

PER WEB-ERV

An das
Handelsgericht Wien

Marxergasse 1a
1030 Wien

GZ: 48 CG 218/2011k (führend)
GZ: 48 CG 222/2011y

Wien, 18. Oktober 2017
BWGN35509/11/5

**Klagende und
widerbeklagte 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
Hopfengasse 23
4020 Linz

**Beklagte und
widerklagende
Partei:**

**BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft
und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft**
Georg-Coch-Platz 2
1018 Wien-Postsparkasse

vertreten durch:

LANSKY, GANZGER + partner Rechtsanwälte GmbH
Biberstraße 5
1010 Wien

und

Lukas Aigner Mag. iur. RA¹
Johannes Lehner Dr. iur. RA
Georg Zuschin Dr. iur. MBA RA
Roman Taudes Mag. iur. LL.M. RA
Fabian Hanz Dr. iur. RA

Bernhard Böheim Dr. iur. RAA
Monika Ernst Mag. iur. RAA
Friedrich Schüller Mag. iur. CS²
Karin Wimmer Dr. iur. Mag. phil. CS²

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
T (Linz) +43 732 27 28 50
F (Linz) +43 732 27 28 50 89

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

DORDA Rechtsanwälte GmbH
P130040
Universitätsring 10
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)

**AUFGETRAGENE ÄUSSERUNG
ZUR UNTERBRECHUNG**

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter.

1-fach

Das Handelsgericht Wien hat mit Beschluss vom 27. September 2017 den Parteien aufgetragen, sich zu der geplanten Unterbrechung des derzeit noch mit dem führenden Verfahren 48 CG 218/11k (kurz „Hauptverfahren“) verbundenen Verfahrens 48 CG 222/2011y (kurz „Widerklageverfahren“) zu äußern.

Die Stadt Linz erstattet folgende

AUFGETRAGENE ÄUSSERUNG:

1. Zur geplanten Unterbrechung des Verfahrens 48 CG 222/2011y (Widerklageverfahren)

1.1. Vorliegen der Voraussetzungen

- 1.1.1. Die Stadt Linz befürwortet die vom Handelsgericht Wien in Aussicht genommene Unterbrechung aus den nachfolgend dargestellten rechtlichen und prozessökonomischen Überlegungen:
- 1.1.2. Gemäß § 190 ZPO kann das Gericht, soweit die Entscheidung eines Rechtsstreites ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches Gegenstand eines anderen anhängigen gerichtlichen Verfahrens ist, die Unterbrechung des Verfahrens anordnen, bis in Ansehung dieses Rechtsverhältnisses eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Ein Unterbrechungsgrund liegt daher dann vor, wenn die fraglichen Verfahren Rechte oder Rechtsverhältnisse betreffen, die zueinander im Verhältnis der **Präjudizialität** stehen.
- 1.1.3. Die Stadt Linz macht sowohl im Hauptverfahren als auch im Widerklageverfahren (unter anderem) die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Swap 4175 aufgrund der Verletzung kommunalrechtlicher Vorschriften aber auch deshalb geltend, weil der Swap 4175 unabhängig davon nicht einmal den Vorgaben des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 entsprochen hat. Die Gründe dafür wurden von der Stadt Linz zuletzt in der aufgetragenen Äußerung vom 7. Juli 2017 zu den Vorlageanträgen der beklagten Partei im Einzelnen vorgetragen. Die beklagte Partei wiederum behauptet in ihrer Widerklage die Gültigkeit des Swap-Geschäfts, weshalb die Stadt Linz – nach Auflösung des Vertrages durch die beklagte Partei – zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens verpflichtet wäre.

1.1.4. Die Gültigkeit des Swap 4175 ist damit unzweifelhaft die **entscheidende Vorfrage und damit präjudiziell** für jegliche behaupteten Ansprüche aus dem Vertrag. Die Stadt Linz wird die Vorfrage der Gültigkeit des Swap 4175 – nach Vorliegen der Ergänzung der Gerichtsgutachten – sowohl aus prozessökonomischen Erwägungen als auch wegen der damit verbundenen bindenden Feststellung für beide Verfahren zum Gegenstand eines gesonderten Antrages nach § 236 ZPO machen (dazu sogleich).

1.2. Zwischenantrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Swap 4175

1.2.1. Der von _____ namens der Stadt Linz abgeschlossene Swap 4175 ist aus einer Vielzahl von Gründen nicht wirksam zustande gekommen. Da die Frage der Gültigkeit des Geschäfts die wesentliche Vorfrage für die von beiden Parteien geltend gemachten Ansprüche bildet (siehe oben), wird die Stadt Linz – nach Vorliegen der Ergänzung des Gerichtsgutachtens – im Wege des Zwischenantrags auf Feststellung gemäß § 236 Abs 1 ZPO („Zwischenantrag“) die abgesonderte Entscheidung über die Vorfrage des gültigen Zustandekommens bzw. der Wirksamkeit des Swap 4175 begehren.

1.2.2. Die Stadt Linz hat zuletzt im Rahmen der aufgetragenen Äußerung vom 7. Juli 2017 zu den Vorlageanträgen der beklagten Partei (ebendort im Zusammenhang mit der Frage der rechtlichen Relevanz der Anträge) zusammenfassend dargestellt, weshalb der Swap 4175 schon aus kommunalrechtlichen Gründen „*ab ovo*“ ungültig war. Dazu kam noch, dass der Swap 4175 nicht einmal den Vorgaben des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 („optimierend und marktüblich“) entsprochen hat, was ebenfalls einen wirksamen Vertragsabschluss hinderte (vgl. Äußerung der Stadt Linz vom 7. Juli 2017, Punkt 1.2ff.). Die Stadt Linz wird den in Aussicht genommenen Zwischenantrag, allerdings unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Gutachtensergänzung, im Wesentlichen auf diese Gründe stützen.

1.2.3. Gemäß § 236 Abs 1 ZPO steht den Parteien der Zwischenantrag dann offen, wenn er ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes (bzw. ein zumindest bis zur Entscheidung über den Antrag streitig gebliebenes) Rechtsverhältnis oder Recht betrifft, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung über das Klagebegehren ganz oder zum Teil abhängt. Das festzustellende Rechtsverhältnis muss somit für die Entscheidung über das Klagebegehren **präjudiziell** sein. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 236 Abs 1 ZPO sind insofern gleichlautend mit jenen des § 190 Abs 1 ZPO.

- 1.2.4. Präjudizialität bedeutet nach einer Grundsatzentscheidung des OGH, dass die begehrte Feststellung das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses betreffen muss, „aus dem der Klagsanspruch unmittelbar oder mittelbar hervorgeht“, alternativ kann auch die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses begehrt werden, „von dem der Beklagte ein geltend gemachtes Gegenrecht abgeleitet hat“ (OGH 1 Ob 586/50 SZ 23/294; vgl auch *Deixler-Hübner* in Fasching-Konecny² § 236 ZPO Rz 7; *Rechberger/Klicka* in Rechberger⁴ § 236 ZPO; *Kellner*, Der Zwischenantrag auf Feststellung, ÖJZ 2015, 250 [252]; jeweils mwN).
- 1.2.5. Ausgehend davon kann an der Präjudizialität der festzustellenden Vorfrage nach der Gültigkeit des Swap 4175 für die Entscheidung über das Klagebegehren im Widerklageverfahren kein Zweifel bestehen. Ist der Swap 4175 unwirksam, hat die beklagte Partei jedenfalls keinen Anspruch auf den von ihr geltend gemachten Nichterfüllungsschaden, da dieser einen gültigen Vertrag voraussetzt.
- 1.2.6. Nach einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum ist der Zwischenantrag auf Feststellung als eine Form des Feststellungsanspruchs dann zulässig, wenn das Zwischenurteil über den anhängigen Prozess hinauswirkt (OGH RIS-Justiz RS0039600). Dieses besondere Rechtsschutzbedürfnis bildet das Äquivalent des notwendigen rechtlichen Interesses bei der Feststellungsklage (*Deixler-Hübner* in Fasching/Konecny² § 236 ZPO Rz 9). Zweck des Zwischenantrags auf Feststellung ist es, Vorfragen für den Klagsanspruch über den Rahmen des konkreten Rechtsstreits hinaus rechtskräftig und damit bindend zu beantworten, um dadurch künftige Rechtsstreitigkeiten über gleichartige Ansprüche zwischen den gleichen Parteien zu präjudizieren, die aus demselben rechtserzeugenden Sachverhalt abgeleitet werden können (vgl. OGH 1 Ob 8/07v). § 236 ZPO ist daher – wie auch § 190 ZPO - von prozessökonomischen Überlegungen getragen und soll den Parteien (und bezogen auf die Unterbrechung auch dem Gericht) einen in diesem Sinn gestalterischen Spielraum einräumen.
- 1.2.7. Das rechtliche Interesse der Stadt Linz, dass die Ungültigkeit des Swap 4175 über den in Aussicht genommenen Zwischenantrag gesondert festgestellt wird, ist ohne Zweifel gegeben. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs kann nämlich „[e]iner Partei [...] das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtes nur dann abgesprochen werden, wenn sie sämtliche Ansprüche mit Leistungsklage geltend machen könnte.“ Das ist dann nicht der Fall, wenn – wie im gegenständlichen Rechtsstreit – „nicht nur die

klagende Partei Leistungsansprüche aus dem Nichtbestehen des strittigen Rechtsverhältnisses [ableitet]“, sondern „auch der Beklagte [...] ein [...] auf das Bestehen [desselben Rechtsverhältnisses] gestütztes Leistungsbegehren [erhoben hat]“. In einer solchen Konstellation reichen nämlich „zu einer vollständigen Bereinigung des zwischen den Streitparteien strittigen Rechtsverhältnisses [...] die der klagenden Partei zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Leistungsklage nicht aus. Die dem Prozessgegner offenstehende Möglichkeit, mit Leistungsklage das strittige Rechtsverhältnis vollständig zu bereinigen, kann [...] nicht zur Verneinung des Feststellungsinteresses der anderen Partei führen“ (OGH 9 ObA 51/92).

- 1.2.8. Auch der Umstand, dass Klage und Widerklage zur gemeinsamen Verhandlung verbunden wurden, nimmt der klagenden Partei „*schon im Hinblick auf die gemäß § 192 Abs 1 ZPO jederzeit mögliche Aufhebung dieser Verbindung nicht das Feststellungsinteresse, da im Falle getrennter Entscheidung über die beiden Leistungsklagen die lediglich in den Entscheidungsgründen vorgenommene Beurteilung des strittigen Rechtsverhältnisses keine über den konkreten Rechtsstreit hinausgehende Bindung bewirkt [...] und daher in der Entscheidung über die andere Klage das Rechtsverhältnis abweichend beurteilt werden könnte*“ (OGH 9 ObA 51/92).
- 1.2.9. Mit dem OGH ist somit auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass der Entscheidung über den Zwischenantrag der Stadt Linz schon auf Grund der von der beklagten Partei erhobenen Widerklage eine über den konkreten Rechtsstreit hinausreichende Wirkung zukommt. In der Widerklage stützt die beklagte Partei ihr Schadenersatzbegehren (unter anderem) auf die angebliche Gültigkeit des Swap 4175 (siehe schon oben). Somit sind sämtliche für die Zulässigkeit des Zwischenantrags erforderlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt.
- 1.2.10. Die Stadt Linz wird den Zwischenantrag auf Feststellung im Hauptverfahren einbringen, sobald die Ergebnisse der Gutachtensergänzung vorliegen. Ergänzend haben nämlich die Gerichtsgutachter den gerichtlichen Auftrag, weitere Fragen zu beantworten, die auch für die Unwirksamkeit des Swap 4175 von Bedeutung sein können.
- 1.2.11. Aus den gleichen Überlegungen – die §§ 190 und 236 beruhen auf den gleichen prozessökonomischen Erwägungen – liegen auch die Voraussetzungen für eine Unterbrechung des Widerklageverfahrens infolge Präjudizialität nach § 190 ZPO vor.

Jedenfalls mit dem von der Stadt Linz gestellten Zwischenantrag kann daran kein Zweifel mehr bestehen.

1.3. Prozessökonomische Erwägungen für die Unterbrechung des Widerklageverfahrens

- 1.3.1. § 190 ZPO räumt dem Gericht bei der Frage der Unterbrechung Ermessen ein, sofern die Grundvoraussetzungen – wie in concreto – gegeben sind (siehe oben). Das Gericht hat in diesem Fall unter sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände nach freiem Ermessen **vor allem unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit** zu beurteilen, ob die Unterbrechung des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Erledigung des anderen Rechtsstreits nach Lage des Falles gerechtfertigt ist (OGH RIS-Justiz RS0036765). Mit der Unterbrechung des Verfahrens ist insbesondere dann vorzugehen, wenn **prozessökonomische Erwägungen** für die Unterbrechung sprechen. Dabei gebietet es die Prozessökonomie, vermeidbaren Prozessaufwand möglichst hintanzuhalten, wobei zum Prozessaufwand auch die Gerichtsgebühren gehören.
- 1.3.2. Auch das über einen Antrag nach § 236 ZPO ergangene Zwischenurteil ist vom Grundsatz der Prozessökonomie getragen (vgl. OLG Innsbruck, RIS-Justiz RI0100002). Vor diesem Hintergrund ist es daher geboten, bei einem Zwischenantrag im Hauptverfahren das Widerklageverfahren gemäß § 190 ZPO zu unterbrechen. Auch die bessere **Übersichtlichkeit des Verfahrens** und die zweckentsprechende Gliederung des Prozessstoffes liegt im Sinn der Prozessökonomie (OGH RIS-Justiz RS0120721). Durch den Zwischenantrag wird der Prozessstoff in einem wesentlichen Punkt geklärt und das Verfahren damit thematisch gegliedert. Es besteht kein Zweifel, dass somit vielfältige prozessökonomische Erwägungen für eine **Unterbrechung des Widerklageverfahrens** sprechen.
- 1.3.3. Mit Beschluss vom 10. April 2013, ON 43, hat das Handelsgericht Wien die beiden Verfahren 48 Cg 218/11k (Hauptverfahren zur Klage der Stadt Linz) und 48 Cg 222/11y (Widerklage der BAWAG P.S.K.) gemäß § 187 ZPO zur gemeinsamen Verhandlung verbunden. Dahinter stand die zutreffende Überlegung, dass in beiden Verfahren weitgehend idente Sach- und Rechtsfragen zu lösen sind. Es war auch zweckmäßig, den kostenintensiven Sachverständigenbeweis und wesentliche Zeugeneinvernahmen im verbundenen Verfahren abzuführen, um nicht Verwertungsschwierigkeiten hinsichtlich des Sachverständigengutachtens und von Protokollen im jeweils anderen Verfahren (vgl. § 281a Z 1 lit b ZPO) infolge

Widerspruchs einer der Parteien zu gewärtigen. Das Gerichtsgutachten wird nach seiner Ergänzung die zentralen bankfachlichen Fragen im Hinblick auf die Gültigkeit des Swap 4175 wohl abschließend beantworten. Die Frage, ob bei Abschluss des Swap 4175 die kommunalrechtlichen Schranken eingehalten worden sind, wird sich, ausgehend von den ergänzten Gutachtensergebnissen, voraussichtlich ohne, zumindest aber ohne aufwendige zusätzliche Beweisaufnahmen lösen lassen. Ein Zwischenurteil im Hauptverfahren ist daher in jedem Fall prozessökonomisch.

1.3.4. Schon angesichts der Bedeutung des Rechtsstreits für beide Parteien ist davon auszugehen, dass jede Sachentscheidung von der unterliegenden Partei mit allen ihr zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln bekämpft werden wird. Die endgültige Entscheidung darüber, ob der Swap 4175 wirksam zustande gekommen ist oder nicht, wird daher wohl erst nach Befassung der dritten Instanz vorliegen.

1.3.5. Der Streitwert des Hauptverfahrens beträgt EUR 25.185.074,30 (entspricht CHF 30.640.161,40); jener im Widerklageverfahren EUR 417.737.018,29. Daraus resultiert allein hinsichtlich der Gerichtsgebühren für das Verfahren zweiter und dritter Instanz ein Unterschied von rd. EUR 17 Mio., zwischen der in einem verbundenen Rechtsmittelverfahren zu entrichtenden Pauschalgebühren im Vergleich zu den Gebühren nur im Hauptverfahren. Im Lichte des Unterschieds in der Gebührenbelastung der Parteien ist es in prozessökonomischer Hinsicht unvertretbar, die Frage des wirksamen Zustandekommens des Swap 4175 nicht allein im Hauptverfahren zu klären. Das Widerklageverfahren wäre danach bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptverfahrens zu unterbrechen.

2. Zur geplanten Unterbrechungsentscheidung außerhalb einer mündlichen Verhandlung

Aus prozessökonomischen Erwägungen erscheint eine Tagsatzung rein zur Beschlussfassung über die Unterbrechung nicht notwendig. Es ist keine Beschneidung der Rechte der Parteien zu befürchten, weil das Gericht den Parteien die Möglichkeit der Äußerung ausdrücklich eingeräumt hat. Die Stadt Linz würde einen außerhalb der Tagsatzung gefassten Beschluss auf Unterbrechung des Verfahrens 48 CG 222/2011y (Widerklageverfahren) auch nicht bekämpfen.

An Kosten werden verzeichnet:

KOSTENVERZEICHNIS

Tarif: TP 3A (Schrifts.)

Aufgetragene Äußerung zur Unterbrechung	EUR	17.308,80
50% Einheitssatz	EUR	8.654,40
Erhöhungsbetrag (ERV)	EUR	2,10
Summe USt-pflichtig	EUR	25.965,30
20% USt.	EUR	5.193,06
GESAMT	EUR	31.158,36