

PER WEB-ERV

Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

Wien, 6.12.2011
ILP/BDK/RA BETTINA KNÖTZL
BAWAG/LINZ
Tel. Direkt: +43 1 515 10 5200
Fax Direkt: +43 1 515 10 66 5200
bettina.knoetzl@wolftheiss.com

48 Cq 218/11k

Klagende Partei: Stadt Linz
Altes Rathaus
Hauptplatz 1, 4020 Linz

vertreten durch: Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH
Heinrichsgasse 4, 1010 Wien

Laurer & Arlamovsky Rechtsanwalts-Partnerschaft
GmbH
Wollzeile 6-8, Tür 47, 1010 Wien

Wildmoser / Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH
Hopfengasse 23, 4020 Linz

Beklagte Partei: BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft
Georg-Coch-Platz 2, 1010 Wien

Vertreten durch: Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH
Schubertring 6
1010 Wien
ADVM-Code P 130664
FN 224135 k

Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)
Gemäß §19a RAO wird Zahlung an WOLF THEISS begehrt

wegen: Leistung: CHF 30.640.161,40 s.A.

**1. KLAGEBEANTWORTUNG
2. ANTRAG AUF SENATSENTSCHEIDUNG
3. URKUNDENVORLAGEANTRAG**

Direkte Übermittlung gemäß § 112 ZPO an Kraft Winternitz RAe GmbH

78 Beilagen
1 Beilagenverzeichnis

WOLF THEISS
Rechtsanwälte GmbH
Schubertring 6
1010 Wien
Österreich

T +43 1 515 10
F +43 1 515 10 25

wien@wolftheiss.com
www.wolftheiss.com

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Prozessuales	5
1.1	Antrag auf Senatsentscheidung	5
1.2	Verbindungsantrag	5
1.3	Antrag auf Urkundenvorlage	6
2.	Begriffsbestimmungen und Struktur.....	6
2.1	Zu den Begriffsbestimmungen in Punkt II 2. der Klage.....	6
2.2	Weitere Begriffsbestimmungen	6
2.3	Aufbau der Klagebeantwortung	7
3.	Zentraler Inhalt der Bestreitung des Klagebegehrens	7
4.	Zum Sachverhalt – Ausserstreitstellungen und Entgegnungen	14
4.1	Vorbemerkung.....	14
4.2	Die Geschäftsbeziehungen der Streitteile	14
4.3	Finanzierungslage.....	14
4.4	Ermächtigung des Gemeinderats an FVV zum Schuldenmanagement	15
4.5	Aktive Idee der Stadt Linz – Gespräche zu Finanzterminkontrakten mit führenden Banken	21
4.6	Zusammenfassung der zahlreichen Gespräche im Bericht vom 11.8.2006.....	22
4.7	Rahmenvertrag und SWAP I vom 26.9.2006.....	23
4.8	Zu den zitierten Bestimmungen des Rahmenvertrags vom 26.9.2006.....	28
4.9	Vorvertragliches Verhältnis betreffend SWAP II – volles Produktverständnis und umfassende Aufklärung.....	30
4.10	Der Abschluss des SWAP II.....	34
4.11	Die Zahlungen aufgrund der SWAPS an die Stadt Linz im Sommer 2007 – Himmelsgabe?	37
4.12	Nichtbeachtung von Organisationsvorschriften	39
4.13	Nach Abschluss des SWAP II – Verletzung der Berichts- und Kontrollpflichten	44
4.14	Laufende Berichte von Mag. Penn an den Finanzausschuss	45
4.15	Information über negativen Marktwert Anfang 2008	48
4.16	Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008.....	49
4.17	Keine vorzeitige Schließung.....	51
4.18	Kreditlinien.....	52
4.19	Adressierung des politischen Entscheidungsträgers im Herbst 2008 – Schreiben vom 11.11.2008	52
4.20	Keine "Krediterhöhung" durch die beklagte Partei	54
4.21	Zeitraum nach dem Schreiben vom 11.11.2008	54
5.	Entgegnung zu den falschen Thesen der Stadt Linz.....	58
5.1	Vermengung "ex ante" und "ex post" Beurteilung.....	58
5.2	Geschäftsabschluss vor "MIFID"	60
5.3	Die Initiative ging von der Stadt Linz aus – Die Stadt Linz zeigte von sich aus aktiv Interesse an Derivatengeschäften	60
5.4	Auch die politische Ebene der Stadt Linz war informiert.....	62
5.5	Gemeinderat wünschte "Optimierung" – nicht "Absicherung".....	65
5.6	Die Finanztermingeschäfte wurden von der Stadt Linz gewünscht.....	67
5.7	Die Stadt Linz als höchst professioneller Marktteilnehmer war voll aufgeklärt – Sie verstand das Geschäft	69
5.8	Keine Aufklärungsmängel – Beratungsverzicht	71

5.9	Kein Cap vereinbart	72
5.10	Einziger "Irrtum": Falsche Hoffnung auf eine Erholung des EUR/CHF – lange nach Geschäftsabschluss	74
5.11	CHF-Entwicklung als wahre Ursache	75
5.12	Finanzkrise als Paradigmenwechsel – Unvorhersehbarkeit im Jahr 2007	76
5.13	Laufende Ausstiegsmöglichkeit – Mögliche Risikobegrenzung	78
6.	Irreführende Begriffe	80
6.1	"Eigentliche Struktur" des SWAP II.....	80
6.2	Kreditlinien – Interne Obligi sind irrelevant, kein Spekulationskredit	81
6.3	"Exotisches" Produkt?	83
6.4	Marginpflicht – kein Nachteil für die Stadt Linz.....	84
6.5	OTC-Produkt – Gängige Geschäftsform	84
6.6	Stillhalter – keine Relevanz der Richtlinien des österreichischen Gemeindebundes 2009	86
7.	Organisationsrechtliche Strukturen der Stadt Linz.....	87
7.1	Wirtschaftliche Grundlegung: Kommunales Schuldenmanagement (" <i>Debt-Management</i> ") als Teil der professionellen Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz.....	87
7.2	Organisatorische Strukturen des professionellen Finanz- und Schuldenmanagements sowie der Gebarungskontrolle der Stadt Linz	89
8.	Zurechnung des Wissens von Mag. Penn zur Stadt Linz	93
8.1	Allgemeines zur Wissenszurechnung.....	93
8.2	Mag. Penns Wissen ist der Stadt Linz zurechenbar	94
9.	Aufrechter Vertrag aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses 2004	96
9.1	Ordnungsgemäße Willensbildung der Stadt Linz liegt vor	96
9.2	Ordnungsgemäße Vertretung der Stadt Linz beim SWAP II durch Mag. Penn.....	100
9.3	Fehlen des Amtssiegels ist irrelevant.....	100
9.4	Keine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht	101
9.5	Zwischenergebnis.....	110
10.	Anschein der Genehmigung durch den Gemeinderat	111
10.1	Grundlagen.....	111
10.2	Anschein einer gültigen Genehmigung durch den Gemeinderat.....	113
10.3	Anschein nachträglicher Genehmigung durch den Gemeinderat.....	114
10.4	Schlussfolgerung.....	116
11.	Verletzung von Sorgfaltspflichten durch die Stadt Linz (CIC), COMPENSANDEINWAND, MITVERSCHULDEN	117
11.1	Verletzung von Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten durch die Stadt Linz.....	117
11.2	Compensandoeinwand	118
11.3	Mitverschuldenseinwand	119
12.	Kein Missbrauch der Vertretungsmacht	120
13.	Kein Wucher.....	121
13.1	Regelungskonzept	121
13.2	SWAP II nicht vom Wuchertatbestand erfasst.....	121
13.3	Keine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Bewucherten	122

13.4	Mangelnde Schutzwürdigkeit der Stadt Linz	127
13.5	Zwischenergebnis	128
14.	Keine laesio enormis	128
14.1	Verjährung.....	128
14.2	Anfechtungsverzicht.....	129
14.3	Fehlende Anwendbarkeit	129
14.4	Keine Verkürzung.....	129
15.	Keine List	130
15.1	Regelungskonzept	130
15.2	Keine Verletzung der Aufklärungspflicht.....	130
15.3	Kein Täuschungsvorsatz der BAWAG P.S.K.	131
15.4	Keine positive Kenntnis eines Irrtums bei Mag. Penn.....	131
15.5	Zwischenergebnis	132
16.	Kein Irrtum	132
16.1	Verjährung des Gestaltungsrechts	132
16.2	Anfechtungsverzicht.....	132
16.3	Kein wesentlicher Geschäftsirrtum.....	133
17.	Kein Vorsatz und daher kein Schadenersatz wegen Beteiligung an deliktischem Verhalten und/oder vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung	133
17.1	Zum vorsätzlichen Verhalten.....	133
17.2	Zum subjektiven Interesse der Bank.....	133
17.3	Zusammenfassung.....	134
18.	Verjährung.....	134
18.1	Vorbemerkung.....	134
18.2	Objektiver Schadenseintritt.....	135
18.3	Subjektive Schadenskenntnis	135
18.4	Zwischenergebnis	137
19.	Kein Schadenersatz wegen Verletzung der Wohlverhaltensregeln des WAG.....	137
19.1	Verjährung.....	137
19.2	Keine Verletzung der Wohlverhaltensregeln	138
19.3	Zweckdienliche Aufklärung durch die BAWAG P.S.K.	146
19.4	Keine Kausalität	148
19.5	Mitverschulden der Stadt Linz.....	150
20.	Kein Schadenersatz wegen sonstiger Pflichtverletzungen.....	152
20.1	Verjährung.....	152
20.2	Keine Übervorteilung durch Abschluss eines OTC-Produkts.....	152
20.3	Keine Interessenskonflikte auf Seiten der BAWAG P.S.K.....	152
20.4	Keine Pflicht zur Aufklärung über eine Marginpflicht	157
20.5	Keine Kreditgewährung	157
20.6	Zwischenergebnis	158
21.	Antrag.....	158

Entsprechend dem am 8.11.2011 zugestellten gerichtlichen Auftrag erstattet die beklagte Partei folgende

KLAGEBEANTWORTUNG:

Das Vorbringen der klagenden Partei ist unrichtig und wird bestritten, soweit es im Folgenden nicht ausdrücklich außer Streit gestellt wird (sh Punkt 4). Das Klagebegehren wird in vollem Umfang dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Die geltend gemachten Ansprüche bestehen nicht zu Recht.

1. PROZESSUALES

1.1 Antrag auf Senatsentscheidung

Im Hinblick auf den Streitwert und die Bedeutung der Angelegenheit stellt die Beklagte gem § 7a Abs 2 JN den

Antrag

auf Entscheidung durch einen – gem § 7 Abs 2 JN als Kausalsenat zusammengesetzten – Senat.

1.2 Verbindungsantrag

Die beklagte Partei hat zu 48 Cg 222/11y eine Widerklage (vgl Beilage ./78) über EUR 417.737.018,29, welche den selben Sachverhaltskomplex betrifft, vor dem angerufenen Gericht eingebracht. Im Hinblick auf die dadurch zu erwartende Vereinfachung, Beschleunigung und Aufwandsverringerung stellt die beklagte Partei den

Antrag

auf Verbindung der beiden anhängigen Verfahren (48 Cg 218/11k und 48 Cg 222/11y) zur gemeinsamen Verhandlung gem § 187 ZPO.

Zur Vereinfachung wird in beiden Verfahren die selbe Beilagenbezeichnung verwendet.

1.3 Antrag auf Urkundenvorlage

- 1.3.1** Die klagende Partei hat in ihrer Klage ein umfangreiches Beweisanbot in Form der Vorlage von Urkunden erstattet. Im Hinblick auf den Umfang des Prozessstoffes stellt die beklagte Partei zur effizienten Prozessvorbereitung, insbesondere der Möglichkeit, im Rahmen der vorbereitenden Schriftsätze eine Urkundenerklärung abzugeben, den

Antrag,

das Gericht möge der klagenden Partei gem § 303 Abs 1 iVm § 304 Abs 1 Z 1 ZPO auftragen, alle Urkunden, welche sie in ihrer Klage als Beweise anbietet, binnen vierzehn Tagen vorzulegen.

- 1.3.2** In eventu, für den Fall, dass dem Vorlageantrag gem §§ 303 f ZPO nicht Folge gegeben wird, wird der Antrag auf § 82 ZPO gestützt und Vorlage aller Originale binnen drei Tagen begehrt.

2. BEGRIFFSBESTIMMUNGEN UND STRUKTUR

2.1 Zu den Begriffsbestimmungen in Punkt II 2. der Klage

Soweit im Folgenden nicht eigens erwähnt, werden Begriffsbestimmungen der Klage übernommen:

Der Rahmenvertrag wird als "Rahmenvertrag 2006" bezeichnet.

"Swap-Geschäft" wird als Überbegriff für eine bestimmte Art von Finanztermingeschäften verwendet. Bei Swap-Geschäften vereinbaren zwei Vertragsparteien, Zahlungsverpflichtungen auszutauschen. Das zwischen den Streitteilen am 12.2.2007 abgeschlossene Finanztermingeschäft wird als "SWAP II" bezeichnet; jenes vom 26.9.2006 als "SWAP I".

Die Begriffsbestimmung "Einzelgeschäftsbestätigung/Confirmation" ist irreführend, weil sie sich nicht auf die letztgültige Bestätigung vom 15.10.2007 (Beilage ./4) bezieht.

2.2 Weitere Begriffsbestimmungen

Die beklagte Partei wird als solche, als Beklagte oder als "BAWAG P.S.K." bezeichnet.

Die klagende Partei wird also solche, als Klägerin oder als "Stadt Linz" bezeichnet.

Als FVV wird die Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz bezeichnet, wie sie unten in Punkt 7.2 der Klagebeantwortung (im Folgenden kurz "Punkt") näher beschrieben wird.

Der Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004, mit welchem die FVV ermächtigt wurde, das Fremdfinanzierungsportfolio durch Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren, wird als "Gemeinderatsbeschluss 2004" oder kurz als "Gemeinderatsbeschluss" bezeichnet.

Unter kommunalem "Debt-Management" oder "Schuldenmanagement" wird ein besonderer Teil der kommunalen Finanzverwaltung verstanden, der unter Punkt 7.1 und 7.2 näher dargelegt wird.

Als – insb auch für den Verjährungseinwand entscheidende – "E-Mail vom 7.1.2008" (Beilage ./19) wird jene E-Mail bezeichnet, mit der die BAWAG P.S.K. die Stadt Linz auf die negative Bewertung des SWAP II aufmerksam gemacht, eine Bewertung des SWAP II übermittelt und eine Absicherung vorgeschlagen hat (sh dazu unten Punkte 4.15 und 18).

Als "Schreiben vom 11.11.2008" wird jenes Schreiben der BAWAG P.S.K. (Beilage ./20) bezeichnet, das diese während des Höhepunkts der Weltwirtschaftskrise 2008 an Herrn Mag. Penn und in Kopie an den Vorsitzenden des Finanzausschusses Finanzstadtrat Dr. Mayr "*zwecks Information Ihrer [gemeint: der Stadt Linz] Gremien*" samt einer umfangreichen Powerpoint Präsentation mit Verweis auf eine negative Bewertung des SWAP II von EUR -62 Mio geschickt hat (Näheres sh Punkt 4.19).

2.3 Aufbau der Klagebeantwortung

An einen zusammengefassten Überblick über den zentralen Inhalt der Bestreitung des Klagebegehrens in Punkt 3 schließen sich in Punkt 4 die Außerstreitstellungen und Bestreitungen des Sachverhalts der Klage in Punkt 5 beschäftigt sich mit der Widerlegung unrichtiger Thesen der Stadt Linz. Punkt 6 stellt einige verzerrt verwendete Begriffe aus der Klage richtig. Punkt 7 beschreibt den organisatorischen Rahmen, in dem der Gemeinderatsbeschluss 2004 und – auf dessen Basis – die Swap-Geschäfte gefasst wurden. Im Hinblick auf die Bedeutung der Zurechnung des Wissens der handelnden Personen zur Stadt Linz beschäftigt sich Punkt 8 mit dem Thema Wissenszurechnung. Daran schließt sich in den Punkten 9 ff die rechtliche Würdigung des Sachverhalts an.

3. ZENTRALER INHALT DER BESTREITUNG DES KLAGEBEGEHRENS

3.1.1 Der SWAP II als Optimierungsgeschäft: Der SWAP II war bei Geschäftsabschluss am 12.2.2007 – dh *ex ante* betrachtet – ein marktübliches Finanztermingeschäft, das den Zielen der Stadt Linz gerecht wurde. Das Ziel war eine Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios (von damals CHF 210 Mio) durch Finanztermingeschäfte. Diese sollten die hohe Zinslast der Stadt Linz vermindern, dh Erträge (Zahlungsflüsse; Cash) zu Gunsten der Stadt Linz generieren. Da der Cash-flow erwirtschaftet

werden sollte, ohne Kapital einzusetzen, entschied sich die Stadt Linz – zur Kostenreduktion – Risiko zu übernehmen (vgl Schreiben vom 11.8.2006; Beilage ./30).

- 3.1.2 Gebotene ex ante Betrachtung:** Die Beurteilung des SWAP II ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – dh *ex ante* – geboten. Niemand konnte am 12.2.2007 die Weltwirtschaftskrise 2008 vorhersehen. Ebenso wenig wie mit einer Hyperinflation oder einem unlimitierten Steigen des CHF-Libor Zinssatzes gerechnet werden musste, musste mit der größten Wirtschaftskrise seit dem 2. Weltkrieg gerechnet werden. Auf Basis der historischen Kursentwicklung, die auch die Sondereffekte der die Krise vom 11. September 2001 beinhaltet, war der SWAP II ein taugliches Instrument für Optimierung. Der Stadt Linz war freilich klar, dass die Barriere des historischen Höchststands des CHF in der Zukunft durchstoßen werden kann (sh Schreiben Beilage ./30, S 6). Sie war bereit, dieses – aus *ex ante* Sicht vergleichsweise geringe – Risiko zu übernehmen, um zugunsten der Stadt Linz Kosten zu sparen.
- 3.1.3 Fehlende Reaktion der Stadt Linz auf die geänderten wirtschaftlichen Verhältnisse:** *Ex post* erweist sich der SWAP II als Verlustgeschäft. Das hat die Stadt Linz aber alleine zu verantworten. Anfang Jänner 2008 (als Vorbote der Weltwirtschaftskrise 2008) drehte sich die anfänglich günstige Marktbewertung des SWAP II in eine negative. Diese Marktbewertung wurde der Stadt Linz Anfang 2008 – und idF monatlich – kommuniziert. Die Stadt Linz wurde von der BAWAG P.S.K. wiederholt zum Ausstieg oder zu Absicherungsmaßnahmen (Caps) eingeladen. Das erste Ausstiegsangebot stammt vom 17.7.2007, wo die Stadt Linz tatsächlich aus dem SWAP I gewinnbringend ausgestiegen ist.
- 3.1.4 Laufende Information der Stadt Linz:** Die Formel des SWAP II ist denkbar einfach. Sie hat nur eine Variable, den EUR/CHF-Kurs, und ist einfach zu rechnen. Das mit dem SWAP II verbundene Risiko war der Stadt Linz von Beginn an klar. Das zeigte sich auch an ihrer Reaktion auf die Weltwirtschaftskrise (mit dem Zusammenbruch von Lehman Brothers) im Herbst 2008. Als diese ihren Höhepunkt erreicht hatte (vgl das im Oktober 2008 vom Nationalrat beschlossene Bankenrettungspaket), hielt die Stadt Linz weiterhin am SWAP II fest. Auch das Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20), das von BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz (an Finanzdirektor Mag. Penn und in Kopie an den Vorsitzenden des Finanzausschusses, Finanzstadtrat Dr. Mayr) samt umfangreicher Präsentation "zwecks Information Ihrer Gremien" geschickt wurde, veranlasste die Stadt Linz nicht zu einer Änderung ihrer Finanzstrategie. Die Präsentation wies auf den damals negativen Marktwert von **EUR -62.000.000** (in roter Farbe und Fettschrift) hin und schlug u.a. eine Absicherung (bei einem Maximalrisiko von ca 26 % p.a.) vor. Auch die Gespräche mit dem Bürgermeister Dr. Dobusch führten bis zum Herbst 2011 zu keiner Änderung der

Untätigkeit der Stadt Linz – trotz wiederholter Einladung seitens der BAWAG P.S.K.

- 3.1.5 Vorteilszuwendung durch die Stadt Linz:** Der BAWAG P.S.K. war es nicht möglich, gegen den Willen der Stadt Linz aus dem Vertrag auszusteigen. Auch für die beklagte Partei gilt: Pacta sunt servanda. Sie ist ihrer Zahlungspflicht aus dem SWAP II wiederholt nachgekommen. In Summe hat sie bis April 2009 – zu fünf Terminen – rund CHF 10 Mio bezahlt.

Überdies hat die Stadt Linz auch – widerspruchslos – Zahlungen an die beklagte Partei geleistet. Auch damit anerkannte die Stadt Linz den SWAP II.

- 3.1.6 Ex post konstruierte Behauptungen:** Die Behauptung, der Vertrag sei nicht wirksam abgeschlossen bzw anfechtbar, ist eine – *ex post* – konstruierte Schutzbehauptung. Über Jahre sind alle betroffenen Gremien der Stadt Linz davon ausgegangen, dass der SWAP II gültig ist. Die Behauptung von Rechtsmängeln wurde erst aufgestellt, als das Geschäft aus dem Ruder lief. Das ist aber allein der Untätigkeit der Stadt Linz zuzuschreiben. Warum hat sie das Geschäft nicht eher – insb Anfang 2008, als die Marktbewertung negativ war – beendet, wenn sie es nicht wollte?

- 3.1.7 Selbstverschuldete Verluste:** Der Grund der hohen Verluste aus dem SWAP II liegt nicht im Geschäftsabschluss des SWAP II begründet, sondern in der fehlenden Reaktion der Stadt Linz auf die geänderten Marktbedingungen nach der Weltwirtschaftskrise 2008. Der Großteil der Verluste über EUR 400 Mio ist erst nach dem Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage /20) an Mag. Penn und Finanzstadtrat Dr. Mayr bzw nach der Befassung des Bürgermeister Dr. Dobusch Ende März/Anfang April 2010 entstanden. Per 11/2008 lag die Bewertung des SWAP II noch bei ca EUR -54,4 Mio und per 4/2010 bei ca EUR –83,4 Mio. Unter keinen Umständen – selbst wenn alle rechtlichen Argumente der beklagten Partei ins Leere gehen sollten – kann sie für den darüberhinausgehenden Schaden (mit)verantwortlich gemacht werden.

- 3.1.8 Aufsichtsbehördliche Genehmigung nicht erforderlich:** Ein SWAP ist nach völlig herrschender Meinung kein Darlehen. Dies bestätigt sowohl die Systematik der aufsichtsbehördlichen Genehmigungstatbestände als auch die im Stadtstatut 1992 der Stadt Linz enthaltene Berechnungsmethode. Das Fehlen der Genehmigungspflicht bestätigte der Leiter der für die Aufsicht über die Stadt Linz zuständigen "*Direktion Inneres und Kommunales*" der OÖ Landesregierung noch in einem am 12.7.2011 publizierten Interview. Das diesbezüglich angeblich vorliegende Gutachten einer nicht für die Gemeindeaufsicht zuständigen Abteilung der OÖ Landesregierung ist für diesen Rechtsstreit ebenso irrelevant wie andere, nachträglich zur Stützung der Argumentation der Stadt Linz im vorliegenden Rechtsstreit verfasste und nur an die Stadt Linz gerichtete Äußerungen des Landes.

- 3.1.9 Aufrechter Vertrag liegt vor:** Der Gemeinderat der Stadt Linz hat am 3.6.2004 einen ordnungsgemäßen Beschluss gefasst, mit dem die FVV (und damit deren Leiter, Mag. Penn) zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios (im Rahmen und als Teil eines professionellen Schuldenmanagements der Stadt Linz) ermächtigt wurde. Es handelte sich nicht um eine Delegation, sondern um die Ermächtigung zum Abschluss genau umschriebener Geschäfte. Würde man der Argumentation der Stadt Linz folgen, wäre auch die Klagsführung nicht ordnungsgemäß vom Gemeinderat beschlossen, da der entsprechende Gemeinderatsbeschluss den Bürgermeister nur allgemein *"beauftragt", "rechtsgrundlos geleistete Zahlungen zurückzufordern und die bevollmächtigten Rechtsvertreter nunmehr umgehend anzuweisen, die Klage einzubringen"*.
- 3.1.10 Anschein einer gültigen Genehmigung durch den Gemeinderat:** Falls der Gemeinderatsbeschluss – entgegen der Ansicht der beklagten Partei – ungültig sein sollte, hat der Gemeinderat der Stadt Linz dennoch objektiv sowie gegenüber der BAWAG P.S.K. bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Anschein eines wirksamen Gemeinderatsbeschlusses und Geschäftsabschlusses hervorgerufen. Die BAWAG P.S.K. hat auf diesen Anschein vertraut. Der SWAP II ist daher gültig zustande gekommen.
- 3.1.11 Anschein aufgrund Vorteilszuwendung:** Selbst wenn im Zeitpunkt des Abschlusses 2007 kein ursprünglicher Anschein gegeben gewesen sein sollte, ist ein solcher doch nachher entstanden, indem die Stadt Linz die Vorteile aus dem SWAP II (insgesamt CHF 10.141.790,20) über Jahre hinweg anstandslos entgegengenommen hat. Die BAWAG P.S.K. hat auf diesen Anschein vertraut. Der SWAP II ist daher auch aufgrund nachträglicher Genehmigung wirksam.
- 3.1.12 Anschein nachträglicher Genehmigung und massive Vernachlässigung von organisationsrechtlichen Amts- und Kontrollpflichten:** Darüber hinaus hat der Gemeinderat (insbesondere durch den Finanzausschuss und den Kontrollausschuss als seine Hilfsorgane) im Laufe der Vertragsbeziehung objektiv sowie gegenüber der BAWAG P.S.K. den Anschein einer nachträglichen Genehmigung des SWAP II gesetzt. Ein derartiger Anschein ist nach der hRspr anzunehmen, *"wenn das beschlusslose Rechtsgeschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein konnte und sie dennoch nicht reagierten"*. Der SWAP II ist dem Finanzausschuss (aufgrund regelmäßiger Berichte sowie aufgrund vollumfänglicher Kenntnisse seines Vorsitzenden) und (aufgrund eines Kontrollamtsberichts vom Herbst 2008 samt Warnhinweis betreffend künftige Zahlungspflichten unter dem SWAP II) dem Kontrollausschuss als den zuständigen Hilfsorganen des Gemeinderates nicht verborgen geblieben. Im mangelnden Einschreiten des Gemeinderates und seiner Hilfsorgane wäre ein Kontrollversagen zu erblicken. Die BAWAG P.S.K. hatte davon keine Kenntnis und durfte aufgrund der Untätigkeit des

Gemeinderates und seiner Hilfsorgane auf eine nachträgliche Genehmigung vertrauen. Die BAWAG P.S.K. hat auch auf diesen Anschein vertraut. Der SWAP II ist daher auch aufgrund nachträglicher Genehmigung wirksam.

- 3.1.13 Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch die Stadt Linz:** Hinsichtlich (i) des bestrittenen Mangels eines gültigen Gemeinderatsbeschlusses sowie (ii) des bestrittenen Mangels einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung stützt sich die BAWAG P.S.K. hilfsweise auch auf die Verletzung von Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten durch die Stadt Linz (*culpa in contrahendo* – *CIC*). Der BAWAG P.S.K. steht ein Schadenersatzanspruch gegen die Stadt Linz auf Grundlage der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch die Stadt Linz zu.
- 3.1.14 Kein Wucher:** Der SWAP II fällt nicht unter den Wuchertatbestand. Die Freiheit der rechtsgeschäftlichen Willensbildung von Mag. Penn war zum Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II weder aufgrund von Unerfahrenheit noch aufgrund von Leichtsinn (oder sonstigen unwirtschaftlichen Eigenschaften) eingeschränkt. Darüber hinaus ist die Stadt Linz jedenfalls mangels Schutzwürdigkeit nicht berechtigt, sich auf den Wuchertatbestand zu berufen.
- 3.1.15 Keine *laesio enormis*:** Das Recht zur Anfechtung des SWAP II wegen *laesio enormis* ist im Februar 2010 verjährt. Die Stadt Linz kann sich daher nicht mehr auf eine Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes berufen. Die Stadt Linz hat ferner im Rahmenvertrag 2006 wirksam auf die Anfechtungsmöglichkeit verzichtet. Schließlich lag im – einzig relevanten – Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses auch keine Verkürzung der Stadt Linz über die Hälfte des wahren Wertes vor.
- 3.1.16 Keine List:** Die BAWAG P.S.K. hat die ihr obliegenden Aufklärungspflichten iSd WAG 1996 vollständig erfüllt, sofern für die BAWAG P.S.K. überhaupt solche Pflichten bestanden. Schon deshalb kann ihr Arglist nicht vorgeworfen werden. Die BAWAG P.S.K. hat keine Täuschungshandlung begangen. Der BAWAG P.S.K. kann daher denklogisch auch kein auf Täuschung gerichteter Vorsatz vorgeworfen werden. Mangels rechtswidrigem, kausalem und vorsätzlichem Täuschungsverhalten durch die BAWAG P.S.K. kann der SWAP II nicht wegen Arglist angefochten werden.
- 3.1.17 Kein Irrtum:** Die Ausübbarkeit des Gestaltungsrechts der Vertragsanfechtung (bzw -anpassung) wegen Irrtums ist im Februar 2010 verjährt. Überdies ist die Stadt Linz schon aufgrund des vertraglichen Anfechtungsverzichts im Rahmenvertrag 2006 nicht berechtigt, den SWAP II wegen Irrtums anzufechten. Zudem bestand im – relevanten – Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses kein Irrtum über Gegenwärtiges.

3.1.18 Kein Schadenersatz wegen Verstoßes gegen die Wohlverhaltensregeln des WAG 1996: Der Stadt Linz war spätestens im Februar (bzw September) 2008 der von ihr behauptete Schaden – nach Mitteilung über den negativen Marktwert des SWAP II (sh Punkt 4.15) bekannt. Die Verjährungsfrist von drei Jahren ist somit spätestens im Februar (September) 2011 abgelaufen.

Ungeachtet dessen hatten die Parteien im Rahmenvertrag 2006 frei entschieden, eine wechselseitige Beratung explizit auszuschließen. Die BAWAG P.S.K. war damit von jeglicher Erkundungs- und Aufklärungspflicht nach dem WAG 1996 befreit.

Die BAWAG P.S.K. kannte vor Abschluss des SWAP II die Erfahrungen und Kenntnisse, das Anlageziel sowie die Risikobereitschaft der Stadt Linz. Diese Kenntnis erschloss sich der BAWAG P.S.K. einerseits aufgrund der seit 1978 bestehenden Geschäftsverbindung zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz. Andererseits war dies aufgrund des unzweideutigen Auftretens der Stadt Linz im Vorfeld des Abschlusses des SWAP II klar. Selbst wenn die BAWAG P.S.K. überhaupt einer Erkundungspflicht unterlegen wäre, ist die BAWAG P.S.K. somit ihrer Erkundungspflicht nach § 13 Z 3 WAG nachgekommen.

Da die BAWAG P.S.K. zum Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II über dieses Wissen verfügte, war die zusätzliche Erstellung eines Anlegerprofils nicht erforderlich.

Ungeachtet des Umstandes, dass die BAWAG P.S.K. aufgrund des wechselseitigen Beratungsausschlusses überhaupt nicht zur Aufklärung der Stadt Linz verpflichtet war, musste die Stadt Linz über den SWAP II nicht aufgeklärt werden. Es mangelte der Stadt Linz an der Aufklärungsbedürftigkeit. Die Stadt Linz war als professioneller Marktteilnehmer einzustufen, dem es zugemutet werden konnte, seine wirtschaftlichen Interessen selbst zu wahren.

Trotz des Umstandes, dass die BAWAG P.S.K aufgrund des wechselseitigen Beratungsausschlusses sowie der Professionalität der Stadt Linz diese nicht aufklären musste, hatte die BAWAG P.S.K. der Stadt Linz dennoch alle zweckdienlichen Informationen über den SWAP II mitgeteilt. Ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein, hat die BAWAG P.S.K. der Stadt Linz somit eine Informationserteilung zu Teil werden lassen, die den Grundsätzen zweckdienlicher anleger- und objektgerechter Aufklärung iSd WAG 1996 entsprach.

Der BAWAG P.S.K. kann daher keine Verletzung der Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 angelastet werden.

Ungeachtet des Fehlens jedes rechtswidrigen Verhaltens auf der Seite der BAWAG P.S.K. war deren Verhalten auch nicht kausal für den Eintritt des

von der Stadt Linz behaupteten Schadens. Die Stadt Linz hätte auch – unter unzutreffender Annahme eines Verstoßes gegen die Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 durch die BAWAG P.S.K. – bei umfassender Aufklärung einen gleichartigen Schaden erlitten. Aufgrund ihres ausgeprägten Optimierungswunsches hätte sie entweder den SWAP II jedenfalls abgeschlossen oder wäre mit einer Konkurrenzbank ein gleichgelagertes Finanztermingeschäft eingegangen.

Der Schadenersatzanspruch der Stadt Linz scheidet somit nicht nur an der mangelnden Rechtswidrigkeit, sondern auch an der fehlenden Kausalität des Verhaltens der BAWAG P.S.K.

Die Stadt Linz hat ihre Obliegenheit gemäß § 1304 ABGB nicht beachtet. Die Annahme eines der zahlreichen Restrukturierungsangebote der BAWAG P.S.K. wäre für die Stadt Linz jedenfalls zumutbar und geboten gewesen. Selbst wenn ein Schadenersatzanspruch der Stadt Linz angenommen werden würde, müsste dieser schon aufgrund schwerster Sorglosigkeit der Stadt Linz gegenüber ihren eigenen Gütern scheitern.

- 3.1.19 Keine Pflicht zur Aufklärung über den negativen Marktwert:** Der entscheidungsgegenständliche SWAP II kann nicht mit dem Spread-Ladder-SWAP der BGH-Entscheidung verglichen werden. Die BAWAG P.S.K. übernahm nie die Funktion eines Anlageberaters. Ihre Rolle war – kraft ausdrücklicher Vereinbarung – stets auf die der Gegenpartei aus dem SWAP II beschränkt. Die BAWAG P.S.K. befand sich – im Unterschied zur Ausgangslage beim BGH-Urteil – somit nie in einem Interessenkonflikt, der zur Aufklärung über den negativen Marktwert des SWAP II verpflichtet hätte.
- 3.1.20 Keine Pflicht zur Aufklärung über eine Marginpflicht:** Da keine Marginpflicht, dh eine Pflicht zur Bestellung von Sicherheiten, zu Lasten der Stadt Linz bestand, kann der BAWAG P.S.K. nicht vorgeworfen werden, sie habe es verabsäumt, die Stadt Linz über eine bestehende Marginpflicht aufzuklären.
- 3.1.21 Keine Kreditgewährung:** Der Stadt Linz wurden im Zusammenhang mit dem SWAP II zu keinem Zeitpunkt Kredite von der BAWAG P.S.K. eingeräumt, geschweige denn bestehende ausgeweitet. Das Risiko der Stadt Linz ergab sich alleine aus dem SWAP II. Über das rein bankinterne Risikomanagement musste die BAWAG P.S.K. die Stadt Linz nicht aufklären.
- 3.1.22 Schlussfolgerung:** Das Klagebegehren besteht daher aus keinem der geltend gemachten Gründe zu Recht, weshalb kostenpflichtige Klagsabweisung beantragt wird.

4. ZUM SACHVERHALT – AUSSERSTREITSTELLUNGEN UND ENTGEGNUNGEN

4.1 Vorbemerkung

4.1.1 Im Einklang mit dem Bestreben der Klägerin, eine Unwirksamkeit des SWAP II zu konstruieren, ist die Sachverhaltsdarstellung der Klage in III. ("Chronologischer Sachverhalt") unvollständig und zum Teil unrichtig. Dadurch entsteht ein verzerrtes bzw falsches Bild. Um den Sachverhalt korrekt darzustellen, wird im Folgenden versucht, anhand der Reihung in der Klagserzählung (in III. der Klage) Unstrittiges einleitend außer Streit zu stellen und in der Folge besonders gravierende Fehler aufzuzeigen.

4.2 Die Geschäftsbeziehungen der Streitteile

4.2.1 Die Geschäftsbeziehungen zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei reichen bis Ende der 70er Jahre des vorangehenden Jahrhunderts zurück. Richtig ist auch, dass die beklagte Partei – so wörtlich zutreffend – "**über Ersuchen der Stadt Linz**" in der Vergangenheit verschiedene Finanzprodukte angeboten hatte (sh III. 1.1.1 der Klage).

4.2.2 Die Initiative für den Abschluss der Swap-Geschäfte ging von der Stadt Linz aus (sh dazu unten 5.3).

4.3 Finanzierungslage

4.3.1 Außer Streit gestellt wird, dass die Stadt Linz bis zum Jahr 2004 bei verschiedenen Kreditinstituten Darlehen und bei der Credit Suisse eine Anleihe in Fremdwährung (in CHF) aufgenommen hatte. Das Vorbringen der Stadt Linz, dass insgesamt – alleine auf der Ausleihungsseite – zum Ultimo 2003 Darlehen und Anleihen in der Gesamthöhe von EUR 345,15 Mio bestanden, wovon EUR 209,71 Mio auf Darlehen in inländischer Währung und EUR 135,45 Mio in ausländischer Währung entfielen, letztere auf Schweizer Franken (sh III. 1.2.1 der Klage), wird nicht bestritten.

4.3.2 Die Stadt Linz hat im Jahr 1993 eine Anleihe in Fremdwährung im Volumen von CHF 150 Mio begeben, daneben hat sie ebenfalls im Jahr 1993 eine Fremdwährungsfinanzierung in Höhe von CHF 60 Mio bei der Bank Leu AG in Anspruch genommen. An die Stelle dieser Finanzierung ist 2003 ein bei der UniCredit Bank Austria AG (damals: Bank Austria Creditanstalt AG, in der Folge: "**Bank Austria**") aufgenommenes Fremdwährungsdarlehen in gleicher Höhe (CHF 60 Mio) getreten (sh III. 1.2.2 der Klage). In Summe erreichte das Fremdfinanzierungsportfolio in CHF also 210 Mio.

4.3.3 Bestritten wird das Vorbringen der klagenden Partei in III 1.1.1 wonach Fremdwährungskredite und Derivatgeschäfte sowie Optionsgeschäfte nicht von der Geschäftsbeziehung der Streitteile umfasst waren. Richtig ist, dass die BAWAG P.S.K. beispielsweise bereits 1993 – im Zuge der

Ausschreibung der ersten Schweizer Franken Anleihe – der Stadt Linz ein Anbot übermittelt hat (vgl. Beilage ./73). Darüber hinaus hat die klagende Partei selbst unter III. 1.2.3 vorgebracht, dass sich die beklagte Partei an der Ausschreibung der Begebung einer Anleihe in der Höhe von CHF 150 Mio im Jahr 2005 beteiligt hat.

- 4.3.4** Außer Streit gestellt wird ferner, dass die Stadt Linz idF die Vergabe einer CHF-Anleihe über 195 Mio ausschrieb und dass die Kommunalkredit schließlich die Finanzierung zu einem Aufschlag auf den 6-Monats-SFR/CHF-LIBOR („LIBOR 02“) von 0,049% übernahm (sh III. 1.2.3 der Klage). BAWAG P.S.K. wusste damals freilich nicht, ob es tatsächlich zu einem Geschäftsabschluss und wenn ja, mit wem gekommen war. Ebenso wenig weiß die beklagte Partei, ob die Kommunalkredit Bestbieter war.
- 4.3.5** Das Vorbringen in III. 1.2.4 der Klage zur Begebung einer CHF Anleihe bei der Kommunalkredit mit Laufzeit bis 14.10.2017 und einer variablen Verzinsung von LIBOR 02 mit Aufschlag von 0,049 Prozentpunkten wird außer Streit gestellt. Schon an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass damit ein ungedeckeltes Zinsrisiko und ein Fremdwährungsrisiko übernommen wurden (vgl. Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg, Beilage ./26). Die Stadt Linz lässt offen, ob sie dafür eine aufsichtsbehördliche Genehmigung eingeholt hat. In diesem Zusammenhang wird auch das Vorbringen in III. 2.1.3 der Klage außer Streit gestellt, wonach die "**Entwicklung der variablen Zinsen offen war**".
- 4.3.6** Prof. Dr. Wahrenburg zeigt auf, dass der Stadt Linz aufgrund der Emission der CHF-Anleihe schon vor Abschluss des SWAP II zwei verschiedene Risiken drohten: 1) das Steigen des 6-Monats-Zinssatzes und 2) das Steigen des Frankenkurses (sh Beilage ./26). Dh seit 1993 hat die Stadt Linz zumindest ein ungedeckeltes Zins- und Währungsrisiko iZm der CHF-Anleihe.

Beweis: namhaft zu machende Zeugen;
Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011
(Beilage ./26);
Amtsbericht vom 30.8.1993 (Beilage ./73);
vorzulegende Urkunden;
PV.

4.4 Ermächtigung des Gemeinderats an FVV zum Schuldenmanagement

- 4.4.1** Beim Beschluss des Gemeinderats vom 3.6.2004 handelt es sich um einen üblichen Auftrag zum "Portfoliomanagement" (im Rahmen und als Teil des Schuldenmanagements der Stadt Linz – siehe dazu unten 7.1 und 7.2).
- 4.4.2** Das Vorbringen in III. 1.3.1 der Klage zum Text der Beschlussvorlage in der Gemeinderatsitzung vom 13.5.2004 wird außer Streit gestellt.

4.4.3 Betont wird allerdings, dass der in III. 1.3.2 der Klage zitierte – nicht öffentlich zugängliche – Amtsbericht der beklagten Partei nicht bekannt gemacht wurde und auch nicht bekannt war. Sie hat diesen erstmals im Zuge der gegenständlichen Auseinandersetzung – durch Einsicht in den Strafakt des Ermittlungsverfahrens der StA Linz zu AZ 9 St 80/11y – erhalten (vgl ON 1 AS 17 verso des Ermittlungsaktes). Im Unterschied zum – als Beilage zum Amtsblatt Folge 4/2004 veröffentlichten – Gemeinderatsbeschluss 2004 hat sich der Amtsbericht nicht in den Akten der BAWAG P.S.K. befunden.

Umso bemerkenswerter ist freilich der nachträglich – am 10.2.2011, dh schon in der Phase der Klagsvorbereitung – erstellte Aktenvermerk von Mag. Penn (Beilage ./27), wonach er den Amtsbericht der BAWAG P.S.K. übergeben haben will; dies an einem Tag, an dem er sich laut seinem eigenen Kalender nur mit einer anderen Bank, der Oberbank, getroffen hat (Beilage ./27). Beachtlich ist auch, dass es sich dabei um den einzigsten Aktenvermerk Mag. Penns handelt, welcher im Ermittlungsakt der StA Linz ersichtlich ist. Ebenso zeigen die Kalendereinträge der Mitarbeiter der BAWAG P.S.K. kein Treffen mit Mag. Penn. Richtig ist vielmehr, dass ihr der Amtsbericht – naturgemäß – vor diesem Rechtsstreit nicht bekannt war. Immerhin besteht für Beamte die Pflicht, das Amtsgeheimnis zu wahren.

Beweis: beizuschaffender Ermittlungsakt der StA Linz zu AZ 9 St 80/117;
Aktenvermerk Mag. Penn vom 10.2.2011 (Beilage ./27);
Auszug aus Outlookkalender von Mag. Penn betreffend 7.8. – 13.8.2006 (Beilage ./28);
Zeuge Dr. Alexander Schall, pA der beklagten Partei;
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
wie bisher.

4.4.4 Unbekannt war der Beklagten – ebenso naturgemäß – auch das gemeindeinterne Schreiben vom 13.9.2006 (sh III. 2.4.1 der Klage), mit dem der Rahmenvertrag dem Bürgermeister vorgelegt wurde. Bekannt war "nur" der Gemeinderatsbeschluss samt Diskussion (Beilage ./11; vgl Aussage des Zeugen Machat, Beilage ./29).

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderates vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Zeugenvernehmung Mag. Harald Machat vom 27.9.2011 (Beilage ./29);
Zeuge Mag. Harald Machat, pA der beklagten Partei;
wie bisher.

- 4.4.5 Die Darstellung in III. 1.3 der Klage ist im Übrigen falsch. Nach dem klaren Wortlaut des Beschlusses

*"Die FVV wird ermächtigt, das **Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren**" (Hervorhebung durch Verfasser)*

handelt es sich nicht um eine Ermächtigung zu "**Absicherungsmaßnahmen**", wie die Klägerin zu suggerieren versucht, sondern um eine solche zur "**Optimierung**" (des Fremdfinanzierungsportfolios durch den Abschluss von Finanzterminkontrakten).

Dies und nichts anderes geht aus dem Beschluss als einzig authentischer, öffentlich zugänglicher und der Beklagten durch die Klägerin offen gelegter Quelle hervor (vgl Beilage ./11).

Es sollte nach dem Beschluss des Gemeinderats das "**Fremdfinanzierungsportfolio**" durch den "**Abschluss von Finanzterminkontrakten**" (und auch durch "marktübliche Finanzgeschäfte") **optimiert** werden. Dabei handelt es sich um einen üblichen Auftrag zum "Portfoliomanagement" (im Rahmen und als Teil des Schuldenmanagements der Stadt Linz – siehe dazu unten 7.1 und 7.2). Der Auftrag war konkret auf das Management des bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios beschränkt. Inhaltlich wurde der Schuldenmanager (nämlich die FVV) beauftragt und ermächtigt, "**marktübliche Finanzgeschäfte**" und – weil "Finanzterminkontrakte" wohl nicht notwendigerweise unter dem Terminus "marktübliche Finanzgeschäfte" zu erfassen sind, darüber hinaus auch (arg: "**und**") – "**Finanztermingeschäfte**" abzuschließen. Dieser Auftrag war der Höhe nach auf das bestehende Fremdfinanzierungsportfolio von damals CHF 210 Mio beschränkt (vgl III. 1.2.3 der Klage).

- 4.4.6 Bestritten wird, dass sich das Wort "*marktübliche*" auf "*Finanzterminkontrakte*" bezog. Vielmehr ist das eine Einschränkung des – extrem weiten – Begriffs der "*Finanzgeschäfte*". Im Grunde ist fast jedes auf eine Finanzierung gerichtete oder damit zusammenhängende Geschäft ein Finanzgeschäft. Daher wurde der breite Begriff durch das Eigenschaftswort "*marktüblich*" eingeschränkt. Das war freilich beim Begriff "*Finanzterminkontrakte*" nicht nötig, denn dieser Begriff ist hinreichend präzise. Da er aber nicht in jedem Fall unter dem Terminus "*marktübliche Finanzgeschäfte*" zu erfassen ist, wurde die Ermächtigung zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios ganz gezielt zusätzlich auch (arg: und) für den Abschluss von "*Finanztermingeschäften*" erteilt, unabhängig von deren Marktüblichkeit oder Marktunüblichkeit. Die Diskussion im Gemeinderat vor Beschlussfassung stützt das Verständnis, dass nur "*marktübliche*" Finanztermingeschäfte abzuschließen seien, nicht. Das Thema "Üblichkeit" wird überhaupt nur im Zusammenhang mit der Notwendigkeit, rasch reagieren zu können, thematisiert.

- 4.4.7 So man die "Marktüblichkeit" dennoch für relevant halten wollte, was bestritten wird, ist festzuhalten, dass der SWAP II – basierend auf der gebotenen *ex ante* Betrachtung – marktüblich war. Er entsprach dem, was von der Stadt Linz (in Einklang mit dem Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses 2004 und dem Rahmenvertrag 2006) nachgefragt wurde. Beim SWAP II handelte es sich um ein Optimierungsgeschäft, das ein Finanztermingeschäft mit üblichen Parametern zum Gegenstand hatte.
- 4.4.8 Schließlich besagt der Beschluss mit keinem Wort, was die Stadt Linz in III. 1.3.3 der Klage behauptet, dass sich die "*Marktüblichkeit*" an "*Geschäften für Gemeinden*" zu orientieren habe. Diese Einschränkung entspringt – *ex post* – dem Wunschdenken der klagenden Partei; das gilt auch für die Einschränkung, dass nur "*Absicherungsmaßnahmen*" gemeint seien. Davon ist in dem einzig authentischen, öffentlich zugänglichen und der Beklagten durch die Klägerin mehrmals als Rechtsgrundlage übermittelten Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 keine Rede (vgl. Beilage ./11).
- 4.4.9 Im Gegenteil. Die Diskussion im Gemeinderat am 3.6.2004 zeigt deutlich, dass der Gemeinderat – ganz im Trend dieser Zeit liegend – bewusst zum Portfoliomanagement (im Rahmen und als Teil des Schuldenmanagements der Stadt Linz – siehe dazu unten 7.1 und 7.2) durch Abschluss von Finanzterminkontrakten zur "*Optimierung*" der Zinslast ermächtigte.

Der Gemeinderat war sich der Risikoträchtigkeit solcher Geschäfte voll bewusst. Die Opposition kritisierte die geplante Generalermächtigung "**an eine Person**" mit unmissverständlichen Worten. Der damalige Vizebürgermeister Dr. Watzl zeigte nicht nur unter Verweis auf den Amtsbericht der FVV vom 13.5.2004 und die Schwankungsbereitschaft, insbesondere des Schweizer Franken, auf, dass ein Fremdwährungskredit grundsätzlich ein "**Risikokredit**" sei, er gab – vor diesem Hintergrund – auch zu bedenken, dass der Gemeinderat mit diesem Beschluss eine wesentliche Kompetenz an eine einzelne Person, nämlich an den Finanzreferenten, weitergäbe:

*"Dieser Gemeinderat soll sich im Klaren sein, dass mit diesem Beschluss der Gemeinderat eine wesentliche Kompetenz delegiert – nämlich an den Finanzreferenten – und damit **eine wesentliche Aufgabe an eine Person weitergibt. Immerhin, Kollege Mayr hat es richtig gesagt, geht es um 345,15 Millionen Euro, also rund um 4,5 Milliarden Schilling – das ist nicht gerade wenig**" (siehe Beilage ./11, Hervorhebung durch Verfasser).*

Das ist auch schlüssig, weil unter Finanzexperten hinlänglich bekannt ist, dass Finanzterminkontrakte nach dem in Österreich (und auch international) üblichen Handelsbrauch telefonisch von einer einzelnen Person abgeschlossen werden. Die "Kurzfristigkeit" der Entscheidungen, die in

diesem Geschäft erforderlich ist, um rasch und zum bestmöglichen Zeitpunkt Geschäfte abzuschließen, wird von Bürgermeister Dr. Dobusch aus diesem Grund auch eigens erwähnt. Er betonte in Folge der Kritik, dass es nicht die Intention wäre in ausländische Währungen "hineinzugehen", sondern es ginge darum, dass **"der bereits aushaftende Kreditrahmen hervorragend bewirtschaftet wird:"**

*"Ich muss dazu sagen, das ist nicht die Intention, dass jetzt in ausländische Währungen hineingegangen wird, sondern es geht darum, dass wir den **aushaftenden Kreditrahmen oder Betrag hervorragend bewirtschaften** können und das **in kürzestmöglicher Zeit**" (sh Beilage ./11, Hervorhebung durch Verfasser).*

Und an anderer Stelle:

"Es geht in erster Linie darum, dass man Eurokredite dauernd verändern kann, dass man hier Tagesgeschäfte machen kann, was eigentlich heute üblich ist."

Nach dem – im Gemeinderat offen diskutierten – Verständnis des Gemeinderats sollte der Beschluss der FVV, konkret also deren Leiter Mag. Penn, ermöglichen, **"Derivate in ausländischer Währung zu ziehen"**.

Vizebürgermeister Dr. Watzl sprach wörtlich von einem **"Freibrief"** für den **"Finanzreferenten"**:

*"Nur Faktum ist, wenn wir den Beschluss so fassen, **hat er die Möglichkeit – das müssen wir der Öffentlichkeit auch sagen** – nämlich die Möglichkeit **oder einen Freibrief** dafür, dass die Umschuldung von Schulden in inländischer und ausländischer Währung passieren kann und umgekehrt, **dass man selbstverständlich Derivate in ausländische Währung zieht, sprich die Zinsen entsprechend handelt und austauscht.**" (Hervorhebung durch Verfasser)*

Die Risikoträchtigkeit solcher Geschäfte wurde ebenfalls ausdrücklich (und zwar mehrfach von verschiedenen Seiten) thematisiert:

*"[Finanzstadtrat Dr. Mayr:] **Dass in Fremdwährung gehen Risiken beinhaltet, ist keine Frage** [...]. **Derzeit ist jedenfalls die Situation eine positive.** [Zwischenruf Vizebürgermeister Dr. Watzl:] **Morgen kann sie eine negative sein!**" (Wortmeldungen aus der Gemeinderatssitzung vom 3.6.2004, vgl Beilage ./11.*

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
wie bisher.

- 4.4.10** In Widerspruch zur Diskussion im Gemeinderat und in Widerspruch zum Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses 2004 versucht die Stadt Linz heute – *ex post* – in ihrer Klage wiederholt zu suggerieren, dass mit SWAP I und SWAP II "*Sicherungsgeschäfte*" bzw. "*Absicherungen*" bezweckt. Das ist falsch. Im klagsgegenständlichen Zusammenhang ist dafür ausschließlich der authentische, öffentlich zugängliche und der Beklagten durch die Klägerin mehrmals als Rechtsgrundlage übermittelte Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 ausschlaggebend: Es ging dort ausschließlich um "**Optimierung**" und – daran folgerichtig anschließend – im Rahmenvertrag 2006 um "**Gestaltung**", aber nicht um "**Absicherung**".
- 4.4.11** Falls der Gemeinderat tatsächlich eine (nicht näher erläuterte) Absicherung bezweckte, was – im Hinblick auf die Diskussion im Vorfeld – entschieden bestritten wird, dann hat er das jedenfalls nicht nach außen kommuniziert. Wie gesagt, die Diskussion im Gemeinderat zeigt sehr eindeutig und in jeder Hinsicht nachvollziehbar ein anderes Bild.
- 4.4.12** Gegen die Verfolgung einer "Absicherungs"-strategie spricht auch, dass Mag. Penn im Bericht vom 11.8.2006 seinen Vorgesetzten ua Folgendes darlegte (sh Beilage ./30):

*"Dadurch wird nur bedingt das Zinsrisiko abgesichert, sondern in erster Linie Prämien eingenommen. Wir verkaufen dabei an die Bank das Recht, am Ende einer Optionsfrist (5 Jahre) zu entscheiden, ob sie mit uns in einen bereits jetzt definierten Zinsswap eintritt oder nicht. Wir kassieren dafür jetzt eine Prämie, gleich ob die Bank in Zukunft die Option wahrnimmt oder nicht. Wenn die Bank die Option nicht wahrnimmt, können wir dann neue Absicherungsstrategien überlegen **oder bleiben ungesichert.**"* (Hervorhebung durch Verfasser)

- 4.4.13** Schließlich sei zur angeblichen Marktüblichkeit "*für Gemeinden*" noch klar gestellt: Wenn diese tatsächlich gewünscht gewesen wäre (was sich aus dem Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses und auch aus der Diskussion davor nicht ergibt), dann wäre auf Gemeinden der Größenordnung der Stadt Linz abzustellen, die über vergleichbare Organisationsstrukturen wie die Stadt Linz verfügen (vgl unten 7.2). Die Stadt Linz ist keine x-beliebige kleine Gemeinde, sondern eine der drei größten Städte Österreichs mit eigenem Stadtstatut und einem gewaltigen Verwaltungsapparat. Dieser ist mit in Wissenschaft und Praxis anerkannten, fachlich in den Finanz- und Rechtswissenschaften hoch versierten und teils sogar habilitierten Spitzenbeamten besetzt (sh unten 7.2). Wenn überhaupt, kämen als Vergleichsobjekte Städte wie Wien, Graz und Salzburg in Frage. Tatsächlich aber ist die Stadt Linz in der Ausgestaltung ihrer Finanzverwaltung mit einem Konzern vergleichbar. Es mutet nach einem mehr als verzweifelten Versuch an, wenn sich eine derart große Stadt auf die Gemeinderichtlinien 2009, die mangels Mitgliedschaft im Gemeindebund (sondern im Städtebund) gar nicht anwendbar

sind, mit 200-Seelen-Gemeinden vergleichen will, obwohl sie über einen Stab an eigens spezialisierten, hauptberuflich im Finanzmanagement tätigen Mitarbeitern und einen eigenen 9-köpfigen Finanzausschuss (!), einen Kontrollausschuss und ein Kontrollamt (Stadtrechnungshof mit einem Univ.-Doz. mit einschlägigem Schwerpunkt in Forschung und Lehre an der Spitze – sh dazu 7.2 unten) zur Prüfung der Finanzgebarung verfügt.

4.4.14 Das Vorbringen in III. 1.3.2 bis III. 1.3.4 der Klage wird bestritten.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
wie bisher.

4.5 Aktive Idee der Stadt Linz – Gespräche zu Finanzterminkontrakten mit führenden Banken

4.5.1 Die Stadt Linz versucht mit einiger Mühe, der BAWAG P.S.K. die aktive Rolle im Vorfeld des Geschäftsabschlusses zu unterstellen. Das widerspricht den Tatsachen. Wie schon der Beschluss des Gemeinderats im Jahr 2004 zeigt, war die Stadt Linz die treibende Kraft: Mit diesem Beschluss wurde die FVV mit dem Portfoliomanagement der Fremdfinanzierungen (Schuldenmanagement, sh dazu unten Punkte 7.1 und 7.2) durch "marktübliche Finanzgeschäfte" und "Finanzterminkontrakte" beauftragt. Der Wunsch nach einem Portfoliomanagement zur Optimierung der Fremdfinanzierungen entsprang den Reihen der Stadt Linz im Jahr 2004 und entsprach auch – zumindest bis April 2010 – der klaren politischen und finanziellen Zielsetzung (vgl Beilage ./11). Diese wurde von der Stadt Linz in Gestalt ihres Finanzdirektors in Zusammenarbeit mit dem Finanzausschuss des Gemeinderates in den folgenden Jahren konsequent verfolgt. Auch bei vielen anderen Banken, darunter beispielsweise der Bank Austria, wusste man über das Interesse der Stadt Linz an solchen Finanzgeschäften Bescheid. Die Banken wurden seitens der Stadt Linz auch immer wieder eingeladen, Angebote abzugeben (Beilage ./31).

4.5.2 Über Initiative der Stadt Linz kam es in den folgenden Jahren auf der Grundlage des Gemeinderatsbeschlusses 2004 (vgl Beilage ./11) zu einer Reihe von Geschäften, die der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios der Stadt Linz dienten. Dazu zählen Finanztermingeschäfte mit der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft und der Spar-kasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft (sh III. 3.2.3 der Klage) und der Nomura International (Beilage ./32).

4.5.3 Laut Mag. Penn fand die Geschäftsanbahnung im Jahr 2006 über aktive Nachfrage der Stadt Linz statt (so ausdrücklich in Beilage ./33); vgl auch Christoph Schulz, Mitarbeiter der Abteilung Treasury Sales der Bank Austria von 2002 bis Mitte 2007, Beilage ./31: "*es ist meine klare Erinnerung, dass*

Mag. Penn mich angerufen hat und zitiert, ob wir auch eine Struktur, die er plant, für die Stadt, abzuschließen, auch darstellen und quotieren können. Ich kann bestätigen, dass der Anruf von ihm gekommen ist.") Die Stadt Linz hat zu dieser Zeit mit vielen Banken derartige Gespräche geführt (vgl das Chart "Treasury: Zinsumfeld" der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft datiert mit 8.8.2006; Beilage ./30). Die BAWAG P.S.K. war eine unter mehreren Banken, die Mag. Penn aktiv zu Angeboten einlud.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Zeugenvernehmung Christoph Schulz vom 21.11.2011 (Beilage ./31);
Swap-Geschäft zwischen Stadt Linz und NOMURA INTERNATIONAL plc vom 27.8.2008 (Beilage ./32);
Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011 (Beilage ./33);
Zeuge Dr. Alexander Schall, pA der beklagten Partei;
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
wie bisher.

4.6 Zusammenfassung der zahlreichen Gespräche im Bericht vom 11.8.2006

4.6.1 Die Darstellung der Geschäftsanbahnung mit der beklagten Partei in III. 2. der Klage wird bestritten.

4.6.2 Festzuhalten ist, dass Mag. Penn die Erkenntnisse aus den zahlreichen Gesprächen mit verschiedenen Banken in einem Bericht vom 11.8.2006 (Beilage ./30) an den Finanzausschuss festhielt und diese idF, am 1.9.2006, mit Finanzstadtrat Dr. Mayr besprach.

Beweis: Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Einstellungsantrag Mag. Penn vom 25.10.2011 (Beilage ./34, S 4 f).

4.6.3 Dieser Bericht vom 11.8.2006 (Beilage ./30) bespricht bereits die Chancen und Risiken, die mit einem Resettable CHF linked SWAP verbunden sind. Er führt dem Leser deutlich vor Augen, dass die Banken ihre Angebote nach den Vorgaben von Mag. Penn strukturiert hatten. So schreibt er unter Punkt 1. b. "Verkauf von Optionen", 2. Absatz, wie folgt:

*"Ich habe die Option so **strukturieren lassen**, dass wir während der ersten 5 Jahre einen Zinscap mit 3,5% kaufen und einen Cap mit 4,5% verkaufen (siehe unter a.) und damit abgesichert sind. Die*

erforderliche Prämie (1,7223%) ist durch den Verkauf der Option zu verdienen, sodass keine finanzielle Belastung entsteht." (vgl Beilage ./30) (Hervorhebung durch den Verfasser)

- 4.6.4** Als Ergebnis der Besprechung vom 1.9.2006 zwischen Mag. Penn und Finanzstadtrat Dr. Mayr wurde eine Ausschreibung über die ausgewählten Derivate durchgeführt. Mit Schreiben vom 13.09.2006 wurde der Bürgermeister der Stadt Linz, Dr. Franz Dobusch, (im Folgenden Bürgermeister Dr. Dobusch) via Finanzstadtrat Dr. Mayr über die entsprechenden Angebote informiert (vgl Beilage ./34, S 4 f).

Beweis: Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Swap-Geschäft zwischen Stadt Linz und NOMURA INTERNATIONAL plc vom 27.8.2008 (Beilage ./32);
Einstellungsantrag Mag. Penn vom 25.10.2011 (Beilage ./34);
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei.
wie bisher.

4.7 Rahmenvertrag und SWAP I vom 26.9.2006

- 4.7.1** Das Vorbringen der Klage in III. 2.5.1, wonach am 26.9.2006 ein Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte sowie ein Unterschriftenverzeichnis vom Bürgermeister unterschrieben wurden, stimmt.
- 4.7.2** Zu Unrecht trennt die klagende Partei jedoch den Abschluss des SWAP I, der seiner Struktur nach mit SWAP II ident war, vom Abschluss des Rahmenvertrags 2006 vom selben Tag (vgl III. 2.5.1 der Klage). Damit versucht die Stadt Linz ihre These zu unterstreichen, der Bürgermeister Dr. Dobusch wäre "völlig ahnungslos" um Sinn und Zweck des Rahmenvertrags sowie der darauf basierenden Geschäfte gewesen.
- 4.7.3** Das ist schon aus dem zeitlichen Ablauf lebensfremd. Warum soll sich der Bürgermeister nicht bei Mag. Penn erkundigt haben, welches konkrete Finanztermingeschäft er unter diesem Vertrag abzuschließen plant? Dies klingt umso lebensfremder, als Bürgermeister Dr. Dobusch im Zuge seiner langjährigen Tätigkeit im Stadtsenat über mehrere Jahre hinweg für die Finanzverwaltung der Klägerin zuständig war; dies vor allem auch im Jahr 1993, als die Klägerin erste Fremdwährungsgeschäfte in dreistelliger EUR-Millionenhöhe abschloss, darunter auch die CHF-Anleihe. Außerdem ist der Bürgermeister Dr. Dobusch Aufsichtsratsvorsitzender der Linz AG und der LIVA Linzer Veranstaltungsgesellschaft mbH; als solcher ist er mit der korrekten und sorgfältigen Wahrnehmung von Führungs- und

Kontrollverantwortung – auch als Organ iSd österr Aktien- und GmbH-Rechts – bestens vertraut. Von Menschen in derartigen Funktionen erwartet der OGH, dass diese geschäftlich und finanziell mehr Erfahrung und Wissen als ein durchschnittlicher Unternehmer haben und schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge erkennen können (vgl zB 5 Ob 306/76, 1 Ob 144/01k). Dies gilt gleichermaßen für Finanzstadtrat Dr. Mayr.

Beweis: offenes Firmenbuch;
Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
wie bisher.

4.7.4 Vor allem aber legt der Wortlaut des Rahmenvertrags 2006 (Beilage ./1) Folgendes nahe: Unter "**Zweck und Gegenstand des Vertrages**" liest man einleitend, dass der Vertrag dazu abgeschlossen wird, um "**Finanztermingeschäfte**" "**zur Gestaltung ...**" zu ermöglichen. Konkret heißt es im Rahmenvertrag unter der Überschrift "**Zweck und Gegenstand des Vertrages**" (Hervorhebung durch Verfasser):

- 1) *Die Parteien beabsichtigen, zur **Gestaltung von Zinsänderungs-, Währungskurs- und sonstigen Kursrisiken im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Finanztermingeschäfte abzuschließen**, die*
 - (a) *den **Austausch von Geldbeträgen in verschiedenen Währungen oder von Geldbeträgen, die auf der Grundlage von variablen oder festen Zinssätzen, Kursen, Preisen oder sonstigen Wertmessern, einschließlich diesbezüglicher Durchschnittswerte (Indizes), ermittelt werden, oder***
 - (b) *die Lieferung oder Übertragung von Wertpapieren, anderen Finanzinstrumenten oder Edelmetallen oder ähnlichen Leistungen*

*zum Gegenstand haben. Zu den Finanztermingeschäften gehören **auch Options-, Zinsbegrenzungs- und ähnliche Geschäfte, die vorsehen, daß eine Partei ihre Leistung im voraus erbringt oder daß Leistungen von einer Bedingung abhängig sind.***

- 2) *Für jedes Geschäft, das unter Zugrundelegung dieses Rahmenvertrages abgeschlossen wird (nachstehend "Einzelabschluß" genannt), gelten die nachfolgenden Bestimmungen. Alle Einzelabschlüsse bilden untereinander und zusammen mit diesem Rahmenvertrag einen einheitlichen Vertrag (nachstehend der "Vertrag" genannt); sie werden im Sinne einer einheitlichen Risikobewertung auf dieser Grundlage und im Vertrauen darauf getätigt.*

- 4.7.5 Die Klage verschweigt auch, dass bereits im Bericht vom 11.8.2006 (Beilage ./30) von Mag. Penn ein Geschäft wie der SWAP I vorgestellt wird und deutlich sowie wiederholt darauf verwiesen wird, dass durch die Übernahme von Risiken eine Kostensenkung und dadurch auch ein höherer finanzieller Vorteil für die Stadt Linz erreicht werden kann (sh dazu ausführlich unten Punkt 5.3.5).

"Da die Prämienhöhe beträchtlich ist, soll durch Gegengeschäfte (= Übernahme von Risiken), aus denen Prämien eingenommen werden, eine Reduktion des Prämienaufwandes erreicht werden."

Der vom Finanzausschuss und dem Gemeinderat mit Beschluss vom 3.6.2004 festgelegte Auftrag an die FVV zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios hat sich im September 2006 wirtschaftlich manifestiert. Die Optimierung sollte durch die Erwirtschaftung von Erträgen zur Tilgung der Zinslast der CHF-Anleihe erfolgen.

- 4.7.6 Richtig ist also, dass im Zeitpunkt der Unterschriftsleistung durch den Bürgermeister auf dem Rahmenvertrag (am 26.9.2006 – Beilage ./1) auch der Inhalt des SWAP I (vom selben Tag – Beilage ./2) ganz konkret feststand. Dies ergibt sich schon aus dem Schreiben vom 13.9.2006 (Beilage ./70), mit dem beide Maßnahmen dem Bürgermeister gemeinsam vorgestellt und er zur Ermöglichung der konkreten Geschäfte (also auch des SWAP I) um Unterzeichnung weiterer Rahmenverträge (einer davon eben mit der BAWAG P.S.K.) ersucht wurde. Wenn sich der Bürgermeister bzw. Dr. Mayr tatsächlich nicht für den Inhalt dieser Verträge interessiert haben sollten, so war das ein für die BAWAG P.S.K. nicht erkennbarer Sorgfaltsverstoß. Angesichts der rechtlichen Verantwortung des Bürgermeisters bzw. des Dr. Mayr nach dem Stadtstatut musste dieser auch nicht erkannt werden. Fakt ist: Der Eindruck, der durch die zeitgleiche Unterfertigung beider Vertragswerke erweckt wurde, war genau umgekehrt.

- 4.7.7 Unrichtig ist auch das Vorbringen in III. 2.5.1 der Klage, wonach Grundlage des Rahmenvertrags 2006 das Schreiben vom 13.9.2006 (Beilage ./70) gewesen sei. Grundlage des Rahmenvertrags 2006 war der Gemeinderatsbeschluss aus 2004 (Beilage ./11). Darauf verweist Mag. Penn auch im Schreiben vom 13.9.2006. Anzumerken ist auch, dass der Finanzdirektor keine Ermächtigung zum Abschluss von Verträgen an den Bürgermeister erteilen kann und somit das Schreiben vom 13.9.2006 nicht Grundlage des Rahmenvertrags 2006 sein darf.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Schreiben Mag. Penn re Zinsabsicherung in Euribor vom

13.9.2006 (Beilage ./70);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
wie bisher.

4.7.8 Unrichtig ist weiters, dass das Unterschriftenverzeichnis (Beilage ./13) Mag. Penn "*und*" Dr. Schmid als bevollmächtigte Personen ausweist. Der Bürgermeister bestellte beide – nebeneinander – zu seinen einzelvertretungsbefugten Vertretern, wobei Mag. Penn als erstgereihter Stellvertreter (und damit erster Ansprechpartner) genannt war. Dies ist auch organisationsrechtlich nachvollziehbar: Mag. Penn war der Finanzdirektor und damit oberster Beamter im Bereich der Finanzverwaltung der Stadt Linz (sh dazu näher unten in 7.2). Im Markt war er als der erste und einzige Ansprechpartner für Finanzgeschäfte bekannt. Das änderte sich auch nicht, als sein Stellvertreter eine der untergeordneten Abteilungen der FVV, die Stadtkämmerei, als deren Leiter übernahm.

Beweis: Unterschriftenverzeichnis (Beilage ./13);
Zeugenvernehmung Christoph Schulz vom 21.11.2011 (Beilage ./31);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
wie bisher.

4.7.9 Zutreffend bringt die Klägerin in III. 2.6.3 erster Satz der Klage vor, dass der SWAP I auf der Auswechslung von Zahlungspflichten beruhte, wobei die Stadt Linz oberhalb der festgelegten Schwelle den 6-Monats-EURIBOR gegen einen Zinssatz in Höhe des 6-Monats-EURIBOR mit einem Abschlag von 1,8 Prozentpunkten tauschte. Als Schwelle ("*Strike*") waren EUR/CHF 1,5050 vorgesehen (Beilage ./2). Hier erkennt die klagende Partei zutreffend die Natur des Swaps: die Auswechslung bzw der Austausch von Zahlungspflichten. Ein Swap-Geschäft ist seiner Struktur nach ein "Tausch" bzw einem Tausch iSd § 1045 ff ABGB sehr ähnlich (vgl Beilage ./35; zur rechtlichen Einordnung von Swap-Geschäften sh 9.4.1). Auch in den Berichten von Mag. Penn an den Finanzausschuss leitet er die Beschreibung des SWAP I mit folgenden Worten ein:

*"Im September 2006 wurde dieser **Zinstausch** mit einer Laufzeit von 7 Jahren abgeschlossen."* (Hervorhebung durch den Verfasser)

4.7.10 Das restliche Vorbringen in III. 2.6.3 bis 2.6.6 wird bestritten. Es ist auch falsch, dass der Bürgermeister und der Finanzstadtrat "*nur wussten, was ihnen Mag. Penn im Schreiben vom 13.9.2006 berichtet hatte*".

- Auf den Bericht Mag. Penns vom 11.8.2006 (Beilage ./30) wird hier nochmals verwiesen.

- Zudem hat sich Mag. Penn wöchentlich (!) mit dem Vorsitzenden des Finanzausschusses, Dr. Mayr, beraten. Das war nicht nur damals so. Das ist über Jahre hinweg geübte Praxis gewesen.

Die Kalenderaufzeichnungen von Mag. Penn belegen die wöchentlichen Meetings (Beilage ./36 – Markierungen). Es widerspricht jeder Lebenserfahrung, dass jemand, der am 11.8.2006 einen so detaillierten Bericht wie Beilage ./30 mit mehrfachen Risikohinweisen verfasst, dh seine Vorgesetzten nachweislich detailliert informiert, plötzlich zum Täuscher und Betrüger wird. Welches Motiv hätte er gehabt?

Die Stadt Linz bleibt jede Erklärung für die Unterstellung eines derart lebensfremden Verhaltens schuldig.

Es ist auch kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, warum ein seit Jahren für die Stadt Linz tätiger Spitzenbeamter wie Mag. Penn seinem politischen Vorgesetzten ein Geschäft verschwiegen oder unvollständig dargestellt haben sollte, zumal er dabei seine ausdrücklich gesetzlich verankerte Berichtspflicht an den Finanzstadtrat nach § 48 StL 1992 gröblich verletzt hätte. Im Gegenteil: Bei einem solchen Geschäft ist vielmehr davon auszugehen, dass Mag. Penn – schon allein zu seiner eigenen Absicherung – intern umfassend informiert und rückgefragt hat (vgl das Telefonat mit Fr. Sahinoglu vor dem Abschluss des SWAP II, wo dieser angab noch "**mit dem Chef drüber reden**" zu müssen; Beilage /58 und Beilage ./60, wo Mag. Penn berichtet,

dass "**am 8.2. Finanzstadtrat Mayr**" und am folgenden Tag "**Bürgermeister Dobusch über dieses Optimierungsprodukt in Kenntnis gesetzt werden**" sollen).

Überdies hat Mag. Penn bei Entscheidungsfragen und Urteilen über Marktmeinungen im Plural gesprochen, was interne Abstimmung mit seinen Vorgesetzten für die BAWAG P.S.K. klar indiziert hat (vgl Beilagen ./43./60, ./65 und ./66).

4.7.11 Vielmehr handelt es sich bei dem Vorbringen der Stadt Linz,

- alle ihre Organe wären völlig ahnungslos und leichtsinnig gewesen,
- Mag. Penn und Dr. Mayr hätten alle Organisationsvorschriften krass missachtet,
- Bürgermeister Dr. Dobusch sowie die Mitglieder des Gemeinderates (ebenso wie jene des Finanzausschusses bzw des Kontrollausschusses als seine Hilfsorgane) hätten in Vernachlässigung ihrer Kontrollpflichten diese krassen Verstöße gegen das Organisationsrecht jahrelang geduldet und gefördert,

um reine Schutzbehauptungen, die offensichtlich konstruiert wurden, um sich ihrer vertraglichen Verantwortung und Haftung für den SWAP II zu entziehen (mehr dazu unten Punkt 5.3 ff).

Beweis: Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.4.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.10.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 6.5.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 10.11.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 20.5.2010;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 11.11.2010
(Beilagenkonvolut ./15);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Auszug aus Wikipedia (Beilage ./35);
Outlook-Kalender Mag. Penn (Beilage ./36);
Zeugenvernehmung Iris Sahinoglu vom 22.9.2011 (Beilage ./43);
Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn
vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60);
Zeugenvernehmung Mario Tieff vom 27.9.2011 (Beilage ./65);
Zeugenvernehmung Mag. Herbert Auer vom 20.9.2011 (Beila-
ge ./66);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei.
wie bisher.

4.8 Zu den zitierten Bestimmungen des Rahmenvertrags vom 26.9.2006

4.8.1 Die in III. 2.5.2 der Klage aufgelisteten Bestimmungen des Rahmenvertrags 2006 sind zwar richtig. Allerdings fällt auf, dass die klagende Partei weitere wesentliche Bestimmungen unter den Tisch fallen lässt. Das gilt insb für den umfassenden Beratungs- und den Anfechtungsverzicht (vgl Beilage ./1 sowie unten Punkte 5.8, 14.2, 16.2).

4.8.2 Zum in III. 2.5.2 der Klage zitierten Kündigungsverzicht sei klargestellt: Wie noch im Detail unten in Punkt 5.13 ausgeführt, hatte die Stadt Linz faktisch jederzeit eine Kündigungsmöglichkeit, weil ihr die BAWAG P.S.K. die vorzeitige Kündigung laufend anbot. Sie konnte – zum Marktwert – jederzeit aus dem SWAP II aussteigen. Das ist auch beim SWAP I, für den die gleichen Konditionen galten, so gelebt worden: Die Stadt Linz hat den SWAP I – unter dem selben Rahmenvertrag und den selben Kündigungsbestimmungen – zu einem Zeitpunkt, den sie selbst bestimmte, lange vor Ende der Laufzeit und mit erheblichem Gewinn von EUR 881.000 beendet.

- 4.8.3** Zum Risiko des SWAP I und des SWAP II sei klargestellt: Solange (insbesondere) bei negativer Entwicklung die Möglichkeit besteht, gegenzusteuern (dh aus dem SWAP II auszusteigen oder diesen mit einer Deckelung zu versehen), ist das Risiko eingrenzbar. Das war hier der Fall (vgl auch Gutachten Prof. Dr. Wahrenburg, Beilage ./26, S 18 f). Warum die Stadt Linz von dieser Möglichkeit beim SWAP II trotz intensiven Dialogs mit der BAWAG P.S.K. zu diesem Thema keinen Gebrauch gemacht hat, entzieht sich ihrer Kenntnis. Aus dem Klagsvorbringen folgt, was der beklagten Partei unbekannt und ihr niemals offengelegt worden war, dass es grobe Mängel im Risikomanagement der Stadt Linz gegeben hat. So hat die BAWAG P.S.K. im Zuge des Rechtsstreits erfahren, dass das Risikomanagement der Stadt Linz grob mangelhaft sein soll und offenbar eine Reihe von größten Verletzungen organisationsrechtlicher Amtsführungs- und Kontrollpflichten verschiedener Organe der Stadt Linz vorliegen sollen. Dieses Vorbringen der Stadt Linz entpuppt sich bei genauer Berücksichtigung der Fakten als Schutzbehauptung. Vor allem aber lässt sich daraus keine Haftung des Geschäftspartners BAWAG P.S.K. ableiten.
- 4.8.4** Es ist wohl davon auszugehen, dass politische Überlegungen der Rathausmehrheit angesichts Gemeinderats- und Bürgermeisterwahlen im Herbst 2009 die Entscheidungsfindung beeinflussten. Die Entscheidungsträger wollten wohl einen Ausstieg aus dem SWAP II mit einem – damals noch wesentlich geringeren – Verlust vermeiden, um keine politische Angriffsfläche in der Wahlkampfzeit zu bieten. Dies umso mehr als damals Kosten iZm Projekten wie der Kulturhauptstadt, dem Zubau des Ars Electronica Centers sowie der Pöstlingbergbahn wegen der finanziellen Belastung der Stadt Linz negative Schlagzeilen machten.
- 4.8.5** Der Vizebürgermeister und Oppositionsführer Dr. Watzl hatte bereits in der Gemeinderatssitzung vom 3.6.2004 heftige Kritik an der Ermächtigung der FVV geübt und eine stärkere Einbindung des Gemeinderates in die Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios gefordert. Sein diesbezüglicher Antrag wurde freilich von den anderen Fraktionen im Gemeinderat nach Ausführungen von Bürgermeister Dr. Dobusch und Finanzstadtrat Dr. Mayr niedergestimmt. Die unterschiedliche Gewichtung der Rathausmehrheit im Umgang mit der Informationsweitergabe zeigte sich erst jüngst in der Gemeinderatssitzung vom 24.11.2011, in der sich herausstellte, dass die Opposition und darunter selbst Vizebürgermeister Dr. Watzl, die Widerklage der BAWAG P.S.K. vom 8.11.2011 offenbar erst unmittelbar vor dieser Sitzung, also zwei Wochen nach ihrer Einbringung erhalten hatten).
- 4.8.6** Darüber hinaus kam es vor der oberösterreichischen Landtagswahl im Herbst 2009 auch zu der öffentlich breit ausgeschlachteten "Ungarn Konto Affaire". Hier warf vor allem die SPÖ dem von der ÖVP gestellten Landeshauptmann und Finanzreferenten spekulative Finanzgeschäfte vor und stilisierte dies zum wichtigsten Wahlkampfthema (vgl Beilage ./69). Das

Bekanntwerden eines allfälligen Verlustes aus dem SWAP II – durch vorzeitigen Ausstieg – hätte für die Linzer SPÖ – und ihre eigenen Wahlchancen in den Gemeinderats- und Bürgermeisterwahlen – möglicherweise verheerende Auswirkungen gehabt.

- 4.8.7** Mit anderen Worten macht die Aufarbeitung dieser faktischen Hintergründe nachvollziehbar, warum die Stadt Linz ihre Möglichkeiten zum Ausstieg bzw zur Risikoabsicherung – trotz Wissen um den negativen Marktwert und die unerfreuliche Entwicklung des SWAP II – im Herbst 2009 nicht genutzt hat.

Als Hintergrund ist auch zu berücksichtigen, dass das öffentliche Interesse einerseits und das Bewusstsein der Entscheidungsträger der Stadt Linz um die Sprengkraft des Themas "SWAP II" andererseits beträchtlich ist. So erklären sich auch die laufenden Versuche der Verantwortlichen der Stadt Linz, die Sache in der Öffentlichkeit möglichst einseitig, für sie vorteilhaft darzustellen. Auf die zahlreichen Medienberichte (sh Beilage ./59) sei verwiesen, wo in nachhaltiger Form über viele Monate hinweg eine Verunglimpfung der BAWAG P.S.K. versucht wurde. Das mag angesichts des hohen politischen Verlustpotentials und politischer Realitäten nachvollziehbar sein. Ein politisches "Motiv" macht aber das Geschäft nicht *ex post* unwirksam. Ebenso wenig kann der Vertragspartner für die Unterlassungen der Stadt Linz zur Verantwortung gezogen werden.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011 (Beilage ./26);
Konvolut Zeitungsartikel (Beilage ./59);
Konvolut Zeitungsartikel (Beilage ./69);
Zeuge Dr. Alexander Schall, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
wie bisher.

4.9 Vorvertragliches Verhältnis betreffend SWAP II – volles Produktverständnis und umfassende Aufklärung

- 4.9.1** Außer Streit gestellt wird, dass die Stadt Linz vor Vertragsschluss im Jahr 2007 durch die Begebung der 195 Mio CHF-Anleihe dem Risiko eines "**unkontrollierbaren Steigens des LIBOR-Zinssatzes**" ausgesetzt war (vgl III. 2.7.1 der Klage). Gleiches galt für das Währungsrisiko. Sowohl das Zinsrisiko wie auch das Währungsrisiko, dem sich die Stadt Linz mit der Begebung der 195 Mio CHF-Anleihe ausgesetzt hatte, waren unbegrenzt (vgl Gutachten Prof. Dr. Wahrenburg, Beilage ./26, S 17).

- 4.9.2** Richtig ist, dass Mag. Penn ursprünglich einen fixen Zinssatz von 2,5 % anstrebte (vgl III. 2.7.1). Es stellte sich in der Folge jedoch heraus, dass diese Kondition von der BAWAG P.S.K. für die Zwecke eines Angebotes finanziell nicht darstellbar war ("*Leider sind wir ... noch immer nicht in die Nähe von 2,50 % gerückt*"; vgl III. 2.7.2, Beilage ./77). Das dürfte wohl auch allen Mitbewerbern nicht gelungen sein. Daher suchte Mag. Penn nach weiteren Optimierungsmöglichkeiten, die der Stadt Linz teure Zinszahlungen – gegen Übernahme von Risiko – ersparen sollten. Mag. Penn erklärt in seinem Bericht vom 11.8.2006 (Beilage ./30) ganz offen:

"Die Fixzinssätze können gesenkt werden, wenn wir gewisse Risiken übernehmen."

Kurz zusammengefasst: Für die Stadt Linz hatte eine hohe Ertragschance Vorrang vor einer weniger riskanten und damit weniger ertragreichen Strukturierung des SWAP II.

Beweis: Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011 (Beilage ./26);
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007;
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.4.2008;
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.10.2008;
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 6.5.2009;
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 10.11.2009;
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 20.5.2010;
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 11.11.2010 (Beilagenkonvolut ./15);
 Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
 E-Mail Iris Sahinoglu vom 7.12.2006 samt Präsentation (Beilage ./77);
 wie bisher.

- 4.9.3** Aus dem Vorbringen in III 2.7.3 der Klage wird außer Streit gestellt, dass es sich um eine "***bereits bekannte Formel***" handelte. Die Funktionsweise der – im Vorfeld des Vertragsabschlusses diskutierten – Formel

$$(1,52 - \text{EZB-Fixing}) : (\text{EZB-Fixing}) \times 100 \%$$

war der Stadt Linz bereits vom SWAP I (Beilage./2) vertraut. Ihre Funktionsweise wurde auch in den Präsentationen der BAWAG P.S.K. und der Kommunikation zwischen den Streitparteien im Vorfeld des Geschäftsabschlusses ausreichend erläutert. Richtig ist auch, dass die BAWAG P.S.K. nach den Vorgaben der Stadt Linz eine "***Optimierung***" anbot; dies in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses 2004 (sh dazu noch unten Punkt 5.5) und in Übereinstimmung mit dem – auf diesem basierenden – Rahmenvertrag 2006.

- 4.9.4** Das übrige Vorbringen, darunter auch jenes zum "Stillhalter" (sh dazu unten Punkt 6.6), wird bestritten. Es ist auch unrichtig, dass es sich um ein Spekulationsgeschäft handelte, zumal es sich ganz klar um eine Optimierung eines bereits bestehenden – unlimitierten – Risikos handelte und nicht um ein von der bestehenden Finanzierung losgelöstes Derivatgeschäft (vgl. Beilage ./26, S 29 f). Damit bewegte sich Mag. Penn genau innerhalb jener Ermächtigung zum Management des Fremdfinanzierungsportfolios (im Rahmen und als Teil des Schuldenmanagements der Stadt Linz – siehe dazu unten 7.1 und 7.2), die der Gemeinderat mit Beschluss aus 2004 aufgetragen hatte.
- 4.9.5** Richtig ist auch, dass Frau Sahinoglu, jene Mitarbeiterin, die oftmals direkt mit der Stadt Linz verhandelte (im Folgenden: "Frau Sahinoglu"), Mag. Penn nochmals ausdrücklich auf das "**doppelte Risiko**" aufmerksam gemacht hat. Der in III. 2.8.4 der Klage zitierte Inhalt der internen Gesprächsnotiz vom 22.1.2007 (Beilage ./71)

"Achtung! Mag. Penn auf Folgendes hinweisen: Sollte EURCHF gegen ihn laufen, so wird sowohl seine CHF Finanzierung negativ bewertet als auch die Optionen aus dem Resettable (somit "doppeltes Risiko")"

wird außer Streit gestellt. Der Hinweis auf das doppelte Währungsrisiko ist in der Folge auch erfolgt. So erklärte Frau Sahinoglu ausdrücklich, wenn die EUR/CHF-Relation "*runtergeht*", werden der Kredit (gemeint: die 195 Mio CHF-Anleihe) und auch die Konditionen (gemeint: des SWAP II) runtergehen bzw schlechter bewertet (wörtlich: "**doppeltes Risiko**"). Interessant ist in diesem Zusammenhang, wo die Wiedergabe des Gesprächsausschnitts in III. 2.8.5 der Klage beginnt. Die Klägerin "vergisst" zu erwähnen, dass die Warnung von Frau Sahinoglu an folgende Aussage von Mag. Penn anknüpfte (Beilage ./60):

"P: Und zu der 1,45 [EUR/CHF Relation] kommt ein grauslicher Zinssatz raus von 5,7".

Die beklagte Partei hat ausdrücklich auf das mit der Ertragsoptimierung verbundene doppelte Risiko aufmerksam gemacht; Mag. Penn hatte erwiesenermaßen positive Kenntnis davon, dass sich die Zahlungsverpflichtung der Stadt Linz aus dem SWAP II bei Unterschreiten des Strikes "**grauslich**" erhöhen würde. Schon vor diesem Hintergrund ist klar: Die klagende Partei verstand genau, welche Wirkung das Sinken des EUR/CHF Kurses haben würde.

- 4.9.6** Offensichtlich im selben Bestreben, nur selektiv Fakten vorzubringen, lässt die Stadt Linz auch die E-Mail von Mag. Penn vom 1.2.2007 (Beilage ./37) unter den Tisch fallen. Diese führt in aller Deutlichkeit vor Augen, dass

Mag. Penn genau verstanden hat, wie sich die Formel rechnet und wie sie wirkt, indem er selbst einige Beispiele vorrechnet:

"1. stimmen meine Berechnungen?

bei 1,5000: 0,90% + 0,67% = 1,57%

bei 1,4800: 0,90% + 2,03% = 2,93%

bei 1,4500: 0,90% + 4,14% = 5,04%"

4.9.7 Mag. Penn hat die Funktionsweise der Formel verstanden. Er erkannte auch, dass sich schon bei einem EZB-Fixing von 1,45 ein "**grauslicher Zinssatz**" ergibt (Beilage ./60).

4.9.8 Mag. Penn hat offensichtlich nur solche Rechnungen durchgeführt, die ihm auf Basis der historischen Kursentwicklung naheliegend erschienen. Im damaligen wirtschaftlichen Umfeld vor der Weltwirtschaftskrise 2008 – also *ex ante* betrachtet – war dies im Einklang mit der herrschenden Praxis (sh Punkt 5.1). Dass der Zinssatz unter dem Strike mit zunehmendem Sinken des EUR/CHF-Kurses zunehmend "**grauslich**" werden würde, war Mag. Penn voll bewusst (sh Beilage ./60 – Tonbandprotokoll 1.2.2007).

Ebenso war ihm und der Stadt Linz klar, dass kein Cap oder Deckel vereinbart worden war (sh unten Punkt 5.9 und den Bericht (Beilage ./30)).

4.9.9 Mag. Penn und damit – in Folge der Wissenszurechnung (vgl unten Punkt 8) – die Stadt Linz waren voll aufgeklärt. Sie brauchte – als höchst professioneller Marktteilnehmer (anders als Konsumenten) – keine Aufklärung und verzichtete auch ausdrücklich auf jegliche Beratung (sh dazu unten Punkt 5.8). Den ausdrücklich geleisteten Beratungsverzicht vergisst die Klagserzählung zu erwähnen. Ähnlich verhält es sich mit den umfangreichen Präsentationen der BAWAG P.S.K., die Chancen und Risiko für jeden Finanzexperten klar aufzeigten (Beilagen ./54, ./68, ./76, ./77). Die Klage lässt diese einfach unerwähnt.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011 (Beilage ./26);
Gesprächsnotiz BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008 samt Präsentation (Beilage ./54);
Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60);
Präsentation CHF-Resettable Bewertung und Risiko – Februar 2008 (Beilage ./68);
Interner Aktenvermerk BAWAG P.S.K. vom 22.1.2007 (Beilage ./71);

E-Mail Frau Sahinoglu an Mag. Penn samt Präsentation vom 9.8.2006 (Beilage ./76);
E-Mail Iris Sahinoglu vom 7.12.2006 samt Präsentation (Beilage ./77);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
wie bisher.

4.10 Der Abschluss des SWAP II

- 4.10.1** Das übrige Vorbringen bis III. 2.8.5 der Klage wird bestritten. Erst der sechste Unterpunkt von III. 2.8 (III. 2.8.6) beschäftigt sich mit den Vorgängen, die der Überschrift in III. 2.8 zuzuordnen sind. Richtig ist hieraus, dass der SWAP II am 12.2.2007 abgeschlossen wurde und dass eine schriftliche Bestätigung über den Einzelabschluss ausgestellt wurde (Beilagen ./3 und ./4). Unrichtig ist, dass das Geschäft per E-Mail abgeschlossen wurde. Es kam bereits – wie dies Usus ist – telefonisch zustande. Die E-Mail bestätigte nochmals die Konditionen des bereits abgeschlossenen Geschäftes, um sicher zu gehen, dass kein Missverständnis (Erklärungsirrtum) vorlag.
- 4.10.2** Das Vorbringen in III. 2.8.7 der Klage zum Geschäftsinhalt des SWAP II ist richtig. Zutreffend erkennt die Stadt Linz, dass bei einem Swap "**Zahlungsströme getauscht**" werden. Auch der Bezug auf ihre bestehende 195 Mio CHF-Anleihe ist korrekt. Daraus zeigt sich aber in aller Deutlichkeit, dass mit dem SWAP II kein Darlehen eingeräumt wurde (sh unten Punkt 6.1, zur rechtlichen Einordnung von Swap-Geschäften sh Punkt 9.4.1). Dieses bestand mit der 195 Mio-CHF-Anleihe schon längst und war von der Kommunalkredit zur Verfügung gestellt worden. Vielmehr sollten mit dem SWAP II bloß die bereits bestehenden Zinszahlungspflichten im Sinne eines typischen Portfoliomanagements (im Rahmen und als Teil des Schuldenmanagements der Stadt Linz – siehe dazu unten 7.1 und 7.2) – durch ein Finanztermingeschäft – optimiert werden; dies genau in Übereinstimmung mit Auftrag und Ermächtigung des Gemeinderats mit Beschluss vom 3.6.2004 (Beilage ./11).
- 4.10.3** Richtig ist auch das Vorbringen in III. 2.9.1 der Klage, wonach aufgrund eines Vorstandsbeschlusses der beklagten Partei im April 2007 darauf gedrungen wurde, dass bei Derivatgeschäften mit Gemeinden ein Gemeinderats- oder Stadtratsbeschluss vorliegen muss.
- 4.10.4** Falsch ist jedoch die Behauptung in III. 2.9.2 der Klage, dass die beklagte Partei in der Folge nichts unternommen haben soll. Das Gegenteil ist wahr: Die beklagte Partei besorgte sich den Gemeinderatsbeschluss 2004 (vgl Beilagen ./29 und ./38) und fand darin die gesuchte Untermauerung des Geschäftsabschlusses – dies unmittelbar durch den Gemeinderat der Stadt Linz selbst. Dies bestätigte die Aussage von Mag. Penn gegenüber der

BAWAG P.S.K. im Vorfeld der Abschlüsse der Swap-Geschäfte, dass ein ermächtigender Gemeinderatsbeschluss vorliege (sh Beilage ./43). Die befürchteten Zweifel der BAWAG P.S.K., dass man – im Hinblick auf die lange Laufzeit – irgendwann in Beweisprobleme kommen könnte, weil die handelnden Personen andere sein könnten (vgl Beilage ./38), waren damit zerstreut. Der Gemeinderat selbst hatte das Geschäft (vgl den Wortlaut: "*Abschluss von [...] Finanzterminkontrakten zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios*") genehmigt.

Beweis: Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007 (Beilage ./3);
Einzelabschlussbestätigung vom 15.10.2007 – geänderte Fassung (Beilage ./4);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Zeugenvernehmung Mag. Harald Machat vom 27.9.2011 (Beilage ./29);
Interne E-Mail BAWAG P.S.K. vom 26.4.2007 (Beilage ./38);
Zeugenvernehmung Iris Sahinoglu vom 22.9.2011 (Beilage ./43);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Harald Machat, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
wie bisher.

4.10.5 In III. 2.8.8 und anderen Stellen der Klage versucht die Stadt Linz aus einem angeblichen Fehler in der Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007 (Beilage ./3) etwas zu gewinnen. Dort "fehlt" am Schluss der Formel das %-Zeichen. Da es sich dabei offenkundig laut Überschrift um die Formel zur Berechnung eines Zinssatzes handelt, der schon per Definition eine Prozentangabe ist, wird dieses Vorbringen bestritten. Auch ergibt sich der Parteiwille – der nach § 914 ABGB Vorrang genießt – klar aus der wörtlichen Beschreibung des SWAP II (vgl Beilage ./3).

Um zusammenzufassen:

- Der SWAP II wurde – wie es Usus ist – bereits mündlich abgeschlossen.
- Mag. Penn erhielt eine richtige Bestätigung über den mündlich erfolgten Abschluss des SWAP II per E-Mail vom 12.2.2007 (Beilage ./39), die er idF auch ausdrücklich bestätigte (Beilage ./40). Die Stadt Linz bringt sogar vor, dass das Geschäft per E-Mail abgeschlossen wurde. Diese E-Mail enthält die Formel in fehlerfreier Form.
- Die Stadt Linz kannte die Formel auch schon vom SWAP I (Beilage ./2) und

- verstand sie: vgl insbes Mag. Penns Kommentar "**grauslicher Zinssatz**" bei einem EUR/CHF-Kurs von 1,45 (Beilage ./60) und seine E-Mail vom vom 1.2.2007, in welcher er sie beispielhaft nachrechnete (vgl Beilage ./37; sh im Detail 4.9.6).
- Schließlich enthielt die Einzelabschlussbestätigung auch eine unmissverständliche verbale Beschreibung (vgl Beilage ./3 und ./4).

4.10.6 Die Klagserzählung zum Abschluss des SWAP II lässt ferner – bewusst – die Konkurrenzsituation außer Betracht. BAWAG P.S.K. wusste, dass Mag. Penn mehrere Angebote einholen würde (Beilage ./60 - Tel vom 8.2.2011 "**ich muss mehrere Angebote einholen**"). Wie Beilage ./18 belegt, hat zumindest eine Bank, die Bank Austria, der Stadt Linz dasselbe Geschäft mit einer deutlich höheren Marge per E-Mail am selben Tag wie die beklagte Partei angeboten. Die Bank Austria hätte an diesem Geschäft deutlich mehr verdient, wie die BAWAG P.S.K. Dies verdeutlicht dreierlei:

- Erstens ließ sich die Stadt Linz ein vom Risikoprofil her klar definiertes SWAP-Produkt von mehreren Banken anbieten.
- Zweitens bot die BAWAG P.S.K. dafür die günstigsten Konditionen am Markt an und,
- drittens, hätte die Stadt Linz das Geschäft in jedem Fall abgeschlossen (sh unten Punkt 19.4).

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);
Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007 (Beilage ./3);
E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
E-Mail Mag. Penn an BAWAG P.S.K. vom 1.2.2007 (Beilage ./37);
E-Mail BAWAG P.S.K. an Mag. Penn vom 12.2.2007 (Beilage ./39);
E-Mail Mag. Penn an BAWAG P.S.K. vom 12.2.2007 (Beilage ./40);
Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60)
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
wie bisher.

4.11 Die Zahlungen aufgrund der SWAPS an die Stadt Linz im Sommer 2007 – Himmelsgabe?

4.11.1 Es fällt auf, dass die Stadt Linz in ihrer Klags Erzählung schon die erste Einnahme aus dem SWAP II im April 2007 überspringt. Was dachte die Stadt Linz, woher diese Zahlung idHv CHF 698.831,25 kam?

4.11.2 Außer Streit gestellt wird, dass die BAWAG P.S.K. Mag. Penn mit Stichtag 30.6.2007 eine Bewertung übermittelte und dass diese einen positiven Wert von EUR 4,22 Mio aufwies (III 2.10.1 der Klage).

Beweis: Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilage ./23)

4.11.3 Richtig ist auch, dass der SWAP I am 17.7.2007 geschlossen, dh beendet, wurde (III. 2.10.2 der Klage) und dass die Stadt Linz damit in Summe EUR 881.000 verdiente (vgl III. 3.2.4 der Klage). Bei der Gelegenheit wurde der Stadt Linz von der BAWAG P.S.K. auch eine Schließung / Beendigung des SWAP II angeboten. Diese wurde von der Stadt Linz aber trotz positiven Marktwerts des SWAP II nicht weiter verfolgt. Bei vorzeitigem Schließen des Geschäfts hätte die Stadt Linz aber keine Cash-flows mehr generiert, sondern wieder die vollen Kosten aus der begebenen 195 Mio CHF Anleihe zu tragen gehabt. Das – schon ursprünglich unlimitierte – Zins- und Währungsrisiko dieser CHF-Anleihe wäre nicht mehr "optimiert" gewesen. Daher wurden die Schließung bzw die Kosten von Caps zur Risikobegrenzung abgelehnt.

4.11.4 Es trifft auch zu, dass der SWAP II im Oktober 2007 in einem "Detail" geändert wurde. Zu diesem Zeitpunkt wurde bereits die zweite Zahlung der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz erwartet; diesmal in EUR-Millionenhöhe. Während Medien (sh Profil-Artikel vom 14.11.2011, Beilage ./41) von "**Himmelsgabe**" sprechen, die sich in den folgenden Jahren auf CHF 10 Mio summieren sollten, wurde in der Stadt Linz damit sehr praktisch verfahren: Mit E-Mail von Herrn Rockenschaub, Mitarbeiter von Dr. Schmid, vom Oktober 2007 (Beilage ./42) wurde BAWAG P.S.K. ersucht, die Zahlung auf ein anderes Konto, unmittelbar ein Konto der Kommunalkredit AG, vorzunehmen. Aus Sicht der BAWAG P.S.K. stellte es sich so dar, wie die Klägerin schreibt: "**Sinn war, auch den Zahlungsfluss mit der CHF Anleihe direkt zu synchronisieren**" (III. 2.10.4 der Klage).

- Wieder kommen die notwendigen Unterschriften vom Bürgermeister (vgl Beilage ./52)
- Unterschiedlichste Stellen sind eingebunden (vgl Beilage ./42).

Der Eindruck, den das Klagsvorbringen heute erwecken will, dass niemand in der Stadt Linz von dem Geschäft wusste, ist mit den Fakten nicht in Einklang zu bringen.

- Was dachte der Bürgermeister, als er das Schweizer Franken Konto zur Entgegennahme der EUR-Millionen-Zahlungen der BAWAG P.S.K. eröffnen ließ? Dass zuvor – unter dem von ihm eigens unterschriebenen Rahmenvertrag – kein Geschäft mit der BAWAG P.S.K. abgeschlossen worden sei?
- Und was besprach Mag. Penn mit dem Vorsitzenden des Finanzausschusses, Dr. Mayr, in seinen wöchentlichen Sitzungen – (Beilage ./36), wenn nicht die halbjährlichen Millionen-Zahlungen, die von Seiten der BAWAG P.S.K. erwartet wurden? – dass diese ohne Titel erfolgten?
- Und warum belobigte der Finanzausschuss Mag. Penn eigens für seine Leistungen (vgl III. 3.3.1 der Klage und Beilage ./14)?
- Wie dachte Dr. Mayr, als er öffentlich die niedrige Zinsbelastung – trotz des enorm hohen Schuldenstands – hervorhob (Beilage ./6), dass diese erzielt worden war?
- Was dachte der Gemeinderat, warum er ersucht worden war, eine Ermächtigung zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch [...] Finanzterminkontrakte zu erteilen? – Weil solche gerade nicht abgeschlossen werden sollten?

Dies ist schon deswegen völlig lebensfremd, weil die entsprechenden Einnahmen über Jahre hinweg in den dem Gemeinderat vorliegenden Rechnungsabschlüssen verbucht werden. Darüber hinaus waren sowohl der Finanzausschuss als auch der Kontrollausschuss als Hilfsorgane des Gemeinderates von den Geschäften, die aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses 2004 abgeschlossen worden sind. Sogar im Plenum des Gemeinderates selbst fanden die entsprechenden Geschäfte Erwähnung und waren Gegenstand der Diskussion, wie die Ausführungen von Finanzstadtrat Dr. Mayr in der Gemeinderatssitzung vom 17.12.2009 (anlässlich der Erörterung des Voranschlages für 2010, Beilage ./61) zeigen:

"Das Zweite ist, dass es natürlich Zinssicherungsgeschäfte gibt. (...) Aufgrund der Zinssicherungsgeschäfte hatten wir über vier Millionen Euro Einnahmen, sodass netto die Zinsbelastung, gerechnet auf den Voranschlag 2009, sich mit zehn Millionen Euro dargestellt hat."

- Welche Geschäfte kennt die Stadt Linz, wo man ohne Kapitaleinsatz und/oder ohne Risiko Millionen Erträge erwirtschaftet?
- Und schließlich: Was prüfte das Kontrollamt im Auftrag des Gemeinderats, als es die Finanztermingeschäfte der Stadt Linz mit der BAWAG P.S.K. – über die Mag. Penn im Finanzausschuss regelmäßig ausführlich berichtet hatte – "geprüft" hat?

Die Verteidigung der Klägerin, sie hätte vom Geschäft nichts gewusst, ist ein durchsichtiger Versuch, die Rechtsgültigkeit des SWAP II "abzuschütteln" und jedenfalls einer Stadt der Größenordnung der Stadt Linz (sh dazu unten Punkt 7.2) unangemessen.

Beweis: Einzelabschlussbestätigung vom 15.10.2007 – geänderte Fassung (Beilage ./4);
Pressemeldungen: "Heute" vom 30.10.2009 und "Oberösterreichische Nachrichten" vom 15.12.2009 (Beilage ./6);
Auszug Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 15.5.2008 (Beilage ./14);
Pressemeldungen: "Heute" vom 30.10.2009 und "Oberösterreichische Nachrichten" vom 15.12.2009 (Beilage ./6);
Outlook-Kalender Mag. Penn (Beilage ./36);
Artikel des "profil" vom 14.11.2011 (Beilage ./41);
E-Mail von Erwin Rockenschaub an BAWAG P.S.K. vom 11.10.2007 (Beilage ./42);
Kontoeröffnungsantrag vom 11.10.2007 (Beilage ./52);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 3. Sitzung des Gemeinderats vom 17.12.2009 (Beilage ./61);
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
wie bisher.

4.12 Nichtbeachtung von Organisationsvorschriften

4.12.1 Bestritten wird das Vorbringen in III. 2.9 der Klage, wonach die BAWAG P.S.K. nicht auf das Bestehen eines Gemeinderatsbeschlusses Wert gelegt hätte. Das Gegenteil war der Fall: Mag. Penn hat sich vor Vertragsschluss ausdrücklich auf den bestehenden Gemeinderatsbeschluss berufen (so ausdrücklich die Zeugin Sahinoglu, Beilage ./43). Die BAWAG P.S.K. hat zu jeder Zeit auf das Bestehen des Gemeinderatsbeschlusses 2004 aktiv vertraut. Auch Christoph Schulz gibt in seiner Vernehmung an, dass Mag. Penn auf Nachfrage die Deckung durch einen Gemeinderatsbeschluss gegenüber der Bank Austria bestätigt habe. Auch die Bank Austria hatte keinen Zweifel an dieser Aussage (Beilage ./31). Dieses – vom Gemeinderat selbst geschaffene Vertrauen – wurde idF durch die Stadt Linz – durch den Bürgermeister – mit Abschluss des Rahmenvertrags 2006 nochmals bestärkt.

Beweis: Zeugenvernehmung Christoph Schulz vom 21.11.2011 (Beilage ./31);
E-Mail von Erwin Rockenschaub an BAWAG P.S.K. vom 11.10.2007 (Beilage ./42);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
wie bisher.

4.12.2 An dieser Stelle wird das Vorbringen in VI. 1.2.2. der Klage außer Streit gestellt, dass der Bürgermeister als Vorsitzender des Gemeinderates und des Stadtsenates jedenfalls weiß, ob für ein abzuschließendes Geschäft der erforderliche Beschluss des zuständigen Kollegialorgans vorliegt.

4.12.3 Der BAWAG P.S.K. ist bekannt, dass die Stadt Linz als Stadt mit eigenem Statut und als eine der größten Städte Österreichs über einen großen Stab an Juristen verfügt, die für den Bürgermeister eine rechtliche Vertragsprüfung vor Abschluss des Vertrages vornehmen (darunter als hauptverantwortlicher und oberster Beamter der Stadt Linz ihr Magistratsdirektor, der als Univ.-Prof. für Verwaltungsrecht über unmittelbar einschlägige Expertise verfügt – sh dazu unten 7.2). Hätte die Stadt Linz (bzw die einschlägigen öffentlich rechtlichen Experten der Stadt Linz) gemeint, dass der Rahmenvertrag 2006 nicht durch den Beschluss des Gemeinderats 2004 gedeckt sei, dann hätte der Bürgermeister diesen auch nicht unterschrieben.

Beweis: Zeuge Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
wie bisher.

4.12.4 Aus Kausalitätsüberlegungen kann auch die Frage, ob bei der BAWAG P.S.K. – damals noch im Eigentum des ÖGB – die eigene rechtliche Prüfung im Vorfeld stattgefunden hat, offen bleiben. Denn die Unternehmensjuristen der BAWAG P.S.K. waren weder im Februar 2007 noch im April 2007 weiser als die ganz konkret auf öffentlich-rechtlichen Fragen spezialisierten Juristen der Stadt Linz unter der Führung des in Praxis, Forschung und Lehre seit Jahrzehnten einschlägig aktiven und erfahrenen Magistratsdirektors, Univ.-Prof. (für Verwaltungsrecht) Dr. Wolny.

Dem Beschluss ging eine rechtliche Vorprüfung seitens der Dienststelle "*Präsidium, Personal und Organisation*" (kurz: PPO) sowie eine umfangreiche und kontroverielle politische Debatte im Gemeinderat voraus. Die PPO war 2007 eine Dienststelle mit 78 Mitarbeitern innerhalb der Geschäftsgruppe "Präsidialverwaltung" des Magistrates unter der Leitung des seit 1977 in verschiedenen juristischen Funktionen bei der Stadt Linz tätigen Dr. Ernst Inquart. Ein ganzer Stab an Spezialisten der Stadt Linz ging über Jahre bis zum Jahr 2010 davon aus, dass der SWAP II vom Gemeinderatsbeschluss 2004 gedeckt war.

So bestätigt Dr. Mayr die Deckung von Finanztermingeschäften durch den Gemeinderatsbeschluss 2004 in einer Sitzung des Finanzausschusses am 4.5.2006. Im Protokoll dieser Sitzung ist festgehalten, dass Dr. Mayr ein Swapgeschäft aufgrund der Markteinschätzung für überlegenswert hält, und dass für dieses Geschäft kein gesonderter Gemeinderatsbeschluss erforderlich ist, da die FVV zu Maßnahmen des Debt-Managements mit Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 ermächtigt wurde (Beilage ./57).

Genau wie Dr. Mayr wird von Prüfer OSR Univ.-Doz. Dr. Klug im Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 wie folgt festgehalten (sh Beilage ./16, S 21):

"Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt...".

Aber nicht nur Dr. Mayr und der Kontrollausschuss und der Finanzausschuss des Gemeinderats bestätigen die Deckung von Swapgeschäften durch den Gemeinderatsbeschluss 2004. Bürgermeister Dr. Dobusch selbst ist noch anlässlich der Aufnahme der Gespräche des Jahres 2010 mit der BAWAG P.S.K. zu Recht von der Deckung des Rahmenvertrags durch den Gemeinderatsbeschluss 2004 ausgegangen. Damals hat er – bloß – die Nichtigkeit des SWAP II mit einer fehlenden Unterschrift zu begründen versucht. Da klar ist, dass bei Geschäften die nach Handelsbrauch mündlich abgeschlossen werden, eine fehlende Unterschrift kein Formalmangel sein kann, suchte die Stadt Linz idF nach weiteren Ausreden. Erst im Jahr 2011 kam die Idee auf, ein aufsichtsbehördliches Genehmigungserfordernis herbei zu argumentieren. Dabei fällt auf: Noch im Juli des Jahres 2011 hat Michael Gugler, der zuständige Leiter der Direktion Inneres und Kommunales des Landes Oberösterreich, öffentlich das Gegenteil erklärt (vgl Beilage ./47 – öON 12.7.2011).

Kurz gefasst: Die Argumentation von Formalmängeln wurde erst *ex post* erfunden, als das Geschäft – im Hinblick auf die Weltwirtschaftskrise und aus Untätigkeit der Stadt Linz heraus – völlig aus dem Ruder lief. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bis Jahre danach gingen demgegenüber alle Vertragsteile und die für sie handelnden Personen von einem gültigen Vertragsschluss aus.

Beweis: Artikel der "Oberösterreichische Nachrichten" vom 12.7.2011 (Beilage ./47);
wie bisher.

- 4.12.5** Die jahrelange Untätigkeit der Stadt Linz – trotz zunehmend risikoreichem Verlauf des SWAP II – lässt sich im Grunde nicht erklären, außer man hält sich vor Augen, dass im Jahr 2009 sowohl Gemeinderats- als auch Bürgermeisterwahlen anstanden und daher einem stillen Abhandeln der Vorzug gegeben wurde. Zudem standen in diesem Zeitraum auch einige Großprojekte unter kritischer öffentlicher Beobachtung (sh 4.8.4). Vermutlich hatten die maßgeblichen Entscheidungsträger in der öffentlichen Wahrnehmung schon eine ausreichende Zahl an Problemfällen zu bewältigen (sh oben Punkt 4.8.4).
- 4.12.6** In III 2.9 der Klage fällt auf, dass sich die Stadt Linz weitwendig über die Nichtbeachtung von Organisationsvorschriften durch die beklagte Partei

alteriert. Sie übersieht aber offenbar, dass ihre Klagschrift durch Vorbringen und Behauptungen zu angeblich vorliegenden

- **schweren Verletzungen von Amtspflichten** durch ihre Funktionsträger (insbesondere von Berichtspflichten, aber auch von Überwachungspflichten der Stadtsenatsmitglieder gegenüber den fachzuständigen Magistratsabteilungen) und
- **schwerwiegendes Kontrollversagen** verschiedener Kontrollorgane (Kontrollamt, Kontrollausschuss, Gemeinderat)

geradezu gekennzeichnet ist. Überträgt man das Bild, das die Stadt Linz mit ihrer Klage zeichnet, auf einen sonstigen privatwirtschaftlich tätigen Geschäftspartner, so sind Geschäftsleitung und Aufsichtsrat hier gleichermaßen zur Verantwortung zu ziehen. Alle Funktionsträger würden bei solchen Sorgfaltsverstößen – mit ihrem persönlichen Vermögen – unbeschränkt haften (vgl § 25 GmbHG und §§ 84, 99 AktG).

Der Gemeinderat als Kontrollorgan der Kommune ist im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung mit dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan einer Kapitalgesellschaft durchaus gut vergleichbar. Ihm obliegen ebenfalls Kontroll- und Mitwirkungspflichten zum Schutz der von ihm repräsentierten Gesellschaft (*societas*). Einerseits sollen – nach dem Vorbringen der Stadt Linz – hochrangige Verwaltungsbeamte (vergleichbar mit Geschäftsleitern) die ihnen übertragenen Berichtspflichten (Amtspflichten) krass verletzt haben. Andererseits sollen der Gemeinderat sowie alle Stellen, die für den Gemeinderat oder innerhalb des Magistrates mit der Kontrolle befasst waren, ebenso völlig versagt haben. Das gilt für den aus dem Gemeinderat gebildeten Finanzausschuss bzw Kontrollausschuss gleichermaßen wie für das Kontrollamt/Stadtrechnungshof (und seinen Leiter, den einschlägig habilitierten Univ.-Doz. Dr. Klug). Nach dem Vorbringen der Klage will das Kontrollamt nicht einmal die Vertragsgrundlagen des SWAP II geprüft haben. Das wirft die Frage auf: Was hat das Kontrollamt dann "geprüft"?

Eine "Prüfung" anhand der – sonst in keiner Weise hinterfragten – eigenen Darstellungen der "geprüften" Tätigkeiten von Mag. Penn wäre jedenfalls unzureichend und ein schwerwiegendes Kontrollversagen.

- 4.12.7** Das ist besonders erschütternd, wenn man bedenkt, dass im Erstellungszeitpunkt des Kontrollamtsberichts (zu diesem Bericht im Detail unten Punkt 4.16) im Herbst 2008 die Welt von einer der größten Finanzkrisen unserer Zeit heimgesucht wurde, und jeder, der Finanzen zu verwalten hatte bzw die Gebarung zu kontrollieren hatte, höchst alarmiert war. Der Finanzmarkt drohte in diesem Zeitpunkt völlig zum Erliegen zu kommen. Der österreichische Nationalrat musste am 20.10.2008 das nationale "Bankenrettungspaket" in Form des Finanzmarktstabilitätsgesetzes beschließen (BGBl I Nr. 136/2008). Der Bericht des Kontrollamts (Beilage ./16) datiert mit

23.9.2008 – dh zeitlich inmitten des Höhepunkts der Finanzkrise im Herbst 2008 (nach Zusammenbruch von Lehman am 15. September 2008), kurz vor der Beschlussfassung des Nationalrates über das österreichische Bankenrettungspaket, das sogar die Möglichkeit einer Verstaatlichung von Banken vorsieht.

Dieser Bericht lag dem Kontrollausschuss des Gemeinderats vor. Dennoch hat er nicht reagiert, woraus sich ergibt: Das Geschäft war vom Gemeinderat weiterhin gutgeheißen, nicht zuletzt weil es weiterhin positive Cash Flows brachte.

Beweis: Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);
Aussendung des Nationalrates vom 20.10.2008 (Beilage ./44);
wie bisher.

- 4.12.8** Die Spätfolgen dieses behaupteten – und kaum zu glaubenden – mehrfachen, schwerwiegenden Versagens aller involvierten Funktionsträger will die Stadt Linz jetzt ihrem Vertragspartner aufbürden. Abgesehen davon, dass die Stadt Linz und ihre Funktionsträger voll informiert waren (sh dazu unten Punkte 4.14 f, 5.4), dh die Fakten anders sind, fehlt jede Rechtsgrundlage, um das behauptete Versagen einer Vielzahl von Funktionsträgern auf den Geschäftspartner zu überwälzen. Das gebieten auch die üblichen Standards fairen Wirtschaftens (Vertrauensschutz des Redlichen).

Wenn rechtens wäre, was die Stadt Linz hier wünscht, entstünde für jeden Vertragspartner der Stadt Linz (und aller übrigen Städte) ein untragbarer Zustand: Abhängig vom eigenen internen Versagen soll – trotz aufrechtem, im Amtsblatt veröffentlichten Gemeinderatsbeschluss (!) – ein *ex post* Auflösungsrecht entstehen, wenn sich der jahrelang gelebte Vertrag nach einiger Zeit als unliebsam herausstellt. Dem schiebt die Judikatur zum Anschein der Genehmigung eindeutig einen Riegel vor: In einem jüngst entschiedenen Fall hält der OGH bspw fest, dass ein Leihvertrag mit der Stadt Linz betreffend ein (von ihr offenbar zwischenzeitig verlorenes) Schiele-Bild aufgrund des Anscheins einer Vollmachtserteilung gültig zustandegekommen ist. Den Erben der Leihgeberin war daher durch die Stadt Linz Schadenersatz zu leisten (OGH 18.7.2011, 6 Ob 129/10d).

- 4.12.9** Schließlich sei noch klargestellt, dass der Gemeinderat durch seinen aufrechten (bis 2011 nicht widerrufenen) Beschluss 2004 auch noch nach Geschäftsabschluss den Anschein einer Genehmigung des SWAP II erweckte. Der Gemeinderatsbeschluss 2004 deckt nach seinem Wortlaut fast 1:1 den Wortlaut des Rahmenvertrags 2006. Einen Grund, an dessen Gültigkeit zu zweifeln, gab es nicht. Die Veröffentlichung im Amtsblatt wurde nicht widerrufen.

Beweis: wie bisher.

4.13 Nach Abschluss des SWAP II – Verletzung der Berichts- und Kontrollpflichten

4.13.1 III. 3.1 der Klage wird bestritten. Nochmals sei klargestellt: Wenn tatsächlich – wie in III 3.1.2 behauptet – die Funktionsträger der Stadt Linz über den SWAP II und dessen weitere Entwicklung "*in nur sehr verschleiender und unvollständiger Weise*" informiert waren, ist das offenkundig ein Versäumnis der Stadt Linz. Offenbar haben ihre Organe und hochrangige Beamte – folgt man dem Vorbringen der Stadt Linz – ihre Berichts- und Überwachungspflichten im Hinblick auf die Finanzverwaltung (= Amtspflichten) verletzt, während der Gemeinderat sowie Kontrollausschuss und Finanzausschuss als seine Hilfsorgane ebenso wie das innerhalb des Magistrats gebildete Kontrollamt und sein Leiter (Univ.-Doz. Dr. Klug) ihre Kontrollpflichten gröblich verletzt haben. Dieses interne Versagen aufgrund von mehrfachen und schwerwiegenden Pflichtverletzungen auf allen Ebenen hat – alleine – die Stadt Linz zu verantworten. Für die BAWAG P.S.K. war das nicht einmal erahnbar. Ganz grundsätzlich darf sich jeder Vertragspartner im Geschäftsverkehr darauf verlassen, dass sich sein Geschäftspartner redlich und rechtskonform verhält (Prinzip der Sozialadäquanz).

4.13.2 Besonders bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Reaktion des Vorsitzenden des Finanzausschusses, Dr. Mayr, auf das Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20) – dies auf dem Höhepunkt der Unsicherheiten auf den nationalen und internationalen Finanzmärkten – kurz nach dem Zusammenbruch von Lehman Brothers.

- Hätte Herr Dr. Mayr tatsächlich von der Lage um das Geschäft keine Ahnung gehabt – trotz der wöchentlichen Besprechungen mit Mag. Penn (Beilage ./36) – dann hätte er bei Erhalt der Präsentation Beilage ./20 gewiss entsprechend (sichtbar) reagiert und die BAWAG P.S.K. zu einer Erklärung aufgefordert.
- Ebenso wäre davon auszugehen, dass Dr. Mayr umgehend – höchst alarmiert – zunächst den gesamten Finanzausschuss (dessen Vorsitzender er ja ist), allenfalls auch den Kontrollausschuss und in der Folge den gesamten Gemeinderat informiert hätte. Die Information des Gemeinderates hätte sich auch aufgrund der unmittelbar bevorstehenden Gemeinderatsdebatte über den Voranschlag für 2009 geradezu aufgedrängt. Auch die Einschaltung des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Rahmen einer Sonderprüfung wäre eine adäquate und zu erwartende Reaktion gewesen.
- Seine tatsächliche Reaktion hingegen zeigt: Er war über die Entwicklung laufend informiert und war daher auch keineswegs "überrascht.

In Wahrheit ist die These von der Uninformiertheit diverser Funktionsträger eine – mit Bedacht auf Wählergunst erarbeitete – nachträgliche Schutzbehauptung der Stadt Linz.

Fest steht jedenfalls, dass die BAWAG P.S.K. aufgrund des Verhaltens ihrer Ansprechpartner davon ausgehen durfte und noch bis zum Jahr 2010 davon ausging, dass die Stadt Linz über die Entwicklung des SWAP II voll informiert war.

Beweis: Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);
Outlook-Kalender Mag. Penn (Beilage ./36);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

4.14 Laufende Berichte von Mag. Penn an den Finanzausschuss

4.14.1 Der in III 3.2 dargestellte Bericht des Finanzdirektors an den Finanzausschuss hat stattgefunden. Viele weitere – halbjährliche – Berichte zum "Debt-Management" (deutsch: "Schuldenmanagement"; sh dazu ausführlich unten 7.1 und 7.2) folgten. Damit war der Finanzausschuss in dem Gemeinderat zurechenbarer Weise vom Abschluss des SWAP II unstrittig informiert. Dies entsprach auch der – im Rahmen der Diskussion im Gemeinderat vor Beschlussfassung besprochenen und dem Gemeinderatsbeschluss 2004 ausdrücklich zugrunde gelegten – Berichtspflicht (Beilagen ./11 und ./15). Mag. Penn hatte den Finanzausschuss gem den Ausführungen von Finanzstadtrat Dr. Mayr anlässlich der Beschlussfassung am 3.6.2004 zu informieren.

4.14.2 Außer Streit gestellt wird, dass die Stadt Linz auch mit weiteren Banken Finanztermingeschäfte abschloss und dass dazu die Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft und die Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft zählten (sh III 3.2.3 der Klage). Die Stadt Linz hat ua eine Option auf einen SWAP ("Swaption") abgeschlossen haben (vgl Beilage ./46 und oben 4.4.12). Offensichtlich hat die Stadt Linz gegenüber der BAWAG P.S.K. und gegenüber vielen anderen Banken nicht nur den Eindruck vermittelt bzw den Anschein erweckt, "Optimierungsgeschäfte" abschließen zu wollen, sondern dies auch getan. Anders lässt sich auch das mit Nomura International abgeschlossene Geschäft nicht erklären (vgl Beilage ./32).

Das ist auch nicht weiter verwunderlich, zumal die ausdrückliche Ermächtigung zum Abschluss von Finanzterminkontrakten wörtlich von "**optimieren**" und gerade nicht von "**absichern**" spricht (vgl Gemeinderatsbeschluss 2004, Beilage ./11, sh dazu unten Punkt 5.5).

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.4.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.10.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 6.5.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 10.11.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 20.5.2010;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 11.11.2010 (Beilagenkonvolut ./15);
Swap-Geschäft zwischen Stadt Linz und NOMURA INTERNATIONAL plc vom 27.8.2008 (Beilage ./32);
Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011 (Beilage ./33);
Einstellungsantrag Mag. Penn vom 25.10.2011 (Beilage ./34);
Artikel der "Kronen Zeitung" vom 24.11.2011 (Beilage ./46);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

- 4.14.3** Richtig ist auch die verbale Beschreibung des SWAP I im Bericht des Finanzdirektors an den Finanzausschuss des Gemeinderats, wie in III 3.2.4 der Klage vorgebracht:

"Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats Euribor und bezahlt den 6-Monats Euribor minus 1,8% solange von der EZB der EUR/CHF-Wechselkurs über 1,505 festgestellt wird. Wird der Wechselkurs unter 1,505 festgestellt, so erhöht sich der von der Stadt zu bezahlende Zinssatz nach der Formel $(1,505 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs} / \text{EUR/CHF-Wechselkurs})$." (vgl Beilage ./15.0 = Bericht "Maßnahmen des Debt-Managements 2006/2007" vom 29.8.2007)

- 4.14.4** Ebenso richtig ist die verbale Beschreibung des – gleich strukturierten – SWAP II:

"Die Stadt erhält halbjährlich den 6-Monats CHF-LIBOR und bezahlt 0,065 % fix, so lange von der EZB der EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 festgestellt wird. Wird der Wechselkurs unter 1,54 festgestellt, so erhöht sich der von der Stadt zu bezahlende Zinssatz nach der Formel $(1,54 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs} / \text{EUR/CHF-Wechselkurs})$." (vgl Beilage ./15.1 = Maßnahmen des Debt-Managements 2007/2008" vom 21.04.2008 = ON 5, S 219-233).

- 4.14.5** Festzuhalten ist auch: Von einem "Cap" oder einer "Deckelung" berichtet Mag. Penn – zutreffend – nicht, denn die Produkte sehen keine Deckelung vor (sh unten Punkte 5.9). In Zusammenschau mit seinem Bericht aus 2006, wo Mag. Penn den Vorsitzenden des Finanzausschusses klar auf die

Vorteile der Übernahme von Risiken bei einem Resettable CHF linked Swap hinwies (vgl Beilage ./30), ist das ein klarer und leicht verständlicher Bericht.

Es ist auch keineswegs so, dass in Mag. Penns Berichten der historische Höchststand des CHF und somit ein EUR/CHF-Wechselkurs von 1,4464 als das "Maximalrisiko" dargestellt wird. Dass Mag. Penn das weder so gesehen noch in dieser Weise kommuniziert haben kann, lässt sich auch seinem Bericht vom 11.8.2006 (Beilagen ./30) entnehmen, in dem er dazu Folgendes erklärt:

*"Die Barriere von **1,4350** ist grundsätzlich attraktiv, **könnte jedoch in Krisensituation erreicht werden.**"* (Hervorhebung durch den Verfasser)

Dr. Mayr als Empfänger des Berichts und erfahrener Experte (sh unten Punkt 7.2.3) wusste das auch. Überdies ergibt sich der Beispielscharakter der Rechnung von Mag. Penn klar aus der Verwendung des Wortes "*wäre*". Hier zeigt sich auch wieder, wie gut Mag. Penn die Wirkungsweise der Formel verstanden hat.

4.14.6 Das in III. 3.2.6 der Klage ausgedrückte Unverständnis der Stadt Linz, warum Mag. Penn das Geschäft am 17.7.2007 nicht geschlossen hat, hat sich erst deutlich später – *ex post* – entwickelt. Damals und später feierte man Mag. Penn noch für seine Erfolge als Manager des Fremdfinanzierungsportfolios im Rahmen und als Teil des "Debt-Managements" (also des "Schuldenmanagements" in dem unter 7.1 und 7.2 dargelegten Sinn; vgl Beilage ./14). Die Stadt Linz nahm die hohen Zahlungen der BAWAG P.S.K. gerne entgegen. Auch noch viele Jahre später hielt die Stadt Linz am Geschäft fest. Das gilt auch für die Zeit nach offizieller Aufnahme der Gespräche durch den Bürgermeister Dr. Dobusch im Jahr 2010.

4.14.7 Bestritten wird, dass aus den Berichten des Finanzdirektors an den Finanzausschuss das Risiko für die Stadt Linz nicht klar erkennbar gewesen sei. Die verbale Beschreibung (wie oben in 4.14.4 zitiert) ließ keinen Zweifel an der – ungedeckelten – Abhängigkeit vom EUR/CHF-Kurs. Durch das simple Einsetzen eines Kurses von zB 1 (an die Stelle der Variablen "EZB-Fixing") kann sich jeder das Risiko leicht ausrechnen:

$$\text{Zinssatz} = (1,52 - \text{EZB-Fixing}) : (\text{EZB-Fixing}) \times 100 \%$$

$$\text{Zinssatz} = (1,52 - 1) : (1) \times 100 \%$$

$$\text{Zinssatz} = 0,52 : 1 \times 100 \%$$

$$\underline{\underline{\text{Zinssatz} = 52 \%}}$$

Zu Unrecht unterstellt die Klägerin in III 3.3.2 ihrer Klage, Mag. Penn habe eigentlich ein "*maximales Risiko*" dargestellt. Es handelte sich beim einge-

setzten Höchststand des CHF/EUR-Kurses um eine Veranschaulichung durch eine Beispielsrechnung, nicht aber um die Darstellung eines Caps / Deckels oä. Wie erwähnt, Mag. Penn hatte auch ausdrücklich das Wissen, dass der Höchststand überschritten werden kann (Beilage ./30). Er hielt dieses Risiko aber auf Grund seiner Einschätzung und der damals – *ex ante* – gegebenen Wirtschaftslage (wie viele) für vergleichsweise gering.

Beweis: Auszug Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 15.5.2008 (Beilage ./14);
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.4.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.10.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 6.5.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 10.11.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 20.5.2010;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 11.11.2010 (Beilagenkonvolut ./15);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
wie bisher.

4.15 Information über negativen Marktwert Anfang 2008

4.15.1 Was die Erzählung in III. 3. der Klage verschweigt, sind die laufenden Informationen der klagenden Partei über die Marktbewertung, und insbesondere die ausführliche Information über den – zunehmend – negativen Marktwert Anfang des Jahres 2008. Spätestens mit diesen Informationen hat die Stadt Linz – um ihre Worte zu verwenden – die "*eigentliche Struktur*" des SWAP II und dessen Risikogehalt voll verstanden.

4.15.2 Am 7.1.2008 übermittelte die BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz per E-Mail die aktuelle Bewertung ihrer Derivatengeschäfte per 31.12.2007 (Beilage ./19). Daraus geht deutlich hervor, dass die Bewertung des SWAP II stark gesunken war. Der Marktwert belief sich zu diesem Zeitpunkt auf EUR – 1,6 Mio. Aufgrund dieses negativen Wertes bot BAWAG P.S.K. der Stadt Linz eine Absicherung gegen eine weitere Verschlechterung des SWAP II an. Gegen eine leichte Erhöhung des aktuell zu bezahlenden Zinssatzes hätte sich die Stadt Linz trotz negativen Marktwert durch einen Cap bei einer maximalen Zinslast von 11,056 % absichern können.

Das Angebot wird jedoch von der Stadt Linz nicht angenommen.

4.15.3 Nur einen Monat später hatte sich die Bewertung des SWAP II nochmals deutlich verschlechtert. Per 31.1.2008 war der Marktwert des SWAP II auf EUR -6,27 Mio gesunken. Selbst bei Hinzurechnung der zugunsten der Stadt Linz vereinbarten Erlöse ergab sich nun eine negative Gesamtbewertung von EUR -4,38 Mio.

- 4.15.4** Aus diesem Anlass fand am 1.2.2008 ein Treffen zwischen BAWAG P.S.K. und Stadt Linz statt. Dabei wurde anhand einer der Stadt Linz übergebenen Präsentation (Beilage ./68) die negative Bewertung und die von der Einschätzung der Wechselkursentwicklung geprägte Risikoträchtigkeit des SWAP II aufgezeigt.

BAWAG P.S.K hat bereits bei diesem Treffen den Ausstieg aus dem SWAP II oder eine Restrukturierung empfohlen.

- 4.15.5** Spätestens seit diesen Informationen kann die Stadt Linz nicht erfolgreich bestreiten, dass sie – um ihre Worte zu verwenden – die "*eigentliche Struktur*" des SWAP II und dessen Risikogehalt nicht voll verstanden hätte. Das Gegenteil war der Fall.

Beweis: E-Mail der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 7.1.2008 (Beilage ./19);
Präsentation CHF-Resetable Bewertung und Risiko, Februar 2008 (Beilage ./68);
wie bisher.

4.16 Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008

- 4.16.1** Das Zitat samt den ausdrücklichen Risikohinweisen in III 3.4.1 der Klage wird außer Streit gestellt. Das Kontrollamt wies hier ausdrücklich auf das Risiko einer möglichen künftigen Zahlungspflicht aus den Swap-Geschäften hin (Beilage ./16).

- 4.16.2** Festgehalten wird, dass auch dieser Bericht (so wie der Amtsbericht und das Schreiben vom 13.9.2006) der BAWAG P.S.K. erst durch den Rechtsstreit bekannt gemacht wurde.

- 4.16.3** Bestritten wird, dass das Kontrollamt nur in die Berichte von Mag. Penn einsehen konnte. Das Kontrollamt konnte – wie auch der Kontrollausschuss – kraft seiner Befugnisse selbstverständlich alle Vertragsgrundlagen prüfen, da hinsichtlich seiner Tätigkeit der Grundsatz der Unbeschränktheit der Prüfungsmittel gilt (*Hengstschläger*, 16. Teil, Gebahrungskontrolle Rz 120, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]; siehe dazu auch die Ausführungen zu den organisationsrechtlichen Grundlagen in 7.2 unten). Dazu hatte es zum Zeitpunkt der Erstellung des Berichts, im Herbst 2008, auch allen Anlass (sh dazu sogleich).

- 4.16.4** Klargestellt sei, dass die Darstellung der "Chronologie" der Ereignisse laut Klage hier irreführend ist. Der Kontrollamtsbericht wurde nicht im Frühjahr 2008, sondern am 23.9.2008, dh am Höhepunkt der Weltwirtschaftskrise 2008 – unmittelbar nach dem Kollaps von Lehman Brothers und inmitten der politischen Diskussion über Bankenrettungspakete (Beschlussfassung zum FinStaG im österreichischen Nationalrat am 20.10.2008 – Beilage ./44) – fertig gestellt.

- 4.16.5** Klarzustellen ist auch, dass dieser Kontrollamtsbericht ua auch an Bürgermeister Dr. Dobusch und den Vorsitzenden des Kontrollausschusses des Gemeinderates, LAbg. Mag. Stelzer, sowie Magistratsdirektor Prof. Wolny erging (vgl Verteiler auf Beilage ./16, S 1). In weiterer Folge wurde er auch dem Kontrollausschuss des Gemeinderates vorgelegt und von diesem erörtert, da diesem alle Berichte des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Wege seines Vorsitzenden vorzulegen sind (§ 39 Abs 3 StL 1992) und von diesem zu beraten sind (§ 40a Abs 1 StL 1992; vgl auch § 15 Abs 1 der Geschäftsordnung des Gemeinderates ["**GOGF**"]; siehe dazu auch die Ausführungen zu den organisationsrechtlichen Grundlagen in Punkt 7.2 unten).
- 4.16.6** Soweit – was ausdrücklich bestritten wird – der Kontrollausschuss tatsächlich nicht bereits über das Geschäft voll informiert war, hätte er als zuständiges Hilfsorgan des Gemeinderates zur Kontrolle der Gebarung der Stadt Linz spätestens zu diesem Zeitpunkt von seinen unmittelbaren Durchgriffsrechten gegenüber dem Magistrat Gebrauch machen müssen, um in der alarmierenden Situation der Wirtschaftskrise 2008 die möglichen Risiken aus dem Geschäft vollends aufzuklären. Er hätte dazu bspw – wie jeder andere Gemeinderatsausschuss auch – von Mag. Penn als Dienststellenleiter Berichte abfordern, Augenscheine vornehmen, Urkunden, Rechnungen und sonstige Geschäftsstücke einsehen und Erhebungen pflegen können. Zudem wäre jedem der Mitglieder eines Ausschusses zu Angelegenheiten, die auf der Einladung für die jeweils nächste Sitzung des Ausschusses als Tagesordnungspunkt aufscheinen, auf sein Verlangen hin Akteneinsicht zu gewähren und die Möglichkeit einzuräumen, Abschriften anzufertigen oder auf Kosten des Magistrates für seinen persönlichen Bedarf Kopien anfertigen zu lassen (§ 40 Abs 4 StL 1992).
- 4.16.7** Folgt man den Behauptungen in der Klage, hat der Kontrollausschuss aber offenbar alle diese Schritte unterlassen und den Kontrollamtsbericht inmitten der größten Weltwirtschaftskrise seit dem 2. Weltkrieg ohne jede weitere Maßnahme schlicht zur Kenntnis genommen. Damit wäre ihm ein massives Kontrollversagen anzulasten. Dieses kann jedoch nicht auf die BAWAG P.S.K. überwältigt werden. Vielmehr hat die Untätigkeit der Stadt Linz die BAWAG P.S.K. in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit der relevanten Geschäfte bestärkt (sh unten Punkt 10).

Beweis: Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);
Aussendung des Nationalrates vom 20.10.2008 (Beilage ./44);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Zeuge Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

4.17 Keine vorzeitige Schließung

4.17.1 Richtig ist, dass Mag. Penn bei Erstattung seines Berichtes an den Finanzausschuss am 15.5.2008 den aktuellen Marktwert des SWAP II zum 31.3.2008 bereits zur Verfügung hatte und dass der Marktwert mit rd EUR 17 Mio negativ war (vgl III. 3.2.4 der Klage).

4.17.2 Was Mag. Penn an den Finanzausschuss berichtet hat, weiß die beklagte Partei naturgemäß nicht. Die Lebenserfahrung gebietet es jedoch, das Vorbringen der klagenden Partei, Mag. Penn hätte – in offenkundiger Verletzung seiner Amtspflichten und seiner Berichtspflicht nach § 48 StL 1992 – nicht berichtet, als falsch zu bestreiten, zumal sich

- Mag. Penn wöchentlich mit dem Vorsitzenden des Finanzausschusses, Dr. Mayr, besprach (sh sein Kalender – Beilage ./36, Markierungen) und
- Dr. Mayr auch auf das an ihn gerichtete Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20) in keiner Weise (überrascht) reagierte.

Dass Dr. Mayr stets über den SWAP II und seine Entwicklung informiert war, zeigt auch dessen Verhalten im April 2010, als Zahlungen aus dem SWAP II in Millionenhöhe fällig wurden. So wurde der halbjährliche Debt-Management Bericht von Mag. Penn datiert mit 20.5.2010 (Beilage ./15.5), kurz bevor er dem Finanzausschuss vorgelegt wurde, um zwei Seiten, nämlich genau um die leicht verständlichen und plakativen Risikodarstellungen, gekürzt.

Das schlechte Gewissen der Entscheidungsträger der Stadt Linz ist offensichtlich, da auch der Staatsanwaltschaft nur diese gekürzte Fassung übermittelt wurde. Erst als die Langfassung im Zuge der Ermittlungen des Sonderkontrollausschusses am 8.9.2011 auftauchte, wurde sie nachgeliefert (vgl Beilage ./53).

4.17.3 Das Vorbringen zum positiven Marktwert im Frühjahr 2008 in III 3.5.4 der Klage wird außer Streit gestellt. Falsch ist jedoch die Behauptung, dass die beklagte Partei ihre Bemühungen einstellte. Ganz im Gegenteil: Die BAWAG P.S.K. hätte das Geschäft jederzeit – auch mit Gewinn für die Stadt Linz – gerne vorzeitig geschlossen (vgl auch die vorzeitige Schließung von SWAP I zum 17.7.2007).

Wenn die BAWAG P.S.K. in ihrer E-Mail vom 11.4.2008 (Beilage ./45) von "keinem Anpassungsrisiko" sprach, bezieht sich das auf die fehlende Notwendigkeit, die Richtung der Zahlungsströme anzupassen (also dass weiterhin die BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz zu zahlen hatte). Es ging hier um das Risiko, dass am Feststellungstag der Strike erreicht werden würde. Dieses hatte sich mit dem damals aktuellen EZB-Fixing nicht verwirklicht, denn der EUR/CHF Kurs lag bei 1,5808. Somit hatte sich das

Anpassungsrisiko nicht verwirklicht. Nicht mehr und nicht weniger wurde Mag. Penn mitgeteilt. Zudem lässt sich stimmungsmäßig – dh "zwischen den Zeilen" – Freude für und mit der Stadt Linz erkennen, dass der Kurs hoch lag.

Beweis: Auszug Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 15.5.2008 (Beilage ./14);
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 20.5.2010 (Beilage ./15.5);
Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilage ./23);
Outlook-Kalender Mag. Penn (Beilage ./36);
E-Mail Iris Sahinoglu an Mag. Penn vom 11.4.2008 samt Bewertung (Beilage ./45);
Pressemeldungen: Artikel aus "Kronen Zeitung" vom 4. und 5.8.2011 sowie aus "Neues Volksblatt vom 5.8.2011 (Beilage ./53)
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

4.18 Kreditlinien

- 4.18.1** Das Vorbringen zu den internen Kreditlinien in III. 3.6 der Klage wird bestritten. Auf Punkt 6.2 wird verwiesen.
- 4.18.2** Das Vorbringen entspringt offenbar der falschen Hoffnung, dass der internen Risikogestionierung einer Bank mehr Bedeutung zukommen soll als der aktuellen Marktbewertung des Geschäfts, die dem Kunden monatlich (!) kommuniziert wurde. Das ist – auch mangels Kausalität – falsch.

Beweis: Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilage ./23);
wie bisher.

4.19 Adressierung des politischen Entscheidungsträgers im Herbst 2008 – Schreiben vom 11.11.2008

- 4.19.1** Angesichts des Schreibens vom 11.11.2008 (Beilage ./20) kann die Stadt Linz nicht bestreiten, dass auch der zuständige Finanzstadtrat Dr. Mayr als "politische Ebene" von der Entwicklung des SWAP II informiert war. Sie versucht allerdings die Bedeutung – wörtlich – als "**Routinevorgang**" (vgl III. 3.7.4. der Klage) herunterzuspielen. Das mutet *ex post* konstruiert an, wenn man sich das außergewöhnliche wirtschaftliche Umfeld im Herbst

2008 vor Augen ruft – sh zur Wirtschaftskrise (Zusammenbruch Lehman Brothers, Beschluss des Nationalrates über das staatliche Bankenrettungspaket am 20.10.2008, Run auf die Spareinlagen, Instabilität des Bankensystems, Kreditklemme, vgl Beilage ./44, sh Punkt 5.12. Nichts war damals "**Routine**", und insbesondere nichts, wo eine negative Marktbewertung von **EUR -62.000.0000** (mit klar negativem Trend) festzustellen war und von Absicherung des Zinsniveaus über einen Cap bei **25,9 %** gesprochen wird (vgl Beilage ./20).

- 4.19.2** Die angesichts des instabilen wirtschaftlichen Umfelds besonders besorgniserregende Situation veranlasste die BAWAG P.S.K. sodann auch, das Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20) samt Präsentation

"... zwecks Information Ihrer Gremien"

in Kopie an Dr. Mayr zu schicken. Wenn die Stadt Linz heute von "**Routinevorgang**" spricht, kommt das wohl insofern der Wahrheit nahe, als Dr. Mayr routinemäßig von Mag. Penn informiert war und ihn das Schreiben daher nicht überraschte (sh dazu ausführlich oben Punkt 4.14).

- 4.19.3** Festzuhalten ist jedenfalls, dass die fehlende Reaktion von Dr. Mayr auf dieses Schreiben den guten Glauben der BAWAG P.S.K. in die Redlichkeit ihres Ansprechpartners Mag. Penn und in seine Zuständigkeit als erster und einziger Ansprechpartner abermals verstärkte. **Weder hat Dr. Mayr (überrascht) reagiert, noch hat er als Reaktion eine etwaige Zuständigkeit des Finanzausschusses oder des Gemeinderates releviert**. Die BAWAG P.S.K. konnte und musste angesichts dieser Reaktion davon ausgehen, dass Mag. Penn seine Berichtspflichten erfüllt hatte und alle zuständigen Organe der Stadt Linz von ihm ordnungsgemäß anhand bestehender organisationsrechtlicher Berichtspflichten informiert sind. Die Stadt Linz nahm somit die Schieflage bewusst in Kauf, weil dazu eine klare Meinung bestand und aus dem SWAP II weiterhin Zinsen lukriert werden sollten (sh Punkt 5.10).

Beweis: Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);
Aussendung des Nationalrates vom 20.10.2008 (Beilage ./44);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mario Tieff, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

4.20 Keine "Krediterhöhung" durch die beklagte Partei

4.20.1 Das Vorbringen in III 3.8 der Klage wird unter Verweis auf Punkt 6.2 bestritten. Hier handelt es sich um eine künstlich eingeführte These der Stadt Linz, mit der sie – *ex post* – eine aufsichtsrechtliche Genehmigungspflicht herbeizuargumentieren versucht. Das ganze Heer ihrer Juristen einschließlich Magistratsdirektor Dr. Wolny, Universitätsprofessor für Verwaltungsrecht, ist bis vor dem Rechtsstreit – zu Recht – von keiner solchen Genehmigungspflicht ausgegangen. Auch der Leiter der für die Aufsicht über die Stadt Linz zuständigen "Direktion Inneres und Kommunales" der OÖ Landesregierung, Michael Gugler, sagte noch in einem am 12.7.2011 erschienen Interview mit den Oberösterreichischen Nachrichten ausdrücklich:

"Swap-Geschäfte dieser Art müssen vom Land nicht genehmigt werden". (vgl Beilage ./47).

Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht wurde vielmehr erst im Nachhinein konstruiert.

Beweis: Artikel der "Oberösterreichische Nachrichten" vom 12.7.2011 (Beilage ./47);
Zeuge Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny, pA der klagenden Partei;
wie bisher.

4.20.2 Es handelt sich bei einem Swap um keinen Kredit und kein Darlehen. Auf das Vorbringen in 20.5 wird verwiesen.

4.21 Zeitraum nach dem Schreiben vom 11.11.2008

4.21.1 Zum Vorbringen in III. 3.9.1 der Klage hält die beklagte Partei fest: Niemand hat der BAWAG P.S.K. – vor Ausbruch des Rechtsstreits – jemals kommuniziert, was Mag. Penn intern berichtet hat. Wie erwähnt, ließ die (fehlende) Reaktion auf das Schreiben vom 11.11.2008 darauf schließen, dass die politischen Entscheidungsträger, allen voran der Vorsitzende des Finanzausschusses des Gemeinderates, über die negative Marktbewertung und die laufende Entwicklung des SWAP II voll informiert waren.

4.21.2 Ebenso vermittelte die Reaktion des Bürgermeisters Dr. Dobusch, welcher (nachweislich) spätestens im März/April 2010 von der Entwicklung des SWAP II Kenntnis erlangte (vgl Beilage ./48), kein anderes Bild. Vielmehr hat die Stadt Linz ihr bisheriges – Vogel-Strauß-artiges – Verhalten trotz zahlreicher Vorschläge und Bemühungen um eine Lösung seitens der BAWAG P.S.K. weiterhin ungebrochen fortgesetzt.

4.21.3 Erst als die Misere eine Größenordnung erreicht hatte, aus der kein wirtschaftlich verträglicher Ausweg mehr zu sehen war, wurde die Theorie

der allseitigen Unwissenheit und angeblich fehlenden Genehmigung des SWAP II aufgestellt.

Beweis: Zeugenvernehmung von Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 29.6.2011 (Beilage ./48);
Zeuge Dr. Alexander Schall, pA der beklagten Partei;
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mario Tieff, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

- 4.21.4** Der Großteil des eingetretenen Schadens über EUR 400 Mio ist aber erst nach dem Schreiben vom 11.11.2008 bzw nach der (gegenwärtig nachweisbar) ersten Involvierung des Bürgermeisters Dr. Dobusch Ende März/Anfang April 2010 entstanden (Beilagenkonvolut ./23).

Per 11/2008 lag die Bewertung des SWAP II noch bei **EUR -54.393.076,42** und per 4/2010 bei **EUR -83.386.262,69:**

Übersicht über die Bewertung Resettable CHF linked Swap II			
Datum	Bewertung	Datum	Bewertung
30.6.2007 - 31.7.2009		31.8.2009 - 29.4.2011	
30.06.2007	4.220.438,63	31.08.2009	- 46.368.006,14
28.09.2007	9.337.103,00	30.09.2009	- 47.205.864,56
31.12.2007	1.054.846,00	30.10.2009	- 45.471.702,70
31.01.2008	- 6.274.530,42	30.11.2009	- 49.765.162,01
29.02.2008	- 9.502.793,24	31.12.2009	- 62.969.635,42
31.03.2008	- 17.870.391,67	29.01.2010	- 69.016.099,36
30.04.2008	1.895.148,63	26.02.2010	- 70.238.447,70
30.05.2008	3.026.344,76	31.03.2010	- 92.334.436,08
30.06.2008	- 4.103.830,82	30.04.2010	- 83.386.262,69
31.07.2008	- 4.903.368,02	31.05.2010	- 99.616.900,33
29.08.2008	- 9.275.118,07	30.06.2010	-180.299.176,88
30.09.2008	- 23.329.138,91	30.07.2010	-191.923.030,00
31.10.2008	- 69.814.783,72	31.08.2010	-259.780.650,25
28.11.2008	- 54.393.076,42	30.09.2010	-224.900.242,55
31.12.2008	- 84.696.876,53	29.10.2010	-178.405.777,88
31.01.2009	- 78.901.519,97	30.11.2010	-257.275.031,20

28.02.2009	- 69.882.714,22	31.12.2010	-315.823.674,94
31.03.2009	- 48.692.137,46	31.01.2011	-269.635.871,58
30.04.2009	- 53.335.719,01	28.02.2011	-263.829.541,33
31.05.2009	- 45.031.122,69	31.03.2011	-252.526.151,71
30.06.2009	- 37.041.180,81	29.04.2011	-247.018.702,34
31.07.2009	- 38.365.146,44	29.07.2011	-489.016.132,61

- 4.21.5** Bemerkenswert ist das Vorbringen in III 3.9.2 der Klage, wonach der Leiter der Stadtkämmerei (wörtlich) "**soweit es sich um die finanzielle Gebarung der Stadt handelte – erster Ansprechpartner für die beklagte Partei gewesen**" ist. Das wird für die Zeit, wo die Leitung der Finanzdirektion mit der Leitung der Stadtkämmerei zusammen fiel und beide Positionen von Mag. Penn gehalten wurden, außer Streit gestellt. Für die Zeit danach ist festzuhalten, dass der SWAP II – im Hinblick auf seine unerfreuliche Marktentwicklung, die der Stadt Linz voll bewusst war – zur "Chefsache" erklärt wurde und sich daher Mag. Penn als Finanzdirektor (sh dazu die Ausführungen zum Organisationsrecht unter 7.2) weiterhin darum kümmerte. Er war vom Bürgermeister auch als erster Ansprechpartner für dieses Geschäft benannt worden. Die BAWAG P.S.K. hatte keine gegenteiligen Instruktionen vom Bürgermeister erhalten.
- 4.21.6** Dass der Finanzdirektor weiterhin der richtige Ansprechpartner war, zeigt auch das kurz darauf zur Kenntnisnahme an den Vorsitzenden des Finanzausschusses, Finanzstadtrat Dr. Mayr, versandte Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20). Hätte die BAWAG P.S.K. tatsächlich nun den – in der Hierarchie tiefer gereihten – Dr. Schmid ansprechen sollen, so hätte Dr. Mayr bestimmt entsprechend reagiert. So aber hat der Finanzausschuss des Gemeinderats – durch seinen Vorsitzenden, Finanzstadtrat Dr. Mayr – klar den Eindruck erweckt, die Kommunikation der BAWAG P.S.K. mit Mag. Penn als Finanzdirektor sei richtig. Sie war es auch, zumal konkret die FVV (und somit deren Leiter, Mag. Penn), und nicht die Stadtkämmerei gemäß Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 ermächtigt worden war.
- 4.21.7** Angemerkt sei auch, dass Dr. Schmid mit dem SWAP II nichts zu tun haben wollte. Er verwies die BAWAG P.S.K. an den – höhergestellten – Finanzdirektor als zuständigen Ansprechpartner. Es mag auch durchaus sein, dass Dr. Schmid von Mag. Penn über die Entwicklungen des SWAP II nicht auf dem Laufenden gehalten wurde (vgl III 3.9.3 der Klage), weil dieser seine Berichtspflicht im Organisationsaufbau nicht nach unten, sondern vielmehr – zutreffend – hin zum Finanzstadtrat und Vorsitzenden des Finanzausschusses des Gemeinderats erkannte. Letzterer war auch informiert. Es mag sein, dass sich der Gemeinderat nicht ausreichend für das Geschäft interessierte und seine Amts- und Kontrollpflichten massiv verletzt hat, denn spätestens seit dem massiven Aufflammen der Weltwirtschaftskrise 2008 (vgl die Beschlussfassung des Nationalrates über das Bankenrettungspaket, Beilage ./44) verbunden mit dem Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20) wusste der Finanzausschuss durch seinen Vorsitzenden genau um die kritische

Entwicklung des SWAP II. Vom Geschäft und dessen Risiko war er schon seit 2007 – durch die vorangegangenen laufenden Berichte des Finanzdirektors – und später (ebenso wie der Kontrollausschuss des Gemeinderates) durch den Bericht des Kontrollamts vom 23.9.2008 (Beilage ./16) informiert.

- 4.21.8** Die Aussagen von Dr. Prehofer, wie in der Klage in III 3.9.4 zitiert, stimmen. Auch die Aussage zu den Sicherheiten trifft zu. Die BAWAG P.S.K. hatte laufend nennenswerte Kosten, weil sie ihrerseits ihren Vertragspartnern (insb zur Stellung von Sicherheiten) verpflichtet war und diese Kosten seitens der Stadt Linz nicht ersetzt wurden (sh unten Punkt 4.21.9). Der Vertragsbruch der klagenden Partei beendete diese unerfreuliche Situation, zumal die beklagte Partei erstmals ihrerseits berechtigt war, das Geschäft vorzeitig zu schließen. Sie hat diese Gelegenheit, auch zum Wohl der Stadt Linz, umgehend genützt.
- 4.21.9** Der SWAP II ist ein Mischgeschäft, das nach seinem überwiegenden Charakter kein Eigengeschäft ist. Das mit dem Geschäft verbundene Risiko wurde lediglich bankintern auf Teilgeschäfte aufgeteilt und dann – unabhängig von der Vertragsbeziehung zur Stadt Linz – an mehrere Geschäftspartner der BAWAG P.S.K. durchgereicht. Diesen gegenüber hatte sich die BAWAG P.S.K. verpflichtet (sh auch Punkt 6.1 und 6.2), darunter auch zur Übernahme massiver Kosten. Der Verlust der Stadt Linz bewirkt daher nicht spiegelbildlich einen Gewinn der BAWAG P.S.K. Tatsächlich hat sie daraus einen enormen Schaden erlitten (sh Widerklage zu AZ 48 Cg 222/11y). Sie hat auch nicht "*übermäßig*" an dem Geschäft verdient. Das zeigt schon das Konkurrenzangebot der Bank Austria (Beilage ./18), die wesentlich schlechtere Konditionen als die BAWAG P.S.K. anbot. Die BAWAG P.S.K. musste nennenswerte Risiken übernehmen und auch ihren Vertragspartnern über eine lange Laufzeit Sicherheiten in EUR-Millionenhöhe (zu wenig vorteilhaften Konditionen) zur Verfügung stellen. Die Stadt Linz musste demgegenüber der BAWAG P.S.K. keine Sicherheiten stellen (sh Punkt 6.4.1). Diese Kosten sind bei der Kalkulation des Geschäfts (bzw der verbleibenden Provision) zu berücksichtigen. Unterm Strich kalkulierte die BAWAG P.S.K. vor Geschäftsabschluss eine Provision in völlig marktüblicher Höhe ein. Die Bank Austria hätte jedenfalls deutlich mehr verlangt (vgl Beilage ./18).
- 4.21.10** Die BAWAG P.S.K. macht – mit separater Widerklage – ihren Schaden in der Höhe von EUR 417.737.018,29 geltend. Woher die klagende Partei die Vorstellung nimmt, die BAWAG P.S.K. hätte mit dem Geschäft groß verdient, ist unklar. Faktum ist, dass die BAWAG P.S.K. aufgrund des Geschäfts – in Einklang mit bankrechtlichen Vorschriften – zahlreiche Verpflichtungen Dritten gegenüber eingegangen ist. Die vorzeitige Auflösung dieser – in Folge des Vertragsbruchs der Klägerin – führte zu Verlusten in dreistelliger Millionenhöhe (sh Widerklage, Beilage ./78), wo aktiv Ersatz iHv EUR 417.737.018,29 begehrt wird.

Beweis: Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);
E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom
11.11.2008 (Beilage ./20);
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des
SWAP II" (Beilage ./23);
Aussendung des Nationalrates vom 20.10.2008 (Beilage ./44);
E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Zeuge Dr. Christian Schmid, pA der klagenden Partei
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
Zeuge Dr. Alexander Schall, pA der beklagten Partei;
wie bisher.

5. ENTGEGNUNG ZU DEN FALSCHEN THESEN DER STADT LINZ

Neben der verzerrten Sachverhaltsschilderung stellt die Stadt Linz auch eine Vielzahl von Thesen in den Raum, die mit den wahren Fakten nicht in Einklang zu bringen sind. Einige davon werden im Folgenden widerlegt:

5.1 Vermengung "ex ante" und "ex post" Beurteilung

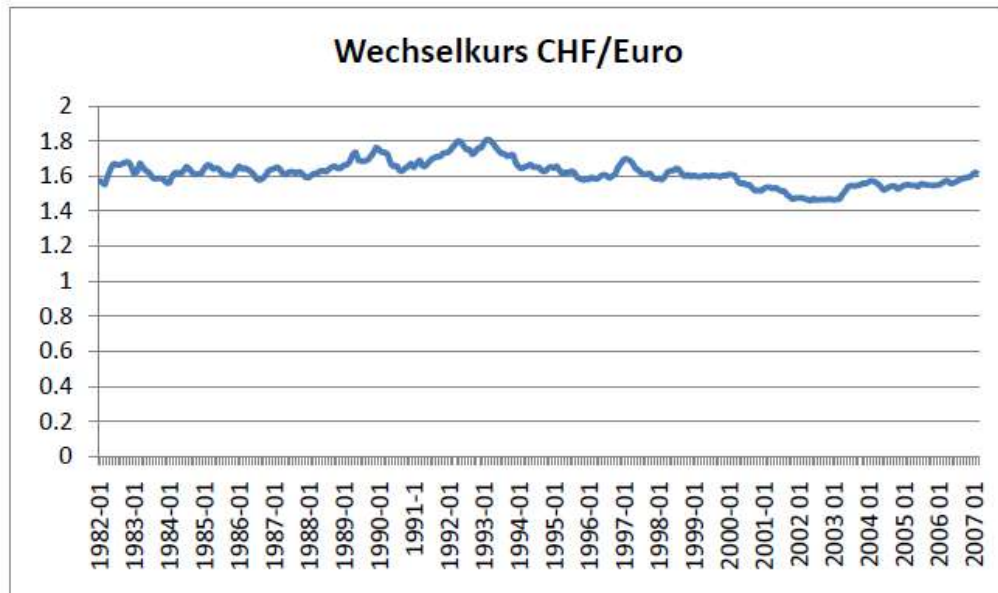
5.1.1 Die Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden (vgl Beilage ./25) sind auf den SWAP II nicht anwendbar (sh Punkt 6.6). Sie zeigen in ihrem Vorwort aber in deutlicher Sprache, was die klagende Partei unerwähnt lässt:

"Der 15. 9. 2008 war für die Weltwirtschaft ein bedeutender Tag. An diesem Tag brach die US-Investmentbank Lehman Brothers zusammen und löste zuerst eine weltweite Finanzkrise, in weiterer Folge auch eine dramatische Wirtschaftskrise aus. Anlageprodukte, die über viele Jahre bestes Rating hatten und als sicher galten, mussten nun in Frage gestellt oder abgewertet werden." (vgl Beilage ./25)

Fast eineinhalb Jahre nach Abschluss des SWAP II brach eine Wirtschaftskrise über die Welt herein, die insbesondere einen Bruch mit den zuvor allgemein akzeptierten Grundsätzen des Finanzmarktes darstellte. Besonders bei der Risikobewertung von Finanz(termin)geschäften blieb als Folge der Krise kein Stein auf dem anderen.

Im Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II war dies jedoch für keinen Beteiligten vorherzusehen – es lag gleichsam außerhalb des vernünftigerweise Vorstellbaren: Die Stadt Linz hatte im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses – *ex post* betrachtet – keinen Grund anzunehmen, dass sich der EUR/CHF-Kurs in der Zukunft anders verhalten würde als in der

Vergangenheit. Der historische Wechselkursverlauf schwankte in den davor liegenden 25 Jahren in einer relativ engen Bandbreite von CHF 1,50 und 1,90 pro EUR mit einem Mittelwert von CHF 1,62 pro EUR. Ein historisches Chart stellte sich wie folgt dar:



Vor diesem Hintergrund durften die damaligen Marktteilnehmer selbst bei allfälligen Kursausschlägen davon ausgehen, dass das Wechselkursverhältnis wieder zu seinem langfristigen Gleichgewichtswert zurückkehren würde. Ebenso hat sich der EUR/CHF-Kurs verhalten, nachdem er als Folge der Anschläge auf das World Trade Center im September 2001 auf einen historischen Tiefstand gefallen war (vgl Beilage ./26, S 19 ff).

- 5.1.2** Sämtliche Geschäftsgrundlagen des SWAP II – der Gemeinderatsbeschluss 2004, der Rahmenvertrag 2006, der Abschluss des SWAP II im Jahre 2007 – wurden weit vor der Weltwirtschaftskrise 2008 geschaffen. Bei der Beurteilung des SWAP II ist somit auf die oben beschriebene *ex-ante*-Sicht, also Vorkrisensicht der damals Beteiligten abzustellen.
- 5.1.3** Nach mehreren Jahren andauernder Weltwirtschaftskrise gefolgt von der Eurokrise scheint es eine große Herausforderung, sich den *ex ante* Horizont der damals Beteiligten in Erinnerung zu rufen. Der klagenden Partei gelingt dies jedenfalls nicht, trennt sie doch in ihrem Vorbringen nicht zwischen ihrem *ex post* Wissensstand und der *ex ante* Sicht der damals Beteiligten.

Die *ex post* negative Entwicklung des SWAP II lässt den Schluss nicht zu, dass die *ex ante* Entscheidung für ihn falsch oder gar vorwerfbar war. Es ist daher unzulässig, die kommerziell plausible – *ex ante* – Erwartungshaltung der Beteiligten hinsichtlich des SWAP II *ex post* als "hochriskante Wette",

"Spekulationsgeschäft" oder gar Befugnismissbrauch zu brandmarken, nur weil sich das Geschäft anders entwickelte als *ex ante* erwartet.

Bei der Bewertung des SWAP II, insbesondere auch hinsichtlich seines Vorteils- und Risikogehalts sowie seiner Marktüblichkeit ist vielmehr auf den Blickpunkt der Marktteilnehmer im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses abzustellen. Vor der Weltwirtschaftskrise 2008 herrschten allgemein akzeptierte Überzeugungen, welche sich von den heutigen maßgeblich unterscheiden.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007 (Beilage ./3)
Einzelabschlussbestätigung vom 15.10.2007 – geänderte Fassung (Beilage ./4);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011 (Beilage ./26)
wie bisher.

5.2 Geschäftsabschluss vor "MIFID"

5.2.1 Die Stadt Linz argumentiert in ihrer Klage mit Sorgfaltsmaßstäben, welche im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses nicht gültig waren, sondern erst insbes in Folge der Weltwirtschaftskrise 2008, angelegt wurden. Dazu gehören ua die unverbindlichen Richtlinien des österreichischen Gemeindebunds (Beilage ./25), die erst im Jahr 2009 veröffentlicht wurden. Hinzu kommt, dass die besagte Richtlinie gerade nicht an Städte mit eigenem Statut adressiert ist. Das Vorbringen in III 4. der Klage ist dementsprechend irreführend und wird als nicht maßgeblich bestritten.

5.2.2 Zudem legt die Klägerin nun – *ex post* – einen Sorgfaltsmaßstab für die Geschäftsanbahnung und den Geschäftsabschluss des SWAP II an, der Anfang 2007 noch keine Gültigkeit hatte. Zum Beispiel hat die Stadt Linz auf jegliche Beratung ausdrücklich verzichtet (siehe dazu auch Beilage ./1 und Beilagen ./2, ./3 und ./4); daher war die Erstellung eines Anlegerprofiles weder geboten noch notwendig (sh Punkt 19.2.2).

Beweis: wie bisher.

5.3 Die Initiative ging von der Stadt Linz aus – Die Stadt Linz zeigte von sich aus aktiv Interesse an Derivatgeschäften

5.3.1 Die Stadt Linz bemüht sich darzustellen, dass die Geschäftsidee des Resettable CHF linked SWAPs (dh des SWAP II) zur Optimierung der Zinslast der Stadt Linz eine "Idee" bzw Kreation der BAWAG P.S.K. gewesen sei bzw auf deren Initiative hin verfolgt wurde. Das ist falsch. Es war genau umgekehrt:

5.3.2 Die Initiative der Stadt Linz startete lange bevor mit BAWAG P.S.K. zu Finanzterminkontrakten verhandelt wurde. Schon im Jahr 2004 erteilte der Gemeinderat der FVV die Ermächtigung, zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios ua Finanzterminkontrakte abzuschließen (dies im Rahmen und als Teil eines professionellen Schuldenmanagements der Stadt Linz – siehe dazu unten 7.1 und 7.2). Mit der BAWAG P.S.K. hatte das rein gar nichts zu tun.

5.3.3 Mag. Penn nimmt zum weiteren Verlauf – nach 2004 – wie folgt Stellung (Beilage ./34, S 4):

*"Das "Projekt SWAP" wurde **vom Beschuldigten [Mag Penn] weiter verfolgt** und mündete schließlich **in zahlreichen Gesprächen mit Vertretern namhafter Banken.**" (Hervorhebung durch den Verfasser)*

Die Initiative ging also von der Stadt Linz aus.

5.3.4 Die zahlreichen Gespräche mit Vertretern namhafter Banken mündeten schließlich im Bericht "*Beurteilung Zinsniveau in Euro*" vom 11.8.2006 (vgl Beilage ./30). Unter Punkt 3.3. dieses Berichtes werden unter der Überschrift "*Andere Alternativen*" SWAPs dargestellt, welche in ihrer Funktionsweise weitgehend dem nunmehr streitgegenständlichen SWAP II entsprochen haben. Dieser Bericht wurde laut Mag. Penn noch am selben Tag, dh am 11.8.2006, an Finanzstadtrat Dr. Mayr übermittelt. Der Bericht wurde am 1.9.2006 in einer gemeinsamen Besprechung erörtert.

5.3.5 Dieser Bericht zeigt klar auf, dass die Kosten für die gewünschte Absicherung hoch sind und durch Übernahme von Risiken reduziert werden können:

*"Für beide Möglichkeiten gibt es verschiedenste Alternativen, wo **durch Übernahme von definierten Risiken** entweder die Cap-Prämie oder der Fixzinssatz reduziert werden können." (Beilage ./30, S 4)*

*"Da die Prämienhöhe beträchtlich ist, soll durch Gegengeschäfte (**=Übernahme von Risiken**), aus denen Prämien eingenommen werden, eine Reduktion des Prämienaufwandes erreicht werden." (Beilage ./30, S 4)*

*"Die Fixzinssätze können gesenkt werden, **wenn wir gewisse Risiken übernehmen**". (Beilage ./30, S 5; Hervorhebungen durch Verfasser).*

5.3.6 Mag Penn spricht auch ausdrücklich davon, dass er die Optionen "konstruieren" ließ:

*"**Ich habe die Option so konstruieren lassen, [...]**" (Beilage ./30, S 5)*

5.3.7 Der Eindruck, den die Stadt Linz heute zu erwecken versucht, erweist sich als falsch. Sie gestaltete – auf Basis der Gespräche mit zahlreichen Banken – nach ihren eigenen Bedürfnissen – die Vorgaben. Die Ausgangssituation war dabei Folgende:

- Die Stadt Linz hatte im Jahr 2004 ein Finanzierungsportfolio in CHF von 210 Mio.
- Die hohe Zinslast der Stadt Linz aus diesen Schulden sollte – durch ein aktives Portfoliomanagement – reduziert werden. Es sollten – gegen Risikoübernahme – Erträge erwirtschaftet werden, um so die Kosten für die Stadt Linz zu reduzieren.
- Da Finanztermingeschäfte ihrer Natur nach kurzfristig abgeschlossen werden müssen, entschied sich der Gemeinderat der Stadt Linz im Jahr 2004, die FVV zur Bewirtschaftung ("Optimierung") des Fremdfinanzierungsportfolios zu ermächtigen.

5.3.8 Der ermächtigte Finanzdirektor hat in der Folge seinen Auftrag umgesetzt, zahlreiche Gespräche mit zahlreichen Banken geführt und nach Bericht und Abstimmung mit dem Vorsitzenden des Finanzausschusses mehrere für die Bedürfnisse der Stadt Linz optimierte Finanztermingeschäfte abgeschlossen. Die Swap-Geschäfte mit der BAWAG P.S.K. waren solche unter mehreren (Beilagen ./33 und ./34).

5.3.9 Sie wären im Übrigen auch zu Stande gekommen, wenn die BAWAG P.S.K. nicht mitgeboten hätte (vgl. Anbot der Bank Austria, E-Mail vom 12.2.2007, Beilage ./18 sowie Beilagen ./33 und ./34). Die Initiative ging von der Stadt Linz aus.

Beweis: E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011 (Beilage ./33);
Einstellungsantrag Mag. Penn vom 25.10.2011 (Beilage ./34);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

5.4 Auch die politische Ebene der Stadt Linz war informiert

5.4.1 Obwohl die Stadt Linz wissen muss, dass allfällige Versäumnisse in ihrer internen Kommunikation ausschließlich ihr anzulasten sind (insbesondere "Verletzung von Amtspflichten" und "Kontrollversagen") und sie die Verantwortung für ihre – von ihr selbst behaupteten – massiven organisatorischen Missstände im Bereich des Schuldenmanagements tragen

muss, versucht sie mit allen Mitteln, dem Gericht vorzumachen, die relevanten Gremien hätten von dem Geschäft nichts gewusst. Auch das ist falsch. Es waren insbesondere

- der Vorsitzende des Finanzausschusses des Gemeinderates, Finanzstadtrat Dr. Mayr,
- die Mitglieder des Finanzausschusses des Gemeinderates selbst,
- das Kontrollamt (insbesondere dessen Vorsitzender, Univ.-Prof. Dr. Klug – habilitiert als Univ.-Doz. mit Forschungsschwerpunkten ua in den Bereichen öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, öffentliches Haushalts- und Rechnungswesen, öffentliche Finanzkontrolle und Kommunalwirtschaft!),
- die Mitglieder des Kontrollausschusses des Gemeinderates (insbesondere dessen Vorsitzender, GR LAbg. Mag. Stelzer) sowie
- der Magistratsdirektor (Univ.-Prof. Dr. Wolny – habilitiert im öffentlichen Recht und als Univ.-Prof. dem Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre der Univ. Linz zugewiesen!)

von dem Geschäft informiert.

Nicht anzunehmen ist, dass sich sowohl Stadtsenats- als auch Gemeinderatsmitglieder und höchstrangige Magistratsbeamte (viele mit ausgezeichneten Qualifikationen bis hin zu Universitätsprofessuren der Wirtschaftswissenschaften und des öffentlichen Rechts) wirklich nicht für die Details des SWAP II interessiert haben. Bei einem Geschäft dieser Größenordnung ist dies in Wahrheit unvorstellbar. Das Vorbringen wird daher bestritten.

Sollte das aber so gewesen sein, dann hätten sie alle ihre Amts- bzw Kontrollpflichten, die ihnen Bundesverfassung, einfache Gesetze sowie Verordnungen auferlegen, eklatant vernachlässigt. In keinem Fall aber konnte (oder musste) die BAWAG P.S.K. jemals annehmen, dass alle wesentlichen Funktionäre der Stadt Linz ihre Amts- und Kontrollpflichten verletzen würden.

- 5.4.2** Im Übrigen geht die – zweifelhafte – Verantwortung an der politischen Realität jeder staatlichen Organisationsstruktur völlig vorbei. Sie widerspricht der Lebenserfahrung. Ein Geschäft dieser Größenordnung schließt selbst der höchste Finanzbeamte, hier der Finanzdirektor Mag. Penn, nicht eigenmächtig ohne jede politische Rückendeckung ab. Diese lag auch vor:

5.4.3 Eindeutige Belege dafür sind folgende:

- Schriftlicher Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
- Bericht Mag. Penn an Finanzstadtrat Dr. Mayr vom 1.9.2006 (vgl Beilage ./34, S 4 – Stellungnahme Penn);
- Schreiben vom 13.9.2006 an den Bürgermeister (Beilage ./70);
- Bericht Mag. Penn an Finanzstadtrat Dr. Mayr unmittelbar vor Geschäftsabschluss am 8.2.2007 (vgl Beilage ./36);
- Bericht an Dr. Dobusch über das geplante Derivatgeschäft am 9.2.2007 (Beilage ./58);
- Diverse Berichte von Mag. Penn nach Geschäftsabschluss (vgl Beilagen ./15.0 bis 15.6);
- Unterschrift des Bürgermeisters auf dem Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1) und auf der späteren CHF-Kontoeröffnung (Beilage ./52) und
- Schreiben BAWAG P.S.K. an Mag. Penn und Finanzstadtrat Dr. Mayr vom 11.11.2008 einschließlich Präsentation "*zur Information Ihrer Gremien*" (Beilage ./20).

5.4.4 Mag. Penn erwähnte gegenüber der BAWAG P.S.K. immer wieder, dass er "**seinen Chef**" informiert hielt. Beispielhaft sei das Telefonat vom 1.2.2007 (Beilage ./60) zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn erwähnt. Er gab an, dass ihm das Angebot gut gefalle, er müsse aber darüber erst mit seinem Chef reden. Ebenso hat Mag. Penn wenige Tage vor Geschäftsabschluss angekündigt, Dr. Mayr am 8.2.2007 und Dr. Dobusch am 9.2.2007 über das geplante Derivatgeschäft zu informieren (vgl Beilage ./58). BAWAG P.S.K. wusste und durfte daher (bis Mitte 2010) davon ausgehen, dass alle wesentlichen Entscheidungsträger informiert waren. Das ist auch lebensnah.

5.4.5 Dass Finanzstadtrat Dr. Mayr im Detail Bescheid wissen musste, ergibt sich auch aus seinen öffentlichen Aussagen, in welchen er den Schuldenstand und die jährliche Zinsenlast der Stadt Linz im Detail erörtert (vgl Beilagenkonvolut ./6).

5.4.6 Überdies wurden die Zuflüsse, später auch die Zahlungen aus dem SWAP II in die Rechnungsabschlüsse der Stadt Linz aufgenommen, welche auch vom Kontrollamt geprüft wurden.

Beweis: Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011 (Beilage ./33);
Outlook-Kalender Mag. Penn (Beilage ./36);

Interne E-Mail BAWAG P.S.K. vom 7.2.2007 (Beilage ./58);
Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn
vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60);
Zeuge GR LAbg. Mag. Thomas Stelzer, pA der klagenden
Partei;
Zeuge Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny, pA der klagenden Partei;
Zeuge Univ.-Doz. Dr. Friedrich Klug, pA der klagenden Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

5.5 Gemeinderat wünschte "Optimierung" – nicht "Absicherung"

5.5.1 *Ex post* betrachtet wünscht der Gemeinderat wohl, er hätte auf die kritischen Stimmen in seinen Reihen (sh zur Diskussion im Gemeinderat vorne 4.4.9) gehört und lediglich zu "Absicherungsgeschäften" ermächtigt. Zumindest unternimmt die Klage den Versuch, das – *ex post* – so zu wenden. Dem war aber nicht so.

5.5.2 Die Risikofreudigkeit des Gemeinderates manifestiert sich deutlich im Zuge der Diskussion im Gemeinderat (sh dazu oben 4.4.9) und in der Formulierung des gefassten Beschlusses (sh oben 4.4.5) . Trotz der umfangreichen Diskussion um die Risiken einer derartigen Ermächtigung wurde kein Auftrag erteilt, die bestehende Zinslast des Fremdfinanzierungsportfolios "abzusichern", sondern sie "durch Finanzterminkontrakte" zu "optimieren":

5.5.3 Dass aber Optimieren nicht Absichern heißt, zeigt nicht nur die Diskussion im Gemeinderat, sondern auch ein Blick in den Duden:

Sichern: [etwas] **sicher machen, vor einer Gefahr o.Ä. schützen** (vgl Beilage ./49)

Optimieren: (Math.) **günstigste Lösungen für bestimmte Zielstellungen ermitteln** (vgl Beilage ./50)

5.5.4 Hätte der Gemeinderat die FVV ausschließlich zu Absicherungsgeschäften ermächtigen wollen, dann hätte er das auch so formuliert. Eine allfällige Unklarheit im Sprachgebrauch – die sichtlich ohnedies nicht vorliegt – geht jedenfalls zu Lasten der Stadt Linz, weil sie sich dieser bedient hat.

5.5.5 Die Risikofreudigkeit des Gemeinderats zeigt sich auch an den vielen Fremdwährungsgeschäften der Stadt Linz, die seit 1993 abgeschlossen worden waren. Die Begebung einer Anleihe über 195 Mio CHF im Jahr 2005, dh in Fremdwährung und mit völlig unbegrenztem Risiko (durch variablen Zinssatz ohne Deckel), lastete der Stadt Linz ein unbegrenztes Zinsrisiko und zugleich ein unbegrenztes Fremdwährungsrisiko auf.

Dies erfolgte ebenfalls nicht "verantwortungslos", sondern im damaligen Umfeld aus einer bewussten Geschäftsentscheidung zur Optimierung der Finanzschulden heraus. Ebenso verhielt es sich mit dem SWAP I und SWAP II.

- 5.5.6** Richtig ist, dass die BAWAG P.S.K. wie jeder Wirtschaftstreibende an einem Geschäftsabschluss Interesse hatte. Sie hätte aber – wenn die Stadt Linz ein Absicherungsgeschäft gewünscht hätte und dies zu kommerziell sinnvollen Bedingungen möglich gewesen wäre – ebenso ein Absicherungsgeschäft abgeschlossen. Das ist durch die Präsentation vom 09.08.2006 auch erwiesen, in der neben einem Resettable CHF linked Swap auch Caps (zwecks Absicherung) vorgestellt werden (sh Folie 3 f der Präsentation in Beilage ./76).
- 5.5.7** Allerdings steuerte nicht die Bank die Bedürfnisse und Nachfrage der Stadt Linz, sondern die Stadt Linz gab vor, was sie wünschte (sh dazu oben Punkt 4.5). Das entspricht dem normalen Geschäftsverlauf im Umgang mit derart professionellen Kunden wie der Stadt Linz. Die FVV wurde vom Gemeinderat zum Management (wörtlich: der Optimierung) des Fremdfinanzierungsportfolios ermächtigt. Schuldenmanager (siehe dazu unten Punkt 7.1 und 7.2), wie die FVV, definieren ihren Bedarf selbst. Sie kennen die Ausgangslage und die Bedürfnisse genau, während die Bank keine intimen Kenntnisse über das konkrete Portfolio und die Aufgabenstellung an den Manager hat. Sie kann lediglich danach trachten, an Hand der Vorgaben des Schuldenmanagers ("Optimierung durch Finanzterminkontrakte") ein passendes Produkt anzubieten. Das war auch hier der Fall (s.o.).
- 5.5.8** Ebenso wird nachgewiesen werden, dass die BAWAG P.S.K. der Stadt Linz sehr frühzeitig einen Ausstieg und idF auch wiederholt Absicherungen angeboten hat. Folgt man der These der Stadt Linz, dass tatsächlich eine Absicherung gewünscht war, ergibt das Ausschlagen dieser Angebote keinen Sinn.
- 5.5.9** Spätestens Anfang 2008 (sh Punkt 4.15), wo sich die Marktbewertung ins Negative drehte, hätte die Stadt Linz erklären müssen, dass sie ein solches Geschäft nicht wünscht.
- 5.5.10** Festzuhalten ist auch: Der BAWAG P.S.K. war bis vor Einsicht in den Strafakt der Amtsbericht nicht bekannt. Dieser ist auch nicht öffentlich zugänglich. Gleiches gilt für das Schreiben vom 13.9.2006 (vgl III. 2.4.1 der Klage). Die BAWAG P.S.K. kannte nur
- den Gemeinderatsbeschluss 2004 (Beilage ./11),
 - den Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1) sowie das Unterschriftenverzeichnis und
 - die diversen Gespräche mit Mag. Penn.

Die Stadt Linz hat mit dem SWAP I und SWAP II genau das erhalten hat, was sie nachgefragt hat.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderates vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
wie bisher.

5.6 Die Finanztermingeschäfte wurden von der Stadt Linz gewünscht

5.6.1 Die Stadt Linz versucht den Eindruck zu vermitteln, sie habe keine Kenntnis von dem Geschäft gehabt (was eine reine Schutzbehauptung ist – s.o.) und hätte man davon gewusst, dann hätte man das Geschäft **(a)** nicht abgeschlossen und **(b)** auch später nicht gewollt. Auch das ist falsch.

5.6.2 Zusätzlich zu den bisher angebotenen Beweisen zeigen insbesondere die Stellungnahmen Mag. Penns im Strafverfahren klar auf, dass seitens der Stadt Linz konkret ein Resettable CHF linked Swap gewollt war und dazu mehrere Bankinstitute zur Stellung eines Angebotes eingeladen wurden (vgl. Beilagen ./33 und ./34).

5.6.3 Die Stadt Linz hat den Geschäftsabschluss und die Eckpunkte des SWAP II im Vorfeld intern besprochen (vgl. Beilage ./33, ./34, ./60, ./71).

5.6.4 Nach Abschluss des SWAP II hat sich die Stadt Linz wiederholt die Vorteile daraus zugewendet:

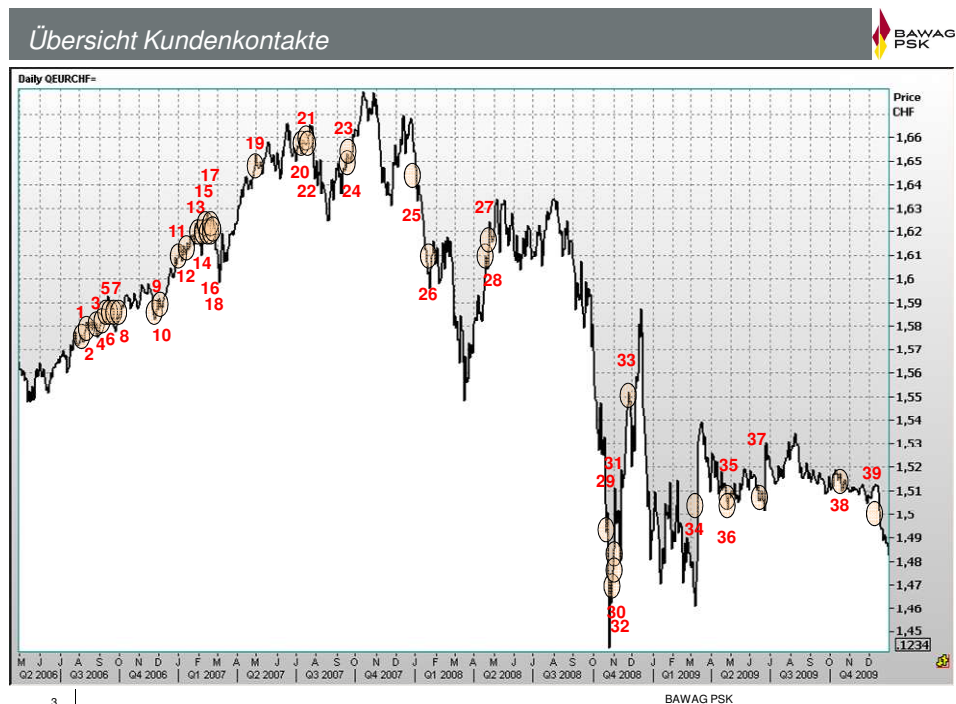
Valutadatum	Betrag in CHF
16.04.2007	698.831,25
15.10.2007	2.333.960,41
15.04.2008	2.815.972,74
15.10.2008	2.828.363,36
15.04.2009	1.464.662,44
	10.141.790,20

5.6.5 Bis ins Jahr 2010 hat die Stadt Linz zu keinem Zeitpunkt auch nur angedeutet, dass das Geschäft nicht gewollt sei; dies auch nach Vorliegen einer klar negativen Bewertung Anfang 2008 nicht. Daraus folgt aber: Selbst wenn die klagende Partei bei Geschäftsabschluss die Risikogeneignheit wirklich nicht verstanden haben sollte – was bestritten wird –, mit der ersten negativen Bewertung des SWAP II hat die Stadt Linz den Risikogehalt des SWAP II unzweifelhaft verstanden. Trotzdem hielt die Stadt Linz am SWAP II weiter fest.

5.6.6 Selbst während des Aufblühens der Weltwirtschaftskrise 2008, dem Zusammenbruch von Lehman Brothers, den eindeutigen Aussagen im Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16) und dem Schreiben vom

11.11.2008 an Mag. Penn und in Kopie an Finanzstadtrat Dr. Mayr samt Präsentation (negativer Bewertung von EUR -62 Mio) wollte die Stadt Linz den SWAP II weiterhin.

5.6.7 Im nachfolgenden Chart sind alle direkten Kundenkontakte zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz zum SWAP II vermerkt und werden in Bezug auf seine Bewertung über die Vertragslaufzeit hinweg abgebildet (vergleiche auch Beilage./ 75). Hier zeigt sich das Bemühen der BAWAG P.S.K. bis ins Jahr 2010, der Stadt Linz schadensmindernde Optionen aufzuzeigen.



Zusammenfassend zeigt sich: Die Stadt Linz hätte den SWAP II jederzeit umstrukturieren oder absichern können. Das ist aber nicht geschehen. Offenbar hoffte die Stadt Linz weiterhin auf eine Erholung des EUR/CHF-Kurses. *Ex post* ist auch denkbar, dass politische Faktoren im Kampf um Wählerstimmen ausschlaggebend waren. Fest steht jedenfalls Folgendes: Erst als die Stadt Linz – *ex post* – erkannte, dass die falschen Entscheidungen der Vergangenheit zu einer weiteren Verschlechterung der Bewertungen führten, entstand der Wunsch, das Geschäft unter den nunmehr auch in diesem Verfahren vorgebrachten Vorwänden "los zu werden". Dem schiebt der zivilrechtlich etablierte Grundsatz "**Pacta sunt servanda**" einen Riegel vor.

Beweis: Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);

Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011 (Beilage ./33);
Auszug Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom
15.5.2008 (Beilage ./14);
Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn
vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60);
Interner Aktenvermerk BAWAG P.S.K. vom 22.1.2007 (Beila-
ge ./71);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

**5.7 Die Stadt Linz als höchst professioneller Marktteilnehmer war voll auf-
geklärt – Sie verstand das Geschäft**

5.7.1 Die Stadt Linz präsentiert sich jetzt als unerfahrener, schutzbedürftiger ah-
nungsloser – ja wörtlich "leichtsinniger" – Marktteilnehmer, der nicht in der
Lage gewesen sein soll, das mit dem SWAP verbundene Risiko zu erken-
nen. Das ist falsch.

5.7.2 Die Stadt Linz ist ein professioneller Marktteilnehmer. Entsprechend ihrer
professionellen internen Organisation der Finanzverwaltung (sh Punkt 7.2)
pflachte die Stadt Linz Geschäftsbeziehungen zu zahlreichen nationalen wie
internationalen Banken und Finanzhäusern, darunter zB Sparkasse OÖ,
Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft, Bank Austria, No-
mura International (London), Merrill Lynch, JP Morgan usw. Sie bildete ihre
Meinung zu den Entwicklungen am Finanzmarkt – wie es für professionelle
Marktteilnehmer im Unterschied zu Privatkunden (Konsumenten) typisch
ist – durch umfassende Analysen, laufende Marktbeobachtung (etwa über
Reuters) und einen permanenten Dialog mit namhaften Finanzinstitutionen
und Beratungsunternehmen.

Zur Beobachtung von CHF/EUR Wechselkursrisiken hielt Mag. Penn bereits
am 14.10.2002 in diesem Sinne ausdrücklich fest:

***"Die Finanzverwaltung beobachtet die in diesem Zusammenhang
(nämlich mit den Wechselkursentwicklungen des Schweizer
Frankens und Zinsunterschieden zwischen Euro und Franken)
relevanten Märkte ständig und befasst sich auch mit den
Erwartungen verschiedenster Analysten. Die daraus abgeleiteten
Schlussfolgerungen können dem Finanzausschuss jederzeit zur
Kenntnis gebracht werden."***

Beweis: beizuschaffender Ermittlungsakt der StA Linz zu AZ 9 St 80/11z;
Artikel der "Kronen Zeitung" vom 1.8.2011 (Beilage ./10);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

5.7.3 Die Stadt Linz stufte sich auch gegenüber der beklagten Partei als professioneller Marktteilnehmer ein und lehnte demgemäß Beratungsleistungen durch die BAWAG P.S.K. ausdrücklich ab:

"Der Vertragspartner versichert, daß er über ausreichende Kenntnisse in den [...] Geschäften verfügt und mit den konkreten Risiken aus Einzelabschlüssen vertraut ist. Er schließt Einzelabschlüsse aufgrund seiner eigenen Entscheidung und nicht aufgrund einer Beratung der Bank ab. Der Vertragspartner wird der Bank vor Abschluß eines Geschäftes schriftlich mitteilen, wenn er im Einzelfall eine Beratung wünscht." (vgl § 12 Abs 7 des Rahmenvertrages 2006, Beilage ./1)

5.7.4 Finanzterminkontrakte können kompliziert sein. Das konkrete Geschäft, der SWAP II, war es nicht. Die Formel ist einfach: Sie hat eine einzige Variable, die täglich abrufbar ist. Es ist offenkundig, dass sie keinen Deckel vorsieht (einen Deckel gab es ja auch beim variablen Zinssatz der CHF-Anleihe nicht) und kennt auch sonst keine komplexen Zusätze. Sie ist – jedenfalls für einen Finanzexperten – leicht zu rechnen (sh vorne Punkt 4.9.3).

5.7.5 Sie wurde auch gut verstanden. Die verbale Beschreibung von Mag. Penn in seinen Berichten ist klar (vgl Beilage ./15.0; sh Zitat in Punkt 5.9.2).

5.7.6 Die Konditionen des SWAP II sind "Standard". Es handelte sich nicht um ein hochkompliziertes Produkt, wie zB den Swap, der zwischen der Stadt Linz und Nomura International plc abgeschlossen wurde (vgl dazu Beilage ./32), einen Spread-Ladder-Swap (ein solcher war Grundlage der BGH-E XI ZR 33/10; vgl dazu unter 20.3.1) oder ein Swaption-Rechtsgeschäft (wie es mehrfach von der Stadt Linz vor dem SWAP II abgeschlossen wurde; vgl dazu Beilage ./46). Der SWAP II war vielmehr ein sehr einfach strukturiertes Finanztermingeschäft, mit dem die Stadt Linz auch schon konkrete Erfahrung hatte.

5.7.7 Der Debt-Management Bericht (vgl Beilage ./15.0) und die im Zitat angesprochene Grafik zeigen, dass das Risiko des SWAP II nicht gecapped war – insbesondere zeigt die Grafik auch die Zahlungspflichten bei Überschreiten des historischen CHF-Höchststandes. Auf Caps (Absicherungs-

maßnahmen) hat die Stadt Linz – zu Gunsten des angestrebten Ertragspotentials – bewusst verzichtet.

5.7.8 Die Funktionsweise des SWAP II wurde sogar schon im Jahr 2006 auf Basis des Berichts vom 11.8.2006 (Beilage ./30) ausführlich erörtert (Beilage ./34, S 4).

5.7.9 Dazu kommt: Durch die laufenden, monatlichen Bewertungen (Beilage ./23) war der Stadt Linz konkret bewusst, wo der Wert des Geschäfts stand bzw wie der Markt das Geschäft (und damit auch das Risiko der Stadt Linz in absoluten Zahlen) bewertete. Damit war eine lückenlose Information gewährleistet. Die Stadt erhielt nicht bloß einen "Effektivzinssatz" o.ä. mitgeteilt, sondern einen absoluten leicht verstehbaren Wert, der stets aktuell gehalten und kommuniziert wurde.

Trotzdem hielt sie am Geschäft fest.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007 (Beilage ./15.0);
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilage ./23);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Swap-Geschäft zwischen Stadt Linz und NOMURA INTERNATIONAL plc vom 27.8.2008 (Beilage ./32);
Einstellungsantrag Mag. Penn vom 25.10.2011 (Beilage ./34);
Artikel der "Kronen Zeitung" vom 24.11.2011 (Beilage ./46);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Christoph Schulz, pA der beklagten Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

5.8 Keine Aufklärungsmängel – Beratungsverzicht

5.8.1 Die Klage unterstellt wiederholt "Aufklärungsmängel", sie verschweigt aber – an jeder Stelle des Sachverhalts – dass tatsächlich mehrfach auf Beratung verzichtet wurde (vgl zB § 12 Abs 7 des Rahmenvertrags 2006, Beilage ./1; S 3 f der Einzelabschlussbestätigung zu SWAP I, Beilage ./2; S 4 zweiter Absatz der Einzelabschlussbestätigung zu SWAP II, Beilagen ./3 und ./4; Bestätigung auf den Saldenbestätigungen 2008, Beilage ./55, Aktenvermerk BAWAG P.S.K. über einen Termin mit Mag. Penn vom 4.11.2008, Beilage ./54). Aufgrund der Professionalität, mit welcher die Stadt Linz am Finanzmarkt teilnahm (sh Punkt 5.7), war der Verzicht auf Beratungsleistungen auch absolut üblich.

- 5.8.2** Wie konstruiert die Argumentationslinie der klagenden Partei ist, verdeutlicht ihr Vorbringen in III. 2.1.4 der Klage, wo sie die Darstellung der historischen Kursentwicklung in Form eines Charts (hier: 6-Jahres-Chart des EUR/CHF-Kurses) wörtlich als eine "Ablenkung vom tatsächlichen Risiko" bzw eine "Beruhigung" des Adressaten anprangert.
- 5.8.3** Sie übersieht dabei offensichtlich, dass auch Banken keine Abbildung der künftigen Kursentwicklung vornehmen können und die Abbildung historischer Charts die übliche Form eines Risikohinweises darstellt. Jeder professionelle Marktteilnehmer wie die Stadt Linz weiß, dass keine Garantie besteht, dass sich die Zukunft so wie die Vergangenheit entwickelt. Diese Art der "*Beratung*" ist bei einem professionellen Marktteilnehmer, der in aller Regel keine Aufklärung oder Beratung wünscht, sondern – wie hier konkret – ausdrücklich ablehnt, unangebracht. Eine *ex ante* Aufklärung oder Beratung über künftige makroökonomische Ereignisse, wie Weltwirtschaftskrisen, oder die Subprime-Krise in den USA bzw die heutige "Eurokrise", wäre zwar wünschenswert, ist allen Marktteilnehmern aber gleichermaßen unmöglich.
- 5.8.4** Wenn die angebliche Beraterhaftung aus der Darstellung einer historischen Chart als "*Risikoverschleierung*" konstruiert werden muss, zeigt sich der Argumentationsnotstand der Stadt Linz. Es ist doch vielmehr so: Die historischen Charts verdeutlichen genau das Gegenteil: Die Stadt Linz wusste selbst ganz genau, dass sich der EUR/CHF-Kurs auch über seine historische Entwicklung hinaus verändern kann. Darauf hatte Mag. Penn in seinen Berichten auch ausdrücklich hingewiesen (sh vorne Punkt 4.14.5). Daher hatte die BAWAG P.S.K. ja auch immer wieder "Caps" zur Absicherung angeboten. Diese hätten den Ertrag für die Stadt Linz geschmälert und wurden daher nicht gewünscht.

Beweis: Gesprächsnotiz BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008 samt Präsentation (Beilage ./54);
 Konvolut Saldenbestätigungen (Beilage ./55);
 Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
 Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
 wie bisher.

5.9 Kein Cap vereinbart

- 5.9.1** Die Stadt Linz versucht, Mag. Penn unterzuschieben, dass er dem Finanzausschuss – falsch – von einer Deckelung des Risikos berichtet hätte. (Das beginnt mit einer – nicht nachvollziehbaren – Behauptung in III. 2.4.1 wonach die Aussage: "*Liegt der Wechselkurs darunter, so verringert sich der Abschlag entsprechend*", einen Cap bei Verlust des Abschlags impliziere und mündet in einer Fehldarstellung der Berichte von Mag. Penn an den Finanzausschuss zum SWAP II). Diese Berichte von Mag. Penn zeigen genau das Gegenteil.

- 5.9.2** In keinem der Debt-Management Berichte erwähnt Mag. Penn eine Begrenzung des Risikos im Sinne einer Deckelung (vgl. Beilagenkonvolut ./15); aus der eigenen Darstellung des SWAP II von Mag. Penn ist die Wirkungsweise des Swap-Geschäftes klar ersichtlich:

"Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs unter 1,54 [dem Strike] zahlt die Stadt einen Zinssatz entsprechend der obigen Grafik abzüglich des erhaltenen 6-Monats CHF-Libor."

Aus der Grafik selbst lassen sich die Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz bis zu einem EUR/CHF-Wechselkurs von 1,40 ablesen. Im Text und in der Grafik führt Mag. Penn jeweils den historischen Höchststand des CHF vom 21.9.2001 beispielhaft an; insbesondere die Grafik zeigt aber, dass die Zahlungsverpflichtung der Stadt Linz keinesfalls bei diesem – oder einem anderen – Wert mit einem Cap versehen ist. Auch wenn die Formel nicht ganz korrekt wiedergegeben ist – sie zeigt offensichtlich kein Cap. Das konnte auch Finanzstadtrat Dr. Mayr bzw. jedes vom Gemeinderat berufene Mitglied des Finanzausschusses selbst nachvollziehen.

Beweis: Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.4.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.10.2008;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 6.5.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 10.11.2009;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 20.5.2010;
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 11.11.2010
(Beilagenkonvolut ./15);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

- 5.9.3** Mag. Penn hatte schon in seinem Bericht vom 11.8.2006 (Beilage ./30, sh auch Punkt 4.14.5) darauf hingewiesen, dass eine Deckelung des Risikos auf Kosten der zu erwartenden Ergebnisse eines jeden Finanzgeschäftes gehen. Diese Kosten wurden beim SWAP II bewusst – gegen Risikoübernahme – ausgeschaltet.
- 5.9.4** Weder der Finanzausschuss, noch das Kontrollamt sind jemals von einem Cap (zur Absicherung) ausgegangen. Insbesondere ist davon auszugehen, dass das Kontrollamt den Vertragsinhalt des SWAP II tatsächlich geprüft hat. Es kann dort nicht ernsthaft behauptet werden, dass die Stadt Linz von einem gedeckelten Risiko ausgegangen ist bzw. ausgehen durfte. Die Formulierungen der Klage sind eine falsch – *ex post* – aufgestellte These.
- 5.9.5** Doch selbst wenn das Vorbringen der klagenden Partei stimmen sollte, Mag. Penn falsch berichtete und sich alle maßgeblichen Organe der Stadt Linz vom Finanzausschuss bis zum Kontrollamt von ihm täuschen ließen –

spätestens mit Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20) musste klar sein, dass der SWAP II kein Cap vorsah. In diesem Schreiben zeigte die beklagte Partei einerseits die aktuelle Bewertung des SWAP II mit -62 Mio auf, andererseits bot sie dort einen Cap bei ca 26 % Zinsen an. Dass der SWAP II zu diesem Zeitpunkt keinen Cap aufwies, versteht der Leser wohl auf den ersten Blick.

5.9.6 Es war also allen Beteiligten klar: Ein Cap reduziert das Risiko, aber gleichzeitig auch die Ertragschancen ("Cap kostet"). Diese Kosten wollte sich die Stadt Linz sparen. Der SWAP II war für die – auf Kostensenkung gerichtete – Optimierungsstrategie der Stadt Linz das gewünschte Geschäft. Im Hinblick auf die ständigen Restrukturierungs- und Auflösungsmöglichkeiten war das Risiko auch eingrenzbar. Damit eine derartige Optimierungsstrategie funktioniert, muss man aber einerseits den Markt laufend beobachten und andererseits reagieren, wenn Marktentwicklungen nach einer risikominimierenden Reaktion verlangen. Die klagende Partei beobachtete den Markt tatsächlich aktiv und wurde zusätzlich seitens der beklagten Partei regelmäßig über die Marktentwicklung des SWAP II informiert. Die klagende Partei hatte damit alle Voraussetzungen, um den SWAP II angemessen zu handhaben und Risiken bei Bedarf gegenzusteuern; – allein sie reagierte nicht.

5.9.7 **Zusammenfassend ist festzuhalten:** Die Stadt Linz war über die Möglichkeit des Erwerbs von Caps vor und auch nach Geschäftsabschluss informiert. Sie muss nun auch die Verantwortung für ihre Entscheidung, aus Kostengründen darauf zu verzichten, tragen.

Beweis: Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

5.10 **Einziges "Irrtum": Falsche Hoffnung auf eine Erholung des EUR/CHF – lange nach Geschäftsabschluss**

5.10.1 Die Analyse des Sachverhalts vor und nach Abschluss des SWAP II zeigt: Die klagende Partei war seitens der beklagten Partei – obwohl diese vertraglich nicht dazu verpflichtet war (vgl Beilage ./1) – voll über das Risiko des SWAP II aufgeklärt und erhielt zumindest monatlich Informationen zur aktuellen Markteinschätzung des SWAP II (Beilage ./23). So konnte sie laufend das sich zum Nachteil der Stadt Linz entwickelnde Risikoprofil des SWAP II mitverfolgen. Sie hat sehenden Auges die Entscheidung getroffen, den SWAP II einzugehen und am SWAP II festzuhalten – dies gilt für die Zeit vor der Wirtschaftskrise wie auch nach der Wirtschaftskrise. Und es gilt

für die Zeit vor Ansiehziehen der Gespräche mit der BAWAG P.S.K. durch den Bürgermeister Dr. Dobusch, wie auch danach.

- 5.10.2** Diese Entscheidung erfolgte auf Basis einer Markteinschätzung der Stadt Linz, welche – nach Eintritt der Weltwirtschaftskrise des Jahres 2008 – der allgemeinen Markteinschätzung und –entwicklung zuwiderlief. Diese stellte sich – *ex post* (zumindest bis dato) – als falsch heraus. Diese Fehleinschätzung der Stadt Linz lag aber gerade nicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor (Ein Wurzelmangel iSv Irrtum oder Wucher scheidet daher aus).
- 5.10.3** Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und auch noch Monate danach (sh Bewertungen in Beilage ./23) war das Geschäft vernünftig und keinesfalls "leichtsinnig". Vielmehr lagen derartige Geschäfte bei Gemeinden im Trend, waren marktüblich und entsprachen der allgemeinen Markteinschätzung vor der Weltwirtschaftskrise 2008, wonach mit steigenden Zinsen im CHF und damit mit höheren Kosten gerechnet wurde. Das Geschäft warf zu Beginn (der Markteinschätzung entsprechend) auch über die ersten 2 ½ Jahre saftige Gewinne für die Stadt Linz ab, ohne dass sie dafür Kapital einsetzen musste. Nicht der SWAP II oder seine Ausgestaltung sind für die negative Entwicklung des Geschäftes ursächlich, sondern die Entwicklung des CHF/EUR-Wechselkurses im Zuge der Weltwirtschaftskrise 2008 (sh so-gleich), gepaart mit der Untätigkeit der Stadt Linz.

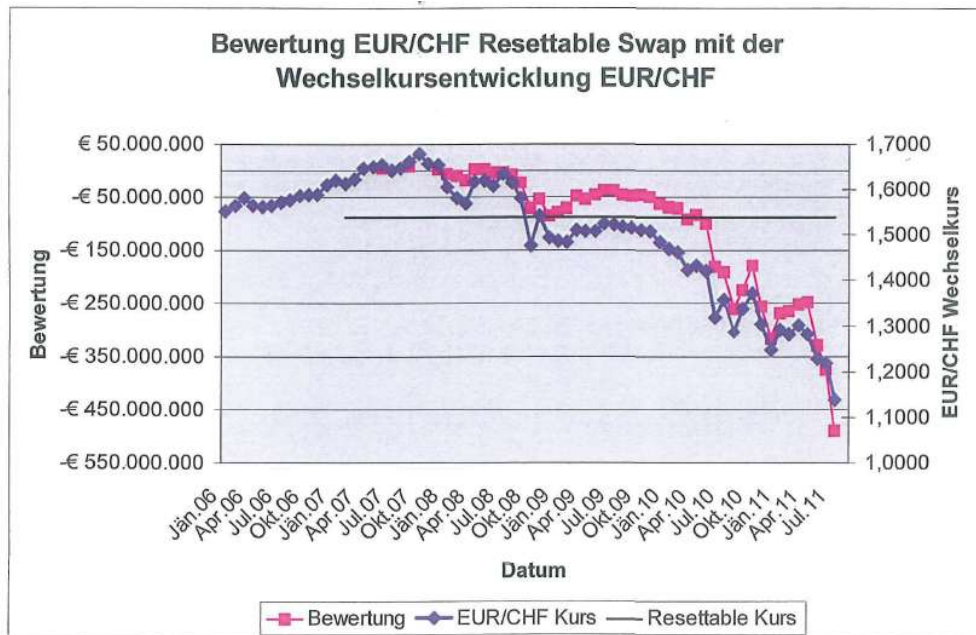
Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilage ./23);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

5.11 CHF-Entwicklung als wahre Ursache

- 5.11.1** Die klagende Partei unterstellt, dass der SWAP II schon im Zeitpunkt des Abschlusses unvorteilhaft gewesen und der eingetretene Verlust darauf zurückzuführen sei. Dies wird als unrichtig bestritten: Für die negative Marktbewertung ist zwar die EUR/CHF Kursentwicklung maßgeblich. Der Eintritt eines tatsächlichen Verlustes ist jedoch allein auf die unterlassene Reaktion der klagenden Partei auf die ungünstige EUR/CHF-Entwicklung anlässlich der Wirtschaftskrise 2008 zurückzuführen.
- 5.11.2** Die Bewertung des SWAP II macht seine Markteinschätzung zu bestimmten Zeitpunkten sichtbar. Im konkreten Fall waren vor allem die aktuelle Wechselkursrelation EUR zu CHF und die allgemeine Erwartung der Währungskursentwicklung – neben CHF-Libor und Laufzeit – maßgebliche Faktoren für die Bewertung des SWAP II.

Bei einer Negativbewertung ist klar, dass der Markt dauerhaft das Sinken des Euro gegenüber dem Franken erwartet; auch sind in absehbarer Zeit keine Netto-Cashflow-Zahlungen aus dem SWAP II zu erwarten, sobald der Strike unterschritten wird.

5.11.3 Der folgende Überblick verdeutlicht das enge Verhältnis der Bewertung des SWAP II zum EUR/CHF-Kurs:



Für die negative Entwicklung des SWAP II war somit – gemäß seiner Formel – die Entwicklung des EUR/CHF-Kurses ursächlich, keinesfalls ein ursprünglicher Nachteil des Geschäftes.

Dass es beim SWAP II tatsächlich zu einem Verlust gekommen ist, liegt jedoch nicht am EUR/CHF-Kurs. Für den entstandenen Schaden ist allein die klagende Partei verantwortlich: Sie hat es unterlassen, den SWAP II rechtzeitig zu restrukturieren oder entsprechend abzusichern oder aufzulösen, obwohl sie dazu spätestens seit 17.7.2007 ständig Gelegenheit hatte (sh Punkt 5.13) und sich des steigenden Risikos laufend bewusst war.

Beweis: wie bisher.

5.12 Finanzkrise als Paradigmenwechsel – Unvorhersehbarkeit im Jahr 2007

5.12.1 Die – von allen Beteiligten – unvorhergesehene CHF/EUR-Kursentwicklung hat einen dramatischen makroökonomischen Hintergrund, den die Stadt Linz offenbar ignoriert: die massive Erschütterung der Finanzwelt durch die Weltwirtschaftskrise des Jahres 2008.

- 5.12.2 Ohne Finanzkrise und in deren Gefolge ohne "Eurokrise", die heute noch andauert, hätten die Märkte niemals eine derart hohe Volatilität erreicht und wäre der EUR/CHF-Kurs auch nicht so stark gefallen. Der Grund, warum der SWAP I für die Stadt Linz ein großer finanzieller Erfolg war, der SWAP II sich aber in ein Verlustgeschäft wandelte, ist der Zeitverlauf und die – bei Geschäftsschluss unvorhersehbare – Entwicklung der Weltwirtschaft, gepaart mit der jahrelangen Untätigkeit der Stadt Linz. Niemand hat im Februar 2007 mit einer derartigen Erschütterung der Finanzwelt gerechnet. Der SWAP II ist von den Ereignissen der Finanzkrise 2008 eingeholt worden. Daraus lässt sich aber keine Haftung der BAWAG P.S.K. im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses – sozusagen rückwirkend – konstruieren.
- 5.12.3 Der Fehler liegt vielmehr in der Untätigkeit der Stadt Linz nach Eintreten der Finanzkrise bzw der ersten Anzeichen dieser durch die massiv negative Marktbewertung. Diese wurde der Stadt Linz monatlich kommuniziert (vgl Beilage ./23).
- 5.12.4 In dem Zusammenhang erscheint die Behauptung, dass Finanzausschussvorsitzender Finanzstadtrat Dr. Mayr nach Erhalt des Schreibens vom 11.11.2008 (Beilage ./20), das in rotem Fettdruck auf einen Minuswert von **EUR -62 Millionen** hinwies und "**zur Vorlage in Ihren Gremien**" übersandt wurde, einfach "zur Tagesordnung" übergang, in einem fragwürdigen Licht. Ua wird auch von Absicherungsmöglichkeiten bei einem Maximalzinssatz von **25,95 %** (!) gesprochen. Will der Vorsitzende des Finanzausschusses (sh auch sein CV, Beilage ./8) trotzdem nicht verstanden haben, dass das Geschäft in der abgeschlossenen Form – ohne diese Absicherung – ein unbegrenztes Risiko bedeutete?
- 5.12.5 Zu diesem Zeitpunkt, nach Insolvenz von Lehman Brothers, war selbst jeder Konsument höchst verunsichert und hatte ein Sturm auf die kleinen Sparguthaben begonnen, weil der Bürger um sein Erspartes fürchtete. Der Nationalrat sah sich gezwungen, am 20.10.2008 ein Bankenrettungspaket zu beschließen (Beilage ./44); nur durch diese ua Maßnahmen konnte eine weitere Ausweitung der Panik der Konsumenten verhindert werden. Allein Dr. Mayr will hingegen nach Durchsicht der – leicht verständlichen – Präsentationsunterlage ausschließlich Mag. Penns Aussage, dass "alles bestens" sei, zur Grundlage seiner Handlungsentscheidungen gemacht haben.
- 5.12.6 Falls sich der Sachverhalt tatsächlich in dieser fern jeder Verantwortung eines Finanzdirektors (mit einer 90-köpfigen Abteilung) und eines Finanzausschussvorsitzenden einer Stadt der Größenordnung der Stadt Linz (mit 3-stelligem Millionenbudget) zugetragen haben sollte, ist das nicht nur extrem erstaunlich und überraschend (und für den Vertragspartner nicht erahnbar), es ist auch rechtlich irrelevant: Die internen organisatorischen Versäumnisse der Stadt Linz können nicht dem Vertragspartner angelastet werden, da nach außen ein Anschein der Gültigkeit des Geschäfts bestand.

5.12.7 Vielmehr ist von Folgendem auszugehen: Der Gemeinderat wurde durch die Information des Finanzausschusses als für Finanzfragen zuständiger Ausschuss des Gemeinderats mit Schreiben vom 11.11.2008 (Beilage ./20) von der negativen Bewertung im Detail (sh Präsentationsunterlage) informiert. Dennoch hat er nicht gehandelt.

5.12.8 *Ex post* ist denkbar, dass gerade die Gemeinderatswahlen im Herbst 2009 Motivator für Unterlassungen seitens der Stadt Linz waren (sh oben Punkt 4.8.4). Das verringert das Verschuldensausmaß auf Seiten der Stadt Linz jedoch nicht.

Beweis: Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilage ./23);
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

5.13 Laufende Ausstiegsmöglichkeit – Mögliche Risikobegrenzung

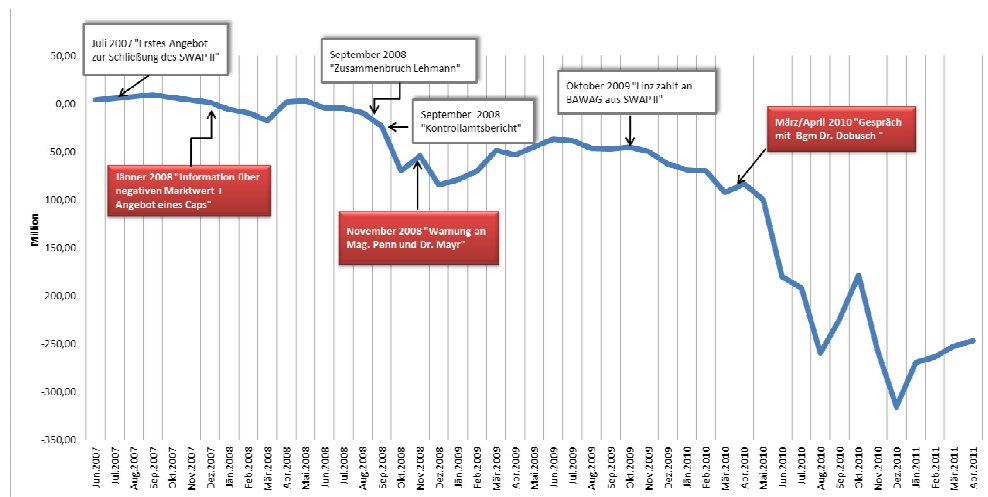
5.13.1 Die Stadt Linz bestreitet die laufende Ausstiegsmöglichkeit. Das ist falsch und wird schon anhand des vorzeitigen Schließens des SWAP I am 17.7.2007 und der Notiz der BAWAG P.S.K. zur Ablehnung des Schließens des SWAP II (Beilage ./75) widerlegt.

5.13.2 Richtig ist zwar, dass der Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1) kein Kündigungsrecht vorsah. Die BAWAG P.S.K. hat aber laufend einen jederzeitigen Ausstieg zu Marktpreisen angeboten. Die Stadt Linz hätte daher jederzeit aussteigen können. Sie hätte dazu ihren Ausstiegswunsch – wie beim SWAP I – einfach nur erklären müssen.

5.13.3 Damit hätte sie auch laufend ihr bestehendes Risiko begrenzen können. Durch die monatlich kommunizierten Bewertungen war die Stadt Linz über den Marktwert des SWAP II laufend aktuell informiert. Sie hatte auch jederzeit einen auf Mittelkursen berechneten Marktwert mitgeteilt erhalten. Warum sie den Ausstieg erst so spät beschlossen hat, kann die beklagte Partei nur vermuten.

5.13.4 Seitens der beklagten Partei wurden zahlreiche Bemühungen unternommen, das Risiko zu begrenzen; am 17.7.2007 bot die beklagte Partei der klagenden Partei erstmals eine Ausstiegsmöglichkeit an. Anfang 2008 wurde ein günstiger Cap zur Risikobegrenzung vorgestellt (sh Punkt 4.15). Es folgten zahlreiche weitere Angebote zum Ausstieg und/oder Umstrukturierung des SWAP II (siehe Chart in Punkt 5.6.7). Diese blieben jedoch seitens der klagenden Partei allesamt ungenutzt.

- 5.13.5** Fest steht jedenfalls, dass auch nach Übernahme der Gespräche mit dem Bürgermeister Anfang 2010 keine Änderung der Haltung der Stadt Linz eintrat. Weiterhin wurden die Restrukturierungs- oder Ausstiegsangebote zwar angehört. Eine Reaktion erfolgte aber nicht; dies auch nach intensiver Nachfrage nicht. Schließlich musste die beklagte Partei erkennen, dass ihr Bemühen fruchtlos war.
- 5.13.6** Das folgende Chart zeigt die Bewertung des SWAP II über die Laufzeit des Vertrages und eine Auswahl markanter Zeitpunkte. Hätte die Stadt Linz die Angebote der BAWAG P.S.K. zum Ausstieg fristgerecht angenommen oder die angeblichen Vertragsmängel aufgezeigt, so wäre der Schaden nie (oder noch bis 2010 in viel geringerer Form) entstanden.



- 5.13.7** Selbst wenn man also annehmen möchte, dass die Stadt Linz tatsächlich nur ein Absicherungsgeschäft und kein Optimierungsgeschäft wollte (was bestritten wird), dann hätte sie spätestens ab Anfang 2008 (ab der Kommunikation über die negative Marktbewertung, vgl. Beilage ./19) aus dem Geschäft aussteigen müssen. Noch mehr gilt das nach dem Kollaps von Lehman Brothers bzw. Vorliegen der massiv ins Minus gerutschten Marktbewertung des SWAP II (Beilage ./20, sh. oben Punkt 4.15). Der größte Teil des Schadens ist tatsächlich erst 2010 eingetreten. Ebenso verhält es sich, wenn die notwendige Genehmigung der Gremien tatsächlich nicht vorgelegen haben sollte und das Geschäft auch nicht aufgrund des Anscheins einer Genehmigung wirksam ist (was bestritten wird): In diesem Fall hat die Stadt Linz jenen Schaden, der ab spätestens Anfang 2008 eingetreten ist, ausschließlich selbst zu verantworten. Dieser ist ihr im Hinblick auf ihre grob verschuldete Verletzung der Aufklärungspflicht – als vor- und nachvertragliche Pflicht – alleine anzulasten und von ihr zu tragen. Dabei ist *ex post* nicht auszuschließen, dass die Stadt Linz sogar mit Vorsatz gehandelt hat.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
E-Mail der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 7.1.2008
(Beilage ./19);
Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom
11.11.2008 (Beilage ./20);
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des
SWAP II" (Beilage ./23);
Zeugin Iris Sahinoglu, pA der beklagten Partei;
Zeuge Herbert Auer, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mario Tieff, pA der beklagten Partei;
Zeuge Mag. Werner Penn, pA der klagenden Partei;
Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr als Partei;
wie bisher.

6. IRREFÜHRENDE BEGRIFFE

6.1 "Eigentliche Struktur" des SWAP II

- 6.1.1** Die klagende Partei behauptet, dass im SWAP II "*zwanzig halbjährlich fällige Optionen auf den Wechselkurs EUR/CHF*" versteckt seien (vgl zB VI 1.3.3. der Klage). Dieses Vorbringen ist falsch und wird bestritten:
- 6.1.2** Es scheint, als ob die klagende Partei in der Tatsache, dass halbjährlich Zahlungen aus dem SWAP II fällig werden (insgesamt 20 Zahlungen), die von ihr inkriminierten "20 Währungsoptionen" erblickt. Sie zerlegt damit den SWAP II, der ein einheitliches Rechtsgeschäft ist, in gekünstelter Weise in die darunter zu leistenden Zahlungen, spricht sodann alarmiert von "20 Währungsoptionen", über die nicht aufgeklärt worden sei, und lässt dabei ganz außer Acht, dass allein diese von ihr vorgenommene Aufspaltung den SWAP II kompliziert erscheinen lässt. Die Formel des SWAP II hingegen, wonach sich für beide Teile die übernommene Zahlungsverpflichtung errechnet, ist denkbar einfach gestaltet und enthält keine "versteckte" Variable oder dergleichen; nicht einmal die klagende Partei behauptet, dass die Formel kompliziert sei. Die Formel versteckt auch nichts. Sie bildet zukünftige wechselseitige Zinszahlungspflichten ab – und nur das war Inhalt des verfahrensgegenständlichen Geschäftes. Im Gegenteil: Eine Darstellung im Sinne der von der klagenden Partei behaupteten "20 Währungsoptionen" wäre für einen Anleger bei weitem intransparenter als die leicht zu rechnende Formel des SWAP II.
- 6.1.3** Im Übrigen ist das Vorbringen der klagenden Partei auch rechtlich unhaltbar: Ein Swap stellt keine Ansammlung von Optionsgeschäften dar. Bei Optionen wird einer Vertragspartei das Recht gewährt, zu einem bestimmten Zeitpunkt gegen eine vorausbestimmte Gegenleistung vom anderen Vertragspartnern die Erfüllung der vereinbarten Leistung zu verlangen. Es trifft die Vertragspartei aber keine Pflicht dazu (siehe *Saria* in

Brandl/Saria, Wertpapieraufsichtsgesetz § 1 Rz 14). Beim SWAP II war aber genau das der Fall: Die Stadt Linz und die BAWAG P.S.K. hatten festgelegte Rechte und Pflichten, keine Wahlrechte. Es fehlt bei beiden Vertragsparteien somit das diskretionäre Element, das Optionen zwingend kennzeichnet.

- 6.1.4** Vielleicht verwechselt die klagende Partei die Beschreibung der Struktur und Wirkungsweise des SWAP II mit den finanzmathematischen Methoden, die zur Bestimmung seines Wertes herangezogen werden – dort allerdings nur hilfsweise, um künftige ungewisse Ereignisse bewerten zu können; mit der Beurteilung der Wirkungsweise des SWAP II hat dies jedenfalls nichts zu tun und wäre als Information nicht verwertbar. Solche finanzmathematischen Feinheiten wären allenfalls für ausgebildete Wirtschaftsmathematiker von Interesse gewesen.

Beweis: wie bisher.

6.2 Kreditlinien – Interne Obligi sind irrelevant, kein Spekulationskredit

- 6.2.1** Die Behauptungen der Stadt Linz, die BAWAG P.S.K. habe der Stadt Linz einseitig Kredite eingeräumt und dadurch das Risiko der Stadt Linz einseitig erhöht, sind unrichtig. Der Stadt Linz wurden im Zusammenhang mit dem SWAP II zu keinem Zeitpunkt zusätzliche Kredite (Zahlungsmittel oder Haftungen) von der BAWAG P.S.K. eingeräumt, geschweige denn bestehende ausgeweitet. Ein Kreditvertrag zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz, der dazu erforderlich gewesen wäre (vgl nur *Schubert in Rummel*, ABGB³ Vor § 983 Rz 1), lag nie vor.

- 6.2.2** Bei der von der Stadt Linz monierten Einräumung eines Derivativlimits (vgl VI. 7.5.4 sowie III. 2.8 der Klage der Stadt Linz) handelte es sich um ein rein bankinternes Vorgehen, wozu die BAWAG P.S.K. aufgrund § 39 BWG verpflichtet ist. Die BAWAG P.S.K. ist zum Umgang mit ihrem bankgeschäftlichen und bankbetrieblichen Risiko zur Implementierung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagementsystems verpflichtet (vgl *Höllerer/Puhm in Dellinger*, BWG § 39 Rz 44). Teil eines solchen Risikomanagementsystems ist die Risikoüberwachung. Die Risikoüberwachung hat zum einen dafür zu sorgen, dass der BAWAG P.S.K. das Ausmaß der Risiken ausreichend bekannt ist, und soll zum anderen gewährleisten, dass die Risikosituation des Kreditinstituts jederzeit mit dessen Risikostrategie vereinbar ist. Im Bereich der quantifizierbaren Risiken (zu denen auch die abschätzbaren Risiken aus Rechtsgeschäften zählen) steht dabei die Einhaltung der innerbetrieblichen Vorgaben (Limite, Kompetenzregelungen) im Mittelpunkt (vgl *Höllerer/Puhm in Dellinger*, BWG § 39 Rz 46),

- 6.2.3** Bei der Einräumung des Derivativlimits handelte es sich genau um eine solche innerbetriebliche Vorgabe, wodurch das mit dem SWAP II

verbundene (mögliche) Risiko zu Kontrollzwecken zunächst mit EUR 10 Mio angesetzt wurde. In weiterer Folge musste aufgrund der Verschlechterung des CHF/EUR-Wechselkurses (zu Lasten der Stadt Linz) das mit dem SWAP II verbundene (mögliche) Risiko nach den Regeln eines wirksamen Risikomanagementsystems höher bewertet werden. Daher kam es vorsorglich zu einer Ausweitung des Derivatlimits.

- 6.2.4** Mit der Einräumung oder Erweiterung eines Kredits haben diese Vorgänge nichts zu tun. Das Risiko der Stadt Linz ergab sich alleine aus dem SWAP II; das bankinterne Risikomanagement bildete dieses zu Zwecken der Risikosteuerung ab. Über diese rein bankinternen Vorgänge musste die BAWAG P.S.K. die Stadt Linz nicht aufklären.
- 6.2.5** Im vorliegenden Fall bestand nicht das geringste Aufklärungsdefizit gegenüber der Stadt Linz. Tatsächlich war der Informationsstand auf Seiten der Stadt Linz deutlich besser als die Kommunikation von internen Kreditobligi jemals hätte vermitteln können. Die Stadt Linz war laufend und zeitnah über die Wertentwicklung des SWAP II informiert.
- 6.2.6** Im gegenständlichen Fall war der Kunde sogar mit einem in Ziffern, dh einem Absolutbetrag, ausgedrückten Marktwert monatlich (!) über die Bewertung und die Entwicklung seines Produkts informiert. Dh, die Stadt Linz war viel genauer über die konkrete Wertentwicklung des von ihr erworbenen Produktes informiert, als das der typische Marktteilnehmer idR ist. Die Marktbewertungen zeigten punktgenau das jeweilige Risiko auf (zum Hintergrund und zur Grundlage der Bewertung des SWAP II sh oben Punkt **Error! Reference source not found.**).
- 6.2.7** Zudem ist die Kausalität – der unterlassenen Kommunikation bankinterner Vorgänge – im konkreten Fall zu bestreiten. Selbst wenn die Stadt Linz alle internen Überlegungen zur Erweiterung der Kreditobligi gekannt hätte, hätte das keine Änderung ihres Verhaltens bewirkt, denn selbst die betragsmäßig alarmierenden Marktbewertungen haben keine Änderung nach sich gezogen. Wenn aber die negativen Marktbewertungen kein Handeln bewirkten, wieso sollten das die internen Linien der Bank? Ganz offensichtlich handelt es sich bei diesem Argument um eine weitere *ex post* konstruierte These der Stadt Linz.
- 6.2.8** Besonders konstruiert ist die Behauptung in III. 2.6.5 der Klage, es handle sich – durch Verzicht auf eine Sicherheitsleistung – "materiell betrachtet" um einen "reinen Spekulationskredit". Hier ist nochmals zu erinnern: **Es wurde kein Kredit gewährt.** Die Stadt Linz hat von der BAWAG P.S.K. kein Kapital erhalten. Sie hat sich auch nicht für die Hingabe von Kapital verpflichtet, Zinsen zu bezahlen. Vielmehr wurden Zahlungsverpflichtungen **getauscht**. Da aber kein Kredit gewährt wurde, kann dieser auch kein "Spekulationskredit" sein, dies weder "materiell" noch "formell" noch sonst wie betrachtet. Das ist eine konstruierte Theorie, mit der die klagende Partei eine aufsichts-

rechtliche Genehmigungspflicht herbeiwünscht. Diese lässt sich *de lege lata* aber nicht begründen (sh dazu unten Punkt 9.4.2).

Beweis: wie bisher.

6.3 "Exotisches" Produkt?

6.3.1 Die Stadt Linz verwendet in ihrer Klage in Zusammenhang mit dem SWAP II regelmäßig den Begriff "*exotisch*". Sie versucht sich dabei den – im Zuge der Finanzkrise entstandenen – negativen Beigeschmack des Begriffs im allgemeinen Sprachgebrauch zu Nutze zu machen. Die klagende Partei übersieht aber, dass es sich hier um einen wirtschaftswissenschaftlichen Begriff handelt, unter welchen nach gängiger Definition alle Swapgeschäfte mit Ausnahme des Plain Vanilla Swap fallen (vgl zB *Beike/Barckow*, Risk-Management mit Finanzderivaten³, 43). Allein die Tatsache, dass ein Finanzprodukt aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht unter diese Kategorie fällt, sagt also in Wahrheit gar nichts aus, insbesondere nichts über sein Risikopotential oder seine (Markt-)Üblichkeit.

6.3.2 Unhaltbar ist die Behauptung der klagenden Partei, der SWAP II habe auf die CHF-Anleihe der Stadt Linz "*unmittelbar*" eingewirkt (vgl III. 3. der Klage). Richtig ist, dass der SWAP II der Optimierung der variablen Zinsenlast aus der CHF-Anleihe diene; die CHF-Anleihe der Stadt Linz war aber ein vom SWAP II verschiedenes (Bündel von) Rechtsgeschäft(en) ohne jede vertragliche Einbindung der beklagten Partei. Die vertragliche Ausgestaltung und Risikostruktur der CHF-Anleihe blieben folglich vom SWAP II unberührt und waren der BAWAG P.S.K. auch gar nicht bekannt.

6.3.3 An dieser Stelle beklagt die klagende Partei auch das Währungsrisiko der CHF-Anleihe selbst und versucht dieses Risiko mit dem SWAP II in Verbindung zu bringen und die beklagte Partei gleichsam dafür verantwortlich zu machen. Dieses Vorbringen ist unhaltbar: Bei der CHF-Anleihe der Stadt Linz bestand und besteht nach wie vor ein ebenfalls unbegrenztes Wechselkursrisiko: ungünstige Entwicklungen des CHF/EUR-Kurses führen zu höheren – ungedeckten – Finanzierungskosten der Stadt Linz in Bezug auf die CHF-Anleihe. Dieses Risiko bestand aber bereits vor Abschluss des SWAP II und besteht auch nach wie vor, weil es keinen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem unbegrenzten Risiko der CHF-Anleihe und dem SWAP II gibt.

Beweis: wie bisher.

6.4 Marginpflicht – kein Nachteil für die Stadt Linz

6.4.1 Eine Sicherheitsleistung war im Hinblick auf die hervorragende Bonität der Stadt Linz – zu ihrem Vorteil – vertraglich nicht vereinbart. Denn bei vereinbarten Sicherheiten hätte sie den negativen Marktwert laufend mit der Hinterlegung von (baren) Sicherheiten bei der BAWAG P.S.K. ausgleichen müssen.

6.4.2 Im Übrigen wird auf das Vorbringen in 20.4. verwiesen.

Beweis: wie bisher.

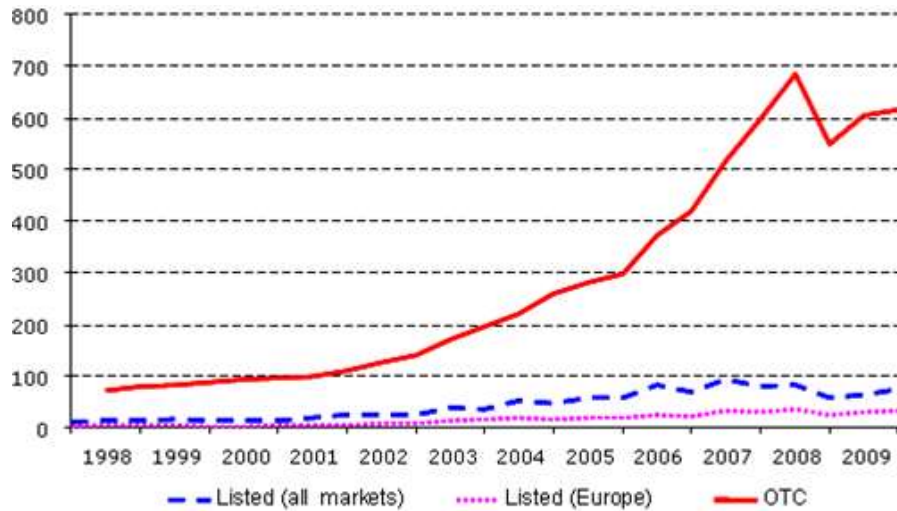
6.5 OTC-Produkt – Gängige Geschäftsform

6.5.1 Einigermaßen verwunderlich ist, dass die Klägerin der BAWAG P.S.K. vorzuwerfen versucht, sie habe der Stadt Linz ein OTC-Produkt angeboten, um sich dadurch einen Vorteil auf Kosten der Stadt Linz zu verschaffen. Sie versucht dabei dem "OTC-Geschäft" einen negativen Charakter beizumessen. Das ist absurd.

6.5.2 Eine wichtige Ergänzung zum Börsehandel – und bezüglich des Volumens auch wesentlich bedeutender – ist der außerbörsliche Handel (**over the counter** oder **OTC**), ein Begriff, der seinen Ursprung in den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts hat, als Aktien noch am Bankschalter gekauft wurden - vgl *Wood, Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*² Rz 11-001), bei dem **individuelle Kontrakte** direkt zwischen den Marktteilnehmern via Telefon oder Computer gehandelt werden.

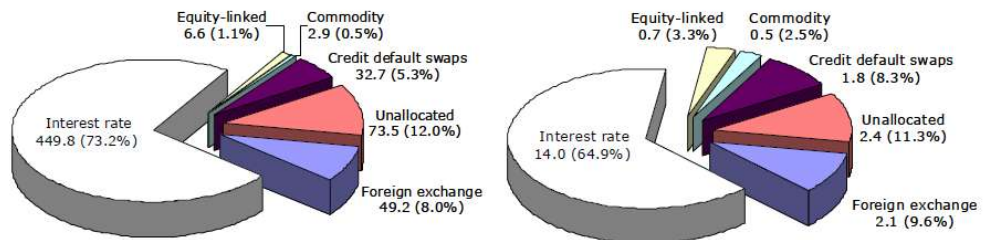
Der OTC-Derivatemarkt beträgt knapp 615 Billionen US-Dollar und macht damit ungefähr **80 % des Gesamtderivatemarktes** aus (diese Schätzung der Europäischen Kommission bezieht sich auf den Nominalwert Ende Dezember 2009; vgl *European Commission, Commission staff working document – Impact assessment accompanying document to the proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories, SEC (2010) 1058/2, 11*).

Zur Veranschaulichung des kontinuierlichen Anstiegs der Bedeutung des OTC-Derivatemarkts vgl die nachstehende Grafik der Europäischen Kommission (*European Commission SEC (2010) 1058/2, 12*). Dabei wird der Nominalwert der außerbörslich gehandelten Derivate dem Nominalwert der (weltweit bzw in Europa) börslich gehandelten Derivate (für den Zeitraum von 1998 – 2009) gegenübergestellt:



Zinsswaps sind im OTC-Bereich das Produkt mit dem größten Volumen; Währungsswaps jenes mit dem zweitgrößten (vgl. *Läger/Schlosser in Zerey, Finanzderivate*² § 2 Rz 1). Dies zeigt die nachstehende Grafik (vgl. *European Commission SEC (2010) 1058/2, 13*):

Figure 2: OTC derivative market segments notional amounts outstanding (left) and gross market values (right); \$ trillion (% of total), December 2009



Source: BIS

Der Handel am OTC-Markt bietet den Vorteil, dass die abgeschlossenen Verträge keiner Standardisierung unterliegen und deshalb frei auf Parteienbedürfnisse zugeschnitten werden können. OTC-Transaktionen eröffnen daher wesentlich breitere und unternehmensspezifischere Optimierungsmöglichkeiten im Gegensatz zu Börsengeschäften.

6.5.3 Genau diesen Vorteil machte sich die Stadt Linz zu Nutzen. Sie ist mit einem spezifischen Optimierungswunsch an die BAWAG P.S.K. herangetreten, dem durch ein an der Börse gehandeltes Produkt nicht hätte entsprechen werden können. Vielmehr kam nur ein – nach den Vorgaben der Stadt Linz – maßgeschneidertes OTC-Produkt (der SWAP II) in Frage.

6.5.4 Mit anderen Worten: Die BAWAG P.S.K. bemühte sich lediglich, den Vorgaben der Stadt Linz zu entsprechen; dass ein börsengehandeltes Produkt hierfür nicht tauglich war, war der Stadt Linz bekannt. Die Vorhalte der Stadt Linz, wonach ein OTC Produkt "*ein signifikantes Mißbrauchspotential*" berge, ein "*immanenter Interessenskonflikt*" bestehe, dieses "*für die eine oder andere Seite günstig sei*", je nach Marktniveau etc, sind falsche Allgemeinplätze, die sich nicht mit der Realität in Einklang bringen lassen. Vielmehr wird die überwiegende Mehrzahl aller Derivate individualisiert abgeschlossen (in der Diktion der Stadt Linz: "OTC"). Das Volumen des Derivatmarkts zeigt, dass die Vorhalte der Stadt Linz verfehlt sind, weil sich ansonsten kein so großer Markt für OTC-Derivate hätte entwickeln können.

Beweis: wie bisher.

6.6 Stillhalter – keine Relevanz der Richtlinien des österreichischen Gemeindebundes 2009

6.6.1 Auch wenn sich die klagende Partei bemüht, den Begriff "Stillhalter" in ihrer Klage wiederholt zu bemühen, so geht die Argumentation doch ins Leere, weil die Stadt Linz nicht Mitglied des Gemeindebundes ist. Sie gehört vielmehr – wie alle Landeshauptstädte und nahezu alle Städte mit mehr als 10.000 Einwohnern – dem Städtebund an.

6.6.2 Mitglieder des Gemeindebundes und damit Adressaten der gegenständlichen Richtlinien (vgl Beilage :/82) sind vielmehr Kleinstgemeinden mit einer durchschnittlichen Einwohnerzahl von rund 2.500 Einwohnern (dies ergibt sich aus den Angaben auf der Homepage des Gemeindebundes, wonach zu den Mitgliedern seiner Landesverbände 2.345 österreichische Gemeinden zählen, die 70% der österreichischen Bevölkerung von insgesamt rund 8,4 Millionen repräsentieren). Das durchschnittliche Mitglied des Gemeindebundes, für die diese Richtlinien des Gemeindebundes gedacht sind, hat weniger Einwohner als die Stadt Linz Mitarbeiter (rund 2.700 – sh dazu unten Punkt 7.2). Die Adressaten der gegenständlichen Richtlinien sind mit der Stadt Linz mit ihrem professionellen Verwaltungsapparat nicht vergleichbar, sondern haben in den meisten Fällen nur eine Handvoll Mitarbeiter (vgl Beilagenkonvolut ./51).

6.6.3 Die gegenständlichen Richtlinien wären überdies irrelevant, weil sie erst im Jahr 2009 – aus Anlass der Finanzkrise des Jahres 2008 – und damit lange nach Abschluss des SWAP II veröffentlicht wurden. Die Einleitung beginnt mit den Worten:

"Der 15.9.2008 war für die Weltwirtschaft ein bedeutender Tag. An diesem Tag brach die US-Investmentbank Lehman Borthers zusammen und löste zuerst eine weltweite Finanzkrise in weiterer Folge eine dramatische Wirtschaftskrise aus. Anlageprodukte, die

über viele Jahre bestes Rating hatten und als sicher galten, mussten nun in Frage gestellt oder abgewertet werden".

Das was jahrelang gegolten hatte, galt Ende 2008 nicht mehr. Diese Richtlinien konnten daher bei Geschäftsabschluss im Jahr 2007 naturgemäß nicht beachtet werden.

- 6.6.4** Zudem handelt es sich bei diesen Richtlinien um "unverbindliche Empfehlungen" und nicht um eine verbindliche Rechtsvorschrift.
- 6.6.5** Schließlich ist der SWAP II aus zivilrechtlicher Sicht kein Optionsgeschäft. Keine der Vertragsparteien hatte ein dem Optionsgeschäft immanentes Wahlrecht. Der Struktur nach handelt es sich um ein dem Tausch ähnliches Geschäft. Es mag gedanklich in einzelne Komponenten (Zinsswap, Fremdwahrungsoptionen etc) zerlegt werden können: Dies ist aber eine finanzmathematische Konstruktion ua zur Bewertung und bankinternen Darstellung von Swap-Geschäften (vgl im Detail Beilage ./26, S 5 f; oben 6.1). Für die zivilrechtliche Beurteilung des Geschäftes und des damit verbundenen Risikos ist diese Zerlegung jedoch nicht maßgeblich. Das Risiko ergibt sich allein aus der (einfachen) Formel des SWAP II (sh Punkt 6.1).

Beweis: Auszug aus www.gemeindebund.at und www.staedtbund.gv.at (Beilage ./51);
Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden (Beilage ./25);
wie bisher.

7. ORGANISATIONSRECHTLICHE STRUKTUREN DER STADT LINZ

7.1 Wirtschaftliche Grundlegung: Kommunales Schuldenmanagement ("Debt-Management") als Teil der professionellen Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz

7.1.1 Auf Grundlage des Gemeinderatsbeschlusses 2004 war Mag. Penn im Rahmen und als Teil des "Schuldenmanagements" der Stadt Linz mit einem eingeschränkten Tätigkeitsbereich betraut, der lediglich die "*Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios*" erfasste. Damit sollte die FVV in die Lage versetzt werden, im Interesse der Stadt Linz schnell – wie jeder andere Portfoliomanager – auf rasch wechselnde Marktgegebenheiten reagieren zu können.

7.1.2 Im vorliegenden Fall geht es für das Handeln der Stadt Linz und ihrer verschiedenen Organe somit zentral um das "*Debt-Management*" (deutsch "*Schuldenmanagement*") der Stadt Linz, auf das sich sowohl der Amtsbericht vom 13.5.2004 (Beilage ./62) betreffend den Gemeinderatsbeschluss 2004 (Beilage ./11) als auch die Beurkundung dieses Beschlusses sowie zahlreiche weitere gemeindeinterne Schriftstücke

zum SWAP II (einschließlich der entsprechenden Berichte an den Finanzausschuss des Gemeinderates) ausdrücklich und unzweideutig beziehen.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
 Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13.5.2004 (Beilage ./62);
 wie bisher.

- 7.1.3** Das Schuldenmanagement ist ein besonderer Teil der kommunalen Finanzverwaltung: "Mit Schuldenmanagement (auch: Zins- und Schuldenmanagement) soll das im Haushaltsplan vorgesehene Kreditvolumen termingerecht und zu marktgerechten Bedingungen beschafft werden. Marktgerecht bedeutet, dass der Zinsaufwand langfristig minimiert und gleichzeitig das Zinsrisiko begrenzt wird. Durch Schuldenmanagement wird das Schuldenportfolio entsprechend strukturiert. Nicht zum Schuldenmanagement gehört die Verringerung der Schulden insgesamt, denn dies ist eine Angelegenheit der mittel- und langfristigen Haushaltsplanung und Haushaltsführung." (Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement – KGSt unter <http://www.kgst.de/themen/finanzmanagement/betriebswirtschaftliche-instrumente-und-methoden/schuldenmanagement.dot> / Stand 20.11.2011). Die für das Schuldenmanagement verantwortliche Stelle der Stadt Linz agiert in diesem Fall nicht anders als ein Portfoliomanager – sie verwaltet allerdings Verbindlichkeiten, so wie dies auf Bundesebene für Aufgaben der Österreichischen Bundesfinanzierungsagentur in § 2 Abs 1 Bundesfinanzierungsgesetz im Verfassungsrang festgeschrieben ist.
- 7.1.4** Im verfahrensgegenständlichen Zeitraum war der Einsatz derivativer Instrumente mit dem Ziel des kommunalen Schuldenmanagements eine Selbstverständlichkeit (vgl in diesem Zusammenhang auch die Hinweise des Linzer Magistratsdirektors auf die Bedeutung des aktiven Finanzmanagements und der Fremdwährungskredite in der kommunalen Praxis in *Wolny/Rader*, 11. Teil, Gemeindefinanzen Rz 132, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]). Ein in Österreich viel beachtetes "Schulbeispiel" war die Stadt Salzburg, die bereits 2002 ein Projekt "Zinsmanagement" gestartet und in der Folge eine Reihe von derivativen Instrumenten aufgrund eines Rahmenvertrages mit einer Bank abgeschlossen hatte (siehe insbesondere *Pötzelberger*, Schuldenmanagement in der Kommunalverwaltung. Möglichkeiten der Zinseinsparung an einem Musterbeispiel, RFG 2004/30). Unter einer Vielzahl von Vorteilen von Zinsswaps wurde regelmäßig hervorgehoben, dass "*bestehende Darlehen optimiert werden [können], ohne diese zu kündigen*"; auf "*unkomplizierte Art und Weise*" lasse sich bei flexiblen Einsatzmöglichkeiten "*ein ähnliches Ergebnis wie durch eine Darlehensumschuldung erreichen, ohne dass ein Ausschreibungsverfahren notwendig wäre. Weiters fallen bei Zinsswaps weder Pönalien noch Rechtsgeschäftsgebühren an*"; hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Instrumente wurde festgehalten, dass sich

eine "Vielzahl verschiedenster Varianten" anbiete (Zitate aus *Mader/Pyka*, Umschuldungspraxis – Varianten und Instrumente. Möglichkeiten zur Verbesserung von Finanzierungsbedingungen, RFG 2004/10). Sodann fielen bei Zinsswaps naturgemäß weder Darlehensvertragsgebühren (§ 33 TP 8 Gebührengesetz 1957 idF vor BGBl I 2010/111) noch Kreditvertragsgebühren (§ 33 TP 19 leg cit) an.

7.1.5 Die Stadt Linz verfügt seit langem über eine höchst professionelle Gemeindeverwaltung, deren Mitglieder mit allen wesentlichen Aspekten der Finanzverwaltung von Gemeinden auf praktischer und akademischer Ebene bestens vertraut sind (vgl dazu bspw die umfangreiche und detaillierte Kommentierung gemeinderechtlicher, haushaltsrechtlicher und wirtschaftlicher Fragestellungen der österreichischen Kommunen in dem von zwei führenden Linzer Magistratsbeamten mit herausgegebenen und bearbeiteten Standardwerk *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]). Nicht zuletzt aus diesem Grund gilt der Linzer Magistrat als eine der fortschrittlichsten und innovativsten Stadtverwaltungen in Österreich (so http://www.linz.at/politik_verwaltung/6345.asp?style=print, Stand 11.11.2011). Insbesondere verfügten und verfügen führende Organe und Magistratsmitarbeiter der Stadt Linz über jahrzehntelange Erfahrung in der Handhabung von Fremdwährungsausleihungen und dem damit verbundenen Schuldenmanagement als wesentliche kommunale Aufgaben des Finanzmanagements.

7.1.6 Die mit Fremdwährungsausleihungen verbundenen Risiken, die im Zuge eines aktiven Schuldenmanagements strukturiert werden sollen, waren und sind den handelnden Personen der Stadt Linz voll bewusst. So weisen etwa *Klug* und *Schmid* im Jahr 2011 ausdrücklich (und zutreffend) darauf hin, dass CHF-Fremdwährungsdarlehen aufgrund des Zinsvorteils lange Zeit eine "prinzipielle Attraktivität" genossen; aufgrund der Aufwertung des CHF gegenüber dem EUR im Rahmen der (seit 2008 allgemein bekannten) Finanz- und Wirtschaftskrise seien Fremdwährungsdarlehen allerdings "neu zu beurteilen" (*Klug/Schmid*, 11. Teil, Gemeindefinanzen Rz 140, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2011]; bei Herrn Klug handelt es sich um den Kontrollamtsdirektor und bei Herrn Dr. Schmid um den jetzigen Stadtkämmerer der Stadt Linz).

Beweis: wie bisher.

7.2 Organisatorische Strukturen des professionellen Finanz- und Schuldenmanagements sowie der Gebarungskontrolle der Stadt Linz

7.2.1 Es handelt sich bei der Stadt Linz nicht um eine x-beliebige Kleingemeinde. Mit rund 180.000 Einwohnern und einer Stadtverwaltung mit rund 2.700 Mitarbeitern ist sie eine der größten Städte Österreichs mit einem professionellen Finanzmanagement (vgl dazu etwa *Wolny/Schmid*, 13. Teil, Gemeindliches Haushalts- und Rechnungswesen, in

Klug/Oberndorfer/Wolny [Hrsg], Gemeinderecht [2008];
http://www.linz.at/politik_verwaltung/6345.asp?style=print, Stand
11.11.2011).

Sie verfügte (und verfügt) über ein äußerst kompetent und straff organisiertes Finanzmanagement mit entsprechenden Kontrollorganen:

- 7.2.2** Das Finanzmanagement der Stadt Linz war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (und ist nach wie vor) in ähnlicher Weise organisiert wie das eines Großunternehmens (vgl. Beilage ./7): Mit der FVV war unter der Leitung von Mag. Penn bereits 2007 eine eigene, hoch spezialisierte Geschäftsgruppe des Magistrates im Sinne der Geschäftsordnung des Magistrates ("**GEOM**") mit damals rund 90 Mitarbeitern unter der Leitung von Mag. Penn mit der umfassenden Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz befasst. Nach dem Wissensstand der BAWAG P.S.K. lag die Zuständigkeit für die Verwaltung der Finanzen innerhalb der FVV bei der "Stadtkämmerei" als nachgeordnete Dienststelle, die mit damals 30 Mitarbeitern ebenfalls unter der Leitung von Mag. Penn stand (seit 1.10.2009 zeichnet dafür Dr. Schmid verantwortlich).

Beweis: Organigramm der Stadt Linz, Stand 2007 (Beilage ./7);
wie bisher.

- 7.2.3** Mag. Penn war als Leiter der FVV dem zuständigen Stadtrat gem § 48 Satz 2 StL 1992 ständig berichtspflichtig. Der nach der Geschäftseinteilung für den Stadtsenat für Finanzangelegenheiten und Vermögensverwaltung zuständige Finanzstadtrat Dr. Mayr ist ein ausgewiesener Fachmann mit Studien an den Universitäten Klagenfurt, Linz und Salzburg, der Fernuniversität Hagen, der London School of Economics and Political Science, der Emory Business School Atlanta/USA und Abschlüssen als Mag. rer.soc.oec. der Betriebswirtschaftslehre, Mag. rer.soc.oec. der Soziologie, M.A. der Politikwissenschaft/Volkswirtschaftslehre und Dr. phil. für Organisationsentwicklung und Gruppendynamik. Er war seit 1981 in verschiedenen Funktionen für die Finanzen der OÖ GKK zuständig, ist Mitglied (und auch Vorsitzender) zahlreicher Aufsichtsräte und seit etlichen Jahren Vorsitzender des Finanzausschusses des Gemeinderates der Stadt Linz.

Beweis: Lebenslauf Finanzstadtrat MMag. Dr. Johann Mayr, M.A. (Beilage ./8);
wie bisher.

- 7.2.4** Die Geschäfte der Stadt Linz werden durch den Magistrat besorgt (Art 117 Abs 1 Satz 1 B-VG), der neben Gemeinderat, Bürgermeister, Stadtsenat und Stadtsenatsmitgliedern ein eigenständiges und vollwertiges Organ der Stadt Linz ist (vgl. insb § 7 Z 5 und V. Abschnitt StL 1992).

7.2.5 Oberster Beamter und Leiter des Magistrates ist Magistratsdirektor Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny ("**Magistratsdirektor Prof. Wolny**"), unter dessen Leitung die städtische Verwaltung geführt wird (vgl Art 117 Abs 7 Satz 2 B-VG). Er ist ein ausgewiesener Experte des Verwaltungsrechts und der Verwaltungslehre: Von 1972 bis 1988 Universitätsassistent am Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Linz (ab 1985 als Universitätsdozent), ist er seit 1991 dem Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre zugeordnet (seit 2001 als außerordentlicher Universitätsprofessor). Neben seinem akademischen Werdegang ist auch seine jahrzehntelange praktische Erfahrung unbestritten: Von 1988 bis 2000 war er Leiter des Präsidialamtes im Magistrat Linz, 1996 bis 2000 Präsidialdirektor (Leiter der Geschäftsgruppe "Präsidialverwaltung") und seit 2000 Magistratsdirektor.

Beweis: Lebenslauf Magistratsdirektor Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny (Beilage ./56);
wie bisher.

7.2.6 Beim Magistrat der Stadt Linz ist ein Kontrollamt (Stadtrechnungshof) eingerichtet, das unter der Leitung eines weisungsfrei gestellten Beamten die Gebarung der Stadt Linz in Bezug auf die rechnerische Richtigkeit sowie auf die Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen hat (§ 39 StL 1992). Das Kontrollamt ist eine Magistratsabteilung (*Hengstschläger*, 16. Teil, Gebarungskontrolle Rz 31, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]). Der Kontrollamtsleiter hat Organqualität aufgrund Weisungsfreiheit (*Hengstschläger*, aaO Rz 36).

7.2.7 Auch der Kontrollamtsdirektor ist neben dem Gemeinderat als Organ in der Weisungshierarchie des Art 20 Abs 1 B-VG auf höchster Stufe anzusiedeln (*Hengstschläger*, aaO Rz 39). Der (höchst qualifizierte und erfahrene) Leiter des Kontrollamtes war zwischen 1974 und 2009 Herr Univ.-Doz. Dr. Friedrich Klug, Univ.-Doz. an der Universität Linz mit den Arbeitsschwerpunkten und Forschungsbereichen "*Öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, öffentliches Haushalts- und Rechnungswesen, öffentliche Finanzkontrolle und Kommunalwirtschaft*", weiters gerichtlich beeideter Sachverständiger für das öffentliche Rechnungswesen, Mitglied des wissenschaftlichen Beirates des Verbandes der Öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, Mitglied des Kuratoriums des KDZ - Zentrum für Verwaltungsforschung (Wien) und Institutsleiter des Vereins Institut für Kommunalwissenschaften (Linz).

Beweis: Lebenslauf Univ.-Doz. Dr. Friedrich Klug (Beilage ./9);
wie bisher.

7.2.8 Der Gemeinderat genießt freilich eine Vorrangstellung, weil gem Art 118 Abs 5 B-VG alle übrigen Gemeindeorgane ihm gegenüber verantwortlich sind.

- 7.2.9** Im Gemeinderat war im relevanten Zeitraum nach dem StL 1992 ein Kontrollausschuss einzurichten, dem alle Berichte des Kontrollamtes (Stadtrechnungshof) im Wege seines Vorsitzenden vorzulegen (§ 39 Abs 3) und von diesem zu beraten waren (§ 40a Abs 1; vgl auch § 15 Abs 1 der Geschäftsordnung des Gemeinderates ["**GOGR**"]). Der Kontrollausschuss ist ein Hilfsorgan des Gemeinderates, das nach außen hin als Organ der Gemeinde tätig wird (*Hengstschläger*, aaO Rz 22, 130). Er kann selbst Anträge auf Fassung von Beschlüssen an den Gemeinderat stellen (§ 40 Abs 4 StL 1992; *Hengstschläger*, aaO Rz 127).
- 7.2.10** Weiters steht dem Kontrollausschuss zur Durchsetzung seiner Kontrollzuständigkeit eine Reihe von unmittelbaren Durchgriffsrechten gegenüber dem Magistrat zur Verfügung. Auf die Ausführungen in Punkt 4.16.6 zu den umfangreichen Rechten des Kontrollausschusses wird verwiesen.
- 7.2.11** Prüfungsziele der Kontrolltätigkeiten von Kontrollamt und Kontrollausschuss sind grundsätzlich Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit, Rechtmäßigkeit und Richtigkeit der Gemeindegebarung (*Hengstschläger*, aaO Rz 46), wobei in Übereinstimmung mit der Judikatur des VfGH von einem weiten Verständnis des Begriffs der Gebarung auszugehen ist (*Hengstschläger*, aaO Rz 51; *Wolny/Kliba*, 10. Teil, Struktur und Aufgaben des Gemeindeamtes [Magistrates] Rz 32, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]); erfasst sind alle vom Magistrat getroffenen Gebarungsmaßnahmen, die sich im Gemeindehaushalt oder -vermögen niederschlagen (*Hengstschläger*, aaO Rz 54). Die Rechtmäßigkeitskontrolle umfasst dabei die Übereinstimmung der Gebarung mit den Gesetzen und sonstigen Vorschriften (*Hengstschläger*, aaO Rz 50). Für die Prüfungsmittel gilt der Grundsatz der Unbeschränktheit der Prüfungsmittel, dh dass die Kontrollorgane all jene Überprüfungsmitel einsetzen können, die notwendig sind, um die Übereinstimmung der Gebarungstätigkeit mit den vorgegebenen Prüfungszielen feststellen zu können; es ist somit den Prüfungsorganen überlassen festzustellen, welche Auskünfte und Unterlagen sie benötigen und welche Prüfungsmaßnahmen sie setzen, um die Kontrollzwecke und -ziele zu erreichen (*Hengstschläger*, aaO Rz 120).
- 7.2.12** Aus § 14 GOGR ergibt sich darüber hinaus, dass im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ein Finanzausschuss im Gemeinderat einzurichten war, dem bspw alle Anträge zur Vorberatung zuzuweisen waren, die eine über den Voranschlag der Stadt Linz hinausgehende finanzielle Belastung der Stadt Linz zur Folge haben konnten. Er ist – wie auch der Kontrollausschuss – ein Hilfsorgan des Gemeinderates, das selbst Anträge auf Fassung von Beschlüssen an den Gemeinderat stellen kann.

Beweis: wie bisher.

8. ZURECHNUNG DES WISSENS VON MAG. PENN ZUR STADT LINZ

8.1 Allgemeines zur Wissenszurechnung

8.1.1 Die klagende Partei geht im vorliegenden Fall offenbar davon aus, dass ihr das Wissen von Mag. Penn nicht zuzurechnen sei. Dies trifft nicht zu.

8.1.2 Im Bereich der Wissenszurechnung gilt grundsätzlich, dass dem Vertretenen (also hier der Stadt Linz) die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vertreters (also hier von Mag. Penn) zugerechnet wird. Das gilt grundsätzlich nicht für außerdienstlich (privat) erworbenes Wissen des Vertreters, müsste der Vertretene doch sonst Nachteile aus einem Vorgang tragen, aus dem er keinen Vorteil zieht. Privates Wissen von Gehilfen, die in ausschlaggebender Funktion eigenständig tätig werden, sowie von Machhabern einer juristischen Person wird allerdings zugerechnet. Der Vertretene haftet daher auch – gem § 1313a ABGB – auf Schadenersatz, wenn der Vertreter (vor-)vertragliche Nebenpflichten schuldhaft verletzt (*Perner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1017 16f, mwN).

8.1.3 Die *ratio* der Haftung des Unternehmers nach § 1313a ABGB ist, dass der Werkunternehmer durch die Einschaltung von Hilfspersonen (Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 1313a ABGB) den Besteller in seiner Rechtsposition nicht schlechter stellen darf. Entscheidend für die Wissenszurechnung zu Lasten des Unternehmers ist jedoch, mit welchem konkreten Aufgabenbereich der Erfüllungsgehilfe betraut war, denn gerade in diesem Bereich verwirklicht sich dann das Betriebsrisiko des Werkunternehmers (RS0028495).

8.1.4 Wie weit – auch iZm Gemeinden – die Wissenszurechnung geht, zeigt eine Entscheidung des OGH (SZ 60/204): In dieser wurde das Wissen eines Referatsleiters einer Gebietskörperschaft über einen verjährungsrelevanten Umstand der Gebietskörperschaft zugerechnet. Der OGH folgte rechtlich, dass eine Verjährungsfrist durch die Kenntnis eines Referatsleiters beginnt, auch wenn er für das Referat "Schadenersatzforderungen" nicht zuständig ist. Der besagte Referatsleiter, zuständig für das Referat Straßenbau, erlangte Kenntnis von einem schädigenden Umstand im Bereich Straßenbau, erkannte aber die schadenersatzrechtliche Relevanz der Information nicht. Sogar in diesem Fall wurde das Wissen des Referatsleiters zugerechnet, obwohl die Zuordnung und Einordnung nicht in seinem Aufgabenbereich lag. Unter Hinweis auf SZ 52/167 führt der OGH in SZ 60/204 weiter aus:

"Die Zurechnung des Wissens eines passiv Vertretungsberechtigten an eine juristische Person wird nämlich gerade damit gerechtfertigt, dass die Einräumung eines gewissen Aufgabengebietes mit entsprechender Vertretungsbefugnis, mag diese nun rechtsgeschäftlich oder – wie im vorliegenden Fall – im Wege einer

Verordnung geschehen sein, die Verpflichtung mit sich bringt, dafür Sorge zu tragen, dass der solcherart Bevollmächtigte den maßgeblichen Stellen die bei Verletzung seines Aufgabengebietes wahrgenommenen rechtserheblichen Tatsachen ohne Verzug berichtet, damit diese in die Lage versetzt werden, die sich aus der Kenntnis dieser Tatsachen ergebenden aktiven Schritte zur Vertretung der juristischen Person, also hier zur Prozessführung, zu unternehmen."

8.2 Mag. Penns Wissen ist der Stadt Linz zurechenbar

8.2.1 Das Wissen von Mag. Penn über den SWAP II und die auf den SWAP II bezogene Kommunikation der BAWAG P.S.K. ihm gegenüber ist der Stadt Linz schon aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften im Sinne des § 867 ABGB (Zuständigkeiten, Vertretungsregeln und Berichtspflichten) zuzurechnen. Darüberhinaus erfolgt die Zurechnung des Wissens von Mag. Penn an die Stadt Linz auch aufgrund zivilrechtlicher Vollmacht, die die Stadt Linz eingeräumt hat. Diese wurde der BAWAG P.S.K. mit dem Unterschriftenverzeichnisses (Beilage ./13) mitgeteilt.

8.2.2 Mag. Penn war im streitgegenständlichen Zeitraum durchgehend Leiter der – wie schon der Name erkennen lässt – für die gegenständlichen Geschäfte zuständigen Geschäftsgruppe FVV. In Personalunion war er darüber hinaus lange Zeit gleichzeitig Leiter der "Stadtkämmerei" als untergeordnete Dienststelle, die innerhalb der FVV für die Verwaltung der Finanzen zuständig ist. Schon allein aus dieser Zuständigkeit folgt die Zurechnung des Wissens von Mag. Penn im Rahmen der streitgegenständlichen Geschäfte zur Stadt Linz als juristische Person (wenngleich – darüber hinausgehend – es auch er war, der mit dem Gemeinderatsbeschluss 2004 (Beilage ./11) zum Abschluss der streitgegenständlichen Geschäfte vom Gemeinderat ausdrücklich ermächtigt worden war).

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Unterschriftenverzeichnis (Beilage ./13);
wie bisher.

8.2.3 Die Wissenszurechnung von Mag. Penn für die Stadt Linz erfolgt auch innerhalb der ihm gemäß dem StL 1992 und der GEOM zukommenden Vertretungsmacht und ist insofern verbindlich. Deren Umfang lässt sich eindeutig aus diesen öffentlich bekannt gemachten Rechtsvorschriften sowie Beschlüssen ableiten. Gemäß § 49 Abs 1 StL 1992 vertritt der Bürgermeister die Stadt nach außen und ist er auch der Vorstand des Magistrats (vgl § 49 Abs 2 StL 1992). Dieses gliedert die Verwaltung der Stadt Linz in Dienststellen (Geschäftsgruppen, Ämter, Einrichtungen), auf die die Geschäfte nach ihrem Gegenstand und ihrem sachlichen Zusammenhang aufgeteilt werden (§ 4 Abs 1 Satz 1 GEOM iVm § 49 Abs 2

StL 1992). Die Dienststellen besorgen die ihnen nach der Geschäftsverteilung (vgl Anhang II zur GEOM) zukommenden Geschäfte; das Nähere über den Geschäftsgang im Magistrat wird durch die GEOM geregelt (vgl § 38 Abs 3 StL 1992). In dieser ist iVm dem StL 1992 auch geregelt, inwieweit sich der Bürgermeister, der Stadtsenat bzw einzelne Mitglieder des Stadtsenats unbeschadet ihrer durch StL 1992 geregelten Verantwortung, sich bei den zu treffenden Entscheidungen oder Verfügungen oder sonstigen Amtshandlungen durch – ua – Gruppenleiter vertreten lassen können (vgl § 6 Z 3, § 11 Abs 4 und § 22 GEOM).

8.2.4 Diese Zurechnung des Wissens von Mag. Penn über organisationsrechtliche Vorschriften bezieht sich zunächst auf die Stadt Linz selbst. Überdies reicht die Zurechnung seines Wissens aufgrund bestehender Berichts- und Kontrollpflichten bis zum Gemeinderat. Diesem ist eine grobe Vernachlässigung seiner Kontrollpflichten gegenüber dem Stadtsenat, seinen Mitgliedern und dem Magistrat zum Vorwurf zu machen. Die Zurechnung des Wissens von Mag. Penn zum Gemeinderat ergibt sich nachvollziehbar über den Finanzstadtrat (als Vorsitzender des Finanzausschusses) sowie über den Kontrollausschuss und den Finanzausschuss (als Hilfsorgane des Gemeinderates):

- Die BAWAG P.S.K. durfte sich darauf verlassen, dass Mag. Penn sein Wissen nicht für sich behalten, sondern seine öffentlich-rechtlich statuierten Berichtspflichten erfüllen werde.

Als Gruppenleiter iSd § 8 GEOM hätte er jedenfalls „*unmittelbar rechtzeitig und laufend*“ den zuständigen Finanzstadtrat Dr. Mayr gem § 48 StL 1992 zu unterrichten gehabt. Unabhängig davon, ob Mag. Penn Gruppenleiter war, traf ihn jedenfalls auch die Pflicht zur "*magistratsinternen Information und Kommunikation*" iSd § 15 GEOM durch Weitergabe von wesentlichen Informationen, die eine außerordentliche Maßnahme zu rechtfertigen vermögen, an Finanzstadtrat Dr. Mayr. Diese Informationspflicht ist für Gruppenleiter insofern verschärft, als sie gemäß § 8 Abs 4 GEOM ohne Anlass (*arg "regelmäßig"*) das "*sachlich in Betracht kommende Mitglied des Stadtsenats*" zu informieren haben.

Finanzstadtrat Dr. Mayr wiederum hätte sein Wissen als Vorsitzender des Finanzausschusses in dessen Verhandlungen einzubringen gehabt. Da der Finanzausschuss das für die Vorberatung der streitgegenständlichen Geschäfte zuständige Hilfsorgan des Gemeinderates ist, reicht die Wissenszurechnung hinsichtlich der Kommunikation der BAWAG P.S.K. mit Mag. Penn bis in den Gemeinderat, da die BAWAG P.S.K. nicht von einer gezielten und langjährigen Verletzung organisationsrechtlicher Vorschriften durch alle Beteiligten ausgehen musste.

- Weiters besteht eine Kontrollzuständigkeit des Kontrollamtes und des Kontrollausschusses der Stadt Linz im Hinblick auf den SWAP II. Beide haben das Geschäft auch faktisch geprüft. Die klagende Partei führt dazu aus, dass das Kontrollamt nicht die Vertragsdokumente geprüft habe, sondern nur entsprechende Berichte von Mag. Penn, weshalb sie das Geschäft nicht verstanden habe. Hierbei handelt es sich um ein massives Kontrollversagen der Organe der Stadt Linz; es darf als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass auch der Rechnungshof sich nicht mit Aussagen und Berichten der Geprüften zufrieden gibt, sondern unmittelbar die einschlägigen Dokumente einer Prüfung unterzieht.

Da der Kontrollausschuss das für die Kontrolle der Gebarung der Stadt Linz zuständige Hilfsorgan des Gemeinderates ist, reicht die Wissenszurechnung hinsichtlich der Kommunikation der BAWAG P.S.K. mit Mag. Penn bis in den Gemeinderat, da die BAWAG P.S.K. nicht vom Vorliegen einer massiven Kontrollpflichtverletzung durch alle beteiligten Kontrollinstanzen entgegen organisationsrechtlicher Vorschriften ausgehen konnte und musste.

- 8.2.5 Zusammenfassend** gebietet ein "*objektiver Beurteilungsmaßstab*" (vgl. SZ 60/204) die Zurechnung des Wissens von Mag. Penn zur Stadt Linz. Wenn daher Mag. Penn es unterlassen haben sollte, Finanzstadtrat Dr. Mayr "*laufend*" (§ 48 StL 1992 iVm § 8 Abs 2 GEOM) über die Anbahnung, den Abschluss und die laufende Gestionierung des SWAP II und über dessen nachfolgende Entwicklung, insbesondere die "*negative Bewertung*", zu berichten, dann hat diese interne Pflichtverletzung keinen Einfluss auf die Zurechnung seines Wissens an die Stadt Linz.

9. AUFRECHTER VERTRAG AUFGRUND DES GEMEINDERATS-BESCHLUSSES 2004

9.1 Ordnungsgemäße Willensbildung der Stadt Linz liegt vor

9.1.1 Zuständigkeit des Gemeinderates gem § 46 Abs 1 StL 1992

Unzutreffend stützt die Stadt Linz die Zuständigkeit des Gemeinderates zum SWAP II auf § 46 Abs 1 Z 9 StL 1992 betreffend die "*Aufnahme und Gewährung von Darlehen*". Ein Zinsswap ist kein "*Darlehen*", sondern – grob gesprochen – ein Tausch, bei welchem lediglich Zinszahlungen ausgetauscht werden (so *Mader/Pyka*, Umschuldungspraxis – Varianten und Instrumente. Möglichkeiten zur Verbesserung von Finanzierungsbedingungen, RFG 2004/10; siehe eingehend unten im Zusammenhang mit der von der Stadt Linz behaupteten Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung unter Punkt 9.4). Dies erkennt die Stadt Linz selbst an, wenn sie den SWAP II an mehreren Stellen der Klage ausdrücklich als Tausch qualifiziert (siehe zB IV. 1.2 und VI. 1.3.2 der Klage).

Beweis: wie bisher. Richtig ist nur, dass der SWAP II von der Zuständigkeit des Gemeinderates umfasst war, allerdings aufgrund § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992.

9.1.2 Ein ordnungsgemäßer Gemeinderatsbeschluss liegt vor

Ein solcher, den SWAP II genehmigender Gemeinderatsbeschluss liegt vor, der vom Gemeinderat "sehenden Auges" unter Berücksichtigung aller Risiken in dieser Form gefasst wurde. Dieser wurde der BAWAG P.S.K. frühzeitig und noch vor dem Abschluss des SWAP II als Rechtsgrundlage kommuniziert. Sein Inhalt ist klar:

"Die Finanz- und Vermögensverwaltung wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren." (zitiert laut Protokoll der Gemeinderatssitzung, Beilage ./11).

Der Beschluss gibt eindeutig und unmissverständlich zu erkennen, dass die FVV (also Mag. Penn) zu einem flexiblen und modernen Schuldenmanagement (siehe dazu oben Punkt 7.1 und Punkt 7.2) mit einem eingeschränkten Tätigkeitsbereich ermächtigt werden sollte. Der gegenüber dem weiteren Begriff des Schuldenmanagements eingeschränkte Tätigkeitsbereich umfasste lediglich die "*Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios*", um so die FVV in die Lage zu versetzen, im Interesse der Stadt Linz schnell – wie jeder andere Portfoliomanager – auf rasch wechselnde Marktgegebenheiten reagieren zu können (siehe dazu insbesondere die Ausführungen zu den Erörterungen im Gemeinderat unter Punkt 4.4.9).

Dieser Beschluss umfasst zwei Elemente, die beide im Fall des SWAP II erfüllt sind:

- (i) Die Willenserklärung, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten optimieren zu wollen.

Der SWAP II ist vom Willen des Gemeinderates, der in diesem Beschluss zum Ausdruck kommt, gedeckt (sh Punkt 4.4).

Unrichtig ist jedenfalls, dass das Geschäft nicht marktüblich gewesen sei. Finanzderivativgeschäfte waren zwischen 2002 und 2008 gang und gäbe. Alleine 77 Gemeinden haben Resettable CHF linked Swaps abgeschlossen (vgl Beilage ./17).

- (ii) Die Ermächtigung der FVV, also der zuständigen Geschäftsgruppe des Magistrates, diese Geschäfte abzuschließen:

Zutreffend ist, dass § 46 Abs 2 StL 1992 dem Gemeinderat erlaubt, einzelne in seine Zuständigkeit fallende Angelegenheiten mit Ver-

ordnung ganz oder teilweise dem Stadtsenat zu übertragen, sofern dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit gelegen ist. Im vorliegenden Fall liegt jedoch – anders als von der Stadt Linz in der Klage behauptet – keine solche Delegation vor.

Vielmehr werden die von der FVV zu tätigenen Geschäfte genau umschrieben als "*marktübliche Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios*" (Beilage ./11). Für einen im Schuldenmanagement erfahrenen Gemeindebediensteten handelt es sich dabei um einen klaren Auftrag zum Abschluss von Geschäften mit einem bestimmten Inhalt auf Grundlage des bestehenden und ziffernmäßig genau bestimmten Fremdfinanzierungsportfolios. Dass der exakte Wortlaut jedes einzelnen Vertrages genehmigt werden müsste, schreibt das Gesetz weder vor, noch wäre dies angesichts der Charakteristika dieser Geschäfte faktisch machbar (so auch Finanzstadtrat Dr. Mayr in der Diskussion des Beschlusses vor dem Gemeinderat am 3.6.2004, Beilage ./11).

Auch die Stadt Linz selbst hat es im Fall der gegenständlichen Klage – zutreffender Weise – nicht anders gehalten, indem der Gemeinderat die Klage allgemein und aufgrund eines kurzen Beschlusswortlautes in Form eines Auftrages an den Bürgermeister beschlossen hat ("*Der Bürgermeister wird daher beauftragt, rechtsgrundlos geleistete Zahlungen zurückzufordern und die bevollmächtigten Rechtsvertreter nunmehr umgehend anzuweisen, die Klage einzubringen*"), nicht jedoch den einzuklagenden Betrag oder gar den exakten Wortlaut in den Beschluss aufnahm. Auch dies wäre letzgens unpraktikabel gewesen.

Auch der Umschuldung im Jahr 2005 lag derselbe Antrag (allerdings dessen Beschlusspunkt 1) zugrunde, der nicht einmal derartige Eckpunkte aufwies. Dennoch war klar, dass es um die Aufnahme eines Darlehens "*in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten*" ging. Im Zentrum der im Jahr 2004 geführten Debatte stand die Klarstellung, dass der Beschluss nicht die bestehenden EUR-Verbindlichkeiten, sondern nur die bestehende Fremdwährungsverbindlichkeit betraf; die Mehrheit im Gemeinderat war der Auffassung, dass dies soweit klar war, dass eine Änderung des Beschlusstextes nicht erforderlich war. Es verdient hervorgehoben zu werden, dass die konkreten Konditionen der später gezeichneten 195 Mio CHF-Anleihe nicht bekannt waren und nicht bekannt sein konnten, denn das konkrete Vertragswerk wurde erst im folgenden Jahr abgeschlossen. Trotzdem wird auch in diesem Zusammenhang zu Recht von keiner Seite in Zweifel gezogen, dass der Gemeinderat mit dem Beschluss aus dem Jahr 2004 die konkrete "*Aufnahme eines Darlehens*", das ihm in groben Zügen be-

kannt war, genehmigt hat. Das bis 2017 laufende Vertragswerk gilt als wirksam und verbindlich.

Nichts anderes kann für den zweiten Punkt des Beschlusses aus dem Jahr 2004 gelten: "*Die FVV wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren*". In der Diskussion im Gemeinderat wurde vom Bürgermeister und vom Finanzstadtrat klargestellt, dass es nur um bestehende Positionen geht, dass Europositionen einerseits und Fremdwährungspositionen andererseits gesondert zu behandeln sind und dass es jeweils um Geschäfte geht, die "*in kürzestmöglicher Zeit*" zu bewirtschaften sind. Der Gemeinderat hat daher mit seinem Beschluss die Zustimmung zum Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten erteilt. Diese sind – beschränkt und bezogen auf bestehende Positionen – durch den Beschluss gedeckt. Dies gilt auch für den SWAP II.

Auch die Diskussionen im Gemeinderat zeigen, dass die Ermächtigung der FVV durch den Gemeinderat zum Abschluss des SWAP II in genau dieser Form, zu genau diesem Zweck und genau durch diese Akteure, dh Mag. Penn, ohne Gegenstimme gewollt war (Beilage ./11).

Selbst wenn eine budgetäre Bedeckung für das Geschäft – wie in der Klage zu VI. 1.5 ausgeführt – tatsächlich fehlen sollte, ist dies im vorliegenden Zusammenhang irrelevant, da haushaltsrechtliche Regelungen nicht zu den organisationsrechtlichen Vorschriften im Sinne des § 867 ABGB zählen (*Thunhart*, Privatrechtlicher Vertrauensschutz und § 867 ABGB, öarr 2001, 419 ff).

Daraus folgt: Das Vertragsverhältnis zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz hat mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004, dem vom Bürgermeister unter Berufung auf den Gemeinderatsbeschluss 2004 unterschriebenen Rahmenvertrag 2006 samt Unterschriftenverzeichnis und dem Einzelabschluss für den SWAP II eine wirksame rechtliche Basis, auf deren Grundlage die Streitparteien ihre vertragliche Beziehung auch über viele Jahre unbeanstandet lebten.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Artikel der Wiener Zeitung vom 19.10.2011 (Beilage ./17);
wie bisher.

9.2 Ordnungsgemäße Vertretung der Stadt Linz beim SWAP II durch Mag. Penn

9.2.1 Der Bürgermeister vertritt die Stadt Linz nach außen (§ 49 Abs 1 StL 1992). Er kann jedoch auch Vollmacht betreffend die Vertretung der Stadt nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts erteilen (§ 6 Z 3 GEOM; vgl dazu *Binder*, Teil 14., Wirtschaftsunternehmungen Rz 43, in: *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Das österreichische Gemeinderecht [2008]).

9.2.2 Dem Abschluss des SWAP II liegen die folgenden Dokumente zugrunde:

- (i) Der Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1) wurde vom Bürgermeister ordnungsgemäß und in Übereinstimmung mit § 49 Abs 1 und § 66 Abs 1 StL 1992 auf der Grundlage und unter Berufung auf den Gemeinderatsbeschluss 2004 (Beilage ./11) unterzeichnet.
- (ii) Auf der Grundlage des § 12 Z 4 Rahmenvertrag übermittelte die Stadt Linz der BAWAG P.S.K. ein – ebenfalls vom Bürgermeister in Übereinstimmung mit § 49 Abs 1 und § 66 Abs 1 StL 1992 unterzeichnetes – "*Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen*" (Beilage ./13). Durch seine Unterschrift dokumentierte der Bürgermeister die Einräumung einer entsprechenden Vertretungsmacht im Sinne des § 6 Abs 3 GEOM.
- (iii) Der SWAP II wurde in Übereinstimmung mit dem Rahmenvertrag durch Mag. Penn in Vertretung der Stadt Linz abgeschlossen und durch die nachfolgende Ausstellung einer Einzelabschlussbestätigung (Beilagen ./3 und ./4) dokumentiert.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007 (Beilage ./3);
Einzelabschlussbestätigung vom 15.10.2007 – geänderte Fassung (Beilage ./4);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Unterschriftenverzeichnis (Beilage ./13);
wie bisher.

9.2.3 Auf dieser Grundlage hat Mag. Penn die Stadt Linz beim Abschluss des SWAP II rechtswirksam vertreten.

9.3 Fehlen des Amtssiegels ist irrelevant

9.3.1 Gemäß § 66 Abs 1 StL 1992 sind Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderates oder des Stadtsenates bedürfen, vom Bürgermeister zu unterfertigen und mit dem Stadtsiegel zu versehen.

9.3.2 Der Rahmenvertrag (Beilage ./1) ist nicht mit dem Stadtsiegel versehen (§ 66 Abs 1 StL 1992). Dies ist jedoch unschädlich, da es sich hierbei um Ordnungsvorschriften handelt, deren Nichteinhaltung die Gültigkeit des Geschäfts nicht berührt (vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB³ [2005] § 867 Rz 11, mwN). Mögen auch Erfordernisse der Schriftform oder der Mitunterfertigung von anderen Organwaltern in Gemeinde- und Stadtordnungen in "privilegierender" Weise dem Schutz der Gemeinde vor unbedachten Handlungen und Alleingängen durch Organwalter dienen und damit als Wirksamkeitserfordernisse anzuerkennen sein, so handelt es sich beim Erfordernis der Anbringung eines Siegels eindeutig um eine bloße Ordnungsvorschrift (vgl die grundlegenden Überlegungen bei *Grillberger* ua, *Privatrechtsgeschäft*, 68 ff, insb 70). Jüngst wurde in OGH 22.3.2011, 3 Ob 32/11v, hervorgehoben, dass es einer Gemeinde verwehrt ist, sich auf einen formalen Mangel zu berufen, wenn die Willensbildungsvorschriften eingehalten sind, da dies dem die Gemeinde privilegierenden Zweck der Formvorschrift widerspräche.

9.4 Keine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht

9.4.1 Allgemeines

Entgegen den Ausführungen der Klage bedurfte der SWAP II keiner Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass derartige Swaps mangels Überlassung von Kapitalbeträgen keine Darlehen sind; der vereinbarte Nominalbetrag ist nur die Basis für die zu zahlenden Geldbeträge, die aber keine Zinszahlungen darstellen (so ausdrücklich *Klingner-Schmidt*, *Außerbörsliche Finanztermingeschäfte* (OTC-Derivate), in *Derleder/Knops/Bamberger*, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*³ (2010) § 55 Rz 13; vgl auch *Mader/Pyka*, *Umschuldungspraxis – Varianten und Instrumente. Möglichkeiten zur Verbesserung von Finanzierungsbedingungen*, RFG 2004/10).

Unzutreffend ist auch die Verquickung des SWAP II mit den Fremdwährungsausleihungen der Stadt Linz bei Dritten, um so zur Qualifikation als "Darlehen" zu kommen. Diese Geschäfte sind mit Dritten abgeschlossen, der BAWAG P.S.K. nicht im Detail bekannt, und sie ist auch nicht Vertragspartner dieser Verträge. Allein aus deren unabhängigem Bestand die Qualifikation des SWAP II als "Darlehen" ableiten zu wollen, ist abwegig.

Gleiches gilt für die Behauptung, die bankaufsichtsrechtlich gebotene, rein bankinterne Beschlussfassung über der Stadt Linz eingeräumte "Linien" vermöge die Zuständigkeit des Gemeinderates oder die Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung aufgrund Qualifikation des SWAP II als "Darlehen" zu begründen. Bei der von der Stadt Linz kritisierten Einräumung eines Derivatilimits handelte es sich um einen bankinternen Vorgang des Risikomanagements, wozu die BAWAG P.S.K. aufgrund § 39 BWG gesetzlich verpflichtet war. Mit der Einräumung eines Kredits oder mit einer

Vergrößerung der Haftung der Stadt Linz hatte dieses Vorgehen nichts zu tun (vgl dazu 6.2) – es wäre juristisch unhaltbar, zu behaupten, dass die BAWAG P.S.K. die Haftung der Stadt Linz "hinter ihrem Rücken", dh ohne Zustimmung der Stadt Linz, hätte vergrößern können oder dass die BAWAG P.S.K. der Stadt Linz "heimlich" einen Kredit hätte einräumen können, dem die Stadt Linz nun – ohne dass sie dem zugestimmt hätte – ausgesetzt ist. Wahr ist vielmehr, dass der Stadt Linz niemals ein Kredit zugezählt wurde und dass die Stadt Linz immer nur aus dem SWAP II haftete.

Der Klägerin ist zwar zuzugestehen, dass der in § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 verwendete Begriff des "Darlehensvertrages" nicht mit den Realkontrakten nach § 983 ABGB idF vor dem DaKRÄG, BGBl I 2010/28, gleichgesetzt werden darf: Bei solch enger Interpretation wären alle Kreditgeschäfte ohne Geldzuzahlung, die in der Praxis die Regel bilden, der Genehmigung entzogen. Die daraus gezogene Folgerung, über die klassischen Kreditgeschäfte hinaus müssten auch all jene Geschäfte vom Tatbestand erfasst sein, "die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen" (VI. 2.2.1., S 42), schießt jedoch über das Ziel weit hinaus. Das StL 1992 versteht unter Darlehensverträgen exakt jene Verträge, die das DaKRÄG, den zivilrechtlichen mit dem allgemeinen Sprachgebrauch wieder zur Deckung bringend, in der Neufassung des § 983 ABGB als Darlehensvertrag bezeichnet. Für diese Deutung spricht sowohl die Systematik der aufsichtsbehördlichen Genehmigungstatbestände als auch die in § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 enthaltende Berechnungsmethode. Doch selbst wenn der Darlehensbegriff weit zu interpretieren wäre, wie die Klägerin meint, wäre dadurch für ihren Standpunkt nichts gewonnen.

9.4.2 Der Darlehensbegriff im Gemeinderecht

(a) Bei der Interpretation des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 ist der Gesamtkontext des Gesetzes zu berücksichtigen. Der Darlehensbegriff wird nicht nur im Rahmen der Regelung der aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalte verwendet, er begegnet auch bei der Aufzählung der dem Gemeinderat vorbehaltenen Angelegenheiten in § 46 Abs 1 StL 1992, und mangels anderwärtiger Anhaltspunkte ist anzunehmen, er habe hier wie dort die gleiche Bedeutung. Neben dem Darlehenstatbestand existieren in § 46 Abs 1 StL 1992 eigene Tatbestände für Erwerb und Veräußerung von Sachen und Rechten (Z 8), für Bürgschaften (Z 9), Wertpapiere (Z 11) und Beteiligungen (Z 13). Bürgschaften können nun bei absehbarem Ausfall für sich allein, Veräußerungen in Kombination mit anderen Pflichten wirtschaftlich auf Kreditverpflichtungen hinauslaufen. Dass sie eigens vertyp sind, belegt: Es kommt primär auf den Vertragstyp und den Vertragsgegenstand an, nicht auf die wirtschaftlichen Effekte.

(b) Sodann ist zu beachten, dass das oberösterreichische Landesrecht für Gemeinden ohne eigenes Stadtrecht eine weiter reichende Regelung trifft. Nach der Oö GemO 1990 bedarf neben dem Abschluss bestimmter

Darlehensverträge (§ 84 Abs 3, § 85 Abs 2), der Errichtung wirtschaftlicher Unternehmungen (§ 69 Abs 3) und Finanzierungsplänen für bestimmte Bauvorhaben (§ 86 Abs 1) gemäß § 106 Abs 1 Z 3 auch "der Abschluss von Immobilien-Leasingverträgen und von Leasingähnlichen Finanzierungsformen für Immobilien (zB Mietfinanzierungsverträge)" der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Dass solche Immobilien-Leasingverträge in ihrem wirtschaftlichen Effekt einem Kreditvertrag gleichkommen, liegt auf der Hand. Dennoch werden sie in der Oö GemO 1990 neben den Darlehen als eigener Tatbestand angeführt, und dieser Tatbestand ist durch expliziten Einschluss leasingähnlicher Finanzierungsformen weit gefasst. Das eine wie das andere zwingt zum Schluss, dass der Darlehenstatbestand nicht sämtliche Verträge meinen kann, die kreditähnliche Funktionen erfüllen.

(c) Der Vergleich mit dem Gemeinderecht der anderen Bundesländer zeigt, dass Oberösterreich mit seinem technischen Verständnis des Darlehensbegriffs nicht allein steht. Einer Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedürfen im Land Salzburg Vorverträge zu bestimmten Immobilien-Leasinggeschäften (§ 78 Abs 1 Z 3 Salzburger Stadtrecht 1966, § 85 Abs 1 Z 3 Salzburger Gemeindeordnung 1994), und neben Darlehensverträgen sind Baurechts-, Generalmiet-, Leasing-, sonstige Fremdfinanzierungs- oder Haftungsverträge explizit angeführt (§ 85 Abs 1 Z 2 Salzburger Gemeindeordnung 1994). In Tirol, Kärnten und Vorarlberg steht der Abschluss von Leasingverträgen über unbewegliche Sachen ebenfalls neben der Aufnahme von Krediten (§ 123 Abs 1 lit a, § 30 Abs 1 lit o TGO), neben Darlehen (§ 86 Abs 11 K-AGO) bzw neben Darlehen und Kontokorrentkrediten (§ 91 Abs 1 lit a und c [Vorarlberger] Gesetz über die Organisation der Gemeindeverwaltung). Burgenland trifft die gleiche Differenzierung, schließt aber wie Oberösterreich in seiner GemO 1990 leasingähnliche Finanzierungsformen in den Genehmigungstatbestand ausdrücklich mit ein (§ 87 Abs 2 Z 5 und 7 Bgld GemO 2003). Steiermark und Niederösterreich unterscheiden zwischen Darlehen und "*sonstigen Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen – z. B. Leasingvertrag*" (§ 70 Abs 6 Z 6, 7 [Stmk] GemO; ebenso § 69 Abs 5 NÖ GO 1973), und sie sehen für sie je eigene Genehmigungstatbestände vor (§ 90 Abs 1 Z 2 und 3 [Stmk] GemO, § 90 Abs 1 Z 3, 4 NÖ GO 1973, § 76 Abs 1 lit c, d NÖ STROG). In der Stadt Graz sind indes nur Darlehen von der Genehmigungspflicht erfasst (§ 45 Abs 4 Statut der Landeshauptstadt Graz 1967). Bei allen Unterschieden in der Ausgestaltung der Genehmigungspflichten, die mitunter auch völlig fehlen können (vgl § 88 Abs 1, §§ 93 ff K-KStR 1998), legt das österreichische Gemeinderecht demnach einheitlich einen Darlehensbegriff zugrunde, der auf klassische Darlehen und Kreditverträge beschränkt ist. Dort, wo auch die wirtschaftlich äquivalenten Geschäfte erfasst werden sollten, nehmen die Genehmigungstatbestände auf diese durch entsprechende Textierung ausdrücklich Bedacht.

(d) Die restriktive Deutung des Darlehenstatbestandes ist im Übrigen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend. Aufsichtsbehördliche Genehmigungspflichten greifen einerseits in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht der Gemeinde auf Selbstverwaltung ein, andererseits sind sie aufgrund der regelmäßig angeordneten Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Vertrages bei Fehlen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung (vgl § 84 Abs 3 StL 1992) mit massiven Reflexwirkungen auf die Vertragspartner verbunden. Sie dürfen daher von den Aufsichtsbehörden nicht über den Wortlaut hinaus teleologisch ergänzt werden, mag sich auch in bestimmten Geschäften, die vom Text der Genehmigungstatbestände nicht erfasst werden, ein vergleichbares Risiko verwirklichen. Die Legislativen haben deshalb auf den Abschluss bedenklicher Geschäfte durch die Gemeinden stets mit der Anpassung und Ausweitung der einschlägigen Genehmigungstatbestände reagiert, dabei aber die Städte mit eigenem Statut tendenziell weniger stark an die Leine gelegt. Die bestehenden Unterschiede in den Genehmigungstatbeständen sind ernst zu nehmen und dürfen nicht durch überbordende "*teleologische*" Interpretation überspielt werden.

(e) Für den Einsatz von Finanzinstrumenten sucht man einen Genehmigungsvorbehalt bis heute in allen Bundesländern vergeblich (vgl *Grossmann/Hauth*, Kommunales Risikomanagement und aufsichtsbehördliche Kontrolle in Österreich, 2009, 33). Erst die vom Oö Landtag am 10. November 2011 beschlossene Oö Gemeinderechts-Novelle 2012 wird diese Rechtslage durch Einführung einer Genehmigungspflicht für "sonstige Finanzgeschäfte" verändern. Auch sie wird dadurch aber einmal mehr die Regel bestätigen, dass nicht alle Finanzgeschäfte Darlehen sind (Dass im Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten, 507/2011 BgOöLT XXVII. GP 1, die Auffassung vertreten wird, dass Zinstauschgeschäfte schon nach bisheriger Rechtslage dem Land zur Genehmigung vorgelegt hätten werden müssen, hat ausschließlich in der Rücksichtnahme auf die Klägerin in diesem Rechtsstreit seinen Grund.).

(f) Schließlich ist in Rechnung zu stellen, dass die Gesetzgebungen auf den Einsatz von Finanzinstrumenten durch die Gemeinden im Gefolge der Weltwirtschaftskrise 2008 durchaus reagiert haben, wenn auch in anderer Weise.

- In Burgenland hat die Legislative im Jahr 2008 die Landesregierung verpflichtet, "*durch Verordnung nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten festzulegen*" (§ 80 Abs 2 Bgld GemO). Die Landesregierung hat daraufhin am 22. Dezember 2008 Richtlinien über den Einsatz von Finanzinstrumenten der Gemeinden erlassen, in denen der Einsatz derivativer Finanzinstrumente begrenzt wird: Die Gemeinden dürfen nur bestimmte, taxativ

aufgezählte Instrumente einsetzen, und sie müssen dabei einen strikten Grundsatz der Konnexität beachten (vgl §§ 4 und 5 LGBl 2009/6).

- Niederösterreich hat 2009 die Gemeinden verpflichtet, bei allen Finanzgeschäften, die sich nicht in einem Katalog risikoarmer Typen finden, vor Beschlussfassung eine Risikoanalyse einzuholen, die von einer auf derartige Beratung spezialisierten Einrichtung erstellt sein muss, die Finanzprodukte weder anbietet noch vermittelt (§ 69 Abs 5 NÖ GO 1973 idF 12. Nov 24/09). Überdies hat es in § 69 Abs 6 leg cit nach burgenländischem Vorbild die Landesregierung zur Festlegung von Richtlinien über den Abschluss von Finanzgeschäften verhalten, die bis dato ausstehen.
- Zeitgleich hat der Österreichische Gemeindebund die "*Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden*" (Beilage ./25) beschlossen und den Gemeinden ihre Beachtung empfohlen. Von einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht für derivative Finanzinstrumente ist in ihnen nicht die Rede.

(g) Ein Blick ins Bundesrecht bestätigt den erzielten Befund. Das BWG zählt in § 1 Abs 1 verschiedene Typen von Bankgeschäften auf, deren gewerblicher Betrieb einer Konzession bedarf. In der Aufzählung finden sich neben anderen klassischen Sparten wie dem Einlagengeschäft (Z 1), Girogeschäft (Z 2), Diskontgeschäft (Z 4), Depotgeschäft (Z 5) uam einerseits in Z 3 das Kreditgeschäft, andererseits in Z 7 lit d der Handel mit Zinsterminkontrakten, Zinsausgleichsvereinbarungen und Swaps. Solche derivativen Finanzinstrumente gehören demnach nicht zum Kreditgeschäft, sie stellen weder "Geldkreditverträge" noch "Gelddarlehen" iSd Z 3 dar. Das WAG 2007 trifft in § 1 Z 6 eine Legaldefinition des Begriffs "Finanzinstrument", die in die Form einer Auszählung gekleidet ist. Dort finden sich in lit d "*Optionen, Terminkontrakte (Futures), Swaps, außerbörsliche Zinstermingeschäfte (Forward Rate Agreements) und alle anderen Derivatkontrakte in Bezug auf Wertpapiere, Währungen, Zinssätze oder -erträge, oder andere Derivat-Instrumente, finanzielle Indizes oder Messgrößen, die effektiv geliefert oder bar abgerechnet werden können*". Tätigkeiten, die Finanzinstrumente zum Gegenstand haben, sind nach § 1 Z 2 WAG 2007 Wertpapierdienstleistungen. Kredite und Darlehen fehlen in dieser Aufzählung; ihre Gewährung fällt nach § 1 Z 3 lit b WAG 2007 unter die Wertpapiernebenleistungen, sofern sie an Anleger für die Durchführung von Geschäften mit einem oder mehreren Finanzinstrumenten erfolgt und das kredit- oder darlehensgewährende Unternehmen an diesen Geschäften beteiligt ist. Diese Gegenüberstellung zeigt, dass Finanzinstrumente ebenso wenig Kredite oder Darlehen darstellen, wie umgekehrt Kredite und Darlehen unter die Finanzinstrumente fallen. Folglich musste in § 136a Abs 1 GewO 1994 nur für Anlageberater gesagt werden,

dass ihnen die Vermittlung von Finanzinstrumenten und die Beratung in Bezug auf sie verboten sind; für Kreditvermittler nach Z 2 lit b versteht sich dies von selbst – da niemand auf die Idee kommen kann, dass Finanzinstrumente Kredite sind, muss man bei den Kreditvermittlern die Finanzinstrumente nicht explizit ausschließen, bei Anlageberatern hingegen sehr wohl.

(h) Der SWAP II stellt nach alledem ein derivatives Finanzinstrument dar, das nicht unter den Darlehensbegriff des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 fällt. In ihren Ausführungen zum Fehlen eines Gemeinderatsbeschlusses gesteht dies implizit auch die Klägerin zu. Auf Seite 38 der Klage leitet sie das Erfordernis einer Genehmigung durch den Gemeinderat unter VI.1.3.2. der Klage nicht etwa daraus ab, dass der SWAP II ein Darlehensvertrag wäre. Sie stellt dort vielmehr darauf ab, dass auch *einvernehmliche Änderungen* eines Darlehensvertrages der Genehmigung unterlägen und dass der SWAP II "*eine gravierende Änderung des ursprünglichen Darlehensvertrages*" bewirkt habe, um sodann unter VI.1.3.4 die Genehmigungspflicht aus § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 abzuleiten. Letztere Annahme trifft offenkundig zu, erstere ist ebenso offenkundig falsch: Eine "*Änderung des ursprünglichen Darlehensvertrages*" konnte der Swap SWAP II deshalb nicht darstellen, weil es hierzu des Einvernehmens mit der Kommunalkredit AG bedurft hätte. Die Klägerin unterliegt einem Kategorienfehler – Konfundierung von Ebene und Meta-Ebene –, wenn sie aus dem Umstand, dass ein Vertrag wirtschaftlich oder – was hier noch nicht einmal der Fall war – rechtlich von einem anderen Vertrag abhängt, die Folgerung zieht, er hätte dessen Änderung bewirkt.

9.4.3 Die Methode der Berechnung der Genehmigungspflicht

(a) Gegen die Einbeziehung von Finanzinstrumenten in den Darlehensbegriff des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 spricht sodann, dass die dort verankerte Berechnungsmethode auf Finanzinstrumente nicht passt.

(b) Auch dies gesteht die Klägerin unfreiwillig ein, indem sie zu diesem Punkt ein nicht vollends schlüssiges Klagsvorbringen erstattet. Bei Anwendung des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 müsse von einem Worst-Case-Szenario ausgegangen werden, eine Genehmigungspflicht bestehe schon dann, "*wenn auch nur für ein Jahr der Laufzeit des Swap-Geschäftes nicht ausgeschlossen werden kann, dass die 15%-Schwelle überschritten wird*" (VI. 2.2.4. der Klage). 2011 sei der Schwellenwert um mehr als 20% überschritten gewesen (VI. 2.2.5. der Klage). Wodurch die Schwelle überschritten wurde, bleibt trotz des Querverweises auf V.1.2. der Klage im Dunkeln. Gemeint dürfte sein, dass die Verpflichtungen aus dem SWAP II gemeinsam mit dem sonstigen Schuldendienst im Jahr 2011 den Schwellenwert von 15% überschritten haben. Weshalb man das bereits 2007 hätte voraussehen müssen, ist offen gelassen. Die Klägerin folgert aus einer Betrachtung *ex post*, dass die *ex ante* anzustellende Prognose falsch

war, ohne anzugeben, was man bei richtiger Vorgangsweise hätte bedenken und wie man korrekt hätte berechnen müssen.

(c) Als Bestimmung, die das Recht der Stadt Linz auf Selbstverwaltung begrenzt und auf ihre Vertragspartner massive Auswirkungen hat, muss § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 über klar umrissene Konturen verfügen. Die Klage unterstellt ihm einen Inhalt, der ihn klar verfassungswidrig machen würde. Wäre wirklich ein Worst-Case-Szenario über die gesamte Vertragslaufzeit anzustellen, dann hätte der Gesetzgeber einen in mehrfacher Hinsicht unzureichenden Maßstab gewählt. Er würde erstens dazu zwingen, Hyperinflationen einzukalkulieren, wie es sie im vergangenen Jahrhundert durchaus gab – mit der Folge, dass selbst vergleichsweise kleine Kredite (letztlich alle Kredite zu variablem Zinssatz und/oder fremder Währung) der Genehmigungspflicht unterlägen, bei denen entgegen Art 119a Abs 9 B-VG überörtliche Interessen nicht in besonderem Maß berührt sind. Er würde zweitens verlangen, nicht nur für das konkrete Darlehen eine Worst-Case-Verlaufsanalyse anzustellen, sondern auch für alle zuvor abgeschlossenen und noch nicht beendeten Darlehen, weil diese auf den Gesamtschuldendienst von Einfluss sind. Eine solche Analyse in seriöser Weise anzustellen, ist schon für die Stadt Linz unmöglich. Vollends scheitern werden aber jedenfalls ihre Vertragspartner, weil sie den Inhalt der von der Stadt Linz bereits abgeschlossenen Kreditverträge nicht kennen können und, sofern dort Vertraulichkeit vereinbart ist, auch nicht kennen dürfen.

(d) Die Lektüre des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 zeigt indes, dass dem Gesetz nichts ferner liegt, als Prognosen für die ferne Zukunft zu fordern. Maßgeblich für die Beurteilung der Genehmigungspflicht ist allein das Jahr, in dem der Darlehensvertrag abgeschlossen wird: Der jährliche Gesamtschuldendienst ist mit den Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres zu vergleichen, wobei einerseits Tilgungsrücklagen für endfällige oder unregelmäßig fällige Darlehen einzuberechnen und andererseits die Schulden aus dem Darlehensvertrag, dessen Genehmigungsbedürftigkeit in Frage steht, in den Gesamtschuldendienst entsprechend einzustellen sind (arg: übersteigen). Das geht gewiss nicht ohne Schätzungen ab, diese sind auf das laufende Jahr beschränkt. Für die Genehmigungspflicht von Darlehen, die im Jahr 2007 abgeschlossen wurden, war und ist daher irrelevant, wie sich der Gesamtschuldendienst und die Einnahmen im Jahre 2011 oder im Jahre 2016 darstellen werden. Alles andere ließe den Gesetzgeber hellseherische Fähigkeiten voraussetzen, und das verfassungsrechtliche Verdikt hierüber wäre noch unausweichlicher als die Erwartung archivarischen Fleißes (VfSlg 3130/1956) oder der Lust am Lösen von Denksportaufgaben (VfSlg 12.420/1990).

(e) Die vom Landtag am 10. November 2011 beschlossene Neufassung der §§ 58 und 78 StL 1992 (Art III. Z 3 und Art II Z 5 Oö Gemeindrechtsnovelle

2012) bestätigt die zuvor erzielte Auslegung. Die Berechnungsmethode des geltenden § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 wird weitgehend unverändert in § 58 Abs 3 Z 3 nF übernommen. Weil sie für sonstige Finanzgeschäfte evidentenmaßen unsinnig ist, bleibt sie aber zum einen auf die Darlehen beschränkt. Zum anderen wird klargestellt, dass das "*aufzunehmende Darlehen – soweit möglich unter Berücksichtigung der Zinsentwicklung der letzten 36 Monate – auf Grund einer begründeten Prognose über die wahrscheinliche zukünftige Zinsentwicklung zu berücksichtigen*" ist. In den Erläuterungen ist dazu festgehalten, dass diese Klarstellung der Berechnungsmethode notwendig war, damit die Regelung

"– im Gegensatz zur geltenden Rechtslage – [...] dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG entspricht" (AB 512/2011 BlgOöLT XXVII. GP 15).

Hätte man sie "sinngemäß" auf den SWAP II angewandt, hätte sich im Übrigen keine Genehmigungspflicht ergeben. Die vor seinem Abschluss angestellte Risikoanalyse bezog nicht nur die letzten 36 Monate ein, sondern nahm an der Kursentwicklung von rund 25 Jahren Maß und sah den Frankenkurs im September 2001 als *worst case* an.

9.4.4 Keine Vergleichbarkeit von Swap- mit Kreditverbindlichkeiten

(a) Doch selbst wenn der Begriff "*Darlehensvertrag*", der Interpretation der Klägerin folgend, über Darlehen im technischen Sinn hinaus auch jene Rechtsgeschäfte umfasste, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen, wäre für ihren Standpunkt nichts gewonnen. Der Swap ist wirtschaftlich mit einem Kreditvertrag nicht vergleichbar.

(b) Das Wesen eines Kreditvertrages liegt darin, dass sich die eine Vertragspartei verpflichtet, der anderen einen bestimmten Betrag Geldes zu verschaffen, und diese im Gegenzug, diesen Betrag zeitverzögert wieder zurückzuzahlen. Gegenstand der Hingabe und Gegenstand der Rückgabe sind gleich, das regelmäßig vereinbarte Zinsentgelt wird für den Vorteil geleistet, über das Geld früher verfügen zu können. Bei einem Swap handelt es sich hingegen der Struktur nach um einen Tausch, der sich auf zwei Zahlungsströme bezieht, die schon deshalb ungleich sein müssen, weil man sie sonst nicht zu tauschen brauchte.

(c) Swaps können dazu eingesetzt werden, Zahlungen aus Kreditverträgen zu optimieren. In dieser Konstellation wird nicht gezahlt, um Risiken auszuschließen, es wird riskiert, um Zahlungen zu minimieren oder zu glätten, um die Zahlungsströme dadurch kalkulierbar zu machen (vgl. Beilage /26). Auch diesen Effekt kann man anderwärtig anzustreben versuchen, etwa durch Abschluss eines zeitlich abgestimmten Versicherungsvertrages auf Erleben, dessen Prämien aus einem endfälligen Darlehen bestritten werden in der Erwartung, dass der Auszahlungsbetrag

der Versicherung den Rückzahlungsbetrag des Darlehens samt Zinsen übersteigen werde. Dass der Abschluss einer solchen Lebensversicherung für den Versicherungsnehmer wirtschaftlich auf eine Kreditverpflichtung hinausliefe, wäre gleichwohl ein falscher Schluss. Gleiches gilt für den klagsgegenständlichen SWAP II: Es fehlt an einer Verpflichtung zunächst zur Hingabe, sodann zur Rückführung eines Geldbetrages in vergleichbarer Höhe, wer wann wie viel zu zahlen hatte, hängt von Variablen ab, weswegen bis heute nicht feststeht, ob die Stadt Linz über die gesamte Vertragslaufzeit gerechnet positiv oder negativ ausgestiegen wäre.

(d) Der aufgezeigte Mangel an Vergleichbarkeit von Swap- und Kreditverbindlichkeiten wird durch eine Analyse des Bundeshaushaltsrechts erhärtet. Dort begegnet in § 14 F-VG 1948 ein Darlehensbegriff, der nach herrschender Auffassung weit zu verstehen ist und "*offenbar jegliche Art von längerfristiger Fremdfinanzierung*" umfasst (Ruppe, § 14 F-VG, in: Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz 5; Kofler, § 14 F-VG, in: Kneihs/Lienbacher [Hrsg], Rill-Schäffer-Kommentar, Rz 4). Dass er Swaps gleichwohl nicht miteinschließt, zeigt die Verfassungsbestimmung des § 2 Abs 1 Bundesfinanzierungsgesetz. Ihr zufolge hat die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur neben anderen Aufgaben einerseits "*[d]ie Aufnahme von Finanzschulden des Bundes*" (Z 1), andererseits "*den Abschluß von Währungstauschverträgen und sonstiger Kreditoperationen, das sind insbesondere Verträge über a) den Austausch von Fixzinsbeträgen mit variabel verzinsten Beträgen in der gleichen Währung und b) den Austausch von Zins- und/oder Kapitalbeträgen in verschiedener Währung*" zu besorgen. Dadurch ist eine Unterscheidung auf Verfassungsebene getroffen, die den Abschluss von Währungstauschverträgen und sonstiger Kreditoperationen der Aufnahme von Finanzschulden gegenüberstellt: Verbindlichkeiten aus Swaps stellen keine Finanzschulden dar. § 2 Abs 1 Z 10 Bundesfinanzierungsgesetz bestätigt diese Unterscheidung, indem er die Aufnahme von Schulden dem Abschluß von Währungstauschverträgen gegenüber stellt, und § 65 Abs 1 BHG formt sie näher aus, indem er festhält:

"§ 65. (1) Finanzschulden sind alle Geldverbindlichkeiten des Bundes, die zu dem Zwecke eingegangen werden, dem Bund die Verfügungsmacht über Geld zu verschaffen. [...] Eine Finanzschuld darf insbesondere durch die Aufnahme von Darlehen gegen die Hingabe von Schatzscheinen oder sonstigen Schuldverschreibungen, durch die Aufnahme von Buchschulden oder Kontokorrentkrediten sowie durch die Übernahme von Wechselverbindlichkeiten oder Schulden im Sinne der §§ 1405 und 1406 ABGB eingegangen werden. Die bloße Hingabe von Schatzscheinen oder sonstigen Verpflichtungsscheinen zur Sicherstellung sowie Verbindlichkeiten aus Währungstauschverträgen begründen keine Finanzschulden.

Währungstauschverträge sind Verträge, die zum Austausch von Zinsen- und/oder Kapitalbeträgen abgeschlossen werden."

(e) Der letzte Satz zeigt, dass der Begriff "*Währungstauschverträge*" in § 65 Abs 1 BHG sowohl die Währungstauschverträge als auch die sonstigen Kreditoperationen des § 2 Abs 1 Z 2 Bundesfinanzierungsgesetz umfasst. Swaps stellen somit Währungstauschverträge iSd BHG dar, ihr Abschluss bedeutet keine Aufnahme von Finanzschulden.

(f) Dieser Grundsatz bleibt im BHG 2013 erhalten. Nach seinem § 78 Abs 1 fallen unter die Währungstauschverträge weiterhin auch die Zinsswaps, und Verbindlichkeiten aus Währungstauschverträgen begründen weiterhin keine Finanzschulden. In § 79 Abs 2 findet sich nunmehr jedoch eine finanzmathematische Formel, die (auch) auf Swaps passt, in § 79 Abs 3 eine Berechnungsformel für Kreditoperationen in ausländischer Währung.

(g) Dass ein Swap wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung nicht gleichkommt, wird schließlich durch eine niederösterreichische Bestimmung bestätigt, die auf Swaps zugeschnitten ist. Nach dem oben unter 9.4.2 bereits erwähnten § 69 Abs 5 NÖ GO 1973 ist bei allen Finanzgeschäften dem Gemeinderat vor Beschlussfassung eine Risikoanalyse zu unterbreiten, die von einem auf derartige Beratungen spezialisierten Einrichtung stammen muss, welche Finanzprodukte weder anbietet noch vermittelt. Von dieser Verpflichtung sind allerdings bestimmte Finanzgeschäfte ausgenommen, die der Gesetzgeber als risikoarm eingestuft hat, sofern sie keine (*per se* gefährliche) Fremdwährungskomponente beinhalten. In der entsprechenden Aufzählung finden sich neben Spareinlagen, Festgeldern, Kassenobligationen und Veranlagungen mit 100%-iger Kapitalgarantie auch "*Darlehen, Schuldscheindarlehen und sonstige Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen (zB Leasing)*". Wären Swapverbindlichkeiten wirklich einer Kreditverpflichtung gleichartig, wie die Klägerin behauptet, dann hätte der Gesetzgeber sie von einer Risikoanalyse freigestellt. Intendiert war indes das genaue Gegenteil. Wenn und weil Swaps Finanzinstrumente darstellen, die einfach strukturierten Kreditverpflichtungen nicht gleichkommen, sollten sie einer entsprechenden Risikoanalyse unterworfen werden.

Beweis: wie bisher.

9.5 Zwischenergebnis

9.5.1 Zusammenfassend liegt ein aufrechter Vertrag aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses 2004 vor:

- Der Gemeinderat hat am 3.6.2004 einen ordnungsgemäßen Beschluss gefasst, mit dem die FVV (und damit deren Leiter, Mag. Penn) zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios (im

Rahmen und als Teil eines professionellen Schuldenmanagements der Stadt Linz – siehe dazu oben Punkt 7.1 und Punkt 7.2) ermächtigt wurde. Es handelte sich nicht um eine Delegation, sondern um die Ermächtigung zum Abschluss genau umschriebener Geschäfte.

- Keine Bestimmung verlangt die Genehmigung des konkreten Vertrages. Auch die gegenständliche Klage wurde nicht im Wortlaut, sondern nur allgemein in der Form "genehmigt", dass der Bürgermeister "beauftragt" wurde, "rechtsgrundlos geleistete Zahlungen zurückzufordern und die bevollmächtigten Rechtsvertreter nunmehr umgehend anzuweisen, die Klage einzubringen." So wie dieser allgemein umschriebene "Auftrag" gültig und keine zulässige Delegation ist, ist auch die "Ermächtigung" der FVV "zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch Finanzterminkontrakte" hinreichend bestimmt und damit keine ungültige Delegation.
- Eine aufsichtsbehördliche Genehmigung war und ist für den SWAP II nicht erforderlich: Das – eng anzulegende – StL 1992 versteht unter Darlehensverträgen exakt jene Verträge, die das DaKRÄG, den zivilrechtlichen mit dem allgemeinen Sprachgebrauch wieder zur Deckung bringend, in der Neufassung des § 983 ABGB als Darlehensvertrag bezeichnet. Für diese Deutung spricht sowohl die Systematik der aufsichtsbehördlichen Genehmigungstatbestände als auch die in § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 enthaltene Berechnungsmethode.

9.5.2 Dies wurde bis vor kurzem auch von allen zuständigen Stellen des Landes und der Stadt Linz vertreten: Einerseits bestätigte dies der Leiter der für die Aufsicht über die Stadt Linz zuständigen "*Direktion Inneres und Kommunales*" der OÖ Landesregierung gegenüber einer breiten Öffentlichkeit noch in einem am 12.7.2011 publizierten Interview (siehe dazu Beilage /47); andererseits gingen auch die Juristen der Stadt Linz (einschließlich Magistratsdirektor Dr. Wolny als ihrem obersten Beamten, Universitätsprofessor für Verwaltungsrecht) offenbar von keiner Genehmigungspflicht aus, da sie diese nie relevierten. Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht wurde vielmehr erst im Nachhinein konstruiert.

10. ANSCHEIN DER GENEHMIGUNG DURCH DEN GEMEINDERAT

10.1 Grundlagen

10.1.1 Die Stadt Linz hat nunmehr – ebenso wie Mag. Penn im gegen ihn laufenden Ermittlungsverfahren der StA Linz – die Wirksamkeit des SWAP II in Frage gestellt. Bereits die obigen Ausführungen zeigen deutlich, dass es

sich dabei um eine bloße Schutzbehauptung handelt, welche die Stadt Linz erstmalig im Jahr 2010 aufstellte, nachdem sie das Vertragsverhältnis jahrelang gelebt hatte und sich – in guten Zeiten – laufend die Vorteile zugewendet hatte.

Beweis: Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011 (Beilage ./33);
Einstellungsantrag Mag. Penn vom 25.10.2011 (Beilage ./34);
wie bisher.

10.1.2 Für den Fall, dass der Gemeinderatsbeschluss 2004 – entgegen der oben dargelegten Ansicht der beklagten Partei – als ungültig angesehen werden sollte, bringt diese vor wie folgt:

10.1.3 Offenbar vermeint die Stadt Linz, dem Steuerzahler/Wähler vorzumachen, sie sei tatsächlich niemals eine Zahlungsverpflichtung eingegangen, um Imageschäden bei Bekanntwerden ihrer massiven internen Versäumnisse in der Öffentlichkeit gering zu halten. Aber auch für eine Stadt gilt: Verträge sind einzuhalten.

10.1.4 Gerade für einen derart professionellen Marktteilnehmer wie die Stadt Linz mutet die nunmehrige Schutzbehauptung, niemand habe von dem Geschäft gewusst, Mag. Penn hätte sämtliche Berichtspflichten verletzt und alle organisationsrechtlich vorgesehenen Kontrollinstanzen hätten versagt, konstruiert an: Entgegen aller Lebenserfahrung beruft sich die Stadt Linz nämlich nunmehr auf eine – lediglich behauptete – mehrfache und schwerwiegende Verletzung der organisationsrechtlichen Regelungen (des StL 1992 und darauf beruhender Verordnungen, die klare Berichtspflichten vorsehen) durch mehrere langjährig erfahrene, hochrangige Mitarbeiter und Organwalter der Stadt Linz. Darüber hinaus behauptet sie, dass ein massives Kontrollversagen aller mit Kontrollaufgaben betrauter Gemeindeorgane vorliege, das alleine der BAWAG P.S.K. anzulasten sei: Dies betrifft insbesondere

- das Kontrollamt und seinen Leiter;
- den Magistratsdirektor als Leiter des Magistrates;
- den Kontrollausschuss als Hilfsorgan des Gemeinderates, den – nicht zuletzt aufgrund des im September 2008 erhaltenen Berichts des Kontrollamtes erhöhte – Kontroll- und Erkundigungspflichten treffen;
- den Finanzausschuss als Hilfsorgan des Gemeinderates, den – nicht zuletzt aufgrund der regelmäßigen Berichterstattung über die gegenständlichen Geschäfte aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses 2004, seiner allgemeinen Zuständigkeit zur Vorberatung von Finanzangelegenheiten sowie des Informationsstandes seines Vor-

sitzenden erhöhte – Kontroll- und Erkundigungspflichten treffen; sowie schließlich

- den Gemeinderat selbst als politische Kontrollinstanz gegenüber dem Stadtsenat und dem Magistrat.

10.1.5 Tatsächlich hat der Gemeinderat schon im Jahr 2004 den Abschluss von "**Finanzterminkontrakten**" zur "**Optimierung**" der Zinslast beschlossen (dies unabhängig davon, ob die damit verbundene Ermächtigung der FVV rechtswirksam ist – Beilage ./11). Dieser Beschluss wurde vom Gemeinderat nach langer, ausführlicher Diskussion, sehenden Auges gefasst. Von "**Absicherung**" – wie es die Stadt Linz *ex post* interpretieren will – war hier keine Rede. Vielmehr ging es der Stadt Linz ausdrücklich darum, ihre Zinslast zu **optimieren**, dh zu verringern. Genau dieses Ziel verfolgte der SWAP II. Dass dies ohne Risiko möglich sei, hat schon in der damaligen Diskussion im Gemeinderat niemand behauptet.

10.1.6 Der spätere Versuch, das ganz bewusst übernommene und in der Folge höchst nachlässig – nach dem Vorbringen der Stadt Linz – verwaltete Geschäftsrisiko – *ex post*, nach ungünstiger wirtschaftlicher Entwicklung – auf den Vertragspartner abzuwälzen, scheitert. Er scheitert selbst dann, wenn man die öffentlich-rechtliche Frage der Wirksamkeit des Gemeinderatsbeschlusses vom 3.6.2004 völlig ausblendet. Das Geschäft ist in jedem Fall wirksam, da die zuständigen Organe das Geschäft nachträglich genehmigt, jedenfalls aber mehrfach den Anschein einer Genehmigung des Geschäfts durch den Gemeinderat gesetzt haben (dieser "**Anschein muss nur objektiv erkennbar, aber dem Dritten** [in concreto: der BAWAG P.S.K.] **nicht bekannt sein**"; "**es kommt auf den objektiv feststellbaren Schein an und nicht darauf, welche Kenntnis über den Beschlussinhalt der Kläger hatte**" – vgl OGH 10.7.1991, 3 Ob 551/91 = ecolex 1991, 678).

10.1.7 Die BAWAG P.S.K. hat auf diesen Anschein vertraut und durfte dies auch.

Beweis: wie bisher.

10.2 Anschein einer gültigen Genehmigung durch den Gemeinderat

10.2.1 Die Stadt Linz hat objektiv sowie gegenüber der BAWAG P.S.K. bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses durch ihre jeweils maßgeblichen Organe den Anschein eines wirksamen Gemeinderatsbeschlusses und Geschäftsabschlusses hervorgerufen. Insbesondere hat der Gemeinderat durch den Beschluss vom 3.6.2004 im Zusammenhang mit dem öffentlich zugänglichen Verhandlungsprotokoll den für einen außenstehenden Dritten klaren und eindeutigen Anschein einer ordnungsgemäßen Genehmigung erweckt. Die Berechtigung der Überzeugung des Dritten von der Vertretungsmacht des Verhandlungspartners darf nämlich "**nicht darauf**

hinauslaufen, dass der Verhandlungspartner sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach einzurichten hätte" (OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90 = JBI 1991, 517).

10.2.2 Auch im vorliegenden Fall liegt tatsächlich ein – der BAWAG P.S.K. mehrfach als Rechtsgrundlage kommunizierter – grundsätzlicher Beschluss des Gemeinderates vom 3.6.2004 (Beilage ./11) betreffend den Abschluss von Finanzterminkontrakten zur Optimierung der Zinslast vor, womit der Gemeinderat selbst einen entsprechenden Anschein gegenüber der BAWAG P.S.K. geschaffen hat. Da die BAWAG P.S.K. auf diesen Anschein vertraute und vertrauen durfte, war der Vertragsschluss jedenfalls bereits kraft äußeren Anscheins vorhandener Abschlussbefugnis ursprünglich wirksam (vgl die insoweit vergleichbare Entscheidung OGH 3 Ob 551/91, die ebenfalls auf einer bloß "*grundsätzlichen*" Zustimmung des Gemeinderates beruhte, sowie weiters 8 Ob 573/90). Der Abschluss des Rahmenvertrages 2006 mit dem Bürgermeister der Stadt Linz erfolgte unter ausdrücklicher Berufung auf den zugrundeliegenden Gemeinderatsbeschluss 2004.

10.2.3 Einige der Elemente des Anscheins, auf die sich die BAWAG P.S.K. zu stützen vermag, sind in der Stellungnahme von Mag. Penn im laufenden Strafverfahren eingehender beschrieben (Beilage ./33): Auch er nimmt für sich in Anspruch, dass er aufgrund der Interpretation des Gemeinderatsbeschlusses 2004 durch alle maßgeblichen Organe und Dienststellen der Stadt Linz davon ausgehen durfte, "*tatsächlich ordnungsgemäß ermächtigt gewesen zu sein*". Auch er stützt sich damit auf den durch den Gemeinderat selbst durch die Beschlussfassung mit diesem Wortlaut geschaffenen Anschein (3 Ob 551/91), ebenso wie – ausdrücklich – auf den Finanzausschuss als Hilfsorgan des Gemeinderates, den Bürgermeister, Finanzstadtrat Dr. Mayr und das Kontrollamt. Er selbst hat als Fachmann und einschlägig verantwortlicher Dienststellenleiter den SWAP II als vom Gemeinderatsbeschluss 2004 gedeckt, angesehen.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011 (Beilage ./33);
wie bisher.

10.3 Anschein nachträglicher Genehmigung durch den Gemeinderat

10.3.1 Anschein aufgrund massiver Vernachlässigung von organisationsrechtlichen Amts- und Kontrollpflichten

Überdies hat die Stadt Linz objektiv sowie gegenüber der BAWAG P.S.K. im Laufe der Vertragsbeziehung durch ihre jeweils maßgeblichen Organe jedenfalls den Anschein einer nachträglichen Genehmigung gesetzt. Ein

derartiger Anschein ist nach der hRspr dann anzunehmen, "**wenn das beschlusslose Rechtsgeschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein konnte und sie dennoch nicht reagierten**" (OGH 13.2.2001, 4 Ob 26/01d).

Auch im vorliegenden Fall konnte das Geschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein. Der Stadtsenat und seine Mitglieder sind dem Gemeinderat für ihre Amtsführung verantwortlich und unterliegen dessen Kontrolle, ua in Gestalt des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses als seine Hilfsorgane (die jeweils fachkundig besetzt sind). Der Gemeinderat und die ihm zuzurechnenden Hilfsorgane, der Finanzausschuss bzw Kontrollausschuss, hatten aufgrund von Berichten in Übereinstimmung mit organisationsrechtlichen Vorschriften Kenntnis vom SWAP II. Sowohl im Finanzausschuss als auch im Kontrollausschuss des Gemeinderates war der SWAP II spätestens ab dem Sommer 2007 regelmäßig Gegenstand der Berichterstattung und Diskussion, ebenso wie er auch Eingang in die vom Gemeinderat zu beschließenden Jahresvoranschläge und Rechnungsabschlüsse fand. Auch im Hinblick auf die Größenordnung und die Bedeutung des SWAP II für die Finanzgebarung der Stadt Linz ist zwingend davon auszugehen, dass dieses Geschäft dem Gemeinderat "*nicht verborgen bleiben konnte*" – schon dies wäre nach der Judikatur ausreichend, da auch eine "**Vernachlässigung von Kontrollpflichten durch das zuständige Organ zur Begründung einer Duldungsvollmacht führen kann**" (vgl OGH 27.9.1989, 9 OB A 251/89 = JBI 1990, 534 mwN).

Dennoch hat über Jahre niemand reagiert, weil das Geschäft – jedenfalls so lange es gut lief – gewünscht war. Dies erhellt schon aus dem Umstand, dass laut Medienberichten offenbar weiterhin auf dem Gemeinderatsbeschluss 2004 (Beilage ./11) beruhende Geschäfte von der Stadt Linz mit der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft bzw der Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft unverändert erfüllt werden, ohne dass deren Gültigkeit in gleicher Weise wie jene des SWAP II in Frage gestellt worden wäre (Beilage ./46). Festzuhalten ist, dass die diesen zugrunde liegenden Rahmenverträge ebenfalls im September 2006 aufgrund desselben Amtsberichts vom Bürgermeister unterzeichnet wurden.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Artikel der "Kronen Zeitung" vom 24.11.2011 (Beilage ./46);
wie bisher.

10.3.2 Anschein aufgrund Vorteilszuwendung

Über die oben geschilderte, aus dem Vorbringen in der Klage zu erschließende massive Vernachlässigung von Kontrollpflichten durch die

zuständigen Organe der Stadt Linz hinaus ist den maßgeblichen Organen auch die Zuwendung des Vorteils aus dem Geschäft iSd § 1016 ABGB zuzurechnen, die bereits unter Punkt 5.6.4 dargestellt wurde (vgl OGH 13.2.2001, 4 Ob 26/01d, wonach eine nachträgliche Genehmigung von Zusatzaufträgen vorliege, weil sich die Beklagte den Vorteil aus der Tätigkeit des Klägers zugewendet habe). Auch diese Zuwendungen führen aus rechtlicher Sicht zu einem den zuständigen Organen zurechenbaren Anschein der Erteilung nachträglicher Genehmigung.

10.3.3 Dabei erfolgten die Vorteilszuwendungen wiederholt und in erheblicher Höhe:

Valutadatum	Betrag in CHF
16.04.2007	698.831,25
15.10.2007	2.333.960,41
15.04.2008	2.815.972,74
15.10.2008	2.828.363,36
15.04.2009	1.464.662,44
	10.141.790,20

Beweis: wie bisher.

10.4 Schlussfolgerung

Selbst wenn also der Gemeinderatsbeschluss 2004 den SWAP II nicht decken sollte: Die Stadt Linz und insbesondere der Gemeinderat sowie der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss als seine zuständigen Hilfsorgane haben das Geschäft in mehrfacher Weise nachträglich genehmigt oder – zumindest – den Anschein der bereits bei Vertragsabschluss im Februar 2007 vorliegenden bzw nachträglichen Genehmigung des Geschäftes gesetzt:

- Zunächst durch den im Amtsblatt und im Internet veröffentlichten und der BAWAG P.S.K. mehrmals kommunizierten Gemeinderatsbeschluss 2004 selbst, mit dem der Gemeinderat in seiner Gesamtheit einen Anschein der gültigen Genehmigung gegenüber der BAWAG P.S.K. geschaffen hat. Auf diesen Anschein hat sich nicht zuletzt auch Mag. Penn verlassen, wie seine Verantwortung im Strafverfahren zeigt. Auch sämtliche Organe der Stadt einschließlich insbesondere des Bürgermeisters, des Finanzstadtrates, des im öffentlichen Recht habilitierten Magistratsdirektors Univ.-Prof. Dr. Wolny (der für die rechtliche Vorprüfung der Gemeinderatsvorlage letztlich verantwortlich zeichnete), des Kontrollausschusses und seines Vorsitzenden Univ.-Doz. Klug gingen bis vor Kurzem von der Gültigkeit des Gemeinderatsbeschlusses und der Deckung des SWAP II durch diesen aus, wie zahlreiche interne Dokumente und

Kommunikationen der Stadt Linz zeigen (zahlreich zitiert in diesem Schriftsatz in den schriftlichen Stellungnahmen von Mag. Penn im Strafverfahren).

- Selbst wenn kein ursprünglicher Anschein im Zeitpunkt des Abschlusses 2004 gegeben gewesen sein sollte, ist ein solcher doch nachher entstanden, indem die Stadt Linz die Vorteile aus dem SWAP II über Jahre hinweg anstandslos entgegengenommen hat. Auch in der Budgetrede für das Budget 2010 wurde konkret auf derartige Geschäfte Bezug genommen (sh Beilage ./61). Darüber hinaus ist das Geschäft jedenfalls dem Finanzausschuss (aufgrund regelmäßiger Berichte sowie aufgrund vollumfänglicher Kenntnisse seines Vorsitzenden) und (aufgrund eines ausdrücklichen Kontrollamtsberichts vom Herbst 2008) dem Kontrollausschuss als den zuständigen Hilfsorganen des Gemeinderates nicht verborgen geblieben. Auch ist aufgrund der Größe des Geschäfts nicht vorstellbar, dass es dem Gemeinderat verborgen geblieben sein konnte. Vielmehr ist im mangelnden Einschreiten des Gemeinderates und seiner Hilfsorgane ein massives Kontrollversagen zu erblicken, das die Annahme eines Anscheins der nachträglichen Genehmigung begründet.

Die Stadt Linz muss das Geschäft daher gegen sich gelten lassen.

Die höchstgerichtliche Judikatur, die dem Vertragspartner einer Kommune im Geschäftsverkehr einen – sogar auf rein objektive Umstände gegründeten (vgl OGH 10.7.1991, 3 Ob 551/91 = ecollex 1991, 678) – Vertrauensschutz zugesteht, steht im Einklang mit tragenden Prinzipien der Rechtsordnung. Andernfalls stünde es einer Stadt frei, ein Risiko bewusst zu übernehmen, die Geschäftsentwicklung zu beobachten und – je nach Geschäftsgang – (so lange alles gut geht) die Vorteile aus dem Geschäft einzustecken, bei möglichen Nachteilen aber den Geschäftspartner zur Kasse zu bitten. Einer solchen – durch nichts zu rechtfertigenden – Benachteiligung des Geschäftspartners schiebt die Judikatur einen Riegel vor. Auf die jüngste Entscheidung des OGH 6 Ob 129/10d wird verwiesen. Hier wollte die Stadt Linz als Galeriebetreiber die Erben einer verstorbenen Leihgeberin durch kostenlose Vereinnahmung eines – bei der Stadt Linz nicht mehr auffindbaren – Schiele-Gemäldes übervorteilen.

11. VERLETZUNG VON SORGFALTPFLICHTEN DURCH DIE STADT LINZ (CIC), COMPENSANDOEINWAND, MITVERSCHULDEN

11.1 Verletzung von Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten durch die Stadt Linz

Hinsichtlich (i) des bestrittenen Mangels eines gültigen Gemeinderatsbeschlusses sowie (ii) des bestrittenen Mangels einer aufsichtsbehördlichen

Genehmigung stützt sich die BAWAG P.S.K. hilfsweise auch auf die Verletzung von Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten durch die Stadt Linz (*culpa in contrahendo* – CIC). Der BAWAG P.S.K. steht ein Schadenersatzanspruch gegen die Stadt Linz auf Grundlage der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch die Stadt Linz zu, sofern der SWAP nicht gültig zustande gekommen sein sollte.

Die Stadt Linz bzw die ihr zurechenbaren Vertreter haben es nämlich schuldhaft verabsäumt, die BAWAG P.S.K. über die angeblich fehlende Befugnis des Mag. Penn bzw die fehlende Vertragsgrundlage aufzuklären. Ganz im Gegenteil: Wiederholt haben die Vertreter der Stadt Linz den Gemeinderatsbeschluss 2004 als die ausreichende öffentlich-rechtliche Vertragsgrundlage für die gegenständlichen Geschäfte bezeichnet und damit die BAWAG P.S.K. (allenfalls sogar vorsätzlich) in die Irre geführt. Es war und ist der BAWAG P.S.K. als Vertragspartner nicht zuzumuten, "*sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach einzurichten*" (OGH 13.9.1990, 8 Ob 573/90 = JBI 1991, 517).

Die Stadt Linz bzw die ihr zurechenbaren Vertreter haben es weiters schuldhaft verabsäumt, die BAWAG P.S.K. über die angeblich erforderliche aufsichtsbehördliche Genehmigung und deren Fehlen aufzuklären. Dies wiegt umso schwerer, als eine Berechnung der die Genehmigungspflicht auslösenden Schwellen für einen außenstehenden Dritten wie die BAWAG P.S.K. nicht möglich ist. Sie ist daher unweigerlich auf diese Aufklärung durch die Stadt Linz angewiesen. Überdies ist die Genehmigungspflicht für einen im Zivilrechtsverkehr stehenden Dritten ohne eine solche Aufklärung nicht erkennbar, da die Subsumtion eines Swap-Geschäfts unter den Begriff des "*Darlehens*" keineswegs auf der Hand liegt. Sogar vom Leiter der zuständigen Abteilung der Aufsichtsbehörde wurde das noch in einem Interview im Jahr 20011 (konkret am 12.7.2011 – sh Beilage ./47) klar verneint.

Beweis: Artikel der "Oberösterreichische Nachrichten" vom 12.7.2011 (Beilage ./47);
wie bisher.

Wäre die BAWAG P.S.K. zeitgerecht – entweder noch vor Geschäftsabschluss oder auch in der Folge – über die angeblich fehlende Befugnis des Mag. Penn bzw die fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung aufgeklärt worden, wäre der geltend gemachte Schaden nicht entstanden.

11.2 Compensandoeinwand

11.2.1 Der beklagten Partei stünde daher auch im Hinblick auf die Aufklärungspflichtverletzung ein Schadenersatzanspruch gegen die klagende Partei zu, der sich mit dem vertraglich vereinbarten Anspruch laut Rahmenvertrag deckt. Diesen hat die beklagte Partei zu 48 Cg 222/11y des

HG Wien mit Widerklage geltend gemacht. Aus Gründen der Vorsicht wird der Anspruch in der Höhe von EUR 417.737.018,29 (vgl. Beilage ./78) in diesem Verfahren bis zur Höhe des Klagebegehrens compensando eingewandt.

- 11.2.2** Folgt man dem Vorbringen der Klage, so müsste die klagende Partei ferner jenen Gewinn idHv EUR 881.000 herausgeben, den sie rechtgrundlos mit SWAP I erzielt hat. Der Rückforderungsanspruch wird auf Bereicherung und Schadenersatz gestützt und ebenso compensando eingewandt.

Beweis: Widerklage vom 8.11.2011 (Beilage ./78);
wie bisher.

11.3 Mitverschuldenseinwand

- 11.3.1** Im Hinblick auf die oben dargestellten Aufklärungspflichtverletzungen im vorvertraglichen Verhältnis wendet die beklagte Partei - aus Vorsichtsgründen - auch krasses Mitverschulden der klagenden Partei ein. Nur durch ihre krass groben (möglicherweise auch vorsätzlichen) vorvertraglichen Pflichtverletzungen konnte der Schaden eintreten. Hätte die klagende Partei zeitgerecht aufgeklärt, wäre der Vertrag nicht mit der BAWAG P.S.K. zustande gekommen (sondern wohl mit einem Mitbewerber, wie zB der Bank Austria). Die BAWAG P.S.K. hätte den Vertrag bei Kenntnis von Rechtsmängeln niemals abgeschlossen. Da es der BAWAG P.S.K. im Hinblick auf die für einen Dritten unklaren Schwellen für Darlehen unmöglich war zu erkennen, dass eine aufsichtsrechtliche Genehmigung erforderlich sein könnte, liegt das Verschulden – wenn schon nicht zur Gänze, doch – ganz überwiegend auf Seiten der Stadt Linz. Ein allfälliges Verschulden der beklagten Partei träte demgegenüber völlig in den Hintergrund. Im Falle einer Schadensteilung wäre das in entsprechendem Ausmaß zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die Schwere des Verschuldens der Stadt Linz müsste somit eine Schadensteilung unterbleiben (vgl. *Reischauer in Rummel*³, § 1304 Rz 5); dies zu Lasten der Stadt Linz.

- 11.3.2** Unter keinen Umständen kann die beklagte Partei für jene Versäumnisse mitverantwortlich gemacht werden, die die Stadt Linz nach Aufklärung über den negativen Marktwert Anfang des Jahres 2008 – durch ihre bewusste Entscheidung zur Passivität – allein zu verantworten hat. In jedem Fall hat sie die Vergrößerung des Verlustes – durch ihre Untätigkeit trotz zahlreichen Angeboten der BAWAG P.S.K. zu risikominimierendem Handeln – ganz alleine zu verantworten. Das gilt gleichermaßen für den Informationsstand im Jahr 2008 wie auch für jeden Zeitraum danach, samt nachweislicher Information von Bürgermeister Dr. Dobusch im Frühjahr 2010.

Beweis: wie bisher.

12. KEIN MISSBRAUCH DER VERTRETUNGSMACHT

Nach der klagenden Partei soll der Abschluss des SWAP II einen Vollmachtmissbrauch seitens Mag. Penn darstellen; dieser behauptete Missbrauch sei für die beklagte Partei evident gewesen, da der SWAP II Vorschriften des Aufsichtsrechts (Art 119a Abs 2 B-VG) bzw des Haushalts- und Gebarungsrechts der Stadt Linz (§ 57 StL 1992) zuwiderlaufe.

Dieses Vorbringen der klagenden Partei wird bestritten. Die klagende Partei versucht aus dem öffentlichen Haushalts- und Gebarungs- sowie Gemeindeaufsichtsrecht etwas für ihre Position zu gewinnen. Dies scheitert schon daran, dass haushalts- und gebarungsrechtliche Vorschriften – wie der zit § 57 StL 1992 – keinen Einfluss auf das Bestehen und/oder den Umfang einer Vollmacht haben können (vgl zu § 867 ABGB oben 9.1.2 sowie *Thunhart*, Privatrechtlicher Vertrauensschutz und § 867 ABGB, öarr 2001, 419 ff). Gleiches gilt für Art 119a Abs 2 B-VG, der lediglich den Prüfungsmaßstab der Gemeindeaufsicht festlegt (vgl *Kahl* Art 119a, in *Kneihls/Lienbacher* [Hg], Rill-Schäffer-Kommentar, 5. Lfg [2007] Rz 87); soweit der Gesetzgeber eine Außenwirkung von gemeindeaufsichtsrechtlichen Vorschriften für notwendig erachtet, kann er dies ausdrücklich anordnen (so wie der OÖ Landesgesetzgeber dies in § 78 Abs 3 StL 1992 ohnedies ausdrücklich getan hat).

Selbst für den Fall, dass Mag. Penn seine Vertretungsmacht vorsätzlich missbraucht haben sollte, wäre dies für die beklagte Partei in keinem Fall "evident" iSd einschlägigen höchstgerichtlichen Judikatur gewesen. Evident bedeutet nicht schlichte Erkennbarkeit – die Annahme eines vorsätzlichen Vollmachtmissbrauchs "*muss sich geradezu aufdrängen*" (vgl RS0061587). Für die beklagte Partei gab es aber weder beim Abschluss des SWAP II, noch zu einem späteren Zeitpunkt Anhaltspunkte für einen vorsätzlichen Vollmachtmissbrauch.

Im Gegenteil: Die Umstände des Vertragsabschlusses gaben für die beklagte Partei – wie anscheinend auch für die anderen Vertragspartner der Stadt Linz aus dem Bankensektor – überhaupt keine Anhaltspunkte für einen vorsätzlichen Vollmachtmissbrauch seitens Mag. Penn. Es gab den Gemeinderatsbeschluss 2004, der die FVV zum Abschluss von "*Finanzterminkontrakten*" zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios ermächtigte (Beilage ./11), den vom Bürgermeister unterschriebenen Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1), das Unterschriftenblatt, mit dem der Bürgermeister Mag. Penn ausdrücklich ermächtigte, "*Finanztermingeschäfte*" abzuschließen (Beilage ./13), und ein gleich strukturiertes Vorgeschäft (SWAP I).

Vor diesem Hintergrund schloss die beklagte Partei den SWAP II, ein Finanztermingeschäft, das der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios im Rahmen des Schuldenmanagements der Stadt Linz dienen

sollte. Warum sich der beklagten Partei in einer derartigen Situation die Annahme eines vorsätzlichen Vollmachtsmissbrauches seitens des Mag. Penn "**geradezu aufdrängen**" hätte sollen, bleibt unerfindlich.

Beweis: wie bisher.

13. KEIN WUCHER

13.1 Regelungskonzept

Der Tatbestand des Wuchers setzt drei Elemente voraus: (i) eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Bewucherten, (ii) das Ausnutzen dieser Beeinträchtigung durch die Gegenseite, um (iii) eine Leistung zu erhalten, deren Wert in einem auffallenden Missverhältnis zu dem der eigenen Leistung steht (vgl. *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.0 § 879 Rz 258).

13.2 SWAP II nicht vom Wuchertatbestand erfasst

Vom Wuchertatbestand des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB sind nur solche Rechtsgeschäfte erfasst, bei denen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die wechselseitigen Leistungen bestimmt sind oder zumindest ein durchschnittlicher Wert der unbestimmten Leistungen unter Heranziehung von Wahrscheinlichkeitsregeln festgestellt werden kann (vgl. *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 258).

Betrachtet man den SWAP II, so zeigt sich, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufgrund der ihm zugrunde liegenden variablen Zahlungspflichten (die einerseits auf einen Referenzzinssatz [nämlich CHF-LIBOR], andererseits auf den EUR/CHF-Wechselkurs abstellen und somit im Vorhinein unvorhersehbar waren) ein Vergleich der für die Stadt Linz und die BAWAG P.S.K. verbundenen Chancen nach objektiven Kriterien unmöglich war. Niemand, auch nicht der beste Fachmann und erfahrenste Finanzexperte, hätte vermögen, die Wertentwicklung des SWAP II vorherzusehen.

Aus der Unsicherheit der künftigen Wertentwicklung des SWAP II folgt zwangsläufig, dass hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten werden können. Das gilt auch für Wahrscheinlichkeiten einer bestimmten künftigen Entwicklung von Referenzkursen (wie dem CHF-Libor oder dem EUR/CHF-Wechselkurs), da diese – anders als etwa Leibrentenverträge, bei denen auf die statistisch ermittelbare, durchschnittliche Lebenserwartung der Bevölkerung zur Objektivierung abgestellt werden kann – letztlich stets auf subjektiven Bewertungen beruhen, die nicht verifizierbar sind (vgl. LG Krefeld 11.9.2008 3 O 48/08).

Wenn irgendjemand, und sei es durch Wahrscheinlichkeitsrechnungen, den zukünftigen Kursverlauf von Finanzwerten vorhersagen könnte, würde

letztlich der Markt für derartige Geschäfte zusammenbrechen (so ausdrücklich LG Krefeld 11.9.2008 3 O 48/08).

Im Vordergrund des SWAP II stand daher die eigene (subjektive) Bewertung des SWAP II durch Mag. Penn und somit der Stadt Linz. Er bildete sich gemeinsam mit Dr. Mayr (sh oben Punkt 4.7.10) eine eigene Meinung in Bezug auf die künftige Entwicklung der wertbildenden Faktoren und nahm damit auch eine eigenständige Bewertung von Leistung und Gegenleistung aus dem SWAP II vor. Entgegen den Behauptungen der Stadt Linz waren weder der aus dem SWAP II entspringende Nutzen noch die damit verbundenen Belastungen ex ante berechenbar (gleichlautend LG Essen 3.9.2008 42 O 16/08).

Anders als die Stadt Linz meint, ist im Übrigen auch der Marktwert des SWAP II zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kein Parameter für das Vorliegen eines auffallenden Missverhältnisses zwischen den aus dem SWAP II resultierenden Leistungen und Gegenleistungen. Der Marktwert des SWAP II stellt nämlich nicht den Betrag dar, den die Stadt Linz in jedem Fall oder auch nur möglicherweise verlieren würde, sondern ist eine Momentaufnahme, die sich kontinuierlich ändert (vgl zB LG Krefeld 11.9.2008 3 O 48/08; vgl ferner LG Essen 03.09.2008 42 O 16/08).]

Mangels ausreichender Objektivierbarkeit der aus dem SWAP II entspringenden wechselseitigen Leistungspflichten ist der SWAP II nicht von § 879 Abs 2 Z 4 ABGB erfasst, weshalb schon deswegen kein Wucher vorliegen kann.

Selbst wenn man unzutreffenderweise dennoch von einer Subsumierbarkeit des SWAP II unter den zivilrechtlichen Wuchertatbestand ausgehen würde (was bestritten wird), so würde sich zeigen, dass eine Berufung auf § 879 Abs 2 Z 4 ABGB auch aus anderen Gründen scheitert:

13.3 Keine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Bewucherten

Die Stadt Linz unterstellt, dass die Freiheit der rechtsgeschäftlichen Willensbildung von Mag. Penn aufgrund dessen Unerfahrenheit sowie dessen Leichtsinn beim Abschluss des SWAP II eingeschränkt gewesen sein soll. Dies ist falsch:

13.3.1 Mag. Penn – Erfahrener Finanzexperte

Mag. Penn hatte umfassende Kenntnisse und Erfahrung im Finanzbereich und bei Derivatgeschäften. Es kann – entgegen der Behauptung der Stadt Linz – keine Rede davon sein, dass eine Unerfahrenheit oder ein Mangel an Urteilsvermögen von Mag. Penn beim Abschluss des SWAP II bestanden haben.

Mag. Penn, der sich anscheinend auch privat mit Finanzgeschäften beschäftigte (als sein Hobby wurde auf der Homepage der Stadt Linz "Börse" angegeben) war zum Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II ein jahrzehntelang erfahrener Finanzexperte, der von 1997 bis 2009 Leiter der Stadtkämmerei und von November 2004 bis Ende März 2011 Finanzdirektor, dh Leiter der FVV der Stadt Linz war. Überdies war er auch in Kapitalgesellschaften in Geschäftsführungspositionen tätig.

Beweis: Screenshot der Homepage der Stadt Linz vom 18.2.2011 (Beilage ./64);
Firmenbuchauszüge - Organfunktionen Mag. Penn (Beilage ./63)
wie bisher.

Mag. Penn verfügte beim Abschluss des SWAP II über umfangreiche einschlägige Erfahrungen mit Derivatgeschäften. So hatte er für die Stadt Linz vor Abschluss des SWAP II komplexe Finanztermingeschäfte (Swaption-Geschäfte) mit der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft und mit der Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft abgeschlossen.

Swaption-Rechtsgeschäfte sind Optionen, die es dem Käufer gegen die Zahlung einer einmaligen Prämie erlauben, zu einem bestimmten Zeitpunkt, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zu festgelegten aufeinanderfolgenden Zeitpunkten in einen Zinsswap einzutreten. Die Zusammenführung von Optionen und Swap-Geschäften in einem Rechtsgeschäft macht deutlich, dass die Stadt Linz vor dem SWAP II deutlich komplexer strukturierte Derivate abgeschlossen hatte, als den einfach strukturierten SWAP II. Der SWAP II war also kein Ausreißer der Stadt Linz, sondern Teil einer geübten Praxis.

Beweis: Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Artikel der "Kronen Zeitung" vom 24.11.2011 (Beilage ./46);
wie bisher.

Mit der BAWAG P.S.K. bestand zu diesem Zeitpunkt schon über ein halbes Jahr der SWAP I, der den gleichen Zahlungsmechanismus wie der SWAP II aufwies. Bereits bei Abschluss des SWAP I vermittelte Mag. Penn den Vertretern der BAWAG P.S.K. den überzeugenden und wahren Eindruck, dass er auch mit anderen Banken über Derivatgeschäfte in laufenden Verhandlungen stehe (vgl Beilage ./60) und es ihm um eine bestmögliche Aushandlung der Vertragsbedingungen für die Stadt Linz – jeweils zugeschnitten auf den konkreten Bedarf der Zinsoptimierung – gehe.

Beweis: Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);
E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn

vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60);
wie bisher.

Er benahm sich wie ein Portfoliomanager, der im Rahmen der ihm eingeräumten umfassenden Dispositionsbefugnis ein Portfolio an Verbindlichkeiten optimal zu bewirtschaften hatte und zu diesem Zwecke aus einer Fülle an Instrumenten (zB Kreditverträge, Optionen, Swaps etc) wählen konnte.

Von der von der Stadt Linz vorgebrachten "Vertrauensseligkeit" konnte wahrlich keine Rede sein: Mag. Penn trat in Verhandlungen überaus selbstbewusst und kritisch gegenüber den präsumtiven Vertragspartnern auf; so auch bei den Verhandlungen mit der BAWAG P.S.K. über den SWAP II. Wenn die Stadt Linz nun – um den Tatbestand des Wuchers fruchtbar zu machen – Mag. Penn als arglosen und einfältigen Charakter darstellen möchte, der Banken blind vertraut habe, scheitert dies an den diametral unterschiedlichen Beschreibungen all jener Personen, mit denen er als Finanzdirektor in geschäftlichen Beziehungen stand und die von einem sehr selbstbewussten, fachlich ausgezeichnetem und manchmal belehrenden Naturell und Gehabe des Mag. Penn berichten.

Beweis: Gesprächsnotiz BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008 samt
Präsentation (Beilage ./54);
wie bisher.

Mag. Penn verwaltete einen jährlichen Schuldenstand von rund 360 Millionen Euro im Jahr 2007 und leitete eine auf Finanzmanagement spezialisierte Abteilung der Stadt Linz mit rund 90 Mitarbeitern. Seine ausschließliche Aufgabe war es, die Finanzen der Stadt Linz bestmöglich zu bewirtschaften; er machte dies nicht etwa "nebenher" (wie zB in kleinen Gemeinden der Bürgermeister), sondern er konnte sich den ganzen Tag, jahrein und jahraus allein damit befassen, wie die Schulden der Gemeinde Linz optimal verwaltet werden sollten. Er hatte Zugang zu Spezialinformationen, diskutierte laufend mit anderen Finanzmarktteilnehmern (Investmentbanken, Finanzinformationsdienste, Finanzanalysten etc) und schloss über Jahre hinweg einschlägige Geschäfte ab. Er konnte sich jederzeit eines Stabes von rd 90 Mitarbeitern bedienen, die ihm zurarbeiteten. Mag. Penn hatte eine Position inne, die sowohl in Bezug auf die Verantwortung als auch die damit verbundene Expertise mit einem Finanzvorstand/Treasury-Leiter eines großen Unternehmens zu vergleichen ist.

Beweis: Vorbericht zum Rechnungsabschluss 2007 (Beilage ./67);
wie bisher.

Zusammengefasst handelte es sich bei Mag. Penn um einen professionellen Marktteilnehmer, dessen Beruf es war, die Finanzierung der

Stadt Linz zu gewährleisten und deren Schulden bestmöglich zu verwalten. Aus 14 Jahren Erfahrung waren ihm sämtliche Facetten dieses Geschäftes im Detail bekannt. Es wäre völlig lebensfremd anzunehmen, dass Mag. Penn weder ausreichende praktische Erfahrungen noch theoretische Kenntnisse über die Wirkungsmechanismen von Swap-Geschäften gehabt hätte, obwohl er damit tagtäglich zu tun hatte, sich laufend über die Geschehnisse auf dem Finanzmarkt informierte, sich eine eigene Meinung dazu bildete, die sich im Nachhinein übrigens oftmals als zutreffend erwies, und laufend im ordentlichen Geschäftsbetrieb mit nationalen und internationalen Banken Derivatgeschäfte verhandelte und abschloss. So ging Mag. Penn nur wenige Monate nach dem SWAP II mit Nomura International plc ein Swap-Geschäft ein, welches in Punkto Komplexität weit über den SWAP II hinausging (vgl. Beilage ./32). Auch das ist ein weiterer Beleg für die Erfahrung von Mag. Penn.

Beweis: wie bisher.

Dieser Befund wird verifiziert durch die Selbsteinschätzung von Mag. Penn, der sich selbst als professioneller Marktteilnehmer empfand und dies auch seinen Gesprächspartnern kundtat.

Beweis: Swap-Geschäft zwischen Stadt Linz und NOMURA INTERNATIONAL plc vom 27.8.2008 (Beilage ./32);
Gesprächsnotiz BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008 samt Präsentation (Beilage ./54);
wie bisher.

All dies zeigt: Mag. Penn war ein Profi in Bezug auf Finanztermingeschäfte. Die von der Stadt Linz behauptete Unerfahrenheit von Mag. Penn entbehrt jeglicher Grundlage. Der Tatbestand des Wuchers ist daher – selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der SWAP II überhaupt von dessen Anwendungsbereich erfasst wäre (siehe dazu oben Punkt 13.2) – nicht erfüllt.

Im Übrigen: Ungeachtet der Einstufung Mag. Penns als professioneller Marktteilnehmer würde der Tatbestand der Unerfahrenheit iSd § 897 Abs 2 Z 4 ABGB nach hA überhaupt nur dann vorliegen, wenn der Vertragspartner infolge Fehlens von Lebenserfahrung oder von allgemeinen Geschäftskennnissen verhindert war, seine Interessen beim Geschäftsabschluss gehörig zu wahren. Das Fehlen der bloß für bestimmte Geschäfte erforderlichen besonderen Kenntnisse kommt nicht in Betracht (vgl. OGH RIS-Justiz RS0110120; *Krejci* in *Rummel*³, § 879 Rz 222; *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ § 879 Rz 27; *Bollenberger/Bydlinski* in *Koziol/Bollenberger/Bydlinski*, ABGB³ § 879 Rz 20; jeweils mwN).

Da die Stadt Linz – unberechtigtweise, wie oben (siehe dazu 13.3.1) gezeigt wurde – aber nur auf das Fehlen spezifischer, zum Abschluss des

SWAP II erforderlicher Fähigkeiten von Mag. Penn abstellt, dessen Lebenserfahrung oder allgemeine Geschäftskennntnisse jedoch nicht generell in Frage stehen, kann Mag. Penn auch aus diesem Grund keine Unerfahrenheit iSd § 879 Abs 2 Z 4 ABGB unterstellt werden. Anders lässt es sich nicht erklären, dass Mag. Penn weiterhin als Geschäftsführer bei der Immobilien Linz GmbH beschäftigt ist (Beilage ./63).

13.3.2 Kein Leichtsin

Aus den dem SWAP II vorangegangenen intensiven Verhandlungen (siehe dazu 4.9) erhellt, dass es Mag. Penn stets auf eine bestmögliche Aushandlung der Vertragsbedingungen für die Stadt Linz, jeweils zugeschnitten auf den konkreten Zweck einer Zinsoptimierung, Wert legte.

Die besondere Sorgsamkeit Mag. Penns, ein Geschäft zum Vorteil der Stadt Linz abzuschließen, ist insb daran zu erkennen, dass Mag. Penn kurz vor Abschluss des SWAP II selbstständig (und mathematisch korrekt) eine Modellrechnung auf Basis der angebotenen und verhandlungsgegenständlichen Formel zum SWAP II durchführte und sich um die aus dem SWAP II resultierenden Zahlungen zugunsten der Stadt Linz sorgte.

Beweis: E-Mail Mag. Penn an BAWAG P.S.K. vom 1.2.2007
(Beilage ./37);
wie bisher.

Entgegen den Behauptungen der Stadt Linz ist ausgeschlossen, dass Mag. Penn beim Abschluss des SWAP II "auffallend sorglos" agiert hat. Er hat eben nicht in Unbekümmertheit um die Folgen und Tragweite seiner Handlungen eine zufällige Geschäftschance beim Schopf gepackt, ohne dabei den daraus entspringenden Belastungen für die Stadt Linz die ihnen zukommende Bedeutung beizumessen. Dies setzt der Wuchertatbestand des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB aber gerade voraus (vgl etwa OGH RIS-Justiz RS0016875; OGH RIS-Justiz RS0016856).

Seine Modellrechnungen zeigen, dass Mag. Penn die aus dem SWAP II für die Stadt Linz entspringenden, künftigen Belastungen exakt einschätzen konnte.

Einen klaren Beleg für wirtschaftlich bedachtes Handeln liefert auch das Einholen von Konkurrenzangeboten (vgl Beilage ./18), was "Leichtsinn" – schon i.e.S. des Wortes – ausschließt. Der Leichtsinige handelt nicht wohl überlegt.

Leichtsinniges Handeln kann Mag. Penn daher nicht vorgeworfen werden. Er hat den SWAP II nach sorgsamer Überlegung und intensiven Vorverhandlungen sowie in Kenntnis der Funktionsweise und der Wirkungen des angebotenen SWAP II abgeschlossen. Mag. Penn war sich stets den

Folgen und der Tragweite seiner Handlungen bewusst. Er hat diese bewusst und überlegt in Kauf genommen.

Letztlich ist auch die Spekulation der Stadt Linz, Mag. Penn habe aus "unwirtschaftlichen Eigenschaften" den SWAP II abgeschlossen, ist entschieden zurückzuweisen. Ungeachtet der rechtlichen Substanzlosigkeit dieses Vorwurfes waren es gerade nicht "unwirtschaftliche Eigenschaften", die zum Abschluss des SWAP II führten. Im Gegenteil, die grundsätzliche Wirtschaftlichkeit des SWAP II zeigte sich zB darin, dass das Geschäft kurz nach Vertragsschluss einen positiven Marktwert besaß; auch die Bewertungen in den Folgemonaten waren positiv (vgl etwa die Bewertung des SWAP II mit EUR 4.220.438,63 vom 30.6.2007; sh 4.21.4). Allein der Umstand, dass Mag. Penn – gleich wie viele andere Finanzexperten auch – die Finanzkrise nicht vorhersah, begründet noch nicht ein "unwirtschaftliches Vorgehen". Der Abschluss des SWAP II war aus damaliger Sicht (*ex ante*) für Mag. Penn plausibel und ein sinnvolles Geschäft. Andere von der BAWAG P.S.K. zu vertretende Motive gab es nicht, schon gar keine "unwirtschaftlichen".

13.4 Mangelnde Schutzwürdigkeit der Stadt Linz

Ginge man unzutreffender Weise davon aus, dass (i) der SWAP II unter § 879 Abs 2 Z 4 ABGB subsumierbar wäre und (ii) die Freiheit der Willensbildung von Mag. Penn, der als Vertreter der Stadt Linz (Geschäftsherrin) agierte, beim Abschluss des SWAP II eingeschränkt gewesen wäre, so wäre eine Anfechtung des Vertrages durch die Stadt Linz dennoch ausgeschlossen:

Aus den Telefonaten und Gesprächen mit Mag. Penn (vgl zB Beilage ./58 und ./60) und den Kalendereinträgen geht nämlich klar hervor, dass die Stadt Linz über ihren Vorsitzenden des Finanzausschusses, Dr. Mayr, über den SWAP II und die mit Derivatengeschäften verbundenen Zahlungspflichten im Bilde war. Tatsächlich war es so, dass sich Mag. Penn bei der Wahl der Produkte eng mit Dr. Mayr abstimmte und seine Vorgaben auch strikt beachtete (vgl Beilage ./34, S 4, sh Punkt 4.7.10).

Im Einklang mit den Regeln des Stellvertretungsrechts, wonach ein Willensmangel des Stellvertreters vom Geschäftsherrn nicht eingewendet werden kann, wenn der Geschäftsherr über die wahre Sachlage Bescheid weiß (vgl *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB³ § 871 Rz 1), könnte sich die Stadt Linz, die sich im Zustand uneingeschränkter Willensfreiheit bewusst und in Kenntnis der damit verbundenen Risiken für den Abschluss von Derivatengeschäften entschlossen hat, die – nur für Zwecke dieser Argumentation hypothetisch als vorliegend angenommene – eingeschränkte Willensfreiheit von Mag. Penn beim Abschluss des SWAP II mangels Schutzwürdigkeit nicht zu Nutze machen. Der Stadt Linz wäre es auch aus diesem Grunde verwehrt, sich auf § 879 Abs 2 Z 4 ABGB zu berufen.

13.5 Zwischenergebnis

Der SWAP II fällt nicht unter die von § 879 Abs 2 Z 4 ABGB erfassten Rechtsgeschäfte.

Die Freiheit der rechtsgeschäftlichen Willensbildung von Mag. Penn war zum Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II weder aufgrund von Unerfahrenheit noch aufgrund von Leichtsinn (oder sonstigen unwirtschaftlichen Eigenschaften) eingeschränkt.

Darüber hinaus ist die Stadt Linz jedenfalls mangels Schutzwürdigkeit und aufgrund der Regeln des Stellvertretungsrechts nicht berechtigt, sich auf den Wuchertatbestand zu berufen.

Der SWAP II ist daher nicht infolge von § 879 Abs 2 Z 4 ABGB unwirksam.

14. KEINE LAESIO ENORMIS

14.1 Verjährung

Das Recht zur Anfechtung des SWAP II wegen *laesio enormis* ist verjährt.

Die nach § 1487 ABGB dreijährige Verjährungsfrist für die Geltendmachung der Verkürzung über die Hälfte (§ 934 ABGB) (die auch gegenüber privilegierten Personen iSd § 1472 ABGB gilt; vgl OGH RIS-Justiz RS0034144; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1485 Rz 3 mwN) beginnt nach ständiger Rechtsprechung und einhelliger Lehre mit dem Vertragsschluss zu laufen (OGH RIS-Justiz RS0019052 [T1], OGH RIS-Justiz RS0018798; *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*³ § 934 Rz 5; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*³ § 1487 Rz 3; *Ofner/Binder* in *Schwimann* ABGB³ § 934 Rz 19; *Mader/Janisch* in *Schwimann*, ABGB³ § 1487 Rz 10; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1487 Rz 6, jeweils mwN).

Der SWAP II wurde am 16.2.2007 abgeschlossen.

Beweis: Einzelabschlussbestätigung zum SWAP II vom 16.2.2007
(Beilage ./3);
wie bisher.

Das Recht zur Anfechtung nach § 934 ABGB ist daher im Februar 2010 verjährt.

Die Stadt Linz kann sich daher nicht auf eine Verkürzung über die Hälfte des wahren Wertes berufen.

14.2 Anfechtungsverzicht

Selbst wenn keine Verjährung eingetreten wäre, besteht der Anspruch nicht:

Die Parteien haben in § 11 Punkt 9 des am 26.9.2006 abgeschlossenen Rahmenvertrags für Finanztermingeschäfte, der dem SWAP II zu Grunde liegt, ausdrücklich wechselseitig auf das Recht verzichtet, den Rahmenvertrag oder die darunter abgeschlossenen Einzelabschlüsse nach § 934 ABGB anzufechten.

Nach den handels- bzw unternehmensrechtlichen Regeln kann die Anwendung des § 934 ABGB zulässigerweise zu Lasten eines Unternehmers vertraglich ausgeschlossen werden (vgl § 351 UGB [bzw § 351a HGB]).

Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, sofern sie im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung tätig sind, stets als Unternehmer anzusehen (vgl OGH 26.9.1991 6 Ob 607/91; ferner § 1 Abs 2 KSchG sowie § 343 Abs 1 UGB).

Auf die Anwendung des § 934 ABGB konnte somit zulässigerweise zu Lasten der Stadt Linz verzichtet werden, da diese im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung als Unternehmer den Rahmenvertrag und den SWAP II abgeschlossen hat.

Die Stadt Linz hat daher wirksam auf die Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte verzichtet.

Beweis: wie bisher.

14.3 Fehlende Anwendbarkeit

Abgesehen davon ist § 934 ABGB nicht anwendbar, da sich die aus dem SWAP II entspringenden wechselseitigen Leistungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht beurteilen ließen (sh oben 13.2; vgl dazu *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 934 Rz 6).

14.4 Keine Verkürzung

Schließlich lag im – einzig relevanten – Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses auch keine Verkürzung der Stadt Linz über die Hälfte des wahren Wertes vor.

15. KEINE LIST

15.1 Regelungskonzept

List iSd § 870 ABGB ist rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung (zivilrechtlicher Betrug).

Der Vertragsschließende wird durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen in Irrtum geführt (aktive Irreführung) oder durch Verschweigung wahrer Tatsachen in seinem Irrtum belassen oder bestärkt und dadurch zum Vertragsabschluss bestimmt (passive Irreführung).

Das Verschweigen von Tatsachen (passive Irreführung) begründet nur dann List, wenn eine Rechtspflicht zur Aufklärung bestand und diese verletzt wurde (vgl OGH RIS-Justiz RS0014817; OGH RIS-Justiz RS0087570; ferner OGH RIS-Justiz RS0014790). Ob eine Aufklärungspflicht besteht, bestimmt sich bei Fehlen expliziter Regelungen nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs (vgl etwa OGH 27.06.2006 3 Ob 75/06k).

List ist bewusste Täuschung und setzt auf subjektiver Tatbestandsebene ein für die Entstehung des Irrtums vorsätzliches, ja ihn bezweckendes Verhalten des Irreführenden voraus (OGH RIS-Justiz RS0014821). Grobe Fahrlässigkeit reicht nicht aus (vgl OGH RIS-Justiz RS0027847).

Der Irreführende muss positive Kenntnis davon haben, dass der andere Teil irrt und dass der Irrtum einen Einfluss auf seinen Willensentschluss ausübt (vgl OGH RIS-Justiz RS0014829; OGH RIS-Justiz RS0014765; OGH RIS-Justiz RS0014816).

Das Verhalten des Täuschenden und damit der Irrtum muss für den Vertragsabschluss kausal sein.

15.2 Keine Verletzung der Aufklärungspflicht

Im vorliegenden Fall bestimmt sich die Aufklärungspflicht der BAWAG P.S.K. nach den Regelungen des WAG gem § 13 WAG 1996 und nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen der anleger- und objektgerechten Aufklärung (vgl dazu Punkt 19.2).

Wie unten ausgeführt (vgl dazu Punkt 19.2.2), hat die BAWAG P.S.K. die ihr obliegenden Aufklärungspflichten vollständig erfüllt. Schon deshalb kann ihr Arglist aufgrund des Verschweigens von Tatsachen nicht vorgeworfen werden:

Auch der Vergleich des vorliegenden Sachverhalts mit in der Rechtsprechung ausdrücklich anerkannten Fällen arglistiger Fehlberatung, wie etwa dem Verkauf von Aktien zu einem hohen Ausgabepreis mit der Zusage hoher Renditen in Kenntnis der schlechten Ertragslage des

Unternehmens oder der Risikolosigkeit der Papiere (vgl OGH 09.07.1987 7 Ob 722/86; OGH 27.06.2006 3 Ob 75/06k), zeigt deutlich, dass der vorliegende Fall völlig anders gelagert ist. Beim SWAP II wurde ein zu diesem Zeitpunkt für beide Vertragsparteien als sinnvoll zu beurteilendes Geschäft abgeschlossen, ohne dass die in den Judikaten genannten, verwerflichen Sachverhaltselemente auch nur ansatzweise vorlagen.

Über das Fremdwährungsrisiko und die Auswirkungen des Erreichens des Strikewerts wurde aufgeklärt (vgl dazu Punkt 4.9.5). Der Kunde hatte dieses Faktum auch klar erkannt und in eigenen Rechenbeispielen erprobt (vgl dazu Punkt 4.9.6). Über die künftige Entwicklung des Wechselkurses zwischen EUR und CHF wurde keine Prognose abgegeben oder Aussage getroffen. Schon aus diesem Grund kann – im Unterschied zur oben angeführten Rechtsprechung – nicht von einem arglistigen Unterlassen der Aufklärung oder gar von einer geschönten Darstellung möglicher Entwicklungsszenarien gesprochen werden.

15.3 Kein Täuschungsvorsatz der BAWAG P.S.K.

Die BAWAG P.S.K. hat aufgrund ihrer den gesetzlichen Wohlverhaltensregeln entsprechenden Aufklärung der Stadt Linz keine Tatsachen verschwiegen. Sie hat keine Täuschungshandlung begangen. Der BAWAG P.S.K. kann daher denklogisch auch kein auf Täuschung gerichteter Vorsatz vorgeworfen werden.

Beweis: wie bisher.

15.4 Keine positive Kenntnis eines Irrtums bei Mag. Penn

Selbst wenn man unzutreffenderweise davon ausgehen würde, dass die BAWAG P.S.K. durch Verschweigung von Tatsachen ihre Aufklärungspflicht gegenüber der Stadt Linz verletzt hätte, so hat die BAWAG P.S.K. dennoch zu keinem Zeitpunkt davon Kenntnis gehabt, dass sich Mag. Penn aufgrund unterlassener Aufklärung in einem Irrtum bezüglich des SWAP II befunden hätte.

Vielmehr ist die BAWAG P.S.K. aufgrund der Professionalität Mag. Penns zum Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II (vgl dazu oben unter Punkt 13.3.1) berechtigterweise stets davon ausgegangen und geht auch heute noch davon aus, dass Mag. Penn die Struktur des SWAP II sowie die damit verbundenen Chancen und Risiken zutreffend verstanden und beurteilt hat (vgl nur die Modellrechnungen, die er durchgeführt hat; vgl dazu Punkt 4.9.6). Es fehlt jeglicher - für Arglist erforderliche - Vorsatz.

Beweis: wie bisher.

15.5 Zwischenergebnis

Mangels rechtswidrigem, kausalem und vorsätzlichem Täuschungsverhalten durch die BAWAG P.S.K. kann der SWAP II nicht wegen Arglist angefochten werden.

16. KEIN IRRTUM

16.1 Verjährung des Gestaltungsrechts

Das von der Stadt Linz behauptete Recht auf Anfechtung des SWAP II wegen Irrtums ist verjährt:

Die nach § 1487 ABGB dreijährige Verjährungsfrist für die Geltendmachung des Gestaltungsrechts der Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums (nach den Regeln der §§ 871 ff ABGB) beginnt nach hA mit Vertragsabschluss zu laufen (vgl OGH RIS-Justiz RS0034350; ferner *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 871 Rz 77; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 160; *Rummel in Rummel*⁸ § 871 Rz 22; jeweils mwN).

Der SWAP II wurde am 16.2.2007 abgeschlossen. Die Ausübbarkeit des Gestaltungsrechts der Vertragsanfechtung (bzw -anpassung) wegen Irrtums ist daher im Februar 2010 verjährt.

Beweis: Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007 (Beilage ./3);
wie bisher.

16.2 Anfechtungsverzicht

Selbst wenn keine Verjährung eingetreten wäre, gilt Folgendes:

Die Parteien haben in § 11 Punkt 9 des am 26.9.2006 abgeschlossenen Rahmenvertrags für Finanztermingeschäfte (Beilage ./1), der dem SWAP II zu Grunde liegt, ausdrücklich wechselseitig auf das Recht verzichtet, den Rahmenvertrag oder die darunter abgeschlossenen Einzelabschlüsse wegen Irrtums anzufechten.

Aufgrund des vertraglichen Anfechtungsverzichts ist die Stadt Linz nicht berechtigt, den SWAP II wegen Irrtums anzufechten. Eine weitere Prüfung der Anfechtung wegen Irrtums erübrigt sich daher. Dies gilt umso mehr, als der BAWAG P.S.K. keine Irreführung durch Verletzung der Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 vorgeworfen werden kann (sh oben 15.2). Ferner hat die BAWAG P.S.K. zu keinem Zeitpunkt davon Kenntnis gehabt bzw haben müssen, dass sich die Stadt Linz in einem Irrtum bezüglich des SWAP II befand (sh oben 15.4).

Beweis: wie bisher.

16.3 Kein wesentlicher Geschäftsirrtum

Im Übrigen lag zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kein wesentlicher Geschäftsirrtum über Gegenwärtiges vor (sh dazu oben 15.4). Ein Irrtum über Zukünftiges wäre bei einem entgeltlichen, unbedingten Geschäft jedenfalls unbeachtlich.

Beweis: wie bisher.

17. KEIN VORSATZ UND DAHER KEIN SCHADENERSATZ WEGEN BETEILIGUNG AN DELIKTISCHEM VERHALTEN UND/ODER VORSÄTZLICHER SITTENWIDRIGER SCHÄDIGUNG

17.1 Zum vorsätzlichen Verhalten

Soweit die Klägerin auf Vorsatz gestützte Schadenersatzansprüche behauptet, sei ihr in aller Klarheit nochmals entgegengehalten: Zu keinem Zeitpunkt lag – auf Seiten der BAWAG P.S.K. – Vorsatz vor. Wenn sich die Stadt Linz freilich heute darauf beruft, dass der Bürgermeister das Siegel auf dem Rahmenvertrag nicht angebracht habe, um nun daraus eine Nichtigkeit abzuleiten (was freilich rechtlich unhaltbar ist), stellt sich doch die Frage, wer hier mit Vorsatz gehandelt hat. Gleiches gilt für das Verheimlichen der heute behaupteten aufsichtsrechtlichen Genehmigungspflicht – über Jahre hinweg. Die Sachlage stellt sich doch wie folgt dar: Die Stadt Linz erteilt – im Amtsblatt veröffentlichte – Genehmigungen durch Gemeinderatsbeschluss (Beilage ./11) für ganz konkret bezeichnete Verträge ("*Finanzterminkontrakte zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios*"). Der Bürgermeister unterzeichnet auf Basis des Gemeinderatsbeschlusses einen Rahmenvertrag. Darauf aufbauend schließt der bevollmächtigte Finanzdirektor Einzelverträge ab. Die Stadt Linz beobachtet die Performance. Sie nimmt Millionenbeträge ein. Sie schließt manche Geschäfte mit Gewinn. Nur für jene, die sich nicht erfreulich entwickeln, behauptet sie – nach Jahren – plötzlich formale Rechtsmängel.

Dass man in dieser Situation wagt, dem hinters Licht geführten Vertragspartner Vorsatz zu unterstellen, ist – höflich formuliert – fern jeder Realität. Selbstverständlich ist die BAWAG P.S.K. immer von der Rechtswirksamkeit der Bevollmächtigung von Mag. Penn zum Vertragsschluss und seiner ausreichenden Erfahrung dafür ausgegangen. Sonst hätte sie niemals mit ihm verhandelt. Es ist geradezu absurd, einer Bank zu unterstellen, sie hätte sich "vorsätzlich" (dh sehenden Auges) in eine Situation begeben, die ihr ausschließlich Schaden zufügt.

17.2 Zum subjektiven Interesse der Bank

Richtig ist nur, dass die BAWAG P.S.K. – wie jeder Geschäftsmann – an einem Geschäftsabschluss interessiert war. Aus diesem Interesse ein vorsätzliches "sittenwidriges" oder "deliktisches" Verhalten abzuleiten, ist

abwegig. Wie schon mehrfach betont, hätte die BAWAG P.S.K. der Stadt Linz ein Absicherungsgeschäft angeboten, wenn diese ein Absicherungsgeschäft gewünscht hätte und wäre uU auch hier Bestbieter gewesen (vgl. Beilage ./77). Tatsächlich hat die Stadt Linz aber ein Optimierungsgeschäft gewünscht. Einziger "Fehler" der BAWAG P.S.K. war, Bestbieter für das von der Stadt Linz gewünschte Geschäft zu sein. Mitbewerber, darunter auch die Bank Austria, haben das gleiche Geschäft zu – für die Stadt Linz – teureren Konditionen angeboten. Das Geschäft war – *ex ante* – für die Zwecke der Stadt Linz gut geeignet (sh. Beilage ./26). Keiner der Beteiligten (darunter auch die BAWAG P.S.K.) konnte die Wirtschaftskrise 2008 bzw. die *ex post* Entwicklung des SWAP II vorhersehen. Die BAWAG P.S.K. meinte, ein den Vorgaben der Stadt Linz entsprechendes Produkt anzubieten. Hätte die Stadt Linz rechtzeitig von ihrer Ausstiegsmöglichkeit Gebrauch gemacht, dann wäre es das auch gewesen. *Ex post* gesehen, wäre der Ausstieg im Frühjahr 2008 angebracht gewesen. Dem Vertragspartner eine unvorhergesehene wirtschaftliche Entwicklung als "sittenwidriges" bzw. "vorsätzliches" Verhalten unterschieben zu wollen, ist demgegenüber unangebracht.

Beweis: Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011
(Beilage ./26);
E-Mail Iris Sahinoglu vom 7.12.2006 samt Präsentation
(Beilage ./77);
wie bisher.

17.3 Zusammenfassung

Jeglicher Anspruch, der als Verschuldensgrad Vorsatz voraussetzt, scheidet von vornherein – wegen Fehlens dieses subjektiven Tatbestandselements – aus.

18. VERJÄHRUNG

18.1 Vorbemerkung

Vorweg sei betont, dass sich die BAWAG P.S.K. stets sorgfaltsgemäß verhalten hat, insb. auch ordnungsgemäß aufgeklärt hat, weshalb auch ein auf nicht deliktisches Verhalten gestützter Schadenersatzanspruch ausscheidet.

Selbst wenn man aber eine Sorgfaltspflichtverletzung oder eine sittenwidrige Schädigung durch die BAWAG P.S.K. annehmen würde, so wäre ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Stadt Linz verjährt:

18.2 Objektiver Schadenseintritt

Gemäß § 1489 ABGB beginnt die anwendbare dreijährige Verjährungsfrist mit Kenntnis des Geschädigten vom Schaden und der Person des Schädigers zu laufen.

Nach herrschender Ansicht ist ein realer Schaden des Anlegers bereits dann anzunehmen, wenn die Zusammensetzung seines Vermögens nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht (OGH RIS-Justiz RS0022537 [T12]; *P. Bydlinski*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 161; *Koziol*, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger, in FS *Picker* [2010], 528; *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativenanlage, ÖBA 2010, 722; *Wendehorst*, Anlageberatung, Risikoaufklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 567), und zwar unabhängig davon, ob es (bereits) zu einem Wertverlust gekommen ist und für welchen Zeitraum die Vermögensanlage gedacht war.

Der Erwerb einer falschen Anlage, dh das Eingehen eines nach den Behauptungen der Stadt Linz "falschen Swapgeschäfts", ist somit jener Zeitpunkt, an dem der schadenersatzrechtlich relevante Nachteil bei der Stadt Linz eingetreten ist. Nähme man daher – wie die Stadt Linz – eine rechtswidrige Aufklärung der BAWAG P.S.K. an, so wäre der Schaden der Stadt Linz wegen Eingehens eines nicht gewollten Geschäfts mit Abschluss des SWAP II, somit am 12.2.2007 eingetreten.

18.3 Subjektive Schadenskenntnis

Neben dem objektiven Eintritt des Schadens bedarf es für das Auslösen der Verjährungsfrist der subjektiven Kenntnis des Geschädigten vom Schaden. Kenntnis vom Schaden bedeutet Wissen um die maßgeblichen Umstände, dh Bewusstsein des erlittenen rechtlich objektiv relevanten Nachteils (vgl dazu *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*³, § 1489 Rz 3 ff, *Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1489 Rz 9 ff).

Der Stadt Linz wurde am 7.1.2008 von der BAWAG P.S.K. mitgeteilt, dass die Bewertung des SWAP II deutlich gesunken war (Beilage ./19). Der Stadt Linz wurde erklärt, warum sich der Marktwert des SWAP II stark reduziert hatte und auf EUR -1,6 Millionen per 31.12.2007 sank und damit negativ ausfiel.

Beweis: E-mail der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 7.1.2008 (Beilage ./19);
wie bisher.

Einen Monat später hatte sich die Bewertung des SWAP II nochmals deutlich verschlechtert. Per 31.1.2008 war der Marktwert des SWAP II auf

EUR -6,27 Millionen gesunken. Selbst bei Hinzurechnung der von der Stadt Linz bereits vereinnahmten Erlöse ergab sich damit erstmals eine negative Gesamtbewertung von EUR -4,38 Millionen.

Beweis: Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilagenkonvolut ./23, S 5);
wie bisher.

Vor diesem Hintergrund fand am 1.2.2008 ein Treffen zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz statt. Die Stadt Linz wurde dabei abermals auf den negativen Marktwert des SWAP II hingewiesen. Dieser war der Grund für die Besprechung.

Beweis: Präsentation CHF-Resettable Bewertung und Risiko, Februar 2008 (Beilage ./68);
wie bisher.

Durch den klar negativen Marktwert des SWAP II wusste die Stadt Linz somit am 7.1.2008 (spätestens aber im Februar 2008) auch von ihrer eigenen (im Vergleich zum Markt) evidenten Fehleinschätzung der künftigen CHF/EUR-Kursentwicklung.

Obwohl die Stadt Linz behauptete, dass der Marktwert für sie keine unmittelbare Relevanz habe (weil sie zu kameralistischer Rechnungslegung verpflichtet ist), war ihr natürlich bekannt, dass der negative Marktwert eine höchst bedenkliche Tendenz anzeigte: Der Marktwert ist nämlich der Wert, der sich aus der Erwartung des Marktes über die Entwicklung des Wechselkursverhältnisses CHF/EUR ergibt. Die damalige Negativbewertung des SWAP II zeigte, dass der Markt das Sinken des Euro gegenüber dem Franken erwartete und daher in absehbarer Zeit, sobald der Strike unterschritten wird, von einer Nettzahlungspflicht der Stadt Linz auszugehen war. Dies gibt die Stadt Linz übrigens auch zu, wenn sie in ihrer Klage (vgl VI. 7.4.3 der Klage) der Bewertung der Risiken durch den Markt besondere Bedeutung zubilligt.

Die Stadt Linz hat somit spätestens im Februar 2008 subjektive Kenntnis vom – behaupteten – Schaden erlangt.

Allerspätestens waren der Stadt Linz die nachteiligen Folgen aus dem SWAP II im September 2008 bekannt. In seinem Bericht zum Rechnungsabschluss 2007 wies das Kontrollamt der Stadt Linz nämlich ausdrücklich auf das Risiko einer künftigen Zahlungspflicht der Stadt Linz aus dem SWAP II hin. Selbst wenn man dem Vorbringen der Stadt Linz, wonach sie von einem "Absicherungsgeschäft" ausgegangen wäre, Glauben schenken würde, wäre spätestens zu diesem Zeitpunkt klar gewesen, dass ein "Absicherungsgeschäft" nicht vorliegen kann, weil die Stadt Linz

Zahlungspflichten gegenüber der BAWAG P.S.K. treffen könnte – etwas, das der Natur eines Absicherungsgeschäfts diametral widersprechen würde.

Beweis: Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);
wie bisher.

Einem risikoaversen Bankkunden, der (angeblich) davon ausgeht, dass das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft (der SWAP II) keinem Verlustrisiko unterliegt bzw der (angeblich) meint, nur ein "Sicherungsgeschäft" abgeschlossen zu haben, muss sein Irrtum in jenem Moment bewusst werden, in dem ihm bekannt wird, dass sein Anlageprodukt eine klar negative Kursentwicklung nimmt (vgl *Kletečka/Holzinger*, ÖJZ 2009/69, 630). Das war Anfang 2008, spätestens jedoch im September 2008 (in Mitten der Wirtschaftskrise) der Fall.

Dass zu diesen Zeitpunkten die genaue Schadenshöhe noch nicht bekannt war, ist unbeachtlich. Kenntnis der Schadenshöhe wird von der hM für den Beginn der Verjährung nicht vorausgesetzt (vgl nur *Kletečka/Holzinger*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus fehlerhafter Anlageberatung, ÖJZ 2009/69 630 mwN).

18.4 Zwischenergebnis

Alle behaupteten Ersatzansprüche, die die Stadt Linz aus dem Titel des Schadenersatzes geltend macht und auf die nicht die lange Verjährungsfrist anzuwenden sind, wären, wenn sie bestünden – was nicht der Fall ist – , verjährt.

Der Stadt Linz war spätestens im Februar (bzw September) 2008 die negative Bewertung und damit die dauerhafte Einschätzung des Marktes, der von einem sich gegen die Stadt Linz entwickelnden Wechselkurs ausging, bekannt. Die Verjährungsfrist von drei Jahren ist somit spätestens im Februar (September) 2011 abgelaufen.

19. KEIN SCHADENERSATZ WEGEN VERLETZUNG DER WOHLVERHALTENSREGELN DES WAG

19.1 Verjährung

Wie eben dargelegt, wäre ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Stadt Linz verjährt, selbst wenn man eine nicht sorgfaltsgemäße Aufklärung der Stadt Linz durch die BAWAG P.S.K. annehmen würde. Entgegen den Behauptungen der Stadt Linz liegt keine Verletzung der Wohlverhaltensregeln des Wertpapieraufsichtsgesetzes 1996 (im Folgenden: "WAG 1996") vor:

19.2 Keine Verletzung der Wohlverhaltensregeln

19.2.1 Maßgebliche Rechtsgrundlagen

(a) WAG 1996; *culpa in contrahendo*

Der SWAP II wurde am 12.2.2007 abgeschlossen (Beilage ./3). Die maßgebliche Rechtsgrundlage für die von der BAWAG P.S.K. zu diesem Zeitpunkt (bzw vor Vertragsabschluss) einzuhaltenden Wohlverhaltensregeln war das WAG 1996.

In § 13 WAG 1996 wurden die schon zuvor von der Rechtsprechung insbesondere aus ***culpa in contrahendo*** abgeleiteten vorvertraglichen Aufklärungspflichten gesetzlich konkretisiert (vgl OGH RIS-Justiz RS0119752). Die dazu bereits vorhandene einschlägige Judikatur kann somit *mutatis mutandis* auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

(b) Kein Beratungsvertrag

Zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz wurde kein Beratungsvertrag abgeschlossen. Er wurde auch nicht stillschweigend abgeschlossen:

Die Parteien haben in § 12 Punkt 13 des am 26.9.2006 abgeschlossenen Rahmenvertrags für Finanztermingeschäfte (Beilage ./1), der dem SWAP II zu Grunde liegt, sowie in den Einzelabschlussbestätigungen zum SWAP II ausdrücklich vereinbart, dass eine Beratung nicht vorgenommen werden soll.

Vielmehr haben die Vertragspartner einander bestätigt, dass die Geschäfte unter dem vorliegenden Rahmenvertrag (bzw dass der SWAP II) hinsichtlich der wirtschaftlichen Chancen und Risiken auf eigenen unabhängigen Untersuchungen beruhen und selbstständige Entscheidungen daraus resultieren und getroffen werden. Ausdrücklich wurde festgehalten, dass Kontakte zwischen den Vertragsparteien gerade nicht eine Empfehlung zum Abschluss von Geschäften begründen:

§ 12 Punkt 13 des Rahmenvertrags lautet:

*"Beide Vertragsparteien bestätigen einander, daß sie Geschäfte unter dem vorliegenden Rahmenvertrag auf eigene Rechnung abschließen und hinsichtlich der wirtschaftlichen Chancen und Risiken derartiger Geschäfte ihre eigenen unabhängigen Untersuchungen anstellen und selbstständige Entscheidungen daraus resultierend treffen. Schriftliche, mündliche, telefonische oder per Fax erfolgte Kontakte zwischen den Vertragsparteien haben daher **nicht den Charakter einer Empfehlung** (Hervorhebung durch Verfasser) zum Abschluß von*

Geschäften und begründen keine Haftung für ein beabsichtigtes Ergebnis solcher Geschäfte."

In den Einzelabschlussbestätigungen zum SWAP II heißt es (fett hervorgehoben):

"Die Parteien stimmen überein, daß sie über die erforderlichen Kenntnisse und Voraussetzungen für dieses Geschäft verfügen und mit den Risiken, die mit dieser Transaktion verbunden sind, vertraut sind; sie schließen dieses Geschäft aufgrund ihrer eigenen Entscheidung und nicht aufgrund spezifischer Beratung ab."

Die Parteien haben somit frei entschieden, eine Beratung explizit auszuschließen. Die BAWAG P.S.K. ist damit von jeglicher Erkundungs- und Aufklärungspflicht nach dem WAG 1996 befreit gewesen (vgl *Winternitz*, Wertpapieraufsichtsgesetz § 13 Rz 51; vgl ferner *P.Bydlinski*, Die "Beraterhaftung" der Banken im österreichischen Recht, in FS *Hadding* (2004) 772, der die Verzichtbarkeit von Beratung bejaht).

Mag bei kreditfinanzierten Anlagegeschäften der Ausschluss jeglicher Beratung unwirksam sein (vgl OGH 20.01.2005 2Ob236/04a), so war der SWAP II nicht kreditfinanziert. Das bei kreditfinanzierten Anlagegeschäften besonders schwer zu durchschauende Gesamtrisiko lässt sich mit dem einfach gestalteten SWAP II nicht vergleichen. Die von der Stadt Linz missverständlich vorgebrachte Rsp kann nicht auf den SWAP II angewandt werden. Sie steht dem im Rahmenvertrag sowie in den Einzelabschlüssen vorgenommenen Beratungsausschluss nicht entgegen.

(c) Einschlägige Judikatur

Die allgemeinen vorvertraglichen Aufklärungspflichten einer Bank werden durch § 13 WAG 1996 im Sinne einer anleger- und objektgerechten Aufklärung festgeschrieben (vgl nur OGH 04.11.2005 5 Ob 106/05g).

Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der Aufklärungspflichten ergeben sich dabei jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere von dessen Professionalität, sowie vom ins Auge gefassten Anlageobjekt (stRsp; vgl OGH RIS-Justiz RS0119752; ferner OGH RIS-Justiz RS0029601; OLG Innsbruck 11.10.2010 4 R 168/10b).

Die Anforderungen an die Aufklärungspflicht dürfen insgesamt aber nicht überspannt werden. Insb einem versierten und aufgeklärten Bankkunden kann es nämlich zugemutet werden, seine wirtschaftlichen Interessen als Anleger selbst ausreichend zu wahren (vgl nur OGH 14.02.2008 4 Ob 2/08k; ferner OGH 23.7.2008 8 Ob 104/07p; OLG Innsbruck 11.10.2010 4 R 168/10b).

Der Inhalt und Umfang der nach dem WAG gebotenen Information wird von einer dosierten Interessensabwägung zwischen den Zielen des Kunden und einer maßvollen Risikoabschätzung bestimmt. Eine Bank ist jedenfalls nicht verpflichtet, ihre Kunden zu bevormunden (so OGH RIS-Justiz RS0120999).

Ist ein Kunde bei Anbahnung eines Geschäftes schon entschlossen, ein solches zu tätigen, indem er einen bestimmten Auftrag erteilt, wird die Bank nur in beschränktem Umfang zur Aufklärung verpflichtet sein. Die Bank treffen nur dann Aufklärungspflichten, wenn aus den Umständen ein Mangel an einschlägigen Kenntnissen oder eine Fehlentscheidung offenkundig wird (vgl OGH 23.11.2000, 6 Ob 268/00f; OGH 24.02.1998, 4 Ob 365/97y).

19.2.2 Keine Aufklärungsbedürftigkeit aufgrund der Professionalität der Stadt Linz

Ungeachtet des Umstandes, dass die BAWAG P.S.K. aufgrund des wechselseitigen Beratungsausschlusses (siehe dazu oben unter Punkt 5.8) überhaupt nicht zur Aufklärung der Stadt Linz verpflichtet war (dies aber dennoch tat; vgl dazu unten Punkt 19.3), würden sich der Inhalt und insb die Intensität der (gesetzlichen) vorvertraglichen Aufklärungs- und Informationspflichten der BAWAG P.S.K. gegenüber der Stadt Linz unter Berücksichtigung des Grundsatzes der anleger- und objektgerechten Aufklärung – gerade auch bei Derivat- bzw Swapgeschäften (vgl *Endler in Zerey, Finanzderivate*² [2010] § 24 Rz 72, 514) – nach der Aufklärungsbedürftigkeit der Stadt Linz bestimmen.

Um die Aufklärungsbedürftigkeit für den konkreten Kunden auszuloten, hat sich eine Bank Klarheit über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden, dessen Anlageziel sowie Risikobereitschaft zu verschaffen (vgl BGH 23.3.2011 XI ZR 33/10, WM 2011, 685; *Knobl in Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt, WAG* (1998) § 13 Rz 22; *Oppitz in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht VI*² 2007 Rz 2/66).

Die BAWAG P.S.K. verfügte vor Abschluss des SWAP II über diesen erforderlichen Kenntnisstand. Die Kenntnisse und Erfahrungen der Stadt Linz, deren Anlageziel sowie Risikobereitschaft erschlossen sich der BAWAG P.S.K. einerseits aus der langjährigen Geschäftsbeziehung mit der Stadt Linz (seit 1978 hatte die BAWAG P.S.K. Hausbankstatus bei der Stadt Linz; vgl dazu Punkt 4.2.1). Andererseits wusste die BAWAG P.S.K. wegen des unmissverständlichen Auftretens der Stadt Linz im Vorfeld des Abschlusses des SWAP II darüber Bescheid (vgl dazu sogleich unten).

Die BAWAG P.S.K. entsprach damit der Erkundigungspflicht gemäß § 13 Z 3 WAG 1996, sofern eine solche für die BAWAG P.S.K. angesichts des wechselseitigen Beratungsausschlusses (vgl dazu oben unter Punkt 5.8) überhaupt bestand (gegen eine Erkundigungspflicht vgl *Winternitz, Wertpapieraufsichtsgesetz* § 13 Rz 51). Vor dem Hintergrund des

Kenntnisstandes der BAWAG P.S.K. musste diese kein Anlegerprofil erstellen (vgl BGH 23.3.2001 XI ZR 33/10, WM 2011, 685 mwN).

Dass die BAWAG P.S.K. vor Abschluss des SWAP II die Stadt Linz nicht über dieses Rechtsgeschäft aufklären musste, ergibt sich im Übrigen nicht nur aus dem Beratungsausschluss. Vielmehr mangelte es der Stadt Linz generell an der Bedürftigkeit, über den SWAP II aufgeklärt werden zu müssen. Dies zeigt die nachfolgende Prüfung der einzelnen Merkmale, die von Rsp und Lehre als Determinanten der Aufklärungsbedürftigkeit herausgearbeitet wurden:

(a) Kenntnisse und Erfahrungen

Unter Erfahrungen sind aktive Erlebnisse zu verstehen, die der Kunde in der Vergangenheit in eigenen Angelegenheiten gemacht hat. Kenntnisse bedeutet hingegen, dass – theoretisches – Wissen über die in Betracht kommenden vertragsgegenständlichen Geschäfte besteht. Den praktischen Erfahrungen kommt besondere Bedeutung zu (*Möllers* in *Hirte/Möllers*, Kölner Kommentar zum WpHG 2007 § 31 Rz 158; *Nobbe*, Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Wertpapieranlagen im Bankrecht, Bankrechtstag (1998) 243).

Im konkreten Fall hängt die Aufklärungsbedürftigkeit der Stadt Linz vom Kenntnisstand und den Erfahrungen von Mag. Penn ab (vgl OGH RIS-Justiz RS0119829; vgl ferner *Knobl* in *Frölichsthal/Hausmaninger/Knobl/Oppitz/Zeipelt*, WAG § 13 Rz 37; BGH 08.05.2001 XI ZR 192/00 WM 2001, 1758, 1760; *BaFin*, Richtlinie gemäß § 35 Abs. 6 des Gesetzes über den Wertpapierhandel [WpHG] zur Konkretisierung der §§ 31 und 32 WpHG für das Kommissionsgeschäft, den Eigenhandel für andere und das Vermittlungsgeschäft der Wertpapierdienstleistungsunternehmen [2001], Teil B Nr 2.3; *Möllers* in *Hirte/Möllers*, WpHG § 31 Rz 53).

Wie bereits erwähnt (vgl dazu Punkt 13.3.1) handelte es sich bei Mag. Penn um einen professionellen Marktteilnehmer, dessen berufliche Aufgabe es einzig und allein war, die Finanzierung der Stadt Linz zu gewährleisten und bestmöglich zu verwalten. Er verfügte sowohl über ausreichende theoretische Kenntnisse über den Wirkungsmechanismus von Derivatgeschäften als auch über ausreichende praktische Erfahrungen in diesem Gebiet.

Die theoretischen Kenntnisse von Mag. Penn lassen sich insb deutlich darin ablesen, dass Mag. Penn in seiner E-Mail vom 1.2.2007 (Beilage ./37) auf Grundlage der von der BAWAG P.S.K. übermittelten Formel selbst Berechnungen durchführte und die aktuelle prozentuelle Belastung auf Basis der Bemessungsgrundlage von CHF 195 Mio (mathematisch korrekt) berechnet hatte.

Beweis: E-Mail der Stadt Linz an BAWAG P.S.K. vom 1.2.2007
(Beilage ./37);
wie bisher.

Aus den dem SWAP II vorangehenden Geschäften und den Gesprächen, die zwischen der Stadt Linz, vertreten durch Mag. Penn, und Vertretern der BAWAG P.S.K. geführt werden, aus dem Vorgeschäft (SWAP I) und weiteren bei der BAWAG P.S.K. angefragten Vertragsverhältnissen von Seiten Mag. Penns für die Stadt Linz (vgl die interne Gesprächsnotiz vom 22.1.2007, woraus die verschiedenen zwischen den Parteien besprochenen Geschäfte ersichtlich werden) war der BAWAG P.S.K. vor Abschluss des SWAP II klar, dass Mag. Penn über ausreichende Erfahrungen in derart gestalteten Swappgeschäften verfügte. Er befand sich auf diesem Gebiet durch regelmäßige Fortbildung auf letztem Stand und hielt Kontakte zu zahlreichen Banken, Investmenthäusern und sonstigen Finanzberatern. Dieser Eindruck verstärkte sich nicht zuletzt dadurch, dass Mag. Penn der BAWAG P.S.K. stets kommunizierte, in laufenden Vertragsverhandlungen zu Derivatgeschäften mit anderen Banken zu stehen (vgl dazu oben unter 13.3.1).

(b) Anlageziel

Ein weiterer maßgeblicher Informationsgegenstand ist das Anlageziel, das der Kunde mit dem vertragsgegenständlichen Geschäft verfolgen will.

Die Stadt Linz machte der BAWAG P.S.K. von Anfang an deutlich, welches Anlageziel mit dem Abschluss des SWAP II erreicht werden sollte:

Der SWAP II sollte dazu dienen, die Zinslast aus der CHF-Anleihe der Stadt Linz (sh dazu Punkt 5.5 zu optimieren, somit für die Stadt Linz möglichst gering zu halten. Die Stadt Linz wollte aus dem SWAP II (zumindest) jenen Zins erhalten, den sie für die Anleiheverbindlichkeit zu zahlen hatte. Sie wollte ferner zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keinen Euro Kapital in die Hand nehmen und auch keine aufwandswirksamen Prämien für die Optimierung bezahlen.

Diesen von der Stadt Linz kommunizierten Anlagezielen entsprechend wurde der SWAP II ausgestaltet:

Die vertragliche Vereinbarung der Parteien bezieht sich auf den Austausch von Zinszahlungen unter Berücksichtigung des Wertverhältnisses der zwei Währungen (CHF/EUR) für eine bestimmte Laufzeit bezogen auf einen festgelegten Bezugsbetrag. Der zugrunde liegende Kapitalbetrag wird hingegen nicht ausgetauscht (vgl *Roller/Elster/Knappe*, Spread-abhängige Constant Maturity (CMS) Swaps – Funktionsweise, Risikostruktur und rechtliche Bewertung, ZBB 2007, 346).

Generell kann ein Fremdwährungsswap (wie der SWAP II) zur Optimierung (iSv Reduzierung) einer bestehenden Zinsbelastung eingegangen werden (*Roller/Elster/Knappe*, ZBB 2007, 346).

Da die Stadt Linz bereits eine Fremdwährungsverbindlichkeit in Form der CHF-Anleihe hatte, ging es beim Abschluss von SWAP II primär um Reduktion der Zinslast aus der CHF-Anleihe. Dazu war die Stadt Linz auch bereit, weitere – von ihr als nicht besonders wahrscheinlich eingeschätzte – Risiken zu übernehmen (Stichwort: **"doppeltes Risiko"**; sh zu den aufklärenden Risikohinweisen zum Zweck der Kostenreduktion das Schreiben vom 11.8.2006 von Mag. Penn, Beilage ./30 bzw. Punkt 5.5 oben). Die Eignung des SWAP II, das von der Stadt Linz angestrebte Anlageziel zu verwirklichen, zeigt sich daran, dass der Stadt Linz Zahlungen zustanden, die jenen entsprachen, die sie als Zinsen auf die Anleihe aufzuwenden hatte (insgesamt CHF 10.141.790.20). Hätte sich der EUR/CHF-Wechselkurs wie in der Vergangenheit, dh innerhalb der historischen Bandbreite, entwickelt, hätte die Stadt Linz idR bzw auch weiterhin Einnahmen aus dem SWAP II erzielt.

Der SWAP II war somit kein losgelöstes Spekulationsgeschäft, vielmehr existiert ein konnexes Grundgeschäft (zur Unterscheidung vgl etwa *Roller/Elster/Knappe*, ZBB 2007, 346; *Köndgen/Sandmann*, Strukturierte Zinsswaps vor den Berufungsgerichten: eine Zwischenbilanz, ZBB 2010, 78), nämlich die CHF-Anleihe der Stadt Linz. Der SWAP II diente nicht der spekulativen Übernahme einer offenen Risikoposition. Vielmehr wurde im Endeffekt ein Tausch der Anleihezinsen gegen die aus dem Swap übernommene Zahlungspflicht an die BAWAG P.S.K. vereinbart. Eine Hingabe von Geld bei Vertragsabschluss wurde dem Wunsch der Stadt Linz entsprechend nicht in Erwägung gezogen. Der Behauptung der Stadt Linz, wonach der SWAP II nicht den Interessen der Stadt Linz entsprochen habe, geht somit fehl. Bis zum Eintritt der Finanzkrise hat der SWAP II die von der Stadt Linz erwünschte Funktion uneingeschränkt erfüllt: Kein Kapitaleinsatz, aber Erwirtschaftung der Anleihezinsen gegen Übernahme eines (aus der Anleihe bereits bestehenden) Währungsrisikos. Der SWAP II wurde in diesem Zeitraum von der Stadt Linz bezeichnenderweise auch nicht beanstandet.

(c) Risikobereitschaft

Risikobereitschaft besteht aus zwei Komponenten, nämlich einerseits der Offenlegung des Risikos und andererseits der tatsächlichen Bereitschaft, bei einem risikobehafteten Produkt nach Offenlegung des Risikos dieses auch tatsächlich zu tragen (BGH 23.3.2011 XI ZR 33/10, WM 2011, 685).

Die BAWAG P.S.K. hat das mit dem SWAP II verbundene Risiko vor Abschluss des Geschäfts offengelegt. Die Stadt Linz hat dieses offengelegte

Risiko als aufgeklärter, professioneller Marktteilnehmer bewusst übernommen:

Zunächst wurde im Rahmen einer Präsentationsunterlage (im Dezember 2006) für ein mit dem SWAP II vergleichbares Swap-Produkt deutlich herausgearbeitet, dass dieses Produkt, neben dem allgemeinen Risiko der Beweglichkeit eines variablen Zinses, mit einem Fremdwährungsrisiko behaftet war. Aus der Präsentation wird einerseits ersichtlich, dass die aus der zu optimierenden CHF-Anleihe stammende Zinsbelastung (zum Anlageziel vgl oben unter (b)) durch die Hereinnahme eines Fremdwährungsrisikos vergünstigt werden würde. Es wird aber ausdrücklich nicht bloß von einer Reduktion und einer Vergünstigung der Zinsbelastung gesprochen, vielmehr wird diese Zinsreduktion mit dem Fremdwährungsrisiko in Beziehung gesetzt. Diese Beziehung zwischen Währungsrisiko im Verhältnis zur Vergünstigung der Zinsbelastung wird auf den nachfolgenden Seiten im farbigen Balken am Beginn der jeweiligen Seite farblich gekennzeichnet hervorgehoben.

Ausdrücklich wird auf diesen Umstand auch in Telefongesprächen zwischen BAWAG P.S.K. und Mag. Penn hingewiesen.

Die Kenntnis des mit dem SWAP II verbundenen Risikos und die Bereitschaft der Stadt Linz, dieses Risiko zu übernehmen, zeigte sich auch im Vorfeld des Vertragsabschlusses deutlich:

Mag. Penn hat die Risikoträchtigkeit des SWAP II selbst bestimmt. So wurde der Strikepreis ausschließlich auf seine Veranlassung auf 1,54 angehoben, um so die von ihm gewünschten Erträge für die Stadt Linz zu erzielen. All dies geschah nicht überstürzt, sondern als Folge mehrtägiger Vertragsverhandlungen, während derer Mag. Penn die Gelegenheit hatte, Für und Wider sorgfältig abzuwägen.

Beweis: Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60);
E-Mail Iris Sahinoglu vom 7.12.2006 samt Präsentation (Beilage ./77);
wie bisher.

Auch die von Mag. Penn selbst durchgeführten Rechenbeispiele demonstrieren, dass er das mit dem SWAP II verbundene Risiko verstanden hat und bereit war, dieses zu tragen. Zu seiner eigenen Verständnisabsicherung übermittelte Mag. Penn die Modellrechnungen der BAWAG P.S.K. zurück und gab damit zu erkennen, dieses Risiko zu verstehen und zu akzeptieren.

Dieses Einverständnis bestätigte sich mehrfach in nach dem Abschluss des SWAP II stattgefundenen Gesprächen.

Beweis: Gesprächsnotiz BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008 samt Präsentation (Beilage ./54);
Gesprächsnotiz vom 14.4.2010 (Beilage ./74);
wie bisher.

Vor diesem Hintergrund zeigte sich der BAWAG P.S.K. vor Abschluss des SWAP II folgendes Bild:

Mag. Penn hat das Risiko, das er mit dem SWAP II eingegangen ist – aufgrund seiner eigenen Kenntnisse und Erfahrung aber auch aufgrund der Information und Aufklärung durch die BAWAG P.S.K. – vor Vertragsschluss erkannt, verstanden und gegenüber der BAWAG P.S.K. artikuliert. Es gab keinen Grund für die BAWAG P.S.K. daran zu zweifeln.

Schadenersatzansprüche der Stadt Linz bestehen somit nicht:

Erkennt nämlich ein Kunde, dass es sich bei einer bestimmten Anlage um ein risikoträchtiges Produkt handelt (vgl. Beilage ./30) und schließt er in der Folge dennoch das Geschäft ab, so scheiden Ansprüche des Kunden gegen den Geschäftspartner aus (vgl. *Klausberger/Rüger*, Zu den Aufklärungs- und Beratungspflichten einer Bank bei strukturierten Produkten. Überlegungen aus Anlass der "Zinswette"-Entscheidung des BGH (XI ZR 33/10), ÖBA 2011, in Druck). Mit einem Kunden, der seine Risikobereitschaft artikuliert, dürfen auch riskante Geschäfte abgeschlossen werden (vgl. *Klausberger/Rüger*, ÖBA 2011, in Druck).

Die Bereitschaft, das mit dem SWAP II verbundene Risiko zu tragen, wurde im Nachhinein übrigens auch dadurch manifestiert, dass Mag. Penn alle Angebote zum Ausstieg aus dem SWAP II ablehnte und die Stadt Linz fortlaufend am mit dem SWAP II verbundenen Risiko festhielt.

(d) Zwischenergebnis

Die BAWAG P.S.K. kannte vor Abschluss des SWAP II die Erfahrungen und Kenntnisse, das Anlageziel sowie die Risikobereitschaft der Stadt Linz. Diese Kenntnis erschloss sich der BAWAG P.S.K. einerseits aufgrund der seit 1978 bestehenden Geschäftsverbindung zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz. Andererseits war dies aufgrund des unzweideutigen Auftretens der Stadt Linz im Vorfeld des Abschlusses des SWAP II klar. Selbst wenn die BAWAG P.S.K. einer Erkundigungspflicht unterlegen wäre, zumal in der österreichischen Lehre eine solche Pflicht dann nicht angenommen wird, wenn – wie beim SWAP II – der Kunde ausdrücklich den Wunsch geäußert hat, nicht beraten zu werden (vgl. *Winternitz*, Wertpapieraufsichtsgesetz [1998] § 13 Rz 51), hat die BAWAG P.S.K. der in § 13 Z 3 WAG normierten Erkundigungspflicht entsprochen.

Da die BAWAG P.S.K. zum Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II über dieses Wissen verfügte, war die zusätzliche Erstellung eines Anlegerprofils nicht erforderlich (vgl BGH 23.3.2011 XI ZR 33/10, WM 2011, 685 mwN).

Anhand des Wissens über die Erfahrungen und Kenntnisse, das Anlageziel sowie die Risikobereitschaft der Stadt Linz musste die BAWAG P.S.K. die Aufklärungsbedürftigkeit ihres Vertragspartners wie folgt einschätzen:

Die Stadt Linz war wegen der weitreichenden und langjährigen Kenntnisse und Erfahrungen von Mag. Penn im Einklang mit der Rsp (vgl dazu oben unter Punkt 19.2.2) vor Abschluss des SWAP II als versierter und aufgeklärter Bankkunde einzustufen, dem es zugemutet werden konnte, seine wirtschaftlichen Interessen selbst zu wahren. Die Stadt Linz war zum Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II nicht aufklärungsbedürftig.

Die BAWAG P.S.K. hat das mit dem SWAP II verbundene Risiko vor Abschluss des Geschäfts offengelegt. Die Stadt Linz hat dieses offengelegte Risiko als aufgeklärter, professioneller Marktteilnehmer bewusst übernommen.

Berücksichtigt man ferner, dass die Stadt Linz mit einem klaren Auftrag zum Abschluss eines bestimmten Swapgeschäftes an die BAWAG P.S.K. (und andere Banken) herangetreten ist, so wäre die BAWAG P.S.K. beim Abschluss des SWAP II überhaupt nur dann aufklärungspflichtig gewesen, wenn ein Mangel an Kenntnissen oder eine Fehlentscheidung der Stadt Linz offenkundig gewesen wäre (vgl OGH 23.11.2000 6 Ob 268/00f; OGH 24.02.1998 4 Ob 365/97y).

Beides lag beim Abschluss des SWAP II aber nicht vor. Insb war der SWAP II *ex ante* betrachtet, dh zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und damit vor Eintreten der unvorhersehbaren Finanzkrise eindeutig dazu geeignet, das von der Stadt Linz gewünschte Anlageziel zu erreichen (vgl dazu unter Punkt 5.1).

Die BAWAG P.S.K. wäre – nicht nur wegen des Beratungsausschlusses (vgl dazu oben 5.8), sondern auch – aufgrund der Professionalität der Stadt Linz überhaupt nicht zur Aufklärung verpflichtet gewesen.

19.3 Zweckdienliche Aufklärung durch die BAWAG P.S.K.

Ginge man unzutreffender Weise (vgl dazu oben unter Punkt 5.8) davon aus, dass die BAWAG P.S.K. die Stadt Linz über den SWAP II aufklären musste, so wäre sie nach den Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 verpflichtet, der Stadt Linz alle zweckdienlichen Informationen über das angebotene Produkt mitzuteilen (vgl § 13 Z 4 WAG 1996). Die Aufklärung müsste anleger- und objektgerecht erfolgen (vgl *Winternitz*, Wertpapieraufsichtsgesetz [1998] § 13 Rz 41). Dabei müsste insb auf dessen persönliche Kenntnisse und Erfahrungen sowie auf das ins Auge

gefasste Anlageobjekt Rücksicht genommen werden (vgl OGH RIS-RS0123046; OGH RIS-Justiz RS0119752).

Betrachtet man die konkrete Aufklärung der Stadt Linz durch die BAWAG P.S.K., so zeigt sich, dass die BAWAG P.S.K. nicht nur die Basisdaten des SWAP II der Stadt Linz vor Abschluss des SWAP II zur Verfügung gestellt hat. Vielmehr hat die BAWAG P.S.K. vor Vertragsabschluss die Mechanik, dh die Funktionsweise des SWAP II erklärt.

Beweis: E-Mail BAWAG P.S.K. an Stadt Linz vom 12.2.2007
(Beilage ./39);
wie bisher.

Insb hatte die BAWAG P.S.K. vor Vertragsabschluss auf das Fremdwährungsrisiko mehrfach im persönlichen Gespräch, aber insbesondere auch in der schriftlichen Unterlage zu SWAP I hingewiesen. Ausdrücklich wird in dieser Unterlage vom zusätzlichen Risiko und dem maßgeblichen Risikotreiber, nämlich der Kursentwicklung Franken/Euro gesprochen, sodass gerade dieser Aspekt offengelegt wurde. Auch in den Telefongesprächen vor dem Abschluss des Geschäfts wird auf das doppelte Risiko (aus CHF-Anleihe und SWAP II) hingewiesen.

Beweis: Transkripte: Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007 und 8.2.2011 (Beilage ./60);
Interner Aktenvermerk BAWAG P.S.K. vom 22.1.2007
(Beilage ./71);
wie bisher.

Angesichts des wechselseitigen Beratungsausschlusses (vgl dazu Punkt 5.8) und der Professionalität von Mag. Penn (siehe dazu oben unter Punkt 13.3.1), die eine Aufklärungsbedürftigkeit der Stadt Linz überhaupt bezweifeln lassen, entsprach die Informationserteilung durch die BAWAG P.S.K. somit einer zweckdienlichen anleger- und objektgerechten Aufklärung iSd WAG 1996.

Dies muss umso mehr gelten, als die Stadt Linz mit dem klaren Wunsch, ein solches Rechtsgeschäft abschließen zu wollen, an die BAWAG P.S.K. herangetreten ist (vgl dazu Punkt 5.3). Der Anstoß zur Anlageentscheidung ist nicht auf die BAWAG P.S.K., sondern auf den Optimierungswunsch der Stadt Linz (ausgedrückt in der Ermächtigung durch den Gemeinderatsbeschluss 2004) zurückzuführen. In einem solchen Fall treffen eine Bank überhaupt nur dann Aufklärungspflichten, wenn ein Mangel an Kenntnissen des Kunden oder dessen Fehlentscheidung (die voraussetzt, dass das Geschäft mit geradezu an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Verlusten führen wird; vgl OGH 23.11.2000 6 Ob 268/00f, ÖBA 2001, 723) offenkundig ist (vgl dazu 19.2.1(c)). Beides lag auf Seite der Stadt Linz aber nicht vor. Letztlich

musste die BAWAG P.S.K. die Erfahrung der Stadt Linz im Bereich der Derivatgeschäfte auch daraus ableiten, dass die Stadt Linz im Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II in parallelen Vertragsverhandlungen zu gleichgelagerten Produkten mit anderen Banken stand.

Insgesamt ging die von der BAWAG P.S.K. erteilte Aufklärung somit über das gesetzlich geschuldete Ausmaß (wenn ein solches überhaupt bestand) hinaus.

Im besten Interesse der Stadt Linz zu handeln, inkludierte jedenfalls nicht die Pflicht der BAWAG P.S.K., die Stadt Linz vom Abschluss des von ihr gewünschten SWAP II in paternalistischer Weise abzuhalten. Eine Bank ist letztlich nicht verpflichtet, einen Kunden zu bevormunden (so OGH RIS-Justiz RS0120999). Sie hat einem Kunden lediglich jene Aufklärung teilhaben zu lassen, die notwendig ist, damit ein Kunde eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen kann (vgl. *Klausberger/Rüger*, ÖBA 2011, in Druck). Dieser Pflicht ist die BAWAG P.S.K. nachgekommen. Vor Abschluss des SWAP II hat sie dessen Basisdaten der Stadt Linz übermittelt, die Stadt Linz über den Mechanismus des SWAP II aufgeklärt sowie die Stadt Linz auf das mit dem SWAP II verbundene Fremdwährungsrisiko hingewiesen. Ferner hat die beklagte Partei der Stadt Linz auch angeboten, dieses Risiko durch Caps zu deckeln.

Klarstellend sei angemerkt: Allen professionellen Marktteilnehmern muss klar sein, dass sich Zinsen und Kursverhältnisse verändern können. Zusätzlich weiß jeder professionelle Anleger, dass unter gewissen seltenen Umständen ein Maximalrisiko, das sich bei Wirtschaftskrisen besonders manifestiert, eintreten kann. Umso mehr, wenn es sich um die größte Finanz- und Wirtschaftskrise seit Ende des 2. Weltkriegs handelt. Auf ein derartiges abstrakt mögliches – jederzeit bestehendes – Total-Risiko musste die BAWAG P.S.K. die Stadt Linz ebenso wenig gesondert hinweisen, wie auf ein jederzeit bestehendes abstrakt mögliches Insolvenzrisiko eines Emittenten mit bestem Rating (vgl. OGH 23.3.2011 4 Ob 20/11m) oder das Risiko einer Hyperinflation. Der Stadt Linz war bekannt und bewusst, dass die Formel, die dem SWAP II zugrunde lag, kein Cap enthielt und dass somit dem SWAP II ein theoretisch unbegrenztes Risiko inhärent war, je nachdem, wie sich der Wechselkurs entwickelte. Die Stadt Linz nahm dieses - aus einer *ex ante* Sicht vergleichsweise geringe- Risiko bewusst in Kauf, um so das Ertragspotential aus dem SWAP II zu optimieren und sich Kosten für die Absicherung zu ersparen. Dieses offensichtliche, bewusst in Kauf genommene Risiko nun im Nachhinein der BAWAG P.S.K. umhängen zu wollen, ist unverfroren.

19.4 Keine Kausalität

Auch wenn man unzutreffenderweise von einer Verletzung der Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 durch die BAWAG P.S.K. ausgehen

würde, so zeigt der Sachverhalt, dass das Verhalten der BAWAG P.S.K. nicht kausal für den eingetretenen Schaden der Stadt Linz wäre.

Aus dem Sachverhalt wird nämlich deutlich, dass Mag. Penn als Vertreter der Stadt Linz ein Instrument zur Zinsoptimierung der CHF-Verbindlichkeit aus der Anleihe suchte. Er signalisierte gegenüber der BAWAG P.S.K., dass er auch mit anderen Kreditinstituten in Verhandlung stehe, um eine **solche Optimierung zu gestalten**. Die Stadt Linz holte zB von der Bank Austria parallel ein Angebot zu einem identischen Swapgeschäft ein, das dieselben Chancen- und Risikokomponenten – gerade bezogen auf das Wechselkursrisiko – enthielt.

Beweis: E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
wie bisher.

Die Stadt Linz hätte daher auch – selbst unter unzutreffender Annahme eines Verstoßes gegen die Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 durch die BAWAG P.S.K. – bei umfassender Aufklärung einen gleichartigen Schaden erlitten, zumal die Stadt Linz aufgrund ihres ausgeprägten Optimierungswunsches ein Geschäft wie den SWAP II oder ein gleichgelagertes Finanztermingeschäft mit einer Konkurrenzbank eingegangen wäre.

Allein wenn feststünde, dass die Stadt Linz auf keinen Fall ein anderes Finanztermingeschäft eingegangen wäre, wäre ein kausales Verhalten der BAWAG P.S.K. anzunehmen. Davon kann angesichts des vorliegenden Sachverhalts keine Rede sein: Die Stadt Linz suchte am Finanzmarkt ein Instrument zur Optimierung ihrer Fremdwährungsschulden; wenn der SWAP II nicht mit der BAWAG P.S.K. abgeschlossen worden wäre, hätte sie eben ein gleichgelagertes Geschäft mit einer anderen Bank oder aber ein anderes Geschäft mit gleichem Zweck getätigt.

Hätte die Stadt Linz hingegen bloß ein weniger risikoträchtiges Finanztermingeschäft abgeschlossen, so würde die Stadt Linz durch die volle Rückabwicklung des SWAP II einen Vorteil gegenüber der hypothetischen Entwicklung erlangen. Die bei hypothetischer Eingehung eines parallelen oder ähnlich ausgestalteten Swapgeschäfts eingetretenen (geringeren) Verluste zu Lasten der Stadt Linz würden nämlich nicht berücksichtigt (vgl dazu *Koziol* in FS *Picker* 532 ff; *Wagner*, Schadensberechnung im Kapitalmarktrecht, ZGR 2008, 512; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 729 f; ferner *M. Bydlinski*, Zum Schadenersatz bei volatilen Vermögenswerten, JBI 2011, 686; *Wendehorst*, ÖBA 2010, 570; *Karollus*, Neues zur Prospekthaftung [Konkurrenz zum Verbot der Einlagenrückgewähr und zur "fehlerhaften Gesellschaft", Kausalität des Prospektfehlers für die Disposition des Anlegers, Schadensberechnung und Schadensnachweis]. Anmerkungen zu OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i, ÖBA 2011, 457; *Krejci*, Anlegerschutz des

Aktionärs, Kapitalerhaltung und fehlerhafte AG, GesRZ 2011, 206; *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 168 ff). Der Stadt Linz stünde in einem solchen Fall – wenn überhaupt – nur das Recht zu, von der BAWAG P.S.K. die Naturalherstellung insofern zu verlangen, als sie sich auch dazu bereit erklärt, die Ersparnis der Verluste, die sich aus dem hypothetischen Abschluss weniger verlustträchtiger Swappeschäfte ergeben hätte, auszugleichen (vgl nur *Koziol* in FS *Picker* 538). Zur Pflicht des Geschädigten, nachzuweisen, wie er sich bei korrekter Information hypothetisch verhalten und wie sich sein Vermögen entwickelt hätte vgl (unter Anschluss an *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 729 f) OGH 7 Ob 77/10i, ÖBA 2011/1724, 501 = ecolex 2011/228, 609 (*Wilhelm*); OGH 6 Ob 231/10d, ÖBA 2011/1729, 513 = wbl 2011/145, 390 (zustimmend *Trenker*); OGH 6 Ob 8/11m, ÖBA 2011/1730, 515 = ecolex 2011/198, 515 (*Wilhelm*).

Der von der Stadt Linz verlangte uneingeschränkte Ersatz des Vertrauensschadens wäre demgegenüber eine ungerechtfertigte Bereicherung der Stadt Linz.

Letztlich scheidet der Schadenersatzanspruch der Stadt Linz somit nicht nur an der mangelnden Rechtswidrigkeit (vgl dazu Punkt 19.2), sondern auch an der fehlenden Kausalität des Verhaltens der BAWAG P.S.K.

Beweis: wie bisher.

19.5 Mitverschulden der Stadt Linz

19.5.1 Vor Vertragsschluss

Betrachtet man den vorliegenden Sachverhalt, so steht außer Zweifel, dass die BAWAG P.S.K. die Stadt Linz vor Abschluss des SWAP II auf das mit diesem Rechtsgeschäft verbundene Fremdwährungsrisiko aufmerksam gemacht hat (vgl dazu Punkt 4.9.5).

Die Stadt Linz hat dieses Risiko vollinhaltlich akzeptiert. Die Akzeptanz zeigte sich insb in Gestalt der Rechenbeispiele, die Mag. Penn selbst vornahm und zu seiner eigenen Verständnisabsicherung der BAWAG rückübermittelte. Er gab damit zu erkennen, dieses Risiko des SWAP II zu verstehen und zu akzeptieren (vgl dazu Punkt 4.9.6).

Wäre Mag. Penn demgegenüber bewusst gewesen, dass er die Funktionsweise des SWAP II nicht verstanden hat und hätte er dennoch den SWAP II abgeschlossen, so läge darin ein Mitverschulden der Stadt Linz. In diesem Fall wäre es Mag. Penn jedenfalls zumutbar gewesen, die BAWAG P.S.K. auf diesen Umstand vor Vertragsschluss hinzuweisen (vgl *Klausberger/Rüger*, ÖBA 2011, in Druck; zum haftungsbegründenden Verhalten von Anlegern vgl ganz generell *Vonkilch*, Grundfragen der

Schadenersatzpflicht von Anlegern nach erfolgter Anfechtung von Wertpapierkäufen, ÖJZ 2011, 989 ff).

19.5.2 Nach Abschluss des SWAP II

Die Stadt Linz hat es nach Abschluss des SWAP II mehrfach abgelehnt, den SWAP II zu beenden oder in eine alternative – risikoärmere – Gestaltung zu wechseln:

Nachdem und obwohl die Stadt Linz über die negative Entwicklung des SWAP II Kenntnis hatte und ihr diese Entwicklung von der BAWAG P.S.K. klar vor Augen geführt wurde (vgl dazu *P. Bydlinski*, ÖBA 2008, 170; allgemein *Karner* in KBB³ §1304 Rz 9), blieb sie dennoch passiv und inaktiv.

Anlässlich der Schließung des SWAP I und der Besprechung zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz wurde bereits im Juli 2007 die Schließung des SWAP II zur Diskussion gestellt. Am 7.1.2008 wurde von der BAWAG P.S.K. eine Restrukturierung des SWAP II zur Risikobegrenzung durch Festlegung eines maximalen Zinssatzes angeboten (siehe oben Punkt 4.15). Diese Angebote wurden von der Stadt Linz stets abgelehnt.

Beweis: E-Mail der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 7.1.2008 (Beilage ./19);
Übersicht Kundenkontakte (Beilage ./75)
wie bisher.

Im Laufe der weitergehenden Korrespondenz und der persönlichen Gespräche zwischen der Stadt Linz und der BAWAG P.S.K. wurden sämtliche weiteren Restrukturierungsvorschläge der BAWAG P.S.K. von der Stadt Linz verworfen.

Trotz zahlreicher Restrukturierungs- bzw Glättstellungsvorschläge konnte sich die Stadt Linz nie dazu entschließen, ihren Schaden durch Zustimmung zu einem solchen Vorschlag zu minimieren. Die Stadt Linz hat vielmehr beharrlich jedes Angebot der BAWAG P.S.K. ausgeschlagen, üblicherweise mit dem Hinweis, eine Erholung des Wechselkurses zu erwarten.

Beweis: Interne E-Mail vom 27.10.2008 (Beilage ./72)

Die Stadt Linz hat damit ihre Obliegenheit gemäß § 1304 ABGB, das Ausmaß ihres Schadens möglichst gering zu halten, nicht beachtet, was für die Stadt Linz durch Annahme eines der zahlreichen Restrukturierungsangebote der BAWAG P.S.K. jedenfalls zumutbar gewesen wäre (zur Verletzung der Schadensminimierungspflicht durch Unterlassen einer zumutbaren Rettungsaktion vgl nur OGH 8 Ob 123/05d, SZ 2006/28; in diese Richtung vgl ferner *Dullinger*, Aktuelle Fragen der Haftung wegen Beratungsfehlern bei der Vermögensanlage, JBl 2011, 698).

Als Folge ist der Stadt Linz schwerste Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern vorzuwerfen. Selbst wenn unzutreffenderweise ein Schadenersatzanspruch der Stadt Linz grundsätzlich angenommen werden würde, müsste dieser schon aus diesem Grund scheitern. Die Stadt Linz hat ihren eigenen Schaden alleine zu tragen (vgl. *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1304 Rz 23 mwN zur hL).

20. KEIN SCHADENERSATZ WEGEN SONSTIGER PFLICHT- VERLETZUNGEN

20.1 Verjährung

Auf den Verjährungseinwand (sh Punkt 18) wird verwiesen.

20.2 Keine Übervorteilung durch Abschluss eines OTC-Produkts

Wie bereits oben in Punkt 6.5 dargelegt, wird die überwiegende Mehrzahl aller Derivate individualisiert abgeschlossen (in der Diktion der Stadt Linz: "OTC"). Der OTC-Derivatemarkt beträgt knapp 615 Billionen US-Dollar und macht damit ungefähr 80 % des Gesamtderivatemarktes aus (sh oben Punkt 6.5.2) was zeigt, dass die Vorhalte der Stadt Linz verfehlt sind, weil sich ansonsten ein so großer Markt gar nicht hätte entwickeln können.

Der Versuch, aus dieser Art des Geschäftsabschlusses "ein signifikantes Mißbrauchspotential" o.ä. herbei zu argumentieren, scheitert. Im Abschluss eines OTC Produktes (wie 80 % aller Geschäftsfälle) liegt kein haftungsbegründendes Verhalten.

20.3 Keine Interessenskonflikte auf Seiten der BAWAG P.S.K.

20.3.1 Keine Vergleichbarkeit mit der Entscheidung BGH 22.03.2011 XI ZR 33/10

Entgegen der Behauptung der Stadt Linz können die Grundsätze des BGH Urteils vom 22.03.2011 XI ZR 33/10 nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. Dies aus folgendem Grund: Der vorliegende Sachverhalt ist mit dem der BGH-Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt ("Spread-Ladder-Swap") nicht vergleichbar.

Im Folgenden sollen die wesentlichsten Unterschiede veranschaulicht werden:

- Beim SWAP II wurde eine Beratung zwischen den Parteien ausdrücklich ausgeschlossen. Ein Beratungsvertrag wurde weder ausdrücklich noch konkludent abgeschlossen. Der maßgebliche Grund für den vom BGH festgestellten Interessenskonflikt war demgegenüber gerade das Vorliegen eines Beratungsvertrags.

- Beim Spread Ladder Swap führte eine Diplomvolkswirtin eines mittelständischen Unternehmens für den Kunden die Verhandlungen. Mag. Penn hatte demgegenüber einen völlig anderen Kenntnis- und Erfahrungshorizont. Er verwaltete einen jährlichen Schuldenstand von rund 360 Millionen Euro im Jahr 2007. Er war laufend mit dem Abschluss von Derivativen befasst, sie waren normaler Teil seiner täglichen Arbeit.
- Die Struktur des Spread Ladder Swap ist deutlich komplexer als jene des SWAP II. Ein Spread Ladder Swap ist ohne Beziehung finanzmathematischen Sachverstandes kaum nachzuvollziehen. Demgegenüber zeigt sich der SWAP II, wie er der Vereinbarung zwischen der Stadt Linz und der BAWAG P.S.K. zugrunde liegt, einfach strukturiert. Die Formel kann – wie von Mag. Penn auch während der Verhandlung vor Abschluss des Geschäfts tatsächlich gemacht – leicht mit einem Taschenrechner nachgerechnet werden. Letztlich ist bei Kenntnis von Punkt- und Strichrechnung – und der Prozentrechnung – die vereinbarte Formel sehr einfach zu rechnen.
- Beim Spread Ladder Swap zahlte die Bank einen Fixzins. Nur der Kunde war an einen variablen Zinssatz gebunden. Beim SWAP II zahlten sowohl die BAWAG P.S.K. als auch die Stadt Linz einen variablen Zinssatz, dh beide Vertragsparteien waren der Marktentwicklung ausgesetzt.
- Der SWAP II war ein konnexes Swapgeschäft, das der Optimierung und die Reduktion der Zinsbelastung der Stadt Linz, die aus einem anderen Geschäft (der CHF-Anleihe) resultierte, diente. Beim Spread Ladder Swap war hingegen keine Konnexität zu einem anderen Geschäft gegeben.
- Der SWAP II ist Ergebnis einer von der Stadt Linz erfolgten Ausschreibung unter mehreren Banken, wobei die BAWAG P.S.K. unter allen die günstigsten Konditionen anbot, dh Bestbieter war.
- Der Risikofaktor beim SWAP II war schlicht das Verhältnis des Wechselkurses Euro/CHF wobei kein Einfluss der Kurshistorie gegeben, sondern das täglich ermittelte Verhältnis maßgeblich war. Hingegen kommt es beim Spread Ladder Swap auf die Kursentwicklung während einer bestimmten historischen Periode an. Dieser Risikofaktor ist daher auch nicht direkt beobachtbar, sondern muss durch eine Verhältnisrechnung erst ermittelt werden.
- Eine Änderung des Fixings und eine Änderung des Kurstrends (im Sinne einer Verbesserung zugunsten der Stadt Linz) würden sich

beim SWAP II sofort auswirken. Es kommt allein auf das Verhältnis des aktuellen EZB-Fixings zum vereinbarten Strikepreis an. Im Unterschied dazu bestand bei einem Spread Ladder Swap nur eine stark eingeschränkte Erholungsmöglichkeit. Kurzfristige, entgegen der Kundenmeinung laufende Entwicklungen hätten sich dabei nur sehr langsam abgebaut.

- Beim SWAP II wurde der Stadt Linz bereits ab Juli 2007 laufend eine Ausstiegsmöglichkeit zu marktüblichen Bedingungen von der BAWAG P.S.K. angeboten. Die BAWAG P.S.K. hatte keine einseitige Exitmöglichkeit. Im Unterschied dazu räumte der Spread Ladder Swap nur der Bank eine einseitige Kündigungsmöglichkeit und das ohne Ausgleichszahlung an den Kunden ein.
- Schließlich sind die Bewertungsparameter völlig unterschiedlich. Während für den SWAP II der EUR/CHF Kurs, die Volatilität zwischen EUR und CHF, die Laufzeit und die CHF-Zinskurse von Bedeutung sind, ist die Bewertung eines Spread Ladder Swaps deutlich komplexer. Sie hängt von der Volatilität eines 2-Jahres-Swaps im Verhältnis zur Volatilität eines 10-Jahres-Swaps und schließlich der jeweiligen Korrelation ab. Hinzu kommen die bereits vorhin genannten Parameter. Schon allein darin zeigt sich die deutlich höhere Komplexität des Spread Ladder Swaps, sodass eine Vergleichbarkeit mit dem einfach strukturierten SWAP II nicht möglich ist.

Insgesamt ist aus diesen Gründen eine schematische Übertragung der Ausführungen BGH nicht möglich. Die gravierenden Unterschiede im Sachverhalt gebieten eine eigenständige Beurteilung des SWAP II und der damit einhergehenden Rechte und Pflichten.

20.3.2 Keine Pflicht zur Offenlegung des negativen Marktwerts

Nach der gefestigten Judikatur des BGH sind Banken grundsätzlich nicht verpflichtet, ihre Kunden darüber aufzuklären, dass sie mit dem Verkauf von Produkten Gewinne erzielen wollen. Eine derartige Gewinnerzielungsabsicht der jeweiligen Bank sei offensichtlich (vgl. BGH 27.09.2011 XI ZR 178/10; BGH 22.03.2011 XI ZR 33/10; BGH 15.04.2010 III ZR 196/09).

Gleiches muss auch für den konkreten Fall gelten. Dass nicht nur die Stadt Linz – ohne selbst Eigenkapital in die Hand nehmen zu müssen – auf hohe Zinsen aus dem SWAP II hoffte, sondern auch die BAWAG P.S.K. mit dem SWAP II einen Gewinn erzielen wollte, war für alle Beteiligten offenkundig. Die Stadt Linz durfte somit nicht eine gesonderte Aufklärung über die Gewinnerzielungsabsicht der BAWAG P.S.K. erwarten.

Von diesem Grundsatz machte der BGH in seiner Entscheidung vom 22.03.2011 (XI ZR 33/10) eine Ausnahme: Übernimmt eine Bank in einem Rechtsgeschäft eine Rolle, die den Interessen des Kunden entgegengesetzt ist, dann hat die Bank ihren Kunden über diese gegenläufige Interessenlage vor Abschluss des Geschäfts aufzuklären. Diese Aufklärungspflicht besteht aber nur dann, wenn die Bank zuvor aufgrund eines Beratungsvertrags die Pflicht übernommen hat, eine allein am Kundeninteresse ausgerichtete Anlageempfehlung abzugeben. Aufgrund dieses Beratungsvertrags ist die Bank verpflichtet, widerstreitende Interessenlagen offenzulegen. Der BGH knüpfte die strenge Offenlegungspflicht somit ganz klar an die dem entscheidungsgegenständlichen Fall zugrunde liegende Doppelfunktion der Bank (Anlageberater einerseits – Gegenpartei aus dem empfohlenen Rechtsgeschäft andererseits; vgl *Klausberger/Rüger*, ÖBA 2011, in Druck). Alleine diese Sonderkonstellation war der Grund für die Entscheidung des BGH (vgl Rz 38 der Entscheidung: "[...] zu einer Aufklärungspflicht führt alleine die Besonderheit [...]"). Das bedeutet aber gleichzeitig, dass die Entscheidung des BGH nicht verallgemeinerungsfähig ist (vgl dazu *Pitsch*, DStR 19/2011, 928). Dies zeigt sich schon daran, dass die Entscheidung des BGH im Widerspruch zur überwiegenden Judikatur und Meinung steht, die eine Pflicht zur Aufklärung über einen negativen Marktwert ablehnt (vgl OLG Bamberg, WM 2009, 1082, 1095; OLG Frankfurt am Main, WM 2009, 1563, 1564 f.; OLG Celle, WM 2009, 2171, 2174; OLG Frankfurt am Main, WM 2010, 1790, 1795 f.; OLG Hamm, BKR 2011, 68, 73; *Clouth* in *Ellenberger/Schäfer/Clouth/Lang*, Praktikerhandbuch Wertpapier- und Derivategeschäft, 3. Aufl. Rn. 1066 Fn. 1258; *Hoffmann-Theinert/Tiwisina*, EWiR 2011, 9, 10; *Jaskulla*, WuB I G 1. - 3.10; *Koller*, WuB I G 1. - 4.08; *Langen*, DB 2009, 2710 f.; *Lehmann*, BKR 2008, 488, 496; *Wolf*, EWiR 2009, 763, 764; gegen eine entsprechende Aufklärungspflicht wohl auch *Weber*, ZIP 2008, 2199, 2201). Die Entscheidung des BGH muss somit als einzelfallgetriebenes, nicht als verallgemeinerungsfähiges Judikat verstanden werden (so auch *Podlesak*, der aus dem BGH-Urteil für Standardswaps keine erhöhten Sorgfaltspflichten zu Lasten von Banken ableitet; vgl *Podlesak*, Wenn Banken mit ihren Kunden um Zinsen wetten – das Swap-Urteil des BGH v. 22. 3. 2011, *ecolex* 2011, 602).

Der BAWAG P.S.K. kam keine Doppelfunktion (Berater und Gegenpartei) zu. Im Gegensatz zur BGH-Entscheidung hat die BAWAG P.S.K. nie die Rolle eines Anlageberaters gegenüber der Stadt Linz übernommen. Im Gegenteil, die Parteien haben ausdrücklich auf den Abschluss eines Beratungsvertrags verzichtet.

Wenn auch Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien vor Abschluss des SWAP II stattgefunden haben, so hat die BAWAG P.S.K. nie eine Anlageempfehlung abgegeben. Eine solche Verhaltensempfehlung ist jedoch konstitutives Merkmal einer Beratung (vgl *P. Bydlinski* in *FS Hadding* 764). Vor diesem Hintergrund geht auch die Behauptung der Stadt Linz, wonach die BAWAG P.S.K. tatsächlich beratend tätig geworden sei, ins

Leere. Die BAWAG P.S.K. war zu jedem Zeitpunkt auf ihre Rolle als Gegenpartei aus dem SWAP II beschränkt. Anders als in dem Sachverhalt, der der BGH-Entscheidung zu Grunde liegt, befand sich die BAWAG P.S.K. somit nie in einem Interessenkonflikt, der die Bank verpflichtet hätte, die Stadt Linz über den negativen Marktwert aufzuklären (so ausdrücklich *Klausberger/Rüger*, ÖBA 2011, in Druck).

Zudem muss klargemacht werden, dass die BAWAG P.S.K., anders als die den Spread-Ladder-Swap empfehlende Bank des BGH-Urteils, die Risikostruktur des SWAP II nie bewusst zu Lasten der Stadt Linz ausgestaltete. Der SWAP II entsprach vielmehr ausschließlich den Vorgaben der Stadt Linz. Die Stadt Linz trachtete danach, durch eine niedrige Fixkomponente ihre Zinszahlungslast aus dem SWAP II möglichst gering zu halten und den Ertrag möglichst zu optimieren. Im Gegenzug nahm die Stadt Linz bewusst ein höheres Fremdwährungsrisiko in Kauf. Es war die Stadt Linz, die den Strike ausdrücklich – nach Ihren Vorstellungen – festlegte. Die Festlegung des Strikewerts erfolgte über ausdrücklichen Wunsch der Stadt Linz. Ebenso verzichtete sie bewusst auf Caps (vgl dazu oben Punkt 4.9).

Insgesamt zeigt sich, dass sich der dem BGH-Urteil zu Grunde liegende Sachverhalt deutlich von der Ausgangslage des konkreten Rechtsstreits unterscheidet und die daran geknüpften rechtlichen Ergebnisse nicht einfach schematisch auf den SWAP II übertragbar sind. Die BAWAG P.S.K. hat weder den SWAP II bewusst zu Lasten der Stadt Linz ausgestaltet, noch unterlag sie einem Interessenkonflikt, der sie zu einer Aufklärung über den anfänglichen negativen Wert des SWAP II verpflichtet hätte. Auch vor diesem Hintergrund kann der BAWAG P.S.K. keine Aufklärungspflichtverletzung vorgeworfen werden.

20.3.3 Zwischenergebnis

Der entscheidungsgegenständliche SWAP II kann nicht mit dem Spread-Ladder-SWAP der BGH-Entscheidung verglichen werden.

Die BGH-Entscheidung ist einer Sonderkonstellation geschuldet, die im konkreten Fall nicht vorlag. Die BAWAG P.S.K. übernahm nie eine Doppelfunktion. Sie befand sich zu keiner Zeit in der Rolle eines Anlageberaters. Ihre Rolle war – kraft ausdrücklicher Vereinbarung – stets auf die der Gegenpartei aus dem SWAP II beschränkt.

Die BAWAG P.S.K. befand sich – im Unterschied zur Ausgangslage beim BGH-Urteil – somit nie in einem Interessenkonflikt, der zur Aufklärung über den anfänglich negativen Marktwert des SWAP II verpflichtet hätte.

20.4 Keine Pflicht zur Aufklärung über eine Marginpflicht

Entgegen den Behauptungen der Stadt Linz bestand keine Marginpflicht zu Lasten der Stadt Linz. Eine solche Pflicht zur Sicherheitsleistung wurde – wie bei Finanztermingeschäften mit Kommunen und öffentlichen Rechtsträgern banküblich – im Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte, der dem SWAP II zu Grunde liegt, ausdrücklich nicht vorgesehen. Die Behauptung der Stadt Linz, wonach eine Marginpflicht banküblich sei, ist bei öffentlichen Rechtsträgern schlichtweg falsch.

Die Stadt Linz war aufgrund ihrer hohen Bonität nie verhalten, der BAWAG P.S.K. Sicherheitenzahlungen ("margin payments") zu leisten. Sie war deshalb im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern in einer privilegierten Position. Die mangelnde Pflicht zur Sicherheitsleistung bewirkte darüber hinaus, dass die Stadt Linz – im Vergleich zu weniger potenten Marktteilnehmern – den SWAP II zu günstigeren Konditionen erhalten konnte. Die Ausnutzung dieses Vorteiles entsprach klar dem Wunsch der Stadt Linz – sie hatte auf diese Weise einen Wettbewerbsvorteil.

Da keine Marginpflicht bestand, kann der BAWAG P.S.K. auch nicht vorgeworfen werden, sie habe es verabsäumt, die Stadt Linz über eine bestehende Marginpflicht aufzuklären.

20.5 Keine Kreditgewährung

20.5.1 Keine Pflichtverletzung

Die Behauptungen der Stadt Linz, die BAWAG P.S.K. habe der Stadt Linz einseitig Kredite eingeräumt und dadurch das Risiko der Stadt Linz einseitig erhöht, ist unrichtig. Der Stadt Linz wurden im Zusammenhang mit dem SWAP II zu keinem Zeitpunkt zusätzliche Kredite (Zahlungsmittel oder Haftungen) von der BAWAG P.S.K. eingeräumt, geschweige denn bestehende ausgeweitet (sh dazu oben Punkt 6.2).

Das Risiko der Stadt Linz ergab sich alleine aus dem SWAP II. Das bankinterne Risikomanagement bildete dieses zu Zwecken des internen Risikomanagements ab. Über diese rein bankinternen Vorgänge musste die BAWAG P.S.K. die Stadt Linz nicht aufklären (sh oben Punkt 6.2.4).

Mangels Aufklärungspflicht fehlt es am rechtswidrigen Verhalten, weshalb auch aus diesem Titel kein Schadenersatzanspruch der Stadt Linz besteht.

20.5.2 Keine Kausalität

Auf Punkt 6.2.7 wird verwiesen. Wenn selbst die Marktbewertungen, die monatlich kommuniziert wurden, keine Relevanz für das Verhalten der Stadt Linz hatten, so hätten dies interne Kreditobligi noch viel weniger gehabt.

20.6 Zwischenergebnis

Die seitens der klagenden Partei behaupteten Pflichtverletzungen liegen allesamt nicht vor. Zudem würde zT die Kausalität fehlen. Schließlich wären alle Ansprüche verjährt. Ein auf Schadenersatz – aus welchem Grund auch immer – gestützter Anspruch der Stadt Linz besteht nicht.

21. ANTRAG

Die beklagte Partei stellt daher den

ANTRAG,

das Klagebegehren abzuweisen und die klagende Partei zum Kostenersatz zu Handen der Beklagtenvertreter binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten.

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft
und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft