

Lukas Aigner Mag. iur. RA<sup>1</sup>  
Johannes Lehner Dr. iur. RA<sup>1</sup>  
Georg Zuschin Dr. iur. MBA RA<sup>1</sup>  
Maximilian Weiser LL.M. (WU) RA<sup>2</sup>

Bernhard Böheim Dr. iur. RAA  
Martin Lummerstorfer LL.M. (WU) RAA  
Berndt Stiefsohn LL.M. (WU) RAA  
Christoph Czerny Dr. iur. RAA  
Mergim Bresilla Mag. iur. RAA  
Andreas Brenn Mag. iur. RAA

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

Wien, 1010, Lugeck 1-2/Stiege 2/Top 12  
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, 05. Oktober 2022  
BWGN35509/11/105

**Klagende Partei:**

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

vertreten durch:

**Aigner Rechtsanwalts-GmbH**  
P131948  
Lugeck 1-2/Stiege 2/Top 12  
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  
Hopfengasse 23  
4020 Linz

**Beklagte Partei:**

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

vertreten durch:

**Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte GmbH**

**Aigner Rechtsanwalts-GmbH** (kurz: „Sozietät“), FN 428937 s, HG Wien, P 131948, UID: ATU69344239

<sup>1</sup>geschäftsführender Gesellschafter <sup>2</sup>selbständiger Rechtsanwalt 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

P130123  
Biberstraße 5  
1010 Wien

und

**DORDA Rechtsanwälte GmbH**  
P130040  
Universitätsring 10  
1010 Wien

wegen:

CHF 30.640.161,40 (samt Anhang) entspricht aktuell  
EUR 31.265.470,82

### **AUFGETRAGENER SCHRIFTSATZ**

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

1-fach

Das Handelsgericht Wien hat mit Beschluss vom 05. September 2022 (ON 675), der Rechtsvertretung der klagenden Partei elektronisch via web-ERV bereitgestellt am 06. September 2022, (a) das Verfahren 55 Cg 28/18f („Hauptverfahren“) fortgesetzt; (b) den Parteien die Aufträge entsprechend seinem Beschluss vom 03. März 2020 (ON 641) (wieder) erteilt; (c) den Parteien die Möglichkeit eröffnet, sich zu einer allfälligen Fortsetzung des Widerklageverfahrens 55 Cg 29/18b („Widerklageverfahren“) und einer neuerlichen Verbindung der beiden Verfahren zu äußern. Hierfür wurde vom Handelsgericht eine Frist von vier Wochen gesetzt.

Die klagende Partei erstattet innerhalb der gesetzten Frist folgende

### **Stellungnahme:**

#### **1. Zeugenliste**

##### **1.1 Beweisantrag**

1.1.1 Die klagende Partei beantragt die ergänzende Vernehmung des Zeugen [REDACTED] [REDACTED] zum Beweis dafür, dass er ohne die rechtswidrige und schuldhaftige Verletzung der die beklagte Partei treffenden vorvertraglichen Informations- und Aufklärungspflichten, die Verletzung der sich aus dem zumindest konkludent zustande gekommenen Beratungsvertrag ergebenden Pflichten zur anlegergerechten und objektgerechten Information und Beratung und bei Aufklärung über den negativen Anfangswert des Swap 4175 sowie Beachtung des die beklagte Partei treffenden Gebots, keinen Irrtum der anderen Vertragspartei zu veranlassen, den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (zur Relevanz und Subsidiarität dieser Beweisaufnahme im folgenden Punkt 1.2).

1.1.2 Im Einzelnen geht es um folgende Beweisthemen:

- (a) Unrichtige, unvollständige bzw. generell unterlassene Information von [REDACTED] [REDACTED] der Stadt Linz im Vorfeld des Geschäftsabschlusses des Swap 4175 insbesondere hinsichtlich: Struktur des Geschäfts samt den Hedgegeschäften und deren Wirkung auf die Stadt Linz; für eine Gemeinde wirtschaftlich nicht tragbares, unbegrenztes Risikos bei hoher realer Verlustwahrscheinlichkeit; nicht zu erwartender Vergünstigung der Zinslast der CHF-Anleihe durch den Swap (speziell unter Berücksichtigung der für die Risikovorsorge gebotenen Stopp-Loss Strategien) bzw. allenfalls geringe Vergünstigung im Vergleich zu einem allerdings exorbitantem Risiko; des negativen Anfangswerts und der Interessenkonflikte der beklagten Partei in der Beratung; der Verlustrisiken des Swap, im Speziellen der

Verlustwahrscheinlichkeiten und möglichen -höhen; der Untauglichkeit des Swap 4175 für eine Buy-and-Hold-Strategie; des notwendigen Risikoleitfadens einschließlich gebotener sehr kurzer Reaktionszeiten der Entscheidungsträger; der zumindest täglich gebotenen Limitüberwachung; der notwendigen budgetären Risikovorsorge für die Verlustabdeckung; der Terminkurse in EUR/CHF bei Abschluss; der Positionierung gegen die Prognosen von Banken;

- (b) Nichtabschluss des Swap 4175 durch [REDACTED] bei rechtmäßigem Verhalten der beklagten Partei.

## 1.2 Relevanz

- 1.2.1 Bereits in der Klage hatte die Stadt Linz ihr auf Rückzahlung gestütztes Leistungsbegehren damit begründet, dass sie auch im Wege des Schadenersatzes so zu stellen sei, wie sie stünde, wenn [REDACTED] das Swap-Geschäft nicht abgeschlossen hätte. Ihr Begehren war also im Wege der schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution auf die ex tunc wirkende Beseitigung des Vertrages gerichtet. Auch [REDACTED] hat im Strafverfahren vor dem Landesgericht Linz mehrmals erklärt, dass er den Vertrag niemals abgeschlossen hätte, wenn ihm die wahre Struktur des Swap 4175 bei ordnungsgemäßer Beratung und Aufklärung der beklagten Partei bewusst gewesen wäre (im Detail dazu wird auf Abschnitt 4.4 des Zwischenantrags der klagenden Partei verwiesen).
- 1.2.2 Eine ex tunc wirkende Beseitigung des Vertrages bzw. der Nichtabschluss des Vertrages durch [REDACTED] bei vertragsgemäßigem Verhalten der beklagten Partei führt dazu, dass es nach dem vermeintlichen Vertragsabschluss auch keine Verpflichtung des [REDACTED] oder der Stadt Linz gegeben hat, die beklagte Partei darüber aufzuklären, dass das Geschäft seiner Natur nach einer aufsichtsbehördlichen Bewilligung bedarf. Kommt es nämlich zu keinem Geschäftsabschluss, gibt es auch keinen aufsichtsbehördlichen Bewilligungsbedarf für das Geschäft, sodass sich die Frage der allfälligen Aufklärung gegenüber der Bank erst gar nicht stellt.
- 1.2.3 Der von der beklagten Partei auf die fehlende Aufklärung des [REDACTED] über die aufsichtsbehördliche Bewilligungspflicht eines solchen Geschäftes (Swap 4175) gestützte Schadenersatzanspruch der beklagten Partei (8 Ob 11/11t, 10 Ob 14/19k) muss im Fall der Bejahung der Vorwürfe gegenüber der beklagten Partei (Verletzung gesetzlicher und vertraglicher Informations- Aufklärungs- und Beratungspflichten) zwingend schon dem Grunde nach ins Leere gehen, weil aufgrund der eigenen Vertragsverletzung der beklagten Partei ein allfälliges Aufklärungsverschulden des

██████████ (über eine allfällige aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht), wenn diese denn bejaht würde, weder kausal adäquat für den von der beklagten Partei behaupteten Schaden sein kann, noch im Rechtswidrigkeitszusammenhang zur behaupteten Unterlassung gebotener Aufklärung stünde: Führt nämlich das gesetzwidrige und vertragswidrige Verhalten der beklagten Partei dazu, dass der Vertrag ex tunc unwirksam ist, bzw. hätte ██████████ bei vertragsgemäßigem Verhalten den Vertrag nicht geschlossen, so kann eine Unterlassung der Aufklärung der beklagten Partei über eine allfällige aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht, schon mangels Bestehens eines wirksamen Vertrages im Zeitpunkt der Bewilligungspflicht, niemals einen Schaden der beklagten Partei herbeiführen.

- 1.2.4 Daraus erhellt sich aber auch, dass es einer Beweisaufnahme dazu (insbesondere durch neuerliche Einvernahme des ██████████) nur dann bedarf, wenn das (Erst-)Gericht zumindest dem Grunde nach eine Schadenersatzpflicht der Stadt Linz wegen unterlassener Aufklärung über die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht bejahen würde. Ausgehend von den in 10 Ob 14/19k und 8 Ob 11/11t dargestellten Voraussetzungen ist das zu verneinen; auf die sich daraus ergebenden prozessökonomischen Überlegungen im Hinblick auf das Widerklageverfahren wird unten zu Punkt 3. näher eingegangen). Die Beweisaufnahme in dieser Richtung ist also nur „subsidiär“ notwendig.

## **2. Sachverständigenbeweis**

Die Stadt Linz hat keine ergänzenden Fragen an die Sachverständigen. Auch eine Fortsetzung der Gutachtenseinholung wird nicht beantragt. Die Stadt Linz behält sich allerdings für den Fall, dass die beklagte Partei derartige Anträge stellt, ergänzende Fragestellungen an die Sachverständigen vor.

## **3. Fortsetzung des Widerklageverfahrens**

- 3.1 Aus Sicht der Stadt Linz sprechen aktuell vor allem prozessökonomische Gründe gegen eine Fortsetzung des Widerklageverfahrens:
- 3.2 Die Stadt Linz hat im Hauptverfahren die Rückzahlung des von ihr aufgrund des vermeintlich wirksamen Swap 4175 geleisteten Zahlungsüberhangs von CHF 30.640.161,40 begehrt und sich dabei (wegen der Unwirksamkeit des Vertrages) auf Bereicherungsrecht und Schadenersatzrecht gestützt. Diesem Begehren hat die beklagte Partei hilfsweise Schadenersatzansprüche aus dem Titel des Vertrauensschadens entgegengehalten und in diesem Zusammenhang mit jenen Zahlungen in Höhe von CHF 55.339.501,27 aufgerechnet, die sie selbst aufgrund von

Hedge-Geschäften an Dritte zahlen musste (Abschnitt B. Z 4.3.1.2 „Kosten und Erträge aus Kuponzahlungen“; Z 5.4 des Schriftsatzes der beklagten Partei vom 6. März 2015).

- 3.3 Damit kann – aufgrund der bisherigen Rechtsprechung und der bereits vorliegenden Beweisergebnisse - ohne (erheblichen) zusätzlichen Aufwand (und vor allem ohne die mit dem Widerklageverfahren verbundenen exorbitanten Gerichtsgebühren und Anwaltskosten) im Hauptverfahren ohne weiteres geklärt werden, (a) ob der beklagten Partei überhaupt ein Vertrauensschaden zusteht; und (b) ob sie, wenn man einen solchen Anspruch dem Grund nach bejahen würde, überhaupt jenen Aufwand ersetzt erhalten kann, den sie im Zusammenhang mit Hedge-Geschäften gegenüber Dritten erlitten hat, welche sie angeblich im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Swap 4175 gemacht hat.
- 3.4 Was den Grund des Anspruches auf Ersatz von Vertrauensschäden anlangt, so blickt man durch die Entscheidung des Höchstgerichtes im Zwischenverfahren ON 674 auf eine Tatsachen- und Rechtslage, die ident ist mit jener der Vorentscheidung des gleichen Senats vom 18. Februar 2020, 10 Ob 14/19k. Auch dort ging es um die Unwirksamkeit eines von einer Gemeinde abgeschlossenen Vertrages infolge fehlender aufsichtsbehördlicher Genehmigung, wobei die Vertragsparteien (irrtümlich) davon ausgingen, der Vertrag unterläge nicht der Bewilligungspflicht.
- 3.5 Im Zusammenhang mit dem dort von der klagenden Bank (hilfsweise) geltend gemachten Vertrauensschaden sprach das Höchstgericht aus, dass: „[a]uch öffentlich-rechtliche Körperschaften verpflichtet [sind], den Partner durch ihre **Verhandlungsführer als Erfüllungsgehilfen über die Gültigkeitsvoraussetzung des beabsichtigten Geschäfts aufzuklären, sofern diese ihrem Organ bekannt oder leichter erkennbar sind, als dem Partner**“ [Rz 10.1-Hervorhebung durch die Stadt Linz]; um dann weiter auszuführen: „**Wird der Partner im guten Glauben gelassen, es bestehe keine Genehmigungsbedürftigkeit** ....., [Rz 10.1-Hervorhebung durch die Stadt Linz].
- 3.6 Der Senat 10 hat damals eine Schadenersatzpflicht der Gemeinde aus zwei Gründen verneint. Einerseits hätten sich aus dem Sachverhalt keine Hinweise darauf ergeben, „[...] dass **den Vertretern der beklagten Gemeinde vorwerfbar wäre, die Klägerin wider besseres Wissen oder trotz leichterer Erkennbarkeit nicht auf eine bestehende Genehmigungspflicht durch die Aufsichtsbehörde aufmerksam gemacht zu haben**“ [Rz 10.4-Hervorhebung durch die Stadt Linz]. Andererseits verneinte er das Vorliegen der Voraussetzung, „*der Vertragspartner wäre im guten*

*Glauben gelassen worden“.* Es sei nämlich „[...] *im Gegenteil die Klägerin [gewesen], die davon ausging, dass eine aufsichtsbehördliche Genehmigung ..... nicht erforderlich war. Ihr war daher diese Problematik bewusst.....*“ [Rz 10.4-Hervorhebung durch die Stadt Linz].

- 3.7 Es liegt daher vor allem unter prozessökonomischen Gesichtspunkten nahe, auf Basis dieser rechtlichen Vorgaben des Höchstgerichtes die Frage der Haftung dem Grunde nach im Hauptverfahren zu entscheiden, zumal schon Beweisergebnisse dazu vorliegen (vor allem die Aussage des ██████████ in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 13. Mai 2019 [fehlendes Bewusstsein einer Genehmigungspflicht] und das Protokoll über die Vorstandssitzung der beklagten Partei vom 17. April 2007, Beilage ./100) [Bewusstsein der beklagten Partei über die Problematik der aufsichtsbehördlichen Bewilligungspflicht]. **Um die Frage einer Haftung der Stadt Linz für einen möglichen Vertrauensschaden der beklagten Partei zu klären, bedarf es daher weder einer Fortsetzung des Widerklageverfahrens noch dessen Verbindung mit dem Hauptverfahren.**
- 3.8 Im Hauptverfahren kann darüber hinaus bereits die (Rechts-)Frage beantwortet werden, ob die beklagte Partei, bejaht man überhaupt einen Anspruch auf Vertrauensschaden, den Ersatz jener Kosten und Aufwendungen verlangen kann, die ihr – angeblich im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Swap 4175 - durch das Eingehen von Hedge-Geschäften mit Dritten (sei es im Wege des Mikro-Hedging, sei es im Wege des Makro-Hedging) entstanden sind. Der Oberste Gerichtshof hatte nämlich bereits im Jahr 2011 (8 Ob 11/11t) ausgesprochen, dass Kosten und Aufwendungen aus Hedge-Geschäften, die aus Anlass oder im Zusammenhang mit Finanzgeschäften von juristischen Personen der öffentlichen Hand von der Bank abgeschlossen werden, regelmäßig nicht in einem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der behaupteten unterlassenen Aufklärung stünden. Er hat diese Rechtsansicht vor kurzem obiter (8 Ob 86/20k) bestätigt.
- 3.9 Betrachtet man die Aufgliederung der beklagten Partei in Abschnitt B. Z 5 ihres Schriftsatzes vom 6. März 2015 („*Vertrauensschaden*“), so stellt man nämlich fest, dass der von ihr behauptete Vertrauensschaden (seiner Struktur nach) zur Gänze aus Kosten und Aufwendungen im Zusammenhang mit Drittgeschäften (Hedge-Geschäften) besteht. Damit kann im Hauptverfahren bereits geklärt werden, ob derartige Schäden überhaupt ersatzfähig sind. Das unabhängig von der Feststellung des genauen Ausmaßes der behaupteten Schäden, weil sie ihrer Natur nach exakt jenen Kosten und Aufwendungen entsprechen, mit denen die beklagte Partei im Hauptverfahren aufgerechnet hat. Damit zeigt sich, dass auch in dieser Hinsicht ohne

Fortsetzung des Widerklageverfahrens eine zentrale Streitfrage mit erheblich geringerem Zeit- und Kostenaufwand im Hauptverfahren geklärt werden kann. **Eine Fortsetzung des Widerklageverfahrens wäre also auch unter diesem Gesichtspunkt nicht prozessökonomisch.**

Stadt Linz  
(vertreten durch den Bürgermeister)



KOSTENVERZEICHNIS

<b>Tarif: TP 3A (Schrifts.)</b>	(Bem.Grl.: EUR 31.265.470,82)	
Auftragener Schriftsatz	EUR	16.592,50
50% Einheitssatz	EUR	8.296,25
Erhöhungsbetrag (ERV)	EUR	2,10
Summe USt-pflichtig	EUR	24.890,85
20% USt.	EUR	4.978,17
<b>GESAMT</b>	EUR	<b>29.869,02</b>