

KRAFT & WINTERNITZ
RECHTSANWÄLTE

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

KRAFT & WINTERNITZ
RECHTSANWÄLTE GMBH

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

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

GZ: 48 Cg 218/11k
48 Cg 222/11y
Wien, am 11. März 2015
BWG35509/11 /5/59/59/1193914

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.

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:

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)

**ÄUSSERUNG DER STADT LINZ
ZUM SCHRIFTSATZ DER BEKLAGTEN PARTEI
VOM 6. MÄRZ 2015**

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter.

1-fach

1. Vorbemerkung

- 1.1 Der Stadt Linz wurde am 9. März 2015 der mit 6. März 2015 datierte Schriftsatz der beklagten Partei zugestellt. Dieser enthält auf beinahe 100 Seiten neben einer umfangreichen Urkundenvorlage „*ergänzendes Vorbringen*“ zum Grund und zur Höhe des von der beklagten Partei behaupteten Schadens; die Darstellung, die einen umfangreichen bankfachtechnischen Exkurs enthält, weicht – schon auf den ersten Blick – beinahe zur Gänze vom bisherigen Sachvortrag zum Schaden der beklagten Partei ab.
- 1.2 Der Stadt Linz ist es aufgrund der zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich, im Detail auf dieses ergänzende Vorbringen einzugehen. Nach der ersten Durchsicht ist es aber offenkundig, dass der Schriftsatz, soweit er ein Vorbringen zum Grund und zur Höhe des Schadens enthält, unzulässig ist, weil er dem Gerichtsauftrag nicht entspricht. Außerdem weicht das nunmehrige Schadenersatzbegehren so weit vom bisherigen Sachvortrag ab, dass eine Klagsänderung vorliegt, der zuzustimmen die Stadt Linz nicht bereit ist. Die Äußerung der Stadt Linz soll dazu dienen, das Gericht schon vor der mündlichen Verhandlung am 13. März 2015 von den Einwendungen in Kenntnis zu setzen.

2. Unzulässigkeit des ergänzenden Vorbringens

- 2.1 Der beklagten Partei war bereits mit Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 10. Juni 2013 (ON 47) aufgetragen worden, die in der vorbereitenden Tagsatzung erwähnten Belege für die Kosten, die ihr durch die Beendigung des Swap erwachsen sind sowie die in der Widerklage zur Thematik „Höhe der Ausgleichsforderung“ nicht weiter spezifizierte Urkunden vorzulegen. Sie kam dieser Aufforderung des Handelsgerichtes Wien in ihrem vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 (VBSS BAWAG) unter der Überschrift „Zusammensetzung des Klagsbetrags“ (wenn auch nicht vollständig) vorgeblich nach. Darin hat sie auch ihren Schaden ausführlich (verbal) beschrieben.
- 2.2 Danach besteht der Schaden im Erwerb von Put-Optionen, die – nach Ausfall der Stadt Linz – dazu dienen sollten, jene Zahlungsströme bereitzustellen, welche die beklagte Partei an externe Dritte (also Optionskäufer) zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen des Swap 4175 in Zukunft leisten muss.
- 2.3 Nach einem weiteren Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 13. Jänner 2015 (ON 309) sollten die Parteien sämtliche Beweismittel, die sie im Rahmen der Gutachtenserstattung berücksichtigt haben wollen und die bislang noch nicht vorgelegt waren, bis 30. Jänner 2015 vorlegen. Die beklagte Partei verband ihre Urkundenvorlage vom 30. Jänner 2015 mit dem Vorbehalt, sie gehe von einem eingeschränkten Verfahrensgegenstand (Grund des Anspruches) aus. Daraufhin erhielt sie am 3. Februar 2015 (ON 321) den Hinweis, dass eine derartige Einschränkung des Gutachtensauftrages nicht dem Prozessplan des Gerichtes entspreche; ihr wurde Gelegenheit gegeben, auch die Urkunden zur Höhe des begehrten Schadens zu übermitteln. Die Aufträge des Gerichtes waren auf die Vorlage der zur Gutachtenserstellung notwendigen Urkunden beschränkt.

- 2.4 Die beklagte Partei hat den Gerichtsauftrag durch den Schriftsatz vom 6. März 2015 (ergänzendes Vorbringen BAWAG) exzessiv überschritten. Sie hat sich nämlich nicht damit begnügt, Urkunden zur Höhe des Anspruches nachzureichen, sondern sie hat sich umfangreich – und völlig abweichend vom bisherigen Sachvortrag – zu den tatsächlichen und rechtlichen Gründen ihres Schadenersatzbegehrens geäußert. Sie verlangt jetzt, nicht wie bisher, die „*Wiedereindeckungskosten*“ von Ersatzgeschäften, um die Zahlungsansprüche externer Dritter befriedigen zu können (also den tatsächlichen Aufwand), **sondern sie verlangt den Wettgewinn.**
- 2.5 Die Stadt Linz beantragt daher die Zurückweisung dieses Schriftsatzes, sofern sein Inhalt über die Urkundenvorlage hinausgeht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die nunmehrige Darstellung zur Schadensmechanik und Schadensberechnung erhebliche Auswirkungen auf den Gutachtensauftrag sowie die Fragen an die Gutachter hat. Für den Fall der Zulassung ersucht die Stadt Linz um Einräumung einer angemessenen Frist, um einerseits zur neuen Schadensberechnung und Schadensbegründung der beklagten Partei, insbesondere zu den bankfachtechnischen Ausführungen, Stellung nehmen zu können und andererseits die sich daraus ergebenden Fragen an die Sachverständigen zu ergänzen.

3. Unzulässige Klagsänderung

3.1 Das bisherige Vorbringen

- 3.1.1 Die beklagte Partei hat schon in ihrer Widerklage behauptet, dass es bei ihren Schadenersatzansprüchen um die Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften geht, die sie „zur *Schließung des währungsindizierten Risikos*“ vorgenommen hat (Widerklage, S 16). Da sie die Währungskomponente des Swap 4175 bankfachtechnisch als ein Bündel von Put-Optionen der Stadt Linz ihr gegenüber erfasst hat (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 23 ff), konnte „*das währungsindizierte Risiko*“, von dem die beklagte Partei schon in der Widerklage sprach, nur in ihren Zahlungsverpflichtungen aus dem (Weiter-)Verkauf der Optionen an externe Dritte bestehen. Gegenüber der Stadt Linz war die beklagte Partei ja forderungsberechtigt, sie hatte also kein (Zahlungs-)Risiko. Ihr Risiko bestand also höchstens im Adressenausfallrisiko der Stadt Linz, ein Risiko, das bankfachtechnisch wohl kaum als währungsindiziertes Risiko bezeichnet werden konnte.
- 3.1.2 Da die Stadt Linz von Anfang an vermutete, dass die beklagte Partei mit ihrem Schadenersatzbegehren in Wahrheit nicht den Aufwand von Wiedereindeckungsgeschäften zur Absicherung ihrer Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten verfolgt, sondern ihren Wettgewinn haben will, ersuchte sie in der mündlichen Verhandlung vom 24. Mai 2013 um eine diesbezügliche Klarstellung. Dort erklärte die beklagte Partei, dass es sich bei ihrem Begehren um einen reinen Schadenersatz, nämlich „*um die konkreten Kosten der Schließung der einzelnen Positionen, was von der beklagten Partei auch nachvollziehbar belegt werden könne, handle; es ginge um (tatsächliche) Wiedereindeckungsgeschäfte*“. Damit war klar, was unter Wiedereindeckungsgeschäften zu verstehen war, nämlich solche Geschäfte, die dazu dienten, der beklagten Partei die Zahlungsströme zur Verfügung zu stellen, die sie brauchte, um externe Dritte, an die sie die Optionen (weiter-)verkauft hatte, in Zukunft

bezahlen zu können. Diese Klarstellung war für die Öffentlichkeit bestimmt. Im Zuge der Protokollierung wies die beklagte Partei aber darauf hin, dass sie nichts desto trotz einen Erfüllungsanspruch geltend mache, ohne diesen allerdings näher zu spezifizieren. Die Stadt Linz war also neugierig, wie die beklagte Partei nun schriftlich ihren Schadenersatzanspruch begründen werde. Das ist mit Schriftsatz vom 12. Juli 2013 geschehen. Darin legte sich die beklagte Partei eindeutig in der Richtung fest, dass die Wiedereindeckungsgeschäfte dazu dienten, die Zahlungsströme zur Verfügung zu stellen, die sie brauchte, um externe Dritte in Zukunft zu bedienen. Der „Wettgewinn“ war vom Tisch.

3.1.3 Tatsächlich heißt es in diesem Schriftsatz, dass die Wiedereindeckungsgeschäfte nach dem „*Wegbrechen der Stadt Linz*“ dazu dienten, „*das Risiko zu neutralisieren, welches aus den künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber dritten Put-Optionskäufern folgt*“. Es sei entscheidend gewesen, „*mit Hilfe der erworbenen Put-Optionen jene Zahlungsströme breitzustellen, die an dritte Optionskäufer zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen zu leisten waren*“ (VBSS BAWAG 12.7.2013, S 118 bis 120).

3.1.4 Den geschilderten (Weiter-)Verkauf von Optionen hat die beklagte Partei (abweichend von 8 Ob 11/11t) damit begründet, dass ihr solche Geschäfte aus bankregulatorischen Gründen aufgetragen waren; ihr sei nämlich das „Behalten derartiger ungesicherter Risiken“ ebenso verboten wie das Halten derartiger Instrumente zum Zweck der Wette gegen den Kunden (VBSS BAWAG 12.7.2013, S 118). Wenn die beklagte Partei in diesem Zusammenhang von einem Behalten ungesicherter Risiken sprach, meinte sie damit offenbar nicht die Forderungen gegenüber der Stadt Linz aus der Währungskomponente des Swap 4175 (da ausschließlich die Stadt Linz und nicht die beklagte Partei ein Risiko aus der Währungskomponente übernommen hatte), sondern sie meinte das Risiko, die Gewinnchance aus dem (Weiter-)Verkauf der Optionen an Dritte wieder zu verlieren, wenn sich der Wert dieser Optionen durch Änderung der Währungsparität verringerte.

3.1.5 Damit stand fest, welchen Schaden die beklagte Partei verfolgt. Es sind die Kosten jener Wiedereindeckungsgeschäfte, die notwendig sind, um die zukünftigen Zahlungsflüsse sicherzustellen, welche die beklagte Partei braucht, um ihren Zahlungsverpflichtungen aus dem (Weiter-)Verkauf der Optionen an externe Dritte in Zukunft nachkommen zu können.

3.2 Die beklagte Partei verlangt jetzt den Wettgewinn

3.2.1 Zwar spricht sie weiterhin davon, dass sie die Kosten aus Wiedereindeckungsgeschäften haben will, die sie „*aufgrund des Ausfalls der Stadt Linz*“ abschließen musste. Diese Wiedereindeckungsgeschäfte dienen aber nun nicht mehr dazu, Zahlungsverpflichtungen aus dem (Weiter-)Verkauf der Optionen an externe Dritte abzudecken, sondern sie sollen die beklagte Partei so stellen, als wenn der Swap 4175 zwischen ihr und der Stadt Linz nicht geendet hätte. Unabhängig von ihren tatsächlichen Verpflichtungen gegenüber Dritten soll die beklagte Partei weiterhin jene Zahlungen erhalten, die sie auch bei

Aufrechtbleiben des Swap 4175 bekommen hätte. Selbst wenn im Zeitpunkt der Auflösung des Swap 4175 – bezogen auf das Kundengeschäft – überhaupt keine Verpflichtungen oder wesentlich geringere Verpflichtungen gegenüber externen Dritten bestanden haben sollten (etwa weil sie als Einzelgeschäft oder im Rahmen des Makro-Hedge bereits längst glattgestellt waren), ändert das aus Sicht der beklagten Partei nichts an ihrem Begehren. Kurz gesagt, der nunmehr verfolgte Schadenersatzanspruch der beklagten Partei hat nichts mehr damit zu tun, ob sie noch Ansprüchen externer Dritter ausgesetzt ist oder nicht. D.h. aber nichts anderes, als dass die beklagte Partei nunmehr den Wettgewinn haben will.

- 3.2.2 Dass die beklagte Partei nur mehr die Zahlung des Wettgewinns verfolgt, zeigt schon ihr Hinweis, dass sie *„für die Übernahme der Position der Stadt Linz mit einem einzigen anderen Vertragspartner einen Betrag von EUR 520 Mio. [hätte] aufwenden müssen“* (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 6). Bei den Wiedereindeckungskosten handelt es sich also um die Prämie für jene Person, die bereit ist, die Zahlungen der Stadt Linz aus dem aufgelösten Swap 4175 weiterhin zu leisten. Die beklagte Partei hat sich dann – nach ihrem Vorbringen – aber damit begnügt, Wiedereindeckungsgeschäfte nur in jenem Umfang zu machen, die notwendig waren, um die Position der Stadt Linz nachzubilden, die sich aus der bankinternen Replikation im Sales-Desk ergeben hat (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 16, 30, 31 und 48). Das sei notwendig gewesen, weil *„[...] der bankinternen Absicherungsstruktur ab 15.10.2011 keine aktive Kundenposition gegenüberstand“* (ergänzendes Vorbringen BAWAG; S 58). Diese *„Beschränkung“* der beklagten Partei ändert nur etwas an der Berechnung der Prämie für den Dritten, nichts aber daran, dass der Wettgewinn unabhängig von einem tatsächlichen Schaden verfolgt wird.
- 3.2.3 Mit diesem Vorbringen bekommt auch der Begriff des Absicherungsgeschäftes, das bisher im (Weiter-)Verkauf der Put-Optionen an externe Dritte bestand, einen völlig anderen Bedeutungsinhalt. Wenn die beklagte Partei nunmehr von einem Absicherungsgeschäft spricht, bei dem die Gegenposition der Stadt Linz verloren gegangen ist und wiederherzustellen war, meint sie damit nicht mehr die Verpflichtung gegen externe Dritte, sondern den (Weiter-)Verkauf der Optionen vom Sales-Desk an den Handels-Desk, also einen rein internen buchhalterischen Vorgang, der naturgemäß zu keinen Verbindlichkeiten der beklagten Partei führt (*„Der nächste Schritt [nach der Replikation der aus der Währungskomponente erfließenden Zahlungspflicht der Stadt Linz] ist die interne Absicherung. Zu diesem Zweck schließt der Sales-Desk mit dem Handels-Desk Derivate ab, die den Derivaten aus der Abbildung [gemeint ist die angeführte Replikation] 1:1 entsprechen und somit das aus der Abbildung des Swap-Geschäftes für die Sales-Seite resultierende Risiko gänzlich neutralisieren, also glattstellen“*). Es liegt auf der Hand, dass diese *„Absicherungsgeschäfte“* mit den Absicherungsgeschäften einer Bank gegenüber Dritten nichts zu tun haben, weil es sich lediglich um interne Vorgänge handelt.
- 3.2.4 Damit steht außer Zweifel, dass die Wiedereindeckungsgeschäfte und deren Kosten nur dazu dienen, eine Gegenposition zu der internen Replikation des Geschäftes bei der beklagten Partei wieder aufzubauen. Sie haben mit tatsächlichen Verpflichtungen der

beklagten Partei ebenso wenig zu tun, wie mit der exakten Abbildung der Formel des Swap 4175 (vgl. ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 30, 31, 38, wonach der Schaden bei einem anfänglichen perfekten Hedge höher gewesen wäre, es also bei der Berechnung nur um die interne Replikation geht).

- 3.2.5 Dass die so bezeichneten Absicherungsgeschäfte (als interner Vorgang) nichts mit der Wirklichkeit zu tun haben, versucht die beklagte Partei jedoch zu verschleiern: Sie erklärt zwar einleitend, dass sie „[...] zur Berechnung des Vertrauensschadens [darstellen werde], welche Geschäfte sie im Vertrauen auf die Gültigkeit des Swap 4175 [mit Dritten] eingegangen ist“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 6); man sucht in weiterer Folge aber derartige Geschäfte mit Dritten vergeblich. Nicht einmal bei den 31 ursprünglichen Geschäften (im ergänzenden Vorbringen als Mikro-Hedge bezeichnet) ist die beklagte Partei bereit, anzugeben, ob sie und wenn ja, gegebenenfalls in welchem Umfang sie bei Auflösung des Swap 4175 noch bestanden haben. Auch auf Seite 8 des ergänzenden Vorbringens beschreibt sie den Vorgang vom „Mapping“ über die interne Absicherung bis zu externen Absicherung, in der Beschreibung der Vorgänge endet sie aber bei der internen Absicherung; zur externen Absicherung findet sich nichts, außer der Hinweis, dass „[d]er Handels-Desk nicht dazu verpflichtet, [ist], die gegebenenfalls vorzunehmenden Absicherungsgeschäfte in zeitlicher Hinsicht synchron mit den internen Absicherungsgeschäften durchzuführen“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 18).
- 3.2.6 Auf gleicher Ebene stehen auch die Ausführungen der beklagten Partei, wonach sie „[...] Absicherungsprämien erhalten [hat] und im Gegenzug dafür Zahlungsverpflichtungen eingegangen [ist], welche die Zahlungsverpflichtung der Stadt Linz reflektieren“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 9); und weiters „die im Sales-Struck-Folder [...] abgebildeten (internen) Geschäfte vermitteln [...] ein akkurates Bild über die Positionen, welche BAWAG PSK im Verlauf des Bestands des Swap 4175 absichern musste“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 24). Wenn die Zahlungsverpflichtungen, welche die beklagte Partei eingegangen ist, jene Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz ohnehin „reflektieren“, so müsste die beklagte Partei doch in der Lage sein, diese Zahlungsverpflichtungen offenzulegen; es sei denn, es handelt sich um die Verpflichtungen des Sales-Desk gegenüber dem Handels-Desk. Dasselbe gilt für die Prämien, welche die beklagte Partei im Gegenzug für das Eingehen von Zahlungsverpflichtungen erhalten hat, denn auch die Bekanntgabe dieser Prämie verweigert sie.
- 3.2.7 Zusammengefasst bedeutet das, dass die beklagte Partei ihr Schadenersatzbegehren in einer Art und Weise geändert hat, dass sie einer Klagsänderung im Sinne des § 235 ZPO entspricht. Die Stadt Linz spricht sich gegen die Zulassung einer derartigen Klagsänderung aus.

4. Anmerkungen zum begehrten Vertrauensschaden

- 4.1 Wenn die beklagte Partei ihren Schadenersatzanspruch damit begründet, dass sie im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages Absicherungsgeschäfte abgeschlossen habe, so meint sie damit offenbar die internen Absicherungsgeschäfte zwischen Sales-Desk und

Handels-Desk (siehe den Verweis auf Seite 79 des ergänzenden Vorbringens, der auf Punkt 2.3 mit der Überschrift „interne Absicherung“ Bezug nimmt). Der interne Verrechnungsvorgang ist aber kein Schaden.

- 4.2 Die beklagte Partei verneint, dass auch ihr Vertrauen darauf verletzt worden ist, den Vertrag bei Auflösung zum aktuellen Wert ersetzt zu erhalten. Damit macht sie aber keinen Vertrauensschaden, sondern einen Erfüllungsschaden geltend.
- 4.3 Die Anrechnung der Prämien aus den Absicherungsgeschäften (und zwar nicht der fiktiven Prämien, sondern der tatsächlich erhaltenen Prämien) auf den erlittenen Schaden folgt schon zwingend daraus, dass die beklagte Partei derartige Prämien nicht erhalten hätte, wäre der Vertrag nicht abgeschlossen worden. Auch als „Rettungsaufwand“ taugen diese Prämien nicht. Durch das Eingehen von Verpflichtungen gegenüber externen Dritten wurden nämlich die Schließungskosten nicht vermindert, sondern tatsächlich erhöht. Vor dem Eingehen von Absicherungsgeschäften mit externen Dritten hatte die beklagte Partei nämlich keinerlei (Zahlungs-)Risiko. Der Ersatzanspruch der beklagten Partei gegenüber der Stadt Linz, weil sie im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages selbst Verbindlichkeiten gegenüber Dritten eingegangen ist, hat sich also nicht verringert, sondern erhöht.

5. Zusammenfassung

Die Stadt Linz beantragt deshalb,

- a) den Schriftsatz der beklagten Partei vom 6. März 2015 als unzulässig zurückzuweisen, soweit darin ergänzendes Vorbringen erstattet wird,
- b) für den Fall der Zulassung des Schriftsatzes der Stadt Linz eine angemessene Frist zur Replik einzuräumen;
- c) jedenfalls aber die Klagsänderung der beklagten Partei nicht zuzulassen.

Stadt Linz