

# AIGNER | LEHNER | ZUSCHIN

+PARTNER Rechtsanwälte

Lukas Aigner Mag. iur. RA<sup>1</sup>  
Johannes Lehner Dr. iur. RA<sup>2</sup>  
Georg Zuschin Dr. iur. MBA RA<sup>2</sup>  
Roman Taudes Mag. iur. LL.M. RA<sup>2</sup>

Bernhard Böheim Dr. iur. RAA  
Nathalie Steidl Mag. iur. RAA  
Maximilian Weiser LL.M. (WU) RAA  
Beat König Mag. iur. RAA  
Martin Lummerstorfer LL.M. (WU) RAA  
Berndt Stiefsohn LL.M. (WU) RAA

Friedrich Schüller Mag. iur. CS<sup>3</sup>  
Simone Krammer Mag. iur. CS<sup>3</sup>  
Karin Wimmer Dr. iur. Mag. phil. CS<sup>3</sup>

Wien, 1010, Pestalozzigasse 4/5  
T (Wien) +43 1 361 99 04  
F (Wien) +43 1 361 99 04 99

Linz, 4020, Bethlehemstraße 3/6<sup>4</sup>  
T (Linz) +43 732 27 28 50  
F (Linz) +43 732 27 28 50 89

office@aigner-partners.at  
www.aigner-partners.at

## PER WEB-ERV

An das  
Handelsgericht Wien  
Marxergasse 1a  
1030 Wien

**GZ: 55 CG 28/2018 f**

Wien, 14. Jänner 2020

BWGN35509/11/IN  
BWGN35509/11/5

## Klagende Partei:

**Stadt Linz**  
(vertreten durch den Bürgermeister)  
Altes Rathaus Hauptplatz 1  
4020 Linz

vertreten durch:

**Aigner Rechtsanwalts-GmbH, P131948**  
Pestalozzigasse 4/5  
1010 Wien

Prozess- und Geldvollmacht erteilt.  
Gemäß § 19a RAO begehrt der gefertigte Anwalt  
die Bezahlung sämtlicher Kosten zu seinen Händen.

und

**Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH, P430285**  
Hopfgasse 23  
4020 Linz

## Beklagte Partei:

**BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft  
und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft**  
Wiedner Gürtel 11  
1100 Wien

vertreten durch:

**LANSKY, GANZGER + Partner Rechtsanwälte GmbH, P130123**  
Biberstraße 5  
1010 Wien

und

Aigner Rechtsanwalts-GmbH (kurz: „Sozietät“), FN 428937 s, HG Wien, P131948, UID: ATU69344239

<sup>1</sup>geschäftsführender Gesellschafter <sup>2</sup>selbständige Rechtsanwälte in Kooperation

<sup>3</sup>Counsel <sup>4</sup>Adresse der Zweigniederlassung; Kanzleisitz und Büro Dr. Johannes Lehner

Wir verarbeiten Ihre personenbezogenen Daten zur Abwicklung unserer Geschäftstätigkeiten.

Weitere Informationen zum Datenschutz finden Sie auf unserer Website unter <https://www.aigner-partners.at/de/kontakt/datenschutz/>.

Kontoverbindung Wien (Oberbank AG)

Anderkonto Wien: IBAN: AT88 1515 0005 0129 6008, BIC: OBKLAT2L

Honorarkonto Wien: IBAN: AT04 1515 0005 0129 5968, BIC: OBKLAT2L

Kontoverbindung Linz (Oberbank AG)

Anderkonto Linz: IBAN: AT75 1500 0007 2139 7461, BIC: OBKLAT2L

Honorarkonto Linz: IBAN: AT52 1500 0007 2139 7487, BIC: OBKLAT2L

wegen:

**DORDA Rechtsanwälte GmbH, P130040**  
Universitätsring 10  
1010 Wien  
EUR 25.185.074,30 samt Anhang; (Klage 55 Cg 28/18f)  
(entspricht CHF 30.640.161,40 samt Anhang in der Klage)

## **ÄUSSERUNG DER STADT LINZ**

1-fach

*Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter*

Das Handelsgericht Wien hat mit dem mündlich verkündeten Urteil vom 7. Jänner 2020 dem Antrag der Stadt Linz Folge gegeben und festgestellt, dass das Swap-Geschäft 4175 niemals Bestand hatte. Die beklagte Partei hat dagegen Berufung angemeldet. Beide Parteien wurden aufgefordert, sich innerhalb einer Woche darüber zu äußern, ob die weitere Verhandlung bis zum Eintritt der Rechtskraft des erlassenen Zwischenurteils gemäß § 393 Abs 3 S 4 ZPO ausgesetzt werden soll.

Dem gerichtlichen Auftrag entsprechend erstattet die Stadt Linz folgende

#### Äußerung:

Die Stadt Linz hält die Fortsetzung des Verfahrens gerade aus prozessökonomischen aber auch aus praktischen Gründen für geboten.

1. Entgegen dem Zwischenurteil allein über den Grund des Anspruches wird beim Urteil über einen Zwischenantrag auf Feststellung die Verhandlung durch die Erhebung von Berufung oder Revision durch eine der Parteien ex lege nicht gehemmt. Das wird in der Literatur vielfach als unzweckmäßig angesehen und es wird empfohlen, dass auch in solchen Fällen die Verhandlung nicht fortgesetzt werden solle, weil die Präjudizialität des Zwischenurteiles sonst zu Komplikationen und Widersprüchen, vor allem aber auch zu einem im Endergebnis nicht berechtigten Prozessaufwand führen könne (*Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege 503; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> II/2 § 393 ZPO 35; *Rechberger* in *Rechberger/Klicka*<sup>5</sup> § 393 ZPO 16).
2. Dies mag im Regelfall, insbesondere dann zutreffen, wenn das Leistungsbegehren des Klägers ausschließlich vom Bestand eines Rechtsverhältnisses abhängt; wenn also etwa Leistungsansprüche aus einem Vertrag geltend gemacht werden. Beim Klagebegehren der Stadt Linz auf Rückzahlung jener Beträge, die sie aufgrund des Swap 4175 geleistet hat, ist das nicht der Fall: Die Stadt Linz hat zum ersten ihr Leistungsbegehren, also den Rückzahlungsanspruch, darauf gestützt, dass das Swap-Geschäft 4175 zwischen ihr und der beklagten Partei nicht wirksam zustande gekommen ist, bzw. dass es niemals Bestand hatte. Dafür gibt es eine Vielzahl von Gründen, wobei das Handelsgericht Wien entsprechend § 189 ZPO nur über einen Teil der rechtsvernichtenden Einwendungen verhandelt und entschieden hat. Darüber hinaus machte die Stadt Linz aber auch geltend, dass ihr Schadenersatzbegehren (die Stadt Linz wirft der beklagten Partei sowohl die rechtswidrige und schuldhaft Verletzung gesetzlicher und (vor-)vertraglicher Informations- und Aufklärungspflichten als auch die Verletzung der sich aus dem zumindest konkludent zustande gekommenen Beratungsvertrag ergebenden Pflichten zur angelegergerechten und objektgerechten Information und Beratung vor) im Wege der Naturalrestitution (jedenfalls im Ergebnis) zur ex tunc wirkenden Beseitigung des Swap 4175 führt. In beiden Fällen hat die beklagte Partei die erhaltenen Zahlungen aufgrund des (dann) titellosen Besitzes zurückzugeben. Insoweit ist über den Rückzahlungsanspruch durch das präjudiziell wirkende Zwischenurteil noch nicht zur Gänze

entschieden. Das heißt aber, dass sich aus dem Zwischenurteil für die Zukunft weder Komplikationen noch Widersprüche ergeben: Selbst wenn die (nach § 189 ZPO eingeschränkten) anspruchsvernichtenden Einwendungen verworfen würden, bliebe noch immer der Rückzahlungsanspruch der Stadt Linz aus den übrigen noch nicht behandelten rechtsvernichtenden Einwendungen. Vor allem aber hat die Stadt Linz auch dann den geltend gemachten Rückzahlungsanspruch, wenn das Swap-Geschäft zwar zustande gekommen wäre, weil ihr nach wie vor der rechtsvernichtend wirkende Schadenersatzanspruch zur Verfügung steht.

3. Anders als in den Fällen, bei dem das geltend gemachte Leistungsbegehren vom Vorliegen eines Vertrages abhängt und den die genannte Literatur offenbar im Auge hat, ist mit der Feststellung des Bestehens des Rückzahlungsanspruches der Stadt Linz über den Erfolg des Leistungsbegehrens noch nicht endgültig entschieden. Die beklagte Partei hat dem Zahlungsbegehren der Stadt Linz nämlich nicht nur einen Nichterfüllungsschaden sondern auch einen (dem Vorbringen nach deckungsgleichen) Vertrauensschaden *compensando* entgegengehalten. Sollte also endgültig feststehen, dass der Swap 4175 niemals Bestand hatte, müssten Beweise darüber aufgenommen werden, ob die beklagte Partei überhaupt einen Vertrauensschaden erlitten hat bzw. ob sie ihn überhaupt gegenüber der Stadt Linz geltend machen kann. Es macht wenig Sinn, mit der Klärung dieser Frage, die in einem solchen Fall unvermeidlich ist, noch weiter zuzuwarten.
4. Klar ist allerdings, dass der von der beklagten Partei *compensando* eingewendete Nichterfüllungsschaden nicht mehr zu prüfen ist, wenn das Zwischenurteil des Handelsgerichtes Wien Bestand hat; es also nicht mehr auf den Schadenersatzanspruch, den die Stadt Linz ebenfalls geltend gemacht hat, ankommt. Allerdings wären auch in diesem Fall Beweisergebnisse in Richtung der Verletzung gesetzlicher und vertraglicher Beratungs- und Aufklärungspflichten und der Prozessaufwand der dafür getätigt wird, nicht unbedingt verloren. Wenn nämlich die beklagte Partei einen Anspruch auf Ersatz eines Vertrauensschadens hätte, würde dieser seine Grenze in einem (dann hypothetischen) Erfüllungsanspruch haben. Könnte die Stadt Linz nämlich Schadenersatz in Form der Naturalrestitution gegenüber der beklagten Partei fordern und damit deren Erfüllungsanspruch vernichten, so stünde auch kein Vertrauensschaden mehr zu. Die von der Literatur angeführte Prozessökonomie steht also der Weiterführung des Verfahrens auch unter diesem Gesichtspunkt nicht entgegen.
5. Selbst wenn in weiterer Folge die bisher geltend gemachten rechtsvernichtenden Einwendungen gegen die Gültigkeit des Swap-Geschäftes verworfen würden, so steht der Aufwand zur Erzielung von Beweisergebnissen für einen allfälligen Vertrauensschaden in keinem unangemessenen Verhältnis zu den Vorteilen, die sich aus der Fortführung des Verfahrens ergeben: Zum einen können derartige Verfahrensergebnisse auch im Rahmen der bisher noch nicht geprüften rechtsvernichtenden Einwendungen der Stadt Linz (insbesondere die Anfechtung des Vertrages wegen Wucher und List) verwendet werden, zum anderen

sprechen die Vorteile aus der Aufnahme der Zeugenbeweise, die ansonsten unter Umständen nicht mehr möglich sind, dafür.

6. Sowohl für das Vorliegen eines Vertrauensschadens als auch für den von der beklagten Partei behaupteten Nichterfüllungsschadens sind noch Zeugenbeweise ausständig. Vor allem Mag. W. P. und L. S., aber auch andere ehemalige Mitarbeiter der beklagten Partei sind zu diesen Beweisthemen noch nicht bzw. nicht abschließend vernommen. Deren Erinnerungen werden aus der forensischen Erfahrung mit dem zunehmenden Abstand von den Geschehnissen immer mehr abnehmen. Was Mag. W. P. und L. S. anlangt, so bedeutet das weitere Zuwarten mit der Vernehmung eine massive psychische Belastung, die unter Umständen dazu führt, dass diese Zeuge nicht mehr vernommen werden können.

Stadt Linz

— ● — ●

— ● — ●