

SWAP 4175: Die Stadt Linz klagt die BAWAG

Hintergrundinformation: Zusammenfassung der wesentlichen Punkte

1.

Die Recherchen im Zuge der Klagsvorbereitungen erbrachten **neue** und wichtige Erkenntnisse zum Swap 4175. Die Nachforschungen, Sachverständigenanalysen und Akten des Staatsanwalts zeigen: Die BAWAG hat der Finanzdirektion der Stadt Linz einen scheinbar vielversprechenden, aber letztlich perfide wirkenden Swap angeboten, der als Zinsabsicherungsgeschäft dargestellt wurde. De facto hat sich aber hinter dem Swap eine zwanzigfache Währungswette mit Powerfunktion versteckt. Die Stadt Linz hatte jedoch zu keinem Zeitpunkt ein Interesse an einem Spekulationsgeschäft. Erklärtes Ziel des Gemeinderates schon im Jahr 2004 war es, das Fremdwährungsrisiko aus der bestehenden CHF-Finanzierung abzusichern.

2.

Die BAWAG hat mit dem Swap 4175 ein Derivatprodukt kreiert, das in beträchtlichem Maße von Eigeninteressen geleitet war. Vor diesem Hintergrund hat die BAWAG bereits zu Beginn der Angebotslegung gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen. Die BAWAG hat ignoriert, dass Geschäfte mit einer Pflichtenlage wie beim Swap 4175 durch den Gemeinderat zu beschließen sind. Der durch die Zinsformel abgebildete Verkauf von 20 Devisenoptionen ist für eine Gemeinde nicht nur marktunüblich, sondern nach den Richtlinien des Österreichischen Gemeindebundes (ausgearbeitet in Zusammenarbeit mit dem Präsidenten des Staatsschuldenausschusses Prof. Dr. Bernhard Felderer, der Finanzmarktaufsicht, dem Rechnungshof und der Kammer der Wirtschaftstreuhänder) überhaupt unzulässig. Abgesehen davon bedürfen Geschäfte wie der Swap 4175 nach landesgesetzlicher Vorgabe (Statut Linz) einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde. Das hat der Verfassungsdienst des Landes OÖ jüngst nochmals gutachterlich bestätigt, Eine Genehmigung des Geschäfts war ausgeschlossen. Auch darüber hat sich die BAWAG hinweggesetzt. **Fazit: Die BAWAG hätte den Swap 4175 der Stadt Linz gar nicht anbieten dürfen. Das Geschäft verstößt gegen zwingendes Landesrecht und ist schon daher nicht rechtsgültig.**

3.

Vermutlich aufgrund der Eigeninteressen hat die BAWAG den hoch spekulativen Charakter des Swap 4175 als nicht wesentlich erscheinen lassen und zwar in einer Art und Weise, dass es schwer war, argwöhnisch zu werden - noch dazu weil die BAWAG bei der Stadt Linz das Vertrauen einer Hausbank genoss. Die BAWAG hat grundsätzlich in ihren Unterlagen, ihren grafischen Darstellungen und in den Besprechungen die Chancenseite des Swap 4175 ins Rampenlicht gerückt, die Risikoseite aber völlig unterbelichtet.

Es gibt beispielsweise keine Anhaltspunkte dafür, dass Mag. Werner Penn von der BAWAG bewusst gemacht worden ist, dass sich hinter der „Zinsformel“ **ganze Ketten von EUR/CHF Währungsoptionen verbargen**, die für die Stadt Linz ein äußerst riskantes Spekulationsgeschäft bedeuteten. Es bedarf hochspezialisierten Wissens, dass die „Zinsformel“ des Swaps wirtschaftlich nichts anderes als exotische Optionsgeschäfte (!) beschreibt. Die Bank hat mehrere Risiken (Zins- und Währungsrisiko) miteinander kombiniert und abgetauscht. Ergebnis ist ein hochkomplexes Finanzprodukt mit verschiedensten Risikoredundanzen. Die BAWAG bezeichnete in den eigenen Unterlagen ihr Finanzprodukt als „**exotisches Derivat**“. **So mathematisch einfach die „Formel“ auf den ersten Blick erscheinen mag, so perfid ist ihre Wirkung.**

4.

Man muss sich vorstellen, dass die simpel erscheinende Formel eine Kette von 20 hoch komplexen EUR/CHF Optionen beschreibt, die das Geschäft für die Bank äußerst attraktiv macht. Die BAWAG hat diese 20 Optionen aus dem Swap 4175 so genutzt, dass sie daraus **bereits bis August 2010 an andere Banken 224 Optionen verkaufen konnte**. Die BAWAG hat daher mit diesem Geschäft einen Betrag in mehrstelliger Millionenhöhe verdient. Diesen Betrag konnte die BAWAG nur erzielen, weil sie in die Formel eine perfide Risikostruktur eingebaut hat, die sich völlig einseitig und negativ gegen die Stadt Linz richtete. **Das Motto: je höher das Risiko für die Stadt, desto höher die Gewinne der BAWAG.**

Hätte sich die BAWAG mit einer angemessenen Bankmarge zufrieden gegeben, dann hätten die Parameter des Geschäfts (z.B. ein Cap) weitaus risikoärmer ausgestaltet werden können.

5.

In das Bild des Herunterspielens und des Verschweigens der Bawag passt weiters, dass erst eine Schweizer Bank knapp vor den Osterfeiertagen 2010 den Stadtkämmerer Dr. Christian Schmid telefonisch kontaktierte und ihn im Zusammenhang mit dem Schweizer Franken Darlehen über die problematische Schieflage des Wechselkurses CHF / EUR informierte.

6.

Allerdings muss man auch zur Kenntnis nehmen, dass Mag. Werner Penn den politisch verantwortlichen Personen wesentliche Informationen über den Swap 4175 bzw. dessen Entwicklung vorenthalten hat oder diese verharmlosend dargestellt hat. Die Risikokomponente des Swaps wurde von ihm zweifellos unterbelichtet, entweder beeinflusst durch die BAWAG-Kommunikation oder er hat – was keineswegs auszuschließen ist – selbst die kritischen Elemente des Geschäftes einfach nicht in der nötigen Tiefe verstanden.

Mag. Werner Penn hat den Abschluss des Swap 4175, aus welchen Gründen auch immer, wider die Vorschriften im vollständigen Alleingang vorgenommen. Vermutlich aus der Position dieser angemaßten Kompetenz heraus hat Mag. Werner Penn gegenüber den Verantwortlichen vertrauensbildend und beruhigend über den Swap berichtet, was ein zusätzliches Kontrollieren unangemessen erscheinen ließ. Er wog die politischen Organe in Sicherheit, was sich letztlich als äußerst prekär erwies.

7.

Summa summarum wird in der Retrospektive klar: Die BAWAG beabsichtigte, durch den Verkauf eines Produktes mit perfider Risikostruktur (das Derivatprodukt „Swap 4175“) viel Geld zu verdienen und zwar mit einer für sich selbst geringen Risikokomponente. Gegen eine Gewinnabsicht ist grundsätzlich nichts einzuwenden, solange die Kundeninteressen adäquat gewahrt bleiben. Aber gerade das ist nicht der Fall. Mit dem Ziel vor Augen „viel Geld verdienen zu wollen“ und aus dem daraus resultierenden Verhalten der BAWAG erklärt sich, wie es überhaupt dazu kam, dass der Finanzdirektor Mag. Werner Penn das Swap-Geschäft angenommen hat und dass das desaströse Risiko erst im April 2010 (!!!) augenscheinlich wurde. Das eigennützige Motiv der BAWAG hat dazu geführt, dass die Bank zahlreiche gesetzliche Verstöße begangen hat. Diese Verstöße sind Basis der Klage. Einige der wesentlichen Klagspunkte sind folgende:

Die Klagegründe (Auswahl)

A.

Unwirksamkeit der Swap-Geschäfte wegen Verstoßes gegen die öffentlich rechtlichen Organisationsvorschriften

Der Abschluss von Verträgen wie dem Swap-Geschäft 4175 ist dem Gemeinderat vorbehalten. Zum Swap 4175 gibt es keinen Beschluss des Gemeinderats. Der Beschluss vom 3. Juni 2004 hat kein konkretes Geschäft zum Gegenstand. Er kann daher keine Geschäfte erfassen, deren Abschluss dem Gemeinderat vorbehalten ist. Was diese Geschäfte betrifft, darf auch keine Delegation der Entscheidungsbefugnis an den Magistrat oder den Bürgermeister angenommen werden, weil eine solche Delegation § 46 Abs 2 StL 1992 widersprechen würde. **Da somit kein Gemeinderatsbeschluss zum Swap-Geschäft 4175 vorliegt, ist dieses Geschäft gem. § 867 ABGB auch gegenüber der BAWAG unwirksam.**

B.

Nichtigkeit / Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen fehlender Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde

B1. Überschreitung der Genehmigungsschwelle von 15 %

Nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 bedarf „der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde" der Genehmigung der Landesregierung. Diese Regel erfasst auch wesentliche Konditionenänderungen bei bestehenden Darlehen.

Bei der Aufnahme von Darlehen ist also besonders auf die jährlichen Aufwendungen zu achten, die durch ein Darlehen begründet werden. Durch sie darf die Leistungsfähigkeit der Stadt nicht über Gebühr beeinträchtigt werden. § 78 Abs 1 Z 2 StL sieht hier eine Höchstgrenze vor. Droht durch die Aufnahme eines Darlehens die Überschreitung dieser Grenze, hängt die Darlehensaufnahme von einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde ab.

In der Konstellation des Swap 4175 muss bei Anwendung von § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 von einem "Worst Case"-Szenario ausgegangen werden. **Eine Genehmigungspflicht besteht schon dann, wenn auch nur für ein Jahr der Laufzeit des Swap-Geschäftes nicht ausgeschlossen werden kann, dass die 15 %-Schwelle überschritten wird.** Diese Regelung ist keineswegs unangemessen. Schließlich kann die "Worst Case"-Betrachtung ohne weiteres vermieden werden, wenn durch Zinsbeschränkungsklauseln ("Cap") a priori für eine Einhaltung des Schwellenwerts gesorgt wird.

B2. Zivilrechtliche Unwirksamkeit wegen Fehlens der Genehmigung

Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte der Stadt Linz werden Dritten gegenüber erst mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung rechtswirksam (so ausdrücklich § 78 Abs 3 StL 1992).

Zum einen erfordert die Genehmigungsfähigkeit, wie der Bescheid der Aufsichtsbehörde zeigt, grundsätzlich einen genehmigungsfähigen Akt, nämlich einen spezifizierten Beschluss des Gemeinderates der Stadt Linz bezogen auf das Swap-Geschäft. Dieser liegt nicht vor und kann auch nicht mehr erreicht werden. **Damit steht fest, dass der Swap 4175 wegen fehlender aufsichtsbehördlicher Genehmigung endgültig rechtsunwirksam ist.**

C.

Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Evidenz des Vertretungsmissbrauchs

Selbst wenn man – in Missachtung der zwingenden kommunalrechtlichen Regeln und der zu § 867 ABGB anerkannten Grundsätze – fälschlich eine Vertretungsmacht von Mag. Penn unterstellt, stehen allgemeine stellvertretungsrechtliche Erwägungen einer Vertragswirksamkeit entgegen.

Jeder Vertreter einer Gemeinde muss vor Abschluss eines Vertrags prüfen, ob das Geschäft den schon in der Bundesverfassung (Art 119a Abs 2 B-VG) verankerten Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht. Ausfluss dieser Prinzipien ist § 57 StL 1992: „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.“

Das Swap-Geschäft 4175 verletzt in jeder Hinsicht die Vorgabe in § 57 StL. Es war nicht nur von Anfang an ganz und gar unwirtschaftlich, weil es einen hohen negativen Anfangswert aufgewiesen hat, es hat vielmehr auch ab ovo das eminente Risiko einer massiven Beeinträchtigung der Vermögenssubstanz der Stadt Linz mit sich gebracht. Wer daher als Gemeindevertreter Geschäfte wie den Swap 4175 abschließt, handelt evidentermaßen pflichtwidrig und missbraucht daher seine Vertretungsmacht.

Die Organe und Mitarbeiter einer Bank wissen, dass Gemeinden sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu wirtschaften haben. Ebenso ist ihnen bekannt, dass öffentliches Vermögen und Steuergeld pfleglich und zweckentsprechend zu verwalten sind. Dann kann ihnen auch nicht verborgen geblieben sein, dass es Gemeinden verwehrt ist, ihr Vermögen und künftige Steuergelder im Rahmen von Währungswetten mit unbegrenztem Risiko aufs Spiel zu setzen.

In Kenntnis

- der exotischen Struktur des Geschäfts,
- der extrem hohen eingesetzten Hebel in Gestalt der währungsabhängigen Zinsbildungsformel ,
- des hohen Geschäftsvolumens,
- des enormen Kreditrahmens, den es zum Abschluss des Geschäftes erst bedurfte,
- der langen Laufzeit des Geschäfts sowie
- generell der enormen Tragweite des Geschäftsabschlusses

war es für die BAWAG evident, dass Mag. Werner Penn dieses Geschäft keinesfalls namens der Stadt Linz abschließen durfte, weil er dabei pflichtwidrig zum Nachteil der Stadt Linz handelt.

Die BAWAG war daher selbst dann bei Abschluss des Swap-Geschäftes nicht schutzwürdig, wenn Mag. Werner Penn vertretungsbefugt gewesen wäre. Soweit ihr der Missbrauch der Vertretungsmacht durch Mag. Werner Penn nicht ohnedies bewusst war, war er für sie zumindest offenkundig. Wie aktenkundig ist, sind der BAWAG auch im weiteren Geschäftsverlauf, insbesondere als sich die Bewertungen extrem negativ entwickelten, massive Zweifel an der Handlungslegitimation von Mag. Werner Penn gekommen. Die Schutzwürdigkeit entfällt nicht nur bei positiver Kenntnis, sondern **auch bei fahrlässigem Verhalten**, wenn aus den Begleitumständen der offenbare Missbrauch bzw. das zumindest grob treuwidrige Verhalten auffallen musste

D.

Verstoß der BAWAG gegen das Gebot zur umfassenden Wahrung der Kundeninteressen

Der Anbieter einer Wertpapierdienstleistung muss nicht nur vollumfänglich über vorhandene Risiken, sondern auch über bestehende Interessenkonflikte i.S.d § 13 Z 2 WAG 1996 aufklären. Ein solcher Konflikt ist auch in der Beratung vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 aufgetreten. Das gilt vor allem im Hinblick auf den von vornherein einkalkulierten hohen negativen Marktwert des Geschäfts. Dieser negative Marktwert erhöht das Risiko des Anlegers enorm. Darüber hätte die BAWAG aufklären müssen.

Richtungsweisend ist die Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs (XI ZR 33/10 vom 22.3.2011), die einen sogenannten „Spread Ladder Swap-Vertrag“ betraf. Dieses Geschäft war – ebenso wie der Swap 4175 – ein komplex strukturiertes Wettgeschäft, das ebenfalls ein unbegrenztes Risiko aufwies und auch einen von der Bank bewusst eingerechneten negativen Marktwert (4 % der Bezugssumme) hatte. Angesichts dieser Eckpunkte stellt der BGH hohe Anforderungen an die Aufklärung des Kunden. Sie muss gewährleisten, dass der Anleger im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank.

Nur so ist ihm eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber möglich, ob er die ihm angebotene Wette annehmen will. Die Bank muss daher über den – durch die individuellen Preisbildungsparameter beim jeweiligen Geschäft einstrukturierten – anfänglichen negativen Marktwert aufklären, weil dieser Wert Ausdruck des schwerwiegenden Interessenskonfliktes der Bank ist und die konkrete Gefahr begründet, dass sie ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgibt. Der Interessenskonflikt besteht darin, dass die Risikostruktur des bilateralen Geschäfts bewusst zu Lasten des Anlegers gestaltet ist, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäfts das Risiko am Interbankenmarkt weiterverkaufen zu können, das der Kunde lediglich aufgrund der Beratungsleistung der Bank übernommen hat.

Die Rechtssätze des BGH sind auf die österreichische Rechtslage vollinhaltlich übertragbar, zumal sie der BGH aus der – in Österreich und Deutschland gleichermaßen geltenden – Pflicht zur objektgerechten Beratung abgeleitet hat (vgl dazu § 13 Z 3 WAG 1996: „Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte“). Der vom BGH skizzierte Interessenkonflikt lässt sich auch bei Abschluss des vorliegenden Swap-Geschäftes konstatieren: Die BAWAG hat daraus Vorteile gezogen, dass der Markt das Risiko, das die Stadt Linz mit dem von der BAWAG angebotenen Produkt übernommen hat, bereits im Abschlusszeitpunkt mit einem hohen Euro-Millionenbetrag bewertet hat. Daher bestand die konkrete Gefahr, dass die BAWAG ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgegeben hat. Selbstverständlich hätte Mag. Werner Penn das Angebot der BAWAG in einem ganz anderen Licht gesehen, wenn er vor Vertragsschluss gewusst hätte, dass der Markt seine Risiken deutlich negativer sieht als die gegenläufigen Risiken seiner – ihn beratenden – Vertragspartnerin. Indem die BAWAG Mag. Werner Penn diese Einsicht nicht vermittelt hat, hat sie unter anderem gegen § 13 Z 2 WAG 1996 verstoßen. Sie hat einen schwerwiegenden Interessenkonflikt nicht nur in Kauf genommen, sondern dem Kunden sogar verschwiegen.

E.

Anfechtung des Vertrages wegen Wuchers

Das Swap-Geschäft ist auch wegen Wuchers unwirksam (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB und § 1 Wuchergesetz). Die BAWAG hat beim Vertragsabschluss die Unerfahrenheit mit exotischen Währungswettgeschäften und wohl auch einen beachtlichen Leichtsinns von Mag. Werner Penn sowie das bestehende besondere Vertrauensverhältnis zur BAWAG ausgenutzt. Sie hat die Stadt Linz ausgebeutet, indem sie sich für die eigene Leistung eine Gegenleistung versprechen bzw. gewähren ließ, deren **Vermögenswert zu dem Werte der eigenen Leistung in einem auffallenden Missverhältnis stand.**

Mag. Werner Penn war bei Vertragsabschluss mangels hinreichender Treasuryerfahrung, aber auch mangels finanzmathematischer Expertise daran gehindert, die Interessen der Stadt Linz gehörig zu wahren. Schließlich ist es hochgradig spezialisierten Experten vorbehalten, die Verteilung der Chancen und Risiken bei einschlägigen Geschäften nachzuvollziehen. Unterstellt man indes bei Mag. Penn diese Fähigkeit, muss der Abschluss umso mehr von ganz erheblichem Leichtsinn geprägt gewesen sein. Wer ein solches Geschäft im Bewusstsein der konkreten Risikostruktur ohne weiteres abschließt, handelt auffallend sorglos zu Lasten der Stadt. In jedem Fall waren es „unwirtschaftliche Eigenschaften“ – ggf. auch Vertrauensseligkeit gegenüber der BAWAG –, die Mag. Werner Penn daran gehindert haben, die Stadt bei Vertragsabschluss interessengerecht zu vertreten.

F.

Anfechtung des Swap-Geschäfts wegen List und Irrtums

Die BAWAG hat die Stadt Linz listig in die Irre geführt und dadurch zum Abschluss des Swap-Geschäfts verleitet. Sie hat wissentlich und willentlich wesentliche Tatsachen zur Natur des Geschäfts und dem tatsächlichen Risiko verschwiegen. Die BAWAG hat damit auch einen wesentlichen Geschäftsirrtum der Stadt Linz veranlasst. Die BAWAG hätte die Stadt Linz nach den gesetzlichen Vorgaben der §§ 11 ff WAG 1996 vollumfänglich über die angesprochenen Tatsachen aufzuklären gehabt (§ 871 Abs 2 ABGB). Die mangelnde Aufklärung durch die BAWAG war ursächlich für den Geschäftsabschluss der Stadt Linz. Der Geschäftsirrtum der Stadt Linz ist auch wesentlich, da die Stadt Linz bei der nach dem WAG gebotenen Aufklärung das Swap Geschäft nicht geschlossen hätte. Das Geschäft ist daher auch wegen List und Irrtums (§§ 870 f ABGB) aufzuheben.

G

Zum Schaden der Stadt Linz, Grundlagen für das Urteilsbegehren

Insgesamt hat die Stadt Linz Zahlungen auf das Swap-Geschäft in Höhe von CHF 10.141.790,10 bzw. EUR 6.419.907,01 erhalten. Dem standen Zahlungen von CHF 40.781.951,50 bzw. EUR 30.636.770,41 gegenüber. Somit ergibt sich ein saldierter Zahlungsüberhang von CHF 30.640.161,40 bzw. EUR 24.216.863,40, der den Gegenstand der Klage bildet.

Die Unwirksamkeit des Geschäfts führt zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Das Zahlungsbegehren stützt sich neben Bereicherung wie dargelegt auch auf Schadenersatz. Bei rechtskonformem Handeln der BAWAG wäre die Stadt Linz nicht mit den Forderungen der BAWAG aus dem Geschäft konfrontiert gewesen und hätte den Schaden aus der Zahlung nicht erlitten. Der Geschäftsabschluss wäre vielmehr generell unterblieben. Die BAWAG hat daher auch aus dem Titel des Schadenersatzes die Zahlungen zu vergüten. Erhaltene Zahlungen sind dabei im Sinn des Vorteilsausgleichs anzurechnen.