

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 089048
UID ATU56202255

GZ: 48 Cg 218/11k
48 Cg 222/11y
Wien, am 8. Mai 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)

**REPLIK DER STADT LINZ
auf den Schriftsatz der beklagten Partei
vom 6. März 2015, ON 332**

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter.

1-fach
2 Beilagen
1 aktualisiertes Beilagenverzeichnis

Die beklagte Partei hat am 6. März 2015 zu ON 332 32 Urkunden vorgelegt und ein ergänzendes Vorbringen erstattet. Das Handelsgericht Wien räumte der Stadt Linz in der mündlichen Streitverhandlung vom 13. März 2015 das Recht ein, auf diesen Schriftsatz binnen sechs Wochen zu replizieren. Gleichzeitig wurde der beklagten Partei gestattet, ihren Schriftsatz ON 332 zu ergänzen und auch die noch fehlenden Urkundenerklärungen nachzuholen. Die beklagte Partei hat am 27. März 2015 ihren Schriftsatz ON 332 ergänzt. Die der Stadt Linz eingeräumte Frist hat nach einem weiteren Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 13. März 2015 erst mit Erhalt des vorgenannten Schriftsatzes der beklagten Partei, danach also am 27. März 2015 zu laufen begonnen.

Die Stadt Linz erstattet sohin innerhalb offener Frist folgende

REPLIK

I. Einleitung

1. Die beklagte Partei benutzt ihren Schriftsatz vom 6. März 2015 (im Folgenden „*ergänzendes Vorbringen BAWAG*“) nicht nur dazu, das Bild eines Bankgeschäftes mit der Stadt Linz zu zeichnen, das mit ihrem bisherigen Vorbringen nicht im Einklang steht, sondern verwendet ihn auch, den geschilderten Sachverhalt rechtlich zu untermauern. Dienten etwa die im Schriftsatz vom 12. Juli 2013 geschilderten Wiedereindeckungsgeschäfte ausschließlich dazu, jene Zahlungsströme bereitzustellen, welche die beklagte Partei dritten Optionskäufern aus dem Weiterverkauf auf dem Interbankenmarkt leisten musste, so ist das nach dem ergänzenden Vorbringen nicht mehr der Fall.
2. Die beklagte Partei spricht jetzt davon, dass sie die Wiedereindeckungsgeschäfte gebraucht hat, um die „Kundenposition“ der Stadt Linz in ihrer bisherigen Form wiederherzustellen. Auch waren Absicherungsgeschäfte der beklagten Partei bislang immer mit Kosten verbunden, während die beklagte Partei jetzt zugesteht, nicht Absicherungsprämien gezahlt, sondern solche in Höhe von zumindest EUR 90 Mio. erhalten zu haben. Gab es bisher nur Absicherungsgeschäfte mit Dritten, gibt es jetzt Absicherungsgeschäfte zwischen den einzelnen Abteilungen der beklagten Partei.
3. Das alles hängt einerseits mit der nicht sachgerechten Verwendung des Risikobegriffes durch die beklagte Partei, aber auch damit zusammen, dass die beklagte Partei Konstruktionen erfindet, die zivilrechtlich nicht haltbar sind. Punkt II. der Replik dient daher der rechtlichen Auseinandersetzung mit den Rechtsausführungen der beklagten Partei, mit denen sie jetzt ihre Schilderungen begründet. Zentral ist dabei die Auseinandersetzung mit dem Risikobegriff der beklagten Partei und dem Gegenstand der Absicherung sowie dem Interessenkonflikt (Punkt II. Z 1 und Z 2). Punkt II. Z 3 und Z 4 behandelt den Schaden und die der Stadt Linz an zahlreichen Stellen des ergänzenden Vorbringens vorgeworfenen Verletzungen der Schadensminderungspflicht.

4. Punkt III. nimmt dann im Detail zu verschiedenen Ausführungen der beklagten Partei im ergänzenden Vorbringen vom 6. März 2015 Stellung.
5. Punkt IV. behandelt das über die reine Urkundenerklärung hinausgehende Vorbringen der beklagten Partei zu den einzelnen Sachverständigengutachten.
6. In Punkt V. wird zu den Anträgen der beklagten Partei in den Schriftsätzen vom 19. März und vom 27. März 2015 Stellung genommen.
7. Punkt VI. dient den noch offenen Urkundenerklärungen der Stadt Linz.

II. Risikobegriff der beklagten Partei und Rechtsfolgen

1. Das irreführend dargestellte Risiko der beklagten Partei und dessen vermeintliche Absicherung

1.1 Die Swap-Formel und ihre Risiken

1.1.1 Der Swap

1.1.1.1 Die beklagte Partei beschreibt eingangs der allgemeinen Erläuterungen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 11 ff) das Swap-Geschäft als einen Austausch von Zahlungsverpflichtungen zwischen dem Kunden und der Bank. Habe der Kunde bei Abschluss des Swap-Geschäftes – wie im gegenständlichen Fall – bereits eine Verpflichtung gegenüber Dritten, die ihn zur Leistung periodischer Zahlungen verpflichtet, so verfolge der Swap das Ziel, die Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Dritten auf die Bank zu übertragen. Der Kunde seinerseits übernimmt im Gegenzug dazu gegenüber der Bank eine „nach bestimmten Parametern anders gelagerte periodische Zahlungsverpflichtung“.

1.1.1.2 Für den Swap 4175 hieß das, dass die Stadt Linz das Risiko der Zinszahlungen aus der bereits bestehenden Anleihe bei der Kommunalkredit AG in Höhe von CHF 195 Mio. auf die beklagte Partei „übertragen hat“, während sie sich selbst zu einem Fixzins von 0,065 % verpflichtete, zu dem allerdings bei Unterschreiten der Marke 1,54 des Wechselkurses EUR/CHF eine Ausgleichszahlung nach der Formel $[(1,5400 - \text{EZB-Wechselkurs})/\text{EZB-Wechselkurs}] \times 100$ kam.

1.1.1.3 Der Swap 4175 bestand also aus zwei Komponenten, und zwar einer zinsabhängigen Komponente und einer währungsabhängigen Komponente. Bei der Zinskomponente tauschten die beiden Parteien den vereinbarten Fixzins von 0,065 % mit dem 6-Monats-CHF-Libor. Im Rahmen der Währungskomponente verpflichtet sich die Stadt Linz zu Zahlungen, die sich, abhängig von der Veränderung des Währungsverhältnisses zwischen Euro und Schweizer Franken exponentiell erhöhten, sollte die mit 1,54 festgelegte Schwelle unterschritten werden. Hinter der Währungskomponente standen – wirtschaftlich betrachtet – eine Vielzahl von

Währungsoptionen, welche die Stadt Linz der beklagten Partei verkauft hat (aus diesem Grund spricht auch der Gutachter der beklagten Partei Mark W. [REDACTED] davon, dass es sich beim Swap 4175 um ein strukturiertes Finanzinstrument gehandelt hat, das aus einer Zinsswapkomponente und einer Optionskomponente bestand: vgl Beilage ./350, S 2).

1.1.2 Die Verteilung der Risiken

1.1.2.1 Die von der beklagten Partei auf der einen Seite und die von der Stadt Linz auf der anderen Seite aus dieser Formel übernommenen Risiken lassen sich klar abgrenzen: Die beklagte Partei hatte das Risiko, dass sich der 6-Monats-CHF-Libor gegenüber dem im Tausch erhaltenen Fixzinssatz von 0,065 % erhöht. Die Stadt Linz hatte das Risiko, dass es bei einem Unterschreiten der festgelegten Währungsschwelle zu hohen Zahlungen aus der Optionskomponente der Formel kommen würde. Mit anderen Worten, die beklagte Partei hatte aufgrund der Formel des Swap 4175 ausschließlich ein Zinsrisiko, die Stadt Linz hatte ein Währungsrisiko.

1.1.2.2 Zusätzliche Zahlungsverpflichtungen der beklagten Partei konnten also nur bei einer Änderung des CHF-Libor-Zinssatzes entstehen, Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz bei einer Änderung des Währungspaares EUR/CHF. Die beklagte Partei hatte also aufgrund der Formel niemals das Risiko, zusätzliche Zahlungen leisten zu müssen, sollte der Schweizer Franken gegenüber dem Euro über den Schwellenwert von 1,54 hinaus erstarken.

1.2 **Der Risikobegriff der beklagten Partei**

1.2.1 Das abzusichernde Risiko

1.2.1.1 Um ihr Vorgehen bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 und in weiterer Folge zu rechtfertigen, behauptet die beklagte Partei, sie habe eine gesetzliche Verpflichtung getroffen, „[...] dieses Risiko [gemeint das Risiko aus einem Swap] nach gesetzlich vorgegebenen Gesichtspunkten abzusichern“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 12). Der Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes habe nach § 39 Abs 1 BWG die bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiken durch angemessene Strategien und Verfahren zu steuern, zu überwachen und zu begrenzen. Als (bankgeschäftliche) Risiken, die der Geschäftsleiter im Konkreten zu beachten habe, benennt die beklagte Partei das Ausfallrisiko („Adressenausfallrisiko“), das Besicherungsrisiko, das Wertänderungsrisiko, das Zinsänderungsrisiko, das Großanlagerisiko und das Liquiditätsrisiko (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 13).

1.2.1.2 Schon das macht klar, dass von der Notwendigkeit einer Risikoabsicherung nur dort gesprochen werden kann, wo ein Risiko besteht; ohne Risiko gibt es keine Absicherungsnotwendigkeit. Klar ist weiters, dass die Absicherung eines Risikos der Bank etwas kostet und nicht Einnahmen bringt. In diesem Sinn erklärte auch Dr. Alexander S. [REDACTED] der Bereichsleiter „Recht & Compliance“ der BAWAG P.S.K. am 18. Juni 2013 vor dem Kontrollausschuss des Linzer Gemeinderats auf die Frage, ob die beklagte Partei durch ihre Absicherungsgeschäfte Erlöse

lukriert habe, wörtlich: „An Absicherungen kann man nichts verdienen, sondern das sind immer nur Kosten“ (Beilage /6xE26 [0213]).

1.2.1.3 Das einzige Risiko der beklagten Partei aus dem Swap 4175 bestand nun darin, dass der 6-Monats-CHF-Libor, den die beklagte Partei der Stadt Linz halbjährlich zu zahlen hatte, während der Laufzeit des Vertrages stieg. Dieses Risiko musste sie im Rahmen der regulatorischen Verpflichtungen entsprechend bewerten und absichern. Ein Risiko aus der Währungskomponente hat die beklagte Partei demgegenüber zu keiner Zeit gehabt. Sollte der Schweizer Franken gegenüber dem Euro stärker werden und sollte das Währungsverhältnis EUR/CHF unter 1,54 fallen, so konnte nur eine Zahlungsverpflichtung der Stadt Linz und niemals eine Zahlungsverpflichtung der beklagten Partei entstehen. Das ergibt sich schlicht aus der Formel des Swap 4175.

1.2.1.4 Aber selbst wenn man vom wahren wirtschaftlichen Gehalt der Optionskomponente ausgeht, wonach die Zahlungsverpflichtung der Stadt Linz dem Barausgleich verkaufter Währungsoptionen entspricht, so handelt es sich nur um Optionen, die von der beklagten Partei angekauft sind, sie ist also die Berechtigte aus den Optionen. Auch hier trifft nur die Stadt Linz und nie die beklagte Partei eine Zahlungsverpflichtung bzw. ein Risiko.

1.2.1.5 Für die beklagte Partei bestand - neben dem Zinsrisiko (siehe Punkt 1.1.2.2) - lediglich das sogenannte Adressenausfallrisiko, also das Risiko eines Zahlungsausfalles der Stadt Linz. Dieses Risiko wird allerdings durch die Hereinnahme von Sicherheiten begrenzt und nicht durch den Weiterverkauf von Währungsoptionen auf dem Interbankenmarkt (die die beklagte Partei als „Absicherungsgeschäfte“ der Handels-Seite mit Dritten bezeichnet), mit dem die beklagte Partei nicht das Risiko begrenzt, sondern ein davor nicht bestehendes Risiko schafft.

1.2.2 Der Wandel des Risikobegriffes im Vorbringen der beklagten Partei

1.2.2.1 Am Beginn ihrer Ausführungen orientiert sich die beklagte Partei noch am tatsächlich bestehenden Risiko, wenn sie erklärt, dass die Bank bei Abschluss eines Swap-Geschäftes verpflichtet ist, „[...] die für die Bank damit verbundenen Risiken (zB Zinsänderungsrisiko, Währungsrisiko) in angemessenem Umfang [zu] begrenzen“. Aufgabe der Absicherungsgeschäfte der Bank ist es nämlich, „[...] jeweils einen Zahlungsstrom an die Bank [zu] generieren, der im Wesentlichen den von der Bank aufgrund des Swaps selbst darzustellenden künftigen Zahlungsstrom auf Basis der Markterwartungen abdeckt. In diesem Fall hat die Bank ihr Risiko (aus den Cash Flows) glattgestellt bzw geschlossen“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 13).

1.2.2.2 Das traf bei der beklagten Partei auf die Verpflichtung zur Zahlung des 6-Monats-CHF-Libor zu; nur diese Zinsen hatte sie nach der Swap-Formel bereitzustellen. Das war ihr Risiko (im Sinne der Ausführungen der beklagten Partei auf Seite 13, also das „Zinsänderungsrisiko“); dieses Risiko war abzusichern.

1.2.2.3 Die beklagte Partei konnte Zahlungen der Stadt Linz einerseits in Form des Fixzinses von 0,065 %, andererseits aber in den (Zusatz-)Zahlungen aus der Währungskomponente der Zinsformel erwarten. Sie war anspruchsberechtigt und nicht anspruchspflichtig. Sie hatte optionsbasierte Forderungen, die zukünftige Zahlungen erwarten ließ, wenn der Wechselkurs EUR/CHF unter die Marke von 1,54 fällt. Diese (potentielle) Forderung gegenüber der Stadt Linz wird aber im weiteren Gefolge des ergänzenden Vorbringens als Risiko aus der „Kundenposition“ bezeichnet, das es abzusichern gilt (so z.B. wenn die beklagte Partei auf Seite 47 des ergänzenden Vorbringens die Änderung der internen Abbildung der Optionskomponente damit begründet, dass es galt, „[...] das offene Marktrisiko aus der Kundentransaktion [...] abzusichern“).

1.2.2.4 Damit macht der von der beklagten Partei verwendete Risikobegriff einen Bedeutungswandel durch: Nicht mehr die drohende Verpflichtung aus dem Geschäft ist ein Risiko, sondern die Nichterzielung von Erträgen, wenn die gekauften Optionen nicht in angemessener Zeit zu Geld gemacht werden.

1.2.3 Keine Rechtfertigung für die Umdeutung des Risikobegriffes

1.2.3.1 Die Optionskomponente des Swap 4175 hat ausschließlich ein (Zahlungs-)Risiko der Stadt Linz und nicht ein Risiko der beklagten Partei beinhaltet (sieht man vom Adressenausfallrisiko ab, dessen Absicherung aber nicht durch den Weiterverkauf von Optionen auf dem Interbankenmarkt, sondern durch die Bestellung von Sicherheiten durch die Stadt Linz hätte erfolgen müssen).

1.2.3.2 Allerdings wäre es denkbar, dass regulatorische Vorschriften etwa durch Eigenkapitalanforderungen (Unterlegungspflichten) zu erhöhten Eigenkapitalkosten der beklagten Partei führen, wenn der Buchwert der Forderung gegenüber der Stadt Linz steigt. Ein derartiges Risiko war allerdings unter den regulatorischen Vorschriften von „Basel II“ auszuschließen. Forderungen an Gemeinden unterlagen nämlich nach § 5 SolvaV demselben Gewicht wie Forderungen gegenüber den Bund. Damit waren sie gemäß § 22 Abs 3 Z 1 lit b BWG mit null zu gewichten. Das heißt aber, dass die beklagte Partei ihre Forderung gegenüber der Stadt Linz aus regulatorischen Vorschriften nicht zu unterlegen hatte. Änderungen des Marktwertes durch ein Steigen des Schweizer Franken führte also nicht zu zusätzlichen Eigenkapitalkosten.

1.2.3.3 Das Steigen des 6-Monats-CHF-Libor und der gleichzeitige Ausfall von Zahlungen aus der Optionskomponente bedeutete für die beklagte Partei also lediglich die Verwirklichung des Zinsänderungsrisikos. Dagegen hatte sie sich aber ohnehin abgesichert und die Absicherungskosten dafür der Stadt Linz weiterverrechnet (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 55.).

1.2.3.4 Natürlich boten die von der Stadt Linz angekauften Optionen der beklagten Partei die Gelegenheit, diese am Interbankenmarkt an Dritte weiterzuverkaufen. Die beklagte Partei ging damit ebenfalls währungsabhängige Verpflichtungen gegenüber Dritten ein. Dieses Risiko meint die beklagte Partei aber offensichtlich nicht, wenn sie ausdrücklich von einem „*Risiko der Kundenposition*“ spricht. Die Verpflichtungen der beklagten Partei, die sie aus dem Weiterverkauf der von der Stadt Linz gekauften Optionen auf dem Interbankenmarkt einging, beruhten auf ihrer eigenen Entscheidung und hatte mit der Kundenposition der Stadt Linz nicht das Geringste zu tun. Sie war zu einem derartigen Weiterverkauf aus regulatorischen Gründen auch nicht verpflichtet.

1.2.3.5 Keine der von ihr zitierten Bestimmungen, die von der Limitierung bzw. von der Begrenzung oder Absicherung von Risiken sprechen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 12/13), beinhaltet die Verpflichtung, zusätzliche Verbindlichkeiten und damit Risiken einzugehen, um Erträge bzw. Gewinne zu erzielen. Zu diesem Ergebnis kam auch der Oberste Gerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24. Oktober 2011, 8 Ob 11/11t („*Vorarlberger Gebietskrankenkasse*“), wonach es mehr als eines Verweises auf § 39 Abs 1 BWG bedarf, um nachzuweisen, dass der Abschluss eines gegenläufigen Spekulationsgeschäftes die einzige Möglichkeit der Risikodeckung darstellt.

1.3 Die irreführende Verwendung des Risikobegriffes im Rahmen des Schriftsatzes

1.3.1 Gewinnerzielung als Absicherungsgeschäft

1.3.1.1 Tatsächlich verwendet die beklagte Partei „*Risiko*“ und „*Absicherung*“ in einer Art und Weise, wie sie mit dem tatsächlichen Risiko und dessen Absicherung nichts zu tun haben. „*Risiko*“ wird im Zusammenhang mit den Begriffen „*Kundenposition*“ bzw. „*Kundenrisiko*“ von der beklagten Partei nicht als das mögliche Entstehen von Zahlungsverpflichtungen oder Aufwendungen in der Zukunft verstanden, sondern als das Nichtrealisieren von Gewinnen. Der Sicherstellung der Gewinnerzielung dienen demgemäß auch die von der beklagten Partei als notwendig angesehenen „*Absicherungsgeschäfte*“.

1.3.1.2 Wenn die beklagte Partei in ihrem Schriftsatz also vom Entstehen bzw. der Erhöhung ihres Risikos spricht, das es abzusichern gilt, geht es nicht um einen drohenden Aufwand, sondern um die Realisierung von Gewinnpotentialen. Aus diesem Grund kostet die beklagte Partei auch die Absicherung nichts, sondern sie erhält dafür „*Absicherungsprämien*“ (zB ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 9: „*BAWAG P.S.K. hat während des Verlaufs des Geschäfts für an den Finanzmarkt weitergegebenen Chancen und Risiken Absicherungsprämien erhalten und ist im Gegenzug dafür Zahlungsverpflichtungen eingegangen*“). Wie der Leiter ihrer Rechtsabteilung schon treffend sagte, „*für die Absicherung bekommt man nichts, sie kostet etwas*“.

1.3.2 Neutralisierung/Weitergabe des Kundenrisikos

1.3.2.1 Die beklagte Partei schildert, dass ihr Sales-Desk nach der Abbildung (Replikation) der Formel im sogenannten SalesStruc-Folder (durch ein Bündel von Standardoptionen) in einem nachfolgenden Schritt seinerseits mit dem Handels-Desk Optionen abgeschlossen hat, die jenen der Replikation 1:1 entsprachen. Damit sei das Risiko zur Gänze neutralisiert, also nach dem bankfachlichen Verständnis „*glattgestellt*“ worden. Dass für den Sales-Desk ein Risiko bestand, das er mit der „Weitergabe“ an den Handels-Desk geschlossen hat, gilt eigentlich nur für das Zinsrisiko (also das Versprechen, zum Fälligkeitszeitpunkt der Stadt Linz Zinsen in Höhe des 6-Monats-CHF-Libor zu zahlen). Was die Währungskomponente angeht, hatte der Sales-Desk überhaupt kein Risiko, währungsabhängige Zahlungen musste nur die Stadt Linz leisten.

1.3.2.2 Dennoch gilt für die beklagte Partei auch bei den internen Vorgängen ein weiter Risikobegriff, der sowohl drohende Verbindlichkeiten als auch Gewinnchancen beinhaltet, wenn es im Schriftsatz heißt, dass „[...] *auch keine von der Marktentwicklung abhängige Gewinnchance* [bei der beklagten Partei] *verblieb*“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 17). In weiterer Folge heißt es dann für die Handels-Seite, diese könne (beim Mikro-Hedging) mit Dritten „[...] *analog zum Vorgehen des Sales-Desk Finanzgeschäfte ab[schließen], mit denen das von der Kundenseite übernommene Risiko annähernd 1:1 an Dritte weitergereicht wird*“. Die Handelsseite könne aber auch (beim Makro-Hedging) „[...] *durch Abschluss anderer Geschäfte mit Dritten einen Teil oder alle der Risiken aus den Kundenpositionen auf Dritte verlagern*“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 17).

1.3.2.3 Im Zusammenhang mit der sogenannten „*Verfeinerung*“ der Abbildung erklärt die beklagte Partei auf Seite 30 des ergänzenden Vorbringens ferner: „*Aufgrund der im Laufe der Zeit schwieriger werdender Marktbedingungen [...] musste die ursprüngliche Abbildung [...] verfeinert werden, um sich gegen die Risiken aus den Wechselkursveränderungen abzusichern*“. Gemeint ist also eine Absicherung gegen Währungsrisiken aus dem Swap 4175, die aber lediglich die Stadt Linz, nicht aber die beklagte Partei hatte. Die von ihr beschriebene „*Verlagerung von Risiken aus der Kundenposition*“ bedeutet also nichts anderes, als den Weiterverkauf der gekauften Optionen auf dem Interbankenmarkt, also die Gewinnrealisierung.

1.3.2.4 Damit hat die beklagte Partei aber nicht ein Risiko aus der Kundenposition, wie sie sagt, auf Dritte verlagert, sondern sie hat mit dem Weiterverkauf der Optionen auf dem Interbankenmarkt ein Währungsrisiko für sich selbst neu geschaffen, das sie bis dahin nicht hatte. Es ist ausgeschlossen, dass das von der beklagten Partei hervorgehobene regulatorische Verbot, „*ein Risiko offenzulassen*“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 7), tatsächlich dazu führt, Verbindlichkeiten gegenüber Dritten einzugehen, die vorher nicht bestanden.

1.3.3 Die „Verfeinerung“ der Replikation/Die Einrichtung des FMFX-Folders

1.3.3.1 Der irreführend verwendete Risikobegriff der beklagten Partei erklärt damit auch die sonst nicht verständliche Notwendigkeit der „*Verfeinerung*“ der Abbildung des Geschäfts im SalesStruc-Folder. Danach habe das Ansteigen des Frankenkurses im Gefolge von Lehman und der Euro-

Krise die beklagte Partei zu weiteren Absicherungen gezwungen: Die beklagte Partei habe „aus Risikosteuerungsgründen“ überlegen müssen, wie sie mit den geänderten Bedingungen umgehen solle. Deshalb habe sie „[...] die Angemessenheit der Swapformel-Abbildung im Zusammenhang mit der steigenden Relevanz des Konvexitäts-Teils [zu ergänzen: der Formel des Swap 4175] und dem damit korrelierenden Risiko überprüfen [müssen]“. Sie sei gezwungen gewesen, „[...] aufgrund der mit dem Swap 4175 verbundenen hohen Marktrisiken (insbesondere aus regulatorischen Gründen), die Abbildung der Swap 4175-Formel [...] nochmals zu verfeinern“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 36).

1.3.3.2 Die sogenannte „Verfeinerung“ beim „Mapping II“ bis „Mapping V“ bestand in einer Vervielfachung der Optionen in der internen Replikation der Formel. Das führte dazu, dass aus 21 Optionen letztlich 355 Optionen entstanden. Damit schuf sich die beklagte Partei andererseits ein gewaltiges Potential zum Weiterverkauf auf dem Interbankenmarkt. Vor allem das „Mapping V“, das – nach der Darstellung der der beklagten Partei – dazu gedient hat, die Marktrisiken vollständig zu neutralisieren (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 49, 50) führte dazu, dass die Handels-Seite Erlöse von zumindest EUR 90 Mio. zusätzlich erzielen konnte. Das Risiko der „Kundenposition“ bestand letztlich nur darin, dass die beklagte Partei die Gewinnchancen, die im konvexen Teil der Zinsformel lagen, nicht rechtzeitig nutzt.

1.3.3.3 Dem geschilderten Risikobegriff der beklagten Partei liegt auch die Einrichtung des sogenannten „FMFX-Folders“ zugrunde (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 37). Dort hat die beklagte Partei die durch die „Verfeinerung“ neu generierten Optionen, welche sie auf dem Interbankenmarkt an sich verkaufen konnte, „zwischengelagert“, also vorerst nicht an den Handel weitergereicht.

1.3.3.4 Obwohl also die im FMFX-Folder „gelagerten“ gekauften Optionen kein Risiko der beklagten Partei beinhalteten (es handelte sich dabei ja nur um die neu generierten Optionen der Stadt Linz), beschreibt die beklagte Partei den Zweck des Folders darin, das von der Sales-Seite im Wege der internen Absicherung übernommene Risiko (bei dem es sich in Wahrheit nicht um ein Risiko, sondern um Forderungen gegenüber der Stadt Linz handelte) zu bündeln und „[...] vorerst auf dem eigenen Buch zu halten“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 38 unten).

1.3.3.5 Als sich dann 2011 das Währungsverhältnis EUR/CHF der Parität näherte, habe die beklagte Partei „[...] die Risiko-Übernahme [gemeint: die Übertragung der Optionen in den FMFX-Folder] nicht weiter aufrecht [erhalten können]“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 57). Nachdem die Sales-Seite in dieser Richtung überhaupt kein Risiko hatte (es handelte sich ja um gekaufte Optionen), kann das nur bedeuten, dass die beklagte Partei sicher gehen wollte, ob es nicht noch einen günstigeren Augenblick gibt, durch den Weiterverkauf der im FMFX-Folder gebündelten Optionen zusätzliche Erträge zu lukrieren. Diese günstige Gelegenheit fand sich im Sommer 2011, was die beklagte Partei damit rechtfertigt, dass sie „die Risikoübernahme nicht mehr aufrecht erhalten [konnte]“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 57).

1.4 Der Zusammenhang zwischen Risiko und Schaden

1.4.1 Risikoneutralisierung durch Wiedereindeckungsgeschäfte

1.4.1.1 Das von der beklagten Partei dargestellte Risiko, das es in dieser Form gar nicht gab, wird von ihr schließlich für die Begründung des Schadenersatzbegehrens verwendet. Die beklagte Partei wäre nämlich mit der Einstellungen der Zahlungen der Stadt Linz zur „[...] *Risikobeseitigung durch das Eingehen von Neutralisierungsgeschäften* [gezwungen]“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 67).

1.4.1.2 Die Weigerung der Stadt Linz, weiterhin Zahlung aus dem Swap 4175 zu leisten, beinhaltete für die beklagte Partei in Wirklichkeit kein (zusätzliches) Risiko. Die beklagte Partei war daher aus regulatorischen Gründen auch nicht gezwungen – wie sie sagt – Neutralisierungsgeschäfte abzuschließen. Der Ankauf von Optionen durch die beklagte Partei durch den Abschluss von Wiedereindeckungsgeschäften bedeutete also nur, dass ihr wieder jene Optionen zur Verfügung standen, die die Stadt Linz nicht mehr erfüllen wollte. Dabei handelt es sich aber nicht um die Neutralisierung eines Risikos, wie die beklagte Partei behauptet, sondern um den Abschluss eines Deckungsgeschäftes, durch das sich ein Dritter bereit erklärte, in „die Position der Stadt Linz“ zu treten.

1.4.1.3 Die Kosten für dieses Deckungsgeschäft haben danach auch nichts mit einem Aufwand zu tun, der notwendig gewesen wäre, um allfällige Verpflichtungen der beklagten Partei aus dem am Interbankenmarkt verkauften Optionen durch Gegengeschäfte glattzustellen. Nur dafür wäre der von der beklagten Partei in ihrem ergänzenden Vorbringen verwendete Begriff der Neutralisierung eines Risikos gerechtfertigt.

1.4.2 Das Risiko im Gesamtportfolio der beklagten Partei

1.4.2.1 Was die beklagte Partei nicht sagt, was aber einen Sinn ergeben würde, hängt mit ihrem gesamten Fremdwährungsportfolio und dessen Gestionierung zusammen. Schon Manfred H. hat bei seiner Vernehmung vor dem Handelsgericht Wien am 26. September 2013 ausgesagt, dass er am Handelstisch für Fremdwährungen nicht einzelne Optionen aus Kundengeschäften weitergehandelt hat, sondern dass die im SalesStruc-Folder abgebildeten Optionen Teil des gesamten Fremdwährungsportfolios der beklagten Partei wurden. Das bestätigt die beklagte Partei jetzt, wenn sie den „Makro-Hedge“ beschreibt. Dort erfolgt die „*Absicherung der Risiken*“ aus den einzelnen Geschäften, nämlich nicht bezogen auf das einzelne Geschäft, sondern dadurch dass in dem die Risiken aus gekauften und verkauften Optionen in einer Durchschnittsposition zusammengefasst werden (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 53).

1.4.2.2 Damit könnten die Kundengeschäfte in der Tat das gesamte Volumen der Fremdwährungsgeschäfte der beklagten Partei beeinflussen. Je mehr gekaufte Optionen sich aus den Verpflichtungen der Stadt Linz im Rahmen von „*Mapping II*“ bis „*Mapping V*“ schaffen ließen, umso mehr konnte der Handels-Desk das Gesamtrisiko seines Portfolios ausdehnen. Klar

ist, dass die im Gesamtportfolio der beklagten Partei gebündelten Risiken mit dem Erstarren des Schweizer Franken und der steigenden Volatilität ebenfalls stiegen. Statt Risiko aus dem Gesamtportfolio herauszunehmen, um allfälligen Risikolimits zu genügen, erschien es der beklagten Partei einfacher, im Weg der „*Verfeinerung*“ Optionen zu generieren, die im Rahmen des Gesamtportfolios verwendet werden konnten.

1.4.2.3 Entgegen der Darstellung der beklagten Partei ging es also nicht darum, das steigende Risiko auf der Kundenseite richtig abzubilden, sondern darum, das gestiegene Risiko im Gesamtportfolio der beklagten Partei durch eine Ausweitung der Zahl der gekauften Optionen abzusichern.

1.4.2.4 Das heißt aber, dass es ausschließlich im Interesse der beklagten Partei stand, die Abbildung der Swap-Formel im SalesStruc-Folder von ursprünglich 21 Optionen auf zuletzt 355 Optionen zu erhöhen. Die beklagte Partei hat mit anderen Worten das Kundengeschäft mit der Stadt Linz als Versicherungsvertrag gegen Währungsrisiken aus ihrem eigenen Gesamtportfolio verwendet. Dazu kam noch (erschwerend), dass die beklagte Partei diesen „Versicherungsschutz“ verwendet hat, um zusätzliche Verbindlichkeiten durch den Verkauf entsprechenden Optionen am Interbankenmarkt einzugehen. Dies zu einem Zeitpunkt, zu dem die Stadt Linz die Wirksamkeit des Swap 4175 bestritten hatte und zu dem über eine einvernehmliche Auflösung des Geschäftes gesprochen wurde.

2. Der Interessenkonflikt

2.1 Der Interessenkonflikt aus Sicht der beklagten Partei

2.1.1 Interessengegensatz und Absicherungsgeschäfte

2.1.1.1 Die beklagte Partei widmet einen großen Teil ihrer Erläuterungen zur Absicherungs- und Risikobegrenzungspflicht bei Derivatgeschäften dem Interessenkonflikt der Bank bzw. dessen Vermeidung durch die beklagte Partei. Sie vermittelt dabei den Eindruck, dieser Interessenkonflikt, den eine Bank gegenüber ihren Kunden bei Swap-Geschäften hat, sei dadurch aufgehoben, dass sie organisatorische Einheiten innerhalb der Bank bildet, die durch Weitergabe der „Kundenposition“ den Interessenkonflikt auflösen.

2.1.1.2 Danach wären mit dem Abschluss von „*Absicherungsgeschäften*“ zwischen dem Sales-Desk und dem Handels-Desk, die den Derivaten aus der Abbildung der Optionskomponente des Swap im SalesStruc-Folder entsprechen, die „*möglichen Risikozonen*“ zur Gänze dadurch neutralisiert, dass der potentielle Interessenkonflikt an den Handels-Desk weitergegeben wird (zu ergänzen: der dann damit machen kann, was er will). Mit dieser Vorgangsweise stelle die beklagte Partei sicher, dass „[...] auf der Sales-Seite kein relevantes offenes Marktrisiko und [...] auch keine von der Marktentwicklung abhängige Gewinnchance verbleibt ...“. Damit sei auch der potentielle Interessenkonflikt zwischen den, den Kunden betreuenden Mitarbeitern der Bank und dem Kunden selbst hintangehalten (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 17).

2.1.2 Der Interessenkonflikt mit dem Kunden wird bloß verschoben

2.1.2.1 Entgegen der verharmlosenden Darstellung der beklagten Partei ist natürlich der Interessenkonflikt zwischen der Bank und ihren Kunden allein durch die Bildung von verschiedenen Einheiten solange nicht gelöst, solange Gewinn und Verlust des Geschäftes von den Handlungen des Handels-Desk abhängen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 19: *„Die dabei [bei den von der Handelsseite mit Dritten gemachten Geschäfte] lukrierten Prämien bzw (aus selbst gezahlten Prämien) entstandenen Kosten stellen den der Bank entstandenen Gewinn (Profit) bzw den Verlust (Loss) dar“*).

2.1.2.2 Das gilt vor allem dann, wenn – wie im gegenständlichen Fall die beklagte Partei – die Bank nach Abschluss des Geschäftes weiterhin gegen ihren Kunden wettet. Außerdem hätte die Vermeidung von Interessenkonflikten auch eine strikte Trennung zwischen den einzelnen Abteilungen der beklagten Partei vorausgesetzt, ein Erfordernis, das gerade die beklagte Partei in keinster Weise erfüllt hat (Punkt II Z 2.4).

2.2 **Der Interessenkonflikt aus Sicht der Rechtsprechung**

2.2.1 Der Interessenkonflikt ist unvermeidbar

2.2.1.1 Der deutsche Bundesgerichtshof hat bereits im Jahre 2011 im Zusammenhang mit einem Zinstauschvertrag („CMS Spread Ladder-Vertrag“) entschieden, dass sich die Bank bei einem Swap in einem schwerwiegenden, für den Kunden nicht offensichtlichen Interessenkonflikt befindet, der geeignet ist, die Interessen des Anlegers zu gefährden (BGH XI ZR 33/10, BGHZ 189/13). Den Interessenkonflikt hat der Senat im Wesentlichen darin gesehen, dass bei einem solchen Vertrag der Gewinn der einen Seite der spiegelbildliche Verlust der anderen Seite ist. Als Partnerin der Zinswette übernimmt die Bank immer eine Rolle, die den Interessen des Kunden entgegengesetzt ist. Für sie erweist sich der Tausch der Zinszahlungen nur dann als günstig, wenn ihre – dem Kunden gegenüber gemachte – Prognose zur Entwicklung des Basiswertes gerade nicht eintritt und wenn der Kunde damit einen Verlust erleidet. Als Beraterin ihres Kunden ist sie hingegen verpflichtet, dessen Interessen zu wahren, sie muss auf einen möglichst hohen Gewinn des Kunden Bedacht sein, was einen entsprechenden Verlust für sie selbst bedeutet. Bei einem Geschäft, in dem die Bank wirtschaftlich gegen ihren Kunden wettet, ist also der Interessenkonflikt unvermeidbar.

2.2.1.2 In einem nachfolgenden Urteil hat das Oberlandesgericht Düsseldorf am 7. Oktober 2013 (I-9U101/12) präzisiert, dass die Bank diesem Interessenkonflikt auch nicht dadurch entgehen könne, dass sie nicht für die Dauer des Geschäftes in ihrer so gekennzeichneten Rolle als Wettpartner verbleibt, sondern dass sie die Risiken und Chancen des Geschäftes alsbald durch „Hedge-Geschäfte“ an die anderen Marktteilnehmer weitergibt. Eine derartige Weitergabe ist nämlich nur dann möglich, wenn in das Geschäft ein negativer Marktwert einstrukturiert ist,

sodass es der Bank möglich ist, durch einen im Zusammenhang mit dem Swap-Geschäft abgeschlossenen Hedge an Dritte ihre Kosten abzudecken und einen Gewinn zu erzielen.

2.2.1.3 Der Interessenkonflikt galt auch zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei. Das offensichtliche Vorliegen des Interessenkonfliktes wurde jüngst durch den deutschen Bundesgerichtshof im Urteil vom 20. Jänner 2015, XI ZR 316/13, bestätigt. Die deutsche Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 8 Ob 11/11t ausdrücklich gebilligt.

2.2.1.4 Damit steht außer Zweifel, dass der Interessenkonflikt darin besteht, dass die Bank gegen ihren Kunden wettet und ein Interesse daran hat, dass der Kunde diese Wette verliert. Dieser Interessenkonflikt der Bank als solcher wird – anders als die beklagte Partei vermitteln möchte – nicht dadurch beseitigt, dass eine Abteilung die Chancen und Risiken an eine andere Abteilung weitergibt, wobei Letztere dann gegen den Kunden weiterspekuliert, wie es bei der beklagten Partei der Fall war.

2.3 Die Besonderheit des Interessenkonfliktes der beklagten Partei im Zusammenhang mit dem Swap 4175

2.3.1 Die beklagte Partei hat auch nach Abschluss des Swap 4175 gegen die Stadt Linz gewettet

Anders als in den typischen Fällen, die von den deutschen Gerichten bisher zu entscheiden waren, geht es zwischen der beklagten Partei und der Stadt Linz nicht darum, ob der Interessenkonflikt aus der Zinswette schon dadurch aufgelöst worden ist, dass die Bank unmittelbar nach Abschluss des Swap die Chancen und Risiken am Interbankenmarkt weitergegeben hat. Die beklagte Partei hat nämlich sowohl was die Zinskomponente angeht als auch was die Währungskomponente angeht, auch nach Abschluss des Swap 4175 weiter gegen die Stadt Linz gewettet.

2.3.2 Wette bei der Zinskomponente des Swap 4175

2.3.2.1 Die beklagte Partei hatte zwei Möglichkeiten, ihre Verpflichtung gegenüber der Stadt Linz zur Zahlung des 6-Monats-CHF-Libor zu behandeln. Sie konnte dieses Risiko sofort durch einen Zinsswap „off market“ schließen. Dann hätte sie aber unmittelbar bei Abschluss des Swap 4175 den negativen Marktwert aus der Zinskomponente einem Dritten bezahlen müssen. Das wollte sie nicht. Die beklagte Partei hat sich vielmehr die unmittelbare Zahlung einer Prämie erspart; sie hat das Zinsrisiko „auf ihrem Bankbuch belassen“ (Auskunftserteilung der beklagten Partei, 9 St 204/13p LG Linz, AS 97).

2.3.2.2 Diese Auskunft im Strafverfahren verwundert insofern, als die beklagte Partei immer beteuert (etwa auf Seite 7 ihres ergänzenden Vorbringens), sie sei aus regulatorischen Gründen verpflichtet, jedes Risiko sofort zu schließen. Gerade dort, wo für die beklagte Partei nicht nur ein

Gewinnrisiko, wie bei der Währungskomponente, sondern wo ein echtes Zahlungsrisiko bestand, galt diese Verpflichtung plötzlich nicht mehr.

2.3.2.3 Unabhängig davon bedeutete diese Vorgangsweise aber, dass die beklagte Partei zwar „Absicherungskosten“ im Zinsbereich von rd. EUR 30 Mio. angesetzt hat (vgl. ON 83 im Strafverfahren), dass sie solche Absicherungskosten aber tatsächlich gar nicht gehabt hat. Dennoch erklärt sie, dass sie diese Absicherungskosten durch den Weiterverkauf von 31 Währungsoptionen gleich am Beginn des Geschäftes habe „vorfinanzieren“ müssen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 55); ein weiterer Widerspruch.

2.3.2.4 Jetzt spricht die beklagte Partei davon, dass sich der Zinshandelstisch entschlossen hatte, „[...] das aus der Kundenposition resultierende Zinsrisiko nicht durch eine einzige Position, sondern durch insgesamt vier handelbare Zinspositionen (Interest Rate Swap-IRS) zu minimieren“. Diese „Minimierung“ habe zunächst zu keinen internen Kosten geführt (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 72), was nichts anderes bedeutet, als dass die beklagte Partei tatsächlich keine Absicherungsprämien gezahlt hat.

2.3.2.5 Tatsache ist jedenfalls, dass die beklagte Partei damit spekuliert hat, dass die Absicherungskosten für den Zinsswap in der Folge sinken werden. Folgt man dem Strafverfahren (I■■■, Gutachten vom 25.10.2012, ON 129 des Strafaktes, S 196 ff; Beilage .I8xY), so war diese Spekulation auch tatsächlich erfolgreich. Danach hat die beklagte Partei die Laufzeiten erst im Februar 2009 glattgestellt. Zu diesem Zeitpunkt waren die Zinsen wegen der Finanzkrise bereits massiv gesunken. Christian I■■■ zieht daraus den Schluss: „Dies bedeutet, dass in der Zeit vom Vertragsabschluss am 12. Februar 2007 bis zum 18. Februar 2009 ein Großteil auf dem eigenen Bankbuch liegenden BAWAG Zinspositionen zu denen der Stadt Linz gegenläufig war.“ (I■■■, Gutachten vom 25.10.2012, ON 129 des Strafaktes, S 203; Beilage .I8xY).

2.3.2.6 Die beklagte Partei hat sich durch ihre Wette gegen die Stadt Linz auch auf der Zinsseite erhebliche Absicherungskosten erspart. Hätte die beklagte Partei für die Absicherung der Zinsposition bei Vertragsabschluss Absicherungskosten für den diskontierten negativen Wert in Höhe von CHF 48,4 Mio. aufwenden müssen, konnte sie durch das erst spätere Schließen eine Ergebnisverbesserung um CHF 28,4 Mio. erzielen, sodass die Glattstellung der Zinssicherungstransaktionen der beklagten Partei nur insgesamt rd. CHF 20 Mio. kostete (I■■■, Gutachten vom 25.10.2012, ON 129 des Strafaktes, S 199; Beilage .I8xY). Das entsprach nach dem Wechselkurs EUR/CHF am 20. Februar 2009 rd. EUR 13,5 Mio.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

2.3.3 Die beklagte Partei hat auch bei der Währungskomponente weiter gegen die Stadt Linz gewettet

2.3.3.1 Auch die Währungskomponente hat die beklagte Partei anfangs nicht vollständig gehedgt. Im Strafverfahren schildert sie ihre Vorgangsweise folgendermaßen: „[...] das Auszahlungsprofil aus

den 21 [von der Stadt Linz an die beklagte Partei] verkauften einfachen Währungsoptionen [war] geringer, als das Auszahlungsprofil, welches sich bei Anwendung der im Rahmen des SWAP II vereinbarten Formel ergab. Damit bestand ein ungesicherter Bereich, der theoretisch dadurch hätte bereinigt werden können, indem das nach Unterschreiten des Strike von 1,54 zunehmend konvexe Auszahlungsprofil durch den Verkauf weiterer Optionen nachgezogen worden wäre. Die aus dem Verkauf dieser weiteren Optionen resultierenden Prämien wären der Stadt Linz gut zu bringen und damit das zusätzliche Risiko aus der Konvexität der Formel und dem daraus resultierenden für die Stadt Linz stärker belastenden Auszahlungsprofil ausgeglichen worden." (Auskunftserteilung der beklagten Partei, 9 St 204/13p LG Linz, AS 91).

2.3.3.2 Jetzt liest sich die Rechtfertigung der beklagten Partei so, dass der gesamte konvexe Teil der Formel nur einen immateriellen Wert gehabt haben soll, also wertlos war. Aus diesem Grund hat die beklagte Partei der Stadt Linz für das darin enthaltene massive Währungsrisiko auch keine zusätzliche Prämie gezahlt. Abgesehen davon, dass die beklagte Partei damit zugibt, dass sie Mag. Werner P. ein für dessen Zwecke zur Gänze ungeeignetes, weil unnötig riskantes Produkt verkauft hatte, hat die beklagte Partei die sich aus dem konvexen Teil der Formel in der Folge ergebende Verkaufsgelegenheit jedenfalls ausreichend genutzt. Sie hat daraus zumindest EUR 90 Mio. an Prämien verdient. Entgegen ihrer Mitteilung im Strafverfahren hat sie „das zusätzliche Risiko aus der Konvexität der Formel“ in der Folge auch nicht durch die Herausgabe der dafür erzielten Prämien „ausgeglichen“.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsewesens.

2.4 Die fehlende organisatorische Trennung zwischen Sales-Desk und Handels-Desk

2.4.1 Organisatorische Behandlung des Interessenkonfliktes

2.4.1.1 Interessenskonflikte können – insofern ist der beklagten Partei Recht zu geben – auch innerhalb der Bank eine nicht unwesentliche Rolle spielen. Um den Interessenskonflikt gemäß § 16 Z 2 WAG 1996 schon auf „Organisationsebene“ einzuschränken, entspricht es dem Standard, Kunden- und Eigenhandel organisatorisch, aber auch tatsächlich zu trennen (vgl Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft, Fassung 1999, Punkt 4.1 und 4.2.4, Beilage /8xF).

2.4.1.2 Nun ist es kein Geheimnis, dass bei der beklagten Partei erst relativ kurz vor dem Abschluss des Swap 4175, nämlich im Jahr 2006, formal eine Trennung zwischen Sales-Desk und Handels-Desk stattgefunden hat (Manfred H., Protokoll HG Wien, 26.9.2013, S 4 des Anhangs zum Protokollberichtigungsantrags der Stadt Linz). Ziel der Trennung sollte es sein, dass der Eigenhandel der beklagten Partei (FX- und Zinsdesk mit den Verantwortlichen Dr. Klaus P. und Manfred H.) keinen direkten Kontakt mehr zu den Kunden hat.

2.4.2 Weiterhin enger Kontakt zwischen Sales-Desk und Handels-Desk

2.4.2.1 Trotz der formalen Trennung blieb – nach Darstellung der beklagten Partei – tatsächlich aber zwischen Sales-Desk und Eigenhandel ein unnatürlich enger Kontakt erhalten. Beide waren weiterhin im wahrsten Sinn des Wortes an „einem Tisch“ platziert (siehe dazu die Stellungnahme der beklagten Partei im Strafverfahren 29 UT 69/13g, ON 207, S 23, Beilage ./9xH).

2.4.2.2 Wie wenig sich die beklagte Partei in Wirklichkeit um die „Vermeidung von Interessenskonflikten“ gekümmert hat, zeigt ihre Rechtfertigung im Strafverfahren (vgl ON 207 im Verfahren 29 UT 69/13g, S 9, Beilage ./9xH): *„Die in der Angebotsphase und bei Abschluss involvierten Mitarbeiter, also Vertrieb Iris S██████, Zinshandels-Tisch Manfred H██████, und FX Handelstisch Dr. Klaus P██████ saßen einander damals direkt gegenüber. Die räumliche Nähe ivm den damals branchenüblichen Gepflogenheiten bedingten, dass sich die Tische viele Informationen „zuriefen“.* Diese Beschreibung ergänzt die beklagte Partei noch durch eine Grafik, die den Interessenkonflikt auch optisch vor Augen führt.

2.4.2.3 Durch den dadurch geradezu provozierten intensiven Informationsaustausch zwischen Eigenhandel (Manfred H██████, Dr. Klaus P██████) und Sales-Desk (Iris S██████) erlangte der Handelstisch der beklagten Partei weiterhin aktuelle Informationen aus der Kundensphäre, er verschaffte sich damit – unter Inkaufnahme von Interessenskonfliktlagen – einen erheblichen Vorteil; Manfred H██████ hatte die Möglichkeit, Kundenentscheidungen zu antizipieren.

2.4.2.4 § 16 Abs 2 WAG 1996 fordert nicht nur eine organisatorische, sondern auch eine tatsächliche räumliche Trennung von Vertraulichkeitsbereichen (vgl dazu Kölner Kommentar zum WpHG, § 33 Rz 71, der eine gleichartige Verpflichtung vorsieht). Dass die beklagte Partei diesen Mindestanforderungen nicht einmal in Ansätzen entsprochen hat, liegt auf der Hand.

2.4.3 Der Interessenkonflikt blieb schon innerhalb der Bank erhalten

2.4.3.1 Die fehlende Trennung zwischen Handels-Desk und Sales-Desk hat – wie gesagt – das Antizipieren der Kundenentscheidungen durch Manfred H██████ weiterhin möglich gemacht. Ein derartiges Wissen hat aber Einfluss auf die „Hedge-Geschäfte“, welche der Eigenhandel über das eigene Buch steuert und abwickelt. Die beklagte Partei hatte ja – wie von ihr auch eingestanden (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 57 FN 34) – nicht alle in der Swap-Formel enthaltenen verkauften Optionen auf dem Interbankenmarkt weiterverkauft. Sie hat also mit dem darin enthaltenen Gewinnpotential jahrelang spekuliert. Die sogenannte „Verfeinerung“ der Abbildung der Währungskomponente des Swap im sogenannten SalesStruc-Folder diente ja nur dazu, den konvexen Teil der Formel in eine Vielzahl zusätzlicher Optionen zu verwandeln, die dann von der beklagten Partei auf dem Interbankenmarkt weiterverkauft wurden (vgl Punkt 1.3.3).

2.4.3.2 Der Eigenhandel der beklagten Partei hatte also ein ausgeprägtes Interesse daran, dass die Stadt Linz im Geschäft verblieb, er konnte nach der „Verfeinerung“ der Abbildung im SalesStruc-Folder in der Folge bis zu 355 Einzelbestandteile der Swap-Formel, vor allem bei tiefen Kursen,

weiterveräußern. Der dadurch erzielte Erlös ging mit mehr als EUR 90 Mio. um beinahe das Fünffache über den ursprünglichen Ertrag hinaus.

2.4.3.3 Auch die Zusammensetzung der Teilnehmer an der Besprechung am 1. Februar 2008 widersprach den gesetzlichen Vorgaben. Am Treffen nahm nämlich neben Mag. Werner P■■■■ und anderen Mitarbeitern der beklagten Partei auch Manfred H■■■■ vom Handelstisch teil. Dieser hätte vor dem Hintergrund möglicher Interessenkonflikte nicht daran teilnehmen dürfen. Er konnte sich bei dieser Besprechung nämlich (als Vertreter des auf Gewinnmaximierung gerichteten Eigenhandels der Bank) persönlich ein Bild von der „mental“ Lage seines Kunden Mag. Werner P■■■■ verschaffen. Dadurch hat er erkannt, dass Mag. Werner P■■■■ weiterhin im Geschäft bleiben wird. Er zog daraus den Schluss, dass keine Eile bestand, den exponentiellen Teil der Swap-Formel zu Geld zu machen. Das hat Iris S■■■■ auch noch durch ihr Schreiben vom April 2008 (Beilage ./45) bestärkt, als sie Mag. Werner P■■■■ beruhigend erklärte, dass ohnehin kein Anpassungsbedarf besteht. Tatsächlich erfolgte der Weiterverkauf der von der Stadt Linz gekauften Optionen erst im Jahr 2010.

3. Schadenersatz

3.1 **Der Schaden der beklagten Partei**

3.1.1 Die Beschreibung der beklagten Partei

3.1.1.1 Die beklagte Partei begehrt im ergänzenden Vorbringen Schadenersatz wegen Vertragsverletzung, den sie aus dem Rahmenvertrag ableitet. Den Schaden selbst behandelt sie nicht mehr, sondern verweist an zahlreichen Stellen ihres Schriftsatzes (etwa auf den Seiten 6, 59, 67, 76 ua) nur mehr auf Punkt 6. des Schriftsatzes vom 12. Juli 2013.

3.1.1.2 Dort wird der Schaden folgendermaßen beschrieben: *„[...] Im vorliegenden Fall besteht die reale Vermögenseinbuße der BAWAG P.S.K. darin, dass die ursprünglich im Vertrauen auf den wirksamen Vertragsabschluss abgeschlossenen Hedge-Geschäfte [zu ergänzen: gegenüber Dritten auf dem Interbankenmarkt] nach dem Ausfall der Stadt Linz ungedeckt waren“.*

3.1.1.3 Diese Schadensbeschreibung hängt mit den Folgen des Kundengeschäftes eng zusammen. Danach führte der Abschluss des Swap 4175 mit der Stadt Linz zu *„[...] einer Reihe von Strukturierungsgeschäften, welche die BAWAG P.S.K. im eigenen Namen und auf eigene Rechnung abschließen musste. Diese Geschäfte bestanden im gegenständlichen Fall im Verkauf von Put-(dh Verkaufs-)Optionen mit einem Strike von 1,54 (in konsequenter Nachbildung zum mit der Stadt Linz vereinbarten Strike“* (VBSS BAWAG, 12.7.2013, S 118). Ihr Gutachter Mark W■■■■ spricht deshalb treffend davon, dass die beklagte Partei *„[...] die [von der Stadt Linz] erworbenen Optionen im Interbankenmarkt weiterveräußern oder sich in anderer Weise gegen Marktpreisrisiken absichern [musste]“* (Beilage ./350, S 3).

3.1.1.4 Die beklagte Partei ging also gegengleiche Optionsgeschäfte gegenüber Dritten auf dem Interbankenmarkt ein, die sie nunmehr irreführend (vgl. Punkt II. Z. 1.) als „Absicherungsgeschäfte“ gegenüber Dritten bezeichnet (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S. 17, 55).

3.1.2 Der sich aus der beschriebenen Mechanik des Geschäftes ergebende Schaden

3.1.2.1 Die Stadt Linz versteht die Beschreibung der beklagten Partei so, dass ihre Zahlungsverpflichtungen aus der Währungskomponente des Swap 4175 in einem engen Zusammenhang mit jenen Forderungen der Optionskäufer stehen müssen, die die beklagte Partei „aufgrund der Strukturierungsgeschäfte“ mit Dritten auf dem Interbankenmarkt eingegangen ist. So sagt die beklagte Partei: *„Aus diesem Grund führt die im Swap II vereinbarte Formel bei Unterschreiten des Strike von 1,54 zu Zahlungsverpflichtungen auf Seiten der Stadt Linz. Denn die BAWAG P.S.K. muss ihrerseits die Forderungen der Optionskäufer befriedigen.“* Und ferner: *„Solange der Swap II von der Stadt Linz honoriert wurde und diese die Zinszahlungen leistete, welche aus der Formel folgten, war die BAWAG P.S.K. ihrerseits gegen drohende Verluste aus Zahlungen an die Optionskäufer abgesichert. Die Zinszahlungen [der Stadt Linz] deckten die Kosten ab, die entstanden, weil Optionskäufer zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt ihre Rechte ausübten.“* (VBSS BAWAG, 12.7.2013, S. 119).

3.1.2.2 Aus diesem Grund schien es auch nur konsequent, dass, *„[m]it dem Wegbrechen der Stadt Linz die BAWAG P.S.K. gezwungen [war], die ausbleibenden Zahlungsströme seitens der Stadt Linz auf eine andere Weise bereitzustellen [...] sie sah sich in der Folge den Ansprüchen der Optionskäufer ausgesetzt, die nacheinander bis einschließlich zum 15.4.2017 schlagend werden würden“* (VBSS BAWAG, 12.7.2013, S. 120).

3.1.3 Verpflichtungen der beklagten Partei gegenüber Dritten als Schaden

3.1.3.1 Der Schaden der beklagten Partei besteht danach also in ihren Verpflichtungen gegenüber dritten Optionskäufern auf dem Interbankenmarkt. Auch das Entstehen einer Verbindlichkeit ist ein möglicher nach dem ABGB zu ersetzender Schaden (*Reischauer in Rummeß § 1293 Rz 5; Koziol, Haftpflichtrecht I³, Rz 10/13*). Ein solcher Schaden kann nie objektiv-abstrakt, sondern immer nur subjektiv-konkret berechnet werden (*Koziol, Haftpflichtrecht I³, Rz 2/66; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1 02} § 1331 Rz 2*).

3.1.3.2 Entscheidend für den von der beklagten Partei beschriebenen Schaden ist deshalb der Umfang der Verpflichtungen, die die beklagte Partei gegenüber dritten Optionskäufern selbst hat, weil – wie sie sagt – *„[...] mit Hilfe der [bei den Wiedereindeckungsgeschäften] erworbenen Put-Optionen jene Zahlungsströme bereitzustellen [sind], die an dritte Optionskäufer zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen zu leisten waren.“*

3.1.3.3 Das bestätigt die beklagte Partei auch auf Seite 132 ihres vorbereitenden Schriftsatzes vom 12. Juli 2013, wo es wörtlich heißt: „Aufgrund des Wegfalls der halbjährlichen Zinszahlungen in CHF durch die Stadt Linz konnte die BAWAG P.S.K. diese CHF-Forderungen Dritter nicht mehr befriedigen. Sie musste die zu den jeweiligen Verfallstagen erforderlichen CHF-Beträge auf andere Weise beschaffen, [um] Zahlungsströme zu generieren und damit die künftig fällig werdenden Forderungen der dritten Put-Optionskäufer zu bedienen, erwarb die BAWAG P.S.K. solche Call-Optionen mit Strikes von [...]. Dieser CHF-Betrag dient dazu, um die erwähnten Forderungen der dritten Put-Optionskäufer abzudecken und so die BAWAG P.S.K. risikolos zu stellen. Die von der BAWAG P.S.K. angekauften Call-Optionen sind vom Nominale so abgestimmt, dass damit die künftigen CHF-Verbindlichkeiten der BAWAG P.S.K. aus fälligen Put-Optionen gegenüber Dritten bedient werden können.“

3.1.4 Wert des Swap anstelle der Verpflichtungen gegenüber Dritten als Schaden der beklagten Partei

3.1.4.1 Die beklagte Partei kann den Wert des Swap-Geschäftes nur dann als Schaden verlangen, wenn dieser objektiv-abstrakt berechnet wird. § 1332 ABGB ordnet zwar die objektiv-abstrakte Berechnung nur bei Sachschäden an, es entspricht allerdings der hM, dass sie auch in allen Fällen gilt, in denen ein geschütztes Recht oder Rechtsgut verletzt wird. Deshalb kann (theoretisch) auch bei Nichteinhaltung eines Vertrages der Schaden objektiv nach dem Wert des verletzten Forderungsrechtes des Gläubigers berechnet werden (Kozioł, Haftpflichtrecht I³, Rz 2/60).

3.1.4.2 Die beklagte Partei hat Wertersatz – bisher zumindest – niemals verlangt. Ihr Begehren ist vielmehr immer auf den Ersatz der Kosten der Schadensbeseitigung gerichtet. Den Schaden selbst hat sie – wie die Zitate unter Punkt II. Z 3.1.2 und Z 3.1.3.3 zeigen – dahingehend beschrieben, dass er im Entstehen von Verbindlichkeiten gegenüber dritten Optionskäufern auf dem Interbankenmarkt besteht. Ein Zahlungsanspruch, der im Ersatz des Wertes des Forderungsrechtes besteht, ist daher durch den Sachvortrag der beklagten Partei nicht gedeckt.

3.1.5 Ein unwirksamer Vertrag stellt kein ersatzfähiges Vermögensgut dar

3.1.5.1 Nach § 1332 ABGB schuldet der Schädiger grundsätzlich den Ersatz des gemeinen Wertes der beschädigten oder zerstörten Sache. Dieser Wert kann objektiv-abstrakt, d.h. ohne Rücksicht auf die persönlichen Umstände des Geschädigten berechnet werden. Das gilt (zumindest theoretisch) auch im Fall der Nichteinhaltung eines Vertrages.

3.1.5.2 Anderes ist es, wenn der Vertrag unwirksam ist. In diesem Fall stellt er von vornherein keinen Bestandteil des Vermögens des Geschädigten dar, das in Form des Schadenersatzes fortwirken könnte. Die Nichterfüllung eines unwirksamen Vertrages bewirkt daher keinen Vermögensnachteil, der ersatzfähig wäre. Demgemäß scheidet eine objektiv-abstrakte Berechnung ebenso aus, wie der Anspruch auf Ersatz der Kosten eines Deckungsgeschäftes (Kozioł, Haftpflichtrecht I³, Rz 2/60, Rz 2/85 und Rz 2/89).

3.1.5.3 Ersatzfähig sind nur das Eingehen von Verpflichtungen bzw. sonstige Aufwendungen, die der vorgebliche Vertragspartner im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages gemacht hat. Ein solcher Schaden kann nur subjektiv-konkret berechnet werden.

3.1.5.4 Das bedeutet, dass die Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften nur insoweit ersatzfähig sein können, als sie dazu dienen, Verpflichtungen der beklagten Partei, die sie in einem schutzfähigen Vertrauen auf die Wirksamkeit des Swap 4175 eingegangen ist, zu neutralisieren. Das entspricht dem Sachvortrag der beklagten Partei: Wiedereindeckungsgeschäfte dienen nur dazu, die Verpflichtungen der beklagten Partei gegen dritte Optionskäufer auf dem Interbankenmarkt zu neutralisieren (Punkt II. Z 3.1.3.3).

3.2 Das Verlangen der beklagten Partei

3.2.1 Schadensbeseitigung

3.2.1.1 Die beklagte Partei begründet ihren Zahlungsanspruch damit, dass er „[i]m Wesentlichen aus den aufgrund des Ausfalls der Stadt Linz entstandenen extern eingedeckten oder selbst übernommenen Kosten aus Wiedereindeckungsgeschäften [bestehe]“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 6). Die beklagte Partei will also ihre Schadensbeseitigungskosten ersetzt erhalten.

3.2.1.2 Dieses Verlangen entspricht auch ihrem bisherigen Vorbringen. Im vorbereitenden Schriftsatz vom 12. Juli 2013 hatte sie auf Seite 120 ausdrücklich erklärt: *„Der konsequente Weg, das Risiko zu neutralisieren, welches aus den künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber dritten Put-Optionskäufern folgt, ist es, sich seinerseits mit Put-Optionen einzudecken [...]. Sie gewähren der BAWAG P.S.K. (gleiche Wirkung wie bei den schon erwähnten dritten Optionskäufern gegenüber der BAWAG P.S.K.) das Recht, CHF zu einem bestimmten Kurs zu verkaufen.“*

3.2.1.3 Tatsächlich kann der Geschädigte nach § 1323 ABGB entweder die Beseitigung des Schadens vom Schädiger fordern, er kann aber auch die Wiederherstellung selbst vornehmen oder vornehmen lassen und den Ersatz der Aufwendungen verlangen (*Koziol, Haftpflichtrecht I³, Rz 9/10; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1323 Rz 5*). Tut er letzteres, so steht ihm (nur) der Ersatz der dafür getätigten Aufwendungen zu; der Vermögensschaden in Form der Ersatzaufwendungen ist ausschließlich subjektiv-konkret zu berechnen (*Koziol, Haftpflichtrecht I³, Rz 2/66; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1331 Rz 2, SZ 51/7*).

3.2.2 Was sind die Schadensbeseitigungskosten?

Die Schadensbeseitigungskosten der beklagten Partei bestehen im Kaufpreis für jene gegengleichen Optionen, deren Anschaffung notwendig war, um die von der beklagten Partei an Dritte auf dem Interbankenmarkt weiterverkauften Optionen zu neutralisieren. Damit war

sichergestellt, dass die beklagte Partei – wie sie sagt – jene Zahlungsströme bereitgestellt erhält, die sie an dritte Optionskäufer zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen selbst leisten muss.

3.2.3 Subjektiv-konkrete Schadensberechnung

Bei der subjektiv-konkreten Schadensberechnung ist das Interesse, also der subjektiv berechnete Vermögensschaden zu ersetzen (SZ 48/89; SZ 55/29; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³, Rz 2/77). Da der Schädiger den Geschädigten so zu stellen hat, wie er ohne schuldhaftes Verhalten gestellt wäre, ist der Schaden durch eine Differenzrechnung zu ermitteln. Vom hypothetischen Vermögensstand ohne das schädigende Ereignis ist der heutige tatsächliche Vermögenswert abzuziehen (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³, Rz 2/77 und 2/19; *Harrer* in *Schwimmann*³ § 1293 Rz 5; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1293 Rz 21; RIS-Justiz RS0030153; *Prückner*, Zum Feststellungsanspruch des geschädigten Anlegers: Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage?, Zak 2012/624, 329).

3.2.4 Berechnung der Schadensbeseitigungskosten

3.2.4.1 Schadensbeseitigungskosten, die ein Geschädigter hat, um den von ihm erlittenen Schaden zu beseitigen, kann er nur subjektiv-konkret berechnen. Das folgt beim Vertrauensschaden schon daraus, dass der Schaden nur im Entstehen von Verbindlichkeiten oder in sonstigen Aufwendungen bestehen kann (Punkt II. Z 3.1.5). Da das Schadenersatzbegehren der beklagten Partei darauf gerichtet ist, die Verpflichtungen gegenüber dritten Optionskäufern zu neutralisieren, gilt das auch für den geltend gemachten Nichterfüllungsschaden (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³, Rz 2/66; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1331 Rz 2).

3.2.4.2 Die beklagte Partei verlangt die ihr tatsächlich entstandenen Schadensbeseitigungskosten; damit scheidet eine objektiv-abstrakte Berechnung des Schadens aus. Bei den Schadensbeseitigungskosten handelt es sich um den Kaufpreis für den Ankauf von gegenläufigen Optionen, um die von der beklagten Partei auf dem Interbankenmarkt verkauften Optionen zu neutralisieren.

3.2.4.3 Allerdings umfasst das Zahlungsbegehren der beklagten Partei in Höhe von rd. EUR 397 Mio. nicht nur die Anschaffungskosten von Optionen. Mit EUR 55,9 Mio. verlangt sie sogenannte interne Absicherungskosten. Das erklärt sie damit, dass sie in diesem Ausmaß mögliche Verpflichtungen gegenüber Dritten „auf das eigene Buch“ genommen habe. Dabei handelt es sich aber um keine Schadensbeseitigungskosten, sondern um den Wert der weggefallenen Leistung der Stadt Linz. Die beklagte Partei berechnet damit ihren Schadenersatz teils subjektiv-konkret (in Form der Kaufpreise für neutralisierende Optionen), zum Teil jedoch abstrakt (in Form des Wertes der weggefallenen Verpflichtung der Stadt Linz). Nach der Rsp ist es allerdings unzulässig, die Berechnungsmethoden bei der Geltendmachung eines einheitlichen Schadens zu vermengen (1 Ob 565/86). Ihr Zahlungsbegehren in Höhe von EUR 55,9 Mio. ist schon aus diesem Grund nicht berechtigt.

3.3 Beweislast/Vorteile

3.3.1 Beweislast bei der Berechnung des subjektiv-konkreten Schadens

- 3.3.1.1 Bei der Berechnung des subjektiv-konkreten Schadens trifft den Geschädigten stets die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem bei ihm eingetretenen Schaden (RIS-Justiz RS0022686). Daraus folgt zwangsläufig, dass der Geschädigte zunächst das Eintreten des Schadens, aber auch dessen Höhe zu beweisen hat (SZ 65/41; 1 Ob 653/92). Zur Höhe des Schadens gehört der Nachweis der Differenz zwischen den durch das schädigende Ereignis ausgelösten Vermögensnachteilen und den dadurch erzielten Vorteilen.
- 3.3.1.2 Es entspricht deshalb auch der stRsp in Fällen mangelhafter oder unrichtiger Aufklärung, in denen es ebenfalls um den hypothetischen Kausalverlauf geht, dass die Behauptungs- und Beweislast für die Entwicklung des Vermögens den Geschädigten trifft (etwa 3 Ob 304/02f; 1 Ob 46/11p; 4 Ob 64/12z). In allen diesen Fällen unterliegt es keinem Zweifel, dass der Geschädigte im Rahmen der Beseitigung seines Schadens die Vorteile in Form von Zinsen, Renditen oder Ausschüttungen (etwa in den Fällen fehlerhafter Anlageberatung) herauszugeben hat. Aufgabe des Schadenersatzrechtes ist es nämlich, dem Geschädigten einen Ausgleich zu verschaffen und nicht ihn zu bereichern (RIS-Justiz RS0023471).
- 3.3.1.3 War das Swap-Geschäft 4175 – wie von der Stadt Linz dargelegt – unwirksam, so besteht kein Zweifel, dass sich die beklagte Partei die erhaltenen Absicherungsprämien von rd. EUR 90 Mio. anrechnen lassen muss. Wäre der Swap 4175 nicht abgeschlossen worden, so hätte die beklagte Partei solche Absicherungsprämien nie erhalten. Bei der Differenzrechnung sind Aufwände und Erträge Teil des Schadens. Gegenstand ist also nicht, ob sich die beklagte Partei allfällige Vorteile auf einen bestehenden Schaden anrechnen lassen muss, sondern die Ermittlung des Schadens selbst. Für diesen ist die beklagte Partei beweispflichtig.
- 3.3.1.4 Selbst wenn der beklagten Partei der Nichterfüllungsschaden zustehen würde, was nicht der Fall ist, so wären die erhaltenen Absicherungsprämien anzurechnen, weil die beklagte Partei andernfalls bereichert wäre (RIS-Justiz RS002347). Für die Vorteilsanrechnung ist es darüber hinaus ausreichend, wenn Schäden und Vorteile – wie im gegebenen Fall – im selben Tatsachenkomplex wurzeln; dass sie aus demselben Ergebnis entspringen, ist für eine Vorteilsanrechnung nicht Voraussetzung (RIS-Justiz RS002824).
- 3.3.1.5 Die beklagte Partei macht im Wege der Differenzrechnung einen Gesamtschaden geltend. Selbst wenn die beklagte Partei den Nichterfüllungsschaden ersetzt haben will, so verlangt sie doch allein die Schadensbeseitigungskosten. Macht der Geschädigte aber nicht Wertersatz, sondern – im Weg der Naturalrestitution – den Ersatz seiner tatsächlichen Aufwendungen geltend, so ist auch hier der Schaden ausschließlich subjektiv-konkret zu berechnen (Koziol, Haftpflichtrecht I³,

Rz 2/66). Zur subjektiv-konkreten Berechnung eines Schadens gehören aber nicht nur die Nachteile, sondern auch die Vorteile. Außerdem sind die Absicherungsprämien, die die beklagte Partei erhalten hat, insofern untypisch, als es sich dabei nicht um Zuwendungen Dritter aus Anlass des entstandenen Schadens handelt.

3.3.1.6 Dazu kommt noch eine weitere Besonderheit. Im Fall der Nichterfüllung eines Vertrages ist der Gläubiger regelmäßig nicht in der Lage, den Leistungsgegenstand gewinnbringend zu verwerten. Hier hat allerdings die beklagte Partei aufgrund des Swap 4175 auf dem Interbankenmarkt Einnahmen von mehr als EUR 90 Mio. erzielt, sie hat also den Leistungsgegenstand des Swap 4175 tatsächlich verwertet. Bekommt sie nunmehr Ersatz für die Wiedereindeckungsgeschäfte, so ist sie in der Lage, die durch die Wiedereindeckungsgeschäfte nochmals erhaltenen Optionen wieder zu verwerten; die beklagte Partei wäre also bereichert.

3.4 Fehlen der Adäquanz/des Rechtswidrigkeitszusammenhanges

3.4.1 Vertragsverletzung und Schaden

3.4.1.1 Der Schaden der beklagten Partei besteht – ihrem Vortrag entsprechend – in den Verpflichtungen, die sie gegenüber dritten Optionskäufern auf dem Interbankenmarkt eingegangen ist. Im ergänzenden Vorbringen (S 67 f) spricht sie ebenfalls davon, dass sie gezwungen gewesen sei, *„ihre Risikopositionen schnellstmöglich zu schließen“*, und zwar in Form des Eingehens von Neutralisierungsgeschäften.

3.4.1.2 Zweifelhaft bleibt allerdings, von welchem Risikobegriff die beklagte Partei dabei ausgeht. Soweit das Risiko in ihren eigenen Verpflichtungen gegenüber dritten Optionskäufern besteht, ist dieser Risikobegriff noch mit ihrer Schadensbeschreibung in Einklang zu bringen.

3.4.1.3 Andererseits schildert sie ihren Schaden so, dass *„[...] der erste Nachteil bereits bei Abschluss [des Vertrages] darin bestanden [habe], dass sie die Handelstätigkeit der Händler am Zins- und am Handelstisch beeinflusste“* (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 75). Im Übrigen habe die Stadt Linz *„[...] damit rechnen [müssen], dass [die beklagte Partei] im Vertrauen auf die Wirksamkeit [des Vertrages] die regulatorisch erforderlichen Absicherungsgeschäfte abschließt“*. Diese Beschreibung scheint eine Reminiszenz an ihren weiten Risikobegriff (Punkt II. Z 1) zu sein, der auch die Spekulationsmöglichkeit aufgrund des Kundengeschäftes umfasst.

3.4.2 Vertragsverletzung und Schutzzweck

3.4.2.1 Ob und wofür Schadenersatz bei einer Vertragsverletzung zu leisten ist, hängt vom Schutzzweck der mit dem Vertrag umfassten Interessen ab. Diese sind aus dem Sinn und Zweck des Vertrages im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei tritt an die Stelle der verallgemeinernden schematisierenden Betrachtung im Sinn der Adäquanztheorie eine am konkreten Vertragszweck oder Normzweck ausgerichtete individualisierende Betrachtung. Bei Vertragsverletzungen kommt

der Schutzzwecklehre bei der Begrenzung der Folgeschäden eines vertragswidrigen Verhaltens zu (RIS-Justiz RS0017850).

3.4.2.2 Der Schädiger hat im Vertragsrecht nicht für alle Folgen einer Vertragsverletzung einzustehen. Es kommt vielmehr darauf an, ob die verletzten Interessen sachlich in der Richtung und im Rahmen der übernommenen Pflichten liegen. Dabei wird einerseits auf die vom Schutzzweck des Vertrages umfassten Interessen, die Entgeltlichkeit des Vertrages und die objektive Erkennbarkeit des Risikos für den Schuldner abgestellt (1 Ob 36/04g; 4 Ob 521/87). Gerade die Übernahme des Risikos aus einem Vertrag, der vom anderen Teil mit Dritten abgeschlossen wurde, ist nur ausnahmsweise oder bei besonderer Vereinbarung vom Schutzzweck des Grundverhältnisses erfasst.

3.4.3 Schäden aus Hedge-Geschäften der Banken sind vom Schutzzweck des Kundengeschäftes nicht erfasst

3.4.3.1 Der Oberste Gerichtshof hat jüngst ausgesprochen, dass eine Schadenszurechnung regelmäßig dann zu verneinen ist, wenn der geschädigte Vertragsteil mit der bedungenen Leistung Interessen verfolgt, die nicht mehr in der Leistung selbst liegen und daher vom üblichen Entgelt nicht abgedeckt werden (8 Ob 11/11t). Das trifft bereits auf die Mikro-Hedge-Geschäfte der beklagten Partei zu. Entgegen ihrer Behauptung waren nicht einmal diese für die Stadt Linz erkennbar.

3.4.3.2 Der Schutzzweck des Swap 4175 reicht aber keinesfalls so weit, Makro-Hedge-Geschäfte der Bank bzw. die Steuerung ihres Währungsportfolios abzusichern. Genau diesen Zweck hat die beklagte Partei mit dem Kundengeschäft verfolgt, wenn sie ihre verletzten Vermögensinteressen schildert. Der Makro-Hedge der beklagten Partei bedeutet nämlich nichts anderes, als die Verwendung der Verbindlichkeit des Kunden, um ihre eigenen Fremdwährungsrisiken abzusichern. Durch die Hereinnahme von Kundenverträgen gelingt es der Bank, An- und Verkäufe von Währungsoptionen im Rahmen des Makro-Hedge zu steuern. Der Kunde wird insoweit als Versicherer der Bank gegen deren Fremdwährungsrisiko aus Währungsspekulationen missbraucht. Ein solcher Schutzzweck ist angesichts der ausgewogenen Interessenverfolgung im Kundengeschäft nicht mehr gedeckt. Das bedeutet, dass die von der beklagten Partei geschilderten Vermögensnachteile von der Stadt Linz weder adäquat verursacht, noch vom Schutzzweck des Vertrages erfasst sind.

4. Schadensminderungspflicht

4.1 Der Vorwurf der Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die beklagte Partei

4.1.1 An verschiedenen Stellen des ergänzenden Vorbringens der beklagten Partei findet sich der plakative Hinweis, die Stadt Linz wäre angesichts der Weltwirtschaftskrise auf der einen Seite

und des sich verschlechternden Marktwerts des Swap 4175 auf der anderen Seite untätig geblieben (zB ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 24, 30/31, 47 ua).

- 4.1.2 Dahinter steht der Vorwurf, die Untätigkeit der Stadt Linz habe letztlich zu den exorbitant hohen Wiedereindeckungskosten im November 2011 geführt. Dieser schon in der Vergangenheit unter einem Mitverschuldenseinwand erhobene Vorwurf läuft darauf hinaus, dass die Stadt Linz verpflichtet gewesen wäre, das Swap-Geschäft durch Auflösungsvereinbarung mit der beklagten Partei vorzeitig zu beenden; wegen des Kündungsverzichtes war es der Stadt Linz nicht möglich, das Geschäft von sich aus aufzulösen.
- 4.1.3 Mit Schriftsatz vom 19. März 2015 („*Bekanntgabe*“) benennt die beklagte Partei auch verschiedene Stichtage zwischen Juli 2007 und Mai 2011, zu denen die Stadt Linz die Entscheidung hätte treffen müssen, „*aus dem Swap 4175 auszusteigen bzw. diesen aufzulösen*“. Hätte die Stadt Linz das befolgt, so wäre – nach der Ansicht der beklagten Partei – der Schaden wesentlich geringer. Die beklagte Partei verbindet dieses Vorbringen mit dem Auftrag an die Sachverständigen, die „*Close-Out-Kosten*“ zu den genannten Zeitpunkten zu ermitteln. In die gleiche Richtung geht die Rechtfertigung der beklagten Partei, sie sei durch die Untätigkeit der Stadt Linz zur mehrmaligen Änderung der Abbildung der Swap-Formel im SalesStruc-Folder („*Mapping II*“ bis „*Mapping V*“), die eine Vervielfachung der gekauften Optionen für die beklagte Partei bedeutete, gezwungen worden (etwa ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 47, 57).

4.2 Die Unhaltbarkeit dieses Vorwurfes

- 4.2.1 Der Vorwurf der beklagten Partei, die Stadt Linz habe durch Unterlassen einer Auflösungsvereinbarung die Schadensminderungspflicht verletzt bzw. sie trage ein erhebliches Mitverschulden an den erhöhten Wiedereindeckungskosten, ist sowohl aus rechtlichen als auch aus tatsächlichen Gründen unhaltbar.
- 4.2.2 Darüber hinaus wird auch das ergänzend einzuholende Gutachten der beauftragten Sachverständigen zeigen, dass nicht die beklagte Partei dafür verantwortlich gewesen ist, dass sich die Wiedereindeckungskosten um ein Vielfaches erhöht haben, sondern dass sie es selbst war, die ihre Verpflichtungen gegenüber dritten Optionskäufern ab dem Jahr 2010 durch den Weiterverkauf von Optionen exorbitant steigerte.

4.3 Die Erhöhung der Wiedereindeckungskosten durch die beklagte Partei selbst

- 4.3.1 Es ist die beklagte Partei, welche die Verantwortung dafür trägt, dass sich die Wiedereindeckungskosten des Geschäftes ab dem Jahr 2010 so exorbitant erhöht haben. Das hängt damit zusammen, dass die beklagte Partei die von der Stadt Linz gekauften Optionen auf dem Interbankenmarkt an dritte Optionskäufer weiterverkauft hat.

4.3.2 In Punkt II. Z 3.1 hat die Stadt Linz schon ausführlich die Mechanik des Geschäftes und die damit zusammenhängenden Verpflichtungen beschrieben. Danach hat die beklagte Partei im Zusammenhang mit dem Swap 4175 eine Reihe von Strukturierungsgeschäften mit Dritten abgeschlossen, die darin bestanden haben, dass sie selbst „[...] Put-(dh Verkaufs-)Optionen mit einem Strike von 1,54 (in konsequenter Nachbildung zum mit der Stadt Linz vereinbarten Strike[verkauft hat] (VBSS BAWAG, 12.7.2013, S 118). Die Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei bestanden also in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den Geschäften der beklagten Partei auf dem Interbankenmarkt. So sagt die beklagte Partei selbst: „Aus diesem Grund führt die im Swap II vereinbarte Formel bei Unterschreiten des Strike von 1,54 zu Zahlungsverpflichtungen auf Seiten der Stadt Linz. Denn die BAWAG P.S.K. muss ihrerseits die Forderungen der Optionskäufer befriedigen.“ (VBSS BAWAG, 12.7.2013, S 119).

4.3.3 Daraus folgt aber auch, dass die Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei umso mehr zahlen musste, als die beklagte Partei ihrerseits Verpflichtungen gegenüber dritten Optionskäufern einging. Entscheidend für die Wiedereindeckungsgeschäfte war also der Umfang der Verpflichtungen, die die beklagte Partei gegenüber dritten Optionskäufern selbst hatte. Im Ergebnis hingen also die Wiedereindeckungskosten entscheidend von den Verpflichtungen ab, welche die beklagte Partei dritten Optionskäufern gegenüber auf dem Interbankenmarkt eingegangen ist. Letztere sind der eigentliche Schaden, für den eine Verpflichtung zur Minderung bestehen konnte.

4.4 Die Stadt Linz war zu einer Auflösungsvereinbarung nicht verpflichtet

4.4.1 Fehlen einer gesetzlichen Verpflichtung

4.4.1.1 Nur die Stadt Linz war verpflichtet, bei Unterschreiten der vereinbarten Wechselkursschwelle von 1,54 optionsbasierte Zahlungen an die beklagte Partei zu leisten, die beklagte Partei war daraus begünstigt. Der Vertrag war unkündbar. Der beklagten Partei in dieser Situation die Auflösung des Swap 4175 anbieten zu müssen, unterstellt das Bestehen einer Verpflichtung der Stadt Linz, sich dem Diktat der beklagten Partei über die Auflösungsbedingungen auszuliefern.

4.4.1.2 Eine derartige Verpflichtung gab es nicht. Ihre Nichterfüllung wäre auch nicht kausal für jenen Schaden gewesen, den die beklagte Partei durch das Eingehen von Verpflichtungen gegenüber dritten Optionskäufern auf dem Interbankenmarkt erlitten hat. Die Verpflichtungen daraus, einschließlich der Kosten, solche Verträge wieder zu beenden, ist nämlich völlig unabhängig vom Zinstauschgeschäft; sie ist auch vom Schutzzweck der Vertragstreue nicht umfasst (8 Ob 11/11t).

4.4.2 Fehlen einer Verkaufs- oder Behalteobliegenheit

4.4.2.1 Im Bereich des Anlegerschutzes ist unbestritten, dass den Anleger – außer in besonderen Fallkonstellationen – weder eine Verkaufs- noch eine Behalteobliegenheit hinsichtlich der von ihm angeschafften Produkte trifft; dies vor allem deshalb, weil die „Kursentwicklung“ im Regelfall

keine sicheren Schlüsse auf den objektiven Wert des Finanzinstrumentes zulässt (RIS-Justiz RS0120785; 1 Ob 188/12 x).

4.4.2.2 Lässt schon die Kursentwicklung keine sicheren Schlüsse auf den Unternehmenswert oder den objektiven Wert einer Beteiligung zu, sodass regelmäßig eine Verletzung der Verkaufs- oder Behalteobliegenheit verneint wird (8 Ob 123/05d), so gilt dies noch viel mehr für ein Finanzprodukt wie den Swap 4175, der nicht nur vom Kursverlauf, sondern von Sensitivitäten und Volatilitäten abhängt; allein die täglichen Wertschwankungen haben nach der Mitteilung der beklagten Partei (ON 83 des Strafverfahrens) im Mittel EUR 3,8 Mio. betragen. Das kann nur bedeuten, dass die Stadt Linz ebenfalls keine Auflösungsverpflichtung im Sinne einer Verkaufsobliegenheit getroffen hat.

4.5 Mag. Werner P■■■■ konnte eine Auflösungsnotwendigkeit nicht erkennen

4.5.1 Mag. Werner P■■■■ kann aber auch inhaltlich nicht vorgeworfen werden, dass er von sich aus keine Initiative zur Auflösung des Vertrages ergriffen hat. Es fehlten ihm dazu die zweckdienlichen Informationen der beklagten Partei, die es im Übrigen peinlichst vermied, Mag. Werner P■■■■ die Notwendigkeit und die Gründe einer vorzeitigen Auflösung vor Augen zu führen. Angesichts der Fachkunde der beklagten Partei richtet sich dieser Vorwurf unmittelbar gegen sie selbst. Sie hätte Mag. Werner P■■■■ entsprechend fachgerecht die Auflösung des Swap 417 empfehlen müssen. Im Übrigen hat das Landesgericht Linz in seinem Urteil vom 11. Dezember 2013 bestätigt, dass Mag. Werner P■■■■ in dieser Richtung kein Vorwurf gemacht werden kann.

4.5.2 Mag. Werner P■■■■ war, bestärkt durch die beklagte Partei (auftragener Schriftsatz Stadt Linz 28.2.2014, Punkt II. Z 4), davon überzeugt, dass sich die Kursschwankungen des Schweizer Franken zum Euro in einem bestimmten Währungskorridor (zwischen 1,62 und 1,44) bewegen werden und dass der Tiefstkurs EUR/CHF 1,44 nicht unterschreiten würde. Er war also, solange der Kurs in diesem Währungskorridor blieb, der Überzeugung, ein für die Zwecke der Stadt Linz taugliches Finanzgeschäft abgeschlossen zu haben. Der Bewertung des Geschäftes maß er nicht die ihr gebührende Bedeutung zu. Selbst die beklagte Partei vertritt ja in ihrem ergänzenden Vorbringen vom 6. März 2015 (S 7) nach wie vor die Meinung, dass die Bewertung des Swap 4175 keinerlei Bedeutung aus Sicht der Stadt Linz besaß.

4.5.3 Die beklagte Partei hat Mag. Werner P■■■■ keine Auflösungsvereinbarung angeboten. Selbst die sogenannten Restrukturierungsangebote der beklagten Partei hätten das Währungsrisiko aus der Optionskomponente des Swap 4175 nicht beseitigt (vgl die Analyse in der Beilage ./7xU). Außerdem haben sie das Interesse des Mag. Werner P■■■■ schon deshalb nicht geweckt, weil aus der Bewusstseinslage des Mag. Werner P■■■■ keine Notwendigkeit zum Abschluss dieser Geschäfte bestanden hat.

4.5.4 Iris S■■■■ hatte zwar im Zusammenhang mit der Auflösung des Swap 3976 auch die Schließung des Swap 4175 thematisiert, unterbreitete jedoch Mag. Werner P■■■■ kein konkretes

Angebot. Sie teilte ihm aber mit, dass eine Schließung des Swap 4175 aufgrund der anfallenden Kosten zu einer Zahlung der Stadt Linz führen würde. Angesichts des ihm kurz vorher kommunizierten positiven Verkehrswertes von mehr als EUR 4 Mio. und den Cashflows, die er bis dahin erhalten hatte, war es naheliegend, dass Mag. Werner P. von einer Schließung absah (zu diesem Ergebnis kommt auch das LG Linz im Urteil vom 11.12.2013, S 24, 38).

4.5.5 Im Jänner 2008 hat sich Mag. Werner P. noch immer angesichts des Wechselkurses und der Zinsprognosen sicher gefühlt, immerhin hatte er für die Stadt Linz im Oktober 2007 eine erhebliche Zahlung erhalten. Es musste bei den Kenntnissen des Mag. Werner P. geradezu unlogisch sein, bei einem stabilen Wechselkursverlauf, deutlich über dem Strike, das Angebot der beklagten Partei vom 7. Jänner 2008 anzunehmen und eine Verteuerung des Zinssatzes um 1 % zu akzeptieren. Zudem wäre diese Änderung der Struktur erst bei einem EUR/CHF-Wechselkurs von unter 1,40 zum Tragen gekommen, was wiederum außerhalb jeder Vorstellung des Mag. Werner P. lag.

4.5.6 Auch in den Folgemonaten des Jahres 2008 bestand für Mag. Werner P. keinerlei Handlungsbedarf. Den Bewertungen der beklagten Partei maß er ohnehin keine besondere Bedeutung zu, weil er sich auch einen negativen Wert trotz positiver Cashflows und Kursen über dem Strike nicht erklären konnte. Außerdem hatte er trotz einer negativen Bewertung im März 2008 wiederum erhebliche Zahlungen vereinnahmt. Letztlich war er angesichts des Schreibens der Iris S. im April 2008, mit dem sie ihm mitteilte, dass kein Anpassungsbedarf bestehe, weiter in seiner Einschätzung bestätigt. Daher lag es auf der Hand, dass Mag. Werner P. auch das Angebot der beklagten Partei vom 15. Mai 2008 nicht angenommen hat.

4.5.7 In der Phase der Wirtschaftskrise im Herbst 2008 durfte Mag. Werner P. aufgrund der Beratung der beklagten Partei ohnehin darauf vertrauen, dass sich die Kurse wieder erholen würden. Dazu steht fest, dass die beklagte Partei – entgegen ihren Behauptungen – Mag. Werner P. am Höhepunkt dieser Krise nicht dazu geraten hat, das Risiko zu begrenzen, sondern ihm empfahl, weiterhin das Geschäft aufrecht zu erhalten (auftragener Schriftsatz der Stadt Linz vom 28.2.2014, Punkt II. Z 4.6 ff). Danach gab es ohnehin nur mehr Proforma-Angebote der beklagten Partei, die im Jahre 2009 ebenfalls davon ausging, dass die Wirtschaftskrise vorbei wäre (auftragener Schriftsatz der Stadt Linz vom 28.2.2014, Punkt II. Z 4.9 ff).

4.6 Keine Pflicht der Stadt Linz, der beklagten Partei den Wettgewinn zu bezahlen

4.6.1 In den ab Sommer 2010 geführten Verhandlungen verlangte die beklagte Partei bei allen ihren Auflösungsangeboten den vollständigen Ersatz des Erfüllungsanspruches. Dieser belief sich bereits am Beginn der Verhandlungen auf mehr als EUR 100 Mio.

4.6.2 Ein derartiges Angebot konnte die beklagte Partei schon deshalb nicht annehmen, weil die zu diesem Zeitpunkt schon vorliegenden juristischen Untersuchungen die kommunalrechtliche Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes bescheinigt hatten.

4.7 Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die beklagte Partei

4.7.1 Schaden der beklagten Partei

4.7.1.1 Die in der Klage geltend gemachten Kosten der Wiedereindeckungsgeschäfte sind – wie gezeigt (Punkt II. Z 3.1, insbesondere 3.1.3) – jener Aufwand, den die beklagte Partei zur Beseitigung ihres Vermögensschadens tätigen musste. Letzterer besteht in den Zahlungsströmen, welche die beklagte Partei den dritten Optionskäufern bereitstellen muss, die nacheinander bis 15. April 2017 schlagend werden (wie sich aus den Ausführungen der beklagten Partei unter Punkt II Z 3.1.3 ergibt). Nicht die Stadt Linz hatte also einen Schaden, den sie mindern musste, sondern die beklagte Partei. Er bestand in den gegenüber dritten Optionskäufern eingegangenen Verbindlichkeiten.

4.7.1.2 Inhalt und Umfang der Schadensbeseitigungskosten (in Form von Wiedereindeckungsgeschäften) hing also zentral davon ab, welche Verpflichtungen die beklagte Partei selbst dritten Optionskäufern gegenüber eingegangen ist, weil – wie sie sagt – *„[e]ntscheidend war, mit Hilfe der [durch die Wiedereindeckungsgeschäfte] erworbenen Put-Optionen jene Zahlungsströme bereitzustellen, die an dritte Optionskäufer zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen zu leisten waren“* (VBSS BAWAG, 12.7.2013, S 120).

4.7.2 Schadenserhöhung durch den Weiterverkauf von Optionen in der Krise

4.7.2.1 Nun hatte die beklagte Partei – wie man erstmals ihrem ergänzenden Vorbringen dezidiert entnehmen kann – vorerst lediglich 31 Standardoptionen auf dem Interbankenmarkt weiterverkauft. Schon damit hatte sie nicht nur die Kosten für den Zinsswap hereingebracht, sondern auch einen nicht unerheblichen Überschuss von knapp EUR 8 Mio. erzielt. Die beklagte Partei musste also gar nicht mehr die in der Swap-Formel (vor allem in deren exponentiellen Teil) liegenden Gewinnchancen verwerten. Das schon deshalb nicht, weil eine solche Verwertung zwingend mit der Übernahme von Verbindlichkeiten gegenüber dritten Optionskäufern verbunden war. Das bedeutete nicht nur das Eingehen weiterer Risiken, sondern auch eine wesentliche Erhöhung nachfolgender Schließungskosten.

4.7.2.2 Dennoch verwendete die beklagte Partei bereits die sogenannte Lehman-Krise dazu, das Gewinnpotential der Swap-Formel durch Verkauf weiterer Optionen (mit den Nr. 22 bis 38 der internen Replikation) zu heben (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 33). Sie erzielte dadurch einen Erlös von zumindest EUR 11,9 Mio. (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 76). Andererseits erhöhte sie damit ohne Not das Risiko der Stadt Linz sowie den Aufwand für künftige Wiedereindeckungsgeschäfte zur Neutralisierung der durch den Weiterverkauf zusätzlich eingegangenen Verbindlichkeiten.

4.7.3 Erhöhung des Schadens trotz der Zweifel der Stadt Linz an der Wirksamkeit des Geschäftes

- 4.7.3.1 Bei den Aufstellungen der beklagten Partei im Zusammenhang mit dem Weiterverkauf der Optionen an Dritte fällt auf, dass deren Strike auch nach dem „*Mapping II*“ vorerst noch immer 1,54 betrug. Demgegenüber weisen die Wiedereindeckungsgeschäfte in Punkt 6. des Schriftsatzes vom 12.7.2013 (S 122 ff) Strikes weit unter 1,54 aus. Setzt man das in Beziehung zu den verschiedenen Mapping-Vorgängen (also der Änderung der Replikation der Formel im SalesStruc-Folder), so sieht man, dass Strikes unter 1,54 erst ab August 2010, also nach dem Gespräch mit Bürgermeister Dr. Franz Dobusch verwendet wurden. Das bestätigt aber, dass die Vervielfachung der Standardoptionen und deren Weiterverkauf zu Strikes unter 1,54 erst nach dem Gespräch mit Bürgermeister Dr. Franz Dobusch erfolgt sein kann. Dieser hatte am 6. Juli 2010 ausdrücklich erklärt, dass das Swap-Geschäft aus kommunalrechtlichen Gründen aus Sicht der Stadt Linz nichtig sei.
- 4.7.3.2 Die beklagte Partei hat also in Kenntnis der Bedenken der Stadt Linz gegen die Wirksamkeit des Swap 4175 dennoch im großen Stil damit begonnen, zusätzliche Weiterverkäufe der Optionen auf dem Interbankenmarkt zu tätigen. Sie hat dadurch allein im August 2010 einen Erlös von mindestens EUR 62 Mio. erzielt. Sie nahm damit in Kauf, dass die Kosten der Wiedereindeckungsgeschäfte, die später notwendig wurden, um die neu eingegangenen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dritten Optionskäufern zu neutralisieren, explodieren würden.
- 4.7.3.3 Die von ihr damit bewusst eingegangenen Verbindlichkeiten haben ihren Vermögensschaden erhöht, während sie verpflichtet gewesen wäre, ihren Schaden möglichst gering zu halten. Die für die Neutralisierung der zusätzlichen Verbindlichkeiten notwendigen Schadensbeseitigungskosten (in Form des Aufwandes für Wiedereindeckungsgeschäfte) sind daher wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht nicht ersatzfähig. Das gilt insbesondere für die Wiedereindeckungsgeschäfte, die Optionen gegenüber dritten Optionskäufern mit einem Strike unter 1,54 neutralisiert haben.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

III. Erwidern der Stadt Linz zu Details des ergänzenden Vorbringens

1. Vorbemerkung

- 1.1 Der Schriftsatz der beklagten Partei vom 6. März 2015 beinhaltet – entgegen dem gerichtlichen Auftrag – nicht nur den (urkundlichen) Nachweis für den begehrten Schadenersatz der beklagten Partei, sondern behandelt – teils ergänzend, teils abweichend vom bisherigen Vorbringen – eine Zusammenfassung und rechtliche Begründung des Rechtsstandpunktes der beklagten Partei.

- 1.2 Wie schon einleitend bemerkt, weicht die beklagte Partei in vielen Bereichen vom bisherigen Schadenersatzbegehren ab, worauf zusammenfassend bereits in Punkt II. dieses Schriftsatzes repliziert wurde.
 - 1.3 Die Stadt Linz unterlässt es im Gegensatz zur beklagten Partei nochmals ihren Rechtsstandpunkt darzustellen, sondern verweist diesbezüglich auf die schon bisher eingebrachten Schriftsätze. Die folgenden Ausführungen greifen nur mehr bestimmte Details des Vorbringens der beklagten Partei heraus. Damit wird einerseits eine Brücke zu Punkt II. des Schriftsatzes hergestellt und andererseits auf Behauptungen eingegangen, die bisher nicht oder nicht in dieser Form von der beklagten Partei aufgestellt worden sind.
 - 1.4 Die folgenden Ausführungen sind nach dem Schriftsatz der beklagten Partei gegliedert.
- 2. Zur zusammenfassenden Darstellung des Swap 4175 und des Begehrens (Seiten 4 bis 7 des ergänzenden Vorbringens)**
- 2.1 **Der Swap 4175 als wirksames Rechtsgeschäft**
 - 2.1.1 Die beklagte Partei legt ihren Ansprüchen zwanglos zugrunde, dass der Swap 4175 wirksam zustande gekommen und „*vertragskonform*“ beendet worden sei. Dass dem nicht so ist, das Swap-Geschäft also niemals wirksam war, hat die Stadt Linz in ihren Schriftsätzen bereits ausführlich dargestellt. Daran wird festgehalten (etwa VBSS Stadt Linz 12.7.2013, Punkt II.; Replik 30.8.2013, Punkt III. Z 7 und aufgetragener Schriftsatz 28.2.2014, Punkt III.). Der beklagten Partei steht daher auch kein Erfüllungsanspruch zu. Schadenersatzansprüche könnte sie also höchstens auf den Ersatz des Vertrauensschadens (der im Gegensatz zur offenbar irrigen Annahme der beklagten Partei [vertragliche Ansprüche] kein deliktischer, sondern ebenfalls ein vertraglicher Anspruch wäre) stützen.
 - 2.1.2 Den Einwendungen der Stadt Linz gegen das gültige Zustandekommen des Swap 4175 wäre an sich nichts mehr hinzuzufügen. Die Stadt Linz kommt aber deshalb darauf zurück, weil sich der Oberste Gerichtshof erst vor kurzem zur (beschränkten) Kognitionszuständigkeit der Zivilgerichte bei der Beantwortung der kommunalrechtlichen Vorfrage nach dem wirksamen Zustandekommen eines Vertrages geäußert hat.
 - 2.1.3 Der Entscheidung vom 26. Juni 2014, 6 Ob 73/14z, lag die Eintragung der Privatstiftung mit Beteiligung einer Kommune zugrunde. Es stellte sich die Frage, ob und inwieweit die Errichtung, Übernahme oder Umwandlung von Privatstiftungen der vorangehenden Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf. Das Höchstgericht kam zum Ergebnis, dass Zivilgerichte bei ihrer Vorfrageentscheidung immer dann von einer kommunalrechtlichen Genehmigungspflicht auszugehen haben, wenn eine solche Genehmigungspflicht denkmöglich ist. Andernfalls würden sich die Zivilgerichte eine Zuständigkeit anmaßen, die ihnen verfassungsrechtlich nicht zustünde.

Die Entscheidung erging zwar im Außerstreitverfahren, ihre Aussage gilt aber auch für den Zivilprozess, weil sie nicht den Tatsachenbereich, sondern die Rechtsfrage betrifft.

2.1.4 Danach müssen Zivilgerichte immer dann von einer vorangehenden kommunalrechtlichen Genehmigungspflicht ausgehen, wenn es nicht denkunmöglich ist, den Sachverhalt unter die entsprechende landesgesetzliche Genehmigungspflichten zu subsumieren. Nun haben aber (VBSS Stadt Linz 12.7.2013, Punkt II. Z 7.1.2) zahlreiche Einrichtungen und Behörden klar gemacht, dass der Swap 4175 zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedurft hätte. Ohne eine derartige Genehmigung war der Swap 4175 unwirksam. Dieses Ergebnis ist also nicht denkunmöglich, sodass auch das Handelsgericht Wien in seiner Vorfrageentscheidung darauf Bedacht zu nehmen hat.

2.2 Optimierungseignung des Swap 4175 und Marktüblichkeit

2.2.1 Zur fehlenden Optimierungseignung des Swap 4175 hat die Stadt Linz ebenfalls schon ausführlich Stellung genommen (zuletzt etwa in den Schriftsätzen vom 15.11.2013 und vom 1.7.2014). Die fehlende Optimierungseignung des Swap 4175 ergibt sich schon allein aus der Asymmetrie der Chancen und Risiken der Stadt Linz: Die Stadt Linz konnte nie mehr als die erhaltene Optimierungsprämie (nämlich in der Gestalt der Differenz zwischen den in der Zinsformel angeführten 0,065 % und den marktüblichen fixen Zinsen für die entsprechenden Laufzeiten) gewinnen, ihr Verlustpotential war hingegen unlimitiert. Bei Berücksichtigung der durchschnittlichen Finanzierungsvor- und Finanzierungsnachteile bestand zu Lasten der Stadt Linz ein Verhältnis von 1:14; einer geringfügig zu erwartenden Verringerung der (durchschnittlichen) Zahlungen für die CHF-Anleihe stand ein vielfach erhöhtes Verlustrisiko gegenüber. Durch den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 hat sich das Verhältnis zwischen Ertrag und Risiko bei der zugrundeliegenden CHF-Anleihe nicht verbessert, sondern zumindest um das Fünffache zu Lasten der Stadt Linz verschlechtert.

2.2.2 Marktüblich kann überdies ein Finanzgeschäft nur sein, wenn es dafür einen Markt gibt, auf dem sich ein fairer Preis anhand von Angebot und Nachfrage ermitteln lässt, das Finanzinstrument also liquide ist.

2.2.3 Das ergänzende Vorbringen der beklagten Partei zeigt um ein Vielfaches deutlicher, als ihr bisheriges Vorbringen, dass es dem Swap 4175 an einer solchen Marktüblichkeit gefehlt hat. Sie selbst gesteht ein, dass sie allein aufgrund der Struktur des Produktes nicht in der Lage war, den Swap am Beginn des Geschäftes in ihren Systemen zu erfassen (ergänzendes Vorbringen, BAWAG, S 16). Ein Produkt, für das es insgesamt fünf Schritte bedurfte („*Mapping I*“ bis „*Mapping V*“), um allein eine ihrer Komponenten nach vier Jahren annähernd der Wirklichkeit entsprechend zu erfassen, dem fehlt die Marktfähigkeit und damit auch die Marktüblichkeit. Ein Finanzprodukt ist auch dann nicht marktüblich, wenn die Replikation zu 355 Einzelkomponenten führt.

- 2.2.4 Gegen die Marktüblichkeit des Swap 4175 sprechen aber auch die Vorgänge im Zusammenhang mit der Schließung des Geschäftes. Voraussetzung für die Marktüblichkeit eines Produktes ist, dass sich dessen Wert auch im Zeitpunkt des Schließens durch faire Marktkräfte ermitteln lässt. Schon allein der konstruktive Aufwand, den die beklagte Partei anwenden musste, um zu einem Schließungsszenario zu kommen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 58) zeigt, dass der Swap 4175 keine Marktfähigkeit hatte. Ein Produkt, bei dessen Schließung Kostendifferenzen von bis zu EUR 120 Mio. auftreten, ist ebenfalls nicht marktüblich (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 6).

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsewesens.

2.3 Erfüllungsanspruch

2.3.1 Wiedereindeckungsgeschäfte

2.3.1.1 Unter dem Titel „vertraglicher Anspruch“ verlangt die beklagte Partei die „aufgrund des Ausfalls der Stadt Linz entstandenen extern eingedeckten oder selbst übernommenen Kosten aus Wiedereindeckungsgeschäften“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 6). Dabei handelt es sich zweifellos nicht um den Wert des nicht erfüllten Geschäftes und auch nicht um die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Swap-Formel, sondern um die Kosten, die der beklagten Partei für die Beseitigung ihres Schadens angeblich entstanden sind. Diese Kosten bestehen einerseits im Kaufpreis für den Ankauf von Optionen und andererseits in den Anschaffungskosten für sonstige Geschäfte („synthetisches Portfolio“), die nach dem Vorbringen der beklagten Partei notwendig waren, um das Risiko der beklagten Partei (durch den Weiterverkauf von Optionen auf dem Interbankenmarkt) zu neutralisieren (vgl Punkt II. Z 3.1.2 und 3.1.3). Aus Vereinfachungsgründen werden die Geschäfte um das synthetische Portfolio ebenfalls als „Ankauf von Optionen“ im Rahmen der Wiedereindeckungsgeschäfte bezeichnet.

2.3.1.2 Die Notwendigkeit der Wiedereindeckungsgeschäfte ergab sich daraus, dass die beklagte Partei aus dem Weiterverkauf der Optionen auf dem Interbankenmarkt Dritten gegenüber gleichartige Verpflichtungen eingegangen war (vgl Punkt II. Z 3.1.2). Die beklagte Partei betonte schon bisher, dass die Wiedereindeckungsgeschäfte nur dazu dienten, jene Zahlungsströme bereitzustellen, die notwendig sind, um Zahlungen gegenüber Dritten aus den weiterverkauften Optionen abzudecken (Punkt II. Z 3.1.3). Im ergänzenden Vorbringen der beklagten Partei heißt es diesbezüglich (S 58): „BAWAG P.S.K. konnte ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten aus der extern aufgebauten Absicherungsstruktur nicht mehr mit von der Stadt Linz erhaltenen Zahlungen abdecken“.

2.3.2 Unschlüssiges Vorbringen der beklagten Partei zur Notwendigkeit von Wiedereindeckungsgeschäften

2.3.2.1 Wiedereindeckungsgeschäfte setzen nach Z 2.3.1.2 also voraus, dass Verpflichtungen gegenüber Dritten bedient werden müssen. Bestehen keine Verpflichtungen gegenüber Dritten, bedarf es auch keiner Wiedereindeckungsgeschäfte. Wenn die beklagte Partei gleichzeitig aber auch davon spricht, dass mit den Wiedereindeckungsgeschäften der beklagten Partei (nur) die Position der Stadt Linz auf der Kundenseite – und zwar unabhängig von der Handels-Seite – wiederhergestellt worden sei (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 58), so ist ihr Vorbringen un schlüssig.

2.3.2.2 Soweit mit den Wiedereindeckungsgeschäften zum „Wiederaufbau der Kundenposition“ nämlich Optionen angekauft worden sind, denen keine gegengleichen Optionen auf dem Interbankenmarkt gegenüberstanden, waren sie zur Neutralisierung des Risikos der beklagten Partei nicht notwendig; der dafür getätigte Aufwand ist nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung geeignet.

2.3.3 Kein Anspruch auf interne Absicherungskosten in Höhe von EUR 55,9 Mio.

2.3.3.1 Der von der beklagten Partei verlangte Ersatz der Kosten für die Wiedereindeckungsgeschäfte wird von ihr konkret berechnet (Punkt II. Z 3.2.3); es handelt sich um jene tatsächlichen Kosten, die sie dafür aufwenden musste, um in Zukunft die Zahlungsströme bereitzustellen, die sie dritten Optionskäufern schuldet.

2.3.3.2 Mit den sogenannten internen Absicherungskosten von EUR 55,9 Mio. macht die beklagte Partei tatsächlich aber keine solchen Kosten geltend. Es handelt sich dabei lediglich um den Wert der „ausgefallenen“ Zahlung der beklagten Partei und insofern um eine objektiv-abstrakte Schadensberechnung. Bei einem einheitlichen Schaden, deren Ersatz die beklagte Partei verlangt, ist aber eine Kombination in der von ihr durchgeführten Form nicht zulässig (Punkt II. Z 3.2.4.3). Es stehen daher die EUR 55,9 Mio. als Kostenersatz für Wiedereindeckungsgeschäfte nicht zu.

2.3.4 Anrechnung der erhaltenen Absicherungsprämien

2.3.4.1 Die beklagte Partei muss sich, um nicht bereichert zu sein, die Absicherungsprämien in Höhe von rd. EUR 90 Mio. (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 75 f) anrechnen lassen (Punkt II. Z 3.3). Zur Vorteilsanrechnung reicht es bereits aus, dass sowohl die nachteilige Handlung als auch der Vorteil im selben Tatsachenkomplex wurzeln (RIS-Justiz RS002824).

2.3.4.2 Der Stadt Linz ist mangels Kenntnis der internen Vorgänge der beklagten Partei und mangels Einsichtsmöglichkeit in deren – überdies vom Bankgeheimnis – geschützten Unterlagen ein ziffernmäßiges Vorbringen zu den von der beklagten Partei durch den Weiterverkauf vereinnahmten Erträgen unmöglich. Hingegen hat die beklagte Partei ausreichend Kenntnis darüber, sodass ihr die entsprechende Behauptung und Beweisführung ohne weiteres zugemutet

werden kann. Damit liegen wegen der Nähe zum Beweis auch die Voraussetzungen für eine Umkehr der Behauptungs- und Beweislast vor (RIS-Justiz RS0013491; RS0006261).

2.3.4.3 Die beklagte Partei gesteht selbst zu, Prämien von zumindest EUR 90 Mio. erhalten zu haben, wobei diese Berechnungen nicht auf die tatsächlichen Erträge, sondern nur auf die möglichen Erträge abstellen. Die in diesem Zusammenhang auf Seite 76 des ergänzenden Vorbringens gegengerechneten Kosten von rd. EUR 20 Mio. werden nicht begründet; sie sind nicht nachvollziehbar. Die beklagte Partei ist aufgrund der Umkehr der Behauptungs- und Beweislast verpflichtet, offenzulegen, welche Erträge sie tatsächlich durch den Weiterverkauf der Optionen auf dem Interbankenmarkt erzielt hat.

2.3.5 Zusammenfassung

Zusammengefasst bedeutet das,

- dass der beklagten Partei Wiedereindeckungskosten jedenfalls nur in jenem Umfang zustehen, in dem diese tatsächlich getätigt wurden (also nicht fiktive interne Eindeckungskosten) und nur insoweit, als der Ankauf von Optionen dazu diente, deckungsgleiche Verpflichtungen gegenüber Dritten zu neutralisieren.
- dass sich die beklagte Partei auf die Wiedereindeckungskosten die Prämien aus dem Weiterverkauf von Optionen auf dem Interbankenmarkt zumindest in Höhe von EUR 90 Mio. als Vorteil anrechnen lassen muss.

2.4 Vertrauensschaden

2.4.1 Ein Vertrauensschaden kann bei der Unwirksamkeit des Swap 4175 ausschließlich darin bestehen, dass die beklagte Partei im Vertrauen auf das Swap-Geschäft Verpflichtungen gegenüber Dritten eingegangen ist oder im Hinblick auf dieses Geschäft Aufwendungen tätigte; in der Nichterfüllung des Geschäftes selbst liegt kein Schaden (Punkt II. Z 3.1.5).

2.4.2 Der Vertrauensschaden kann nur konkret in Form der Differenzrechnung durch Vermögensvergleich ermittelt werden. Danach ist die tatsächliche Entwicklung des Vermögens jener gegenüberzustellen, wie sie ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre.

2.4.3 Das Vorbringen der beklagten Partei zu einem angeblichen Vertrauensschaden entspricht dem nicht:

- Die fiktiven Kosten interner Absicherungsgeschäfte zwischen dem Sales-Desk und dem Handels-Desk sind keine Aufwendungen der beklagten Partei, die Einfluss auf ihr Gesamtvermögen haben.

- Die Behauptung, schon der Abschluss des Swap 4175 habe für sich allein schon aus regulatorischen Gründen zu entsprechenden Reaktionen der Bank geführt, zeigt keinen konkreten Vermögensschaden auf.
- Soweit die beklagte Partei lediglich allgemein vorträgt, sie sei im Vertrauen auf den Swap 4175 gegenüber Dritten ähnliche Verbindlichkeiten eingegangen, wie sie der Abbildung der Swap-Formel im SalesStruc-Folder des Sales-Desk entsprechen, liegt keine konkrete Schadensberechnung vor.
- Soweit die beklagte Partei Kosten für Wiedereindeckungsgeschäfte verlangt, die (lediglich) die Position der Stadt Linz wiederherstellen, macht sie die Schadensbeseitigungskosten für den Verlust ihres Erfüllungsanspruches und nicht für ~~die Beseitigung eines Vertrauensschadens~~ geltend. Das Vertrauen darauf, dass die beklagte Partei den Marktwert bei Vertragsbeendigung erhält, ist ein Vertrauen auf den Erfüllungsanspruch, nicht jedoch ein Vertrauensschaden.
- Soweit die beklagte Partei Kosten für Wiedereindeckungsgeschäfte verlangt, die nicht notwendig sind, um Verbindlichkeiten der beklagten Partei aus dem Weiterverkauf der Optionen gegenüber Dritten zu neutralisieren, macht sie einen Aufwand geltend, der keine Schadensbeseitigung, sondern Erfüllung bedeutet.
- Erträge aus dem Weiterverkauf von Optionen auf dem Interbankenmarkt sind Teil der Schadensberechnung und von vornherein bei der Schadensermittlung anzusetzen.

3. **Zu „relevante Eckpunkte des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts“ (Seiten 7 bis 9 des ergänzenden Vorbringens)**

3.1 **Keine Bedeutung des Marktwertes**

- 3.1.1 Die beklagte Partei streicht heraus, dass der Marktwert des Swap 4175 für die Stadt Linz keinerlei Bedeutung gehabt habe. Sie begründet dies damit, dass die Stadt Linz den Swap 4175 nicht zu Veranlagungszwecken abgeschlossen und im Übrigen auch nicht die Absicht gehabt habe, das Geschäft vorzeitig zu beenden (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 7).
- 3.1.2 Dieses Vorbringen dient offenbar zur Rechtfertigung dafür, dass die beklagte Partei ihren eklatanten Interessenkonflikt (vgl Punkt II. Z 2) gegenüber der Stadt Linz ebenso wenig offengelegt hat, wie den anfänglichen negativen Marktwert und die Asymmetrie des Geschäftes (aufgetragener Schriftsatz Stadt Linz 28.2.2014, Punkt II. Z 4 ff).
- 3.1.3 Die beklagte Partei setzt sich mit dieser Behauptung aber auch in einen an Unschlüssigkeit grenzenden Widerspruch mit ihrem aktuellen Vorbringen, wenn sie der Stadt Linz an mehreren Stellen (etwa auf den Seiten 24, 47 und 57) den Vorwurf macht, sie wäre während der Laufzeit des Swap 4175 trotz des negativen Marktwertes untätig geblieben. Die Nichtauflösung des

Geschäftes entsprach doch gerade jenem Verhalten, das die beklagte Partei als Grundverständnis bei Vertragsabschluss darstellt (nämlich den Marktwert nicht zu beachten und aus dem Vertrag nicht vorzeitig auszusteigen).

3.2 Weitergabe von Chancen und Risiken

3.2.1 Die Behauptung der beklagten Partei

3.2.1.1 Zum näheren Verständnis ihres Verhaltens erläutert die beklagte Partei, sie habe im Rahmen der Risikosteuerung die sich aus dem Swap 4175 ergebenden Risiken „zum größten Teil“ an den Finanzmarkt weitergegeben und sie habe lediglich ein – aus damaliger Markteinschätzung – vernachlässigbares Risiko (gemeint ist damit der konvexe Teil der Zinsformel) offengelassen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 7).

3.2.1.2 Auch die Chancen aus dem Geschäft seien damit weitergegeben worden, weil „durch die gewählte Absicherungsstrategie auch allfällige Zahlungen der Stadt Linz nahezu gänzlich an Dritte weitergegeben werden mussten“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 7). Durch die „gewählte bankübliche Absicherungsstrategie“ habe die beklagte Partei überdies sichergestellt, dass keine relevanten Interessenkonflikte zu Lasten der Stadt Linz mehr verblieben seien (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 8).

3.2.2 Das zumindest missverständliche Risikoverständnis der beklagten Partei

3.2.2.1 Mit ihrem Vorbringen bringt die beklagte Partei ein Risikoverständnis zum Ausdruck, das nicht der Wirklichkeit entspricht. Dazu hat die Stadt Linz bereits unter Punkt II. Z 1 ausführlich Stellung genommen. Wenn die beklagte Partei etwa sagt, sie habe die Risiken aus der Kundenposition an den Finanzmarkt weitergegeben, so meint sie damit offenbar die Einnahmenerzielung durch den Weiterverkauf der Optionen. Inwieweit damit gleichartige Verbindlichkeiten eingegangen sind, lässt sich nicht nachvollziehen, da die beklagte Partei keine einzige Angabe dazu macht.

3.2.2.2 Tatsache ist jedenfalls, dass die beklagte Partei gerade den konvexen Teil der Optionskomponente dazu verwendet hat, um im Laufe der Zeit zusätzliche Einnahmen von zumindest EUR 90 Mio. zu erzielen; das ist vor allem ab dem Sommer 2010 erfolgt. Das heißt aber nichts anderes, als dass die beklagte Partei die sich aus dem konvexen Teil der Optionskomponente ergebenden Gewinnchancen mehr als drei Jahre „auf dem eigenen Buch“ gehalten hat.

3.2.2.3 Wenn die beklagte Partei darüber hinaus davon spricht, sie habe mit ihrer Absicherungsstrategie erreicht, dass jeglicher Interessenkonflikt ausgeschaltet war, so meint sie damit die „Absicherungsgeschäfte“ zwischen dem Sales-Desk und dem Handels-Desk. Damit wurden die bestehenden Interessenkonflikte nicht beseitigt, wie die Stadt Linz unter Punkt II. Z 2 dargelegt hat.

3.2.3 Keine Offenlegung der Geschäfte mit Dritten

3.2.3.1 Auf Seite 9 des ergänzenden Vorbringens erklärt die beklagte Partei, „[...] während des Verlaufs des Geschäfts für an den Finanzmarkt weitergegebenen Chancen und Risiken Absicherungsprämien erhalten [zu haben] und [...] im Gegenzug dafür Zahlungsverpflichtungen eingegangen [zu sein], welche die Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz reflektierten“ (aber nicht entsprachen?)

3.2.3.2 Im gesamten Vorbringen der beklagten Partei und in den vorgelegten Unterlagen vermisst man dann in der Folge aber eine Darstellung, wann derartige Verpflichtungen eingegangen wurden, in welcher Höhe sie eingegangen wurden und ob und in welcher Höhe sie bei Beendigung des Swap 4175 noch bestanden. Da der Schaden der beklagten Partei aber nach ihrem Vorbringen darin bestand, nach dem Wegfall der Stadt Linz den Ansprüchen Dritter ungeschützt ausgesetzt zu sein (Punkt II. Z 3.2), konnte es sich dabei nur um die durch den Weiterverkauf der Optionen eingegangenen Verbindlichkeiten gegenüber den Optionskäufern handeln. Gerade diese Verbindlichkeiten zeigt sie nicht her; das widerspricht den Grundsätzen einer konkreten Schadensberechnung.

3.3 Die nicht perfekte Nachbildung der Optionskomponente

3.3.1 Keine Notwendigkeit einer der Wirklichkeit entsprechenden Nachbildung?

3.3.1.1 Nach dem Vortrag der beklagten Partei hat die von ihr im SalesStruc-Folder vorgenommene Abbildung der Optionskomponente aus dem Swap 4175 nicht dem tatsächlichen Zahlungsprofil entsprochen. Das sei im Übrigen bei strukturierten Finanzprodukten in der Regel nicht der Fall (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 16). Auch die nachfolgenden vier weiteren Versuche, sich der Formel anzunähern („Mapping I“ bis „Mapping V“), haben nicht dazu geführt, dass die Abbildung dann der Formel entsprochen habe.

3.3.1.2 Diese Aussage ist insofern überraschend, als der Gutachter der beklagten Partei noch am 9. September 2012 (Beilage ./350) von der Formel behauptete, dass sie ohne größeren Aufwand mit einem Taschenrechner oder einem handelsüblichen Tabellenkalkulationsprogramm berechnet werden könne (Bewertung des Resettable Swaps im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, Beilage ./350, S 6: „Die meisten Studenten im Fach Betriebswirtschaftslehre haben eine solche Rechnung im Laufe des Studiums selbst durchgeführt. Nach meinen Erfahrungen benötigt ein Student 15 bis 30 Minuten, um das Formelergebnis erstmalig und eigenständig auszurechnen“.).

3.3.2 Notwendigkeit eines eigenständigen Produkteinführungsprozesses für den Swap 4175

3.3.2.1 Die beklagte Partei verschweigt in diesem Zusammenhang, dass die Formel, so wie sie war, durch Standardoptionen überhaupt nicht abbildbar gewesen ist. Genau das – nämlich die Replikation in Form von Standardoptionen – hat die beklagte Partei aber vorgenommen. Damit hat sie die mit der Formel verbundenen Risiken für den Kunden nicht erkannt, was sich insbesondere an dem von ihr als „immateriell“ bezeichneten konvexen Teil der Formel in der Folge gezeigt hat. Selbst der Gutachter der beklagten Partei Mark Wahrenburg weist am 9. September 2012 darauf hin (Beilage ./350, S 10), dass Quanto-Optionen – und um solche hat es sich tatsächlich gehandelt – nicht mit den Bewertungsinstrumenten für Standardoptionen erfasst werden können. Das bedeutet aber, dass die beklagte Partei die mit der Swap-Formel der Stadt Linz verbundenen Währungsrisiken nicht richtig eingeschätzt hat.

3.3.2.2 Auch wenn die Optionskomponente im Swap 3976 jener des Swap 4175 ähnelt, so unterschieden sich beide Geschäfte in einem ganz wesentlichen Punkt: Das Basisgeschäft für den Swap 3976 lautete auf Euro, jenes beim Swap 4175 auf Schweizer Franken. Trotz des Umstandes, dass sich bei beiden Formeln der aktuelle Währungskurs im Nenner wiederfindet, lässt sich – durch entsprechende Umformungen – das Auszahlungsprofil beim Swap 3976 in Form von Standardoptionen darstellen. Eine solche Umformung ist beim Swap 4175 nicht möglich, da bei Letzterem die Auszahlung in Schweizer Franken und nicht in Euro stattfindet. Dieser Umstand bewirkt zum ersten, dass das Auszahlungsprofil der Optionskomponente niemals jener von Standardoptionen entspricht, das Risiko also ständig unterschätzt wird. Zum anderen bedeutet die Quanto-Funktion ein zusätzliches, der Stadt Linz nicht abgegoltene Währungsrisiko. Die beklagte Partei war deshalb verpflichtet, für den Swap 4175 einen eigenständigen Produkteinführungsprozess durchzuführen. Da die beklagte Partei dies unterließ, war sie nicht berechtigt, Mag. Werner Penn das Swap-Geschäft anzubieten.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

3.3.3 Die unsachgemäße Abbildung der Formel bedeutete angeblich keinen Nachteil für die Stadt Linz

3.3.3.1 Die beklagte Partei versucht nun, den Eindruck zu erwecken, dass eine ursprünglich der Formel des Swap-Geschäftes entsprechende Darstellung im SalesStruc-Folder keine Vorteile gebracht, sondern dass der „Wiederaufbau der Position der Stadt Linz“ nur noch teurer gekommen wäre. Der sogenannte konvexe Teil der Formel (der in den Gutachten zum Teil auch als „Quanto-Effek“ bezeichnet wird) habe für die Stadt Linz keine Bedeutung gehabt, da es sich dabei um einen „immateriellen, dh auf dem Markt ursprünglich wertlosen Bestandteil gehandelt [habe]“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 28/29).

3.3.3.2 Diese Aussage steht nicht nur im Gegensatz zur Position der beklagten Partei im Strafverfahren (vgl Punkt II. Z 2.3.3.1), wonach sie sich verpflichtet sah, die Absicherungsprämien aus dem konvexen Teil der Formel an die Stadt Linz weiterzugeben, sie spielt auch das damit für die Stadt Linz zusätzlich bestehende Währungsrisiko herunter. Zu der Aussage passt auch nicht, dass die beklagte Partei nur wenige Seiten später (S 32 und 36) vom Anstieg der „Konvexitäts-Risiken“

spricht. Tatsache ist, dass es gerade dieser Teil der Formel war, der die beklagte Partei in die Lage versetzt hat, rd. 330 zusätzliche Standardoptionen zu generieren („Mapping II“ bis „Mapping V“), die sie dann um zumindest EUR 90 Mio. an Dritte weiterverkauft hat.

3.3.4 Die beklagte Partei hat der Stadt Linz ein Risiko verkauft, ohne dass die Stadt Linz dafür eine Gegenleistung erhielt

3.3.4.1 Hatte der konvexe Teil der Swap-Formel – wie die beklagte Partei behauptet – keinerlei realen Marktwert, so war er für die Höhe des Fixzinssatzes der Stadt Linz ohne jede Bedeutung. Der Fixzinssatz von 0,065 % wäre um nichts höher gewesen, wenn die Swap-Formel keinen solchen Effekt enthalten hätte. Die beklagte Partei hat also Mag. Werner P■■■■ ein Produkt verkauft (vgl. aufgetragener Schriftsatz 28.2.2014, Punkt II. Z 3), das ein zusätzliches, exponentielles Währungsrisiko enthielt, ohne dass die Stadt Linz dafür etwas erhielt.

3.3.4.2 Ein solches Produkt durfte die beklagte Partei Mag. Werner P■■■■ niemals anbieten. Selbst wenn Mag. Werner P■■■■ diese Formel gewünscht hätte – was nicht der Fall war (aufgetragener Schriftsatz der beklagten Partei vom 28.2.2014, Punkt II. Z 3) – so hätte sie ihn darauf aufmerksam machen müssen, dass er ein nicht abgoltenes Risiko übernimmt.

4. Zu „Vorgänge innerhalb einer Bank“ (Seiten 11 bis 20 des ergänzenden Vorbringens)

4.1 Absicherungs- und Risikobegrenzungspflichten

4.1.1 Die beklagte Partei stellt unter Abschnitt B. Punkt 1. des Schriftsatzes ihre Absicherungs- und Risikobegrenzungspflichten im Zusammenhang mit dem Abschluss von Kundengeschäften dar. Konkret sind das das Ausfallrisiko, das Besicherungsrisiko, die Wertänderungsrisiken, das Zinsänderungsrisiko, das Großanlagenrisiko und das Liquiditätsrisiko. Die Begrenzung solcher Risiken wird von ihr in weiterer Folge als regulatorisches Erfordernis bezeichnet.

4.1.2 Nachvollziehbar erklärt sie die Pflicht zur Risikobegrenzung aus Swap-Geschäften einer Bank damit, dass die Absicherungsgeschäfte jeweils einen Zahlungsstrom an die Bank generieren sollen, der im Wesentlichen den von der Bank aufgrund des Swap selbst zu erbringenden künftigen Zahlungsstrom auf Basis der Markterwartungen abdeckt (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 13).

4.1.3 Es entspricht dabei dem Verständnis der beklagten Partei, den zuerst durchaus plausibel erklärten Risikobegriff in weiterer Folge aber auch in einem Zusammenhang zu verwenden, der damit nicht das Geringste zu tun hat; dies wurde bereits einleitend (Punkt II. Z 1) aufgegriffen. So ist etwa das Währungsrisiko, das in der Optionskomponente des Swap 4175 steckt, überhaupt kein Risiko der beklagten Partei, obwohl sie es als solches bezeichnet. Sie muss für die Absicherung dieses Risikos auch selbst keine Zahlungsströme vorhalten. Es ist ausschließlich das Risiko der Stadt Linz.

4.1.4 Die einzige regulatorische Bestimmung, die die beklagte Partei im Zusammenhang mit dem Kundenrisiko nennt, ist § 39 Abs 1 BWG. Gerade diese Bestimmung enthält aber keine Verpflichtung der Bank, durch den Weiterverkauf der Optionen selbst Währungsrisiken auf dem Interbankenmarkt einzugehen, um Gewinne zu machen. Dennoch erweckt die beklagte Partei einen solchen Eindruck, wenn sie behauptet, das Risiko aus der Kundenposition der Stadt Linz absichern zu müssen.

4.2 Die Geschäfte zwischen den Abteilungen der Bank

4.2.1 Die Funktion solcher Geschäfte

4.2.2.1 Ein Schlüssel zum Verständnis der verfehlten Darstellung der beklagten Partei ist auch die Schilderung von Interessenkonflikten bzw. deren Vermeidung. Sie beruht darauf, dass solche Interessenkonflikte allein dadurch vermieden werden, dass die Bank die Sales-Seite und die Handels-Seite trennt. Eine solche Vorgangsweise ist zwar organisatorisch geboten und durchaus sachgerecht, sie beseitigt aber den Interessenkonflikt zum Kunden nicht (vgl Punkt II. Z 2); abgesehen davon, dass die beklagte Partei nicht einmal die Mindestanforderung an eine organisatorische Trennung erfüllt hat (Punkt II. Z 2.4).

4.2.2.2 Die geschilderten Geschäfte zwischen den Abteilungen dienen zwar der internen Dokumentation und der Risikosteuerung innerhalb der Bank (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 47), sie begründen allerdings weder Rechte noch Verbindlichkeiten und beeinflussen auch nicht den Vermögensstand der Bank. Dennoch möchte die beklagte Partei einen solchen Eindruck erwecken, wenn sie sagt: *„Eine Bank darf in diesem Zusammenhang allerdings nicht als Einheit betrachtet werden, sondern es muss auf die diesbezüglich gesetzlich vorgezeichnete Struktur einer Bank Bedacht genommen werden“* (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 13).

4.2.2.3 Der Zweck dieser – unzutreffenden – Darstellung liegt auf der Hand. Es soll suggeriert werden, dass durch den Abschluss von Geschäften zwischen Sales-Desk und Handels-Desk *„[...] das aus der Abbildung des Swap-Geschäfts für die Sales-Seite resultierende Risiko gänzlich [neutralisiert also glattgestellt wird]“*. Da auf diese Weise auch kein *„[...] relevantes Marktrisiko mehr offen [...]“* und *„auch keine von der Marktentwicklung abhängige Gewinnchance mehr [übrig bleibt]“*, gibt es plötzlich auch keinen Interessenkonflikt mehr zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 17). Dass dem nicht so ist, wurde in Punkt II. Z 2.4.3 gezeigt.

4.2.3 Weitere Geschäfte im Rahmen der Änderung der Abbildung („Mapping II“ bis „Mapping V“)

4.2.3.1 Aber selbst wenn man der Darstellung der beklagten Partei folgt, bleibt eine Frage unbeantwortet: Der Sales-Desk erhält ja für den Abschluss seiner *„Absicherungsgeschäfte“* mit dem Handels-Desk selbst Prämien. Diese dienten im konkreten Fall dazu, die Zinskomponente

vorzufinanzieren (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 55). Wenn das aber so ist und der Sales-Desk im Zuge der „*Verfeinerung*“ der Abbildung des Swap im SalesStruc-Folder eine Vielzahl weiterer Optionen generiert hat, die er mit spiegelgleichen Absicherungsgeschäften an den Handels-Desk weiterverkaufen konnte, so hätte er dafür weitere Prämien, die die beklagte Partei mit EUR 90 Mio. berechnet hat, erhalten müssen. Der Sales-Desk hatte also weiterhin aufgrund der Swap-Formel Gewinnchancen, die er zu Geld machen konnte. Nicht einmal beim Sales-Desk war also der Interessenkonflikt beseitigt.

4.2.4 Der Interessenkonflikt bleibt aufrecht

4.2.4.1 Entgegen dieser Schilderung ist aber mit der internen „Weitergabe des Kundengeschäftes“ vom Sales-Desk an den Handels-Desk ohnehin der Interessenkonflikt weder gelöst noch ist das Geschäft glattgestellt. Die beklagte Partei gesteht selbst zu, dass der Handels-Desk, der durch die „*Absicherungsgeschäfte*“ intern die Optionen vom Sales-Desk übernimmt, keineswegs verpflichtet ist, spiegelgleiche Geschäfte auf dem Interbankenmarkt abzuschließen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 18).

4.2.4.2 Gerade das Makro-Hedging, das nach der beklagten Partei (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 17) den Standardfall darstellt, bewirkt, dass Kundengeschäft und Eigenhandel voneinander völlig abgekoppelt werden.

4.2.4.3 Die Einführung des FMFX-Folders im Sommer 2010 (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 38) hat zusätzlich bewirkt, dass die vom Sales-Desk übernommenen Optionen nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer in den Büchern der beklagten Partei verblieben (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 57, FN 34, wonach sich eine Vielzahl von Optionen auch noch bei Auflösung des Swap im FMFX-Folder befunden haben). Damit ist zusätzlich dokumentiert, dass mit der internen Weitergabe der Optionen an den Handels-Desk der Interessenkonflikt der beklagten Partei nicht endete. Solange diese Optionen auf den eigenen Büchern der beklagten Partei waren, wettete die beklagte Partei gegen die Stadt Linz.

4.2.5 Die internen Absicherungsgeschäfte ersetzen nicht die Geschäfte mit Dritten

4.2.5.1 Selbstverständlich treten die „*Absicherungsgeschäfte*“ zwischen Sales-Desk und Handels-Desk auch nicht an die Stelle der Geschäfte zwischen der Bank und Dritten, wie sie auf den Seiten 17 bis 20 des ergänzenden Vorbringens dargestellt werden. Mit dem Abschluss von „*Absicherungsgeschäften*“ zwischen Sales-Desk und Handels-Desk werden auch keine Verbindlichkeiten der beklagten Partei begründet; ihr Abschluss kann selbstverständlich auch keinen Vertrauensschaden der beklagten Partei verursachen.

4.2.5.2 Erst das Hedging der Handels-Seite bedeutet für die Bank Gewinn oder Verlust: „*Die dabei lukrierten Prämien bzw (aus selbst gezahlten Prämien) entstandenen Kosten stellen den der Bank entstandenen Gewinn (Profit) bzw den Verlust (Loss) dar.*“ (ergänzendes Vorbringen

BAWAG, S 19). Nur der Abschluss solcher Geschäfte mit Dritten, die zu einer Verbindlichkeit der Bank führen („verkaufte Optionen“), kann überhaupt einen möglichen Vermögensschaden („Entstehen einer Verbindlichkeit“) bedeuten. Kein einziges dieser Geschäfte legt die beklagte Partei im Rahmen des Schriftsatzes offen.

5. Zu „Vorgänge innerhalb der BAWAG P.S.K.“ (Seiten 20 bis 67 des ergänzenden Vorbringens)

5.1 Generelle Aussagen der beklagten Partei zum Swap 4175

5.1.1 Die Position der beklagten Partei zur Eignung des Swap 4175

5.1.1.1 Die beklagte Partei betrachtet – trotz der bisher gewonnenen Erkenntnisse – den Swap 4175 nach wie vor als taugliches Instrument, die Risiken der beklagten Partei aus der CHF-Anleihe zu verringern. Das damit verbundene dreifache Währungsrisiko sieht sie unter Berufung auf das von ihr in Auftrag gegebene Privatgutachten des Mark W■■■■ vom 16. September 2011 als vernachlässigbar an.

5.1.1.2 Mark W■■■■ kommt zu diesem Ergebnis, weil er die Wahrscheinlichkeit von Schwankungen des Schweizer Franken mit zwischen null und einem Prozent bewertet; in gleicher Weise habe die implizite Volatilität, die er dann aber zur Berechnung gar nicht heranzieht, darauf hingedeutet, dass der Schweizer Franken in einem Korridor zwischen 1,70 und 1,44 bleiben werde. Das entspricht just der damaligen Vorstellung des Mag. Werner F■■■■, was den Schluss nahe legt, dass die beklagte Partei trotz entgegenstehender Simulationsmodelle Mag. Werner F■■■■ ebenfalls in diese Richtung beriet bzw. in weiterer Folge bestärkte.

5.1.1.3 Die Ausführungen des Mark W■■■■ sind wissenschaftlich unhaltbar. Das zeigt die Vielzahl von Fehlern, die ihm bei seinem Privatgutachten unterlaufen sind. Die Stadt Linz legt dazu in Reaktion darauf die Expertise der SAM Sachsen Asset Management GmbH vom 5. Mai 2015 vor (neue Beilage /9xM).

5.1.2 Fehlende Optimierungseignung

5.1.2.1 Die von der beklagten Partei offenbar nach wie vor vertretene Risikoeinschätzung (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 28) und die Behauptung, der Swap 4175 wäre geeignet gewesen, die CHF-Anleihe zu optimieren, ist völlig verfehlt.

5.1.2.2 Die fehlende Eignung ergibt sich zusammengefasst aus folgenden Umständen:

- Die massive Asymmetrie zu Lasten der Stadt (VBSS Stadt Linz 12.7.2013, Punkt II. Z 4; auftragener Schriftsatz der Stadt Linz vom 15.11.2013, Punkt III. Z 4.1 ff).

- Die Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Ertrag und Risiko um mindestens das Fünffache zu Lasten der Stadt Linz (S██████, L██████ & G██████, Gutachten vom 12.8.2012, S 8, Beilage ./7xZ4).
- Das Missverhältnis der durchschnittlichen Finanzierungsvor- und Finanzierungsnachteile von zumindest 1:14 zu Lasten der Stadt Linz.
- Das unbeschränkte Risiko und die Vorausschbarkeit des Verlusteintrittes.
- Die Unbeherrschbarkeit des Risikos mit den technischen und bankfachlichen Fähigkeiten einer Kommune.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

5.2 **Abbildung und interne Absicherung**

5.2.1 Die geschilderte Absicherung beruht auf dem als fehlerhaft erkannten Risikobegriff

Der Darstellung der internen Absicherung des Swap 4175 auf den Seiten 22 bis 52 des ergänzenden Vorbringens liegt der verfehlt Risikobegriff der beklagten Partei zugrunde. Die „Kundenposition“ der Stadt Linz, die eine Forderung der beklagten Partei aus den gekauften Optionen ist, wird als Risiko der Bank dargestellt, das weitergegeben werden kann und das jedenfalls abgesichert werden muss. Die Stadt Linz hat sich damit schon in Punkt II Z 1 auseinandergesetzt; auf diesen wird verwiesen. Im Folgenden werden nur noch einige Punkte behandelt.

5.2.2 Für den Swap 4175 fehlt ein tauglicher Produkteinführungsprozess

Die beklagte Partei hat für den Swap 4175 keinen Produkteinführungsprozess durchgeführt, sondern auf jenen des Swap 3976 zurückgegriffen. Sie wäre dazu verpflichtet gewesen. Auf die Ausführungen der Stadt Linz zu Punkt III. Z 3.3.2 wird verwiesen. Ohne einen geeigneten Produkteinführungsprozess für den Swap 4175 durfte sie diesen Mag. Werner F██████ nicht anbieten.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

5.2.3 Fehlerhafte Erfassung des Geschäftes durch die beklagte Partei

Die beklagte Partei war nicht in der Lage, die Optionskomponente des Swap 4175 technisch richtig in ihren Systemen zu erfassen. Das ist eine Tatsache. Das und die Notwendigkeit, die Abbildung des Swap 4175 nach der ersten Replikation („Mapping I“) noch viermal zu ändern („Mapping II“ bis „Mapping V“), mit dem das Geschäft von ursprünglich 21 auf 355 Standardoptionen erweitert wurde (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 23 bis S 49), zeigt, dass der Swap 4175 nicht marktüblich war; auch dazu wurde in Punkt III. Z 2.2.2 ausführlich Stellung genommen.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

5.2.4 Die nachträglichen Änderungen der internen Erfassung des Swap 4175

5.2.4.1 Die beklagte Partei beruft sich darauf, zur Änderung („*Verfeinerung*“) der Abbildung der Swap-Formel einerseits durch die Änderung des Marktes und andererseits aufgrund regulatorischer Vorgaben gezwungen worden zu sein. Tatsächlich hat sie das Geschäft wegen des Fehlens eines tauglichen Produkteinführungsprozesses in ihren Büchern nicht richtig erfassen können. Ihre nunmehrige Rechtfertigung beruht überdies auf einem falschen Risikobegriff. Das Erstarren des Schweizer Franken bedeutete keine Risikoerhöhung auf Seiten der beklagten Partei, sondern höchstes auf Seiten der Stadt Linz (aufgrund der fehlenden Hinterlegungspflicht musste die beklagte Partei für den Swap 4175 auch kein zusätzliches Eigenkapital vorhalten: vgl Punkt II. Z 1.2.3.2 ff).

5.2.4.2 Es ist daher auch falsch, wenn die beklagte Partei im Zusammenhang mit der sogenannten „*Verfeinerung*“ davon spricht, sie habe dadurch das Marktrisiko aus der Kundentransaktion abgesichert und diese Maßnahmen seien vor dem Hintergrund der vollständigen Neutralisierung der Marktrisiken erfolgt. Ein Risiko der beklagten Partei bestand nur in Form des Adressenausfallrisikos der Stadt Linz.

5.2.4.3 Das Generieren zusätzlicher Optionen im Rahmen von „*Mapping II*“ bis „*Mapping V*“ diente der beklagten Partei ausschließlich dazu, die Voraussetzungen für den gewinnbringenden Weiterverkauf der Optionen am Interbankenmarkt zu schaffen. Die Oesterreichische Nationalbank hat in Beilage ./XI ihres Berichtes Kritik an der beklagten Partei dahingehend geübt, dass es im August 2010 auf der Ebene des Handelsbuches („*Handels-Desk*“) zu einer Ausweitung der Marktrisikoposition von EUR 11 Mio. und damit zu einer Überschreitung des Limits gekommen wäre. Als Ursache stellte die Nationalbank fest: „*Zu dieser Ausweitung der Risikoposition kam es aufgrund der geänderten Replikation eines strukturierten Produktes*“ (Bericht der Oesterreichische Nationalbank, Beilage ./XI; [Anmerkung: Es hat sich dabei um den Swap 4175 gehandelt]). Die Änderung der Abbildung im SalesStruc-Folder hatte – wie sich aus dieser Feststellung ergibt – also nicht den Zweck, ein Risiko der beklagten Partei abzusichern, sondern nur den Zweck, die durch das „*Mapping II*“ zusätzlich generierten Optionen auf dem Interbankenmarkt an Dritte zu verkaufen. Der im Bericht der Nationalbank erwähnte Betrag von EUR 11 Mio. entspricht jenen Absicherungsprämien, die die beklagte Partei in ihrem ergänzenden Vorbringen auf Seite 76 zugibt.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

5.2.5 Fehlen einer Begründung für die gegenläufige Option von CHF 650.000,00

Was die in Tabelle 1 auf Seite 27 des ergänzenden Vorbringens enthaltenen gegenläufigen Optionen mit einem Betrag von CHF 650.000,00 angeht, so ist nicht erklärbar, inwieweit diese Beträge Aufwendungen, Kosten oder Verbindlichkeiten der beklagten Partei dargestellt haben. Deren sachliche Begründung wird daher bestritten.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsewesens.

5.2.6 Der konvexe Teil der Swap-Formel

5.2.6.1 Auf Seite 28 des ergänzenden Vorbringens findet sich wiederum die Behauptung der beklagten Partei, dass der sogenannte konvexe Teil der Swap-Formel zum Abschlusszeitpunkt „immateriell“ gewesen sei und daher bei der Abbildung der Formel im SalesStruc-Folder unberücksichtigt geblieben war. Damit sagt die beklagte Partei aber nichts anderes, als dass sie Mag. Werner P. für die Übernahme des darin gelegenen Währungsrisikos nichts gezahlt hat. Der Fixzins von 0,065 % wäre nicht höher gewesen, hätte der Swap 4175 keinen konvexen Teil enthalten.

5.2.6.2 Das gleiche gibt die beklagte Partei zu, wenn sie sich jetzt damit rechtfertigt, dass die Abbildung der Formel mittels Quanto-Optionen oder mittels einer vollständigen Serie von Standardoptionen zu keinem am Markt realisierbaren Vorteil für die Stadt Linz geführt hätte.

5.2.6.3 Das heißt aber noch nicht, dass das Risiko nicht letztlich für die Stadt Linz schlagend wurde. Immerhin hat die beklagte Partei daraus mehr als 320 weitere Optionen geschaffen, die sie um zumindest EUR 90 Mio. gewinnbringend veräußern konnte. In diesem Umfang haben sich auch die Wiedereindeckungskosten für die Stadt Linz erhöht.

5.2.7 Die Wiedereindeckungsgeschäfte der beklagten Partei orientieren sich nur an der internen Abbildung im SalesStruc-Folder

5.2.7.1 Die Ausführungen der beklagten Partei zum konvexen Teil der Formel machen zusätzlich deutlich, dass die Wiedereindeckungskosten nach der Vorstellung der beklagten Partei ausschließlich davon abhängen, in welcher Form sie die Swap-Formel 4175 intern im SalesStruc-Folder abgebildet hatte. Die Wiedereindeckungsgeschäfte, deren Kosten die beklagte Partei jetzt verlangt, haben also mit den Verbindlichkeiten der Stadt Linz aus der Formel ebenso wenig zu tun, wie mit den Verbindlichkeiten der beklagten Partei aus dem Weiterverkauf der Optionen auf dem Interbankenmarkt.

5.2.7.2 Das erklärt auch die Aussage der beklagten Partei auf Seite 58 ihres ergänzenden Vorbringens, dass sie beim „Close-Out des Swap 4175 die Kundenseite neu aufgebaut, also die Position der Stadt Linz auf der Kundenseite nachgebildet [habe]. Demgegenüber [s]ei die Wiedereindeckung nicht auf der Handels-Seite [also den Positionen, aus denen die beklagte Partei Dritten gegenüber verpflichtet war], sondern auf der Kundenseite vorgenommen [worden]“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 58). Mit einer konkreten Schadensberechnung hat das nichts zu tun.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

5.2.8 Rückkauf der initialen Optionen

Wenn die beklagte Partei auf Seite 47 ihres ergänzenden Vorbringens davon spricht, dass „[...] mit diesem Rückkauf der initialen Optionen die ursprüngliche Form der Abbildung im SalesStruc-Folder [geendet habe]“, so bleibt offen, ob sie damals tatsächlich die verkauften Optionen rückgelöst oder ob es sich dabei ebenfalls nur um einen reinen internen Buchungsvorgang gehandelt hat. Dasselbe gilt für das sogenannte „True-up“, bei denen Optionen getauscht wurden, die eine Laufzeit null hatten. Die beklagte Partei sagt nichts dazu, ob es sich um rein innere Buchungsvorgänge oder aber um tatsächliche Aufwendungen bzw. externe Verbindlichkeiten handelt.

5.3 Die Vorgänge auf der Handels-Seite

5.3.1 Das Risiko im Zusammenhang mit dem Zinsswap

Auf Seite 54 beschreibt die beklagte Partei tatsächlich ein Risiko, das sie aufgrund des Swap 4175 hatte. Sie musste nämlich im Austausch gegen den Fixzins von 0,065 % den 6-Monats-CHF-Libor bereitzustellen. Auch dieses Risiko hat die beklagte Partei anfänglich auf dem eigenen Buch gelassen und damit gegen die Stadt Linz gewettet (vgl Punkt II. Z 2.3.2). Sie verschleiern das mit den Worten: „[...] entschloss sich dazu, das aus der Kundenposition resultierende Zinsrisiko [.] durch insgesamt vier handelbare Zinspositionen zu minimieren“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 54).

5.3.2 Zweck des Mikro-Hedge

5.3.2.1 Der anfängliche Mikro-Hedge durch den Weiterverkauf von 31 Standardoptionen diene angeblich dazu, die Kosten für die Absicherung der Zinsseite vorzufinanzieren (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 56), was aber insofern keinen Sinn macht, als dem Sales-Desk ohnehin die Prämien aus den „Absicherungsgeschäften“ mit dem Handels-Desk zur Verfügung gestanden waren.

5.3.2.2 Dieser Widerspruch lässt sich nur dann lösen, wenn der Sales-Desk – entgegen der Behauptung, die „Absicherungsgeschäfte“ wären vollwertige Geschäfte (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 17: „[...] interne Absicherungsgeschäfte unterscheiden sich nicht von anderen Geschäften“) – gar keine Prämien vom Handels-Desk erhält, die „Absicherungsgeschäfte“ also nur einen fiktiven internen Vorgang bedeuten. Damit würde sich auch erklären, dass der Sales-Desk im Rahmen der Neuschaffung weiterer Optionen bei der „Verfeinerung“ der Swap-Formel keine zusätzlichen Prämien vom Handels-Desk mehr erhalten hat.

5.3.3 Unmöglichkeit der konkreten Schadensberechnung

Wenn die beklagte Partei auf Seite 58 ihres ergänzenden Vorbringens (ähnliche Formulierungen verwendet die beklagte Partei auch auf den Seiten 17 und 53) einräumt, dass – aufgrund des Systems des Makro-Hedge – „[...] eine detaillierte Darstellung der Vorgänge auf Handels-Seite während der Laufzeit des Swap 4175 sowie infolge der Verfeinerung der Abbildung der Swap-Formel nicht 1:1 möglich [sei]“, so bestätigt das nur, dass es keine konkrete Schadensberechnung gibt.

6. Zum Abschnitt „Vertraglicher Anspruch“ (Seiten 67 bis 70 des ergänzenden Vorbringens)

6.1 Die Begründung der beklagten Partei

6.1.1 Die beklagte Partei begründet ihren „vertraglichen Anspruch“ damit, dass sie durch den Verlust der „aktiven Kundenposition der Stadt Linz“ nach deren Zahlungseinstellung gezwungen gewesen sei, „diese Risikoposition schnellstmöglich zu schließen“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 67). Das sei „durch das Eingehen von Neutralisierungsgeschäften“ (welche die beklagte Partei dann als Wiedereindeckungsgeschäfte bezeichnet) geschehen.

6.1.2 Bei den Wiedereindeckungsgeschäften habe es sich zu einem weit überwiegenden Teil um Geschäfte gehandelt, die mit externen Dritten abgeschlossen worden wären, einen geringfügigen verbleibenden Teil im Ausmaß von EUR 55,9 Mio. (konkret EUR 55.931.726,43) habe die beklagte Partei auf das eigene Buch genommen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 65).

6.2 Zur Notwendigkeit von Wiedereindeckungsgeschäften

6.2.1 Allein der Forderungsausfall löste keine Absicherungsverpflichtung aus

6.2.1.1 Nach der von der beklagten Partei in ihrem Schriftsatz vom 12. Juli 2013 gegebenen Begründung ihres Schadens war die beklagte Partei mit dem Ausbleiben der Zahlungen der Stadt Linz einem (Währungs-)Risiko ausgesetzt gewesen, das es galt, schnellstmöglich zu schließen bzw. – wie die beklagte Partei sich ausdrückt – zu neutralisieren.

6.2.1.2 Nun bedeutete aber die Nichtzahlung der Stadt Linz aus der Währungskomponente des Swap 4175 vorerst lediglich, dass ein Schuldner die Zahlung aus einer Forderung verweigert, die Forderung der Bank also notleidend wird. Da lediglich die Stadt Linz und nicht die beklagte Partei einem (Währungs-)Risiko aus dem Swap 4175 ausgesetzt war, führte die Zahlungsverweigerung der Stadt Linz daher unmittelbar zu keinem Risiko der beklagten Partei, das es zu neutralisieren galt. Allein die Zahlungsverweigerung der Stadt Linz rechtfertigte also noch nicht den Abschluss von Neutralisierungsgeschäften.

6.2.2 Absicherung der Verpflichtungen aus Drittgeschäften

6.2.2.1 Anderes stellt sich die Sachlage dar, wenn die beklagte Partei wegen des Swap 4175 selbst währungsabhängige Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten auf dem Interbankenmarkt eingegangen ist, die sie weiterhin bedienen musste. Solches behauptete sie im Schriftsatz vom 12. Juli 2013, Seite 119. Auch in ihrem ergänzenden Vorbringen (S 58) heißt es von Seiten der beklagten Partei, dass „[s]ie [nach dem Wegfall der Stadt Linz] ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten aus der extern aufgebauten Absicherungsstruktur [gemeint also der Weiterverkauf von Optionen an Dritte] nicht mehr mit von der Stadt erhaltenen Zahlungen abdecken [konnte]“.

6.2.2.2 Ausgehend von diesem Schadensverständnis der beklagten Partei (Zahlungsverpflichtung gegenüber Dritten, Notwendigkeit der Neutralisierung) dienen also die Wiedereindeckungsgeschäfte (in Form des Ankaufs von gegengleichen Optionen) dazu, Verbindlichkeiten gegenüber Dritten auszugleichen. Mit den angekauften Optionen sollen also in Zukunft Zahlungsströme generiert werden, die dann Dritten, gegenüber denen die beklagte Partei mit Rücksicht auf den Swap 4175 Verpflichtungen eingegangen ist, bereitgestellt werden können. Die Kosten solcher Wiedereindeckungsgeschäfte wären danach in Wahrheit jene Kosten, die notwendig sind, um den primären Vermögensschaden (es sind die Verpflichtungen gegenüber Dritten) zu beseitigen bzw. in Form gegengleicher Optionen zu neutralisieren. Eine derartige Schadensermittlung bzw. Schadensbeseitigung ist auch für die Stadt Linz nachvollziehbar (auch rechtlich wäre der Ersatz von Schadenbeseitigungskosten gedeckt: Punkt II. Z 3.2.1).

6.2.3 Unschlüssigkeit des Zahlungsbegehrens im ergänzenden Vorbringen

6.2.3.1 Die Schadensaufgliederung der beklagten Partei steht allerdings im Widerspruch dazu, wofür sie – nach eigenem Bekunden – die Wiedereindeckungsgeschäfte benötigt hat. Bei der nunmehrigen Darstellung des Schadens steht nicht mehr die Neutralisierung der gegenüber dritten Optionskäufern auf dem Interbankenmarkt eingegangenen Verpflichtungen im Vordergrund, vielmehr sollen die Wiedereindeckungsgeschäfte dazu dienen, die Position der Stadt Linz wiederaufzubauen. Aus diesem Grund erfolgt die Darstellung der Wiedereindeckungsgeschäfte auch nicht auf der Handels-Seite, sondern auf der Kundenseite (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 58).

6.2.3.2 Dieser offenkundige Widerspruch hätte insoweit keine Auswirkung, als die wiederaufgebauten Positionen der Stadt Linz auf der Kundenseite jenen Positionen entsprechen, welche die beklagte Partei ihrerseits gegenüber Dritten auf der Handels-Seite als Verpflichtung eingegangen ist. Diesen Eindruck versucht die beklagte Partei an mehreren Stellen ihres ergänzenden Vorbringens auch tatsächlich zu vermitteln: Einerseits behauptet sie, dass die Positionen auf der Kundenseite die gegenüber Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten reflektieren würden. Andererseits spricht die beklagte Partei aber davon, dass die Kundenposition auf der Sales-Seite „[...] nicht 1:1 übertragbar [wäre] ...“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 58).

6.2.3.3 Bestehen aber keine Verbindlichkeiten gegenüber Dritten bzw. bestehen sie nicht in jenem Ausmaß, in dem die Abbildung auf der Kundenseite im SalesStruc-Folder das Bestehen von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten suggeriert, so verlangt die beklagte Partei Schadensbeseitigungskosten für einen Schaden, den sie gar nicht hat. Soweit also keine Verpflichtungen gegenüber Dritten bestehen, waren Wiedereindeckungsgeschäfte aus regulatorischen Gründen auch gar nicht notwendig, um ein (Währungs-)Risiko der beklagten Partei abzusichern; ein solches Risiko bestand dann einfach nicht.

6.2.3.4 Die beklagte Partei hat das Bestehen von währungsabhängigen Verpflichtungen gegenüber Dritten auf dem Interbankenmarkt, die sie mit Rücksicht auf den Swap 4175 eingegangen ist, zwar behauptet, das Bestehen derartiger Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Beendigung des Swap-Geschäftes aber nicht offengelegt. Im österreichischen Recht gilt der Grundsatz der konkreten Schadensberechnung (Punkt II. Z 3). Diesen Grundsatz hat die beklagte Partei verletzt. Solange nicht feststeht, ob und in welchem Umfang Wiedereindeckungsgeschäfte zur Neutralisierung eines Risikos der beklagten Partei überhaupt notwendig waren, ist der Schaden nicht bewiesen.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsewesens.

6.2.4 Klagsänderung und Einwand der Verjährung

6.2.4.1 Beinhalten die Wiedereindeckungsgeschäfte der beklagten Partei auch den Ankauf von Optionen, die gar nicht notwendig sind, um Verpflichtungen der beklagten Partei gegenüber Dritten zu neutralisieren, so dienen sie ausschließlich dazu, der beklagten Partei einen zusätzlichen Vermögenswert in Form dieser Optionen zu verschaffen. Die beklagte Partei kann nun diese zusätzlichen Optionen entweder am Interbankenmarkt gegen Entgelt weiterverkaufen oder aber behalten, um in Zukunft Zahlungsströme zu erhalten, die sie gar nicht braucht, weil keine Verpflichtungen gegenüber Dritten bestehen.

6.2.4.2 Wenn das der Fall ist, so verlangt die beklagte Partei etwas anderes, als sie bisher geltend gemacht hat. Die Stadt Linz hat sich aus diesem Grund im Schriftsatz ON 333 gegen die damit verbundene Klagsänderung ausgesprochen. Das Handelsgericht Wien hat diese Änderung mit Rücksicht auf § 235 ZPO allerdings zugelassen.

6.2.4.3 Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften, die überhaupt nicht notwendig sind, um Verpflichtungen gegenüber Dritten zu neutralisieren, hat die beklagte Partei bis zu ihrem Schriftsatz vom 6. März 2015 nicht verlangt. In diesem Ausmaß geht ihr nunmehriges Verlangen über die bisher geltend gemachten Ansprüche hinaus. In diesem Umfang sind die Ansprüche jedoch, weil sie schon längst hätten geltend gemacht werden können, verjährt. Die Stadt Linz wendet also gegen jene Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften, die nicht notwendig sind, um Verpflichtungen gegenüber Dritten zu neutralisieren, ausdrücklich die Verjährung ein.

6.3 Höhe des Anspruches

6.3.1 Kosten der Neutralisierungsgeschäfte

6.3.1.1 Die beklagte Partei hat sich entschieden, ihren Schadenersatz in Form von Schadensbeseitigungskosten subjektiv-konkret zu berechnen. Dazu weist sie auf Seite 69 des ergänzenden Vorbringens die Kosten von extern eingedeckten Put-Optionen in Höhe von EUR 83,8 Mio. aus. Die beklagte Partei schildert in diesem Zusammenhang, in welchen Wechselkursbereichen sie ihre Wiedereindeckungsgeschäfte abgeschlossen hat, deren Kosten sie verlangt.

6.3.1.2 Dabei fällt auf, dass sie in Ziffer 6.4 ihres vorbereitenden Schriftsatzes vom 12. Juli 2013 die Bandbreite der notwendigen Absicherung für Währungskurse EUR/CHF zwischen 1,32 und 0,42 angibt. In Ziffer 6.4.1 wird der „Korridor“ zwischen 1,22 und 0,52, in Ziffer 6.4.2 jener zwischen 1,22 und 0,42 aufgeschlüsselt.

6.3.1.3 Der abzusichernde Bereich zwischen 1,32 und 1,22 fehlt zur Gänze. Eine Kostenaufstellung, die einen nicht unwesentlichen Absicherungsbereich ziffernmäßig nicht erfasst und dennoch zum gewünschten Ergebnis kommt, muss unrichtig sein (zu den weiteren Vorhalten wird auf die Replik der beklagten Partei vom 30. August 2013, Punkt IV. Z 7, verwiesen).

6.3.2 Eigenbelege begründen keine Kosten

6.3.2.1 Bei den mit rd. EUR 55,9 Mio. aufgelisteten sogenannten „*internen Wiedereindeckungskosten*“ handelt es sich in Wahrheit um keinen Schadenbeseitigungsaufwand. Die beklagte Partei musste in diesem Umfang überhaupt keine Ausgaben tätigen. Sie hat auch keine Wiedereindeckungsgeschäfte abgeschlossen. Aus diesem Grund findet sich für diese „Kosten“ lediglich eine Vielzahl von Eigenbelegen der beklagten Partei. Diese stellen allerdings nur interne Vorgänge dar, die das Vermögen der beklagten Partei – im Sinne eines konkreten Schadens – nicht beeinflusst haben.

6.3.2.2 Die Stadt Linz hat diesen Umstand bereits in ihrer Replik vom 30. August 2013, Punkt IV. Z 7, beanstandet. Auf diese Ausführungen wird nochmals verwiesen. Dazu kommt, dass die beklagte Partei – rechtlich unzulässig (Punkt II. Z 3.2.4.3) – in ihrer Schadensberechnung eine subjektiv-konkrete Berechnung der Schadensbeseitigungskosten mit einer objektiv-abstrakten Berechnung ihres Erfüllungsanspruches kumuliert. Der beklagten Partei stehen also die geltend gemachten EUR 55,9 Mio. aus dem Titel der Schadensbeseitigungskosten nicht zu.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

6.3.3 Synthetisches Portfolio

6.3.3.1 Aufwendungen in Höhe von rd. EUR 249,5 Mio. entfallen auf das sogenannte synthetische Portfolio. Die beklagte Partei begründet die Substitution des Ankaufs von neutralisierenden Put-Optionen durch eine Mehrzahl anderer Geschäfte damit, dass diese besser geeignet waren, jene Zahlungsströme bereitzustellen, welche die beklagte Partei benötigt, um ihre Zahlungsverpflichtungen gegenüber Dritten in Zukunft erfüllen zu können.

6.3.3.2 Wenn die beklagte Partei nun behauptet, dass wirkungsgleiche Put-Optionen auf dem Markt nicht erhältlich gewesen seien, so ist dies bankfachlich deshalb nicht nachvollziehbar, weil sie für das synthetische Portfolio Call-Optionen verwendet hat. Zwischen Call- und Put-Optionen besteht aber – bankfachlich betrachtet – eine sogenannte Put-Call-Parität. Dementsprechend müssten Put-Optionen dann handelbar gewesen sein, wenn es auch für die Call-Optionen der Fall war, die die beklagte Partei für das synthetische Portfolio verwendet hat.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

6.3.4 Vorteilsanrechnung

Nach den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung (Punkt II. Z 3.3) sind die der beklagten Partei aus den Absicherungsgeschäften zugeflossenen Prämien in Höhe von zumindest EUR 90 Mio. auf ihren Schadenersatzanspruch anzurechnen. Die beklagte Partei wird wegen ihrer Nähe zum Beweis die tatsächlichen Erträge aus den Absicherungsgeschäften darzulegen haben (vgl Punkt III. Z 2.3.4.2).

7. Zu „Darstellung der Kosten und Erträge/Vertrauensschaden“ (Seiten 70 bis 85 des ergänzenden Vorbringens)

7.1 Die Begründung der beklagten Partei

7.1.1 Den Vertrauensschaden begründet die beklagte Partei damit, dass es die Stadt Linz verabsäumt habe, sie über die fehlende Befugnis des Mag. Werner F■■■■ bzw. die fehlende Vertragsgrundlage aufzuklären. Außerdem hätten es die Vertreter der Stadt Linz schuldhaft verabsäumt, die beklagte Partei von der Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung des Vertrages in Kenntnis zu setzen.

7.1.2 Bei der Ermittlung des daraus zustehenden Schadenersatzanspruches komme es darauf an, festzustellen, wie sie stünde, wenn sie nicht auf die Gültigkeit des Swap 4175 vertraut hätte. „Aus diesem Grund [sei] eine gesamthafte Betrachtung der der BAWAG P.S.K. aus dem Swap 4175 entstandenen Kosten und Erträge angezeigt“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 70).

7.2 Einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens besitzt die beklagte Partei schon deshalb nicht, weil sie kein schützenswertes Vertrauen hatte

7.2.1 Kein schützenswertes Vertrauen der beklagten Partei auf die Vertretungsbefugnis des Mag. Werner P■■■■

7.2.1.1 § 867 ABGB hält im öffentlichen Interesse dazu an, sich vor dem Geschäftsabschluss mit einer Gemeinde mit den gesetzlichen Vorgaben vertraut zu machen. Diese Obliegenheit hat die beklagte Partei verletzt. Bei Einsicht in das StL 1972 wäre ihr sofort klar gewesen, dass für Geschäfte, wie dem Swap 4175, ein konkreter Gemeinderatsbeschluss erforderlich ist.

7.2.1.2 Der beklagten Partei waren kommunalrechtliche Beschränkungen durchaus nicht unbekannt: Schon der bankinterne Kreditantrag der beklagten Partei vom 27. September 2006 (zur Einrichtung eines Kreditlimits „für die Abwicklung von derivativen Geschäften“, Beilage ./JJJ1) enthält bei der Darstellung des Kreditnehmers, also der Stadt Linz, den Hinweis, dass alle größeren Finanzentscheidungen vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden müssen. Im selben Kreditantrag findet sich auch ein unmissverständlicher Hinweis auf die Zuständigkeit der Gemeindeaufsichtsbehörde.

7.2.1.3 Obwohl also der beklagten Partei die kommunalrechtlichen Beschränkungen klar waren, hat sie sich bei Abschluss des Swap-Geschäftes nicht dafür interessiert. Es steht vielmehr fest, dass sich die handelnden Personen der beklagten Partei erstmals am 26. April 2007, also mehr als zwei Monate nach Abschluss des Geschäftes überhaupt die Frage stellten, ob für das Geschäft ein Gemeinderatsbeschluss vorliegt (vgl Beilage ./FF).

7.2.1.4 Wenn die beklagte Partei jetzt nach wie vor behauptet, einen Vertrauensschaden erlitten zu haben, so ist ihr vorzuhalten, das sie bei Abschluss des Geschäftes die Genehmigungserfordernisse schlicht ignorierte, obwohl sie ihr bekannt waren. Es kann auch nicht stimmen, dass die beklagte Partei – wie von ihr behauptet – in die Irre geführt worden wäre. Dagegen spricht nicht nur der bankinterne E-Mail-Verkehr vom 26. April 2007, sondern es sprechen auch die näheren Umstände, wie die beklagte Partei in der Folge das Geschäft behandelt hat, dagegen (VBSS Stadt Linz 12.7.2013, Punkt II. Z 6.11: „Worauf hat die beklagte Partei eigentlich vertraut“).

7.2.1.5 Es ist nach den bisherigen Verfahrensergebnissen (auftragener Schriftsatz der beklagten Partei vom 28.2.2014, Punkt II.) davon auszugehen, dass die beklagte Partei Mag. Werner P■■■■ zentrale Informationen über das Swap-Geschäft verschwiegen hat. Ganz im Gegenteil hat sie entgegen den bankfachtechnischen Erkenntnissen über den Swap 4175 Mag. Werner P■■■■ nicht nur ein für Gemeinden völlig untaugliches Produkt geradezu aufgedrängt, sondern diesen auch in seiner Fehleinschätzung ermutigt (es überrascht nicht, dass die beklagte Partei den Swap 4175 nach wie vor als taugliches Instrument für Kommunen bezeichnet). Die beklagte Partei darf sich also nicht wundern, dass Mag. Werner P■■■■ die Genehmigungspflicht des Swap 4175 falsch eingeschätzt hat. Das muss sich die beklagte Partei selbst zurechnen. Hätte sie Mag. Werner P■■■■ pflichtgemäß aufgeklärt, so hätte dieser nicht nur die mangelnde Deckung des Geschäftes durch den Gemeinderat erkannt; er hätte das Geschäft auch nicht abgeschlossen. Die beklagte

Partei muss daher zur Kenntnis nehmen: Wer selbst das Gesetz bricht und seinen Vertragspartner im Dunkeln lässt, kann keinen Vertrauensschaden in Anspruch nehmen (vgl auch Punkt III. Z 2 des aufgetragenen Schriftsatzes vom 28.2.2014: „*Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes 4175 wegen evidenten Befugnismissbrauches*“).

7.2.2 Wegfall jedes Vertrauens spätestens seit dem Gespräch am 6. Juli 2010

7.2.2.1 Spätestens mit der Erklärung des Bürgermeisters der Stadt Linz am 6. Juli 2010, wonach die Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 als nichtig und daher für sie nicht bindend betrachtet, hat die beklagte Partei nicht mehr auf die Gültigkeit des Swap 4175 vertraut. Soweit sie danach gegenüber Dritten auf dem Interbankenmarkt Verbindlichkeiten zur Erzielung von Einnahmen einging oder Aufwendungen tätigte, konnte sie sich nicht mehr auf die Gültigkeit des Swap-Geschäftes berufen.

7.2.2.2 Selbst wenn die beklagte Partei nur die Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften zur Neutralisierung von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten verlangen würde, was nicht feststeht, so stehen ihr jedenfalls die Kosten jener Wiedereindeckungsgeschäfte nicht zu, die Verbindlichkeiten oder Aufwendungen nach diesem Gespräch am 6. Juli 2010 betreffen.

7.2.2.3 Tatsächlich hat die beklagte Partei – wie jetzt durch ihren Schriftsatz bekannt wird (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 76) – im großen Stil erst am 18./19. August 2010 damit begonnen, die Mehrzahl der zusätzlichen Optionen zu generieren, um diese auf dem Interbankenmarkt zu ihrem Vorteil weiterzuveräußern. Dieser Weiterverkauf bedeutete nichts anderes, als das Eingehen von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten. Diese Verbindlichkeiten stellen aber in keinem Fall einen Vertrauensschaden dar. Die beklagte Partei konnte nach dem Gespräch am 6. Juli 2010 nicht ernsthaft annehmen, dass die Stadt Linz den Swap 4175 als gültig akzeptiert. Daher stehen der beklagten Partei Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften, die Verbindlichkeiten neutralisieren, die erst nach dem 6. Juli 2010 entstanden sind, in keinem Fall zu.

7.3 Der Vertrauensschaden kann nur subjektiv-konkret durch einen Vermögensvergleich (Differenzrechnung) berechnet werden

7.3.1 Der unwirksame Vertrag ist kein Vermögenswert der beklagten Partei

7.3.1.1 Ein (von Anfang an) unwirksamer Vertrag stellt keinen Vermögenswert dar (vgl Punkt II. Z 3). Die Weigerung der Stadt Linz, das unwirksame Swap-Geschäft 4175 zu erfüllen, führte also zu keinem Vermögensschaden der beklagten Partei. Ihr einzig denkbarer Schaden, den sie im Vertrauen auf den vorgeblich wirksamen Vertrag hätte erleiden können, konnte also höchstens im Eingehen von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten oder in nutzlosen Aufwendungen liegen, die sie im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages gemacht hat. Aus diesem Grunde kann der Nachteil, der in der Nichterfüllung eines unwirksamen Vertrages liegt, auch nicht abstrakt, sondern nur subjektiv-konkret berechnet werden (vgl Punkt II. Z 3.1.5.).

7.3.1.2 Das ist auch der Grund, weshalb die Ausführungen der beklagten Partei zu den sogenannten fiktiven Reparaturkosten (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 80) für die Ermittlung des Vertrauensschadens nicht einschlägig sind: Fiktive Reparaturkosten setzen nämlich das Vorliegen eines verletzten Vermögensgutes des Geschädigten voraus. Bei einem von Anfang an unwirksamen Vertrag fehlt ein derartiges Vermögensgut. Die internen Absicherungskosten von EUR 55,9 Mio., die die beklagte Partei ansetzt, können daher niemals ein Vertrauensschaden sein.

7.3.2 Schadensermittlung ausschließlich durch Vermögensvergleich

7.3.2.1 Die subjektiv-konkrete Berechnung des Schadenersatzanspruches bedeutet, dass der Schaden durch Vermögensvergleich zu ermitteln ist. Es gilt dafür der Grundsatz der konkreten Schadensberechnung. Danach sind alle Auswirkungen im Vermögen des Geschädigten festzustellen, sodass dazu die tatsächliche Entwicklung des gesamten Vermögens nach dem schädigenden Ereignis und die vermutliche Entwicklung ohne dieses in die Betrachtung gehören; die tatsächliche Entwicklung des Vermögens ist jener gegenüberzustellen, wie sie ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre (Punkt II. Z 3.2.3).

7.3.2.2 Die Schadensdarstellung der beklagten Partei wird dem nicht gerecht. Das zeigt schon die Verbalisierung des Schadens durch die beklagte Partei. Danach sei ihr – offenbar unabhängig von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten – *„[...] bereits im Abschlusszeitpunkt ein Vermögensnachteil entstanden, weil BAWAG P.S.K. im Zuge der Abbildung und Absicherung des Swap 4175 Hedge-Geschäfte abschließen musste“* (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 78). Die beklagte Partei spricht damit offenkundig die interne Abbildung sowie die rein fiktiven *„Absicherungsgeschäfte“* zwischen Sales-Desk und Handels-Desk an. Dabei handelt es sich um keinen Vermögensschaden in Form des Eingehens von Verpflichtungen.

7.3.2.3 Auch habe die beklagte Partei *„[...] im Vertrauen auf die Gültigkeit des Swap 4175 im Zusammenhang mit weiteren Hedge-Geschäften aufgrund der bestehenden bankenregulatorischen Bestimmungen Vermögensdispositionen getroffen, aus denen weitere Vermögensnachteile der BAWAG P.S.K. resultieren. Siehe dazu insgesamt die obigen Ausführungen“* (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 78). Auch diese Ausführungen stellen keinen konkreten Schadensnachweis dar.

7.3.3 Vorteilsanrechnung als Teil der Schadensermittlung

7.3.3.1 Eine der Konsequenzen des Gesamtvermögensvergleiches ist, dass die mit dem unwirksamen Geschäft verbundenen Vorteile bereits bei der Schadensermittlung zu berücksichtigen sind (Punkt II. Z 3.3). Dazu kommt noch, dass es bei den Vorteilen, welche die beklagte Partei in Form der Absicherungsprämien erhielt, nicht etwa – wie sonst bei Vorteilsausgleich – nur um Zuwendungen Dritter ging, die aus Anlass des entstandenen Schadens geleistet wurden. Es

handelt sich vielmehr um Vorteile, die unmittelbar mit dem Swap 4175 für die beklagte Partei verbunden waren und die sie ohne Abschluss des Swap 4175 in keinem Fall erhalten hätte. Dementsprechend sind die „Absicherungsprämien“, welche die beklagte Partei schon nach ihrem eigenen Bekunden erhalten hat, als Teil der Schadensberechnung (des Vertrauensschadens) zu berücksichtigen.

7.3.3.2 Soweit sich die beklagte Partei darauf bezieht, die Stadt Linz halte ihrerseits am Swap 3976 fest, den sie mit Gewinn geschlossen hätte (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 79), ist dem entgegen zu halten, dass schon im Anwaltsbrief der Stadt Linz vom 22. März 2011 (vgl. ON 5, AS 453, 455) die Zug-um-Zug Überweisung der Nettoerlöse aus dem Swap 3976, gegen Anerkenntnis der Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts 4175 der beklagten Partei angeboten wurde. Ferner hat der BGH im Urteil vom 28. April 2015, XI ZR 378/13 ausgesprochen, dass Vorteile aus anderen Zins-Swap-Verträgen im Rahmen der Vorteilsausgleichung mit schadensstiftenden Swap-Verträgen an sich keine Berücksichtigung zu finden haben. Dementsprechend hätte die Stadt Linz die Herausgabe der Vorteile aus dem Swap 3976 gar nicht anbieten müssen, was sie jedoch hat.

7.4 Kein Erfüllungsanspruch im Gewand der „*culpa in contrahendo*“

7.4.1 Theoretischer Vertrauensschaden

7.4.1.1 Ein Vertrauensschaden der beklagten Partei kann höchstens im Eingehen von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten auf dem Interbankenmarkt im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Swap 4175 bestanden haben. Der Beseitigungsaufwand wiederum kann dann nur die Kosten der Wiedereindeckungsgeschäfte enthalten, die notwendig waren, um solche Verbindlichkeiten zu neutralisieren.

7.4.1.2 Wenn die beklagte Partei demgegenüber erklärt, dass sie unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschadens gezwungen war, „[...] die Position der Stadt Linz wieder einzudecken, dh sozusagen Geschäfte am Markt einzukaufen, welche der internen Abbildung des Swap entsprach“ (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 79), so liegt es auf der Hand, dass die beklagte Partei damit in Wahrheit die Erfüllung aus dem Swap 4175 und nicht den Vertrauensschaden will.

7.4.2 Die Wiedereindeckungsgeschäfte dienen nur der Erfüllung des Swap 4175

7.4.2.1 Die beklagte Partei verlangt den Ersatz der Kosten von Wiedereindeckungsgeschäften in der Höhe von rd. EUR 397 Mio. Abgesehen davon, dass in diesem Betrag auch sogenannte interne Wiedereindeckungskosten von EUR 55,9 Mio. enthalten sind, die niemals eine Verbindlichkeit oder einen Aufwand darstellen können, nimmt die beklagte Partei keine Rücksicht darauf, ob die Wiedereindeckungsgeschäfte überhaupt der Neutralisierung von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten dienen oder nicht. Sie sind ja nur dazu da, die Position der Stadt Linz auf der

Kundenseite wiederaufzubauen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 58). Damit verlangt die beklagte Partei keinen Vertrauensschaden, sondern Erfüllung.

7.4.2.2 Diese Schlussfolgerung bestätigt die beklagte Partei mit ihrem weiteren Vorbringen. Danach sei ihr Vermögensnachteil bereits im Augenblick des Vertragsabschlusses entstanden. Er habe *„[...] in der Differenz Bid/Ask im Zinshandel und in der impliziten Volatilität im Währungshandel [bestanden]“*. Als die Stadt Linz die Zahlung aus dem Swap 4175 verweigerte, habe sich *„[...] der anfängliche Vermögensnachteil bereits auf jenen Betrag gesteigert, der letztlich notwendig war, um ihre Risikoposition [d.h. im Konkreten den Zahlungsanspruch der beklagten Partei] zu schließen“*. Und weiters: *„Um dies zu erreichen, musste die BAWAG P.S.K. die Position der Stadt Linz wiedereindecken, dh sozusagen Geschäfte am Markt einkaufen, welche der internen Abbildung des Swap entsprach“* (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 79).

7.4.3 Ein mögliches Vertrauen kann zu keinem Erfüllungsanspruch führen

7.4.3.1 Führten die Wiedereindeckungsgeschäfte tatsächlich dazu, dass die beklagte Partei jene Zahlungen erhält, die sie auch bei aufrechem Vertrag hätte, so wäre sie so gestellt, als sei das Swap-Geschäft wirksam, obwohl alle gesetzlich geforderten Beschlüsse/Genehmigungen fehlen. Wirtschaftlich betrachtet müsste die Stadt Linz also anstelle des nicht genehmigten und auch nicht genehmigungsfähigen unwirksamen Swap-Geschäftes die nicht weniger nachteiligen Derivatgeschäfte der beklagten Partei erfüllen.

7.4.3.2 Der Oberste Gerichtshof hat schon in seinem Erkenntnis 8 Ob 11/11t auf den kommunalrechtlichen Genehmigungszweck hingewiesen und gemeint, dass der verweigerte Erfüllungsanspruch nicht durch einen gleichartigen Vertrauensschaden ersetzt werden darf. Das gilt auch im konkreten Fall.

7.5 **Fehlen des Rechtswidrigkeitszusammenhangs**

7.5.1 Selbst wenn die beklagte Partei nur die Kosten jener Wiedereindeckungsgeschäfte verlangen würde, die dazu dienen, Verbindlichkeiten gegenüber Dritten auf dem Interbankenmarkt zu neutralisieren, so kann sie keinen Kostenersatz von der Stadt Linz begehren. Allein das Eingehen derartiger Verbindlichkeiten und der damit verbundene Vermögensnachteil der beklagten Partei steht in keinem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der behaupteten Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten (8 Ob 11/11t).

7.5.2 Noch vielmehr gilt das für das Makro-Hedging der beklagten Partei, das nicht einmal eine konkrete Zuordnung der Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zum Kundengeschäft erlaubt (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 53). In diesem Fall verwendet die beklagte Partei vielmehr das Kundengeschäft als Versicherungsvertrag, um die (Währungs-)Risiken aus ihrem Gesamtportfolio abzusichern. Eine derartige Funktion oder Aufgabe des Kundengeschäftes war

für die Stadt Linz weder vorhersehbar, noch steht sie in einem Rechtswidrigkeitszusammenhang zur behaupteten Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten (siehe Punkt II. Z. 3.4).

7.6 Absicherungsprämien als Teil der Schadensberechnung

- 7.6.1 Die beklagte Partei sagt selbst, dass sie Absicherungsprämien in Höhe von zumindest EUR 90 Mio. verdient hätte, wenn sie im jeweiligen Zeitpunkt der Neufassung der Abbildung im SalesStruc-Folder („Mapping II“ bis „Mapping V“) Optionsgeschäfte mit Dritten auf dem Interbankenmarkt abgeschlossen hätte (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 75 f). Sie bringt davon angebliche Prämienkosten mit Datum 19. August 2010 in Höhe von EUR 20.721.139,62 in Abzug, ohne diese zu begründen oder zu erläutern; auch im Gutachten, Beilage ./347, fehlt jede Erklärung für diese Kosten. Kosten in dieser Höhe sind allerdings – vergleicht man sie mit den Aufwendungen der beklagten Partei beim Abschluss des Swap-Geschäftes (ausgehend von ihrer Aufgliederung in ON 83 des Strafaktes von lediglich EUR 2,6 Mio.) – nicht plausibel.
- 7.6.2 Da der Handels-Desk – wie von der beklagten Partei vorgetragen – mit dem Weiterverkauf der Optionen zuwarten konnte und wie die Vorgänge um den FMFX-Folder zeigen (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 38, S 57 FN 34), auch tatsächlich zugewartet hat, sind die tatsächlich von der beklagten Partei erzielten Absicherungsprämien vermutlich wesentlich höher gewesen, als die von ihr dargestellten rd. EUR 90 Mio.
- 7.6.3 Wäre der Swap 4175 nicht abgeschlossen worden, hätte die beklagte Partei jedenfalls keine Absicherungsprämien erhalten. Überdies macht die beklagte Partei bei ihrer Schadensberechnung auch Absicherungskosten geltend. Will sie Absicherungskosten berücksichtigt haben, so muss sie sich auch die dafür eingenommenen Absicherungsprämien anrechnen lassen.
- 7.6.4 Die (tatsächlich) erzielten Absicherungsprämien sind vielmehr Teil der Schadensberechnung beim Vermögensvergleich und nicht ein Thema der Vorteilsanrechnung. Für den erlittenen Schaden ist allein die beklagte Partei beweispflichtig (vgl Punkt II. Z 3.3).

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens.

7.7 Die behaupteten Absicherungskosten sind nicht plausibel

- 7.7.1 Die beklagte Partei behauptet weiters, Absicherungskosten aus einer Sicherheitenhinterlegungsvereinbarung mit der Deutsche Bank AG in Höhe von EUR 10.780.518,98 gehabt zu haben. Kosten in der geltend gemachten Höhe sind nicht glaubhaft: In ihrer Kostenermittlung (ON 83 des Strafaktes, Beilage ./8xS) berichtete die beklagte Partei von Gesamtkosten der Sicherheitenbestellung für die Dauer des Swap 4175 in Höhe von EUR 2,6 Mio., also einem Fünftel des nunmehr geltend gemachten Betrages, was schon erhebliche Zweifel an ihrem jetzigen Begehren auslöst.

7.7.2 Weiters ist auffällig, dass die Vereinbarung mit der Deutsche Bank AG erst vom 17. August 2007 datiert, also mehr als ein halbes Jahr nach dem Abschluss des Swap 4175 erfolgt ist. Nachdem die beklagte Partei aber im Rahmen des Mikro-Hedging bereits im Februar 2007 die Optionen an die Deutsche Bank AG weiterveräußert hat, passt die Vereinbarung der Sicherheitenbestellung erst im August 2007 nicht zu dieser Geschichte.

7.7.3 Dazu kommt noch, dass Sicherheitenbestellungen für den Weiterverkauf von Optionen ab Juli 2010 keinen Anspruch der beklagten Partei auf Ersatz des Vertrauensschadens mehr begründen können; sie hat spätestens ab diesem Zeitpunkt kein schutzwürdiges Vertrauen mehr auf die Gültigkeit des Vertrages. In ihrer Aufstellung macht die beklagte Partei aber Kosten ihrer Sicherheitenbestellung für den Zeitraum Juli 2007 bis Oktober 2011 geltend.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

7.8 Sonstige Bestreitungen

7.8.1 Auf die Coupon-Zahlungen an Dritte in Höhe von EUR 44.008.271,58 muss sich die beklagte Partei im Rahmen des Gesamtvermögensvergleiches die Zahlungen der Stadt Linz in Summe von EUR 24.216.683,40 anrechnen lassen, weil diese Einnahmen Teil des Vermögens der beklagten Partei wurden. Diese Einnahmen hätte sie nicht gehabt, wäre das Swap-Geschäft nicht abgeschlossen worden.

7.8.2 Die Absicherungskosten für den reinen Zinsswap in der Höhe von EUR 33.186.221,11 werden mit Rücksicht auf die Ergebnisse des Strafverfahrens (Punkt II. Z 2.3.2) ebenfalls bestritten. Der Gutachter in diesem Verfahren hat darauf hingewiesen, dass die beklagte Partei dadurch, dass sie zeitweise gegen die Stadt Linz gewettet hat, auch im Bereich der Zinsen den Aufwand für die Absicherung auf rd. EUR 13,5 Mio. senken konnte.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens.

7.9 Konsequenzen für die Schadensberechnung der beklagten Partei (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 82)

7.9.1 Der beklagten Partei gebührt schon mangels eines schutzwürdigen Vertrauens kein Ersatz eines Vertrauensschadens. Dazu kommt noch, dass der Vertrauensschaden in Form des Weiterverkaufes der Optionen auf dem Interbankenmarkt, sei es durch Mikro-Hedging, sei es durch Makro-Hedging, zu keinem durch die behauptete Verletzung von Sorgfaltspflichten geschützten Vermögensschaden der beklagten Partei geführt hat.

- 7.9.2 Ein Schaden der beklagten Partei kann höchstens in jenen Verbindlichkeiten bestehen, die sie gegenüber Dritten im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Swap 4175 eingegangen ist und die im Zeitpunkt der Beendigung des Swap 4175 noch bestanden haben.
- 7.9.3 Der beklagten Partei fehlte jedenfalls seit dem Gespräch mit dem Bürgermeister der Stadt Linz am 6. Juli 2010 das Vertrauen auf die Gültigkeit des Swap 4175. Verbindlichkeiten, die sie danach einging, aber auch Aufwendungen, die sie mit Rücksicht auf den Swap 4175 danach tätigte, waren daher durch ein Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages nicht mehr gerechtfertigt. Für derartige Verbindlichkeiten und Aufwendungen steht ihr keinesfalls ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu.
- 7.9.4 Mit den sogenannten „Close-Out-Kosten“ von EUR 397.705.109,71 macht die beklagte Partei nur Kosten für ein Deckungsgeschäft geltend, mit dem der ursprüngliche Anspruch gegen die Stadt Linz ersetzt („wiederaufgebaut“) wird. Dabei handelt es sich um keinen Vertrauensschaden, sondern um einen Erfüllungsanspruch.
- 7.9.5 Im Rahmen der konkreten Schadensberechnung hat die beklagte Partei alle Aufwendungen und Erträge, die sie tatsächlich gehabt hat, offenzulegen. Das gilt insbesondere für die tatsächlichen Absicherungsprämien, die sie vereinnahmt hat. Eine dementsprechende konkrete Schadensberechnung hat die beklagte Partei nicht vorgenommen.

IV. Gutachten

1. Vorbemerkungen

- 1.1 Die beklagte Partei hat den am 27. März 2015 eingebrachten Schriftsatz dazu genützt, sich mit den sowohl im Strafverfahren des Landesgerichtes Linz als auch im anhängigen Verfahren vor dem Handelsgericht Wien vorgelegten Gutachten inhaltlich ausführlich auseinanderzusetzen.
- 1.2 Die in dieser Auseinandersetzung zum Ausdruck kommende bankfachtechnische Beurteilung ist aus Sicht der Stadt Linz irreführend, sodass sie nicht unkommentiert bleiben kann. Die Stadt Linz wird also in den folgenden Ziffern des Punktes IV. auf die Stellungnahme der beklagten Partei eingehen, wobei diese Stellungnahme den jeweiligen Absätzen des Vorbringens der beklagten Partei folgt, ohne dass im Detail nochmals das Vorbringen der beklagten Partei wiederholt wird.
- 1.3 Die Ausführungen der beklagten Partei beruhen auf den Angaben ihres Privatgutachters Mark W■■■■■■■■■■, von dem die beklagte Partei insgesamt drei Gutachten, und zwar mit Datum 16. September 2011, 30. Juli 2012 und zuletzt mit Datum 9. September 2012, Beilage ./350, vorgelegt hat. Die von Mark W■■■■■■■■■■ in diesen Gutachten vertretenen Thesen beruhen auf falschen Annahmen und sind auch wissenschaftlich unhaltbar. Markus F■■■■■■■■■■, den Mark W■■■■■■■■■■ in seinen Gutachten ausführlich kritisiert hatte, hat sich in der Vergangenheit dazu bereits am 2. Oktober 2012 geäußert. Aus Anlass der nun vorgebrachten Kritik wird seine

Stellungnahme als neue Beilage ./9xN dem Schriftsatz angefügt. Außerdem hat die beklagte Partei die Sachsen Asset Management GmbH (SAM) damit beauftragt, die von Mark W [REDACTED] vor allem im Gutachten vom 16. September 2011 vertretenen Thesen wissenschaftlich zu untersuchen. Das Ergebnis dieser Untersuchung, die mit 4. Mai 2015 datiert ist, wird als weitere Beilage ./9xM vorgelegt.

Beweis: Kurzgutachten von SAM Sachsen Asset Management GmbH vom 5. Mai 2015, Beilage ./9xM;
Stellungnahme Markus F [REDACTED] vom 2. Oktober 2012, Beilage ./9xN;

2. Die Stellungnahme der beklagten Partei zu Markus F [REDACTED] (Gutachten F [REDACTED], Beilage ./7xZ1)

2.1 Der Swap 4175 ist durch Standardoptionen nicht abbildbar

2.1.1 Entgegen der Behauptung der beklagten Partei kommt Markus F [REDACTED] gerade nicht zum Ergebnis, dass die Formel des Swap-Geschäftes 4175 nach „*einfacher Umformung die stückweise Auszahlungsfunktion einer normalen „plain vanilla Option“ ergibt.*“ Seine Aussage gilt vielmehr nur für den nicht optionalen Teil der Formel, die bisher im Verfahren auch als konvexer bzw. exponentieller Teil der Formel bezeichnet wurde (Gutachten F [REDACTED], Beilage ./7xZ1, S 6).

2.1.2 Der von Markus F [REDACTED] so genannte „*optionale-Bestandteil*“ des Swap 4175 kann hingegen nicht einfach mittels Standardoptionen abgebildet werden, weil die Auszahlungen („*Payout*“) – wie bei „*Quanto-Optionen*“ üblich – in Schweizer Franken und nicht in Euro denominated sind. Das unterscheidet ihn vom Swap 3976, bei dem das nicht der Fall ist. Dass es sich dabei nicht um einen unbedeutenden Unterschied handelt, zeigt, dass Mark W [REDACTED] (Beilage ./350, S 11) auf die Feststellung Wert legt, dass die Optionskomponente des Swap 4175 nicht mit den im Bewertungssystem Bloomberg auffindbaren Volatilitäten für Standardoptionen bewertet werden dürfe. (Bei dieser gegen Markus F [REDACTED] gerichteten Kritik entgeht der beklagten Partei jedoch, dass sie selbst an anderer Stelle ausdrücklich behauptet, dass der Swap 4175 durch Standardoptionen ausreichend erfasst werden könne [ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 25ff]).

2.2 Notwendigkeit eines eigenständigen Produkteinführungsprozesses für den Swap 4175

Die Ausführungen der Gutachter zur Unmöglichkeit, den Swap 4175 – im Gegensatz zum Swap 3976 – in Form von Standardoptionen abzubilden bzw. zu bewerten, beweisen, dass der Produkteinführungsprozess für den Swap 3976 nicht geeignet war, Art und Umfang des im Swap 4175 enthaltenen (Währungs-)Risikos zu erfassen. Bestätigt wird dieser Umstand natürlich auch dadurch, dass die beklagte Partei insgesamt fünf Versuche („*Mapping I*“ bis „*Mapping V*“) benötigt hat, um die Auszahlungsstruktur des Swap annähernd zu erfassen. Sie sagt aber selbst, dass diese Abbildung durch eine Unmenge von Standardoptionen ebenfalls nur Annäherungswerte erbringt (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 29 und 77 zum „*perfekten Hedge*“).

2.3 Bewertung der Quanto-Optionen

2.3.1 Wie wissenschaftlich anerkannt, hat Markus F. zur Bewertung der Quanto-Optionen eine spezielle aus dem Black-Scholes-Modell entwickelte Formel verwendet. Mark W. gebrauchte selbst diese Formel für seine Bewertungen (Beilage ./350, S 14). Der Vorwurf, Markus F. habe nicht marktkonforme Inputdaten verwendet, entspricht also nicht den Tatsachen. Bei den verwendeten Daten hat es sich um die auch heute noch nachvollziehbaren Bloomberg-Marktdaten gehandelt (Stellungnahme F., Beilage ./9xN, S 4). Insoweit besteht auch nur ein scheinbarer Widerspruch, geht die beklagte Partei doch im Zusammenhang mit dem Gutachten von Martin J. selbst davon aus, dass „*marktgerechte Optionspreise nur mit den tatsächlich am Markt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gehandelten impliziten Volatilitäten berechnet werden können*“ (Schriftsatz BAWAG 27.3.2015, S 6).

2.3.2 Unrichtig ist demnach auch, Markus F. hätte seinen Berechnungen ausschließlich „*At-The-Money*“ (ATM) Volatilitäten zugrunde gelegt (Stellungnahme F., Beilage ./9xN, S 5).

2.3.3 Auch der Vorhalt, Markus F. würde die „*Optionsprämien künstlich dadurch aufblähen*“, dass er allein die „*Ask-Seite*“ für seine Bewertung heranzieht, ist falsch. Markus F. weist sämtliche seiner „*optionalen*“ Bewertung sowohl bid- als auch askseitig aus. Lediglich die ohnehin unstrittige Bewertung des „*plain vanilla interest swap*“ erfolgte „*zur Mitte*“.

2.4 Das Phänomen der „*Volatility Frowns*“

2.4.1 Was den Unterschied in der Bewertbarkeit von Quanto-Optionen und Standardoptionen angeht, so stützt sich die beklagte Partei auf die wissenschaftlich völlig unhaltbare Annahme des Mark W., dass die Volatilität von Quanto-Optionen gegenüber Standardoptionen nicht exponentiell nach oben, sondern nach unten tendiere, d.h., dass Quanto-Optionen niedriger zu bewerten seien, als Standardoptionen („*volatility frowns*“). Mark W. gibt dafür allerdings keine wissenschaftliche Grundlage an, allein schon das tatsächliche Marktrisiko (nicht lineares Auszahlungsprofil und mangelnde Liquidität) von Quanto-Optionen steht dem entgegen (Stellungnahme Fulmek Beilage ./9xN, S 9).

2.4.2 Mark W. ist darüber hinaus vorzuwerfen, dass er seine zweifelhafte „*volatility frown*“-Hypothese mit dem theoretischen Replikationsportfolioansatz von Mercurios kombiniert. Überdies muss auch Mark W. zugeben, dass seine Theorie die Annahme einer impliziten Volatilität von nahezu null voraussetzt, die zwingend zu einer „*Unterschätzung des tatsächlichen Optionswerts*“ führen muss (Gutachten W., Beilage ./350, S 14).

2.4.3 Das Ziel dieser Vorgangsweise ist klar: Der Wert von Quanto-Optionen soll geringer sein als der von Standardoptionen. Dass das nicht stimmen kann, zeigt schon allein der Umstand, dass es gerade die Quanto-Funktion in der Formel des Swap 4175 war, die dazu geführt hat, dass die

beklagte Partei aus ursprünglich 21 Standardoptionen 355 Optionen machen konnte, die sie dann gewinnbringend um zumindest EUR 90 Mio. weiterverkauft hat.

3. Die Stellungnahme der beklagten Partei zu Martin J. [REDACTED] (Gutachten J. [REDACTED], Beilage .I7xZ2 und Ergänzung J. [REDACTED], Beilage .I7xZ3)

3.1 Der Swap 4175 brachte der Stadt Linz ein unkalkulierbares Risiko

3.1.1 Die beklagte Partei kritisiert Martin J. [REDACTED], nicht verstanden zu haben, dass der Swap 4175 ein kalkulierbares und auch ohne weitere Hilfsmittel erkennbares Risiko dargestellt hat.

3.1.2 Demgegenüber weist Martin J. [REDACTED] darauf hin, dass der Swap 4175 ein Spekulationsgeschäft gewesen ist, das weder marktüblich noch optimierend war. Die Stadt Linz habe anstelle eines durchaus überschaubaren Zinsrisikos (6-Monats-CHF-Libor aus der bestehenden Anleihe) ein exponentielles Währungsrisiko übernommen, das einem Leerverkaufsvolumen von EUR 500 Mio. entsprach (Gutachten J. [REDACTED], Beilage .I7xZ2, S 2 und 16).

3.2 Probleme bei der Erfassung des Risikos

Martin J. [REDACTED] sah die Gefahr der Unterschätzung des übernommenen Risikos auch in der Tatsache, dass die Optionskomponente der Swap-Formel nicht durch Standardoptionen darstellbar gewesen ist: Beim Swap 4175 habe „es sich [...] um eine Serie von komplexen Währungsoptionen [gehandelt], die wegen der Nicht-Linearität nicht einfach durch Standard-Optionen abgebildet werden können“ (Ergänzung J. [REDACTED], Beilage .I7xZ3, S 11). Die Unmöglichkeit, die Swap-Formel durch Standardoptionen zu erfassen, bestätigt auch Markus F. [REDACTED] und im Ergebnis auch Mark W. [REDACTED] (Beilage .I350, S 2).

3.3 Der Swap 4175 ist kein Absicherungsgeschäft, sondern eine Spekulation

3.3.1 Die Tatsache, dass von der Stadt Linz eine Verdoppelung des Währungsrisikos losgelöst von der bestehenden Anleihe übernommen worden ist, beweist nach Martin J. [REDACTED] den Spekulationscharakter des Swap 4175 (Ergänzung J. [REDACTED], Beilage .I7xZ3, S 28). Es stimmt also auch nicht, dass Martin J. [REDACTED] dem Swap 4175 jemals eine Absicherungseignung gegen die schon bestehenden (Währungs-)Risiken aus der CHF-Anleihe attestiert hätte. Ganz im Gegenteil hat er an mehreren Stellen seines Gutachtens das für eine Gemeinde unkontrollierbare doppelte Währungsrisiko betont (Gutachten J. [REDACTED], Beilage .I7xZ2, S 13 und Beilage .I7xZ3, S 10).

3.3.2 Martin J. [REDACTED] meint in diesem Zusammenhang: Könnte ein derartiges Geschäft tatsächlich als Absicherungsgeschäft bezeichnet werden, „ließen sich beliebige Spekulationen in beliebigem Ausmaß auf irgendetwas rechtfertigen, wenn [daraus] nur am Anfang Minderkosten resultieren würden.“ (Gutachten J. [REDACTED], Beilage .I7xZ2, S 19). Anstatt bestehende Risiken zu begrenzen,

wurden neue Risiken geschaffen, ohne dass die damit verbundenen neuen Risiken in einem angemessenen Verhältnis zum erwarteten Nutzen standen (Gutachten J■■■■■, Beilage .17xZ2, S 18).

- 3.3.3 Ähnlich hat sich der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 8 Ob 11/11t geäußert: *„Es liegt kein Absicherungsgeschäft vor, wenn mit einem Zins-Swap ein neues Risiko geschaffen oder ein bestehendes erhöht wird; die Inkaufnahme eines – wenn auch subjektiv als gering eingeschätzten – Risikos zur Realisierung erhoffter Gewinnchancen ist vielmehr das Charakteristikum eines Spekulationsgeschäfts. [...] Wollte man allein schon die Chance auf einen Gewinn zur Finanzierung künftiger Ausgaben als Absicherung bestehender Positionen auffassen, würde selbst das Lotteriespiel unter den Begriff Absicherungsgeschäft fallen.“*

3.4 Fehlende Optimierungseignung

Beim Wechselkursrisiko beanstandet Martin J■■■■■ entgegen der Darstellung der beklagten Partei, dass auch nach Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 das *„Wechselkursrisiko der Anleihe bestehen bleibt“* und *„ein neues Währungskursrisiko geschaffen“* wird (Gutachten J■■■■■, Beilage .17xZ2, S 13). Damit hat der Swap 4175 im Portfolio der Stadt Linz gerade nichts zur notwendigen *„Currency Allocation“* beigetragen, sondern das Währungsrisiko in existenzbedrohendem Ausmaß erhöht. Nicht zuletzt aufgrund des damit verbundenen Klumpenrisikos verneint Martin J■■■■■ auch jede Optimierungseignung (Gutachten J■■■■■, Beilage .17xZ2, S 18).

3.5 Wissenschaftliche Expertise

- 3.5.1 Wenn die beklagte Partei das Fehlen von Quellenangaben im Zusammenhang mit den allgemeinen Ausführungen von Martin J■■■■■ beanstandet, so ist ihr entgegenzuhalten, dass die Grundsätze der *„Vermögensverwaltung und Finanzierung“* in nahezu jedem Standardwerk zur Kapitalanlage unter den Schlagworten *„Rendite-Risiko-Effizienz“*, *„Markteffizienz“*, *„Asset Allocation“* *„Asset Diversification“* oder *„Portfolio Insurance“* nachgelesen werden können und den weltweiten Standards entsprechen. Der Vorwurf, dass *„[...] wesentliche Grundlagen des Gutachtens von Prof. J■■■■■ wissenschaftlich unüberprüfbar und nicht haltbar [seien]“*, geht somit ins Leere.

- 3.5.2 Mark W■■■■■, auf den sich die beklagte Partei in ihrer Kritik an Martin J■■■■■ bezieht, unterstellt eine implizite Volatilität von 2,5 %, gibt dafür aber keinerlei Quelle an. Dem widerspricht Martin J■■■■■ gestützt auf objektive Datenquellen, wenn er sagt, dass die implizite Volatilität zumindest 3,4 % betragen muss (Ergänzung Janssen, Beilage .17xZ3, S 15).

3.6 Fehlende fachliche und technische Ausstattung einer Kommune

Auch war die Stadt Linz als Kommune aus Sicht von Martin J. nicht in ausreichendem Maße ausgestattet, um eine taugliche „Stop-Loss-Strategie“ zu entwickeln. Dazu wäre es notwendig gewesen, tagesaktuell nicht nur auf den Wechselkurs, sondern auf alle „adverse Marktrisiken“ zu reagieren. Hingegen wäre es nach Martin J. der Treasury-Abteilung der beklagten Partei ein leichtes gewesen, die Struktur des Swap 4175 bei nahezu gleichem Risiko-Ertrag-Verhältnis für die Stadt Linz mit signifikant niedrigem Währungsrisiko auszugestalten.

3.7 „Stop-Loss-Strategie“

Absolut ungeeignet war jedenfalls eine „Stop-Loss-Strategie“, die sich bloß am Wechselkurs orientiert hat. Bei einem „Stop“ zu einem Wechselkurs von 1,40, wie etwa Mark W. vorgeschlagen hatte (Beilage ./317, S 7) musste die Stadt Linz mit Ausstiegskosten von mehr als EUR 100 Mio. rechnen (Ergänzung J., Beilage ./7xZ3, S 23). Die allein am Wechselkurs orientierte „Stop-Loss-Strategie“ hat sich im Übrigen sogar bei einfachen Währungskrediten als untauglich herausgestellt.

3.8 Fehlende Warnung des Mag. Werner P.

Auch die Feststellung von Martin J., Mag. Werner P. hätte den Swap 4175 niemals abgeschlossen, wenn die beklagte Partei von vornherein eine dem Risiko entsprechende Sicherheit verlangt hätte, trifft entgegen den Vorhalten der beklagten Partei durchaus zu (Ergänzung J., S 24). Damit wäre Mag. Werner P. nämlich das gesamte Ausmaß des Währungsrisikos sofort bewusst geworden.

4. Die Stellungnahme der beklagten Partei zu S., L. & G. (Gutachten S., L. & G., Beilage ./7xZ4)

4.1 Fehlende Marktüblichkeit des Swap 4175

4.1.1 Die von S., L. & G. dem Swap 4175 attestierte Marktunüblichkeit hat – entgegen dem Vorwurf der beklagten Partei – in deren Gutachten eine taugliche Grundlage, die sich im Übrigen auch mit der Meinung von Martin J. deckt.

4.1.2 Beide Gutachter sehen die fehlende Marktüblichkeit in dem durch Standardoptionen nicht darstellbaren Quanto-Effekt der Formel, der dadurch entsteht, dass das Auszahlungsprofil in Schweizer Franken denominiert ist. Das damit verbundene dreifache Währungsrisiko für die Stadt Linz (wenn man die CHF-Anleihe mitberücksichtigt) kann mit wirtschaftlich vernünftigen Mittel auch nicht mehr abgesichert werden (Gutachten S., L. & G., Beilage ./7xZ4, S 5).

4.1.3 Eine weitere Begründung für die fehlende Marktüblichkeit sehen S., L. & G. auch darin, dass der Swap 4175 im Fall der vorzeitigen Beendigung nicht zu transparenten Marktpreisen geschlossen werden kann (Gutachten S., L. & G., Beilage ./7xZ4,

S 6). Ein Umstand, der durch das ergänzende Vorbringen der beklagten Partei mit Unterschieden in den Schließungskosten von EUR 120 Mio. geradezu bestätigt wird (ergänzendes Vorbringen BAWAG, S 6).

4.1.4 Allein der Umstand, dass die beklagte Partei den Swap 4175 Mag. Werner P OTC verkauft hat, macht das Geschäft nach der Ansicht von S, L & G noch nicht marktüblich: Nicht standardisierte Produkte wie der Swap 4175 sind auch OTC mit Dritten nicht handelbar und somit illiquid. Die dem Gutachten zugrunde liegende empirische Untersuchung von 144 Geschäftsberichten macht hingegen deutlich, dass es den nicht standardisierten Derivatgeschäften jedenfalls an der Marktüblichkeit fehlt. Daran hat sich durch die Finanzkrise nichts geändert (Gutachten S, L & G, Beilage ./7xZ4, S 7).

4.2 Optimierungseignung

4.2.1 Entgegen dem Vorhalt der beklagten Partei zeigt Harry M, dass es durchaus möglich ist, durch die Kombination von Anlagen, die schwach korrelieren, eine Struktur zu erstellen, welche trotz gleicher Rendite (oder sogar höherer Rendite) geringere Wertschwankungen und damit ein geringeres Risiko aufweist, als jeder einzelne Wert des Portfolios. Er belegt daher, dass die Risiken diversifizierter Portfolios durchaus unter jenen der Einzelwerte liegen können (M, Portfolio Selection, Journal of Finance. 7, 1952, S 77–91.). Dieses Marktverständnis teilen auch S, L & G (Gutachten S, L & G, Beilage ./7xZ4, S 7).

4.2.2 Das Swap-Geschäft 4175 bewirkte aber ganz im Gegenteil dazu keine Risikoverringung oder Risikodiversifikation, sondern eine Vervielfachung des Währungsrisikos. S, L & G zeigen anhand einer „risikoneutralen“ EUR-Festfinanzierung mit 10-Jahres-Laufzeit anschaulich, dass sich durch das Swap-Geschäft die Zinersparnis der Stadt Linz gegenüber einer „risikoneutralen“ EUR-Festfinanzierung zwar verdoppelt hat, dass aber auch das Währungsrisiko der Stadt Linz um das Fünffache gestiegen ist. Vor diesem Hintergrund haben S, L & G dem Swap 4175 jede Optimierungstauglichkeit abgesprochen (Gutachten S, L & G, Beilage ./7xZ4, S 8).

4.2.3 Woher die beklagte Partei in diesem Zusammenhang die Behauptung nimmt, es habe dafür ein „kommunales Verständnis“ gegeben, bleibt unerfindlich. Die beklagte Partei wird doch nicht annehmen, dass der Gemeinderat der Stadt Linz eine derartige Verschlechterung des Risiko-Ertrags-Verhältnisses um das Fünffache tatsächlich gewollt hat.

4.3 „Stop-Loss-Strategie“

4.3.1 Die beklagte Partei übernimmt auch im Zusammenhang mit dem Gutachten S, L & G die Hypothese von Mark W (Beilage ./317, S 1), die Stadt Linz sei unter dem Gesichtspunkt der „dynamischen Strategie der Zinsoptimierung“ in der Lage gewesen, das übernommene Risiko zu beherrschen. Dazu hätte eine am Wechselkurs EUR/CHF orientierte

solche Risikoneutralisierung noch zu wirtschaftlich angemessenen Kosten möglich gewesen ist. Sie hätte sich dabei lediglich an den Aussagen ihres Gutachters Mark W [REDACTED] (Beilage ./350, S 12) orientieren müssen, wonach die *„[...] im Derivatehandel aktiven Großbanken versuchen, neu hereingekommene derivative Positionen möglichst schnell durch entsprechende Gegengeschäfte oder Absicherungsgeschäfte am Markt glattzustellen.“* Banken halten danach *„[P]ositionen [nur] solange, bis sie in der Lage sind, das Risiko zu einem vernünftigen Preis wieder abzubauen“* (W [REDACTED], ebenda).

- 1.5 Die Stadt Linz beantragt daher zu den von der beklagten Partei bekanntgegebenen Zeitpunkten nicht nur die Schließungskosten, sondern auch Art und Umfang jener Geschäfte zu ermitteln, die die beklagte Partei durch den Weiterverkauf der von der Stadt Linz gekauften Optionen eingegangen ist und die zu diesen Zeitpunkten (noch) bestanden haben. Das Ergebnis dieser Untersuchung wird zeigen, dass es die beklagte Partei war, die ohne Not neue Verbindlichkeiten eingegangen ist und damit ihre Schadensminderungspflicht krass verletzt hat.

2. Vorlage von Urkunden aus dem Strafverfahren 23 Hv 79/13k des Landesgerichtes Linz

2.1 Widerspruch der beklagten Partei

- 2.1.1 Die beklagte Partei spricht sich in ihrem Schriftsatz vom 27. März 2015 (Urkundenerklärung, S 3) gegen die Verwendung der von der Stadt Linz vorgelegten Aktenbestandteile aus dem Strafverfahren 23 Hv 79/13 k des Landesgerichts Linz aus. Sie begründet dies damit, dass sie nicht Partei des Strafverfahrens gewesen war und eine ohne ihre Zustimmung erfolgte Verwendung dieser Aktenbestandteile gegen § 281 a ZPO und den Unmittelbarkeitsgrundsatz verstoßen würde. Im Konkreten betrifft ihr Widerspruch die Beilagen ./8xC, ./8xG, ./8xR, ./8xY, 8xZ, ./9xA, ./9xB, ./9xC, ./9xD und ./9xE.

- 2.1.2 Der Widerspruch der beklagten Partei ist aus den nachfolgenden Gründen nicht berechtigt.

2.2 Grundsatz der freien Beweiswürdigung

- 2.2.1 Nach dem im Zivilprozess herrschenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung stehen dem Gericht im Erkenntnisverfahren alle von den Parteien angebotenen Beweismittel zur Entscheidungsfindung zur Verfügung; die Zivilprozessordnung kennt in dieser Richtung keine Beweisverwertungsverbote (OLG Wien, 1 R 258/12 m).
- 2.2.2 Für die Zulässigkeit eines bestimmten Urkundenbeweises ist es somit unerheblich, woher die Urkunde stammt, solange ihrer Verwendung nicht ein gesetzliches Beweismittelverbot (§ 320 ZPO) entgegensteht. Der Umstand, dass die beklagte Partei nicht Verfahrenspartei des Strafverfahrens 23 Hv 79/13 k des Landesgerichtes Linz gewesen ist, begründet kein gesetzliches Beweismittelverbot.

2.3 (Schlüssiger) Verzicht der beklagten Partei

- 2.3.1 Die Aufnahme des Urkundenbeweises erfolgt schon dadurch, dass die Urkunde dem Gericht vorgelegt, zum Akt genommen (zugelassen) und dem Gegner zur Einsicht vorgewiesen wird. Eine separate Verlesung ist weder erforderlich noch gesetzlich vorgesehen (*Kodek in Fasching/Konecny*² § 298 ZPO Rz 9).
- 2.3.2 Die beklagte Partei hat bereits im Schriftsatz vom 28. Februar 2014 gegenüber den zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Bestandteilen des Strafaktes Urkundenerklärung abgegeben (S 104 des Schriftsatzes), indem sie die Echtheit zugestand und zur Richtigkeit auf das eigene Vorbringen verwiesen hat. Ihre Erklärung umfasste auch das Urteil im Strafverfahren vom 11. Dezember 2013. Die beklagte Partei hätte sich daher spätestens zu diesem Zeitpunkt gegen die Verwendung von Bestandteilen des Strafaktes aussprechen müssen. Der Widerspruch ist also verspätet.
- 2.3.3 Die beklagte Partei hat (im Detail dazu unter Punkt 2.4) darüber hinaus selbst auf verschiedene Teile des Strafverfahrens Bezug genommen. Soweit eine ausdrückliche Bezugnahme erfolgte, wäre die beklagte Partei nach § 82 ZPO verpflichtet gewesen, die Urkunde innerhalb von drei Tagen bei Gericht zu erlegen. In einem solchen Fall ist es daher der beklagten Partei verwehrt, gegen die Vorlage einer Urkunde, zu deren Vorlage sie selbst verpflichtet ist, Widerspruch zu erheben.
- 2.3.4 Nachdem sich die beklagte Partei wiederholt auf Urkunden aus dem Strafverfahren berufen hatte, dient ihr nunmehriger Widerspruch nur dazu, das Beweisverfahren selektiv auf jene Ergebnisse des Strafverfahrens einzuschränken, die ihr genehm sind. Das ist unzulässig. Beruft sich eine Partei nämlich selbst auf einen Prozessakt, so ist nach der Rsp generell von ihrem (schlüssigen) Verzicht auf prozessuale Einwände gegen die Verwendung einzelner Teile dieses Aktes auszugehen. Mit ihrer Berufung auf bestimmte Aktenteile bringt eine Partei nämlich unmissverständlich zum Ausdruck, mit der Verwendung mittelbarer Beweismittel einverstanden zu sein (OLG Wien, 4 R 74/13a).

2.4 Die beklagte Partei hat sich selbst auf den Strafakt berufen

- 2.4.1 Im Schriftsatz vom 28. Februar 2014, S 71, widmet die beklagte Partei den Aussagen der Organwalter der Stadt Linz (und damit den Protokollen) im Strafverfahren sogar einen eigenen Abschnitt (Punkt 8.2.) und führt auf Seite 72 zum Beweis Aktenbestandteile des Strafverfahrens wörtlich ins Treffen: *„ON 256, Seite 31, Seite 38 und Seite 39 betreffend die HV vom 4.12.2013 im Verfahren 23 Hv 79/13 k des LG Linz“*.
- 2.4.2 Ebenso widmet sich die beklagte Partei auf Seite 77 des gleichen Schriftsatzes bestimmten Aussagen in der Hauptverhandlung mit den Worten: *„[...] besonders aufschlussreich ist in diesem*

Zusammenhang die Aussage des Altbürgermeisters der Stadt Linz vom 4.12.2013“; „ON 256, Seite 8 betreffend die HV vom 4.12.2013 im Verfahren 23 Hv 79/13k des LG Linz“.

2.4.3 Letztlich beantragte die beklagte Partei auf Seite 48 des Schriftsatzes als Beweismittel das „HV-Protokoll der Einvernahme von Mag. P■■■■“. Das Hauptverhandlungsprotokoll mit der Einvernahme des Mag. Werner P■■■■ entspricht aber der von der Stadt Linz vorgelegten Beilage ./9xA, gegen deren Verwertung sich die beklagte Partei nunmehr ausspricht.

2.5 § 281a ZPO ist nicht einschlägig

2.5.1 § 281a ZPO behandelt den Fall, dass in einem gerichtlichen Verfahren über streitige Tatsachen bereits ein Beweis aufgenommen wurde, und das Protokoll hierüber als Beweismittel in einem weiteren (Zivil-)Verfahren verwendet werden soll. Zweck dieser Bestimmung ist es daher, eine neuerliche Beweisaufnahme zu vermeiden.

2.5.2 § 281a ZPO hindert aber nicht die Vorlage von im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren hervorgekommenen Tatsachen im Rahmen des Urkundenbeweises (Kainz, Die Zulässigkeit von staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokollen im Zivilprozess, ecolex 2012, 216). Umso mehr muss dieser Grundsatz für gerichtliche Protokolle gelten, die anlässlich der Hauptverhandlung im Strafverfahren errichtet werden.

2.5.3 § 281a ZPO ist aber auch deshalb nicht anzuwenden, weil die Personen, zu deren Aussagen Protokolle vorgelegt wurden, ohnehin vor dem erkennenden Gericht einvernommen worden sind bzw. noch einvernommen werden. Damit bleibt der „Unmittelbarkeitsgrundsatz“ der ZPO gewahrt.

VI. Urkundenerklärungen

Die Stadt Linz erklärt zu den Urkunden wie in der nachstehenden Tabelle ersichtlich. Hinsichtlich der **Richtigkeit** verweist die Stadt Linz bei allen Urkunden in erster Linie auf das eigene Vorbringen (**kurz „zReV“**). Wesentliche Aspekte der Urkunden für den Rechtsstandpunkt der Stadt Linz werden gesondert hervorgestrichen.

Beilage BAWAG	Urkundenerklärung
Eingeräumter Schriftsatz vom 28.2.2014	
Beilage ./256 - E-Mail Mag. P■■■■ an Nomura vom 6.9.2007 samt Anlagen (Rahmenvertrag)	Echt; zReV. Das Schreiben stammt vom September 2007, also Monate nachdem das Swap-Geschäft 4175 abgeschlossen wurde. Die Urkunde ist somit schon abstrakt untauglich, um über das Wissen des Mag. P■■■■ per Februar 2007 Beweis zu liefern. Aus dem Text des Rahmenvertrags lässt sich kein Wissen ableiten. Der englische Text des Mails von Mag. P■■■■ beweist genau das Gegenteil, was die beklagte Partei beweisen will: Ein „Finanzprofi“ würde kaum ein solches Mail verfassen. Im Übrigen wird auf die

	Urkundenerklärung zur Beilage ./ 211 verwiesen.
Beilage ./257 - E-Mail Sparkasse OÖ an Mag. P■■■■ vom 12.9.2006 samt Anlagen (Rahmenvertrag)	Echt; zReV; das Schreiben der Sparkasse OÖ wurde seitens der beklagten Partei im Wesentlichen bereits als Beilage ./212 vorgelegt, sodass an dieser Stelle auf die schon erstattete Urkundenerklärung verwiesen wird. Einziger Unterschied in den beiden übermittelten Ausfertigungen der Rahmenverträge war, dass ursprünglich versehentlich in einem Vertragspartner die „MCE AG, Lunzerstraße 64, 4031 Linz“ war wurde. Sämtliche Vorankreuzungen zu Punkt 12 des Rahmenvertrags sind dieselben. Der zusätzliche Beweiswert gegenüber der früheren Vorlage ./212 ist nicht ersichtlich.
Beilage ./258 - E-Mail RLB OÖ an Mag. P■■■■ vom 13.9.2006 samt Anlagen (Rahmenvertrag)	Echt; zReV; Im Schreiben der RLB OÖ selbst wird ausgeführt, dass es sich bei den übermittelten Rahmenverträgen um „Standards, wie sie gegenüber Banken und Kunden Verwendung finden“ handelt. Einem vorgeblichen „Finanzprofi“ hätte man das wohl kaum erklären müssen; das Mail belegt anschaulich, dass die RLB OÖ das Fachwissen des Mag. P■■■■ in Bezug auf Derivate zutreffend als „nicht vorhanden“ qualifiziert haben muss.
Beilage ./259 - Dienstreiseantrag Mag. P■■■■ für Seminar "Derivate Währungs- und Zinsinstrumente rechnen und einsetzen" (S■■■■, L■■ & G■■■■) am 29./30.5.2008	Echt; zReV. Das Seminar hat laut Beilage am 29.5.2008 stattgefunden, sohin mehr als ein Jahr nach Abschluss des Swap-Geschäfts 4175. Auch diese Beilage ist schon abstrakt untauglich, um über das Wissen des Mag. P■■■■ im Abschlusszeitpunkt Beweis zu liefern, im Gegenteil sie beweist auch die Selbsteinschätzung des Mag. P■■■■ und dessen fehlendes Fachwissen in Bezug auf Derivate.
Beilage ./260 - Gutachtensentwurf S■■■■, L■■ & G■■■■ "Plausibilisierung und Risikobewertung eingesetzter Derivate (Entwurf)" vom 2.5.2011	Echt; zReV, die beklagte Partei legt das Entwurfsgutachten zum Beweis dafür vor, dass die Stadt Linz selbstständig Berechnungen zur Bewertung der abgeschlossenen Derivatgeschäfte durchgeführt hat. Dieses Gutachten war eines jener Gutachten, die im Zuge der Sachverhaltsaufarbeitung im Jahr 2011 erstellt wurden. Das Gutachten enthält keine Daten zum negativen Anfangswert der offenen Derivatgeschäfte. Der Beweiswert des Gutachtens zum vorgebrachten Thema ist nicht ersichtlich. Es ist unstrittig, dass die Stadt Linz in der Lage ist, Gutachter zu bestellen. Das Gutachten belegt abermals das fehlende einschlägige Fachwissen der Stadt Linz und deren Organe, das auch noch im Mai 2011 vorgelegen hat. Ansonsten hätte es nämlich nicht eingeholt werden müssen.
Beilage ./261.1 - Orcun K■■■■, Reform der OTC-Derivatemärkte	Echt; zReV; In der Studie wird mehrmals die Intransparenz von OTC-Derivaten angesprochen und damit verbundene Informationsasymmetrien, die bei Börseplattformen nicht vorliegen (vgl. nur S. 3 unten). Genau diese Informationsasymmetrie ist der Stadt Linz mangels Aufklärung der beklagten Partei beim Swap-Geschäft 4175 zum Verhängnis geworden. Die Urkunde bestätigt somit den Klagsvortrag der Stadt

	Linz.
Beilage ./261.2 - Tabelle mit statistischen Daten zur Entwicklung des OTC-Derivatemarktes	Zur Echtheit keine Erklärung, der Aussteller ist nicht ersichtlich; zReV; aus der Urkunden ist nicht ersichtlich, zwischen welchen Parteien die Derivatgeschäfte abgeschlossen wurden bzw. um welche Derivatgeschäfte es sich konkret handelt. Auch ein einfacher Zinsswap oder Cap wären Derivatgeschäfte, welche vom Risikogehalt jedoch nicht mit dem Swap-Geschäft 4175 verglichen werden können. Die Urkunde ist daher als Beweis für eine angebliche Marktüblichkeit per se untauglich.
Beilage ./262 - Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte	Echt; zReV; Der deutsche Rahmenvertrag verzichtet eben (in deutscher Präzision) von vornherein auf ohnehin rechtsunwirksame Klauseln.
Beilage ./263 - Vergleich des deutschen und österreichischen Rahmenvertrags	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./262.
Beilage ./264 - Artikel aus der Zeitschrift "News" (Ausgabe 50/13)	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im Schriftsatz vom 28.2.2014, S 133f.
Beilage ./265 - Prüfbericht des Kontrollamts der Stadt Wien, "Wien Holding GmbH, Prüfung von Finanztermingeschäften", September 2007	Echt; zReV, In der Urkunde sind keine dem Resettable Swap der Stadt Linz und dessen Risiko vergleichbare Derivate angeführt. Ein CHF- Cross Currency Swap (CCS-Swap) verfügt im Wesentlichen über dasselbe Risikoprofil wie ein Fremdwährungskredit in CHF; das Risiko eines CHF-Resettable Swaps beträgt ein Vielfaches davon.
Beilage ./266 - Presseaussendung der Stadt Linz vom 12.12.2013	Echt; zReV; Zeitungsberichte liefern Beweis, dass es zum gegebenen Zeitpunkte einen Bericht in dem Medium mit diesem Inhalt gab.
Beilage ./267 - Finanz- und Zinsmanagement für Kommunen, Handreichung erarbeitet von Städte- und Gemeindebund NRW und NRW.BANK, Oktober 2007	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S 31 ff. Österreichische Gemeinden unterliegen dem im Verfassungsrang stehenden Gebot der „Zweckmäßigkeit, der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit“. Demgemäß ist - entgegen den Behauptungen der beklagten Partei - daher sehr wohl die deutsche Judikatur auf die österreichische Rechtslage umzulegen. Das Eingehen von Spekulationsgeschäften, die den dargestellten Grundsätzen nicht entsprechen, ist Kommunen folglich untersagt. Das Swap-Geschäft 4175 wurde diesen Grundsätzen nicht gerecht.
Beilage ./268 - Präsentation des Kämmerers der Stadt Salzburg "Aktives Zins- und Schuldenmanagement im kommunalen Bereich – Beispiel Stadt Salzburg" vom 22.3.2006	Echt; zReV; Die Urkunde belegt das Verständnis von Gebietskörperschaften bezüglich der Optimierung eines Schuldenportfolios, und damit das Vorbringen der Stadt Linz: <i>„Das Portfolio der Landesschulden ist von Wirtschaftlichkeitsprinzip folgend mit langfristig möglichst geringem Zinsaufwand bei gleichzeitig möglichst niedrigem Risiko zu gestalten“</i> ; das Swap-Geschäft 4175 entsprach dem nicht, das Risiko der Stadt Linz wurde durch den Abschluss insgesamt massiv erhöht. Zum Begriffsverständnis der „Optimierung“ wird insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S 31ff verwiesen.
Beilage ./269 - Präsentation des Kämmerers der Stadt Salzburg "Modernes	Echt; zReV; Die Relevanz der Urkunde ist nicht ersichtlich.

Finanzmanagement in der Kommune", Oktober 2005	
Beilage ./270 - Kommunales Debt Management in Deutschland – Eine empirische Analyse (2006)	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff; Die allgemeine Überforderungen von Kommunen mit Derivaten wird ersichtlich, wenn sich vor Augen führt, dass laut Studie 83,3 % der Gemeinden keine einzige Risikokennziffer einsetzen konnten und nur 3,3% „value-at-risk“ Modelle (die gerade bei Optionen unerlässlich sind) eingesetzt haben (S 28). Auch der Stadt Linz war derartige technische Ausstattung nicht verfügbar.
Beilage ./271 - Auswertung Swaps in NRW-Kommunen (2008)	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./272 - Auszug aus der Homepage von Bloomberg vom 24.2.2014	Echt; zReV,
Beilage ./273 - Auszug aus der Homepage der Euribor-EBF a.i.sb.l. "Panel Banks EONIA" vom 5.2.2014	Echt; zReV;
Beilage ./274 - Auszug aus der Homepage der Euribor-EBF a.i.sb.l. "About EONIA" vom 5.2.2014	Echt; zReV;
Beilage ./275 - Tagesstände EONIA vom 17.10.2011 bis 21.2.2014	Zur Echtheit keine Erklärung, Aussteller ist nicht ersichtlich; zReV;
Beilage ./276 - Anfragebeantwortung der Landesregierung Brandenburg vom 27.6.2011	Echt; zReV. Die Größenordnung der jeweils aufgelisteten Geschäfte (Frage 4) ist im Vergleich zum Swap der Stadt Linz, der ein Nominal von CHF 195 Mio. aufweist, geradezu harmlos (das volumensgrößte Swap-Geschäft laut Liste hat ein Nominal von EUR 8 Mio, also 5,5 % (!) des Nominals der Stadt Linz). Damit ist die Marktunüblichkeit des Swap 4175 einmal mehr belegt.
Beilage ./277 - Derivatverlass (Sachsen-Anhalt) vom 31.5.2005	Echt; zReV; Auch in dieser Beilage wird die angestrebte Verbesserung des Verhältnis zwischen Chance und Risiko beim Begriff der „Optimierung“ betont (siehe nur S 5); Das Swap-Geschäft 4175 hatte diese Eignung nicht.
Beilage ./278 - Ministerielle Anfragebeantwortung (Rheinland-Pfalz) vom 23.5.2007	Echt; zReV; der Beweiswert der Urkunde ist nicht ersichtlich.
Beilage ./279.1 - Lebenslauf und Publikationsliste von Prof. Dr. Wolfgang S██████	Echt; zReV; Die Urkunde hat jedoch keine Bedeutung für das Beweisverfahren.
Beilage ./279.2 - Programm des Frankfurt MathFinance Workshop vom 14./15. 4.2005	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./279.3 - Lebenslauf von Prof. Dr. Ludger O██████	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./279.4 - Lebenslauf und Publikationsliste von Prof. Dr. Thorsten S██████	Echt; zReV im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./279.5 - Lebenslauf und Publikationsliste von Univ.-Prof. DDr. Jürgen H██████	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./279.6 - Werbemitteilung ProfitFonds (Univ.-Prof. DDr. Jürgen H██████)	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1

Beilage ./279.7 - Lebenslauf von Mag. Marcus K	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./279.8 - Lebenslauf von Mag. Martina S	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./279.9 - Lebenslauf von Prof. Dr. Ursula W	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./279.10 - Lebenslauf und Publikationsliste von Prof. Dr. Rudi Z	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./280 - Aufstellung von OTC-Derivaten Niederländischer Gebietskörperschaften und öffentlicher Einrichtungen (22.2.2013)	Zur Echtheit und Richtigkeit keine Erklärung; Der Stadt Linz liegt die Urkunde lediglich in holländischer Sprache vor, sodass die Urkundenerklärung im Hinblick auf eine noch aufzutragende Vorlage einer deutschen Version ausdrücklich vorbehalten wird.
Beilage ./281 - F Urteilsbesprechung in Kommunal-Info No. 13	Echt; zReV; Die Urkunde hat keinen Beweiswert.
Beilage ./282.1 - Gemeinde Allhartsberg	Echt; zReV, Beim von dieser Gemeinde abgeschlossenen Resettable-Swap wurde der Strike bei einem deutlich niedrigeren EUR/CHF Kurs (1,37) gesetzt und ist zudem das Underlying in EUR denominiert. Das Risiko aus diesem Geschäft ist daher mit jenem aus dem Swap-Geschäft 4175 nicht auch nur ansatzweise vergleichbar; das Geschäft hat offensichtlich ein Kündigungsrecht, welches das Risiko vorzeitig beenden kann. Im Übrigen wird auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S 53f sowie Replik, S 87 f verwiesen.
Beilage ./282.2 - Stadtgemeinde Bruck an der Leitha	Echt; zReV, Das Urteil des Handelsgerichts Wien zu GZ 21 Cg 48/13i hat der Stadtgemeinde Bruck/Leitha Recht gegeben; die Gemeinde wurde nicht gehörig über die Risiken, Interessenskonflikte und den negativen Anfangswert aufgeklärt. Das Geschäft war ein reiner Zins-Swap und hat ein weitaus geringeres Risiko, als der Swap 4175.
Beilage ./282.3 - Gemeinde Haunoldstein, Gemeinde Neidling, Gemeinde Obritzberg-Rust	Echt; zReV; insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.4 - Gemeinde Hollabrunn	Echt; zReV insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.5 - Gemeinde Karlstetten	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.6 - Gemeinde Payerbach	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.7 - Marktgemeinde Perchtoldsdorf	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.8 - Marktgemeinde Rabenstein an der Pielach	Echt; zReV; insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.9 - Stadtgemeinde Retz	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV; insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.10 - Landeshauptstadt Sankt Pölten	Echt; zReV; insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.11 - Stadtgemeinde Sankt Valentin	Echt; zReV; insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;
Beilage ./282.12 - Marktgemeinde Weiten	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S. 48ff;

Beilage ./283.1 - Quelle: LG Magdeburg 9 O 1989/06	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im aufgetragenen Schriftsatz vom 28.2.2014, S. 56ff.
Beilage ./283.2 - Quelle: OLG Bamberg, 4 U 92/08	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im aufgetragenen Schriftsatz vom 28.2.2014, S. 56ff.
Beilage ./283.3 - Quelle: LG Wuppertal 3 O 33/08	Echt, zReV, insbesondere auf das Vorbringen im aufgetragenen Schriftsatz vom 28.2.2014, S. 56ff.
Beilage ./283.4 - Quelle: LG Frankfurt a.M. 2-19 O 13/08	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im aufgetragenen Schriftsatz vom 28.2.2014, S. 56ff.
Beilage ./283.5 - Quelle: LG Köln 21 O 472/11	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im aufgetragenen Schriftsatz vom 28.2.2014, S. 56ff.
Beilage ./284 - Auswertung Swaps in italienischen Kommunen	Zur Echtheit und Richtigkeit keine Erklärung; Der Stadt Linz liegt die Urkunde lediglich in englischer Sprache vor, sodass die Urkundenerklärung im Hinblick auf eine noch aufzutragende Vorlage einer deutschen Version ausdrücklich vorbehalten wird.
Beilage ./285 - Sachverständigenstellungnahme aus Anlass des Rechtsstreits über Currency Related Swaps der Stadt Linz mit der BAWAG P.S.K. von Prof. Dr. Thomas H. vom 20.1.2014	Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./286 - Zusammenfassung Prof. Dr. Thomas H. "Risikodefinition im Finanzbereich Cash Flow at Risk (CaR) und Value at Risk (VaR)" vom 10.2.2014	Echt; zReV insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./287 - Zusammenfassung Prof. Dr. Thomas H. "Einsatz von Currency Related Swaps (CRS)" vom 10.2.2014	Echt; zReV insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./288 - Auszug aus dem Wortprotokoll der 33. Sitzung des Gemeinderats vom 18.4.2013	Echt; zReV; Der Beweiswert für das gegenständliche Verfahren ist nicht ersichtlich.
Beilage ./289 - APA Pressemitteilung vom 27.11.2013	Echt; zReV;
Beilage ./290 - ILG Debt-Management Bericht Dezember 2007	Echt; zReV; Auch in den Debt-Management Berichten der ILG ist stets von „Zinssicherungsgeschäften“ die Rede; im Übrigen ist auf die abgelegte Aussage des Bürgermeister MMag. Luger vom 19. Dezember 2014 zu verweisen;
Beilage ./291 - Vorstandsantrag Nr. 013/2007	Echt; zReV; Die beklagte Partei führt im Vorstandsantrag selbst an, dass „auch in Zukunft die Bestrebungen einer restriktiven Haushaltsführung unter Bedachtnahme der kommunalen Verpflichtungen weiter bestehen“ werden. Mit Rücksicht auf die gebotene „Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“ beim kommunalen Schuldenmanagement, hätte die beklagte Partei das Swap-Geschäft 4175 niemals empfehlen dürfen.
Beilage ./292 - Lebenslauf von Mag. P.	Echt; zReV; Eine bankfachliche Ausbildung zu strukturierten Derivaten wie dem Swap-Geschäft 4175 ist nicht ersichtlich;
Anregung vom 5.5.2014	
Beilage ./293 – Auszug Kronen Zeitung vom 04.05.2015 Seite: 30 Ressort: Lokal O.Ö., Morgen	Echt; zReV;
Beilage ./294 – Schaubild: historische	Echt; zReV; Altbürgermeister Dr. Dobusch hat bereits

Höchststände bei Volatilitäten	im Juli 2010 die Nichtigkeit des Swap-Geschäfts 4175 gegenüber der beklagten Partei erklärt; Sie konnte daher kein Vertrauen auf den weiteren Bestand des Geschäfts fassen und hat die eigenen Schadensminderungspflichten verletzt, so überhaupt tatsächlich ein Schaden entstanden und der Risikozusammenhang gewahrt wäre, was nicht der Fall ist. Es wird auf das Vorbringen im gegenständlichen Schriftsatz verwiesen.
Beilage ./295 – Ituba Modell Bewertung Juli 2013	Zur Echtheit keine Erklärung; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./294.
Urkundenvorlage vom 9.5.2014	
Beilage ./296 – Einstellungsbeschlüsse sowie Benachrichtigung der StA Linz vom 6.5.2014	Echt; zReV;
Urkundenvorlage vom 23.6.2014	
Beilage ./297 – Fortführungsantrag der Stadt Linz vom 6.6.2014	Echt; zReV;
Rekursbeantwortung vom 27.6.2014	
Beilage ./298 – Auszug aus dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozeßordnung) inkl. Erläuternde Bemerkungen	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Beilage ./299 - Gesetz über das Bagatell-Verfahren inkl. Erläuternde Bemerkungen	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1
Stellungnahme zum Ablehnungsantrag vom 30.7.2014	
Beilage ./300 - Presseaussendung der Stadt Linz vom 25.6.2014	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Beilage ./301 – Artikel der „Oberösterreichische Nachrichten“ vom 20.10.2011	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Beilage ./302 – Auszug aus dem Protokoll der Gemeinderatsitzung der Stadt Linz vom 21.11.2013	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Beilage ./303 – Buchungsbeleg des Kostenersatzes der Tagsatzung erbracht durch die Stadt Linz	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Beilage ./304 – Artikel aus der „Oberösterreichischen Nachrichten“ vom 26.6.2014	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Beilage ./305 – Pressespiegel APA vom 7.7.2014	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Beilage ./306 – Protokoll der 8. Aufsichtsratssitzung der Immobilien Linz GmbH vom 5.10.2006	Echt; zReV; insbesondere auf das Vorbringen im Beweisantrag vom 20.1.2015 sowie die abgelegte Aussage des Bürgermeisters MMag. Luger vom 19. Dezember 2014,
Beilage ./307.0 – Bericht an den Aufsichtsrat der Immobilien Linz GmbH vom 11.9.2007	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./307.1 - Bericht an den Aufsichtsrat der Immobilien Linz GmbH vom 29.11.2007	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./307.2 - Bericht an den Aufsichtsrat	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./306.

der Immobilien Linz GmbH vom 29.02.2008	
Beilage ./307.3 - Bericht an den Aufsichtsrat der Immobilien Linz GmbH vom 02.06.2008	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./307.4 - Bericht an den Aufsichtsrat der Immobilien Linz GmbH vom 21.10.2008	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./307.5 - Bericht an den Aufsichtsrat der Immobilien Linz GmbH vom 26.05.2009	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./307.6 - Bericht an den Aufsichtsrat der Immobilien Linz GmbH vom 24.11.2009	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./307.7 - Bericht an den Aufsichtsrat der Immobilien Linz GmbH vom 09.09.2010	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./308 – Rechnungsabschluss 2011, Nachweise der besonderen Art, Wertpapiere und Beteiligungen, S 357	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./306.
Beilage ./309 – Interne E-Mail vom 18.6.2014 betreffend Ladung zur mündlichen Verhandlung am 4.7.2014	Echt; zReV, im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Urkundenvorlage vom 03.10.2014	
Beilage ./310 - Konvolut Medienberichte zur Entscheidung im Disziplinarverfahren	Echt; zReV; im Übrigen wie zu Beilage ./279.1.
Urkundenvorlage vom 18.11.2014	
Beilage ./311 - Beschluss des LG Linz vom 14. Oktober 2014 zu 25 BL 31/14h	Echt; zReV;
Urkundenvorlage in der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2014	
Beilage ./312 – Artikel der „Oberösterreichischen Nachrichten“ vom 9.11.2007	Echt; zReV; Dieser Zeitungsbericht hat keinerlei Beweiswert für das gegenständliche Verfahren. Tatsächlich hat die Stadt Linz nie eine Bank gegründet.
Beilage ./313 – Schreiben des Kontrollamts an die ILG vom 6.5.2011	Echt; zReV. Es ist gerichtsbekannt, dass die Stadt Linz und auch die ihr zugehörigen Gesellschaften ab dem Jahr 2011 sämtliche von ihnen abgeschlossenen Derivatgeschäfte überprüfen ließen. Der Beweiswert ist nicht ersichtlich.
Urkundenvorlage vom 30.1.2015	
Beilage ./314 – Risikomanagement Handbuch TREASURY	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S 95ff sowie im aufgetragenen Schriftsatz vom 28.2.2015, S 100 f; auf S 45 wird der Begriff des „neuen Produkts“ definiert. Ein „neues Produkt“ erfordert einen neuen Produkteinführungsprozess. Der Swap 4175 hätte schon gemäß Risikomanagementhandbuch einen neuen Produkteinführungsprozess erfordert, weil sich das Risikoprofil in Folge des geänderten Nominals wesentlich gegenüber dem Swap 3976 verändert hatte, ebenfalls die Darstellbarkeit/Möglichkeit der Replikation in den Banksystemen.
Beilage ./315 – Arbeitshandbuch „Kreditrisiko im Treasury“	Echt; zReV, insbesondere auf das Vorbringen im VBSS der Stadt Linz, S 95ff sowie im aufgetragenen Schriftsatz vom 28.2.2015, S 100 f; Die Beilage bestätigt, dass der für die Limitberechnung herangezogene „positive Marktwert“ (vgl. Beilage ./206), sich als <i>jener Betrag, den man unter der Annahme einer Vertragsauflösung als Differenzleistung</i>

	<p>zu den <i>Marktpreisänderungen vom Partner erhalten sollte</i>" (S 14) darstellt. Da für das Swap-Geschäft 4175 eine Aufstockung des „Derivatlimits“ um EUR 25 Mio. beschlossen wurde, beläuft sich der Marktwert bei Vertragsabschluss nach der bankinternen Bewertung sohin auf etwa EUR 23 Mio. zum Nachteil der Stadt Linz. Der add-on von 7,5% bei FX-Options bezieht sich laut Handbuch, S 14, auf das Nominal und zwar logischerweise jenes der Option. Die EUR/CHF-Put-Optionen im Swap 4175 hatten insgesamt ein Nominal von rd. CHF 2 Mrd. Davon 7,5% wäre CHF 150 Mio. gewesen. Zum Kurs von rd. EUR/CHF 1,60 bedeutet das rd. EUR 93,75 Mio. (!). Bei korrekter Berücksichtigung der Optionsstruktur des Swap 4175 hätte laut Arbeitshandbuch „Kreditrisiko im Treasury“ somit das Limit von Vornherein auf deutlich über EUR 100 Mio. gesetzt werden müssen.</p>
<p>Beilage ./316 – Fabio M [REDACTED], Pricing and static replication of FX Quanto Options</p>	<p>Echt; zReV.</p>
<p>Beilage ./317 – Erwiderung Prof. Dr. W [REDACTED] vom 31.7.2012</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.</p>
<p>Beilage ./318 – Konvolut Einzelabschlüsse verschiedener Bankhäuser mit einer (anderen) österreichischen Landeshauptstadt</p>	<p>Echt; zReV;</p>
<p>Urkundenvorlage vom 06.03.2015</p>	
<p>Beilage ./319 – Artikel „ORF Oberösterreich“ vom 2.12.2013</p>	<p>Echt; zReV;</p>
<p>Beilage ./320 – Tickets zur Abbildung des IRS im Rahmen von Mapping I im SalesStruc-Folder</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.</p>
<p>Beilage ./321 – Tickets zur internen Absicherung des IRS im Rahmen von Mapping I im SalesStruc-Folder</p>	<p>Echt; zReV; insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.</p>
<p>Beilage ./322 – Tickets zur Abbildung der FX-Option im Rahmen von Mapping I im SalesStruc-Folder</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.</p>
<p>Beilage ./323 – Tickets zur internen Absicherung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping I im SalesStruc-Folder</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.</p>
<p>Beilage ./324 – E-Mails Vola-Quotierungen vom 12.2.2007, Beilagenkonvolut</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz. Aufgrund der Schwärzungen hat die Urkunde keinerlei Beweiswert. Offensichtlich geht es der beklagten Partei darum, zeugenschaftliche Einvernahmen der beteiligten Personen zu verhindern. Die Stadt Linz beantragt, der beklagten Partei die Vorlage der Urkunde ohne Schwärzungen aufzutragen.</p>
<p>Beilage ./325 – E-Mail BAWAG P.S.K. vom 28.11.2008 – Verfahrensanweisung „CHF-Resettable Transaktion für TM/TA“</p>	<p>Echt; zReV, die Urkunde belegt abermals, dass die Darstellung des Swaps 4175 im Banksystem unrichtig war und es eines eigenen Produkteinführungsprozesses bedurft hätte.</p>
<p>Beilage ./326 – Tickets zur Abbildung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping II im SalesStruc-Folder</p>	<p>Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.</p>

Beilage ./327 – Tickets zur internen Absicherung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping II im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./328 – Tickets zur Abbildung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping III im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./329 – Tickets zur internen Absicherung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping III im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./330 – Tickets zur Neutralisierung der ursprünglichen Abbildung und Absicherung im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./331 – Tickets zur Abbildung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping IV im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./332 – Tickets zur internen Absicherung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping IV im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./333 – Pressemitteilung der Schweizer Nationalbank vom 6.9.2011	Echt; zReV;
Beilage ./334 – Darstellung Volatilitäten Sommer 2011	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./335 – Tickets zur Abbildung der FX-Optionen im Rahmen von Mapping V im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./336 – Tickets zur internen Absicherung der FX-Optionen von Mapping V im SalesStruc-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./337 – Tickets „True Up“ zum Formel-Cash-Flow	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./338 – Tickets externe Absicherung IRS	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./339 – Tickets externe Absicherung FX-Optionen	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./340 – Tickets IRS Umstellung Zinsabsicherung	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./341 – Verfahrensanweisung „Arbeitsablauf early termination von FX-Optionen“	Echt; zReV;
Beilage ./342 - Tickets zu „Early Termination“ im Rahmen des Close Out von Swap 4175	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./343 – Tickets Übertrag aus dem SalesStruc-Folder an den Col-K-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./344 – Tickets Übernahme aus dem SalesStruc-Folder durch den Col-K-Folder	Echt; zReV , insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./345 – Angebot einer internationalen Drittbank vom 20.10.2011	Zur Echtheit keine Erklärung , der Aussteller ist nicht erkennbar; zReV ; Die Urkunde beweist die gänzliche Marktunüblichkeit des Geschäfts. Das Geschäft ist so groß („50 Mal die Market-Size“), dass Telefonabschlüsse nicht möglich sind (bzw. nur im Ausmaß von einem Zehntel des Geschäftsvolumens). Die beklagte Partei bringt es im Mail vom 20.10.2011 selbst auf den Punkt: <i>„Der Trade ist sehr groß und komplex. Daher schwierig“</i> . Wenn ein Geschäft selbst

	für eine Bank „schwierig“ ist, wie problematisch muss dann das Geschäft für eine Gemeinde sein?
Beilage ./346 – Deal Valuation Perfect Hedge ITHUBA Capital AG	Echt; zReV insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./347 - Sachverständigenstellungnahme zur Bewertung von Erträgen von Prof. Dr. Mark W. [REDACTED] vom 28.2.2015	Echt; zReV insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./348 – CSA-Vereinbarung mit Deutsche Bank AG 17.8.2007	Echt; zReV; Dieses „Amended Agreement“ ist erst mehr als ein halbes Jahr nach Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 mit der Deutsche Bank AG abgeschlossen worden und kann im Zusammenhang mit dem Swap-Geschäft 4175 bei Abschluss keine Rolle gespielt und sich auch nicht in den Kosten ausgewirkt haben.
Beilage ./349 – Tickets zur Ausübung von Optionen	Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.
Beilage ./350 – Gutachten zur Bewertung des Swap 4175 von Prof Dr. Mark W. [REDACTED] vom 9.9.2012	Echt; zReV, insbesondere auch im gegenständlichen Schriftsatz.

Stadt Linz