünde ihr ein Anspruch aufgrund des Rahmenvertrages zu, weil die Stadt Linz bzw. die ihr zurechenbaren Vertreter es schuldhaft verabsäumt hätten, die beklagte Partei auf die Unzulässigkeit des Swap 4175 aus kommunaler Sicht hinzuweisen, so steht diesem Begehren der in den §§ 867 ABGB und 78 StL 1992 zum Ausdruck kommende Schutzzweck, die Kommune vor einem übereilten Handeln ihrer Organe zu bewahren bzw. die finanzielle Leistungsfähigkeit von Gemeinden sicherzustellen, entgegen (Z 3.2).
- 3.1.5 Mit dem Einwand, die Stadt Linz habe ihre Obliegenheit, das Ausmaß des Schadens möglichst gering zu halten, nicht beachtet, zielt die beklagte Partei offenbar auf die von ihr verlangten Schließungskosten des Swap-Geschäftes 4175. Dazu hatte die beklagte Partei ausgeführt (VBSS BAWAG, S 117f), dass ihr Verlangen gegenüber der Stadt Linz darauf beruht, dass sie „[m]it Wegbrechen der Stadt Linz [...] gezwungen [war], die ausbleibenden Zahlungsströme seitens der Stadt Linz auf eine andere Weise bereitzustellen“, weil sie selbst in der Folge den Ansprüchen der Optionskäufer ausgesetzt ist, die nacheinander bis einschließlich 15. April 2014 schlagend werden würden. Solange der Swap 4175 von der Stadt Linz bezahlt worden sei, wäre nämlich die beklagte Partei ihrerseits gegen die drohenden Verluste aus den Zahlungen an die Optionskäufer abgesichert gewesen. Bei den Schließungskosten, so wie sie die beklagte Partei definiert, handelt es sich unmittelbar aber nicht um einen Schaden der Stadt Linz, sondern um einen Vermögensschaden der beklagten Partei; sie ist es nämlich, die den Forderungen der Optionskäufer ausgesetzt ist. Ihren eigenen Schaden hat die beklagte Partei nach § 1304 ABGB aber selbst zu minimieren; sie also trifft die Schadensminderungspflicht. Im Gegensatz zu dieser Verpflichtung hat die beklagte Partei aber den Schaden durch den Verkauf weiterer Optionen in den Folgejahren massiv erhöht und damit gegen die Schadensminderungspflicht verstoßen (Z 3.5).

- 3.1.6 Im Übrigen trifft der Vorwurf, Mag. Werner P. habe selbst ein Verschulden beim Abschluss des Swap 4175 gehabt, ebenso wenig zu, wie der Vorwurf, er habe den Schaden durch das Unterlassen der Schließung des Geschäftes erst herbeigeführt (Z 3.3 und Z 3.4).

### **3.2. Kein Erfüllungsanspruch im Gewand der culpa in contrahendo**

- 3.2.1 Das gesamte Regelungssystem des § 867 ABGB sowie der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten dienen dem Schutz der öffentlichen (überörtlichen) Interessen. Ziel ist es, die Gemeinde vor einem übereilten Handeln ihrer Organe sowie vor einer übermäßigen Einschränkung des finanziellen Leistungsspielraumes zu schützen. Die genannten Bestimmungen verschaffen diesem öffentlichen Interesse auch im Rahmen des Privatrechtes Geltung.
- 3.2.2 Im Zusammenhang mit den aufsichtsbehördlichen Genehmigungen hat die Rsp (zuletzt 8 Ob 11/11t) nochmals betont, dass die Einhaltung dieser Vorschriften Voraussetzung für das Erreichen der Ziele, nämlich der Schutz der Gemeinde, ist. In gleicher Weise schützt – wie gesagt – § 867 ABGB das Gemeindevermögen vor unzulässigen Alleingängen einzelner ihrer Vertreter; die Bestimmung räumt dem öffentlichen Interesse Vorrang vor einem umfassenden Verkehrsschutz ein.
- 3.2.3 Würde man aus dem Titel der culpa in contrahendo Ansprüche zulassen, die im Ergebnis auf den vertraglichen Erfüllungsanspruch hinauslaufen, wären die Regelungszwecke der genannten Bestimmungen nicht erreichbar. Im Übrigen handelt es sich bei dem Verlangen der beklagten Partei, die Stadt Linz solle das Risiko aus ihren Verträgen mit den Optionskäufern übernehmen, um das Begehren nach Ersatz eines Schadens, der in keinem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Auflösung des Swap 4175 steht. Das Risiko, die Aufwände der beklagten Partei gegenüber Dritten tragen zu müssen, war Mag. Werner P. bei Abschluss des Vertrages auch nicht bewusst, ebenso wenig hat ihn die beklagte Partei darüber aufgeklärt.

### **3.3. Kein Mitverschulden des Mag. Werner P. beim Geschäftsabschluss**

- 3.3.1 Ein Mitverschulden im Sinn des § 1304 ABGB kommt überhaupt nur dann in Betracht, wenn nicht nur der Schädiger, sondern auch der Geschädigte sorglos eine Bedingung für den Schadenseintritt gesetzt hat. Da keine Rechtspflicht besteht, eigene Güter zu schützen, handelt es sich um eine „Obliegenheitsverletzung“ (Koziol, HPR 13, Rz 12/3 ff). Zwar ist anerkannt, dass es auch im Fall einer Fehlberatung – also bei einem Verstoß gegen §§ 13 Z 3 bzw. 14 Z 1 WAG 1996 – ein Mitverschulden des Geschädigten geben kann. Bei Beratungsfällen ist das etwa dann der Fall, wenn der Kunde Informationsmaterial nicht beachtet oder schriftliche Risikohinweise nicht gelesen hat. Ein Mitverschulden wird auch angenommen, wenn der Anleger sorglos in eigenen Angelegenheiten vorgeht, weil er etwa unreal hohe Gewinnversprechen nicht gehörig hinterfragt (5 Ob 246/11d).
- 3.3.2 Auch die deutsche Rechtsprechung anerkennt ein Mitverschulden beim Schadenersatz wegen Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten nur unter besonderen Umständen, weil sich der Anleger grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der ihm erteilten Aufklärung und Beratung verlassen darf (vgl BGH III ZR 249/09). Im Fall eines „Beratungsvertrages“ kann dem zu Beratenden

regelmäßig nicht als mitwirkendes Verschulden vorgehalten werden, er hätte das, worüber ihn sein Berater eigentlich hätte aufklären oder unterrichten sollen, bei entsprechendem Bemühen auch ohne fremde Hilfe erkennen können. Das gilt auch nach österreichischem Recht, zumal dann, wenn die Fehlberatung nur mit besonderem (Derivate-)Fachwissen erkannt werden kann.

- 3.3.3 Liegt tatsächlich ein Mitverschulden vor, ist mit einer Verschuldensabwägung vorzugehen, wobei die Frage der „subjektiven Vorwerfbarkeit“ im Vordergrund steht. Diese ist gerade im Zusammenhang mit der Anlageberatung fallbezogen, weil auch hier der Wissensstand und die intellektuellen Fähigkeiten des einzelnen Geschädigten maßgeblich sind (RIS-Justiz RS 0022681). Liegt eine gröbliche Pflichtverletzung des Beraters vor, tritt ein allenfalls gegebenes geringes Mitverschulden des Anlegers in den Hintergrund (4 Ob 16/12 z). Die Beweislast für das Mitverschulden des Geschädigten trifft den Schädiger. Gleiches gilt für die behauptete Verletzung von Schadensminderungsobliegenheiten. Die Beweislast liegt daher bei der beklagten Partei.
- 3.3.4 Die Stadt Linz hat dargelegt, dass ihr der Swap 4175 **niemals hätte empfohlen werden dürfen** (§ 14 Z 1 WAG 1996; Punkt 2.2). Es wurde oben (Punkt 2.5) weiters gezeigt, dass die beklagte Partei der Stadt Linz eine Fülle **wesentlicher Informationen im Sinn des § 13 Z 3 WAG** im Zusammenhang mit dem Swap-Geschäft 4175 verschwiegen hat. Dabei handelt es sich mehrheitlich um bankfachliche Aspekte, die für den Geschäftsabschluss und vor allem die Erkennbarkeit des Risikos des Geschäftsabschlusses **von wesentlicher Bedeutung waren**. Die beklagte Partei war zur vollständigen und richtigen, anleger- und objektgerechten Beratung im Sinn des § 13 Z 3 WAG 1996 verpflichtet (Punkt 2.5.2).
- 3.3.5 Mag. Werner P. ■ unterlag beim Geschäftsabschluss einer **grundlegenden Fehlvorstellung** über die Wahrscheinlichkeit, mit der sich das Risiko des Swap-Geschäftes verwirklichen würde; die beklagte Partei hat das gewusst und ihn sogar noch in dieser Fehlvorstellung bestärkt (Punkt II Z 4.4ff). Der Stadt Linz fällt schon deshalb **keine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten zur Last**, weil es sich bei jenen Umständen, über welche die beklagte Partei hätte aufklären müssen (Punkt 2.5) um ein **derart spezifisches Wissen** handelt, das selbst bei im Wirtschaftsleben erfahrenen Personen und Rechtsträgern nicht vorausgesetzt werden kann (vgl. Punkt II Z 8.2, über die Voraussetzungen für das Verstehen eines derartigen Produktes).
- 3.3.6 Mit den einer Gemeinde zugänglichen technischen und fachlichen Möglichkeiten war es auch bei noch so hoher Sorgfalt Mag. Werner P. ■ nicht möglich, die spezifischen risikorelevanten Aspekte des Geschäftes tatsächlich zu erkennen (dazu siehe Punkt II Z 7). Im Vordergrund stehen hier insbesondere der Interessenkonflikt der beklagten Partei durch den Abschluss dieses Geschäftes, das asymmetrische Gewinn-/Verlust-Profil, der negative Anfangswert, aber auch die anderen für den Geschäftsabschluss relevanten bankfachlichen Aspekte (siehe die Ausführungen zu den einzelnen Pflichtverletzungen der beklagten Partei nach dem WAG 1996 unter Punkt 2.5).
- 3.3.7 Hinzu kommt, dass der beklagten Partei auch ein arglistiges Vorgehen vorzuwerfen ist (Punkt III Z 4), es ist mithin von einem vorsätzlichen Verschweigen der entscheidenden Informationen auszugehen. Vorsatz ist das **höchste Verschuldensmaß**, gegenüber dem ein allfälliges – tatsächlich jedoch nicht

gegebenes – Mitverschulden der Stadt Linz gänzlich in den Hintergrund treten würde (4 Ob 16/12 z).

- 3.3.8 Einem Mitverschulden der Stadt Linz steht auch entgegen, dass die beklagte Partei eine ganze Reihe von Anhaltspunkten dafür hatte, dass Mag. Werner P. das Geschäft und dessen Funktionsweise nicht in der gebotenen Tiefe verstanden hat (vgl Punkt II Z 4.11). Er dachte beispielsweise, dass für die Einschätzung der Kursentwicklung EUR/CHF das Einsetzen historischer Wechselkurse in die Formel ausreicht, auch die wahre Bedeutung der Bewertung für die Steuerung von Derivaten war ihm völlig unbekannt (Punkt II Z 4 und Z 5). Da das fehlende Fachwissen des Mag. Werner P. und seine irrigen Vorstellungen für einen Fachmann offenkundig waren, müsste ein allfälliges „Mitverschulden“ des Mag. Werner P. auch insofern gänzlich in den Hintergrund treten.
- 3.3.9 Mag. Werner P. kann auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, er habe entsprechende Risikohinweise der beklagten Partei nicht wahrgenommen. Die beklagte Partei hat Mag. Werner P. nämlich bei Abschluss des Geschäfts gar keine Unterlagen im Sinne von „Risikohinweisen“ zur Verfügung gestellt (vgl 4 Ob 135/13a), deren Studium den Wissensstand des Mag. Werner P. gegebenenfalls verbessern hätten können (vgl nur die Beilage ./76). Auch insofern ist daher **kein Mitverschulden** der Stadt Linz gegeben.
- 3.3.10 In Anbetracht der **zahlreichen Aufklärungsmängel**, welche die beklagte Partei zu verantworten hat, die sich nicht allein in einem unaufgeklärt gebliebenen bankfachlichen „Einzelaspekt“ erschöpfen (siehe die Ausführungen unter Punkt 3.5ff), würde selbst ein Verschulden des Mag. Werner P., das im Verhältnis zur beklagten Partei ohnehin nicht besteht, völlig in den Hintergrund treten, weil das Verschulden der beklagten Partei bei weitem überwiegt.

#### **3.4. Auch kein nachträgliches Verschulden des Mag. Werner P.**

- 3.4.1 Der Mitverschuldenseinwand der beklagten Partei läuft daraufhin hinaus, dass die Stadt Linz verpflichtet gewesen wäre, das Swap-Geschäft durch Auflösungsvereinbarung mit der beklagten Partei (ein Kündigungsrecht bestand ja nicht) vorzeitig zu beenden. Dieser Einwand ist schon aus rechtlichen Erwägungen unrichtig.
- 3.4.2 Bei dem in der äußeren Form eines Zinstauschgeschäftes abgeschlossenen Swap 4175 handelt es sich in Wahrheit um geschriebene Währungsoptionen mit einem unbegrenzten Risikopotential. Dadurch war die Stadt Linz verpflichtet, durch die Festlegung der Wechselkursschwelle von 1,54 optionsartig basierte, vom EUR/CHF-Wechselkurs abhängige Zahlungen zu leisten, wodurch die Stadt Linz wirtschaftlich die finanzielle Verpflichtung vergleichbar einem Stillhalter von 21 zeitlich gestaffelten Devisenoptionen, bezogen auf ein Nominale von CHF 97,5 Mio., gegenüber der beklagten Partei eingegangen ist (Punkt II. Z 4). Der Schaden, den zu minimieren nach dem Vortrag der beklagten Partei die Stadt Linz verpflichtet gewesen sein soll, besteht also in den Verbindlichkeiten der Stadt gegenüber der beklagten Partei aus dieser Währungswette. Damit unterstellt die beklagte Partei das Bestehen einer Verpflichtung, dem Vertragspartner eines ausdrücklich unkündbar gestellten Vertrages die einvernehmliche Auflösung mit der Konsequenz anzubieten, dass er dem Diktat des Letzteren über die Auflösungsbedingungen ausgeliefert ist, soll ihm nicht eine Verletzung seiner Schadensminderungspflicht vorgeworfen

werden. Eine derartige Verpflichtung gibt es nicht. Ihre Einhaltung ist auch nicht kausal für jenen Schaden, den die beklagte Partei durch das Verschreiben von Optionen gegenüber Dritten erleidet. Die Verpflichtungen daraus, einschließlich der Kosten, solche Verträge wieder zu beenden, ist nämlich völlig unabhängig vom Zinstauschgeschäft (8 Ob 11/11t).

- 3.4.3 Nach der Darstellung der beklagten Partei (Z 3.1.5) besteht der Schaden, den sie erlitten hat, darin, dass sie ihren eigenen Optionskäufern aus gleichen oder ähnlichen Optionsgeschäften verpflichtet ist. Sie braucht deshalb die Zahlung der Stadt Linz, um diesen Verpflichtungen nachzukommen. Die Freistellung der beklagten Partei von diesen Verpflichtungen ist aber vom Schutzzweck der Vertragstreue aus dem Swap 4175 nicht umfasst (8 Ob 11/11t); auch aus diesem Grund war Mag. Werner P. nicht zu einer Schadensminderung verpflichtet.
- 3.4.4 Im Bereich von Anlegerschäden ist anerkannt, dass den Geschädigten grundsätzlich weder eine Verkaufs-, noch eine Behalteobliegenheit hinsichtlich der von ihm angeschafften Produkte trifft. Nach der Rechtsprechung kann dem Anleger die Verletzung von Verkaufs- oder Behalteobliegenheiten nur in besonderen Fallkonstellationen vorgeworfen werden, weil die „Kursentwicklung“ im Regelfall keine sicheren Schlüsse auf den objektiven Wert des Finanzinstruments zulässt, (RIS-Justiz RS 0120785; 1 Ob 188/12 x). Soweit, bezogen auf den Swap 4175, aus den oben dargestellten Gründen überhaupt von einer Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf ein Zinstauschgeschäft ausgegangen werden kann (der Schaden besteht in der Forderung der beklagten Partei gegen die Stadt Linz und nicht in einem Minderwert des angeschafften Vermögensgutes), könnte das nur bedeuten, dass die Stadt Linz ebenfalls **keine** „Verkaufsobliegenheit“ (Auflösungsverpflichtung) traf.
- 3.4.5 Lässt schon die Kursentwicklung keine sicheren Schlüsse des einzelnen Anlegers auf den Unternehmenswert oder den objektiven Wert seiner Beteiligung zu, sodass regelmäßig eine Verletzung der Verkaufs- oder Behalteobliegenheit verneint wird (8 Ob 123/05d), so gilt dies natürlich noch viel mehr für ein Finanzprodukt wie den Swap 4175, der nicht nur vom Kursverlauf, sondern von Sensitivitäten und Volatilitäten abhängt; allein die täglichen Wertschwankungen betragen nach Mitteilung der beklagten Partei (ON 83 des Strafverfahrens) im Mittel EUR 3,8 Mio. Damit wird die Unsicherheit, ob nun das Produkt gehalten oder aufgegeben werden soll, um ein Vielfaches gesteigert.
- 3.4.6 Mag. Werner P. kann aber auch materiell gesehen nicht der Vorwurf gemacht werden, dass er das Swap-Geschäft 4175 nicht einvernehmlich mit der beklagten Partei geschlossen hat, er hat – und das kann man ihm nicht vorwerfen – aufgrund der untauglichen Informationen der beklagten Partei eine derartige Notwendigkeit zur einvernehmlichen Auflösung des Swap-Geschäftes 4175 nicht erkannt. Im Übrigen hat auch die beklagte Partei Mag. Werner P. eine derartige Auflösung zu adäquaten Bedingungen nicht angeboten. Angesichts der Fachkunde der beklagten Partei richtet sich der Vorwurf, das Geschäft hätte aus Schadensminderungsgründen schon vorher geschlossen werden müssen, unmittelbar gegen die beklagte Partei selbst. Dass Mag. Werner P. in dieser Richtung kein Vorwurf gemacht werden kann, hat das Landesgericht Linz in seinem Urteil vom 11. Dezember 2013 bestätigt (im Folgenden).
- 3.4.7 Mag. Werner P. war, bestärkt durch die beklagte Partei (Punkt II. Z 4), davon

ausgegangen, dass sich die Kursschwankungen des Schweizer Frankens zum Euro in einem bestimmten Währungskorridor, nämlich zwischen 1,62 und 1,44 bewegen werden, wobei der Tiefstkurs EUR/CHF 1,44 nicht unterschritten wird. Mag. Werner P. war also, solange sich der Wechselkurs in dem von ihm angenommenen Währungskorridor bewegt hat, der Überzeugung, ein für die Zwecke der Stadt Linz taugliches Finanzgeschäft abgeschlossen zu haben. Der Bewertung des Geschäftes maß er nicht die ihr gebührende Bedeutung zu. Die sogenannten Restrukturierungsangebote der beklagten Partei, die – wenn man sie näher analysiert (Beilage ./UUUUUUU) – keineswegs das mit dem Swap 4175 verbundene Risiko beseitigt hätten, haben das Interesse des Mag. Werner P. schon deshalb nicht geweckt, weil sie aus seiner Bewusstseinslage heraus keinen Vorteil für die Stadt Linz gebracht hätten (dazu im Folgenden).

- 3.4.8 Iris S. hatte zwar im Zusammenhang mit der Auflösung des Swap 3976 auch die Schließung des Swap 4175 thematisiert, unterbreitete jedoch Mag. Werner P. kein konkretes Angebot. Sie teilte ihm aber mit, dass eine Schließung des Swap 4175 aufgrund der anfallenden Kosten zu einer Zahlung der Stadt Linz führen würde. Angesichts des ihm kurz vorher kommunizierten positiven Verkehrswertes von mehr als EUR 4 Mio. und den Cashflows, die er bis dahin erhalten hatte, war es naheliegend, dass Mag. Werner P. von einer Schließung absah (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 24, 38).
- 3.4.9 Im Jänner 2008 hat sich Mag. Werner P. noch immer angesichts des Wechselkurses und der Zinsprognosen sicher gefühlt, immerhin hatte er für die Stadt Linz im Oktober 2007 eine erhebliche Zahlung erhalten. Es musste bei den Kenntnissen des Mag. Werner P. geradezu unlogisch sein, bei einem stabilen Wechselkursverlauf, deutlich über dem Strike, das Angebot der beklagten Partei vom 7. Jänner 2008 anzunehmen und eine Verteuerung des Zinssatzes um 1 % zu akzeptieren. Zudem wäre diese Änderung der Struktur erst bei einem EUR/CHF-Wechselkurs von unter 1,40 zum Tragen gekommen, was wiederum außerhalb jeder Vorstellung des Mag. Werner P. lag (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 27, 44).
- 3.4.10 Auch in den Folgemonaten des Jahres 2008 bestand für Mag. Werner P. keinerlei Handlungsbedarf. Den Bewertungen der beklagten Partei maß er ohnehin keine besondere Bedeutung zu, weil er sich auch einen negativen Wert trotz positiver Cashflows und Kursen über dem Strike nicht erklären konnte. Außerdem hatte er trotz einer negativen Bewertung im März 2008 wiederum erhebliche Zahlungen vereinnahmt. Letztlich war er angesichts des Schreibens der Iris S. im April 2008, mit dem sie ihm mitteilte, dass kein Anpassungsbedarf bestehe, weiter in seiner Einschätzung bestätigt. Daher lag es auf der Hand, dass Mag. Werner P. auch das Angebot der beklagten Partei vom 15. Mai 2008 nicht angenommen hat (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 45).
- 3.4.11 In der Phase der Wirtschaftskrise im Herbst 2008 durfte Mag. Werner P. aufgrund der Beratung der beklagten Partei ohnehin darauf vertrauen, dass sich die Kurse wieder erholen würden. Dazu steht fest, dass die beklagte Partei – entgegen ihren Behauptungen – Mag. Werner P. am Höhepunkt dieser Krise nicht dazu geraten hat, das Risiko zu begrenzen, sondern ihm empfahl, weiterhin das Geschäft aufrecht zu erhalten (Punkt II. Z 4.6ff; Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 46). Danach gab es ohnehin nur mehr Proforma-Angebote der beklagten Partei, die im Jahre 2009 ebenfalls davon ausging, dass die Wirtschaftskrise vorbei wäre (Punkt II. Z 4.9 ff;

Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 46). Im Jahr 2010 kam eine einvernehmliche Auflösung des Swap 4175 schon deshalb nicht in Betracht, weil die beklagte Partei für die Beendigung des Vertrages, der aus Sicht der Stadt Linz ohnehin unwirksam war, Auflösungskosten in vielfacher Millionenhöhe verlangt hatte.

### **3.5. Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den Weiterverkauf von Optionen**

3.5.1 Wie bereits oben gesagt (Z 3.1.5), besteht nach der eigenen Darstellung der beklagten Partei ihr Schaden in den Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten, denen sie entsprechende Optionen verkauft hatte, um Prämien einzunehmen. Bei Geschäftsabschluss hat sie 21 „Plain-Vanilla“-Optionen an [REDACTED] und [REDACTED] als Stillhalter verschrieben.

3.5.2 Die beklagte Partei hat aber auch das im „Konvexitätseffekt“ der Zinsformel liegende Gewinnpotential durch den Verkauf weiterer exponentieller Optionen in den Jahren ab 2010 realisiert (Vorlageantrag der Stadt Linz, 17. Jänner 2014, Z 1).

3.5.3 Diese Vorgangsweise diente vordergründig dazu, weitere Prämieinnahmen zugunsten der beklagten Partei zu erzielen. Das war allein in ihrem Interesse, sie war dazu nicht verpflichtet; die Stadt Linz musste damit auch nicht rechnen (8 Ob 11/11t). Tatsächlich hat die beklagte Partei aber durch das Eingehen weiterer Stillhalterpositionen gegenüber Dritten die Schließungskosten und damit den Schaden erhöht. Das geschah zu einem Zeitpunkt, zu dem die beklagte Partei wusste, dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 als nichtig bzw. unwirksam bezeichnet hat. Außerdem widerspricht diese Vorgangsweise exakt jener Vorsicht, welche die beklagte Partei von der Stadt Linz einfordert. Es passt einfach nicht zusammen, dass die beklagte Partei auf der einen Seite der Stadt Linz vorwirft, sie habe das Swap-Geschäft 4175 nicht beendet, während sie selbst den Schaden aus der Schließung des Geschäftes einseitig und allein, um für sich Prämien zu erzielen, massiv erhöht hat.

3.5.4 Die beklagte Partei hat mit dieser Vorgangsweise gegen ihre Verpflichtung zur Schadensminderung verstoßen, sie kann deshalb jene Schließungskosten, die auf das nachträgliche Verschreiben weiterer Optionen entfallen, von der Stadt Linz nicht ersetzt verlangen.

### **3.6. Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die beklagte Partei, weil sie selbst das Geschäft nicht geschlossen hat**

3.6.1 Nach der Darstellung der beklagten Partei wäre Mag. Werner P [REDACTED] bereits im Jahre 2008 verpflichtet gewesen, den Weg einer einvernehmlichen Auflösung des Swap-Geschäftes 4175 mit der beklagten Partei zu suchen. Sie wirft ihm in diesem Zusammenhang vor, den eigentlichen Schaden durch dieses Versäumnis verursacht zu haben; dieser Schaden besteht – wie gesagt – in den (erhöhten) Schließungskosten. Bei dem fachkundigen Wissen der beklagten Partei wäre es aber – vor allem unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht – deren Aufgabe gewesen, den Vertrag mit der Stadt Linz einvernehmlich aufzulösen oder – wenn notwendig – sogar einseitig zu beenden. Beides hat sie nicht getan.

3.6.2 Aus ihrer Sicht hat Mag. Werner P [REDACTED] die Restrukturierungsangebote, welche allerdings keine Angebote zur einvernehmlichen Auflösung des Swap-Geschäftes 4175 waren, abgelehnt; der Grund bestand natürlich darin, dass sie Mag. Werner



P■■ nicht ausreichend über die Hintergründe ihrer Angebote und deren Sinnhaftigkeit informiert hatte. Gerade deshalb aber war die beklagte Partei in dieser Situation verpflichtet, selbst tätig zu werden und das Vertragsverhältnis zu beenden. Der Vertrag mit der Stadt Linz gab ihr die Möglichkeit dazu.

- 3.6.3 Der Rahmenvertrag (Beilage ./1) bildete gemeinsam mit den AGB (Anhang zum Schreiben der Beklagtenvertretung vom 20. Oktober 2011, Beilage ./FFF) und FX-Anhang (Beilage ./1) sowie der Einzelabschlussbestätigung (Beilage ./3) das „Vertragswerk“ des Swap-Geschäftes 4175. Die Ziffer 23 der AGB gibt der beklagten Partei das Recht, das Vertragsverhältnis aus einem wichtigen Grund aufzulösen. Ein solcher Grund lag – folgt man den Ausführungen der beklagten Partei – bereits Ende 2008/Anfang 2009 vor (siehe im Folgenden).
- 3.6.4 Das Swap-Geschäft 4175 wurde von der beklagten Partei im November 2008 mit etwas mehr als EUR -62 Mio. bewertet. Ende Dezember 2008 kam es zu einer Überschreitung der Kreditlinie. Die möglichen Verbindlichkeiten der Stadt Linz hatten damit eine Höhe erreicht, welche auch für eine Kommune dieser Größenordnung nicht ohne weiteres verkraftbar ist. Die beklagte Partei hatte keinerlei Sicherheiten von der Stadt Linz verlangt und Mag. Werner P■■ lehnte nach der Darstellung der beklagten Partei ohne ausreichende Gründe die von ihr angebotenen Restrukturierungsvorschläge ab. In dieser Situation hätte die beklagte Partei Mag. Werner P■■ ernsthaft die einvernehmliche Auflösung des Swap-Geschäftes 4175 anbieten oder, wenn dies Mag. Werner P■■ verweigert hätte, das Geschäft aus wichtigem Grund aufzulösen gehabt; ein wichtiger Grund zur Auflösung des Vertrages setzt nämlich nicht unbedingt eine Vermögensverschlechterung voraus (RIS-Justiz RS0052565; 3 Ob 105/06x).
- 3.6.5 Spätestens mit der Erklärung des Bürgermeisters Dr. Franz Dobusch am 5. August 2010, wonach der Swap nichtig sei (Beilage ./133), musste die beklagte Partei von einer ernsthaften Erfüllungsverweigerung durch die Stadt Linz ausgehen. Das hätte sie zur Auflösung des Vertrages berechtigt (Auflösung wegen Erfüllungsverweigerung: 8 Ob 560/93; 5 Ob 550/93; 3 Ob 511/96 u. a.). Aus Gründen der Schadensminderungspflicht war die beklagte Partei aber nicht nur dazu berechtigt, sondern sogar verpflichtet.
- 3.6.6 Die beklagte Partei ist daher nicht berechtigt, Schließungskosten zu verlangen, die über jenen liegen, die Anfang des Jahres 2009 zu bezahlen gewesen wären; jedenfalls steht ihr nicht der Ersatz jener Erhöhung der Schließungskosten zu, die nach der Erklärung des Bürgermeisters Dr. Franz Dobusch eingetreten ist.
- 3.6.7 Wie gezeigt, stellen die von der beklagten Partei ihrerseits an die Optionskäufer verschriebenen Optionen und die damit verbundenen Schließungskosten den Schaden der beklagten Partei dar. War die beklagte Partei – wie sie jetzt behauptet – schon Ende 2008 der Meinung, dass die aus den verschriebenen Optionen resultierenden Risiken untragbar sind, so hätte sie auch ohne Auflösung des Swap 4175 diese Risiken, welche nur sie unmittelbar traf, beseitigen müssen. Hätte sie das damals getan, so wären die Schließungskosten wesentlich geringer gewesen als die nunmehr von ihr behaupteten Schließungskosten. Die beklagte Partei war dazu in der Lage und aus Gründen ihrer Schadensminderungspflicht auch dazu verpflichtet. Die durch die Verletzung dieser Obliegenheit entstandenen Mehrkosten hat sie selbst zu tragen.

#### **4. Was hätte Mag. Werner P. bei ordnungsgemäßer Beratung getan?**

##### **4.1. Vorbemerkung**

- 4.1.1 Der beklagten Partei ist eine mangelhafte Beratung des Mag. Werner P. im Zusammenhang mit dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 vorzuwerfen (Punkt IV Z 1 und Z 2).
- 4.1.2 Nach den bisherigen Verfahrensergebnissen, insbesondere aber nach dem Strafverfahren gegen Mag. Werner P. vor dem Landesgericht Linz (23 Hv 79/13k) steht fest, dass Mag. Werner P. bei ordnungsgemäßer Beratung, zumindest aber bei ausreichender Information, den Swap 4175 mit der beklagten Partei nicht geschlossen hätte (Punkt II Z 10). Es stellt sich damit die Frage, ob Mag. Werner P. nicht ein anderes Finanzgeschäft abgeschlossen hätte. Dazu ist zu prüfen, ob ein mögliches alternatives Verhalten des Mag. Werner P. überhaupt relevant für den von der Stadt Linz begehrten Schadenersatz ist.
- 4.1.3 In den Fällen der klassischen Vermögensveranlagung hat die Rechtsprechung zuletzt vertreten, dass bei der Ermittlung des Schadenersatzanspruches des Anlegers nicht zwingend davon auszugehen ist, dass das Geschäft rückgängig gemacht und der Kaufpreis zurückerstattet wird. Im Zuge der Kausalitätsprüfung sei nämlich gegebenenfalls zu klären, wie der ordnungsgemäß informierte Anleger sonst disponiert hätte. Das sei nur dort nicht notwendig, wo feststeht, dass der Anleger keine Wertpapiere erworben, sondern das Geld auf ein Sparbuch gelegt oder jedenfalls keine Kursverluste erlitten hätte. Hintergrund dieser Rechtsprechung war eine Vielzahl von Haftungsfällen, in denen das Höchstgericht meinte, dass der Kunde und nicht die Bank das allgemeine Marktrisiko des Wertverlustes tragen sollte.
- 4.1.4 Eine vergleichbare Rechtsprechung zu Swap-Geschäften gibt es nicht. Das wundert auch nicht, diese „Anlage-Judikatur“ ist nämlich aufgrund der völlig anders gearteten Struktur beider Geschäfte nicht übertragbar. Für die Ermittlung des Schadens, den die Stadt Linz durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten der beklagten Partei gegenüber Mag. Werner P. erlitten hat, kommt es nämlich nur darauf an, ob Mag. Werner P. bei ordnungsgemäßer Beratung tatsächlich am Swap-Geschäft festgehalten hätte oder nicht. Dass Mag. Werner P. den Vertrag nicht geschlossen hätte, wäre er ordnungsgemäß beraten bzw. informiert worden, steht nach dem Strafverfahren fest. Wollte man aber auch bei Swap-Geschäften ein mögliches alternatives Finanzgeschäft prüfen, so ist es plausibel, dass Mag. Werner P. zu seinem ursprünglichen Wunsch nach einem Fixzinsswap, mit dem er Anfang Dezember 2006 an die beklagte Partei herantreten ist, weiter verfolgt hätte.

##### **4.2. Die beiden Geschäfte sind nicht vergleichbar**

- 4.2.1 Kauft der Kunde bei der Bank zum Zweck der Vermögensveranlagung ein Wertpapier, so schließt er ein Zielschuldverhältnis ab, das mit dem Erwerb des Vermögensgutes abgeschlossen ist. Die (neue) Zusammensetzung seines Vermögens und dessen weiteres Schicksal (insbesondere was das Wertpapier betrifft) hängt nicht mehr vom Rechtsverhältnis zur beratenden Bank ab. Hat der Kunde einmal das – aufgrund der mangelhaften Beratung – nicht gewollte Wertpapier bekommen, so ist das schädigende Verhalten der Bank abgeschlossen. Der Schaden besteht dabei in der fehlerhaften Zusammensetzung des (Aktiv-)Vermögens.

- 4.2.2 Der Swap 4175 ist demgegenüber ein strukturiertes Finanzprodukt, das nur im außerbörslichen Handel angeboten wird. Es handelt sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis, in dem für 10 Jahre Zahlungsströme ausgetauscht werden sollten. Rein äußerlich entspricht das Geschäft einem gewöhnlichen Zinstausch (variable gegen fixe Zinszahlung). Die Stadt Linz hat allerdings einen Zinsaufschlag (von der beklagten Partei verharmlosend als FX-Adjustment bezeichnet) zu bezahlen, wenn der Wechselkurs EUR/CHF 1,54 unterschreitet.
- 4.2.3 In Wahrheit verbergen sich damit hinter diesem FX-Adjustment 21 exotische Devisenoptionen mit einer Laufzeit von bis zu 10 Jahren; der Stadt ist dabei die Rolle des Stillhalters dieser Optionen zugewiesen; es handelt sich also um eine verschleierte Währungswette (Punkt II. Z 4.2 und Z 7).
- 4.2.4 Im Gegensatz zum Kauf eines Wertpapiers besteht der Zweck des Swap-Geschäftes nicht in einer Vermögensveranlagung, sondern es geht um die Strukturierung der Schulden der Stadt Linz. Da es sich um kein Zielschuldverhältnis, sondern um ein Dauerschuldverhältnis handelt, in dem es halbjährlich zum Austausch von Zahlungsströmen kommt, entstehen erst dadurch wechselseitige Forderungen und Verbindlichkeiten. So lange also die Stadt Linz am Fälligkeitstag mehr erhielt, als sie zu bezahlen hatte, bekam sie exakt das, was sie wollte, also den Referenzzinssatz Libor ersetzt.
- 4.2.5 Darüber hinaus sind derartige Zinstauschgeschäfte – vor allem dann, wenn sie wie hier unkündbar sind – regelmäßig darauf gerichtet, bis zum vereinbarten Ende aufrecht zu bleiben. Ein dazwischen bestehender negativer Marktwert belastet also den Kunden nicht unmittelbar, so lange er positive Cashflows aus dem Tausch der Zahlungsströme bezieht.
- 4.2.6 In Deutschland ist deshalb anerkannt, dass Zinstauschgeschäfte mit eingebundenen Währungsspekulationen nicht mit dem Ankauf eines Wertpapiers vergleichbar sind. So erklärte das Landgericht München I jüngst in der Entscheidung vom 12. September 2011 (Aktenzeichen 34 O 26336/10) im Zusammenhang mit einem „Cross-Currency-Swap“, dass es hierbei nicht um den Erwerb eines Wertpapiers, sondern um ein Wettgeschäft ginge. Bei Tauschgeschäften dieser Art investiere der Kunde gerade kein Geld zu Beginn des Geschäftes (es erfolgt also bei Abschluss kein aktiver Vermögenstausch auf Seite des Anlegers), sondern er muss, wenn das Ereignis eintritt, auf das er gewettet hat, seinem Vertragspartner einen bestimmten Betrag zahlen, dessen Größenordnung er vorher nicht kannte. So lange dieses Wettgeschäft nicht geschlossen sei, liege auch kein Schaden des Anlegers vor.

### **4.3. Alternativen bei einer ordnungsgemäßen Beratung des Mag. Werner P**

- 4.3.1 Nach dem Strafverfahren des Landesgerichtes Linz steht fest, dass Mag. Werner P bei ordnungsgemäßer Beratung den Swap 4175 nicht abgeschlossen hätte (Punkt II. Z 10; Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 22).
- 4.3.2 Nach der Historie zum Abschluss des Swap-Geschäftes (Punkt II. Z 2 und Z 3) hatte Mag. Werner P die beklagte Partei Anfang Dezember 2006 aufgefordert, ihm einen Fixzinsswap anzubieten. Die beklagte Partei kam dieser Aufforderung am 4. Dezember 2006 nach, wobei der von ihr angebotene Fixzins bei 2,70 % lag. Mag. Werner P hatte sich allerdings einen Zinssatz von 2,50 % erwartet und lud die beklagte Partei ein, sich wieder bei ihm zu melden, wenn auf dem Markt ein

Fixzinsswap zu diesen Bedingungen machbar wäre. Anstelle des von Mag. Werner P. gewollten Fixzinsswap empfahlen ihm die Berater der beklagten Partei aber im Jänner 2007 einen Resettable CHF linked Swap (Punkt II. Z 3.3 f).

- 4.3.3 Klar ist, dass Mag. Werner P. bei korrekter Beratung, zumindest aber bei einer Information über den gravierenden Interessenskonflikt der beklagten Partei bei Abschluss des Geschäftes, in Form des asymmetrischen Gewinn-/Verlust-Profiles und über den anfänglichen negativen Marktwert des Geschäftes den Swap 4175 nicht geschlossen hätte (zur Struktur des Geschäftes siehe Punkt II. Z 7.). Da der auf dem Markt angebotene Fixzinssatz aber noch zu weit von seinen Vorstellungen entfernt war, ist es durchaus naheliegend, dass Mag. Werner P. dann im Februar 2007 überhaupt kein alternatives Geschäft abgeschlossen, sondern weiter zugewartet oder gar nicht getan hätte.
- 4.3.4 Andererseits hat sich Mag. Werner P. ja an die beklagte Partei gewandt, weil es ab Sommer 2006 (als die Zinsen anzuziehen begannen) verstärkte Überlegungen gab, Zinsabsicherungen durch Derivate vorzunehmen (Punkt II. Z 2.). Es ist daher auch plausibel, dass Mag. Werner P. bei ordnungsgemäßer Information der beklagten Partei sich entschlossen hätte, als alternatives Finanzgeschäft wiederum den ursprünglich bereits gewollten Fixzinsswap abzuschließen. Wäre ihm ein solcher zu angemessenen Bedingungen bzw. zu jenen Bedingungen, die er sich vorgestellt hat, von den Banken nicht angeboten worden, so hätte er dann ein Cap in der Nähe des damaligen Fixzinssatzes vereinbart. In allen diesen Fällen wäre der Schaden, den die Stadt Linz durch die fehlerhafte Empfehlung und durch die unrichtige Information der beklagten Partei erlitten hat, nicht entstanden. Die Stadt Linz hätte aber auch dadurch keinen den geltend gemachten Schaden mindernden nennenswerten Aufwand gehabt.
- 4.3.5 Die Stadt Linz beantragt in diesem Zusammenhang die Einholung eines Gutachtens aus dem Bank- und Börserecht.

## **5. Keine Verjährung der Schadenersatzansprüche**

### **5.1. Die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen**

#### **5.1.1. Kenntnis von Schaden und Schädiger**

Die subjektive dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt ab jenem Zeitpunkt zu laufen, zu welchem dem Ersatzberechtigten sowohl der Schaden, die Schadensursache als auch der Ersatzpflichtige soweit bekannt sind, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann (*Vollmaier* in Klang<sup>3</sup> Rz 12ff zu § 1489; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 Rz 7 zu § 1489). Zur den Beginn der Verjährungsfrist auslösenden Kenntnis des Geschädigten gehört der **gesamte anspruchsbegründende Sachverhalt**; insbesondere die Kenntnis jener Umstände, die ein Verschulden des Schädigers begründen (1 Ob 13/04z; RIS-Justiz RS0034322). Der Kenntnis dieser Umstände wird nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes gleichgestellt, wenn der Geschädigte die für eine erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen „ohne nennenswerte Mühe“ in Erfahrung bringen kann (2 Ob11/71; RIS-Justiz RS0034335; 5 Ob 155/06i).

#### **5.1.2. Schadenseintritt**

Voraussetzung für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist ist aber in jedem Fall, dass es bereits zum Eintritt eines Schadens gekommen ist. Solange noch kein Schaden eingetreten ist, kann die kurze Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen (1 Ob 621/95).

### 5.1.3. Organwissen

Handelt es sich beim Geschädigten um eine Gemeinde, so müssen diese subjektiven Voraussetzungen nach der Rsp des OGH bei jenem Organ vorhanden sein, das für die Erhebung von Schadenersatzansprüchen zuständig ist. Das hat der OGH zuletzt in der E 5 Ob 52/11z ausdrücklich festgehalten. Für den Beginn der Verjährungsfrist ist alleine maßgeblich „*wann dem nach der Gemeindeordnung zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zuständigen Organ, der Sachverhalt soweit bekannt geworden ist, dass die Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann.*“ Nach Ansicht des OGH ist alleinig „*eine Beurteilung der Kenntnisse des zur Entscheidung über eine Klagsführung zuständige Gemeindeorgans*“ für den Verjährungsbeginn entscheidend.

## 5.2. **Schadenseintritt (erste Zahlung der Stadt Linz)**

- 5.2.1 Nach ständiger Rechtsprechung beginnt die kurze Verjährung von Ersatzansprüchen gemäß § 1489 erster Satz ABGB keinesfalls vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen. Die Stadt Linz hat einen sich in ihrem Vermögen niederschlagenden finanziellen Schaden erst zu dem Zeitpunkt erlitten, zu dem sie aufgrund des Swap-Geschäftes 4175 eine Zahlung an die beklagte Partei leisten musste; das war der 15. Oktober 2009. Erst in diesem Zeitpunkt ist es zu einer **Verminderung ihres Vermögens** gekommen.
- 5.2.2 Die Rechtsprechung, wonach bei einer verfehlten **Anlageberatung im Zusammenhang mit Wertpapieren** der Schaden bereits mit dem Erwerb des betreffenden Wertpapiers eintritt, **ist nicht übertragbar**. Bei den von der Rechtsprechung behandelten Fällen des Erwerbs einer Vermögensanlage auf Seiten des Anlegers wird von diesem **keine (zukünftige) Zahlungsverpflichtung** übernommen, sondern vielmehr ein Vermögensgegenstand erworben. Die Fehlerhaftigkeit der Anlageberatung besteht darin, dass dieser Vermögensgegenstand nicht die vom Anleger gewollten Eigenschaften aufweist, also zB nicht stabil, sondern volatil ist.
- 5.2.3 Im Fall des Swap 4175 verhalten sich die Dinge aber anders. Hier wurde von der Stadt Linz überhaupt kein irgendwie gearteter Vermögensgegenstand erworben, sondern vielmehr ein Vertrag abgeschlossen, der in der Zukunft zu einer Nettzahlungspflichtung der Stadt Linz führen konnte. Solange diese Zahlungsverpflichtung nicht schlagend wurde, ist es zu keiner Verminderung des Vermögens der Stadt Linz gekommen; somit ist bis dahin auch noch kein Schaden eingetreten. Daher konnte während dieses Zeitraums nach den Grundsätzen der Rechtsprechung die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen
- 5.2.4 Auch in Deutschland ist die Rechtsprechung der Meinung, dass es sich bei Zinstauschgeschäften mit eingebundenen Währungsspekulationen nicht um den Erwerb eines Wertpapiers, sondern um ein Wettgeschäft handelt. Solange also keine Zahlungen aus dem Wettgeschäft geleistet werden müssen, liegt kein Schaden vor

(Landgericht München I, Az. 34 O 26336/10).

### 5.3. Die für den Beginn der Verjährungsfrist notwendigen Kenntnisse

#### 5.3.1. Die rechtswidrigen Handlungen der beklagten Partei

Wie in den vorangehenden Ziffern dieses Schriftsatzes gezeigt, wurde der Schaden der Stadt Linz durch verschiedene rechtswidrige Handlungen der beklagten Partei herbeigeführt. Primär geschädigt wurde die Stadt Linz dadurch, dass ihr die beklagte Partei den Abschluss eines Geschäftes empfahl, das ihren Interessen nicht entsprach; auf diese Weise hat sie gegen § 14 Z 1 WAG 1996 verstoßen. Der Swap 4175 entsprach schon deshalb nicht den Interessen der Stadt Linz, weil er – wie oben im Detail gezeigt – dazu führte, dass die Stadt Linz ein Risiko übernahm, das mit ihren Anlagezielen (Schuldenverwaltung im Rahmen der kommunalen Gebarungsvorgaben) und mit ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit unvereinbar war; außerdem hat Mag. Werner P. dem die beklagte Partei das Geschäft empfohlen hatte, den Swap 4175 in seiner gesamten Dimension nicht verstanden (Punkt II Z 4.11). Hinzu kommt dass die beklagte Partei es unterließ, Mag. Werner P. über alle wesentlichen Umstände des Geschäftes, vor allem aber dessen Struktur und negativen Anfangswert zu informieren. Schließlich verstieß die beklagte Partei dadurch gegen ihre Pflichten, dass sie durch den Abschluss des Geschäftes einen gravierenden Interessenkonflikt zu Lasten der Stadt Linz herbeiführte, wodurch sie gegen § 13 Z 2 WAG 1996 verstieß. All das führte dazu, dass Mag. Werner P. ein für die Stadt Linz völlig ungeeignetes Geschäft abschloss.

#### 5.3.2. Wer musste über die Kenntnisse verfügen?

5.3.2.1 Nach allgemeinen Grundsätzen (vgl Z 4.1.3) konnte die Verjährungsfrist erst zu jenem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem die oben angeführten Umstände dem **Gemeinderat** bekannt waren. Der Gemeinderat ist nämlich jenes Organ, dem gemäß § 46 Abs 1 Z 15 StL 1992 die ausschließliche Kompetenz zur Einleitung eines Rechtstreites zukommt. Auf den Wissensstand des Mag. Werner P. kommt es hingegen nicht an, da er kein für die Einleitung von Rechtstreitigkeiten zuständiges Organ der Stadt Linz ist.

5.3.2.2 Der verjährungsrechtliche Einwand der beklagten Partei stützt sich ausschließlich darauf, dass Mag. Werner P. angeblich Kenntnis hinsichtlich bestimmter Umstände gehabt hätte, wodurch die Voraussetzungen des § 1489 ABGB erfüllt gewesen wären. Die beklagte Partei verkennt damit, dass es nicht auf das subjektive Wissen von Mag. Werner P. sondern ausschließlich auf das subjektive Wissen des Gemeinderates ankommt; dieser ist jenes Organ, das die Kompetenz zur Einleitung des Rechtstreites hat. Der Gemeinderat erlangte aber erst im zweiten Halbjahr 2011 vollständige Kenntnis von den die Rechtswidrigkeit des Handelns der beklagten Partei begründenden Tatsachen, nachdem die finanzmathematischen und bankfachtechnischen Gutachten eingelangt waren.

#### 5.3.3. Keine Wissenszurechnung

5.3.3.1 Auch die **Zurechnung eines Wissens** des Mag. Werner P. zur Stadt Linz kommt nicht in Betracht. Die Wissenszurechnung setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und in Übereinstimmung mit den zivil- und gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen eine zumindest passive Vertretungsbefugnis im

betreffenden Bereich voraus (RIS-Justiz RS0009172; 6 Ob 602/87). Wie die Stadt Linz bereits mehrfach ausgeführt hat, verfügte jedoch weder Mag. Werner P. noch die Finanz- und Vermögensverwaltung – diese schon mangels Rechtspersönlichkeit – zu keiner Zeit über eine Vertretungsbefugnis zum Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 (Punkt III Z 1).

5.3.3.2 Selbst wenn man fälschlicherweise (Punkt III Z 1) im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 die Einräumung einer umfassenden Generalvollmacht an Mag. Werner P. zum Abschluss von unlimitierten Spekulationsgeschäften erblicken möchte, scheidet eine Wissenszurechnung zur Stadt Linz daran, dass Mag. Werner P. den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 unter **Missachtung sämtlicher für die Vermögensverwaltung einer Gemeinde zwingenden gesetzlichen Vorgaben herbeigeführt** hat (Punkt III Z 2). Nach der Rechtsprechung des OGH ist aber „*das Wissen des schädigenden Vertreters um die Schädigung dem geschädigten Vertretenen bei Feststellung des Beginns der Verjährungsfrist nicht zuzurechnen, ob nun bei Anspruchsdurchsetzung gegenüber einem Dritten oder dem Schädiger selbst*“ (RIS-Justiz RS0114717; 1 Ob 64/00v).

#### 5.4. **Fehlende Kenntnis der maßgebenden Umstände selbst auf Seiten des Mag. Werner P.**

##### 5.4.1. Wann konnte sich die mögliche Untauglichkeit des Swap 4175 aufdrängen?

5.4.1.1 Wie schon ausgeführt, ist für den Lauf der Verjährungsfrist nach der Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofes (5 Ob 52/11z) ausschließlich die subjektive Kenntnis des Gemeinderates ausschlaggebend, es kann also auch keine Wissenszurechnung des Mag. Werner P. zur Stadt Linz erfolgen.

5.4.1.2 Jedoch würde selbst eine, angesichts der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ohnehin nicht haltbare, Wissenszurechnung des Mag. Werner P. zu keiner subjektiven, die dreijährige Verjährungsfrist auslösende Kenntnis sämtlicher anspruchsbegründenden Tatsachen der Stadt Linz führen. Der Grund hierfür liegt darin, dass selbst für Mag. Werner P. frühestens Ende 2009/Anfang 2010 ein Grund bestand, die maßgeblichen Umstände für das Bestehen eines Schadenersatzanspruches gegen die beklagte Partei zu erkunden. Das betrifft vor allem die fehlende Eignung des Swap 4175, mit der die Stadt Linz von vornherein einem existenzbedrohenden Risiko ausgesetzt wurde (vgl Punkt II Z 8 und Punkt III Z 1.3.5), das asymmetrische Gewinn-/Verlust-Profil mit seiner drastischen Unausgewogenheit der beiderseitigen Chancen und Risiken, das Vorliegen des schwerwiegenden Interessenkonfliktes der beklagten Partei und das Bestehen eines unverhältnismäßigen negativen Anfangswertes des Produktes zu Lasten der Stadt Linz (vgl Punkt II Z 7 und Z 8). Bekannt wurden die Umstände überhaupt erst nach Vorliegen der bankfachtechnischen und finanzmathematischen Gutachten im Jahr 2011.

5.4.1.3 Wesentlich ist, dass sich der Swap 4175, der ein intransparentes, hochspekulatives und nur schwer beherrschbares Finanzprodukt darstellt, naturgemäß völlig von einem Wertpapier unterscheidet. Das hat einerseits Konsequenzen für die Anforderungen, die an die Beratung durch die Bank gestellt werden, andererseits aber macht ein solches Produkt es auch viel schwerer zu erkennen, dass eine Fehlberatung vorliegt. Wird von einem Anleger ein Wertpapier zur Vermögensbildung erworben, so ist es relativ einfach zu erkennen, ob es die vom Anleger gewollten Eigenschaften aufweist

oder nicht, etwa weil es volatil ist, obwohl der Anleger ein sicheres Produkt haben wollte.

- 5.4.1.4 Anders ist es bei einem Produkt wie dem Swap 4175. Die fehlende Eignung, etwa der Verstoß gegen die kommunalrechtlichen Gebahrungsvorschriften, die Asymmetrie von Chancen und Risiken, eine völlig ungleichgewichtige Interessenlage oder etwa ein negativer Anfangswert, können nur mit Hilfe hochkomplexer Verfahren festgestellt werden. Sogar die scheinbar einfache Frage der Übernahme eines unbeschränkten Risikos lässt sich letztlich nur dadurch beantworten, dass mit finanzmathematischen Untersuchungen der Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Wahrscheinlichkeiten berechnet wird. Diese gravierenden Unterschiede bestimmen die unterschiedlichen Zeitpunkte, zu denen der Anleger die nicht korrekte Empfehlung oder Information erkennt oder überhaupt erkennen kann. Für den Lauf der Verjährungsfrist kommt es auf die tatsächliche Kenntnis des Geschädigten an. Nur wenn sich ihm die Erkenntnis geradezu aufdrängt, dass ein Beratungsfehler vorliegt, ist er verpflichtet, entsprechende Erkundigungen einzuziehen.
- 5.4.1.5 Mag. Werner P. ist ja nicht etwa wie ein absolut risikoaverser Vermögensanleger davon ausgegangen, dass er ein Produkt erwirbt, bei dem es nicht zu Zahlungen der Stadt Linz kommt. Bereits seine Berichte an den Finanzausschuss weisen mögliche Zahlungspflichten aus. Wesentlich war aber, dass Mag. Werner P. – und darin wurde er von der beklagten Partei massiv bestärkt (Punkt IV Z 4) – davon ausgegangen ist, dass sich die Kursschwankungen des Schweizer Franken zum Euro in einem bestimmten Währungskorridor, nämlich zwischen 1,62 und 1,44, bewegen werden, wobei der Tiefstkurs EUR/CHF nicht unterschritten wird. Mag. Werner P. nahm also mit dem Swap 4175 durchaus in Kauf, dass die Stadt Linz manchmal ins Zahlen kommen wird, insgesamt würden aber – so die Meinung des Mag. Werner P. (die er nur aus dem historischen Wechselkursverlauf entnahm) – die Einnahmen der Stadt Linz aus diesem Geschäft die Ausgaben übersteigen. Die beklagte Partei, deren Berater das mit Mag. Werner P. besprachen, haben ihn darin bestätigt.
- *„Mag. P. zog im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses des Swap 4175 ins Kalkül, dass der Strike von 1,54 während der 10-jährigen Laufzeit in einzelnen Zinsperioden unterschritten werden könnte, vertraute jedoch darauf, dass am Ende der Laufzeit der Vorteil für die Stadt Linz überwiegen, zumindest jedoch kein Verlust eintreten würde. Ein Unterschreiten des historischen EUR/CHF-Wechselkurs-Tiefststandes von ca. 1,44 hielt Mag. P. nicht für möglich.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20).
- 5.4.1.6 Mag. Werner P. hatte also, solange sich der Wechselkurs in dem von ihm angenommenen Währungskorridor bewegte, gar nicht den Verdacht, dass er von der beklagten Partei ein für die Zwecke der Kommune ungeeignetes Produkt erhalten hatte; vom negativen Anfangswert, dem Interessenkonflikt und der Asymmetrie der beiderseitigen Chancen und Risiken ganz zu schweigen. Auch das Landesgericht Linz geht davon aus, dass für Mag. Werner P. vor Ende 2009/Anfang 2010 keinerlei Grund bestand, an seiner Einschätzung des Geschäftes zu zweifeln (weiter Details in Punkt II Z 4.11).
- *„Ausgehend von einem historischen EUR/CHF-Wechselkurs-Tiefststand von 1,4464, ausgelöst durch die Terroranschläge am 11. September 2001 („Worst-Case-Szenario“) [...] legte er [gemeint Mag. Werner P.] seinen Überlegungen jedoch zugrunde, dass sich der EUR/CHF-Wechselkurs in den*



nächsten 10 Jahren innerhalb eines Korridors von ca. 1,62 bis 1,44 bewegen wird. In dieser Annahme wurde Mag. P. ■■■ auch von Seiten der BAWAG bestärkt.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 18).

- „Im April 2009 erfolgte bei einem Kurs von rund 1,51 eine weitere Zahlung eines positiven Cashflows an die Stadt Linz, obwohl die Bewertung weiterhin mit rund EUR -50 Mio. negativ war. Da insoweit die Erwartungen des Zweitangeklagten durch die tatsächliche Marktentwicklung gedeckt sind, kann im Zweifel nicht widerlegt werden, dass Mag. P. ■■■ auch weiterhin darauf vertraute, dass der Wechselkurs im angenommenen Korridor verbleiben und am Ende der Laufzeit der Vorteil für die Stadt Linz überwiegen, zumindest jedoch kein Verlust eintreten würde.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 47).
- „Es kann nicht festgestellt werden, dass Mag. P. ■■■ bis Ende 2009/Anfang 2010 einen Vermögensnachteil aus dem Swap-Geschäft 4175 für die Stadt Linz ernstlich für möglich hielt.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 28).

#### 5.4.2. Die Kenntnis der Zinsformel ist nicht ausreichend

5.4.2.1 Die Zinsformel erlaubte Mag. Werner P. ■■■ lediglich das Einsetzen bestimmter Kurse mit dem Effekt, dass er die daraus folgenden Zinssätze errechnen konnte. Die Errechenbarkeit der Zinssätze sagt aber nichts über die Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts aus, weil sie von der Erwartung zukünftiger Wechselkurse abhängen. Mag. Werner P. ■■■ ging von einem Währungskorridor mit einem Tiefststand des Wechselkurses EUR/CHF von 1,44 aus und errechnete daraus die möglichen Zinsen; diese Methode ist untauglich. Um die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Entwicklungen feststellen zu können, bedarf es bankfachtechnischer Berechnungen und stochastischer Simulationsmodelle. Über die Einrichtungen dazu verfügte zwar die beklagte Partei, die sie auch bei der Bewertung des Swap 4175 anwandte, nicht aber Mag. Werner P. ■■■ was der beklagten Partei auch nicht verborgen geblieben ist (Punkt II Z 4.4, 4.5 und Z 5.5 f).

- „Die Werthaltigkeit des von der BAWAG angebotenen Produkts bzw. der in der Folge bestehenden Finanzposition war für Mag. P. ■■■ mithin nicht überprüfbar.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).
- „Der Sachverständige konnte jedoch anschaulich darlegen, dass sich mit der bloßen mathematischen Kenntnis der Swap-Formel das Risikopotential von exotischen Währungsoptionen nicht ermitteln lässt, sondern dafür die Anwendung hochkomplexer Bewertungsmodelle erforderlich ist.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 40).

5.4.2.2 Demgegenüber war der beklagten Partei klar, dass Mag. Werner P. ■■■ die existenzbedrohende Verlustwahrscheinlichkeit nicht richtig eingeschätzt hat, weil er das Risiko mit völlig untauglichen Mitteln, nämlich durch das Einsetzen historischer Wechselkurse, prüfte und damit zu einem ihm sicher scheinenden Währungskorridor mit einem Höchststand des Schweizer Franken von 1,44 kam. Die beklagte Partei hat ihn darin noch bekräftigt (Punkt II. Z 4, insbesondere Z 4.3 bis 4.9).

5.4.2.3 Die Bank ihrerseits verfügte im Gegensatz zu Mag. Werner P. ■■■ über die entsprechenden Einrichtungen, um die hohe Verlustwahrscheinlichkeit für die Stadt Linz festzustellen (Punkt II. Z 7.2), die ihren Ausdruck im massiven negativen

Anfangswert hatte (Punkt II. Z 7.3). Dieses Wissen hielt sie gegenüber Mag. Werner P. ■■■ geheim (Punkt II. Z 4.11 und Z 10).

5.4.2.4 Weiters verbarg die beklagte Partei gegenüber Mag. Werner P. ■■■ dass sie der Stadt Linz wirtschaftlich einen Kredit in Form eines Derivatlimits eingeräumt hatte. Diese Derivatlinie war Ausdruck des von der beklagten Partei mit dem Geschäft von der Stadt Linz übernommenen Risikos. Schon das bankinterne Risikomanagementhandbuch der beklagten Partei schreibt als Berechnungsmethode für die Einräumung eines Derivatlimits vor, dass bankintern dieses Limit mit der Summe des **Marktwertes des Produktes** und einem Risikozuschlag festgelegt wird. Die beklagte Partei hat nach ihren internen Vorgaben zur Ermittlung des notwendigen Derivatlimits den Marktwert des Swap 4175 berechnet (was auch der Aussage des Philip R. ■■■ in der mündlichen Streitverhandlung vom 23. September 2013 entspricht).

5.4.2.5 Mag. Werner P. ■■■ wusste von dem nichts. Hätte er davon gewusst, so wäre das für ihn ebenso ein wesentlicher Risikohinweis gewesen, wie wenn die beklagte Partei mit ihm über Sicherheiten gesprochen hätte.

- *„Das Thema Sicherheit war auch nie ein Thema. Das hätte bei mir zu einer gewissen Sensibilisierung geführt hinsichtlich des Risikos aus diesem Geschäft. Nachdem die BAWAG auch bei ständig steigenden negativen Bewertungen keine Sicherheiten von der Stadt gefordert hat, war für mich das Ganze eigentlich relativ unproblematisch“* (HV-Protokoll LG Linz 2. Dezember 2013, S 21).
- *„Ich habe gesagt, das Ganze ist kein Problem, uns ist es gerade gelungen, von der BAWAG wieder frische Darlehen hereinzubekommen...“* (HV-Protokoll LG Linz 2. Dezember 2013, S 23 auf die Frage, was er zu Mag. Johann Mayr im Zusammenhang mit dem Schreiben der beklagten Partei vom 11. November 2008 gesagt habe)
- *„[...I]n diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass wir aufgrund unserer bestehenden Vereinbarungen analog berechtigt sind, entsprechende Sicherheiten von der Landeshauptstadt Linz zu verlangen.“* (Schreiben Regina P. ■■■ vom 7. Juli 2010, Beilage ./XX)

5.4.2.6 Mag. Werner P. ■■■ waren diese Umstände bis zum Jahr 2011 unbekannt.

5.4.3. Die Kenntnis des negativen Marktwertes im Jahr 2008 ist verjährungsrechtlich irrelevant

5.4.3.1 Das Vorhandensein eines negativen Marktwertes während der Vertragslaufzeit des Swap sagt nichts darüber aus, wie die Chancen- und Risikoverteilung zwischen den Parteien **bei Vertragsabschluss** war. Einen negativen Marktwert während der Vertragslaufzeit kann der Swap nämlich auch dann aufweisen, wenn bei Vertragsabschluss zwischen den Parteien eine Symmetrie bestanden hat. Das Wissen, dass ein Jahr nach Vertragsabschluss der Marktwert negativ wird, lässt keinen Schluss darauf zu, dass von vornherein eine gravierende Asymmetrie zwischen Chancen und Risiken bestanden hat. Sie lässt insbesondere auch keinen Schluss darauf zu, dass das Geschäft einen exorbitanten negativen Marktwert bei Abschluss hatte.

- 5.4.3.2 Tatsache ist, dass Mag. Werner P. davon ausging, dass ihm die Bank seines Vertrauens ein Produkt angeboten hat, bei dem sich Leistung und Gegenleistung die Waage hielten (Punkt II. Z 10). Überdies wies die beklagte Partei ja auch noch 2007 positive Marktwerte für den Swap gegenüber Mag. Werner P. aus. Mag. Werner P. konnte daraus nur den Schluss ziehen, dass sich mit der Zeit die Bewertung gegen ihn entwickelt hat, ein Umstand, dem er überdies keine weitere Bedeutung beimaß. Im Gegensatz dazu hätte er sich bei Kenntnis des negativen Marktwertes bei Abschluss des Vertrages nach seinem Verständnis bewusst gegen den Markt gestellt, was er keineswegs wollte (Punkt II. Z 10.1.3 und 10.3 mit den Ergebnissen des Strafverfahrens, wonach diese unterschiedliche Einschätzung der Bedeutung des Marktwertes durchaus lebensnah ist).
- 5.4.3.3 Die fehlende Eignung des Produktes und seine existenzvernichtende Risikoträchtigkeit (Punkt II. Z 7) konnte Mag. Werner P. aus späteren negativen Marktwerten nicht entnehmen. Dies zuletzt auch deshalb, weil ihn die beklagte Partei doch wiederholt in seiner Einschätzung bestärkt hat, dass die von ihm nach den historischen Wechselkursen vorgenommene Risikobewertung des Geschäftes ein taugliches Mittel gewesen ist (Punkt II. Z 4.5 f). Selbst noch im November 2008 sprachen die Berater der beklagten Partei von einem mittelfristigen Kursziel bei EUR/CHF 1,55. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass der Stadt Linz bis zu einem EUR/CHF-Kurs von rd. 1,4975 kein wirtschaftlicher Nachteil entstehen würde (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 29).
- 5.4.3.4 Angesichts dieser Umstände stellte eine negative Bewertung, deren Zustandekommen er ohnehin nur sehr eingeschränkt verstand (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 41), für Mag. Werner P. kein Indiz für die bereits anfänglich bestehende Asymmetrie und Gefährlichkeit des Produktes, geschweige denn für eine Fehlberatung der beklagten Partei dar. Die Tatsache, dass es nachträglich zu einer negativen Bewertung des Swap-Geschäftes 4175 gekommen ist, war für Mag. Werner P. so lange unbedenklich, als der Wechselkurs innerhalb des von ihm angenommenen und der beklagten Partei kommunizierten Korridors EUR/CHF zwischen 1,62 und 1,44 lag; das war eine Risikoträchtigkeit, die Mag. Werner P. von vornherein in Kauf nahm (Punkt II Z 4). Auch dass Mag. Werner P. Mario T. beim Telefonat am 27. Oktober 2008 eine Schätzung des Marktwertes nannte (die im Übrigen wesentlich vom tatsächlichen Marktwert abwich), bedeutet nicht, dass er das Geschäft verstanden hat: *„Den schlüssigen Angaben des Sachverständigen Dr. IMO folgend war es Mag. P. möglich, die Bewertung des Swap 4175, ohne diese selbst berechnen zu können, zumindest aufgrund eines Vergleiches bisheriger Bewertungen mit den Wechselkursen ungefähr zu schätzen.“* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 41).
- 5.4.3.5 Die Stadt Linz hat am 15. Oktober 2008 bei einem Wechselkurs EUR/CHF von 1,5235 eine Zahlung über CHF 2.828.363,36 von der beklagten Partei erhalten, obwohl der Marktwert zum 30. September 2008 schon bei rd. EUR -23,3 Mio. lag und sich bis zum 31. Oktober 2008 auf EUR -70 Mio. erhöht hat. Am 15. April 2009 bei einem Wechselkurse CHF/EUR von 1,5151 – also einem Wechselkurs unter dem Strike von 1,54 – erhielt die Stadt Linz noch immer eine Zahlung von CHF 1.464.662,44. Das obwohl sich der Marktwert zum unmittelbar vorangehenden Monatsende auf rd. EUR -48 Mio. belief. Der EUR/CHF-Währungskurs war aber die ganze Zeit innerhalb des von Mag. Werner P. angenommenen Korridors geblieben. Das bestätigte Mag. Werner P., dass er mit dem Produkt richtig lag.

- „Mag. P. ■ vertraute aufgrund der Information von S. ■ darauf, dass beim Swap 4175 kein Risiko bestand und sah keinen Handlungsbedarf. Ebenso kann nicht nachvollzogen werden, dass der Zweitbeklagte den Zusammenhang zwischen Bewertung, Cashflows und Wechselkurs nachvollziehen konnte.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).
- „Es ist daher naheliegend, dass Mag. P. ■ in seiner Annahme, dass alles „im grünen Bereich“ war, auch von Seiten der BAWAG maßgeblich bestärkt wurde und auf die Information der Hausbank der Stadt Linz vertraute.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 45).

#### 5.4.4. Mag. Werner P. ■ erhielt auch am 27. Oktober 2008 nicht die von § 1489 ABGB geforderten Informationen

5.4.4.1 Mag. Werner P. ■ war weder durch das E-Mail der beklagten Partei vom 7. Jänner 2008 (Beilage ./19), noch im Treffen am 1. Februar 2008 über die gravierende Asymmetrie der Gewinn- und Verlustpotentiale, den negativen Anfangswert und die grobe Interessenkollision der beklagten Partei aufgeklärt worden. Das war auch im Telefonat zwischen Mag. Werner P. ■ und Mario T. ■ am 27. Oktober 2008 nicht der Fall.

5.4.4.2 Anstatt einer gesetzmäßigen Aufklärung hat Mario T. ■ in diesem Telefonat Mag. Werner P. ■ vielmehr darin bestärkt, sich die Kursentwicklung EUR/CHF monatelang bis zum nächsten EZB-Fixing im April 2009 nicht mehr anzusehen, „die Sache net so negativ zu sehen“, und „dieses ganze Scheußliche vorbeigehen“ zu lassen. Schließlich hat Mario T. ■ Mag. Werner P. ■ auch noch darin bestärkt, „dass [seine] Einschätzung eh 100% richtig war“.

- „Aus dem Telefonprotokoll ergibt sich sohin gerade nicht, dass der Zeuge T. ■ – wie er dies anlässlich seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren angab – Mag. P. ■ empfahl, das Risiko aus dem Swap 4175 zu begrenzen, sondern ihn in seiner Meinung, dass sich der EUR/CHF Wechselkurs in absehbarer Zeit wieder erholen werde, geradezu bestärkte.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 40).

5.4.4.3 Den zu erwartenden „neuen“ Währungskorridor stellte Mario T. ■ mit einer Kursspanne von 1,52 – 1,43 und somit innerhalb des von Mag. Werner P. ■ ursprünglich bereits angenommenen Währungskorridors von 1,62 – 1,44 dar. Gerade aus diesen Aussagen des Mario T. ■ konnte Mag. Werner P. ■ noch immer keine ungewollte Risikoträchtigkeit des Swap-Geschäftes 4175 als wahrscheinlich ansehen, geschweige denn auf eine ursprüngliche Fehlberatung der beklagten Partei schließen.

5.4.4.4 Auch aus diesem Grund konnte die Verjährungsfrist für die aus der Fehlberatung der beklagten Partei resultierenden Schäden frühestens mit der positiven Kenntnis dieser Fehlberatung durch die Stadt Linz zu laufen beginnen (1 Ob 64/00v). Die von der beklagten Partei Mag. Werner P. ■ als neue „Range“ ausdrücklich genannte Kursschwelle von EUR/CHF 1,44 bis 1,54 lag aber weiterhin innerhalb der Erwartungen von Mag. Werner P. ■. Die untere Grenze wurde erstmals am 19. März 2010 durchbrochen.

- „Insofern erscheint dem Gericht die Verantwortung des Zweitangeklagten,

wonach er den Zusammenhang zwischen Bewertungen einerseits und Wechselkursen bzw. Cashflows andererseits auch nach dem 01.02.2008 nicht nachvollziehen habe können, plausibel, zumindest jedoch und mit den obigen Ausführungen zu dessen Fachkenntnissen im Einklang. Daran ändert auch die später in einem Telefonat mit dem Zeugen Mario T. am 27.10.2008 abgegebene Einschätzung des Zweitangeklagten, wonach er die Bewertung bei EUR -80 Mio. sehe, aus nachstehenden Gründen nichts.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 41).

#### 5.4.5. Die Schadenskenntnis hätte eine besondere Expertise des Mag. Werner P. erfordert

5.4.5.1 Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt zudem keinesfalls zu laufen, wenn die Erkennbarkeit der für die erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen und maßgebenden Zusammenhänge eine besondere Fachkunde erfordert. Im vorliegenden Fall hätte es einer solchen Fachkunde bedurft, um überhaupt zu erkennen, um was für ein ungeeignetes Produkt es sich beim Swap 4175 gehandelt hat. Über diese verfügten weder die Stadt Linz noch Mag. Werner P. Die Stadt Linz bzw. Mag. Werner P. waren zu keinem Zeitpunkt vom Fachwissen her in der Lage, die tatsächliche Risikostruktur des Produktes zu erkennen, wie sich aus den Feststellungen des Landesgerichtes Linz ergibt (weitere Punkt II. Z 4.11; Z 8).

- „Im Zeitraum 2007 bis 2010 verfügte der Zweitangeklagte weder über ausreichende Fachkenntnisse, noch über die erforderliche technische Infrastruktur (Risikomanagement-Systeme), um den fachlichen und organisatorischen Anforderungen, die mit exotischen Optionen einhergehen, auch nur ansatzweise gerecht zu werden.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 22).
- „Ausreichende Fachkenntnisse, um die Struktur exotischer Devisenoptionen mit einer derartigen Hebelwirkung, wie es der Swap 4175 aufweist, und den damit einhergehenden Risiken in voller Tragweite verstehen und beherrschen zu können, erlangte Mag. P. jedoch zu keinem Zeitpunkt.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 38).

5.4.5.2 Diese Feststellungen des Strafgerichtes geben die Sachlage zutreffend wieder. Ohne eine solche Infrastruktur war es Mag. Werner P. unmöglich, die existenzbedrohende Risikostruktur dieses Geschäftes selbst zu erkennen. Mag. Werner P. hatte sich darüber hinaus auf die Informationen und Empfehlungen der Hausbank, der er besonderes Vertrauen entgegenbrachte (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 44,45) verlassen. Nicht zuletzt wegen der unzureichenden Informationen und mangelhaften Empfehlungen der beklagten Partei fehlte Mag. Werner P. natürlich auch die Fähigkeit, die für eine erfolgsversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Tatsachen zu erheben, was der beklagten Partei natürlich bekannt war.

- „Ein ordnungsgemäßes Risikomanagement wie auch eine einigermaßen zutreffende Bewertung derart strukturierter Produkte wie es der Swap 4175 darstellt kann aussachverständiger Sicht nur von hochspezialisierten, mit finanzmathematischen Fachkenntnissen ausgestatteten Derivatfachleuten, deren Anzahl in Österreich auf wenige Personen beschränkt ist, bewerkstelligt werden.“

*Die bloße mathematische Kenntnis der Swap-Formel reicht nicht aus, um die Risikoposition aus dem Swap 4175 bestimmen zu können.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 21).*

#### 5.4.6. Keine Evidenz der fehlerhaften Beratung

5.4.6.1 Nach der st Rsp darf die bloße **Möglichkeit** zur Ermittlung der, für die erfolgreiche Anspruchsdurchsetzung notwendigen Tatsachen **nicht mit der Kenntnis** dieser Tatsachen iS des § 1489 ABGB gleichgesetzt werden. Ein Aktivwerden wird vom Geschädigten nur dann gefordert, wenn er die Tatumstände ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann und wenn zusätzlich für ihn die Verdachtslage besteht, dass er geschädigt wurde (RIS-Justiz RS0065360; RS0034327). Mit Bezug auf Veranlagungsfälle hat der OGH festgehalten, dass eine Pflicht zur Nachforschung erst dann gegeben ist, wenn über bloße Vermutungen hinausgehende Verdachtsmomente bestehen, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden; die Erkundigungsobliegenheit darf nicht überspannt werden (vgl. 10 Ob 39/11z).

5.4.6.2 Diese Grundsätze führen dazu, dass die Stadt Linz jedenfalls vor Ende des Jahres 2009 keine Erkundigungspflicht traf. Bis zu diesem Zeitpunkt waren nämlich keinerlei Nettozahlungen an die beklagte Partei angefallen. Ganz im Gegenteil, die Stadt Linz profitierte bis zu diesem Zeitpunkt vom Swap. Damit lagen aber keinerlei Umstände vor, aus denen sich für die Stadt Linz der Verdacht ergeben hätte können, dass die beklagte Partei ihr gegenüber in irgendeiner Weise rechtswidrig gehandelt hat. Daran ändert auch die bereits vor diesem Zeitpunkt erfolgte Bekanntgabe eines negativen Marktwertes nichts. Dieser negative Marktwert hat – wie bereits oben gezeigt – Mag. Werner P. ■ keineswegs signalisiert, dass mit dem Swap etwas nicht stimmte; schon gar nicht war daraus abzuleiten, dass es sich beim Swap 4175 um ein Produkt handelte, dessen Konstruktion den Interessen der Stadt Linz diametral zuwiderlief. Daher wurde durch die Kenntnis vom negativen Marktwert auch keine Erkundigungspflicht ausgelöst. Die Berater der beklagten Partei vertreten ja noch heute die Meinung, dass es sich um ein für die Stadt Linz taugliches Produkt gehandelt hat.

– *„Unter den Voraussetzungen, dass man dieses Produkt entsprechend managed und watched, auch während der Laufzeit, halte ich es nach wie vor für eine Kommune durchaus für geeignet.“ (Iris S. ■ HV- Protokoll LG Linz , 6. Dezember 2013, S 33).*

5.4.6.3 Die von der beklagten Partei vorgelegten Medienberichte haben ebenfalls eine Erkundigungspflicht nicht ausgelöst. Ganz im Gegenteil erwecken diese Berichte doch den Eindruck eines schicksalhaften, nicht vorhersehbaren Verlaufes des Devisenmarktes und der Währungen. Aus den Medienberichten hätte Mag. Werner P. ■ gerade nicht schließen können, dass die beklagte Partei ein ungeeignetes Produkt mit einem asymmetrischen Gewinn-/Verlust-Profil und einem extremen negativen Anfangswert angeboten hat. Auch den gravierenden Interessenskonflikt der beklagten Partei hat Mag. Werner P. ■ aus den Medienberichten nicht entnehmen können. Dazu kommt noch, dass trotz „Lehman“ der Wechselkurs EUR/CHF den bisherigen Tiefststand aus Sicht des Mag. Werner P. ■ noch immer nicht unterschritten hatte, sondern nach der Marktmeinung der beklagten Partei vielmehr wieder zu jenem Kurs zurückkehren würde (Z 4.4.4.2), von dem sowohl Mag. Werner P. ■ als auch die beklagte Partei ausgegangen waren (Punkt II. Z 4.5

f).

5.4.6.4 Ist die Annahme eines schicksalhaften Verlaufes ernstlich möglich, so wären nähere Erkundigungen des Mag. Werner P. erst dann geboten gewesen, wenn ihm Umstände bekannt wurden, die das (bloße) Vorliegen eines schicksalhaften Kausalverlaufes fraglich erscheinen und auf die Kausalität eines rechtswidrigen Verhaltens der beklagten Partei schließen ließen (1 Ob 53/07m). Die Medienberichte, welche die beklagte Partei bisher vorgelegt hat, gehen aber ganz im Gegenteil von einem völlig unvorhergesehenen, nicht planbaren und schicksalhaften Ereignis aus. Die beklagte Partei beruft sich selbst in diesem Verfahren noch darauf, dass die existenzgefährdende Wirkung des Swap 4175 erst durch die völlig unerwartete, nicht vorhersehbare und nicht vermeidbare Wirtschaftskrise im Gefolge des Zusammenbruches der Bank Lehman Brothers ausgelöst worden ist. Erst recht konnte da Mag. Werner P. nicht annehmen, die beklagte Partei habe ihm rechtswidrig und schuldhaft durch fehlerhafte Beratung einen Schaden zugefügt.

#### 5.4.7. Die Verjährungseinrede verstößt gegen Treu und Glauben

5.4.7.1 Nach ständiger Rechtsprechung des OGH verstößt die Verjährungseinrede der beklagten Partei zudem gegen Treu und Glauben. Ein – ohnehin ausdrücklich bestrittenes – Fristversäumnis der Stadt Linz wäre nämlich ausschließlich auf das Verhalten der beklagten Partei zurückzuführen (RIS-Justiz RS0014838). Treuwidrig sind die mehrfachen Beschwichtigungsversuche und das „In-Sicherheit-Wiegen“ des Mag. Werner P. durch die beklagte Partei.

– *“In der Treasury Abteilung der BAWAG regten sich spätestens am 26.04.2007 Befürchtungen, dass sich der Swap 4175 während der langen Laufzeit für die Stadt Linz ungünstig entwickeln könnte. Es kann nicht festgestellt werden, dass seitens der BAWAG derartige Befürchtungen offengelegt wurden.”* (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 24).

5.4.7.2 Auch das von der beklagten Partei vorgelegte Protokoll des Telefongespräches vom 27. Oktober 2008 beginnt mit den Worten des Mario T. dass es sich lediglich um einen „*formaljuristischen Akt*“ handle. Damit hat die beklagte Partei Mag. Werner P. bereits mit Gesprächsbeginn signalisiert, dass die nachfolgenden Informationen in Wahrheit nicht als bare Münze zu nehmen sind, sondern eben nur aus formalen Gründen erfolgen. Das deckt sich auch mit dem Inhalt des folgenden Gespräches. Es war nicht die Stoßrichtung des Mario T. Mag. Werner P. die tatsächlichen Gefahren des Geschäftes nahe zu bringen, sondern ganz im Gegenteil, seine Risikoträchtigkeit zu verharmlosen, die Situation zu beschönigen und Mag. Werner P. weiter in Sicherheit zu wiegen.

5.4.7.3 Mario T. bestätigt Mag. Werner P. dass er mit dem Abschluss des Swap 4175 die richtige Wahl getroffen hat. Er äußerte seine Einschätzung, dass mittelfristig wieder Kurse nahe dem Strike zu erwarten seien und dass Mag. Werner P. möglicherweise für einen durchaus überschaubaren Zeitraum von bis zu zwei Jahren Zinsen von 3 % bis 4 % bezahlen müsste. Seine klare Empfehlung lautete also, zuzuwarten; die Bewertung von EUR -75 Mio. solle Mag. Werner P. „*net so negativ sehen*“.

5.4.7.4 Dazu passt, dass Mag. Herbert A. und Mario T. wenige Tage danach Mag. Werner P. über die aktuelle Bewertung informieren und darüber, dass nunmehr

das mittelfristige Kursziel bei EUR/CHF 1,55 (also über dem Strike) liege. Diese Information bedeutete für Mag. Werner P. den Rat „Halten des Swap“. Außerdem wurde Mag. Werner P. ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Stadt Linz bis zu einem EUR/CHF-Kurs von rd. 1,4975 überhaupt kein wirtschaftlicher Nachteil entstehen würde (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S29). Tatsächlich erholte sich der EUR/CHF-Wechselkurs bereits Ende November 2008 und lag sogar über dem Strike von 1,54; danach bewegte er sich bis Oktober 2009 in einem Bereich zwischen 1,52 und 1,48.

5.4.7.5 Damit sind aber die von der Rechtsprechung für die Bejahung eines treuwidrigen Verhaltens aufgestellten Voraussetzungen in geradezu paradigmatischer Weise erfüllt. Danach beginnt sogar in den typischen Anlegerfällen bei beschwichtigenden Äußerungen des Beraters die Verjährungsfrist nicht schon mit den Kursschwankungen, sondern erst mit der Kenntnis der ungewollten Risikoträchtigkeit der gewählten Veranlagung zu laufen (2 Ob 63/12x). Dies muss umso mehr dann gelten, wenn es nicht bloß um einen Irrtum des Anlegers darüber geht, ob das gekaufte Produkt auch an Wert verlieren kann oder nicht, sondern um die hochkomplexe Risikostruktur eines Derivatgeschäftes, zu dessen Analyse schwierige finanzmathematische Untersuchungen notwendig sind.

5.4.7.6 Außerdem verstößt die Verjährungseinrede gegen Treu und Glauben, wenn „das Entstehen eines zukünftigen Ausfallschadens als geradezu unwahrscheinlich hingestellt wird, und der Berechtigte deshalb von der Klagsführung abgehalten wurde“ (3 Ob 40/07i). Die beklagte Partei kannte die Einschätzung des Mag. Werner P., dass sich der Währungskurs EUR/CHF innerhalb eines Korridors von 1,62 – 1,44 bewegen wird und hatte ihn in dieser Annahme noch bestärkt (Punkt II Z 4.5 f). Schon das Telefongespräch am 27. Oktober 2008, noch mehr aber die kurze Zeit später folgende Besprechung am 5. November 2008 gaben Mag Werner P. die Gewissheit, dass schon ursprünglich „sein Währungskorridor“ völlig richtig gewählt worden war und sich damit trotz „Lehman“ nichts an der grundsätzlichen Tauglichkeit des Swap 4175 geändert hat. Mag. Werner P. hatte ja durchaus in Betracht gezogen, dass er in einzelnen Zeitperioden werde zahlen müssen. Er vertraute jedoch darauf, dass am Ende der Laufzeit die Eingänge die von ihm durchaus erwarteten Zahlungen überwiegen werden (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 20). Die beklagte Partei gab ihm in dieser Hinsicht sogar noch am Höhepunkt der Lehman-Krise Recht. Danach, als sich der Kurs wieder beruhigt hatte, waren ohnehin die beklagte Partei und Mag. Werner P. einer Meinung, dass der Swap 4175 ein geeignetes Produkt für die Stadt Linz gewesen ist.

- „Tatsächlich wurde dem Zweitbeklagten seitens der BAWAG-Kundenbetreuer geraten, abzuwarten, bis sich die Kurse erholt haben. T. beschwichtigte die Situation und äußerte seine Einschätzung, wonach mittelfristig wieder Kurse nahe dem Strike zu erwarten seien und vielleicht für einen überschaubaren Zeitraum von bis zu zwei Jahren Zinsen von 3% bis 4% zu zahlen seien.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 29).
- „Es ist darüber hinaus naheliegend, dass Mag. P. auch als sich die Kurse verschlechtert haben die (zum Teil im extremen Bereich liegenden) negativen Bewertungen nicht nachvollziehen konnte, zumal die Cashflows selbst in Zeiten der weltweiten Finanzkrise Ende 2008 für die Stadt Linz positiv waren. Dazu passt ins Bild, dass nicht einmal die maßgeblich involvierten Mitarbeiter der BAWAG in der Lage waren, die Bewertung des Swap 4175 ausreichend zu



verstehen.“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 29).

- „Hinzu kommt, dass Mag. P. ■■■ auch weiterhin vom Zeugen T. ■■■ beschwichtigt wurde, etwa durch das E-Mail vom 26.06.2009“ (Urteil LG Linz, 11. Dezember 2013, S 47).

## V. Gerichtsaufträge

### 1. Stellungnahme zum Vorlageantrag der beklagten Partei vom 15. November 2013

- 1.1 Der noch offene Vorlageantrag der beklagten Partei betrifft die Herausgabe der Protokolle über die Aufsichtsratsitzung der ILG vom 7. November 2008 und vom 16. Dezember 2009. Begründend führt die beklagte Partei aus, dass das Wissen der Mitglieder des Aufsichtsrates der ILG deren Verständnis von der Bedeutung der Bewertung von Swap-Geschäften nachweisen soll. Das sei relevant zur Beurteilung ihres Verständnisses, Handelns und ihrer Unterlassung von Kontrollmaßnahmen als Mitglieder des Gemeinderates sowie als Mitglieder bzw. als Vorsitzender des Finanzausschusses.
- 1.2 Der Vorlageantrag ist gesetzlich aus mehreren Gründen nicht zulässig: Er ist nicht hinreichend substantiiert, weil die beklagte Partei nicht angibt, was der genaue Inhalt der Protokolle sein soll. Außerdem handelt es sich um einen reinen Erkundungsbeweis. Die beklagte Partei will – folgt man ihren Ausführungen – den Wissensstand der Aufsichtsratsmitglieder erkunden, aber nicht beweisen.
- 1.3 Letztlich ist das Beweisthema auch rechtlich irrelevant. Beide Aufsichtsratsitzungen waren nach dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175, sie sind also für das wirksame Zustandekommen ebenso bedeutungslos wie für die Ermittlung des Willens der Gemeinderatsmitglieder bei der Beschlussfassung vom 3. Juni 2004. Für eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes sind sie deshalb unwesentlich, weil eine solche Genehmigung nur der Gemeinderat erteilt haben konnte. Dem Gemeinderat ist aber das Swap-Geschäft 4175 niemals vorgelegt worden (VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 6, S 65ff); im Übrigen sagt die beklagte Partei nicht einmal, welche Gemeinderatsmitglieder aufgrund welchen Wissens den Swap 4175 nachträglich genehmigt haben sollen. Das von der beklagten Partei immer wieder ins Treffen geführte „Kontrollversagen“ ist überhaupt ungeeignet, eine Genehmigung zu ersetzen (VBSS Stadt Linz, Punkt II Z 6.4, S 71 ff; Replik Stadt Linz, Punkt IV Z 1.6, S 58).
- 1.4 Im Übrigen hat das Handelsgericht Wien im Zusammenhang mit den weiteren Vorlageanträgen, welche die Zeit nach dem Abschluss des Swap 4175 betrifft, darauf hingewiesen, dass das Thema der nachträglichen Genehmigung nicht aktuell ist.

### 2. Auskunftserteilung gemäß § 184 ZPO

#### 2.1 Vorbemerkung

- 2.1.1 Die beklagte Partei beantragte am 15. November 2013 („aufgetragener Schriftsatz“) in Ziffer 6.2 die „Vorlage der Ziffern-Erklärung zu den Rechnungsabschlüssen“.
- 2.1.2 Die Stadt Linz erklärte in der mündlichen Streitverhandlung vom 21. Februar 2014,

anstelle des Vorlageantrages die an ihre Vertreter gestellten Anfragen im Rahmen des aufgetragenen Schriftsatzes zu beantworten. Die Anfragebeantwortung folgt der von der beklagten Partei in ihrem Schriftsatz eingenommenen Reihenfolge. Die Anfrage wird jeweils wörtlich der Beantwortung vorangestellt.

## 2.2 Anfragebeantwortung

### 2.2.1 „Für welche Personen bzw. welche Referenten steht das Kürzel STK-3 im Voranschlag 2008 (vgl Beilage ./TTTTTTT2, S 211)?“

Das Kürzel STK-3 steht für keine bestimmte Person. Mit einem (politischen) Referenten hat es überhaupt keinen Zusammenhang. Das Kürzel STK-3 steht vielmehr für eine organisatorische Untereinheit (Abteilung) im Bereich der Stadtkämmerei, nämlich für den Zahlungsverkehr. Dessen Aufgabe ist es, die kassenmäßige Abwicklung der Zahlungsvorgänge vorzunehmen.

### 2.2.2 „Für welche Personen bzw. welche Referenten steht das Kürzel STK-6 im Voranschlag 2009 (vgl Beilage ./TTTTTTT3, S 214)?“

Das Kürzel STK-6 steht für keine bestimmte Person. Mit einem (politischen) Referenten hat es überhaupt keinen Zusammenhang. Das Kürzel STK-6 steht vielmehr für eine organisatorische Untereinheit im Bereich der Stadtkämmerei, nämlich für den Arbeitsbereich „Darlehen und Versicherungen“. Dessen Aufgabe ist die Administration von Versicherungsfällen und die Erledigung des Zinsendienstes und der Tilgungen bei den Darlehen.

### 2.2.3 „Welche Mitglieder der Buchhaltung und der Stadtkasse haben die Verrechnungen und Buchungen der Swap-Geschäfte in der Zeit 2006 durchgeführt?“

Die Swap-Geschäfte selbst – wie die Anfrage lautet – wurden natürlich weder verrechnet noch verbucht. Verrechnet und verbucht wurden allein die Zahlungsströme; diese Verbuchung erfolgte unter dem Begriff „Zinsbegrenzungsgeschäfte“. Die Buchhaltung ist eine eigene Abteilung der Stadtkämmerei, in ihr sind durchschnittlich fünf Personen seit dem Jahr 2006 beschäftigt. Mit der Buchung waren in dieser Abteilung befasst: Brigitte B■■■■■■■■■■, Peter M■■■■■■■■■■ und Gerhard M■■■■■■■■■■. Die Aufgabe der Stadtkasse besteht – wie gesagt – in der kassenmäßigen Durchführung der Zahlung oder der Vereinnahmung. Befasst mit der Verrechnung (im Sinne einer Konvertierung) in der Stadtkassa war Stefan S■■■■■■■■■■.

## VI. Urkundenvorlage

Die Stadt Linz legt die nachstehenden weiteren Urkunden vor:

### 1. Privatgutachten im Auftrag der Stadt Linz zu verschiedenen bankfachlichen Fragestellungen zum Swap Geschäft 4175 (Beilage ./7Z1 - ./7Z4)

Die gegenständlichen im Auftrag der Stadt Linz erstellten Privatgutachten sind Inhalt des Strafakts zu 23 Hv 79/13k des LG Linz. Zur besseren Übersicht für das Gericht und vor allem im Hinblick auf den **nunmehr abzuführenden Sachverständigenbeweis** werden diese Privatgutachten gesondert als Urkunden in das Verfahren eingeführt. Der Inhalt wird schlagwortartig dargestellt. Die Stadt Linz

hat im Prozessvorbringen, respektive im Zusammenhang mit der **fehlenden Marktüblichkeit und Optimierung** (VBSS der Stadt Linz, Punkt II. Z 4) an gegebener Stelle auf die Gutachten verwiesen.

**a. Gutachten Prof. Fulmek vom 28. Oktober 2011**, ON 107 des Strafverfahrens, Beilage ./7Z1;

- Das Auszahlungsprofil der Swap-Formel verläuft nicht linear, sondern „**exotisch**“. Es handelt sich dabei um „**Quanto-Optionen**“;
- Der „fair value“ der Optionskomponente des Swap-Geschäfts 4175, mit welcher die Stadt Linz eine Verpflichtung eingegangen ist, beträgt zwischen **EUR 45,2869 Mio.** (= „bid“) und **EUR 48,5403 Mio.** (= „ask“);
- Ein professioneller Derivatehändler hätte mindestens **EUR 19,3393 Mio.** dafür verlangt, dass er selber die Position der Stadt Linz im Swap-Deal einnimmt (=„negativer Anfangswert“);

**b. Gutachten Prof. Janssen vom 18. Juni 2012**, ON 102 im Strafverfahren, Beilage ./7Z2;

- Das Swap-Geschäft 4175 weist durch die **nicht lineare Ausgestaltung** des Optionsteils und das doppelte Währungsrisiko **ungewöhnliche Komponenten** auf, welche **nicht als marktüblich** gelten können;
- Stadt Linz hat im Wege der Swap-Formel Währungsoptionen verschrieben, ist somit „Stillhalter“;
- Das Swap-Geschäft 4175 hatte eine **extreme Hebelwirkung**;
- Das Geschäft verstieß gegen die fundamentalen fünf Grundsätze der Vermögensverwaltung und Finanzierung, sodass schon insofern nicht **von einer Optimierung gesprochen werden kann**;
- Das Währungsrisiko der Serie von Optionen aus dem Swapgeschäft entsprach zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einem ungedeckten „Leerverkauf“ CHF gegen EUR in der Höhe von **ca. EUR 500 Mio.** (=wirkungsgleich einer Fremdwährungsschuld in selber Höhe jedoch ohne Zufluss von Kreditvaluta);
- Die Währungsspekulation CHF gegen EUR in Höhe von gesamt **EUR 650 Mio.** übersteigt die Risikofähigkeit der Stadt Linz;
- Das kumulierte Volumen der 21 exotischen EUR/CHF Put-Optionen verkörpert insgesamt einen CHF-Gegenwert von rund **EUR 1,226 Mrd.**;
- Es wurde ohne Notwendigkeit **ein Klumpenrisiko in CHF** eingegangen;

**c. Ergänzungsgutachten Prof. Janssen vom 15. August 2012**, ON 116 im Strafverfahren, Beilage ./7Z3;

- Das Swap-Geschäft 4175 ist ein **Spekulationsgeschäft**;

- Sowohl die spezifische Kombination (variable CHF-Anleihe als Grundgeschäft eines CHF/EUR-basierten Zinsswaps) als auch die **progressiv ansteigende** Auszahlungsfunktion des vorliegenden Swapgeschäfts können **nicht als „marktüblich“** bezeichnet werden;
- Mit dem Swap-Geschäft 4175 wurde das einfache Zinsrisiko durch ein **doppeltes und progressiv wirkendes Wechselkursrisiko** ersetzt. Dieses übermäßige Risiko wurde der Stadt Linz nicht adäquat entschädigt;
- Das Swap-Geschäft 4175 ist **das Gegenteil** einer bankfachlichen „Optimierung“;
- Die Glattstellung eines solchen Geschäfts ist nur unter Inkaufnahme sehr hoher Kosten möglich;

**d. Gutachten Schwabe, Ley und Greiner vom 10. August 2012, ON 112 im Strafverfahren, Beilage ./7Z4;**

- Das Swap-Geschäft 4175 ist schon deshalb **marktunüblich**, weil dessen Preise nur in komplexen Verfahren aus schwierig identifizierbaren Strukturelementen abgeleitet werden können, und nur wenige Marktteilnehmer zur Bewertung in der Lage sind (= kein liquides Produkt);
- Der Verlust bei einem Ausstieg aus dem Geschäft ist – anders bei liquiden Produkten - kaum abschätzbar;
- In der Unternehmenspraxis besteht eine klare Präferenz für liquide, transparente und einfache Finanzderivate;
- Es ist auch deshalb keine Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 gegeben, weil abweichend von ähnlichen Strukturen das gegenständliche **Nominal auf „CHF“** lautet, wohingegen diese Strukturen im Nominal auf „EUR“ lauten;
- Optimierung bedeutet, ein Portfolio im Spannungsfeld zwischen Ertrag und Risiko (für den Anleger) so zu bewegen, dass **bei gleichem Ertrag oder bei gleichen Kosten weniger Risiko in Kauf genommen werden muss** oder dass bei gleichem Risiko mehr Ertrag oder weniger Kosten zu erwarten sind;
- Das Swap-Geschäft 4175 hat die Ersparnis gegenüber der „risikoneutralen“ EUR-Finanzierung mehr als verdoppelt, jedoch ist das Risiko auch um **mehr als das 5-fache gesteigert**;
- Eine Stop-Loss Strategie ist schon aufgrund haushaltsrechtlicher Rahmenbedingungen einer Kommune nicht durchführbar;
- Ein professionell und sorgfältig agierender Treasurer wird bei einer solchen Struktur des Geschäfts eine allfällige Stop-Loss Maßnahme **nicht ausschließlich am Kassakurs** festmachen;
- Eine Stop-Loss Strategie bei einem Kurs von EUR/CHF 1,40, verlangt bereits zu Beginn der Laufzeit mindestens EUR 118 Mio. an Verlusten haushaltswirksam

zu realisieren (d.h. eine nicht budgetierte Ausgabe und deren Fremdfinanzierung in diesem Ausmaß zu autorisieren und zu organisieren und das unmittelbar bei Erreichen des Stop-Loss-Kurses).

## 2. Weitere Beweisurkunden zur fehlenden Marktüblichkeit des Swap-Geschäfts 4175 (Beilage ./8A1 - ./8A7 sowie ./8B)

### a. Artikel aus der Zeitschrift NEWS 50/2013, S. 20f im Zusammenhang mit Derivatgeschäften [REDACTED], Beilage ./8A1

In der Ausgabe vom 12. Dezember 2013 ("News" Nr. 50/2013, S. 20f) legte NEWS offen, dass der Redaktion interne Daten der Treasury-Abteilung [REDACTED] [REDACTED] übermittelt wurden. Diese gewähren Einblick in die **Kundenliste** und Geschäfte der Bank bei jedem einzelnen Geschäft. In diesem Zusammenhang veröffentlichte NEWS auch eine Aufstellung **jener Kunden der öffentlichen Hand, die mit der Treasury-Abteilung [REDACTED] Finanzgeschäfte abgeschlossen haben**. Aus der besagten Liste ergibt sich, dass **österreichweit 29 Gemeinden, 3 Landeshauptstädte, 3 Bundesländer sowie einige gemeinde- und stadtnahe Institutionen** zumindest ein Treasury-Produkt bei [REDACTED] abgeschlossen haben.

Die [REDACTED] verfügt über die **größte Treasury-Abteilung** in Österreich und die **größten Marktanteile im Derivatesegment**. Österreich hat insgesamt **2.354 Gemeinden**. Zieht man in Betracht, dass [REDACTED] mit der größten Treasury-Abteilung mit gerade einmal 29 Gemeinden und 3 Landeshauptstädten Derivatgeschäfte abgeschlossen hat, fällt schon das Bild in sich zusammen, dass Derivatgeschäfte 2007 bei Gemeinden „gang und gebe“ gewesen wären.

Der Zeuge S [REDACTED] hat anlässlich seiner Zeugenaussage vor dem HG Wien vom 3. Oktober 2013 bestätigt, dass [REDACTED] mit **keiner einzigen österreichischen Gemeinde** je ein Geschäft mit der Formel des Swap-Geschäfts 4175 abgeschlossen hat (Protokoll S 20). Er war für den Kommunalbereich zuständig und hatte daher den Überblick. Aus dem Telefonprotokoll vom 1. Februar 2007 (Beilage ./99) geht hervor, dass der Zeuge S [REDACTED] die Formel offensichtlich **gar nicht kannte** und mehrmals nachfragen musste. Der Zeuge S [REDACTED] irrte sich auch insofern, als er zwar erkannte, dass es sich um Optionen handeln müsste, er diese jedoch für „plain-vanilla“ Optionen hielt (siehe dazu seine Aussage vor der Staatsanwaltschaft, ON 84 des Strafakts, wo der diese unrichtige Meinung noch immer vertrat: „die in der BACA angefragte Struktur war eine Kombination aus einfachen Plain Vanilla Optionen und einem Zinsswap“, S. 3 des Protokolls).

Wie jedoch soll ein Finanzgeschäft „marktüblich“ sein (?), wenn

- die größte Bank Österreichs
- mit der **größten Treasury-Abteilung** und
- einigen Kommunalkunden im Derivatebereich (32 Gemeinden inklusive Städte)

**kein einziges Derivatgeschäft (!)** jemals mit der „Swap-Formel“ des Geschäfts 4175 abgeschlossen hat, geschweige denn mit

- dem **extrem hohen Swap-Nominal** von umgerechnet rd EUR 150 Mio.,
- dem **Nominal des Swap in CHF** (und nicht in EUR),
- der **extrem langen Laufzeit von 10 Jahren**,
- der **absurd tiefen Fixzins-Komponente von 0,065** und
- dem **absurd hohen Strike** von EUR/CHF 1,54.

**b. Leitfaden der Bundeskreditsektion zum WAG 2007, Beilage ./8A2**

Ein weiterer Beweis dafür, dass Swap-Geschäfte der Bauart des Geschäfts 4175, nämlich sogenannte „**Resettable Swaps**“, keineswegs als marktüblich anzusehen sind und waren, liefert der Leitfaden der Bundeskreditsektion zum WAG 2007.

Die Risikohinweise im Leitfaden zum WAG 2007 in Bezug auf Derivatgeschäfte wurden gegenüber der Version 1998 erweitert, sodass einerseits „Devisenswaps“, andererseits „Interest Rate Swaps“ sowie „Cross Currency Swaps“ und „Commodity Swaps“ beschrieben werden. Keine dieser standardisierten Risikoinformation beschreibt jedoch die spezifische Konstruktion des Swap-Geschäfts 4175 („Resettable Swaps“).

Insbesondere handelt es sich weder um einen „Devisenswap“, weil das Swap-Geschäft 4175 nicht den Austausch zweier Währungen auf eine bestimmte Zeitspanne zum Gegenstand hat, noch um einen „Cross Currency Swap“ (vgl. S. 84 und 89). Auch unter den Sonderformen, die im WAG-Leitfaden 2007 beschrieben werden, kommen „Resettable Swaps“ nicht vor. Das Swap-Geschäft 4175 ist auch weder ein „CMS Spread linked Swap“, noch ein „CMS Swap“ (vgl. S. 85 und 86).

Wie soll ein Finanzgeschäft je „marktüblich“ für Gemeinden sein (?), wenn

- die Struktur **nicht einmal den Experten in der Bundeskreditsektion** soweit bekannt war, um eine Beschreibung in den WAG-Leitfaden und dessen Risikohinweise einfließen zu lassen.

**c. Prospekte diverser Banken zum Zins- und Währungsmanagement, Beilagen ./8A3 bis ./8A7, im Einzelnen,**

- Informationsprospekt [REDACTED] über Instrumente zum Zins-, Währungs- und Rohstoffmanagement, Beilage ./8A3;
- Informationsbroschüre [REDACTED] zum Zinsrisikomanagement, Beilage ./8A4;
- Informationsbroschüre [REDACTED] zum Zinsrisikomanagement, Beilage ./8A5;
- Finanzlexikon [REDACTED] Beilage ./8A6;
- Auszüge aus dem Risikolexikon der beklagten Partei, Beilage ./8A7;

Die Banken, die Urheber dieser Unterlagen sind, haben umfangreiche **Informationsbroschüren** zu den Möglichkeiten der Zins- und Währungsabsicherung und dafür verfügbare Derivatprodukte herausgegeben.

Trotz des beträchtlichen Umfangs der jeweiligen Prospekte von bis zu 90 Seiten und detaillierten Erläuterungen, aus welchen Gründen sich welche Derivatinstrumente zum Finanzmanagement eignen, wird an **keiner Stelle** ein „**Resettable-CHF-linked-Swap**“ auch nur erwähnt, geschweige denn beschrieben oder gar empfohlen.

Auch das 121-Seiten lange „Treasury-Wörterbuch“, das von [REDACTED] herausgebracht wurde, erläutert zwar Swaps wie den Cross Currency Swap, den Constant Maturity Swap, den Interest Rate Swap oder einen Fixzinsswap, der „Resettable-CHF-linked-Swap“ wird jedoch auch dort nicht angeführt. Auch im von der beklagten Partei auf ihrer Homepage geführten „Risiko-Lexikon“ werden verschiedene Swaps aufgelistet, jedoch **kein Resettable-CHF-linked-Swap**.

**d. Prüfbericht der Österreichischen Nationalbank vom [REDACTED]  
[REDACTED] Beilage ./8B;**

Aus dem Prüfbericht der Nationalbank [REDACTED] ergibt sich insbesondere, dass

- hinter Swap-Strukturen mit Fremdwährungskomponente - wie jener des Swap-Geschäft 4175 - **geschriebene Währungsoptionen** stehen (vgl. Rz 9, 83, 233, 323),
- Geschäfte der Art des Swap-Geschäftes 4175 wegen des **besonderen Risikogehalts** und der **Komplexität der Strukturen** bei einem **hohen Derivatvolumens** geneigt sind, das **Risikomanagement** der Treasuryabteilung der Bank zu überfordern (Rz 10),
- sich derartige Swap-Geschäfte nicht im genehmigten „**Produktkatalog**“ der geprüften Bank fanden.

Ein Finanzprodukt, dessen Risiko auch die Treasuryexperten einer international tätigen Bank überfordert, kann nicht für eine Gemeinde „geeignet“ oder gar „**marktüblich**“ für Gemeinden sein.

**3. Sonstige Urkunden**

**a. Ergänzendes Gutachten von Dr. Christian Imo vom 27. November 2013, Beilage ./8C;**

Bezüglich der Relevanz des Gutachtens wird auf den ergänzenden Tatsachenvortrag im Punkt II. Z 8, 9, 10 verwiesen.

**b. Musterdienstanweisung des deutschen Städtebundes für den Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten im kommunalen Zins- und Schuldenmanagement, Beilage ./8D**

**c. Bericht des Internationalen Währungsfonds aus dem Jahr 2001, Beilage ./8E**

**d. Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft, Fassung 1999, Beilage ./8F**

**VII. Urkundenerklärung**

Die Stadt Linz erklärt zu den Urkunden wie in der nachstehenden Tabelle ersichtlich. Hinsichtlich der **Richtigkeit** verweist die Stadt Linz bei allen Urkunden in erster Linie auf das eigene Vorbringen (**kurz „zReV“**). Wesentliche Aspekte der Urkunden für den

Rechtsstandpunkt der Stadt Linz werden gesondert hervorgehoben. Die Stadt Linz ist im Schriftsatz auf zahlreichen Urkunden an gegebener Stelle direkt eingegangen.

**1. Urkundenerklärung zu den in der Replik vorgelegten Beweisurkunden der beklagten Partei**

Beilage BAWAG	Urkundenerklärung
Beilage ./208 - Beilagenkonvolut Markteinschätzung diverser Banken	<b>Echt; zReV;</b> Die vorgelegten Dokumente, die sich im Übrigen nur teilweise mit Währungsanalysen befassen, stammen aus den Jahren 2010/2011, somit mehr als drei Jahre <b>nach Abschluss</b> des Swap-Geschäfts 4175. Die Beilage ist daher <b>schon abstrakt völlig untauglich</b> um damit eine intensive Beschäftigung mit dem Marktumfeld vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 unter Beweis stellen zu können. Die Beilage ist auch untauglich, um das Beweisthema „Kontakt zu nationalen Banken und deren Treasury-Abteilungen sowie zu internationalen Investmentbank“ unter Beweis zu stellen, weil es sich überwiegend um öffentlich über Internet zugängliches Material handelt. Dass es mit der beklagten Partei selbst einen Geschäftskontakt gegeben hat ist Gegenstand des Verfahrens. Selbst die Kursprognosen der beklagten Partei beziehen sich aber auf den Zeitpunkt August 2010.
Beilage ./209 - Beilagenkonvolut Zinsabsicherungsangebote diverser Banken	<b>Echt; zReV;</b> wie sich schon aus den im Konvolut vorgelegten Begleitschreiben ergibt, handelt es sich um die Reaktion auf die Einladung zur Anbotstellung vom 8.9.2006 (Beilage ./89). Aus den Antworten/Angeboten ist für das Swap-Geschäft 4175 keine verwertbare Information zu gewinnen. Das Konvolut belegt die ohnehin unstrittige Tatsache, dass das E-Mail des Mag. P. ■ vom 8.9.2006 an mehrere Banken versendet wurde und mehrere Banken die angefragten Zinsabsicherungen angeboten haben. Die angebotenen Geschäfte sind risikomäßig nicht im Ansatz mit dem Swap-Geschäft 4175 zu vergleichen.
Beilage ./210 - Zahlungsflussanalyse aus	<b>Zur Echtheit keine Erklärung,</b> der



Sicht Stadt Linz (Namura)	Urheber ist nicht ersichtlich; <b>zReV</b> ; Ein Counterpart [REDACTED] ist unbekannt; schon die Schreibweise belegt eine fehlerbehaftete Befassung (des unbekanntem Urhebers) mit dem tatsächlichen Sachverhalt. [REDACTED] ist laut Wikipedia eine Süßspeise. Das Dokument betrifft scheinbar außerdem [REDACTED]
Beilage ./211 - Strukturiertes Finanztermingeschäft - [REDACTED] (AS 125, ON 98)	<b>Echt; zReV;</b> Die Geschäftsbestätigung hat die Stadt Linz bereits in ihrem VBSS vorgelegt (Beilage ./VVVVV). Das Geschäft wurde am <b>14.10.2007</b> , also Monate <b>nach</b> dem Swap-Geschäft 4175 abgeschlossen. Die Urkunde ist abstrakt untauglich, um über das Wissen des Mag. P [REDACTED] per Februar 2007 Beweis zu liefern. Das Risiko dieses Geschäfts ist mit dem Swap-Geschäft 4175 zudem nicht ansatzweise zu vergleichen. Das Geschäft mit [REDACTED] hatte kein Währungsrisiko und das Risiko war zudem praktisch beschränkt (siehe <i>Imo</i> , Gutachten vom 22. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, S. 233). Das Geschäft wurde außerdem gemäß „Termination Notice“ vom 2. April 2009 <b>automatisch</b> beendet. Die Urkunde liefert daher auch keinen Beweis für fachkundiges steuerndes Eingreifen auf Seiten des Kunden.
Beilage ./212 - E-Mail [REDACTED] vom 12.9.2006	<b>Echt; zReV;</b> Es wird auf die Urkundenerklärung zu Beilage ./209 verwiesen. Die allgemeinen Risikohinweise sind völlig untauglich, um daraus Schlüsse auf die toxische Struktur des Swap-Geschäfts 4175 zu ziehen.
Beilage ./213 - Zero Cost Zinsabsicherungsstrategie [REDACTED] vom 12.9.2006 (AS138, ON 98)	<b>Echt; zReV;</b> Es wird auf die Urkundenerklärung zu Beilage ./209 verwiesen. Mit [REDACTED] wurden nach den Abschlüssen aus September 2006 (Beilagen ./XXXXX und ./BBBBBB) kein weiteres Derivatgeschäft abgeschlossen. Die Ausübung der „Swaption“ geht auf die Vertragsautomatik zurück.
Beilage ./214 - Zinsoptimierungsvorschlag [REDACTED] vom 12.6.2007 (AS 21 ON 98)	<b>Echt; zReV;</b> Abermals ist die gesamte Urkunde schon datumsmäßig und damit <b>abstrakt</b> untauglich, um

	<p>Beweis über den Kenntnisstand im Februar 2007 zu liefern. Das beschriebene Produkt „Zinsoptimierer“ ist risikomäßig nicht im Ansatz mit dem Swap-Geschäft 4175 zu vergleichen. Es handelt sich um einen Tausch von „fix“ gegen „variabel“ mit zusätzlichen Wahlrecht der Bank. Der E-Mail-Verkehr belegt, dass Mag. P. [REDACTED] auch bei der vorzeitigen Beendigung auf die Information der Bank angewiesen war.</p>
<p>Beilage ./215 - Aktien-Watchlist Mag. P. [REDACTED] (AS 361f, ON 98)</p>	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung</b>, der Urheber ist nicht ersichtlich; <b>zReV</b>; Die Liste soll offensichtlich einen Entwicklungszeitraum von <b>börsennotierten Aktien</b> vom 31.12.2004 bis 9.7.2010 abbilden. Der Beweiswert der Urkunde ist nicht ersichtlich. Dass Aktienkurse schwanken ist eine allgemein bekannte Tatsache.</p>
<p>Beilage ./216 - MiFiD Einstufungen diverser Banken Stadt Linz (AS 69, ON 98)</p>	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung</b> der Urheber ist nicht ersichtlich; <b>zReV</b>; ebensowenig ist das Datum der Erstellung ersichtlich. Die Stadt Linz hat weder mit [REDACTED] noch [REDACTED] noch [REDACTED], noch [REDACTED] Derivatgeschäfte getätigt. Die Liste kann daher schon logisch <b>nicht die Stadt Linz</b> und deren Einstufung in Bezug auf Derivatgeschäftsabschlüsse betreffen. Es ist nicht auszuschließen, dass die Urkunde überhaupt erst 2010 oder 2011 erstellt wurde. Die Urkunde hat folglich keinerlei Beweiswert. Die Tatsache einer bestimmten einseitigen Einstufung liefert zudem keinen Beleg über deren Rechtmäßigkeit, geschweige denn einer Zustimmung des betroffenen Kunden (vgl. Aussage von Mag. Werner P. [REDACTED] im Strafverfahren, ON 172);</p>
<p>Beilage ./217 - E-Mail Moore S. [REDACTED] an Mag. P. [REDACTED] vom 21.10.2009</p>	<p><b>Echt; zReV</b>; insbesondere Replik der Stadt Linz, S. 38. Die Urkunde liefert anschaulich Beweis, dass Mag. Werner P. [REDACTED] die Bewertungsmechanik von Derivaten tatsächlich gerade <b>nicht verstanden</b></p>

	<b>hat</b> , trotz des Termins am 1. Februars 2008.
Beilage ./218 - Präsentation Treasury Workshop I März 2007	<b>Echt; zReV</b> ; Die Urkunde datiert vom <b>März 2007</b> , also <b>nach</b> Geschäftsabschluss des Swap 4175. Die Präsentation betrifft <b>ausschließlich die Zinsentwicklung</b> ; Für das Swap-Geschäft 4175 war für Mag. Werner P. aus dem Treasury-Workshop folgendes abzuleiten: wegen der Fixzins-Vereinbarung, ist die Stadt Linz für 10 Jahre gegen steigenden LIBOR bestens gewappnet;
Beilage ./219 - Präsentation Treasury Workshop II November 2007	<b>Echt; zReV</b> ; Die Urkunde datiert vom 23. November 2007, somit ebenfalls <b>nach</b> Abschluss des Swap-Geschäfts 4175. Interessant an dieser Urkunde ist, dass auf S. 29 ein „ <b>Resettable JPY linked Swap</b> “ angepriesen wird. Auch im Lichte dieses Umstandes wird die beklagte Partei wohl nicht ernsthaft die Behauptung aufrecht erhalten können, die Stadt Linz habe Resettable Swaps aktiv nachgefragt. Auf Seite 37 der Urkunde bewirbt die beklagte Partei jene Struktur („USD-Libor-linked-Quanto-Swap“) die Gegenstand des Geschäfts des Swap III ist (Beilage ./DDDDDD). Abermals liefert die Urkunde daher einen guten Beweis, dass die Strukturen <b>von der beklagten Partei stammen</b> , und auch <b>offensiv</b> gegenüber verschiedensten Rechtsträger (siehe nur die Teilnehmerliste S. 3) beworben wurde;
Beilage ./220 - Finanzierungsangebot 5.3.2009 (AS 293, ON 98)	<b>Zur Echtheit keine Erklärung</b> , der Urheber ist nicht ersichtlich; <b>zReV</b> ; das Dokument betrifft offensichtlich [REDACTED]. Es handelt sich scheinbar um eine Aufstellung von Finanzierungsangeboten diverser Banken auf Basis einer Ausschreibung; Ein Zusammenhang zum Swap-Geschäft 4175 ist nicht ersichtlich. Die Urkunde soll laut beklagter Partei dem Beweis dienen, dass Mag. P. „diverse Angebote mit Banken verhandelt hätte“. Es fällt unzweifelhaft in den

	<p>Aufgabenbereich des Leiters der Finanz- und Vermögensverwaltung, Finanzierungsangebote von Banken zu vergleichen. Das macht jeder Kreditkunde und das dafür notwendige Fachwissen ist überschaubar.</p>
<p>Beilage ./221 - Interne E-Mail BAWAG P.S.K. (T■■■ an A■■■) vom 27.10.2008 (AS 307, ON 38)</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> Die Urkunde wurde von der beklagten Partei bereits mit der Beilage ./72 vorgelegt; Es entsprach offensichtlich auch der Einschätzung des Mail-Verfassers Mario T■■■ dass keine effektiven Maßnahmen möglich waren, außer auf eine Beruhigung zu warten („... wartet auf eine Beruhigung. <b>Was bleibt auch anderes übrig</b>“). Siehe im Übrigen auch Beilage ./UUUUUUU zu den behaupteten Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten;</p>
<p>Beilage ./222 - Konvolut Pressemeldungen zu den oberösterreichischen Cross Border Leasinggeschäften</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> vorgelegte Zeitungsartikel liefern in erster Linie Beweis über deren Erscheinungsdatum. Die beklagte Partei will damit ihre Urkundenerklärung zu Beilage ./KKKK stützen (siehe S. 84 der Replik der beklagten Partei). Cross Border Leasingverträge ■■■■ haben mit dem Swap-Geschäft 4175 so viel zu tun, wie Iris S■■■ mit dem Budget der Stadt Linz für Straßenlampen. Der wirre Vortrag der beklagten Partei zum Beweisthema der Urkunde entbehrt ferner jeglicher Logik.</p>
<p>Beilage ./223 - Bericht über ■■■■ ■■■■</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> Die beklagte Partei führt diese Urkunde zum Beweis, das „Maximalrisiko“ von EUR 25 Mio. wäre für einen Kunden mit einem Schuldenportfolio in der Größe der Stadt Linz ohne Zweifel „marktüblich“. Wenn die beklagte Partei tatsächlich ein „<i>Maximalrisiko</i>“ von EUR 25 Mio. kalkuliert hat, stellt sich die berechnete Frage, warum sie in Summe über <b>EUR 450 Mio. als Forderung geltend macht</b>. Das Beweismittel illustriert den saloppen Umgang der beklagten Partei mit den zentralen, schon nach § 13 Z 3 WAG</p>

	<p>1996 erhebungspflichtigen, Fragen der <b>„Risikobereitschaft“ und „Risikotragungsfähigkeit“ des Kunden.</b> In der Denkart der beklagten Partei ist die Grenze nicht durch die Anlageziele des Kunden und „Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“ gemäß Art 119a B-VG gezogen, sondern nur durch die <b>Größe schon bestehender Schulden</b> (sic!), nach dem Motto: Bei konsolidierten Gesamtschulden von EUR 883,06 Mio kann einer Gemeinde ruhigen Gewissens ein Swap-Geschäft angeboten werden, welches bei Rechtsgültigkeit das Potential hat, Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen und die Schulden – ohne zufließenden Gegenwert - zu verdoppeln;</p>
<p>Beilage ./224 - Auszug Rechnungsabschluss 2008</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> ident mit Beilage ./WWWWWW2; im Übrigen werden – entgegen dem Vorbringen der beklagten Partei (Replik der beklagten Partei, S. 6) – die Einnahmen aus den „Zinssicherungsgeschäften“ nicht als „besondere Erträge“, sondern als „sonstige Einnahmen“ angeführt; siehe dazu insbesondere Replik der Stadt Linz, S. 61;</p>
<p>Beilage ./225 - Auszug Rechnungsabschluss 2009</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> ident mit Beilage ./WWWWWW3; im Übrigen werden – entgegen dem Vorbringen der beklagten Partei (Replik der beklagten Partei, S. 6) – die Einnahmen aus den „Zinsgeschäften“ nicht als „besondere Erträge“, sondern als „sonstige Einnahmen“ angeführt; siehe dazu insbesondere Replik der Stadt Linz, S. 61;</p>
<p>Beilage ./226 - K■■■■ Die Prüfung von Rechnungsabschlüssen 2010</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> Das Beweisthema dieser Urkunde ist nicht ersichtlich. Ein risikoloser Fixzins-Swap zur Absicherung führt bei steigenden Zinsen zu Ausgleichszahlungen an die Gemeinde.</p>
<p>Beilage ./227 - Saldenbestätigung vom 28.1.2009</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> Die Urkunde wurde von der beklagten Partei bereits mit der Beilage ./55 vorgelegt; Die Urkunde datiert vom 28.1.2009. Die Urkunde liefert keinen Beweis über den Status</p>

	rechtsrichtiger Einstufung der Stadt Linz per 12.2.2007. Deklarative Einstufungen sind <b>rechtlich bedeutungslos</b> (OGH 8 Ob11/11t).
Beilage ./228 - Von beiden Parteien unterfertigter Rahmenvertrag mit Eingangsstempel der Stadt Linz vom 4.10.2006	<b>Echt; zReV</b> ; die Stadt Linz hat exakt jenes Kopienexemplar bereits als Beilage ./N vorgelegt. Auch dieses trägt den Eingangsstempel. Die Notwendigkeit der neuerlichen Vorlage ist nicht ersichtlich.
Beilage ./229 - Auszug aus GA Dr. Martin Janssen vom 18.6.2012 (ON 102)	<b>Echt; zReV</b> , insbesondere die Ausführungen im VBSS der Stadt Linz, Punkt 4.10., S. 46f; Es bedarf kreativer Vorstellungskraft, um den Chart, Beilage ./FFFFFF oder Beilage ./229, als „ <i>Seitwärtsbewegung mit zwei Ausnahmen zu deuten</i> “, anerkannte Chart-Technik oder Fundamentalanalyse steht hinter dieser Beurteilung jedenfalls nicht.
Beilage ./230 - AGB der BAWAG (Fassung 2003)	<b>Echt; zReV</b> ; die Stadt Linz hat die AGBs bereits als Anhang zur Beilage ./FFF vorgelegt. Unbeschadet der eigenen AGBs hätte die beklagte Partei allerspätestens durch die erklärte Erfüllungsverweigerung des Bürgermeisters Dr. Dobusch im Gespräch am 6. Juli 2010 das Geschäft beenden können.
Beilage ./231 - Konvolut auszugsweise Geschäftsberichte [REDACTED]	<b>Echt; zReV</b> ; ansonsten wie Urkundenerklärung zu Beilage ./222;
Beilage ./232 - Zinsabsicherungsangebote BAWAG, [REDACTED]	<b>Echt; zReV</b> ; ansonsten wie Urkundenerklärung zu Beilage ./209;

**2. Urkundenerklärung zu den im Verhandlungsblock vom 23. September bis 4. Oktober 2013 vorgelegten Beweisurkunden der beklagten Partei**

Beilage ./233 - CD mit Gemeinderatsprotokolle im Zeitraum 2000 – 2010 inkl Übersicht	<b>Zur Echtheit keine Erklärung</b> , zumal es sich lediglich um (nicht schreibgeschützte) Word-Dokumente handelt, der endgültige Wortlaut des Protokolls steht nicht fest; <b>zReV</b> ; das Beweisthema ist nicht ersichtlich. Rechtsfragen sind nicht beweisbar. Die beklagte Partei hat offenbar willkürlich nach „Schlüsselwörtern“ gesucht. Siehe nur die folgende Passage aus einem Gemeinderatsprotokoll (8. Sitzung vom 1.7.2004, S. 687): <i>“Einerseits</i>
--	--

	<p>wird uns nach Recherchen bei der Polizei mitgeteilt, dass seit 28. Juni 2004 dort eine Verfügung bei den Beamten bestehen soll, die den Polizisten ermöglichen soll und sie <b>ermächtigt</b>, Strafmandate und Sicherheitsleistungen einheben zu können, und andererseits wird uns mitgeteilt, dass sich rein vom Gesetz her die Vollziehbarkeit darstellt“.</p>
Beilage ./234 - EUR/CHF-Charts	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> die vorgelegten EUR/CHF Kurse reichen lediglich ins Jahr 2001 zurück und haben keine Aussagekraft.</p>
Beilage ./235 - Übersicht Entwicklung Cash Flows	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> Die Darstellung ist unvollständig, weil die EUR/CHF Kursentwicklung im Sommer 2011 nicht dargestellt ist, die negative Bewertungsspitzen nach sich zog (siehe auch ./JJJ1 bis ./JJJ16).</p>
Beilage ./236 - Entwicklung der Volatilität 2004 – 2013	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> Der Chart <b>ist irreführend</b>, weil auch vor 2004 massive Volatilitäten in EUR/CHF gegeben waren, etwa aus Anlass 9/11. In der Beratung vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 wurde die Wirkung der Volatilität auf die Bewertung und das Risiko <b>nicht erklärt</b>.</p>
Beilage ./237 - Protokoll der Sitzung des GR vom 16.12.2010	<p><b>Echt; zReV;</b></p>
Beilage ./238 - Konvolut zur Waybackmaschine (Ausdruck aus der Tagesordnung und des GRB 2004 aus dem Webarchiv)	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> aus dem vorgelegten Screenshot ergibt sich lediglich, dass die Seite mit dem abrufbaren Sitzungsprotokoll vom 3. Juni 2004 zum Zeitpunkt <b>18. Februar 2005</b>, somit weit vor den ersten Gesprächen zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei, aufrufbar war. Dass das Wortprotokoll somit auch noch zu jenem Zeitpunkt im Internet war, an dem die Zeugin S. dieses gefunden haben will, belegt dieser Screenshot nicht. Der „Antrag“ enthält keinen Hinweis auf eine Ermächtigung der FVV.</p>
Beilage ./239 - Konvolut Übermittlung von Emails (Sendebestätigungen)	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> (sämtliche der von der beklagten Partei vorgelegten E-Mails, welche von der beklagten Partei an</p>

	Mag. Werner P. ■ versendet wurden, weisen unter dem Punkt „Gesendet von.“ den Namen des Absenders auf (vgl. insbesondere Beilagen ./97, ./90, ./93, ./96, ./102, ./103, ./107, ./109, ./116, ./117, ./118, ./122 etc.). Ausgerechnet in der nunmehr nochmals vorgelegten E-Mail vom 15.5.2008 ist kein Absendername ersichtlich. Zudem ist aus den vorgelegten E-Mails lediglich ersichtlich, dass Mag. Werner P. ■ die Bewertung erst ab dem Stichtag 31.1.2008 erhalten hat. Dabei liegt auch <b>keine</b> Bestätigung vor, dass die Bewertung zum Stichtag 31.3.2008 Mag. Werner P. ■ tatsächlich übermittelt wurde.
Beilage ./240 - Charts zu 1) Volatilitäten betreffend EUR-CHF Wechselkurs von 1999-2009 und 2) EURCHF Kurs und Volatilität von 1997-2011	<b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> im Übrigen wie zu Beilage ./236;
Beilage ./241 - Chart zur Entwicklung der Marktwerte	<b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> Die Urkunde hat keinen Beweiswert.
Beilage ./242 - Auszug aus der Rede des GR Dr. Wolfgang Hattmannsdorfer der GR-Sitzung vom 16.12.2010 (Youtube)	<b>Echt; zReV;</b> im Übrigen wie zu Beilage ./237;

### **3. Urkundenerklärung zu den im Beweisantrag vom 15. November 2013 vorgelegten Beweisurkunden der beklagten Partei**

Beilage ./243 - Telefonat vom 27.10.2008	<b>Echt; zReV,</b> insbesondere dazu im Vorbringen oben zu Punkt II.4.
Beilage ./244 - E-Mail der Vertreter der BAWAG P.S.K. an das HG Wien vom 15.11.2013	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie Erklärung zu Beilage ./243;
Beilage ./245 - Aufmacher und Überschriften zur Finanzkrise 2008 im Zeitraum September/Oktober 2008	<b>Echt; zReV;</b> die beklagte Partei bringt dazu vor, dass Mag. Werner P. ■ bei derartigen Schlagzeilen hätte auffallen müssen, dass das Swap-Geschäft 4175 in Schieflage gerät und er daher sofort hätte aussteigen müssen. Abgesehen vom letzten, sind allerdings sämtliche dieser Presseberichte, <b>vor</b> dem Telefonat zwischen Mario T. ■ und Mag. Werner P. ■ vom 27.10.2008. Würde man dem Vorbringen folgen, hätte Mario T. ■ anstatt zu beschwichtigen „man kann nur des



	<p><i>mochen' was 45 Milliarden Euro Gegenwert Fremdwährungskreditnehmer, Schweizer Franken machen. Hoffentlich die Ruhe bewahren... und hoffentlich dieses ganze Scheußliche vorbei gehen lassen, ja?“, Mag. Werner P. raten müssen, sofort aus dem Geschäft auszusteigen. Hat er aber nicht, <b>im Gegenteil.</b></i></p>
<p>Beilage ./246 - Screenshot über Abrufbarkeit von GR-Protokollen bis 2010</p>	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b> der vorgelegte „Screenshot“ belegt gerade <b>nicht</b>, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 auch im Jahr 2007 noch aufrufbar gewesen ist; des Weiteren belegt er auch nicht, dass die beklagte Partei diesen auch tatsächlich – sofern er tatsächlich noch auf der Homepage ersichtlich gewesen sein sollte, was ausdrücklich bestritten wird – finden konnte. Auch ist unerklärlich, wieso ein einfacher Screenshot durch die beklagte Partei links oben geschwärzt werden musste, und was dadurch verdeckt werden sollte, zumal es sich um eine öffentlich zugängliche Homepage handelt.</p>
<p>Beilage ./247 - Transkripte: Telefonate zwischen Herrn Christoph S. und Mag. Werner P. vom 7.2.2007 und 12.2.2007</p>	<p><b>Echt; zReV;</b> das Telefonat belegt, dass Mag. Werner P. nicht einmal wusste, wie er „ausschreiben“ sollte und hat sich dies von Herrn S. erklären lassen.</p>
<p>Beilage ./248 - Excel-Datei "Swaps.xls"</p>	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung,</b> der Aussteller ist nicht ersichtlich; <b>zReV;</b> Das Dokument wurde erst am 26.2.2007 erstellt, somit <b>nach Abschluss</b> des Swap-Geschäfts 4175. Dass Mag. Werner „Cash Flows“ aus Derivaten in Listen eintragen könnte, ist unstrittig („Taschenrechnerniveau“). Aus der Urkunde ist nicht ersichtlich, wann die Daten in die Datei eingepflegt wurden.</p>
<p>Beilage ./249 - Vergleichsversion zum Debt-Management-Bericht Mai 2010</p>	<p><b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b></p>
<p>Beilage ./250 - Presseaussendung der Stadt Linz vom 16.10.2013</p>	<p><b>Echt; zReV;</b></p>