

PER WEB-ERV/PER BOTEN

An das
Handelsgericht Wien

Marxergasse 1a
1030 Wien

GZ: 48 Cg 222/11 y
Wien, 9. Dezember 2011
BWG36191/11 /5/14/14/753497

Widerklagende Partei: BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft
und Österreichische Postsparkassen AG
Georg-Coch-Platz 2
1018 Wien-Postsparkasse

vertreten durch: WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH
P130664
Schubertring 6
1010 Wien

Widerbeklagte Partei: Stadt Linz
(vertreten durch den Bürgermeister)
Altes Rathaus Hauptplatz 1
4020 Linz

vertreten durch: **Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH**, P130260
Heinrichsgasse 4
1010 Wien
Konto-Nr: 23826606406, BLZ: 12000

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

Laurer & Arlamovsky Rechtsanwalts- Partnerschaft GmbH,
P130453
Wollzeile 6-8/47
1010 Wien
Vollmacht erteilt.

Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH, P430285
Hopfengasse 23
4020 Linz
Vollmacht erteilt.

wegen: EUR 417.737.018,29 s. A.

K L A G E B E A N T W O R T U N G

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an den Gegenvertreter.

1-fach
1 HS
Beilagen

INHALTSVERZEICHNIS

KLAGEBEANTWORTUNG:	5
I. Vorbemerkungen und Begriffe	5
1. Vorbemerkungen	5
2. Begriffsbestimmungen	7
II. Überblick über die Einwendungen der Stadt Linz	8
III. Die Parteien des Rechtsstreits	9
1. Die Stadt Linz	9
2. Die klagende Partei	11
3. Restimee	13
IV. Chronologischer Sachverhalt	13
1. Die Vorgeschichte zum Swap-Geschäft	13
1.1. Die Geschäftsbeziehung zur klagenden Partei	13
1.2. Finanzierungslage	14
1.3. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004	15
2. Die Genese und der Abschluss des Swap-Geschäfts 4175	18
2.1. Die ersten Angebote der klagenden Partei – Präsentation im August 2006	18
2.2. Empfehlung eines konkreten „Resettable CHF Linked Swap“ durch die klagende Partei	20
2.3. (Einmalige) Ausschreibung eines Derivats durch die Stadt Linz durch den Finanzdirektor	20
2.4. Schreiben Mag. Werner Penn vom 13. September 2006	21
2.5. Der Rahmenvertrag vom 26. September 2006	21
2.6. Swap-Geschäft 3976	22
2.7. Vorgänge, die zum Swap-Geschäft 4175 führten	23
2.8. Der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175	25
2.9. Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften durch die klagende Partei	29
2.10. Sommer 2007: Schließen des Swap-Geschäfts 3976/„Kundenüberlegung“ zu Swap-Geschäft 4175/Abschluss eines weiteren Swap-Geschäftes	30
3. Nach Abschluss des Swap-Geschäftes 4175	32
3.1. Vorbemerkungen	32
3.2. Sitzung des Finanzausschusses am 6. September 2007	33
3.3. Sitzung des Finanzausschusses am 15. Mai 2008	35
3.4. Eingang des Swap-Geschäfts in Jahresvoranschläge und Rechnungsabschlüsse	36
3.5. Kontrollamtsbericht zum Rechnungsabschluss 2007	36
3.6. Keine vorzeitige Schließung im Frühjahr 2008	37
3.7. Die Kreditlinien für das Derivatgeschäft	38
3.8. Die (erstmalige) Adressierung eines politischen Entscheidungsträgers	39
3.9. Ständige Krediterhöhung durch die klagende Partei	40
3.10. Der Zeitraum bis zur Aufklärung der politischen Verantwortungsträger	41
3.11. Kündigung des Swap-Geschäftes 57196 durch die klagende Partei	43
3.12. Auflösung des Swap-Geschäftes aus wichtigem Grund durch die Stadt Linz	43
4. Die Befassung der Aufsichtsbehörde / Novelle zum öö Kommunalrecht	45
4.1. Einleitung	45
4.2. Richtlinien des österreichischen Gemeindebundes	45
4.3. Die Reaktionen der Aufsichtsbehörde	46
4.4. Genehmigungsantrag durch die Stadt Linz	47
4.5. Novelle zum öö Kommunalrecht	47
V. Natur des Swap-Geschäfts	49
1. Allgemeines zu Swap-Geschäften	49
2. Rahmenbedingungen bei Abschluss des Swap-Geschäfts	49
3. Wirkung des Swap-Geschäfts 4175 auf die CHF-Anleihe	50
4. Die eigentliche Struktur der Zinsbildungsformel/Verschreibung von zwanzig exotischen Währungsoptionen	51
5. Negativer Marktwert des Swap 4175 bei Vertragsabschluss (negativer Anfangswert)	52

6.	Die Besonderheiten des Swap-Geschäfts 4175 im Überblick	53
7.	Kein Ausstiegsrecht der Stadt Linz	54
7.1.	Vertragliche Grundlagen.....	54
7.2.	Einvernehmliche Auflösung des Swap-Geschäftes	55
7.3.	Zusammenfassung	56
VI.	Zahlenwerk	56
1.	Einnahmen des ordentlichen Voranschlages und Gesamtschuldendienst.....	56
2.	Zahlungen	57
2.1.	Zahlungen der klagenden Partei an die Stadt Linz	57
2.2.	Zahlungen der Stadt Linz an die klagende Partei	57
2.3.	Resümee.....	58
VII.	Die Einwendungen gegen den Grund des Anspruches.....	58
1.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Verstoßes gegen die kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften.....	58
1.1.	Die zivilrechtliche Ausgangslage	58
1.2.	Die Zuständigkeit des Bürgermeisters der Stadt Linz	59
1.3.	Die Zuständigkeit des Gemeinderats für den Abschluss des Swap-Geschäftes	59
1.4.	Fehlen eines Gemeinderatsbeschlusses für das Swap-Geschäft	60
1.5.	Fehlen einer wirksamen Delegation.....	61
1.6.	Fehlen einer Bedeckung für das Swap-Geschäft	62
1.7.	Fehlen der Unterschrift des Bürgermeisters und des Amtssiegels.....	63
1.8.	Keine Anscheinsvollmacht	63
1.9.	Kein Anschein einer nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat	66
1.10.	Schlussfolgerung.....	68
2.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Fehlens einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde	69
2.1.	Die Ausgangslage	69
2.2.	Genehmigungspflicht des Swap-Geschäftes 4175.....	69
2.3.	Zivilrechtliche Folge bei Fehlen der Genehmigung	70
3.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Evidenz des Vertretungsmissbrauchs.....	71
4.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Verstoßes gegen § 879 ABGB.....	73
4.1.	Gesetz und Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB).....	73
4.2.	Wucher (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB).....	74
5.	Anfechtung des Swap-Geschäfts wegen „laesio enormis“	75
6.	Anfechtung des Swap-Geschäfts wegen List und Irrtums	75
6.1.	Arglistige Irreführung über die Bedeutung des historischen Wechselkursverlaufs.....	76
6.2.	Arglistiges Verschweigen von nach § 11 ff WAG 1996 aufklärungsbedürftigen Umständen des Geschäfts	77
6.3.	Arglistiges Verschweigen einer deutlich überhöhten Bankmarge	78
6.4.	Veranlassung eines wesentlichen Geschäftsirrtums	78
7.	Vertragsaufhebung aus dem Titel des Schadenersatzes.....	79
7.1.	Grundsätzliches.....	79
7.2.	Zur Anwendbarkeit der Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996.....	79
7.3.	Zum behaupteten „Beratungsverzicht“	80
7.4.	Stadt Linz kein „professioneller Marktteilnehmer“	84
7.5.	Verstoß gegen das Gebot zur umfassenden Wahrung der Kundeninteressen.....	86
7.6.	Keine Aufklärung über Interessenskonflikte auf Seiten der klagenden Partei	87
7.7.	Keine Aufklärung über die Marginpflicht	88
8.	Aufhebung des Vertrages aus wichtigem Grund durch die Stadt Linz.....	92
8.1.	Auflösungserklärung	92
8.2.	Rechtsfolgen der Auflösungserklärung.....	92
9.	Vertragswidrigkeit der Kündigung durch die klagende Partei.....	92
VIII.	Mitverschulden der klagenden Partei/Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit.....	93
IX.	Keine weiteren Anspruchsgrundlagen	94
1.	Kein Erfüllungsanspruch im Gewand der „culpa in contrahendo“	94
2.	Kein (schutzwürdiges) Vertrauen der klagenden Partei	94
3.	Kein haftungsbegründendes Verhalten auf Seiten der Stadt Linz	95

4.	Mitverschulden der klagenden Partei	96
5.	Einwand der Verjährung.....	96
X.	Compensandoeinwand.....	96
1.	Einleitung.....	96
2.	Schadenersatz wegen Verletzung von Aufklärungspflichten	97
3.	Schadenersatz wegen Beteiligung der klagenden Partei an deliktischem Verhalten und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung	97
XI.	Sonstige Einwendungen	98
1.	Kein ersatzfähiger Schaden	98
2.	Die Höhe des Anspruches	98
3.	Zinsenbegehren.....	99
XII.	Anträge der Stadt Linz.....	99

Die BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG (im Folgenden nur „*klagende Partei*“) hat am 8. November 2011 gegen die Stadt Linz Widerklage auf Zahlung von € 417.737.018,29 s.A. im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs eingebracht. Dabei tritt die BAWAG P.S.K. unter Hinweis auf die Klage der Stadt Linz vom 2. November 2011 (HG Wien, 48 Cg 218/11k) als Widerklägerin auf. Die Widerklage wurde dem Vertreter der Stadt Linz, der Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH, am 14. November 2011 („*elektronisch hinterlegt 14.11.2011*“) zugleich mit dem Auftrag des Handelsgerichtes Wien vom 10. November 2011 zur Klagebeantwortung zugestellt.

Der Gemeinderat der Stadt Linz hat am 24. November 2011 folgenden Beschluss gefasst:

„1. Die Widerklage der BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG vom 8.11.2011, anhängig zu 48 Cg 222/11y des Handelsgerichtes Wien, wird beantwortet und bestritten. Die Anwaltssozialitäten Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH, Laurer & Arlamovsky Rechtsanwalts- Partnerschaft GmbH und Wildmoser/Koch & Partner Rechtsanwälte GmbH werden beauftragt und bevollmächtigt, die Stadt Linz im Prozessverfahren über die Widerklage der BAWAG P.S.K. am Handelsgericht Wien, 48 Cg 222/11y, zu vertreten, die Widerklage zu beantworten und zu bestreiten und alle dafür notwendigen Rechtshandlungen zu unternehmen.“

Der Bürgermeister der Stadt Linz hat in Umsetzung dieses Gemeinderatsbeschlusses (§ 22 Abs 1 des Statuts für die Landeshauptstadt Linz – StL 1992) die genannten Anwaltsgesellschaften mit der Vertretung beauftragt. Die einschreitenden Rechtsanwaltsgesellschaften berufen sich gemäß §§ 8 RAO, 30 ZPO auf die ihnen erteilte Vollmacht. Die genannten Anwaltskanzleien geben in diesem Zusammenhang als Zustellbevollmächtigten bekannt:

Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH, Heinrichsgasse 4, 1010 Wien.

Beweis: Auszug aus dem Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 24.11.2011 samt Abstimmungsergebnis, Beilage ./A¹;
Bestätigung des Bürgermeisters der Stadt Linz, Beilage ./B.

Die beklagte Partei (zur besseren Lesbarkeit „*Stadt Linz*“) erstattet durch ihre Vertreter innerhalb offener Frist folgende

K L A G E B E A N T W O R T U N G:

Das Klagebegehren wird sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach bestritten. Auch der Sachvortrag der klagenden Partei wird, soweit nicht einzelne Teile ausdrücklich außer Streit gestellt werden, bestritten. Die Klage ist aus folgenden Gründen zur Gänze abzuweisen:

I. Vorbemerkungen und Begriffe

1. Vorbemerkungen

1.1. Der vorliegende Streitfall betrifft ein **Derivatgeschäft**. Konkret handelt es sich um das Geschäft vom 12. Februar 2007 mit der von der klagenden Partei vergebenen Ref.Nr. 4175. Dieses Geschäft ist bereits Gegenstand der von der Stadt Linz am

¹ Die Beilagen werden mit Beilage ./A, ./B, ./C etc. bezeichnet, weil die klagende Partei die Bezeichnungen Beilage ./1, ./2, ./3 etc. für sich in Anspruch genommen hat.

2. November 2011 beim Handelsgericht Wien eingereichten und zu 48 Cg 218/11k anhängigen Klage.

- 1.2. In diesem Verfahren begehrt die Stadt Linz die (Rück-)Zahlung von CHF 30.640.161,40 s.A. Das Begehren gründet auf der schon anfänglichen Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Verstoßes gegen kommunalrechtliche Vorgaben, aber auch auf der mit der Klage begehrten Anfechtung wegen Wuchers, List und laesio enormis. Des Weiteren verlangt die Stadt Linz den von ihr eingeklagten Betrag auch aus dem Titel des Schadenersatzes und begehrt die Rückgängigmachung des Swap-Geschäftes durch Naturalrestitution. Die Stadt Linz wäre bei einem rechtskonformen Verhalten der klagenden Partei nicht mit deren nunmehrigen Forderungen konfrontiert und sie hätte demgemäß auch den Schaden in Form der geleisteten Zahlungen nicht erlitten.
- 1.3. Das vorliegende Derivatgeschäft wurde von der Stadt Linz in ihrer Klage als „*Swap-Geschäft*“ bezeichnet; diese Begriffsbildung wird im Rahmen der Beantwortung der Widerklage beibehalten. Die klagende Partei bezeichnet das Geschäft als „*SWAP II*“. Beide Geschäfte sind ident.
- 1.4. Vor Eingehen auf die Sache stellt die Stadt Linz in Punkt II. alle gegen das Klagebegehren gerichteten Einwendungen überblicksartig dar. Danach (Punkt III.) werden die Parteien mit Bezug auf das Swap-Geschäft vorgestellt, um zu zeigen, dass sich einander die Stadt Linz und die klagende Partei keineswegs „*auf Augenhöhe*“ gegenüberstanden. Beim Tatsachenvortrag in Punkt IV. wird der gesamte Sachverhalt chronologisch so dargestellt, wie er sich der Stadt Linz aus den zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen darstellt. Dabei wird allerdings auch bereits auf den Tatsachenvortrag der klagenden Partei eingegangen. Die Punkte V. und VI. des Schriftsatzes beleuchten – wie in der Klage der Stadt Linz die Punkte IV. und V. – die Natur des Swap-Geschäftes und listen die notwendigen Zahlen und Daten auf. Punkt VII. wiederum beschäftigt sich mit den Einwendungen, die schon dem Grund des geltend gemachten Anspruches entgegenstehen. In den Punkten VIII. und IX. wird gezeigt, dass sich die klagende Partei nicht nur ein Mitverschulden und die Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit vorwerfen lassen muss, sondern auch, dass neben dem Nichtvorliegen der von ihr primär geltend gemachten vertraglichen Ansprüche keine sonstige Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren besteht. Dem Klagebegehren werden – für den Fall seines bestrittenen Bestehens – in Punkt X. compensando Schadenersatzansprüche der Stadt Linz entgegengehalten. Der letzte Punkt nimmt zur Höhe des Anspruches und den von der klagenden Partei begehrten Zinsen Stellung.
- 1.5. Die klagende Partei hat das Swap-Geschäft am 12. Februar 2007 mit dem damaligen Finanzdirektor und Stadtkämmerer der Stadt Linz, Mag. Werner Penn, abgeschlossen. Die zuständigen Organe der Stadt Linz waren in diesen Geschäftsabschluss nicht eingebunden. Das Geschäft hat sich als hochgradig riskant herausgestellt. Nach einer von der klagenden Partei zuletzt vorgelegten Bewertung hatte es am 30. September 2011 einen für die Stadt Linz **negativen Wert** von **€ 345.618.510,98**, nachdem die klagende Partei zuvor bereits einmal einen **negativen Wert** von **€ 489.016.132,61** (Stichtag 29. Juli 2011) mitgeteilt hatte. In der Widerklage gibt die klagende Partei den negativen Wert des Swap-Geschäftes zum Auflösungsstichtag (7. November 2011) mit **€ 404.691.565,68** an. Seit April 2011 ist das Swap-Geschäft Gegenstand eines **Strafverfahrens**, das die **Staatsanwaltschaft Linz** gegen Mag. Werner Penn und Stadtrat Dr. Johann Mayr

wegen des Verdachtes der Untreue nach den § 153 Abs 1 und 2, 2. Fall sowie § 313 StGB eingeleitet hat.

- 1.6. Die Stadt Linz stößt bei der Ermittlung der tatsächlichen Geschehnisse auf erhebliche Schwierigkeiten. Sowohl vor und bei Abschluss als auch bei Umsetzung des Swap-Geschäftes hielt die klagende Partei **ausschließlich Kontakt mit Mag. Werner Penn**. Selbst als Mag. Werner Penn als Leiter der Stadtkämmerei mit Stichtag 1. Oktober 2009 von Dr. Christian Schmid abgelöst worden war, vereinbarten die Vertreter der klagenden Partei und Mag. Werner Penn, dass die Derivatgeschäfte weiterhin ausschließlich mit Mag. Werner Penn zu behandeln seien.
- 1.7. Aufgrund des Strafverfahrens stand Mag. Werner Penn für die Sachverhaltsermittlung nicht mehr zur Verfügung. Er hat bei der Beschuldigtenvernehmung von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht und sich darauf beschränkt, durch seine Anwälte eine schriftliche Stellungnahme einzubringen. Darin geht auch Mag. Werner Penn davon aus, dass der Abschluss der konkreten Swap-Geschäfte einer gesonderten Beschlussfassung durch den Gemeinderat der Stadt Linz bedurft hätte. Damit habe ihm die Vertretungsmacht zum Abschluss der Geschäfte gefehlt, was ihm aber durch Rechtsirrtum verborgen geblieben sei.
- 1.8. Die Stadt Linz ist daher im Rahmen der eigenen Klagsführung und auch der gegenständlichen Klagebeantwortung vor allem auf die Unterlagen angewiesen, die im Bereich der Finanzdirektion vorliegen und die von der klagenden Partei im Strafverfahren vorgelegt worden sind. Die Stadt Linz hatte sich deshalb in ihrer Klagsschrift eine nachträgliche Ergänzung und Modifikation ihres Vortrages mit Rücksicht auf diese besonderen Umstände vorbehalten. Daran hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert, insbesondere auch nicht durch die Widerklage und das darin enthaltene Vorbringen der klagenden Partei, sodass dieser Vorbehalt auch für die Klagebeantwortung gilt.

2. Begriffsbestimmungen

Soweit nicht im Kontext der Klagebeantwortung ausdrücklich anders angeführt, ist unter den verwendeten Begriffen folgendes zu verstehen:

- 2.1. Derivatgeschäft: Handel mit Finanzinstrumenten gemäß § 1 Abs 1 Z 7 lit c und d BWG 1996.
- 2.2. Einzelgeschäftsbestätigung/Confirmation: schriftliche Bestätigung des Vertragsabschlusses über ein Derivatgeschäft im Allgemeinen und über das Swap-Geschäft 4175 vom 12. Februar 2007 im Speziellen.
- 2.3. Finanzausschuss: Ausschuss, der vom Gemeinderat nach § 40 StL 1992 zur Vorberatung von Finanzangelegenheiten eingerichtet wurde.
- 2.4. Finanzierungen: von der Stadt Linz aufgenommene Darlehen/Kredite unbeschadet der juristischen Form und Währung, also auch begebene Anleihen.
- 2.5. h.g.: hier gerichtliches Verfahren.

- 2.6. Kontrollamt: Dienststelle des Magistrats, welche die Gebarung des Magistrats in Bezug auf die rechnerische Richtigkeit sowie auf die Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen hat.
- 2.7. Rahmenvertrag: Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte zwischen der Stadt Linz und der klagenden Partei vom 26. September 2006.
- 2.8. Swap-Geschäft: Derivatgeschäft abgeschlossen zwischen der klagenden Partei und dem vormaligen Finanzdirektor der Stadt Linz mit der Referenznummer 4175 vom 12. Februar 2007 (samt Änderung vom 15. Oktober 2007).
- 2.9. StL 1992: Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992, LGBl 7/1992.
- 2.10. Strafverfahren: Ermittlungsverfahren der StA Linz zu GZ 9 St 80/11z gegen Mag. Werner Penn u.a.

Beweis: Beizuschaffender Strafakt der StA Linz zu GZ 9 St 80/11z, wobei die genaue Bezeichnung der jeweils beizuschaffenden und zu verlesenden Aktenteile vorerst vorbehalten bleibt;
 Stichtagsbewertungen des Swap-Geschäft 4175 durch die BAWAG P.S.K. zum 29.7.2011 und 30.9.2011;
 Verwaltungsgliederung der Finanz- und Vermögensverwaltung;
 Schreiben der Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH vom 12.10.2011;
 Elektronische Mitteilung der Wolff Theiss Rechtsanwälte GmbH vom 20.10.2011;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz.

II. Überblick über die Einwendungen der Stadt Linz

Die Stadt Linz wird in der Klagebeantwortung darlegen,

- dass das Swap-Geschäft zwischen der Stadt Linz und der klagenden Partei wegen Verletzung kommunalrechtlicher Vorgaben nicht wirksam zustande gekommen ist;
- dass einem gültigen Vertragsabschluss das allgemeine Stellvertretungsrecht entgegen steht, zumal für die klagende Partei evident war, dass der vormalige Finanzdirektor bei Abschluss des Swap-Geschäfts seine Befugnisse (soweit überhaupt vorhanden) missbrauchte;
- dass das Swap-Geschäft gesetz- und sittenwidrig ist;
- dass das Swap-Geschäft wegen Wuchers unwirksam ist;
- dass das Swap-Geschäft wegen List und Irrtums anfechtbar ist;
- dass das Swap-Geschäft wegen laesio enormis anfechtbar ist;
- dass das Swap-Geschäft auch aufgrund von Schadenersatzansprüchen der Stadt Linz wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch die klagende Partei keinen Bestand haben kann;

- dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft am 13. Oktober 2011 aus wichtigem Grund berechtigt aufgelöst hat, soweit es nicht ohnedies aus den zuvor genannten Gründen gar nicht wirksam zustande gekommen oder anfechtbar ist;
- dass der Klagsanspruch einem Mitverschuldenseinwand (Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit) ausgesetzt ist;
- dass die Stadt Linz gegen den behaupteten Anspruch der klagenden Partei *compensando* einen Schadenersatzanspruch wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten durch die klagende Partei einwenden kann, soweit der Ersatzanspruch der Stadt Linz nicht schon dem Grund des Klagsanspruchs entgegen steht;
- dass sich der Klagsanspruch auch nicht aus dem Titel der *culpa in contrahendo* begründen lässt;
- dass der von der klagenden Partei geltend gemachte Schaden nicht ersatzfähig ist, weil es am Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlt;
- dass der Klagsanspruch auch der Höhe nach nicht berechtigt ist, weil die klagende Partei nicht schlüssig darlegen kann, wie sich der Anspruch auf Grundlage der Regelung in §§ 8 und 9 des Rahmenvertrags errechnet *und*
- dass das Zinsenbegehren nicht berechtigt ist, weil es den in § 3 Abs 4 des Rahmenvertrages vorgesehen Zinssatz übersteigt.

III. Die Parteien des Rechtsstreits

1. Die Stadt Linz

- 1.1. Für Finanzgeschäfte sind in der Stadt Linz teils politische Organe, teils Verwaltungsorgane zuständig. Die Entscheidung über den Abschluss eines Finanzgeschäftes trifft ab einer bestimmten Größenordnung der Gemeinderat. Aufgabe des Magistrats ist es, im Rahmen der laufenden Verwaltung des Vermögens der Stadt, die Entscheidungen des Gemeinderats vorzubereiten und beschlossene Geschäfte umzusetzen. Dafür ist im Bereich des Magistrats die Geschäftsgruppe „*Finanz- und Vermögensverwaltung*“ zuständig. Deren Leiter war bei Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 Mag. Werner Penn.
- 1.2. Die klagende Partei versucht in der Widerklage prozessmotiviert den Eindruck zu erzeugen, dass „*das Finanzmanagement der Stadt Linz im verfahrensgegenständlichen Zeitraum (und nach wie vor) in ähnlicher Weise organisiert (war), wie das eines Großunternehmens*“. Mit der Finanz- und Vermögensverwaltung sei bereits 2007 eine eigene, hoch spezialisierte Geschäftsgruppe des Magistrats „*mit der umfassenden Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz befasst (gewesen)*“ (Widerklage, Seite 3). Soweit die klagende Partei damit meint, es habe eine hoch spezialisierte Organisation zahlreicher Mitarbeiter (89 Personen) gegeben, die sich mit der Vorbereitung, der Analyse und Durchführung hoch komplexer Finanztermingeschäfte beschäftigt hat, geht dies an der Realität vorbei:
- 1.3. Die Finanz- und Vermögensverwaltung als Geschäftsgruppe im Magistrat der Stadt Linz umfasst drei Teilbereiche, und zwar das Finanzrechts- und Steueramt, die

Stadtkämmerei sowie das Wirtschaftsservice der Stadt Linz. Mit der Aufnahme und Verwaltung von Darlehen und Krediten ist von diesen Dienststellen überhaupt nur die Stadtkämmerei befasst. Diese gliedert sich in die Abteilungen „*Haushalts- und Beteiligungsmanagement*“, „*Buchhaltung*“, „*Zahlungsverkehr und Stadtkasse*“ sowie die Abteilung „*Finanzwirtschaft und Controlling*“. Die zuletzt genannte Abteilung besteht aus sechs Personen. Ihre Aufgabe ist die Einnahmen- und Ausgabensteuerung der städtischen Dienststellen sowie die Subventionsverwaltung der Stadt Linz. Mit dem Swap-Geschäft kam diese Abteilung nicht – auch nicht abwicklungstechnisch – in Berührung. Die Abteilungen „*Buchhaltung*“ sowie „*Zahlungsverkehr und Stadtkasse*“ waren von der Aufnahme von Darlehen und Krediten sowie der Vereinnahmung von Gutschriften bzw. der Zahlung von Zinsen nur insofern betroffen, als sie die Einnahmen und Ausgaben in der städtischen Buchhaltung verzeichneten bzw. die Abteilung „*Zahlungsverkehr und Stadtkasse*“ über Anweisung des Mag. Werner Penn die Auszahlungen vornahm. Die Aufgabe dieser Abteilungen bestand also nur in der abwicklungstechnischen Umsetzung; sie waren weder in die Vorbereitung, noch in die Analyse oder Kontrolle bei der Aufnahme von Darlehen, geschweige denn in den Abschluss von Derivatgeschäften auch nur am Rande eingebunden. Beide Abteilungen beschäftigen zusammen 14 Personen.

- 1.4. In der Abteilung „*Haushalts- und Beteiligungsmanagement*“ war Mag. Werner Penn zum „*Handling*“ von Fremdgeldaufnahmen sowie deren Verwaltung lediglich ein C-Beamter in der Person des Erwin Rockenschaub beigelegt, der über einen Hauptschulabschluss verfügt. Die übrigen Mitarbeiter dieser Abteilung, die aus acht Personen besteht, waren lediglich in die technische Abwicklung von Zahlungen eingebunden. Die Freigabe von Zahlungen bedurfte der Unterschrift einer weiteren Person; aus diesem Grund finden sich auf den Überweisungsanweisungen in der Regel die Unterschriften des Erwin Rockenschaub sowie eines anderen Mitarbeiters dieser Abteilung.
- 1.5. Die Vorbereitung und Analyse von Fremdwährungsaufnahmen sowie anderer Finanzgeschäfte lag allein bei Mag. Werner Penn. Dieser hatte weder Hilfspersonen, die über entsprechende Kenntnisse und Erfahrungen für Finanztermingeschäfte verfügten, noch technische Einrichtungen, wie sie professionelle Anleger verwenden. Es fehlten Mag. Werner Penn die erforderlichen Analyseinstrumente etwa zur Bewertung von Derivatgeschäften; er konnte auch auf keine finanzmathematischen Berechnungen zurückzugreifen. Er war – und dies konnte der klagenden Partei nicht verborgen geblieben sein – auf die Information und Auskünfte und schließlich auch die Beratung durch die klagende Partei angewiesen. Er selbst hatte weder die finanzmathematische noch banktechnische Erfahrung, um die wahre Natur der ihm angebotenen Finanztermingeschäfte zu durchschauen. Die persönliche Zins- bzw. Währungsmeinung des Mag. Werner Penn war als alleiniges Entscheidungskriterium völlig ungeeignet. Die Beurteilung der Chancen und Risiken von komplexen Derivatgeschäften wie dem Swap 4175 kann nur auf Grundlage von anerkannten Bewertungsmethoden erfolgen, die Mag. Werner Penn evidentermaßen nicht beherrschte. Das Nachrechnen der Formel im Swap 4175 mit dem Taschenrechner vermag die Anwendung anerkannter Bewertungsmethoden zur Abschätzung der Erfolgsaussichten nicht zu ersetzen. Auch die klagende Partei bewertet solche Geschäfte nicht mit dem Taschenrechner, sondern bedient sich dazu einer hochspezialisierten Treasuryabteilung mit Systemen wie Reuters und Bloomberg.

- 1.6. Es ist geradezu abwegig, wenn die klagende Partei nunmehr versucht, Mag. Werner Penn zum Treasuryprofi zu stilisieren, der ihr auf gleicher Augenhöhe begegnete. Partielles Wissen und die Verwendung einzelner Fachausdrücke machten Mag. Penn zu keinem Experten. Hätte er tatsächlich über die erforderlichen Fähigkeiten und Mittel zur Beurteilung des Swap-Geschäfts verfügt, hätte er gewusst, dass das Geschäft einen „*negativen Anfangswert*“ in zweistelliger Millionenhöhe zu Lasten der Stadt Linz aufwies. Ihm wäre weiters bewusst gewesen, dass er sich namens der Stadt Linz auf den Verkauf von 20 exotischen Optionen als Stillhalter einlässt und dabei eine völlig unausgewogene Verteilung der Chancen und Risiken zum Nachteil seines Dienstgebers in Kauf nimmt. Mit der Unterstellung eines solchen Know How ist weiters nahezu unvereinbar, dass Mag. Penn den Bewertungen der klagenden Partei offenbar keine Bedeutung zumaß, so lange nur Zinszahlungen erfolgt sind. Dem „*Finanzmanagement eines Großunternehmens*“ wäre eine derartige Häufung von Fehleinschätzungen wohl kaum unterlaufen.
- 1.7. Es ist schlicht falsch, wenn die klagende Partei behauptet (Widerklage, Seite 3), dass die Stadt Linz vor dem Swap 3976 jahrzehntelange Erfahrung mit Derivatgeschäften hatte. Bis zum September 2006 hat die Finanz- und Vermögensverwaltung lediglich klassische Kredite bzw. Anleihen in EUR und CHF bewirtschaftet. Die ab diesem Zeitpunkt mit anderen Banken abgeschlossenen Derivatgeschäfte sind in ihrer Risikostruktur mit den von der klagenden Partei angebotenen Geschäften nicht vergleichbar. Die klagende Partei kann sich beim Swap-Geschäft 4175 auch nicht auf die Erfahrung des Mag. Werner Penn mit dem Swap-Geschäft 3976 berufen, zumal sie schon dort ihren Aufklärungs- und Beratungspflichten nicht nachgekommen ist.
- 1.8. Die klagende Partei erhebt diese Behauptungen, weil ihr selbst klar ist, dass sie sowohl bei Abschluss des Geschäftes als auch danach **in schwerwiegender Weise gegen gesetzliche Informations- und Aufklärungspflichten, insbesondere gemäß WAG verstoßen hat**. Daher versucht sich die klagende Partei darauf zu berufen, die Stadt Linz wäre als „*professioneller Marktteilnehmer*“ aufgetreten (Widerklage, Seite 5) und wäre an „*keiner Beratung interessiert gewesen*“. Diese Darstellung ist durchsichtig und falsch, worauf näher unten noch eingegangen wird.

2. Die klagende Partei

- 2.1. Die klagende Partei stellt sich selbst auf ihrer Homepage als „... *eine der größten Bankengruppen in Österreich und die führende Privatkundenbank für die österreichische Mittelschicht*“ dar. Sie versteht sich „... *sowohl für Privat- wie auch Kommerzkunden als moderner serviceorientierter Allfinanzkonzern mit fundierter Marktkenntnis, ganzheitlicher individueller Betreuung und innovativen Produkten*“. In ihrem „*Code of Conduct*“ betrachtet sie es als ihren unternehmerischen Auftrag, „... *für Aktionäre, Kunden, Mitarbeitern/innen und die Gesellschaft nachhaltigen Mehrwert zu schaffen*“. Gemeinsame Grundlage dieses Anspruchs sei die Unternehmenskultur. Sie zeichne sich „...*durch Leistungsorientierung, gegenseitigen Respekt und Engagement für den Menschen wie für die Sache aus*“. Der betriebliche Erfolg werde „...*durch Kompetenz, Korrektheit, Vertrauenswürdigkeit und Seriosität erreicht*“. Im bankinternen Kreditantrag für das erste Swap-Geschäft mit der Stadt Linz (siehe unten Punkt IV. 2.6) nimmt sie – bezogen auf Gemeinden – eine „*langjährige Erfahrung ... mit Expertenteam*“ für sich in Anspruch.

2.2. Wie dem Geschäftsbericht für das Jahr 2007 (Seite 21) zu entnehmen ist, beschäftigte die klagende Partei 2007 im Jahresdurchschnitt 4514 Mitarbeiter. Ihre **Bilanzsumme** belief sich zum Stichtag 31. Dezember 2006 auf € 47 Mrd. und zum Stichtag 31. Dezember 2007 auf € 42,7 Mrd. Das **nominale Derivatvolumen des Handelsbuchs der klagenden Partei** betrug zum Stichtag 31. Dezember 2007 € 60 Mrd.; davon entfielen allein € 25 Mrd. auf **Zinsswaps**, € 18,4 Mrd. auf **Währungsoptionen** und € 1 Mrd. auf **Währungs- und Zinsswaps mit mehreren Währungen** (Geschäftsbericht, Seite 16). Die klagende Partei verfügt daher notwendigerweise über eine hochspezialisierte Treasury-Abteilung. Allein der Vertriebsbereich, in dem Iris Sahinoglu, die Kundebetreuerin der Stadt Linz, tätig war, beschäftigte mehr als zehn Personen (Zeugenaussage von Iris Sahinoglu im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, ON 52, Seite 4).

2.3. Die **besondere Expertise der klagenden Partei auf dem Gebiet des Treasurys** kommt beispielhaft in ihrem Geschäftsbericht zum Jahr 2007 (Seite 21) zum Ausdruck. Hier wird überblicksweise erläutert, mit welchen finanzmathematischen Methoden die klagende Partei ihre Derivatgeschäfte bewertet.

„Das grundlegende Bewertungsmodell bei Plain Vanilla OTC-Optionen ist das Optionspreismodell nach Black-Scholes, welches je nach Underlying differiert. Fremdwährungsoptionen werden nach dem Garman-Kohlhagen Modell (adaptiertes Black-Scholes Modell) und Zinsoptionen anhand des Black Modells bewertet. Der Gesamtwert eines Zinsswaps ist die Summe der Barwerte der fixen und variablen Seite des Swaps. Ebenso ist der Gesamtwert eines Währungsswaps die Summe der Barwerte der beiden Zahlungsströme ausgedrückt in der Heimatwährung.“

2.4. Es wird außer Streit gestellt, dass die klagende Partei „...seit vielen Jahren zu den Hausbanken der Stadt Linz“ zählt. „Dementsprechend gut kannten einander die nunmehrigen Streitparteien und die handelnden Personen“ (Widerklage, Seite 5). Eigentümerin der klagenden Partei war bei Abschluss des Swap-Geschäfts noch der Österreichische Gewerkschaftsbund. Generaldirektor der Bank war Dr. Ewald Nowotny, der mit der Stadt Linz in vielfacher Weise verbunden war. Aus all diesen Gründen genoss die klagende Partei bei der Stadt Linz außergewöhnliches Vertrauen. Die Akteure auf Seiten der Stadt Linz erwarteten daher aus gutem Grund, dass die klagende Partei nicht gegen die Interessen der Stadt handelt. Es war für sie schlicht unvorstellbar, dass die Bank ihres Vertrauens den Finanzdirektor zu einem Geschäft bewegt, das sich als hochriskante Währungswette herausstellt. Zudem konnten die politischen Organe erwarten, dass sie die klagende Partei auf direktem Weg warnt, wenn Vermögen der Stadt gefährdet ist. Das gilt umso mehr, wenn sich der klagenden Partei geradezu aufdrängt, dass der Finanzdirektor das Risiko nicht richtig einschätzt.

2.5. Die klagende Partei versucht freilich zu insinuieren, der Swap 4175 sei ohnedies nach den Vorgaben der Stadt Linz konzipiert worden. In der Widerklage heißt es dazu wörtlich (Widerklage, Seite 6): *„Typischerweise zeigte die Stadt Linz ihren Finanzpartnern ihren konkreten Bedarf auf und nahm nach Darstellung möglicher Produkte auf die konkrete Ausgestaltung des Produktes einschließlich seines Risikoprofils Einfluss bzw. gab diese selbst aktiv vor.“* Das stellt die Tatsachen auf den Kopf. Die Stadt Linz hat – wie jeder anderer Kunde auch – der klagenden Partei ihre Ziele kommuniziert. *„Dann geht der Treasurer zurück in die Bank und sucht nach Ideen, die dieses Thema, das der Kunde vorgibt, treffen“* (Zeugenaussage von Mag. Herbert Auer im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, ON 48, Seite 3). Das

diesbezügliche Procedere schildert Iris Sahinoglu, die Kundenberaterin der Stadt Linz, als Zeugin im Strafverfahren (ON 52, Seite 4): „*Es gibt einen Produktkatalog, der abfragbar ist, und dort sind die Produkte verzeichnet. Das Produkt resettable Swap (...) war bereits vor dem Kontakt mit Mag. Penn generell genehmigt, sonst hätte ich es nicht anbieten können.*“ Auf Befragen durch den im Strafverfahren bestellten Sachverständigen zum „*Resettable SWAP*“ bestätigt sie (ON 52, Seite 3): „*Keines der Produkte wurde für Mag. Penn speziell gemacht.*“ Dem ist nichts hinzuzufügen.

3. Resümee

Beim Abschluss der Swap-Geschäfte 3976 und 4175 standen einander also gegenüber:

- die Treasuryabteilung einer Großbank mit einem nominalen Derivatvolumen des Handelsbuchs von € 60 Mrd., die die hochkomplexen Geschäfte mit ihrer gesamten Expertise unter Heranziehung finanzmathematischer Modelle bereits zu ihren Gunsten strukturiert hatte und
- Mag. Werner Penn, der weder die Risikostruktur kannte noch über die Instrumente zur Abschätzung der wechselseitigen Risikopositionen verfügte und der darauf vertrauen durfte, dass die klagende Partei nicht gegen die Interessen der Stadt Linz handelt.

Beweis: Verwaltungsgliederung der Finanz- und Vermögensverwaltung;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
 Ausdrücke von Seiten der Homepage der klagenden Partei;
 KREDITANTRAG/KOMMERZ der klagenden Partei vom 27.9.2006;
 Geschäftsbericht der klagenden Partei für das Jahr 2007;
 Protokoll über die Einvernahme von Mag. Herbert Auer, Staatsanwaltschaft Linz 9 St 80/11z, ON 48;
 Protokoll über die Einvernahme von Iris Sahinoglu, Staatsanwaltschaft Linz 9 St 80/11z, ON 52;
 Mag. Herbert Auer als Zeuge, pA der klagenden Partei;
 Iris Sahinoglu als Zeugin, pA 2203 Manhartsbrunn, Hauptstraße 22.

IV. Chronologischer Sachverhalt

1. Die Vorgeschichte zum Swap-Geschäft

1.1. Die Geschäftsbeziehung zur klagenden Partei

- 1.1.1. Die Geschäftsbeziehungen zwischen der Stadt Linz und der klagenden Partei reichen bis Ende der 70er Jahre des vorangehenden Jahrhunderts zurück. Die klagende Partei hatte über Ersuchen der Stadt Linz in der Vergangenheit verschiedene Kredit- und Darlehensverträge angeboten, welche die Stadt Linz im Rahmen der Finanzierung der Kommune benötigte. Dabei handelte es sich regelmäßig um Finanzierungen nur in inländischer Währung. Fremdwährungskredite oder Derivatgeschäfte waren ebenso wenig von der Geschäftsbeziehung umfasst wie im Speziellen Optionsgeschäfte.

- 1.1.2. Beim Abschluss der Kreditverträge in inländischer Währung beachtete die klagende Partei die **besonderen Beschlussfassungserfordernisse von Kommunen**. Sie hat unter anderem auf eine Unterfertigung durch den Bürgermeister samt Rundsiegel (entsprechend den Erfordernissen des § 66 StL) Wert gelegt. Der klagenden Partei sind also die besonderen kommunalrechtlichen Erfordernisse für Geschäftsabschlüsse mit Gemeinden seit langem bekannt und bewusst. Sie war in diesen Angelegenheiten seit jeher überaus routiniert.
- 1.1.3. Wie aus den Unterlagen der klagenden Partei erkennbar ist, hatte sie der Stadt Linz im Rahmen der Geschäftsbeziehung jedenfalls 2006 eine Überziehungskreditlinie von € 72 Mio. eröffnet, in deren Umfang die Stadt Linz Kredit in Anspruch nehmen konnte. Ein Teil dieser Kreditlinie diente später den Swap-Geschäften mit der Stadt Linz.

1.2. Finanzierungslage

- 1.2.1. Was die Finanzierungen anlangt, hatte die Stadt Linz bis zum Jahr 2004 – jeweils auf Grund **ausdrücklicher Gemeinderatsbeschlüsse** – bei verschiedenen Kreditinstituten Darlehen und bei der Credit Suisse eine Auslandsanleihe (die der Ausfinanzierung von Investitionen im außerordentlichen Haushalt dienten) aufgenommen. Insgesamt bestanden zum Ultimo 2003 Darlehen und Anleihen in der Gesamthöhe von € 345,15 Mio. wovon € 209,71 Mio. auf Darlehen in inländischer Währung und € 135,45 Mio. in ausländischer Währung entfielen; letztere lauteten ausschließlich auf Schweizer Franken (CHF).
- 1.2.2. Die Stadt Linz hat (in Fremdwährung) erstmals im Jahr 1993 eine Anleihe im Volumen von CHF 150 Mio. begeben, die am 18. Oktober 2005 endfällig war. 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 dann 2003 ein bei der UniCredit Bank Austria AG (damals: Bank Austria Creditanstalt AG) aufgenommenes Fremdwährungsdarlehen in gleicher Höhe (CHF 60 Mio.) getreten.
- 1.2.3. Im Juli 2005 schrieb die Stadt Linz die Begebung einer Anleihe im Volumen von CHF 150 Mio. und einer Laufzeit von 12 Jahren (neu) aus; sie sollte die vorangehende am 18. Oktober 2005 auslaufende Anleihe (oben Punkt 1.2.2) ersetzen. An dieser Ausschreibung beteiligte sich auch die klagende Partei, die damit um die Finanzierungsabsicht der Stadt Linz wusste. Bestbieter war die Kommunalkredit Austria AG mit einem Aufschlag auf den 6-Monats-SFR/CHF-LIBOR („LIBOR 02“) von 0,049%. Da diese Bedingungen besser waren als jene für das Fremdwährungsdarlehen bei der UniCredit Bank Austria AG (Aufschlag von 0,07% auf den LIBOR), kündigte die Stadt Linz dieses Darlehen und erhöhte die Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG auf insgesamt CHF 195 Mio.
- 1.2.4. Die Emission der Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG erfolgte am 6. Oktober 2005. Sie hatte eine Laufzeit bis 14. Oktober 2017 (vergleichbar mit einem endfälligen Darlehen). Die Verzinsung der Anleihe ist variabel, wie dargestellt im Ausmaß des LIBOR 02 mit einem Aufschlag von 0,049 Prozentpunkten.
- 1.2.5. Die Stadt Linz nutzte also außer der genannten Anleihe in Schweizer Franken per Oktober 2005 keine sonstigen Fremdwährungsinstrumente, also insbesondere auch

keine Derivate wie Swap Geschäfte oder Optionen. Die Behauptung der klagenden Partei, die Stadt Linz habe zu diesem Zeitpunkt bereits eine jahrzehntelange Erfahrung in Finanzmarktgeschäften, insbesondere in Derivatgeschäften, gehabt (Widerklage, Seite 3), ist daher unrichtig. Mag. Werner Penn hat offensichtlich deswegen Kontakt zu verschiedenen Banken gesucht, um sich von ihnen ausführlich beraten zu lassen (siehe auch den Hinweis im folgenden Punkt 1.3.2., in dem sich Mag. Werner Penn dezidiert auf Prognosen der Banken berief). Es liegt auch auf der Hand, dass die Beobachtung des Wechselkurses Euro/Schweizer Franken oder des unterschiedlichen Zinsniveaus Mag. Werner Penn nicht zu einem – wie behauptet – „*professionellen Marktteilnehmer*“ machte; diesbezüglich unterschied er sich nicht von Privatpersonen, welche ebenfalls Kredite und Darlehen in Schweizer Franken aufnahmen, um in den Genuss des geringeren Zinsniveaus beim Schweizer Franken zu kommen. Abgesehen davon muss die Frage der „*Professionalität*“ **getrennt für die jeweilige Geschäftsart betrachtet werden.**

Beweis: Berichte zum Debt-Management 2002 bis 2005;
 Finanzausschussprotokolle 2002 bis 2005;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz.

1.3. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004

1.3.1. Am 13. Mai 2004 schlug die Stadtkämmerei dem Gemeinderat der Stadt Linz vor, folgende Beschlüsse zu fassen:

- „1. Die Aufnahme von Fremdmitteln zum Zwecke der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Finanzverbindlichkeiten wird genehmigt.
2. Die FVV (gemeint: die Finanz- und Vermögensverwaltung) wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluß von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren.“

1.3.2. Im zugehörigen Amtsbericht findet sich folgende Begründung (Hervorhebung durch die Stadt Linz):

*"Der Schweizer Franken zeigt nunmehr eine erhöhte Schwankungsbereitschaft und ist 2004 vom Kurs von 1,5838 CHF/EUR am 2. März 2004 auf nunmehr rd. 1,54 CHF/EUR gestiegen. Bezogen auf die offene CHF-Position der Stadt bedeutet dies eine Aufwertung der Verbindlichkeit um rd. € 6,5 Mio. in diesem Zeitraum, im Vergleich zum 31.12.2003 eine Aufwertung um rd. € 2,8 Mio. Es erscheint nunmehr überlegenswert, **eine entsprechende Kurssicherung** ins Auge zu fassen, zumal die **Prognosen der Banken** über die weitere Kursentwicklung sehr divergierend sind. Da der Abschluß dieser Finanztermingeschäfte sehr kurzfristig erfolgen muß, erscheint es notwendig, die FVV zu ermächtigen, Finanztermingeschäfte auch in ausländischer Währung abzuschließen."*

1.3.3. Der erste Beschlusspunkt betraf die Umschuldung der mit Oktober 2005 fällig werdenden Finanzierung (Anleihe) in Schweizer Franken in Höhe von € 150 Mio. Nach Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung wurde die Umschuldung im Oktober 2005 in gleicher Währung (CHF), aber zu besseren Konditionen als zuvor realisiert (oben 1.2.3.). Der zweite Punkt des Beschlusses zielt – bezogen auf bereits

bestehende Fremdwährungsfinanzierungen – auf **marktübliche Absicherungsmaßnahmen** („*Kurssicherung*“).

- 1.3.4. Bei der von der klagenden Partei in den Vordergrund gestellten „*rechtlichen Vorprüfung*“ zum Gemeinderatsbeschluss durch die Dienststelle „*Präsidium, Personal und Organisation*“ (Widerklage, Seite 6) handelte es sich in Wahrheit nur um eine formelle Prüfung des Beschlussablaufs. Die inhaltliche Vorprüfung von Gemeinderatsbeschlüssen erfolgt – soweit erforderlich – durch die juristischen Mitarbeiter jener Fachdienststelle des Magistrats, die für den Gemeinderatsbeschluss sachlich zuständig ist. Das war im vorliegenden Fall nicht die Präsidialabteilung, sondern die **Finanz- und Vermögensverwaltung**. Wie auch bei anderen Dienststellen ist für Rechtsfragen die bei der jeweiligen Geschäftsgruppe eingerichtete rechtsbetreuende Dienststelle zuständig. Ob Mag. Werner Penn diese Dienststelle seiner eigenen Geschäftsstelle konsultiert hat, ist für die Stadt Linz nicht mehr feststellbar.
- 1.3.5. Der Gemeinderat der Stadt Linz fasste am 3. Juni 2004 auf Grundlage des Amtsberichtes und der zitierten Anträge der Stadtkämmerei die beiden genannten Beschlüsse.
- 1.3.6. Die klagende Partei behauptet (Widerklage, Seite 7), dass ihr dieser Beschluss „*als gültige Rechtsgrundlage*“ für den Abschluss von Derivatgeschäften ausdrücklich genannt und auch „*mehrmals in Kopie*“ übermittelt worden sei. Sie nennt weder einen genauen Zeitpunkt noch bietet sie Beweise an. Fest steht nur, dass sich die klagende Partei vor Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 für das Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses gar nicht interessiert hat. Dies ist durch einen bankinternen Emailverkehr vom 26./27. April 2007 belegt (siehe unten Punkt IV.2.9). Ob die klagende Partei vor der Auseinandersetzung mit der Stadt Linz den genauen Beschlussinhalt je zur Kenntnis nahm, ist zweifelhaft. Harald Machat, ein Mitarbeiter der klagenden Partei, als Zeuge im Strafverfahren vernommen, erklärt etwa auf Befragen des Staatsanwalts (ON 56, Seite 3): „*Wir haben eine Bestätigung bekommen, dass das Geschäft im Gemeinderat beschlossen wurde. Bei den Kreditgeschäften war es so, dass wir den unterschriebenen Kreditvertrag von der Stadt Linz bekommen haben und da war die Bestätigung dabei, dass dies im Gemeinderat beschlossen worden ist.*“ Mit „*Bestätigung*“ kann nicht der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gemeint sein, weil dieser nicht ein Geschäft bestätigen konnte, das es zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht gab. Auch der Aussage von Mag. Herbert Auer, Kundenberater der Stadt Linz, (ON 48, Seite 6) kann nicht entnommen werden, dass die klagende Partei den Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 vor der Auseinandersetzung mit der Stadt Linz zur Kenntnis nahm.
- 1.3.7. Es ist bemerkenswert, dass sich die klagende Partei bei Abschluss des Swap-Geschäfts für das Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses gar nicht interessiert hat, nunmehr aber sogar dem Wortprotokoll der politischen Diskussion im Gemeinderat größte Bedeutung beimisst. Wenn die klagende Partei zur Auslegung des Beschlusses auf dessen Quellen abstellen will, so kommt selbstverständlich dem Amtsbericht eine größere Bedeutung zu als einer politischen Debatte. Der Gemeinderat ist mit großer Mehrheit dem Amtsbericht gefolgt. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dem Gemeinderatsbeschluss einen anderen Bedeutungsinhalt beizulegen, als er im Amtsbericht zum Ausdruck kommt. Auch in der politischen

Debatte im Gemeinderat wird ausdrücklich auf den Amtsbericht verwiesen (siehe gleich unten).

- 1.3.8. Im Übrigen bietet die Diskussion im Gemeinderat – entgegen der Behauptung der klagenden Partei (Widerklage, Seite 7) – keinen Anlass für die Annahme, der Gemeinderat wollte der Finanz- und Vermögensverwaltung den Abschluss von „*mehrfach gehebelten*“ Währungswetten übertragen. Ganz im Gegenteil: Angesichts der im Amtsbericht geschilderten Motive hatten die Gemeinderatsmitglieder eine **entsprechende Kurssicherung gegen die Volatilität des Schweizer Franken** vor Augen. Dann ist aber zugleich ausgeschlossen, dass sie der Finanz- und Vermögensverwaltung einen Freibrief dafür einräumen wollten, durch währungsabhängige Derivatgeschäfte das ohnedies bestehende Kursrisiko zu potenzieren, wie dies das gegenständliche Swap Geschäft vorsieht. Auch die klagende Partei spricht in ihrer Gesprächsnotiz vom 22. Jänner 2007 ausdrücklich von einem „*doppelten Risiko*“ (siehe unten 2.8.4).
- 1.3.9. Bei der kritischen Wortmeldung von Vizebürgermeister Dr. Erich Watzl im Rahmen der Gemeinderatsdebatte ist demgemäß auch nicht von der Gefahr von währungsabhängigen Derivatgeschäften die Rede, sondern von der Aufnahme von Verbindlichkeiten in einer Fremdwährung. Die Wortmeldung betrifft also den ersten Beschlusspunkt, nämlich die Umschuldung des auslaufenden Fremdwährungsdarlehens (wie ganz deutlich auch dem Protokoll der Gemeinderatssitzung entnommen werden kann). Stadtrat Dr. Johann Mayr stellte in der Diskussion auch den klaren Bezug zum Amtsbericht her, wenn er wörtlich sagte: „*Die Beschlussfassung im Gemeinderat ist klarer Weise so zu verstehen, wie im **Amtsbericht ausgeführt**.*“ Ferner: „*Daher ist es auch notwendig, diesen Beschluss so zu fassen, weil man dann **entsprechende Sicherungsgeschäfte** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) durchführen kann*“. Und schließlich: „*Letzter Punkt, um auch hier Klarheit zu schaffen: Es steht explizit auch im Amtsbericht, dass Laufzeitoptimierungen durchgeführt werden, weil es ja auch darum geht, niedrigere Zinsen zu lukrieren.*“
- 1.3.10. Zusammenfassend: Weder das Protokoll der Gemeinderatssitzung noch der Amtsbericht lassen auch nur annähernd einen Hinweis erkennen, der Gemeinderat habe mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 der Finanz- und Vermögensverwaltung den Abschluss von Währungswetten oder – wie die klagende Partei ausführt (Widerklage, Seite 6) – durch Währungswetten die Möglichkeit einräumen wollen, „*CHF-Einkünfte zu erzielen, um so die in CHF fälligen Zinsen aus einer CHF-Anleihe zu bedienen*“. Gerade der Amtsbericht formuliert als Ziel des Beschlusses die „*Kurssicherung*“.
- 1.3.11 Es ist daher verständlich, wenn die klagende Partei nunmehr versucht, den Amtsbericht als bedeutungslos darzustellen, weil sie ihn nicht gekannt habe. Zugleich misst sie aber der politischen Debatte eine zentrale Bedeutung zu, obwohl auf der Hand liegt, dass sie für die klagende Partei keine Rolle gespielt hat. Letztlich bleibt völlig im Dunkeln, worauf die klagende Partei überhaupt vertraut hat. Feststeht nur, dass es bei Abschluss des Swap-Geschäftes nicht der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 war.
- 1.3.12 Die Stadt Linz kann nicht ausschließen, dass Mag. Werner Penn der klagenden Partei tatsächlich vor Abschluss der Swap-Geschäfte Kopien des Amtsberichts und des Gemeinderatsbeschlusses übergeben hat (vgl. dazu den Aktenvermerk

Mag. Penn vom 10. Februar 2011). Dazu passt, dass nach einer Wahrnehmung von Stadtrat Dr. Johann Mayr die klagende Partei bereits im Februar 2011, also vor Einleitung des Strafverfahrens, den Amtsbericht in Händen hatte. Wenn nun Mag. Werner Penn tatsächlich der klagenden Partei Gemeinderatsbeschluss und Amtsbericht – so wie von ihm geschildert – übergeben hat, so muss die klagende Partei den Inhalt des Amtsberichts jedenfalls gegen sich gelten lassen. Zum anderen würde das zeigen, dass die klagende Partei dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 für den Abschluss des Swap-Geschäfts am 12. Februar 2007 keinerlei Bedeutung beimaß; schließlich steht fest, dass sie sich erst im April 2007 dafür interessiert hat.

Beweis: Berichte zum „*Debt- Management*“ im Zeitraum von 2002 bis 2005;
 Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13.5.2004;
 Schuldverschreibung der Stadt Linz (Anleihe) vom 6.10.2005;
 Finanzausschussbericht der Sitzung vom 4.5.2006;
 Gesprächsnotiz der klagenden Partei vom 22.1.2007;
 Email Harald Machat an Mag. Herbert Auer vom 26.4.2007;
 Aktenvermerk Mag. Penn vom 10. Februar 2011;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
 Dr. Ernst Inquart, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
 Protokoll der Zeugenvernehmung von Mag. Herbert Auer im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 48;
 Protokoll der Zeugenvernehmung von Harald Machat im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 56;
 Mag. Herbert Auer als Zeuge, p.A. der klagenden Partei;
 Harald Machat als Zeuge, p.A. der klagenden Partei.

2. Die Genese und der Abschluss des Swap-Geschäfts 4175

2.1. Die ersten Angebote der klagenden Partei – Präsentation im August 2006

- 2.1.1. Mag. Werner Penn schlug am 4. Mai 2006 im Finanzausschuss unter Hinweis auf die (zunehmende) Schwankungsbereitschaft des Schweizer Franken vor, **Absicherungsgeschäfte** in Form von Fixzins-Swaps ins Auge zu fassen. Im diesbezüglichen Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses heißt es dazu: *„Als Absicherungsinstrument (Hervorhebung durch die Stadt Linz) wird ein Zinsswap in Fixzins überlegt, das heißt, daß der derzeit variable Zinssatz gegen einen festen Zinssatz getauscht wird.“*
- 2.1.2. Im August 2006 unterbreitete die klagende Partei der Stadt Linz eine Mehrzahl von Vorschlägen, die sie als *„Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos (Hervorhebung durch die Stadt Linz) aus ihrer (gemeint: der Stadt Linz) Finanzierung“* bezeichnete. Erster Gegenstand einer derartigen Sicherung sollten Finanzierungen von € 20 Mio. sein, wobei – zumindest in den Präsentationen – noch kein konkreter Bezug zu einer der bestehenden Finanzierungen hergestellt wurde.
- 2.1.3. Eine der Varianten sah den klassischen Tausch der variablen Zinsen aus den Finanzierungen, deren Entwicklung offen war, gegen fixe Zinsen für die bestimmte Laufzeit vor; ein sog. Zinsswap-Derivatgeschäft, das auch als (*„Plain Vanilla“*) Fixzinsswap bezeichnet wird. Daneben schlug die klagende Partei weitere Arten von Absicherungsgeschäften in inländischer Währung und in Schweizer Franken etwa in Gestalt einer Zinsobergrenze (*„Cap“*) vor. Die einschlägige Präsentationsunterlage

der klagenden Partei enthält schließlich auch bereits zwei Derivatgeschäfte, die beide eine Währungskomponente aufweisen. Wie die Stadt Linz erst heute weiß, haben beide Derivatgeschäfte als Teilkomponente die Verschreibung von Devisenoptionen für die Zukunft durch den Bankkunden als „Stillhalter“ enthalten (eingehend unten Punkt V. 4.); Fremdwährung war der Schweizer Franken.

- 2.1.4. Einer dieser Vorschläge war auch ein „*Resettable CHF Linked Swap*“ zur „*Optimierung des Zinsrisikos*“: Bei einem EUR/CHF-Wechselkursverhältnis von mehr als 1,49 kommt dem Kunden ein Abschlag auf den 6-Monats-EURIBOR von 1,25 Prozentpunkte zugute. Unterschreitet der Wechselkurs EUR/CHF diesen Schwellenwert von 1,49 („*Strike*“), so errechnet sich ein Zusatzaufwand nach der Formel: 6-Monats-EURIBOR minus 1,25 Prozentpunkte zuzüglich (1,49-EZB-Fixing): (EZB-Fixing) x 100. Offenkundig erörtert wurde der Nutzen der Produktes bei einem Kurs über dem „*Strike*“ von 1,49 (Zinsreduktion). Risiken des Produkts bei einem Kurs unter 1,49 und vor allem die **exponentielle** Zinsentwicklung bei Kursen unterhalb des Strikes wurden demgegenüber offenbar nicht angesprochen. Das gilt auch für den Umstand, dass die Zinsbildungsformel **Währungsoptionen** abbildet und damit den Kunden in die Lage eines Optionsgebers (Stillhalters) versetzt (siehe unten Punkt V. 4.).
- 2.1.5. Die klagende Partei unterließ also schon bei Unterbreitung der ersten Angebote die geforderte sachgerechte Aufklärung. Mag. Werner Penn wurde zwar eine grafische Darstellung der Entwicklung des historischen Wechselkurses EUR/CHF (Chart) für die Jahre 2000 bis zum Präsentationszeitpunkt (also 2006) gezeigt, damit wurde aber vom tatsächlichen Risiko – nämlich der künftigen Wechselkursentwicklung – abgelenkt. Auch die (exponentielle) Wirkung des eingesetzten Derivathebels blieb unerläutert. Offensichtlich sollte der Chart zur Beruhigung des Adressaten (Mag. Werner Penn) beitragen, indem der Blick auf die überschaubare Schwankungsbreite in der Vergangenheit gelenkt wurde. Auch ein „*Anlegerprofil*“ (gemäß § 17 WAG 1996) wurde offenbar weder bei dieser Präsentation noch später verfasst. Auf das Verlangen der Stadt Linz vom 12. Oktober 2011, ihr das Anlegerprofil oder zumindest eine Kopie davon auszuhändigen, antwortete die klagende Partei mit: „*Zur Offenlegung interner Unterlagen ... sieht sich die BAWAG P.S.K. zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht veranlasst.*“
- 2.1.6. Es fehlt – entgegen dem Sachvortrag der klagenden Partei (Widerklage, Seite 12) – jeglicher Hinweis darauf, dass Mag. Werner Penn die Struktur der von der klagenden Partei angebotenen Geschäfte in einer bestimmten Art und Weise beeinflusst, geschweige denn vorgegeben hat (vgl. oben Punkt III., 2.3.). Das Verlangen nach besseren Zinskonditionen, die naheliegender Weise von jedem Kunden der Bank gestellt wird, ändert an der Strukturierung des Finanzinstruments nichts. Die mit dem Wunsch nach besseren Konditionen verbundenen Änderungen sind die zwangsweise Folge einer Struktur, welche von der klagenden Partei so konstruiert und vorgegeben war. Dass Mag. Werner Penn andere Kreditinstitute zur Angebotslegung in dieser Phase eingeladen hätte, ist für die Stadt Linz nicht erkennbar; auch die klagende Partei bietet dafür keine Beweise an.
- 2.1.7. Die Präsentation der klagenden Partei war wesentliche Grundlage für eine von Mag. Werner Penn verfasste **Zusammenstellung von Finanzinstrumenten vom 11. August 2006**. Im Anhang findet sich auch ein Chart aus der Präsentation der klagenden Partei. Im Papier selbst werden unterschiedliche Varianten aufgezeigt. Im Abschnitt „*BEURTEILUNG ZINSNIVEAU IN CHF*“ wird unter

„*Handlungsalternativen*“ nur ein **Fixzinsswap zur CHF-Anleihe** erwogen. Mit Blick auf die EUR-Finanzierung werden verschiedene Produkte angeführt. In diesem Zusammenhang ist auch davon die Rede, dass es durch die Übernahme von „*definierten Risiken*“ (Hervorhebung durch die Stadt Linz) möglich sei, den Aufwand für Sicherungsinstrumente zu reduzieren.

- 2.1.8. In der von Mag. Werner Penn verfassten Zusammenstellung findet sich ansatzweise auch der „*Resettable CHF Linked Swap*“ aus der **Präsentation der klagenden Partei** (siehe oben 2.1.4), ohne dass er so bezeichnet wird. Es ist hier nur von einer „*anderen Alternative*“ die Rede. Die Funktionsweise dieses Swap wird angedeutet, sein unbegrenztes Risiko für den Kunden aber nicht dargestellt: Zunächst wird ausgeführt, dass sich der Abschlag auf den 6-Monats-EURIBOR „verringert“, wenn der Strike unterschritten wird. Dann sind EUR/CHF-Wechselkurse zwischen 1,485 und 1,450 samt dem dazugehörigen Ab- bzw. Aufschlägen angeführt. Dem Wechselkurs von 1,45 ist ein Aufschlag von 1,51 Prozentpunkten zugeordnet. Ein schlechterer Wert wird nicht genannt. Diese **falsche Darstellung des Risikos** zieht sich wie ein roter Faden durch den weiteren Sachverhalt (siehe unten 2.4.1, 3.1.2, 3.2.5, 3.3.2 und 3.10.1).

2.2. Empfehlung eines konkreten „Resettable CHF Linked Swap“ durch die klagende Partei

- 2.2.1 Am 4. September 2006 bot die klagende Partei zur Zinssicherung nur mehr den „*Resettable CHF Linked Swap*“ konkret an. Dieses Geschäft war seiner Art und Struktur nach entsprechend dem Vorschlag der klagenden Partei in der Präsentation vom 9. August 2006 gestaltet, der „*Abschlag*“ auf den EURIBOR betrug aber nicht mehr 1,25 Prozentpunkte, sondern lediglich 1 Prozentpunkt.
- 2.2.2 In einer Präsentation vom 22. September 2006 erläutert die klagende Partei den „*Resettable chf linked Swap*“ nochmals anhand von zwei Charts zum historischen Wechselkursverlauf EUR/CHF und zur historischen Entwicklung des 6-Monats-Euribors. Indikatoren für die künftige Entwicklung (zB Markterwartung) werden dagegen – wie schon zuvor in der Präsentation am 9. August 2006 – nicht angeführt.

2.3. (Einmalige) Ausschreibung eines Derivats durch die Stadt Linz durch den Finanzdirektor

- 2.3.1. Entgegen den von der klagenden Partei bis dahin unterbreiteten Vorschlägen strebte Mag. Werner Penn – zumindest damals noch – tatsächlich eine reine Absicherung des Finanzierungsportfolios der Stadt Linz an. In der am 8. September 2006 durchgeführten Ausschreibung lud er verschiedene Banken ein, Vorschläge zur **Absicherung der variablen Zinsen** aus der bestehenden Finanzierung zu unterbreiten. Er verlangte weiters ausdrücklich, dass das Risiko der Stadt Linz aus diesen Sicherungsgeschäften durch sogenannte „*Caps*“ begrenzt wird.
- 2.3.2. Die klagende Partei musste damals bereits erkennen, dass ihre bis dahin unterbreiteten Vorschläge in Gestalt der Resettable CHF linked Swaps offenkundig dem Ziel des Finanzdirektors widersprachen, setzten sie doch die Stadt Linz – gegen einen relativ geringen Vorteil – einem unbeschränkten, mehrfach gehebelten Risiko aus. Die klagende Partei beteiligte sich auch an der Ausschreibung und legte am 12. September 2006 ein entsprechendes Angebot, welches die gewünschten

Absicherungen enthielt. Dennoch wollte sie der Stadt Linz weiterhin den Resettable CHF linked Swap verkaufen.

2.4. Schreiben Mag. Werner Penn vom 13. September 2006

- 2.4.1. Am 13. September 2006 erläuterte Mag. Werner Penn schriftlich dem Bürgermeister der Stadt Linz und dem Finanzstadtrat seine Empfehlung, eine „Zinsabsicherung“ (so das Betreff) bei den bestehenden Finanzierungen vorzunehmen. Durch die Verknüpfung des Absicherungsinstruments mit dem Schweizer Franken könne es gelingen, bei einem Wechselkurs über einem bestimmten Grenzwert einen Nachlass von 1,25 Prozentpunkte auf den 6-Monats-EURIBOR zu erreichen. Und dann heißt es weiter: *„Liegt der Wechselkurs darunter, so verringert sich der Abschlag entsprechend“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz)“. Der Bürgermeister der Stadt Linz und der Finanzstadtrat gewannen aus dieser Information die Überzeugung, dass im schlechtesten Fall lediglich der Abschlag verloren ginge. Das Geschäft schien daher adäquat.
- 2.4.2. Dem Schreiben fügte Mag. Werner Penn den Text eines von der klagenden Partei erstellten *„Rahmenvertrages für Finanztermingeschäfte“* an und bat den Bürgermeister auf Grundlage der in seinem Schreiben erteilten Informationen um Unterfertigung dieser Urkunde. Den Text dieses Rahmenvertrages hatte die klagende Partei Mag. Werner Penn bereits am 4. September 2006 gemeinsam mit ihrem damaligen Angebot über einen *„Resettable CHF Linked Swap“* übersandt.

2.5. Der Rahmenvertrag vom 26. September 2006

- 2.5.1. Auf Grundlage der von Mag. Werner Penn im Schreiben vom 13. September 2006 enthaltenen Erläuterungen unterfertigte der Bürgermeister der Stadt Linz am 26. September 2006 den ihm vorgelegten *„Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte“* sowie ein dazugehöriges *„Aktuelles Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen“*. Dieses Verzeichnis weist Mag. Werner Penn und Dr. Christian Schmid als bevollmächtigte Personen aus. Im Rahmenvertrag heißt es unter der Überschrift *„Zweck und Gegenstand des Vertrages“*, dass die Parteien beabsichtigen, *„zur Gestaltung von Zinsänderungs-, Währungskurs- und sonstigen Kursrisiken im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Finanztermingeschäfte abzuschließen“* (§ 1 Punkt 1 der Vertragsurkunde). Mit der Unterfertigung dieses Rahmenvertrages war noch keineswegs ein aktuelles Derivat- oder gar Optionsgeschäft verbunden, der Rahmenvertrag stellt eine Vertragsschablone dar, die Teil der in Zukunft abzuschließenden Geschäfte werden würde. Die klagende Partei hat noch am selben Tag mit Mag. Werner Penn das Swap-Geschäft 3976 abgeschlossen (unten Punkt 2.6.).
- 2.5.2. Als wesentlich sind folgende Bestimmungen des Rahmenvertrages hervorzuheben:
- § 1 Abs 2 des Vertrages: *„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 ...; sie werden im Sinn einer einheitlichen Risikobewertung auf dieser Grundlage und im Vertrauen darauf getätigt.“*

- § 2 Abs 3 des Vertrages: „Die Bestimmungen des Einzelabschlusses gehen den Bestimmungen dieses Rahmenvertrages vor“.
- § 7 Abs 1 des Vertrags: „Sofern Einzelabschlüsse getätigt und noch nicht vollständig abgewickelt sind, ist der Vertrag **nur aus wichtigem Grund kündbar** (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Die Benachrichtigung und die Kündigung müssen schriftlich oder fernschriftlich erfolgen. Eine Teilkündigung einzelner und nicht aller Einzelabschlüsse ist ausgeschlossen.“ (Es folgt sodann eine ausdrücklich, als demonstrativ bezeichnete Aufzählung wichtiger Gründe).
- § 7 Abs 4 des Vertrages: „Im Fall der Beendigung durch Kündigung gemäß Abs. 1 oder durch die in Abs. 3 genannten Gründe (nachstehend „Beendigung“ genannt) **ist keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach § 3 Abs. 1 dieses Vertrages verpflichtet, die gleichzeitig oder später fällig geworden wären** (Hervorhebung durch die Stadt Linz); an die Stelle dieser Verpflichtungen treten Forderungen nach den §§ 8 und 9.“

2.6. Swap-Geschäft 3976

- 2.6.1. Am 26. September 2006 schlossen der Finanzdirektor der Stadt Linz Mag. Werner Penn und die klagende Partei nach einer noch am 22. September 2006 unterbreiteten Änderung des ursprünglichen Angebots vom 4. September 2006 den *Resettable CHF Linked Swap* ab (in der Widerklage wird dieses Swap-Geschäft als SWAP I bezeichnet). Der Abschluss dieses Vertrages wurde am 28. September 2006 schriftlich in Form einer „*Einzelabschlussbestätigung*“ festgehalten; diese unterfertigten auf Seiten der Stadt Linz sowohl Mag. Werner Penn als auch Dr. Christian Schmid.
- 2.6.2. Dieses Swap-Geschäft bezieht sich – im Gegensatz zum späteren Swap 4175 – auf keine konkrete Finanzierung, sondern legt als Bemessungsgrundlage (Nominale) für die wechselseitigen Zahlungsströme einen Betrag von € 20 Mio. fest. Dem Geschäft war entgegen der am 8. September 2006 vorgenommenen Ausschreibung (siehe oben Punkt IV. 2.3.) keinerlei Einholung von Vergleichsangeboten oder eine Ausschreibung vorausgegangen; wegen seines unbegrenzten Risikos lief es auch der noch in der Ausschreibung vom 8. September verfolgten Absicherung zuwider. Es ist also **keineswegs richtig**, wenn die klagende Partei behauptet, dem Abschluss der Swap-Geschäfte wären inhaltlich präzise Produktangaben des Mag. Werner Penn vorausgegangen oder er habe mehrere Banken zur Anbotslegung eingeladen; die klagende Partei hat sich oder konnte sich in diesem Zusammenhang auch auf keine Beweise berufen.
- 2.6.3. Der Swap 3976 beruhte auf der Auswechslung von Zinszahlungspflichten, 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. Die Zusatzkosten in Form des Zahlungsaufwandes für die (in Wahrheit) mit dem Produkt verschriebenen EUR/CHF Devisenoptionen wurde mit der Formel $(1,5050 - \text{EZB-Fixing}) \cdot (\text{EZB-Fixing})$ dargestellt. Diese Formel beschreibt exotische Währungsoptionen mit unbegrenztem Verlustrisiko für den Kunden (unten zu Punkt V. 4.). Das Geschäft ist daher hochgradig riskant.

- 2.6.4. Selbst zu diesem Zeitpunkt hatte die klagende Partei offenbar noch **kein Anlegerprofil** (gemäß § 17 WAG 1996) von der Stadt Linz angelegt. Sie hat es auch verabsäumt, der Stadt Linz die „*Forwards*“ für die künftige Entwicklung des Wechselkurses zwischen Euro und Schweizer Franken zu zeigen. Die enormen Risiken bei Unterschreiten des „*Strike*“ wurden nicht erläutert, geschweige denn die Wirkung des eingesetzten Derivathebels.
- 2.6.5. Ein Mitarbeiter der klagenden Partei verfasste im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss am 27. September 2006 einen Kreditantrag an den Vorstand der klagenden Partei, der Stadt Linz die Eröffnung einer **Kreditlinie für Derivatgeschäfte** zu bewilligen. Die Kreditlinie sollte dezidiert auch „*exotische Produkte*“ abdecken. Offenbar sollte mit dieser Kreditlinie die an sich bei derartigen Derivatgeschäften zu deponierende **Sicherheitsleistung** (sog. „*Margin*“; dazu auch näher unten zu Punkt VII. 7.7.) ersetzt werden. Es handelte sich materiell betrachtet um einen reinen **Spekulationskredit**. Die klagende Partei hat in der Folge den bereits bestehenden Kreditrahmen für Überziehungen in Höhe von € 72 Mio. auf € 62 Mio. gekürzt, weil € 10 Mio. dem neuen „*Derivativlimit*“ gewidmet wurden. Mit der Stadt Linz wurde dieser Vorgang nicht einmal besprochen, auch eine Einbindung des Mag. Werner Penn in diese **Kreditgestionierung** ist nicht ersichtlich.
- 2.6.6. Der Bürgermeister der Stadt Linz und der Finanzstadtrat wussten vom Swap-Geschäft 3976 nur, was ihnen Mag. Werner Penn im Schreiben vom 13. September 2006 (siehe Punkt IV, 2.4.) berichtet hatte. Ausgehend davon handelte es sich bei diesem Geschäft um ein Absicherungsinstrument, mit dem es gelingen könne, den variablen Zinssatz für die Anleihe gegen einen günstigen Zinssatz zu „*tauschen*“; die potentielle Gefahr bestand nach der Vorstellung der politischen Entscheidungsträger im Verlust des erzielten Zinsabschlages.

2.7. Vorgänge, die zum Swap-Geschäft 4175 führten

- 2.7.1. Am 4. Dezember 2006 bot die klagende Partei der Stadt Linz an, ein variabel (nämlich auf den LIBOR bezogenes) verzinste Anleihevolumen von CHF 149 Mio. **in Form eines Swap bei einem fixen Zinssatz von 2,7 %** abzusichern; damit sollte das Risiko eines steigenden LIBOR-Zinssatzes beseitigt werden. Nach den zur Verfügung stehenden Unterlagen drehten sich in diesem Zeitraum die Gespräche zwischen Mag. Werner Penn und der klagenden Partei tatsächlich nur um ein Absicherungsgeschäft, welches die Stadt Linz gegen diese Risiken schützen sollte. Mag. Werner Penn antwortet auch auf dieses Angebot der klagenden Partei am 7. Dezember 2006, seine Wunschvorstellung für einen fixen Zinssatz liege bei 2,5%.
- 2.7.2. Dem entspricht auch eine weitere Präsentation der klagenden Partei vom 7. Dezember 2006, die unter der Überschrift „*Zinsoptimierungsmodelle*“ erfolgte und in der die ursprünglich empfohlenen (in Wahrheit besonders riskanten) „*CHF Linked Swaps*“ nicht mehr enthalten sind; es ist jetzt die Rede von der Absicherung von Fremdwährungsrisiken. Zur Anfrage nach einer Absicherung mit einem Fixzins antwortet die klagende Partei mit: „*Leider sind wir noch immer nicht in die Nähe von 2,50 % gerückt*“.
- 2.7.3 Die damalige Situation schildert Mag. Herbert Auer als Zeuge im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ON 48, Seite 3): „... *ich weiß, dass sich die Stadt Linz mit den Auswirkungen der steigenden Zinsen auf das Budget beschäftigt hat. Dieses*

*Thema hat Herr Penn mir gegenüber so präsentiert, als wäre es sein Auftrag, sich darum zu kümmern und Absicherungs- und Optimierungsvarianten zu finden. Mir hat er geschildert, das wäre das Ergebnis der Entscheidung der politisch Verantwortlichen. Das war zu Beginn des Jahres 2007. Auf die Frage der StA wegen Absicherungsvarianten ich bin kein Treasurer. Ich meine es ist keine Spekulation, weil es ein **Grundgeschäft** gibt. Wenn ich sage absichern, meine ich das im generellen Sinn; **der Kunde hat gesagt, sein Thema sind die steigenden Zinsen und welche Ideen es gibt, wie man sich gegen steigende Zinsen absichern kann. Dann kommen die Ideen der Bank.** Es gibt klassische Möglichkeiten, Fixzins SWAP, Optionen. Es gibt auch strukturierte Produkte. Ich spreche von der Zeit Anfang 2007. Davor habe ich keine genaue Erinnerung. **Man holt sich die Themen beim Kunden ab. Dann geht der Treasurer zurück in die Bank und sucht nach Ideen, die dieses Thema, das der Kunde vorgibt, treffen.**“ (Hervorhebung durch die Stadt Linz).*

- 2.7.4. Mag. Werner Penn und die klagende Partei sind vermutlich im Jänner 2007 von der Vorstellung abgekommen, die Stadt Linz durch einen Fixzinsswap oder ein Zinscap vor Schwankungen des LIBOR-Satzes zu schützen. Jetzt steht wieder der „Resettable CHF Linked Swap“ im Raum. Auch bei dieser Art von Geschäft lässt sich offenbar ein fixer Zinssatz einrichten. Dieser liegt aber laut Angebot bei 0,84% und wird durch die Übernahme ganz erheblicher Risiken durch die Stadt Linz erkaufte. Wird nämlich die angebotene Schwelle von EUR/CHF 1,52 („Strike“) unterschritten, so sind von der Stadt Linz Zusatz-(zins-) Leistungen nach der bereits bekannten Formel $(1,52 - \text{EZB-Fixing}) : (\text{EZB-Fixing}) \times 100\%$ zu erbringen. Auch hinter dieser Formel steht bei bankfachlicher Analyse die „Verschreibung“ einer Vielzahl von EUR/CHF Devisenoptionen als Stillhalter durch die Stadt Linz. Weiters handelt es sich jedoch um keine linearen EUR/CHF Optionen, sondern weisen diese ein exponentielles Zahlungsprofil auf (siehe dazu im Einzelnen unten zu Punkt V. 4. und 6.). Eingeleitet wird dieser Vorschlag der klagenden Partei mit den Worten: „Folgende sehr interessante Details hätte ich für die CHF-Finanzierung“, begründet wird die Empfehlung weiters damit, es handle sich um eine „Optimierung“. In Wahrheit bietet die klagende Partei damit eine Währungswette an.
- 2.7.5. Welches Bild sich Mag. Werner Penn selbst von den Risiken dieses Geschäfts gemacht hat, lässt sich anhand der Zeugenaussage von Mag. Herbert Auer im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren erahnen (ON 48, Seite 4). Demnach habe Mag. Werner Penn folgende „ganz eindeutige Aussage“ im Vorfeld zum Abschluss des Swap-Geschäftes getroffen: „Wir haben eine klare Meinung zum Schweizer Franken, nämlich dass er weiter schwach bleibt und sich in einem Korridor zwischen dem aktuellen Kurs und ca. 1,50 bewegen wird. Und dann hat Hr. Penn ein worst case Szenario seiner Einschätzung nach zwischen 1,40 und 1,45 erwähnt, nämlich den historischen Tiefststand von September 2001.“ Mag. Werner Penn hat demzufolge vor Abschluss des Swap-Geschäfts gegenüber der klagenden Partei seine Entscheidungsgrundlage offengelegt. Sie beruhte auf einer subjektiven Meinung über die Kursentwicklung. Er hat – bezogen auf ein Geschäft mit zehnjähriger Laufzeit – **im schlechtesten Fall** mit einem Kurs gerechnet, der dem **damaligen historischen Tiefststand** entsprach. Davon ist die Frage zu trennen, ob Mag. Werner Penn zugleich bewusst war, dass nach den rechtlichen Bedingungen des Swap-Geschäfts beim Zinssatz keine Höchstgrenze vorgesehen ist. Mag. Herbert Auer konnte dazu konkret nichts sagen; er hat in seiner Einvernahme nur die

Vermutung („Eindruck“) geäußert, dass Mag. Werner Penn das unbegrenzte Risiko „nicht übersehen hat können, weil er rechnen kann“.

2.8. Der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175

- 2.8.1. Zwischen dem 1. Februar 2007 und dem 12. Februar 2007 fand dann offenbar eine Vielzahl von Gesprächen zwischen Mag. Werner Penn und Vertretern der klagenden Partei statt, in denen es um die Ausgestaltung des Swap-Geschäftes nunmehr mit Bezug auf die Anleihe in Schweizer Franken in der Höhe von CHF 195 Mio. ging. Basis dieser Gespräche war die schon dargestellte, von der klagenden Partei verwendete Formel für einen „*Resettable CHF Linked Swap*“ in Kombination mit einem Fixzins. Entgegen dem Vortrag der klagenden Partei (Widerklage, Seite 9) wurde nach den Unterlagen der Stadt Linz weder deren Bürgermeister noch der Finanzreferent am 8. und 9. Februar 2007 über den Inhalt dieser Gespräche informiert (die klagende Partei beruft sich auch hier auf keine konkreten Beweise).
- 2.8.2. Am 6. Februar 2007 informierten Mitarbeiter der klagenden Partei jedenfalls deren Vorstand über das beabsichtigte Swap-Geschäft: „*Seitens der Landeshauptstadt Linz wird in dieser Woche der Abschluß eines Derivatgeschäftes erwogen, das folgende sofortige Umschichtung des betreffenden Limits (gemeint: des bestehenden Kreditlimits der Stadt Linz bei der klagenden Partei) erfordert*“. Im Text folgt dann der Antrag, das – seit dem Swap-Geschäft 3976 bestehende Derivatlimit „*inkl. exotischer Produkte*“ – von den bestehenden € 10 Mio. auf **€ 35 Mio.** zu erhöhen. Weiters sollte die Grenze, welche für die anderen Kredite der Stadt Linz mit (verbleibenden) € 62 Mio. (siehe dazu bereits oben zu Punkt IV 2.6.) vorgesehen war, „*zu Gunsten der Derivatlinie*“ auf € 37 Mio. reduziert werden. Am Gesamtlimit der Stadt Linz änderte sich nichts.
- 2.8.3. Bereits im bankinternen Kreditantrag zum Swap 3976 heißt es im Rahmen der Darstellung der Vorbedingungen: „*Die Gemeinden unterliegen einem **sehr restriktiven Haushaltsrecht** (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Die Möglichkeiten für eine Kreditaufnahme sind genau festgelegt. Fremdmittelaufnahmen für konsumptive Zwecke sind verboten. Jede Gemeinde muss ihr Budget an das Land vorlegen u. genehmigen lassen.*“ Zudem wurde in diesem Kreditantrag ausdrücklich festgehalten: „***Alle größeren Finanzentscheidungen müssen vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden*** (Hervorhebung durch die Stadt Linz)“. Diese (massiven) internen Warnhinweise bei der klagenden Partei blieben aber offenbar unbeachtet. Weder der Stadtsenat noch der Gemeinderat wurden eingebunden. Auch die Vorgaben durch das sehr restriktive kommunale Haushaltsrecht hielten die klagende Partei nicht davon ab, dem Finanzdirektor Mag. Werner Penn mit dem Swap 4175 ein exotisches Derivat anzubieten.
- 2.8.4. Obgleich es im Zeitraum zwischen 1. Februar und dem Abschluss des Swap-Geschäftes zahlreiche Gespräche mit Mag. Werner Penn gab, erfüllte die klagende Partei nicht einmal die minimalsten Voraussetzungen, die an eine bankfachlich korrekte Aufklärung über die zentralen Risiken des Geschäftes gestellt werden. Der klagenden Partei war schon vorher bewusst, dass die Stadt Linz mit dem Geschäft letztlich einem „**doppelten**“ **Währungsrisiko in CHF bezogen auf das ohnehin bereits hohe Volumen von CHF 195 Mio.** ausgesetzt sein würde. Denn ein nach Auslösung des Strikes stärkerer CHF-Wert bedeutet einen erhöhten Aufwand für die Zurückzahlung des Kapitals und einen erhöhten Zinsaufwand auch dadurch, dass die Zinszahlung in CHF zu leisten ist. In einer Gesprächsnotiz der klagenden Partei vom

22. Jänner 2007 heißt es dazu: „*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)*“. Auch diese Feststellung ist freilich grob verharmlosend. Es wird dabei nämlich die Mechanik der Optionen außer acht gelassen. Weil das Optionsvolumen durch die Formel des Swaps und die Fixings zumindest 20-fach verschrieben wird und die Fixings eine halbjährliche Frequenz aufweisen, wirken sich Kursverschiebungen unter dem Strike **besonders negativ aus**, weitaus negativer als bei einer Fremdwährungsschuld: Die Formel zwingt den Kreditschuldner nämlich den Währungsverlust in der Fremdwährung **revolvierend tatsächlich zu realisieren und zwar jeweils bei einem besonders ungünstigen Kurs**. Selbst die Bezeichnung „*doppeltes Risiko*“ ist daher verharmlosend, was den erfahrenen Fachleuten der klagenden Partei bekannt sein musste.

- 2.8.5. Wie die „*Aufklärung*“ der klagenden Partei tatsächlich aussah, lässt sich anhand einer von der klagenden Partei im Strafverfahren vorgelegten Tonbandabschrift eines Telefonats zeigen, das Iris Sahinoglu, eine damalige Kundenberaterin der klagenden Partei, am 1. Februar 2007 mit Mag. Werner Penn geführt hat. Es wird hier in voller Länge wiedergegeben, um einen Eindruck von der Beratungsleistung der klagenden Partei zu bekommen:

„01.02.2007 15.10.00 Telefonat Sahinoglu/Penn

S: *Wien, Sahinoglu. Grüß Gott. Wäre Herr Mag. Penn zu sprechen?*

MA: *Grüß Gott. Augenblick bitte.*

S: *Danke.*

S: *Sahinoglu. Grüß Gott.*

P: *Grüß Gott.*

S: *Wie hat ihnen das gefallen, was ich ihnen geschickt hab?*

P: *Ja, gefällt mir sehr gut.*

S: *Es ist eigentlich recht attraktiv und vor allem die ???*

S: *.. und ist auf einem Niveau, glaub ich, wo man schon schwach werden könnte.*

P: *Ja, ja.*

S: *Lacht.*

P: *Und zu der 1,45 kommt ein grauslicher Zinssatz raus von 5,7.*

S: *Ja... lacht.*

P: *Aber sonst gefällt mir das recht gut. Nun muß ich mal mit dem Chef reden drüber.*

S: *Ja, mhm*

P: *Mhm, aber das ...*

S: *Vor allem aber was ..*

Hier hört man im Hintergrund mehrere Herren auf englisch über Börsenkurse reden.

S: *??lich ... lacht ... daß sie da einen anderen gehabt haben, oder?*

P: *Lacht. Ja, ja, genau.*

S: *Na auf jeden Fall na .. ich mein das einzige auf was ich sag ich einmal hinweisen muß ist natürlich ..*

S: *.. wenn die Euro Schweiz runtergeht ja ..*

P: *Ja.*

S: *.. also wo ich mein 46 wie auch immer ja ..*

P: *Ja.*

S: *.. dann*

S: *..weil ja der Kredit sozusagen schlechter bewertet wird ..*

P: *Mhm*

S: *.. weil ja der Kurs runter ...*

- S: .. runtergeht Konditionen ja auch ..
- P: Mhm
- S: sozusagen runtergehen .. ins Minus gehen .. Aber gut, ich mein, das ist eine Sache ...
- S: doppeltes Risiko aber ..
- P: Mhm
- S: .. es wird halt irgendwie von der Bewertung her ...
- P: Ja, ja, na bei der Stadt ist das unproblematisch.
- S: Ja, na paßt. Lacht.
- P: Lacht.
- S: Na wann sind sie jetzt irgendwann .. wann wann besprechen sie ...
- S: .. wann glauben sie?
- P: Oh, da muß ich schauen, wann ich den nächsten Termin hab ..
- S: Mhm
- P: Es wird nächste Woche ..
- P: macht ..
- S: Natürlich, ja, wenn wir jetzt runtergehen in Euro Schweiz was ja momentan nichts
- S: .. aber desto niedriger Euro Schweiz ist, desto noch besser sag ich mal .. wird wird wird der strike vielleicht ausfallen .. vielleicht bringen wir den weiter
- S: ..warum wir einen höheren Abschlag zusammen ...
- P: Mhm, ja
- S: .. was denen sag ich mal irgendwie lieber ist ..
- S: Paßt ihnen der so einmal?
- P: Na, ja 1.51 wäre mir lieber.
- S: Mhm, lacht.
- P: Aber da hab ich dann ein paar Zacken heraußen dann.
- S: Mhm, mhm. Und ...
- P: Und jetzt dann gehen wir dann aber wahrscheinlich auf 1 Prozent zu .. bei der Fixzins..
- S: .. beim Fixzins genau .. ich schätz einmal dann gehen wir irgendwie auf 1 Prozent in etwa zu, ja
- P: Können Sie mir das noch einmal rechnen ..
- S: Aber das ..
- P: Genau
- S: Gut
- P: Und eher bei der Fixzins ..
- S: Mhm
- P: .. die Variable ist zwar auch sehr interessant, aber ?? die nicht auf 2,29 minus 202 ...
- S: Ja, aber dadurch, daß einfach die Zinssatzkurve irgendwie doch noch relativ flach ist, ist natürlich das mit dem ...
- P: Mhm
- S: Äh .. ja .. ein Occasion auf zehn Jahre ..
- P: Ja
- S: zumindest weiß man dann, was man hat und so vom Niveau her ist es ja wirklich attraktiv.
- P: Ja, na wirklich.
- S: Ja ..
- P: Hat mich sehr gefreut gestern Abend das Angebot
- S: Lacht
- P: Lacht
- S: Das glaub ich gell. Nein ich war selber irgendwie ganz überrascht, daß es wirklich sich so toll rechnet. Aber es ist natürlich .. es mach die Laufzeit dann doch schon einiges aus, und das Problem haben wir ja, sag ich einmal, oder Problem oder die Chance sag ich mal eher haben wir ja auch beim .. im Eurobereich. Das hab ich ihnen eh auch noch einmal dazugefügt ja
- P: Ja.

- S: *Da kommen wir auf einen 54 strike ..*
P: *Ja*
S: *.. und haben doch .. ich mein .. wir haben eh geredet beim Essen, daß wir vielleicht irgendwo auf 1,30 ..*
P: *Mhm*
S: *.. daß wir wirklich 0,93 zu 1,47*
P: *Ja*
S: *.. und daß sind natürlich nur in zwei Jahren Laufzeit eigentlich drinnen ja.*
P: *Mhm. Ja, nein das ist gewaltig.*
S: *Also das ist schon extrem*
P: *Na, ..*
S: *Ja*
P: *Wir hören nächste Woche voneinander.*
S: *OK, und ich laß ihnen noch die 1,51 zukommen.*
P: *Mhm, ja bitte.*
S: *Gell .. OK*
P: *OK, gut.*
S: *Danke.*
P: *Danke, vielmals,*
S: *Danke, Wiederhören.*
P: *Wiederhören.“*

- 2.8.6. Entgegen dem Vorbringen der klagenden Partei (Widerklage, Seite 12) gab es von Mag. Werner Penn keine „*inhaltlich präzise Produktangaben für das konkrete Geschäft*“. Es war allein die **klagende Partei**, welche die **Struktur des Swap-Geschäftes erfand, vorbereitete und umsetzte**. Auch hier bedeutet der Wunsch nach einem niedrigeren Zinssatz, wie er von Mag. Werner Penn geäußert wurde, nicht die Strukturierung des Geschäftes. Auch die Veränderung des „*Strike*“ ändert nichts an der Struktur der Optionen, sondern lediglich das Ergebnis. Auf welcher Basis das Ergebnis, nämlich der Fixzinssatz im Swap-Geschäft, letztlich zu Stande kam, blieb Mag. Werner Penn verborgen, es war gerade das Endprodukt der camouflierten Struktur des gesamten Geschäftes. Was die „*Einladung mehrerer Banken zur Angebotslegung*“ angeht, so liegt es auf der Hand, dass sich Mag. Werner Penn bereits zum Geschäftsabschluss mit der klagenden Partei entschlossen hatte und das von der klagenden Partei bereits strukturierte Geschäft lediglich der Bank Austria Creditanstalt am gleichen Tag vorlegte, um sich durch ein „*Vergleichsangebot*“ vergaberechtlichen Mindeststandards zu nähern. Die Bank Austria Creditanstalt hatte schon auf Grund der kurzen Frist keine realistische Möglichkeit, als Konkurrent aufzutreten.
- 2.8.7. Am 12. Februar 2007 schließt Mag. Werner Penn mit der klagenden Partei das Swap-Geschäft 4175 via E-Mail ab. Die schriftliche Einzelbestätigung über den Abschluss des Swap-Geschäftes datiert mit 16. Februar 2007. Auf ihr unterzeichnet für die Stadt Linz – im Gegensatz zum Swap-Geschäft aus September 2006 – nur mehr Mag. Werner Penn.
- 2.8.8. Die wesentlichen Eckdaten des Swap-Geschäftes, wie sie im E-Mail vom 12. Februar 2007 festgehalten wurden, sind:
- Das Swap-Geschäft bezieht sich auf ein Nominale von CHF 195 Mio. und hat eine Laufzeit bis 15. April 2017 (gemeint ist dabei offenbar die CHF-Anleihe der Stadt Linz);

- getauscht werden die Zahlungsströme jeweils halbjährlich am 15. April und am 15. Oktober;
- die klagende Partei „übernimmt/vergütet“ den LIBOR 02 aus der Anleihe der Stadt Linz;
- die Stadt Linz zahlt 0,065% auf das bezughabende Nominale, so lang zu den jeweiligen Zinsfälligkeiten der EUR/CHF EZB-Wechselkurs am Feststellungstag über dem vereinbarten „Strike“ von 1,5400 liegt. Sollte der EUR-CHF Wechselkurs gleich oder kleiner 1,5400 sein, so lautet der Zinssatz wie folgt:

$$„0,065 \% + ((1,5400 - \text{EZB-Wechselkurs}) : \text{EZB-Wechselkurs} \times 100) \%“$$

- 2.8.9. Die schriftliche Bestätigung des Swap-Geschäftes am 16. Februar 2007 gibt allerdings eine andere Formel wieder, und zwar:

$$„0,065 \% + ((1,5400 - \text{EZB-Wechselkurs}) / \text{EZB-Wechselkurs}) \times 100“$$

Diese Formel für die Zusatzkosten bei der Unterschreitung des „Strike“ von 1,5400 setzt sich aus in Prozenten angegebenen Zinsen, nämlich 0,065, und einem nicht in Prozenten angegebenen (absoluten) Betrag zusammen; das ist mathematisch unmöglich. Aus dieser Formel lassen sich daher die von der klagenden Partei der Stadt Linz verrechneten Zinsen keinesfalls ableiten. Die klagende Partei verlangt also, wenn man die Formel ernst nimmt, etwas Unmögliches; das gilt dann auch mutatis mutandis für die Errechnung eines Ausgleichsanspruches nach § 8 des Rahmenvertrages vom 26. September 2006.

- 2.8.10. Im Oktober 2007 (Einzelabschlussbestätigung vom 16. Oktober 2007) wurde das Swap-Geschäft 4175 nur in einem Detail geändert: Die klagende Partei sollte direkt an die Kommunalkredit AG zahlen und nicht mehr an die Stadt Linz, einerseits um den Zahlungsfluss mit der CHF Anleihe direkt zu synchronisieren und andererseits, um die kostenintensive Konvertierung der Zahlungsströme zu vermeiden. Die diesbezügliche Information des Mag. Werner Penn an den Bürgermeister lautete unter anderem: *„Die Stadt Linz erhält von der BAWAG aus dem **Zinsbegrenzungs-geschäft** CHF (Hervorhebung durch die Stadt Linz), in etwa der gleichen Höhe bekommt die Kommunalkredit AG Wien für die CHF-Anleihe die Zinsen.“*

2.9. Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften durch die klagende Partei

- 2.9.1. Schon der bankinterne Kreditantrag der klagenden Partei vom 27. September 2006 (siehe dazu schon oben 2.8.3) enthält eine Beschreibung der Stadt Linz als Kreditnehmer im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Kreditrahmens für Derivatgeschäfte und den ausdrücklichen Hinweis (Hervorhebung durch die Stadt Linz): *„Alle **größeren Finanzentscheidungen** müssen vom **Stadtssenat und Gemeinderat** genehmigt werden.“* In demselben Antrag heißt es auch (Hervorhebung durch die Stadt Linz): *„Das Land ist Träger der Rechtsaufsicht über die Kommunen. Bis auf Ausnahmen müssen **Kredite geprüft und einzeln genehmigt** werden. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird geprüft. Die*

*schriftliche Genehmigung hat **Bescheidcharakter**.*“ Die klagende Partei schenkte dieser (ihr somit bekannten) zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorgabe in weiterer Folge keinerlei Bedeutung. Bei Abschluss beider Swap-Geschäfte und der Einrichtung der Kredite für die Derivate (als Ersatz der Sicherheitsleistung/Margin) interessierte sich die klagende Partei nicht dafür, ob zu diesen Geschäften eine Beschlussfassung durch den Gemeinderat vorliegt.

- 2.9.2. Erst am 26. April 2007 – also mehr als zwei Monate **nach** Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 – wendet sich ein Mitarbeiter der klagenden Partei an den Leiter der Zweigstelle in Linz mit folgenden Worten: *„Im VS (offenbar: „Vorstand“) wurde vorige Woche beschlossen, dass bei Derivatgeschäften mit Gemeinden ein Gemeinderats- oder Stadtratsbeschluss vorliegen muß. Das gilt für neue Geschäfte, allerdings wollte man auch die bisherigen irgendwie einfangen. Meine Frage daher: können wir von der Stadt noch etwas bekommen, das den letzten Abschluss etwas stärker untermauert? In TA befürchtet man, daß während der langen Laufzeit irgendwann das Geschäft für die Stadt sich auch ungünstig entwickeln könnte, und wenn dann eventuell auch die handelnden Personen andere sind, könnten wir als Bank dann Beweisprobleme haben“*
- 2.9.3. Die klagende Partei unternahm in der Folge nichts, um sicher zu stellen, dass das Geschäft tatsächlich vom Gemeinderat genehmigt war oder wird.
- 2.9.4. Die klagende Partei behauptet nun an mehreren Stellen ihrer Klage, die Stadt Linz habe sich ihr gegenüber mehrmals auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 berufen und auch Kopien davon übersandt. Tatsächlich hat sie diese Behauptungen nicht näher spezifiziert und auch keine Beweise für diese Behauptung angeboten; der Rahmenvertrag jedenfalls enthält – entgegen der klagenden Partei – keinen solchen Hinweis.

2.10. Sommer 2007: Schließen des Swap-Geschäfts 3976/„Kundenüberlegung“ zu Swap-Geschäft 4175/Abschluss eines weiteren Swap-Geschäftes

- 2.10.1. Die klagende Partei übermittelte mit Stichtag 30. Juni 2007 Mag. Werner Penn erstmals eine Bewertung des Swap 4175. Danach hatte dieser Swap einen **positiven** Wert von € 4,22 Mio.
- 2.10.2. Am 17. Juli 2007 wurde der Swap 3976 auf Angebot der klagenden Partei einvernehmlich geschlossen. Die diesbezügliche Urkunde vom 20. Juli 2007 hat auf Seiten der Stadt (abermals) nur Mag. Werner Penn gefertigt.
- 2.10.3. Aus Anlass der Schließung des ersten Swap-Geschäftes wurde offenbar zwischen Mag. Werner Penn und der klagenden Partei auch eine Schließung des Swap-Geschäftes 4175 ernsthaft in Betracht gezogen (so auch das Vorbringen der klagenden Partei in der Widerklage, Seite 11). Obwohl die Bewertung der klagenden Partei für den Swap 4175 zum 30. Juni 2007 ebenfalls einen positiven Wert zu Gunsten der Stadt Linz, nämlich sogar in der Höhe von € 4,22 Mio. ergeben hatte, verwarf kurze Zeit später Mag. Werner Penn die sich (scheinbar) bietende günstige Schließungsgelegenheit. In einem Protokoll der klagenden Partei über die Kundenkontakte mit der Stadt Linz, das Erstere im Strafverfahren vorgelegt hatte, heißt es dazu nur lapidar: *„Kundenüberlegung, auch Swap II (gemeint ist das Swap-Geschäft 4175) glattzustellen, wurde w/**Kosten** (Hervorhebung durch die Stadt Linz)*

verworfen“. Trotz einer für die Stadt positiven Bewertung hat also die klagende Partei offenbar eine Zahlung der Stadt Linz zur Voraussetzung gemacht, um einer Schließung des Swap-Geschäfts zuzustimmen.

- 2.10.4. Am 16. Juli 2007 schlossen die klagende Partei und Mag. Werner Penn ein weiteres Swap-Geschäft mit der Ref.Nr. 57196 (in der Widerklage als SWAP III bezeichnet) ab. Das Swap-Geschäft wurde schriftlich am 30. Juli 2007 mit „*Einzelabschlussbestätigung*“ beurkundet. Der Bezugsbetrag für das Nominale belief sich auf € 10 Mio. Im Gegensatz zu allen anderen Swap-Geschäften hatte die klagende Partei das Recht, das Swap-Geschäft erstmals mit 20. Juli 2009 und danach vierteljährlich zum jeweiligen Zahlungstermin durch Kündigung zu beenden.

Beweis: Debt-Management-Berichte 2002 bis 2005;
 Zusammenstellung von Finanzinstrumenten vom 11. August 2006
 Mag. Werner Penn;
 KREDITANTRAG/KOMMERZ der klagenden Partei vom 27.9.2006;
 Absicherungsvorschläge der BAWAG P.S.K. vom 9.8.2006 samt
 Erläuterungen und grafische Darstellungen;
 E-Mail Iris Sahinoglu (BAWAG P.S.K) an Mag. Werner Penn vom 4.9.2006
 und 12.9.2006;
 E-Mail von Mag. Werner Penn an Iris Sahinoglu (BAWAG P.S.K.) vom
 8.9.2006;
 Schreiben Mag. Werner Penn an Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom
 13.9.2006;
 Präsentation der klagenden Partei „*Resettable chf linked Swap*“ vom
 22.09.2006;
 Rahmenvertrag vom 29.6.2006;
 Bewertung des Swap 4175 durch die BAWAG P.S.K. per 30.6.2007;
 Einzelabschlussbestätigung des Swap 3976 vom 28.9.2006;
 Kreditanträge der BAWAG P.S.K. vom 27.09.2006 und 6.2.2007;
 Korrespondenz um den Abschluss des Swap 4175 zwischen
 Mag. Werner Penn und der BAWAG P.S.K. einschließlich der Angebote der
 BAWAG P.S.K. für verschiedene Derivatgeschäfte im Zeitraum vom
 Dezember 2006 bis zum Februar 2007;
 Gesprächsnotiz der BAWAG P.S.K. vom 22.1.2007;
 Tonbandprotokolle der BAWAG P.S.K. aus Februar 2007;
 elektronische Bestätigung über den Abschluss des Swap 4175 vom 12.2.2007;
 Einzelabschlussbestätigungen samt Änderung des Swap 4175 vom 16.2.2007
 und 16.10.2007;
 E-Mail von Harald Machat (BAWAG P.S.K.) an Mag. Herbert Auer (BAWAG
 P.S.K.) vom 26.4.2007;
 Antrag der Stadtkämmerei (zur Kontoeröffnung) vom 11.10.2007;
 Ersuchen um Übersendung eines Anlegerprofils (Schreiben der Kraft &
 Winternitz Rechtsanwälte GmbH vom 12.10.2011);
 Ablehnung der Herausgabe des Kundenprofils durch die klagende Partei
 (Schreiben der WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH vom 20.10.2011);
 Korrespondenz um eine mögliche vorzeitige Schließung aus Juli 2007;
 Protokoll der Kundenkontakte, erstellt von der klagenden Partei im
 Strafverfahren;
 Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens
 insbesondere über die Struktur des Swap 4175 und die sich aus derselben
 ergebenden spezifischen Risiken;

Protokoll der Zeugenvernehmung von Mag. Herbert Auer im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 48;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
 Mag. Herbert Auer, als Zeuge, p.A. der klagenden Partei.

3. Nach Abschluss des Swap-Geschäftes 4175

3.1. Vorbemerkungen

- 3.1.1. Da das Swap-Geschäft 4175 – wie im Rahmen der Rechtsausführungen der Stadt Linz vorgetragen wird (siehe unten Punkt VII.) – schon von seiner Wurzel her unwirksam oder zumindest anfechtbar ist, sind die Vorgänge nach Abschluss des Swap-Geschäftes an sich – sieht man von der ebenfalls absenten Genehmigung der Gemeindeaufsichtsbehörde ab – für die Abwehr des Klagsanspruchs irrelevant. Da die klagende Partei diesen Geschehnissen breiten Raum einräumt (Widerklage, Seiten 13 ff), wird auch auf diese eingegangen, um ein vollständiges Bild zu ermöglichen.
- 3.1.2. Dabei ist allerdings hervorzuheben, dass Mag. Werner Penn über das Swap-Geschäft und dessen weitere Entwicklung – wenn überhaupt – nur im Finanzausschuss und auch hier nur in sehr verschleiender und unvollständiger Weise berichtet hat. Die Gründe dafür sind bislang noch nicht aufgeklärt. Fest steht nur, dass Mag. Penn über den wahren Kern des Swap-Geschäftes und auch dessen Entwicklung nicht wahrheitsgemäß informiert hat. Ob ihm das bewusst war, wird im anhängigen Strafverfahren zu klären sein. Nach dem aktuellen Informationsstand der Stadt Linz ist nicht auszuschließen, dass Mag. Werner Penn selbst die kritischen Elemente des Geschäftes zumindest nicht in der nötigen Tiefe verstanden hat. Ein Indiz dafür ist, dass er den von der klagenden Partei nach Vertragsabschluss übermittelten Bewertungen des Geschäftes offenbar deshalb keinerlei Bedeutung zumaß, weil er diese als Kameralist nicht bilanzieren musste. Demzufolge hat er die besondere Bedeutung von Bewertungen des Swap an sich als wesentlichen Risikoindikator nicht verstanden. Außerdem wusste Mag. Werner Penn nichts von der Derivate(kredit)linie bei der klagenden Partei bzw. deren Ausschöpfung als weiteren Risikoindikator.
- 3.1.3. Wie schwer es selbst für einen Bankfachmann in führender Funktion ist, die Risikostruktur des Swap-Geschäfts und insbesondere die Bedeutung der laufend übermittelten Bewertungen der klagenden Partei zu durchschauen, zeigt mit aller Deutlichkeit der **bankinterne Emailverkehr vom 18. Dezember 2008**: Die klagende Partei fürchtete, dass das der Stadt Linz eingeräumte Kreditlimit zum Jahresende überschritten werden würde; es hat zu diesem Zeitpunkt bereits mit € 102.134.462,- einen Höchststand erreicht. Mag. Herbert Auer, zum damaligen Zeitpunkt Vertriebsdirektor für die Firmenkunden in Oberösterreich und Salzburg, war sichtlich irritiert. Es war nämlich vorgesehen, „...*daß die Betreuungsverantwortung für die Stadt Linz im Laufe des ersten Quartals von IK auf MM-OÖ übergeht*“. Mag. Auer verlangte, dass für eine Erhöhung des Kreditlimits, „*in jedem Fall eine Stellungnahme von CMS bzw. MR*“ Basis sein müsse, aus der sich die zu beantragende Höhe ergibt. Dann heißt es wörtlich weiter (Hervorhebung durch die Stadt Linz): „*Ich verstehe nämlich nicht warum bei einem Niveau wo der Kunde immer noch positive Cash Flows generiert (und bisher auch immer getan hat) die Bewertung bei minus 100 mio € liegt!*“

- 3.1.4 Mag. Herbert Auer spricht damit den auch für ihn nicht nachvollziehbaren Umstand an, dass die Stadt Linz trotz des hohen negativen Werts des Swap-Geschäfts nach wie vor Zahlungen erhielt. Damit war auch ihm selbst als Bankfachmann nicht bewusst, welche Bedeutung die negativen Bewertungen seit Beginn 2008 hatten. Es ist daher – entgegen der Darstellung in der Widerklage – keineswegs ausgeschlossen, dass auch Mag. Werner Penn die Bedeutung der Bewertungen im Jahr 2008 nicht verstand. Weiters wird am Beispiel des Mag. Herbert Auer deutlich, welchen Unterschied es macht, ob eine Person über eine Treasuryausbildung bzw. finanzmathematische Kenntnisse verfügt oder nicht. Ohne dieses Spezialwissen, ist es unmöglich, einschlägige Swap-Geschäfte valide zu beurteilen.
- 3.1.5. Trotz massiver interner Warnsignale und einer weiteren Verschärfung der Lage sah sich die klagende Partei auch in der Folge nicht veranlasst, sich an die politischen Entscheidungsträger der Stadt Linz zu wenden. Knapp vor den Osterfeiertagen 2010 wurde die Stadt Linz – und das auch nur auf Grund eines Hinweises durch ein anderes Kreditinstitut – auf die Dramatik der Situation und die außerordentliche Risikostruktur des von Mag. Werner Penn abgeschlossenen Swap-Geschäfts aufmerksam. Erst danach wurde der Stadt Linz bzw. ihren Organträgern sukzessive bekannt, welche Überlegungen es bis dahin gegeben hatte, das Geschäft umzustrukturieren und wie (verheerend) es um das Geschäft bestellt war.

3.2. Sitzung des Finanzausschusses am 6. September 2007

- 3.2.1. Mag. Werner Penn berichtet am 6. September 2007 dem ersten Finanzausschuss nach Abschluss des Geschäftes über die in den Jahren 2006 und 2007 getroffenen Maßnahmen des sogenannten „*Debt-Managements*“. Diesem Vortrag lag ein schriftlicher Bericht zu Grunde, den Mag. Werner Penn am 28. August 2007 erstellt hatte und der den einzelnen Mitgliedern des Finanzausschusses übergeben worden war.
- 3.2.2. Danach hatte die Stadt Linz mit Stichtag 30. Juni 2007 Finanzierungen im Ausmaß von € 343.638.705,32 aufgenommen; davon entfielen rd. € 117,8 Mio. auf eine Anleihe in Schweizer Franken, die restlichen Darlehen bestanden in Euro-Krediten. Mit Ausnahme eines Betrages von rd. € 38,99 Mio. hatte die Stadt Linz dafür Zinsen in variabler Höhe zu zahlen, die sich mehr oder weniger nach dem 6-Monats-EURIBOR bzw. dem 6-Monats LIBOR richteten.
- 3.2.3. Folgt man dem Bericht des Mag. Werner Penn, so hatte er erst im September 2006 damit begonnen, die Stadt Linz gegen das Risiko steigender variabler Zinsen abzusichern. Die Zinssicherungsgeschäfte für die Darlehen in inländischer Währung waren keinem konkreten Darlehen zugeordnet, sondern wurden – so berichtete der Finanzdirektor – „über das gesamte Euro-Darlehensportfolio gelegt“. Partner dieser Zinssicherungsgeschäfte waren die Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft und die Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft. Es handelte sich um Geschäfte mit Zins-Caps und – zur Prämienreduzierung – um sogenannte „*Receiver-Swaption*“. All diesen Geschäften war gemein, dass das daraus resultierende Risiko absolut beschränkt war. So konnte die Stadt Linz bei den Geschäften um die Zins-Caps höchstens den fiktiven Prämienaufwand verlieren, bei der „*Receiver-Swaption*“ belief sich das Risiko auf maximal € 790.000,00, und das auch nur für den Fall, dass der 6-Monats-EURIBOR, der damals bei 4,722% stand, auf 2 % fiel. Ergänzend berichtete Mag. Werner Penn noch über das ebenfalls bei der klagenden Partei im Juli 2007 abgeschlossene Zinstauschgeschäft über ein

Volumen von € 10 Mio. (Punkt IV. 2.10.4.). Danach zahlte die Stadt Linz für den Tausch gegen den 3-Monats-EURIBOR in den ersten beiden Jahren einen fixen Zinssatz von 1,9% und in den Folgejahren eine an den USD-LIBOR geknüpfte Zusatzleistung nach der Formel $2 \times (3\text{-Monats-USD-LIBOR} - 7,25\%)$.

- 3.2.4. Über das mit der klagenden Partei am 26. September 2006 geschlossene Swap-Geschäft 3976 mit einem Volumen von € 20 Mio. berichtete Mag. Werner Penn dem Finanzausschuss, dass die Stadt Linz halbjährlich daraus den 6-Monats-EURIBOR erhält und im Gegenzug den 6-Monats-EURIBOR minus 1,8 Prozentpunkte so lang zu bezahlen hat, als der von der EZB festgestellte EUR/CHF-Wechselkurs über 1,505 liegt. Liege er darunter, so erhöhe sich der von der Stadt Linz zu bezahlende Zinssatz nach der Formel „ $(1,505 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs}/\text{EUR/CHF-Wechselkurs})$ “. Auffällig ist, dass bei dieser Formel der Multiplikator 100 fehlt, sodass bei einer direkten Übernahme dieser Zinsformel der Zinszuschlag um die zweifache Zehnerpotenz **unter** jenem Zuschlag liegt, den die klagende Partei für den in Punkto „*Formel*“ identen Swap 4175 in weiterer Folge tatsächlich begehrte. Schließlich berichtet Mag. Werner Penn, dass dieses Swap-Geschäft „*angesichts des schwachen EUR/CHF-Wechselkurs von 1,66 im Juli 2007 mit einem Erlös von +€ 700.000,00 geschlossen und somit in nur 10 Monaten ein Ergebnis von € 881.000,00 realisiert (worden ist)*“.
- 3.2.5. Über das Swap-Geschäft 4175 bezogen auf ein Volumen von CHF 195 Mio., welches Mag. Werner Penn mit der klagenden Partei am 12. Februar 2007 abschloss, berichtete er dem Finanzausschuss folgendermaßen, wobei er explizit von einer „**Zinssicherung**“ (!) spricht:

„Die CHF-Zinssicherung wurde den Zinsterminen der CHF Anleihe angepasst.

Volumen: CHF 195 Mio. bei Bawag-PSK

Im Februar 2007 wurde dieser Zinstausch mit einer Laufzeit bis 15.4.2017 abgeschlossen, sodass nur die Schlusszahlung im Oktober 2017 nicht abgesichert ist.

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 $(1,54 - \text{EUR/CHF-Wechselkurs}/\text{EUR/CHF-Wechselkurs})$.“ Auch hier fehlt der Multiplikator 100.

Als Schlussfolgerung und Begründung heißt es dann im Bericht:

„Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs über 1,54 zahlt die Stadt nur den Fixzinssatz von 0,065 % sowie den Aufschlag aus der Anleihe von 0,049 %, zusammen also 0,114 % oder CHF 222.300,00 p.a. Die restlichen Anleihezinsen werden von der Bank in CHF überwiesen, wodurch auch das Währungsrisiko der Zinszahlungen auf CHF 222.300,00 beschränkt wird.

Bei einem EUR/CHF-Wechselkurs unter 1,54 zahlt die Stadt einen Zinssatz entsprechend der obigen Grafik abzüglich des erhaltenen 6-Monats-CHF-LIBOR. Bei historischem Höchststand des CHF wäre ein Zinssatz von 6,53 % abzüglich des aktuellen 6-Monats-CHF-LIBOR (derzeit 2,90 %) – also 3,63 % - zu bezahlen.“

Entscheidend ist dann aber vor allem die „Zusammenfassung“ zum Swap-Geschäft 4175, verdient doch in Gremien das Resümee von Berichten naturgemäß besonderes Interesse (Hervorhebung von der Stadt Linz):

*„maximales Risiko €5.055.655 p.a. – wenn EUR/CHF-Wechselkurs historischen Höchststand von 1,4464 erreicht (bei aktuellem 6-Monats CHF-Libor).
maximaler Ertrag: € 3.437,825 p.a. – wenn EUR/CHF-Wechselkurs bei 1,54 (bei aktuellem 6-Monats CHF-Libor)“*

Hervorzuheben ist also, dass Mag. Werner Penn gegenüber dem Finanzausschuss das Swap-Geschäft 4175 fälschlich als „Zinssicherung“ bezeichnet und auch ein „maximales Risiko“ des Geschäfts anführt. Tatsächlich hat das Geschäft ein unbegrenztes Risiko für die Stadt, weil es sich um eine Währungswette ohne Cap handelt. Von einem „Sicherungsgeschäft“ kann also keine Rede sein.

- 3.2.6. Abgesehen von diesen gravierenden Mängeln des Berichts ließ Mag. Werner Penn hier auch unerwähnt, dass es kurze Zeit vorher, nämlich im Juli 2007, vermutlich Gespräche mit der klagenden Partei über eine Schließung des Swap-Geschäftes 4175 gegeben hat (siehe dazu schon oben Punkt IV. 2.10.3.). Aus diesem Grunde ist es für die Stadt Linz auch nicht nachvollziehbar, weshalb Mag. Werner Penn damals von einer (ihm angeblich angebotenen) Schließung trotz des zu diesem Zeitpunkt (zumindest nach der Bewertung der klagenden Partei) hohen positiven Werts zu Gunsten der Stadt Linz Abstand genommen hat. Offenbar hat die klagende Partei von Mag. Werner Penn weitere Zahlungen verlangt, sodass sich der tatsächlich angebotene Schließwert deutlich von der „Bewertung“ unterschied (siehe Punkt IV. 2.10.3.).

3.3. Sitzung des Finanzausschusses am 15. Mai 2008

- 3.3.1. Am 15. Mai 2008 berichtet Mag. Werner Penn abermals über die von ihm – dieses Mal für den Zeitraum 2007/2008 – im Rahmen des „Debt-Managements“ gesetzten Maßnahmen. Auch diesem mündlichen Bericht liegt eine schriftliche Darstellung (mit Datum 21. April 2008) zu Grunde. Neu hinzugekommen waren zwei weitere Zinstauschgeschäfte, die allerdings beide ein Cap aufwiesen. Der Bericht endet mit einem für die Stadt Linz höchst erfreulichen Ergebnis: Etwa € 70 Mio. des variablen „Euro-Portfolios“ und das gesamte in Schweizer Franken bestehende Darlehensrisiko seien **abgesichert** (so wörtlich im Bericht). Aus den **Sicherungsmaßnahmen** sei zu Gunsten der Stadt Linz ein Überschuss von rd. € 5,45 Mio. erzielt worden. Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr dankt daraufhin Mag. Werner Penn und gratuliert im Namen des Finanzausschusses für die dargestellten „äußerst erfolgreichen Maßnahmen des Debt-Managements“.
- 3.3.2. Der – hier interessierende – Bericht zum Swap-Geschäft 4175 entspricht beinahe wortwörtlich dem schon in den wesentlichen Passagen wiedergegebenen Vorgängerbericht vom 28. August 2007. Es ist weiterhin fälschlich von einer „CHF-Zinssicherung“ und in der Zusammenfassung von einem „maximalen Risiko“ die Rede. Auch hier wird bemerkenswerter Weise die Formel für die Berechnung der Zusatzkosten der Stadt Linz **unvollständig** wiedergegeben. Nimmt man die Formel – wie sie von Mag. Werner Penn wiedergegeben wurde – wörtlich, so droht daraus tatsächlich kein Risiko. Das maximale Risiko – unter Berücksichtigung des aktuellen 6-Monats CHF-Libors – beziffert Mag. Werner Penn aktuell mit € 4.942.871,00. Letztlich wird das Swap-Geschäft im Bericht des Mag. Werner Penn

mit einer realisierten Einsparung von € 3,6 Mio. und einer Erfolgsquote von 100% als echtes Erfolgsmodell dargestellt.

3.4. Eingang des Swap-Geschäfts in Jahresvoranschläge und Rechnungsabschlüsse

- 3.4.1. Die klagende Partei trägt vor (Widerklage, Seite 19), dass das Swap-Geschäft den Mitgliedern des Gemeinderates unter anderem deshalb nicht verborgen geblieben sein konnte, weil es „*Eingang in die vom Gemeinderat zu beschließenden Jahresvoranschläge und Rechnungsabschlüsse* (gefunden habe)“. Damit unterstellt die klagende Partei, dass dem Gemeinderat bzw. seinen einzelnen Mitgliedern sowohl das Geschäft an sich als auch seine Natur gerade aus dem Rechnungsabschluss und seinen Analysen erkennbar gewesen ist. Das war nicht einmal ansatzweise der Fall.
- 3.4.2. Beim Rechnungsabschluss der Stadt Linz handelte es sich – wie auch bei anderen Gemeinden – um keinen Vermögensvergleich, sondern lediglich um eine Einnahmen-/Ausgaben-Rechnung im Sinne der kameralistischen Vorschriften. Das Swap-Geschäft als solches wurde daher – nicht etwa wie ein Wirtschaftsgut beim Vermögensvergleich – in den Rechnungsabschluss aufgenommen; das gilt naturgemäß auch für die Jahresvoranschläge.
- 3.4.3. Die Einnahmen und Ausgaben, die den Swap betreffen, sind für die Mitglieder des Gemeinderates aus dem Rechnungsquerschnitt selbst nicht identifizierbar, weil der Ausweis in Gesamtsummen erfolgt. Die kameralistischen Vorschriften wiederum machen es Gemeinderatsmitgliedern sehr schwer, konkret Einnahmen und Ausgaben zu erkennen. So finden sich etwa die Ausgleichszahlungen aus dem Swap-Geschäft in der Gruppe 24 „*Verwaltungs- und Betriebsaufwand*“ (der etwa zum Rechnungsabschluss 2007 € 118,7 Mio. betrug), die Einnahmen wiederum finden sich unter dem Überbegriff „*Ausgaben der laufenden Gebarung*“ in den Zinsen für Finanzschulden.
- 3.4.4. Das bedeutet aber zusammengefasst, dass für die Gemeinderatsmitglieder das Swap-Geschäft 4175 aus dem Rechnungsabschluss nicht hinreichend ersichtlich war. Die essentiellen Vertragsbestandteile (insb. Zinsbildungsformel, wahre Natur des Geschäfts) sind daraus überhaupt nicht erkennbar. Der bemühte Versuch der klagenden Partei, aus der Beschlussfassung über den Jahresabschluss einen Willen zur (nachträglichen) Genehmigung des Swap-Geschäftes abzuleiten, ist daher zum Scheitern verurteilt.

3.5. Kontrollamtsbericht zum Rechnungsabschluss 2007

- 3.5.1. Ein weiteres Argument der klagenden Partei (Widerklage, Seite 10) besteht auch darin, dass der Stadt Linz (dem Gemeinderat?) das Swap-Geschäft und vor allem die Risiken daraus durch die Berichte des Kontrollamtes bekannt gewesen und damit genehmigt worden seien. Schließlich habe „*das Kontrollamt der Stadt Linz unmittelbar nach Ausflammen der Wirtschaftskrise im Herbst 2008 die Geschäftsgebarung der Stadt Linz kritisch geprüft*“ und in seinem Bericht vom 23. September 2008 auf die mögliche künftige Zahlungspflicht der Stadt Linz hingewiesen.
- 3.5.2. Der entsprechende Bericht des Kontrollamtes vom 23. September 2008 hat bezogen auf das Swap-Geschäft folgenden Wortlaut: „*Die Einnahmen aus den*

Zinssicherungsgeschäften (Hervorhebung durch die Stadt Linz) mit den diversen Banken (RLB OÖ., Sparkasse OÖ., BAWAG PSK und Nomura International) konnten bei der Budgeterstellung nicht vorhergesehen werden. Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt um das **Zinsniveau zu sichern** und das **Zinsrisiko** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) möglichst niedrig zu halten. Im Portfolio sind hauptsächlich Kredite auf Basis Euro Variabel Euribor und CHF variabel Libor enthalten. Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen.“

- 3.5.3. Den Ausführungen des Kontrollamtes lag der von Mag. Werner Penn dem Finanzausschuss vorgelegte Bericht „über Maßnahmen des Debt-Managements“ vom 21. April 2008 zu Grunde. Schon allein die Textierung und der bloß am Rande erfolgte Hinweis auf die allfällige Ausgleichszahlung (noch dazu ohne Bezug auf ein konkretes Geschäft) machen deutlich, dass der Swap 4175 gerade nicht Gegenstand einer detaillierten Prüfung und Analyse gewesen ist. Das folgt auch daraus, dass die übrigen Swap-Geschäfte mit der Raiffeisenlandesbank Oberösterreich Aktiengesellschaft oder der Allgemeine Sparkasse Oberösterreich Bankaktiengesellschaft, welche keine vergleichbaren Risiken aufwiesen, in einen Topf mit dem Swap-Geschäft der klagenden Partei geworfen wurden. Dass das Kontrollamt das Swap-Geschäft 4175 nicht spezifisch geprüft hat, macht aber vor allem folgender Umstand deutlich: Laut Kontrollamtsbericht ist es der Zweck des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004, „das Zinsniveau zu sichern und das Zinsrisiko möglichst niedrig zu halten“. Das Kontrollamt spricht auch wörtlich von „Zinssicherungsgeschäften“. Das Swap-Geschäft 4175 ist das gerade Gegenteil davon. Somit scheitert auch der prozessmotivierte Versuch aus dem Kontrollamtsbericht einen Willen zur (nachträglichen) Genehmigung oder auch nur „detaillierten Kenntnis“ abzuleiten.

3.6. Keine vorzeitige Schließung im Frühjahr 2008

- 3.6.1. Es ist davon auszugehen, dass Mag. Werner Penn bei Erstattung seines Berichtes an den Finanzausschuss am 15. Mai 2008 den von der klagenden Partei kommunizierten Marktwert des Swap-Geschäftes zum 31. März 2008 bereits zur Verfügung hatte. Darin wird ein negativer Marktwert zu Lasten der Stadt Linz von rd. € 17 Mio. ausgewiesen. Diese Bewertung findet sich nicht im Bericht. Möglicherweise hat sie Mag. Penn angezweifelt oder auch die klagenden Partei selbst die Bewertungen relativiert. Auch über Restrukturierungsvorschläge oder Absicherungsgeschäfte, die die klagende Partei Mag. Werner Penn nach ihrer Darstellung zu diesem Zeitpunkt bereits vorgeschlagen hatte, hat Mag. Werner Penn dem Finanzausschuss nicht berichtet.
- 3.6.2. Der negative Wert des Swap 4175 hat sich allerdings offenbar – folgt man den Unterlagen der klagenden Partei – in den Monaten April und Mai 2008 (wenn auch nur vorübergehend) „gedreht“: Der Marktwert – oder zumindest jener Wert, den die klagende Partei auswies – betrug in diesen Monaten zu Gunsten der Stadt Linz € 1,9 Mio. bzw. € 3,02 Mio.
- 3.6.3. Hatte sich die klagende Partei – zumindest nach ihrer Darstellung – im Jänner und Februar 2008 noch bemüht, Mag. Werner Penn zu Umstrukturierungen oder Absicherungen zu bewegen, so stellte sie diese Bemühungen, nachdem sich das Swap-Geschäft dieses Mal zu ihrem Nachteil verändert hatte, offenbar ein. Sie teilte

Mag. Werner Penn am 11. April 2008 vielmehr mit (Hervorhebung durch die Stadt Linz):

„*Sehr geehrter Hr. Mag. Penn!*

Herzliche Dank für den angenehmen Termin!

*Die EZB hat heute EURCHF mit 1,5808 fixiert! Somit **kein Anpassungsrisiko** beim EURCHF Resettable!“*

- 3.6.4. Damit ist auch die Behauptung der klagenden Partei in ihrem Vortrag (Widerklage, Seite 15) widerlegt, wonach es für sie unverständlich gewesen sei, warum die Stadt Linz – gemeint ist damit Mag. Penn – nicht im Jahre 2008 profitabel ausgestiegen ist. Nicht nachvollzogen werden kann von der Stadt Linz vor allem aber die damit im Zusammenhang stehende weitere Behauptung, dass ein profitabler Ausstieg für die Stadt Linz noch im Jahre 2008 trotz negativen Marktwerts möglich gewesen wäre. Diese Behauptung wurde von der klagenden Partei nicht belegt. Sie steht auch im eklatanten Widerspruch mit den Erfahrungen, die Mag. Penn offenbar im Juli 2007 machen musste, dass trotz des von der klagenden Partei mitgeteilten hohen Werts des Swap 4175 der Ausstieg zusätzliche Kosten verursachen würde (siehe Punkt IV. 2.10.3.). Die klagende Partei behauptet bekanntlich, es sei von ihr keine Beratung erbracht und auch nicht gewünscht worden (Widerklage, Seite 8). Soweit die klagende Partei mitteilt „...*Somit **kein Anpassungsrisiko** beim EURCHF Resettable!“* hat sie eine Empfehlung abgegeben und ist damit (abermals) beratend tätig geworden. Die Empfehlung stellt den Sukkus der Beratung dar (vgl. § 1 Z 6 lit e WAG 2007); dass Mag. Werner Penn das Geschäft anschließend nicht geschlossen hat, deckt sich mit der Empfehlung der klagenden Partei, das Geschäft zu belassen.

3.7. Die Kreditlinien für das Derivatgeschäft

- 3.7.1. Die klagende Partei hatte – ohne erkennbares Wissen des Mag. Werner Penn oder gar der zuständigen Organe der Stadt Linz – dieser einen Kreditrahmen für Derivatgeschäfte im Ausmaß von € 35 Mio. eingeräumt (dazu schon oben 2.8.2.). Am 16. September 2008 hält die klagende Partei dazu fest, dass es sich bei der Stadt Linz um einen sehr interessanten Kunden auch für Zusatzgeschäfte, wie Derivate, handle. Gleichzeitig wird vermerkt, dass die Derivatlinie zu diesem Zeitpunkt mit € 20,707 Mio. ausgenützt sei.
- 3.7.2. Am 14. Oktober 2008 stellt der zuständige Referent bei der klagenden Partei an den Vorstand einen Kreditantrag, den Rahmenkredit für Derivatgeschäfte von € 35 Mio. auf € 75 Mio. zu erhöhen; Kreditzweck für den neuen Kredit sei: „*Aufgrund der Volatilität der Währungen benötigt CM einen zusätzlichen Rahmen (Erhöhung) für die aktuelle Bewertung und Rahmen für weitere Geschäfte*“. Erklärend wird noch festgehalten, dass zum aktuellen Zeitpunkt ohne eine Erhöhung des Kreditrahmens eine (gemeint wohl: durch die bis dahin genehmigten Kreditlinien nicht gedeckte) Überziehung bestehe, da aktuell rd. € 39,2 Mio. von der Stadt Linz für Derivatgeschäfte ausgenützt seien, während der Rahmen bei € 35 Mio. liege.
- 3.7.3. Am 25. November 2008 wird bei der klagenden Partei festgehalten, dass „*CM*“ auf Grund der Volatilität der Währungen einen zusätzlichen Rahmen benötige. Neben dem derzeit bestehenden Kreditrahmen von € 75 Mio. solle der daneben geführte „*BV/ÜZ-Rahmen*“ wahlweise auch als Derivatrahmen benützt werden können. Die Stadt Linz erfuhr auch davon nicht ein Wort.

- 3.7.4. Der von der klagenden Partei Mag. Werner Penn angeblich zu diesem Zeitpunkt bekannt gegebene Wert des Swap-Geschäftes zum 31. Oktober 2008 sieht ein Minus zu Lasten der Stadt Linz von rd. € 69,8 Mio. vor. Wie die Stadt Linz jetzt weiß, gab es in diesem Zeitraum auch verschiedene Gespräche mit Mag. Werner Penn, welche eine Restrukturierung oder zumindest teilweise Absicherung des Risikos beinhalten. Vor den zuständigen Organen der Stadt Linz wurden alle diese Vorgänge verborgen gehalten.

3.8. Die (erstmalige) Adressierung eines politischen Entscheidungsträgers

- 3.8.1. Die klagende Partei trat am 5. November 2008 offenbar wiederum an Mag. Werner Penn mit dem Vorschlag nach einer teilweisen Absicherung des bereits in schwerer Schieflage befindlichen Swap-Geschäftes heran. Mario Tieff, ein Mitarbeiter der klagenden Partei, leitete sein Schreiben folgendermaßen ein:

„Sehr geehrter Herr Mag. Penn! Wie besprochen anbei eine Idee zur Optimierung der nächsten drei Fälligkeitstermine (Val. 15.04.09/15.10.09/15.04.10). Der Kauf einer einfachen EUR-Put/CHF-Call-Option ist zu teuer ...“.

- 3.8.2. Diesem Schreiben war ein Gespräch mit Mag. Werner Penn am 4. November 2008 vorausgegangen, an dem auf Seiten der klagenden Partei Mag. Herbert Auer und Mario Tieff teilnahmen (siehe oben Punkt 3.1.3 ff). Zum Inhalt des Gesprächs hielt die klagende Partei in der Gesprächsnotiz vom 7. November 2008 unter anderem fest:

*„Der Finanzdirektor der Stadt Linz, Hr. Mag. Penn, wurde über die aktuelle Bewertung der oa Produktstruktur informiert – siehe beiliegende Präsentation. Im derzeit hochvolatilen Marktumfeld ist eine **Restrukturierung nur mit großem Aufwand darzustellen** (Hervorhebung durch die Stadt Linz), dies wird von der Stadt Linz abgelehnt. Unser Kunde erwartet deckungsgleich mit der Analyse unserer Volkswirtschaftlichen Abteilung in absehbarer Zeit wieder höhere EURCHF-Kurse und sieht daher keinen unmittelbaren Handlungsbedarf.“*

Ferner heißt es noch: *„Die Entwicklung der Bewertung wird auch in den zuständigen Gremien der Kommune – der Finanzausschuß tagt diese Woche – und an die politisch Verantwortlichen offen kommuniziert. **Es wurde vereinbart, daß der zuständige Stadtrat Johann Mayr i.F. eines Briefes gesondert von unserem Gespräch informiert wird** (Hervorhebung durch die Stadt Linz).“*

- 3.8.3. Entgegen dieser Ankündigung erfolgte aber gerade keine offene Kommunikation mit den politisch Verantwortlichen der Gemeinde. Der eher verschämte Versuch einer Kontaktaufnahme bestand darin, dass ein mit 11. November 2008 datiertes und an Mag. Werner Penn gerichtetes Schreiben in Durchschrift dem Finanzstadtrat zugesandt worden ist („D/SR Dr. Johann Mayr“). Trotz der von der klagenden Partei selbst offenbar angenommenen Dramatik klingt dieses Schreiben keineswegs danach. Es heißt hier etwa: *„Bezüglich des im Februar 2007 für die Stadt Linz abgeschlossenen CHF-Resetable über Nominale CHF 195 haben wir Ihnen gerne die aktuelle Bewertung und verschiedene Einflußfaktoren dargestellt. In der Anlage finden Sie noch einmal die besprochene Präsentation zu Ihrer Verwendung bzw. zur Information Ihrer Gremien. Wie vereinbart, werden wir Sie auch weiterhin so wie bisher laufend über die Bewertungen informieren.“*

- 3.8.4. Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr, der lediglich eine Durchschrift des an Mag. Penn adressierten Briefes erhalten hatte, las das Schreiben und sprach darauf bei nächster Gelegenheit Mag. Werner Penn an. Dieser verneinte irgendwelche Besonderheiten. Da auch das Schreiben den Eindruck eines Routinevorgangs erweckte, ist Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr dieser Sache nicht näher nachgegangen und hat sich daher auch mit dem Anhang zum Schreiben nicht auseinandergesetzt. Anders als in der Gesprächsnotiz vom 7. November 2008 (oben Punkt 3.8.2.) vorgesehen wurde die Entwicklung der Bewertung den zuständigen Gremien der Stadt Linz, also etwa im Finanzausschuss, **nicht kommuniziert**.
- 3.8.5. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, welchen Eindruck das Gespräch vom 4. November 2008 bei dem unmittelbaren Kundenberater der Stadt Linz, Mag. Herbert Auer, hinterlassen hat: Obwohl laut der Gesprächsnotiz vom 7. November 2008 die Bewertung des Swap-Geschäfts angeblich im Mittelpunkt stand, war für Mag. Auer noch im Dezember 2008 unverständlich (oben Punkt 3.1.3), „...**warum bei einem Niveau wo der Kunde immer noch positive Cash Flows generiert (und bisher auch immer getan hat) die Bewertung bei minus 100 mio € liegt!**“ Das zeigt mit aller Deutlichkeit, wie schwer es für jemanden ohne Treasuryerfahrung ist, die spezifische Risikostruktur des Produkts zu erfassen, um aus der Bewertung die richtigen Schlüsse zu ziehen. Man darf daher den Einfluss des Gesprächs vom 4. November 2008 nicht überbewerten.

3.9. Ständige Krediterhöhung durch die klagende Partei

- 3.9.1. Am 9. Februar 2009 vermerkt die klagende Partei intern, dass die Stadt Linz im Derivatgeschäft mit Stichtag 4. Februar 2009 das Kreditlimit bereits mit € 91,2 Mio. bei einer Kreditgrenze von € 108,9 Mio. ausgenutzt habe. Aus diesem Grund „*wurde mit DDr. Prehofer (Anm.: Mitglied des Vorstandes der klagenden Partei) vereinbart, bei entsprechend negativer Marktentwicklung, die eine Ausnützung über die genehmigten Werte vermuten lässt, auf höchster finanzpolitischer Ebene (Hervorhebung durch die Stadt Linz) einen Termin Landeshauptstadt Linz mit Fr. DDr. Prehofer auszumachen*“. Eine solche Terminvereinbarung hat aber die klagende Partei in der Folge trotz negativer Marktentwicklung nicht veranlasst, obwohl sie offenbar auch noch im April 2009 zur Diskussion stand (Protokoll der Zeugeneinvernahme Christoph Schulz, ON 47 Seite 4).
- 3.9.2. Am 18. Februar 2009 wird vom Vorstand neuerlich ein Kreditantrag genehmigt. Das Limit für Derivatgeschäfte wird um € 45 Mio. auf € 120 Mio. erhöht. Dazu heißt es: „*Benötigt CM einen zusätzlichen Rahmen (Erhöhung) für die aktive Bewertung + Rahmen für weitere Geschäfte*“. Angemerkt wird dazu: „... *auf Grund sehr guter Bonität der Stadt Linz kann aus heutiger Sicht das Risiko des Derivatgeschäftes vom Kunden getragen werden*“.
- 3.9.3. Die Stadt Linz hatte mangels jedweder Informationen durch die klagende Partei nach wie vor keine Ahnung von diesen Vorgängen. Es kann nur vermutet werden, dass sich die klagende Partei „*angesichts der guten Bonität der Stadt Linz*“ entschlossen hatte, zusätzlich Gewinne aus dem Geschäft zu ziehen, in dem von ihr weiterhin Optionen auf den besonderen exponentiellen „*Hebel des Geschäftes*“, der sich aus der Zinsformel ergibt, am Interbankenmarkt verkauft wurden. Dieser Hebel ging über das Zahlungsprofil von „*Plain Vanilla*“ Devisenoptionen hinaus (siehe

dazu im Einzelnen unten zu Punkt V. 4.) und erhöhte den Bankprofit auf Kosten des Kunden.

- 3.9.4. Am 29. Juli 2010 gab der Vorstand der klagenden Partei einem bankinternen Kreditantrag Folge, mit dem der Kredit für das Derivatgeschäft von € 120 Mio. um € 80 Mio. auf € 200 Mio. erhöht wurde; die klagende Partei ging davon aus, dass zum damaligen Zeitpunkt von diesem Kredit rd. € 145 Mio. verbraucht waren. Auch davon erfuhr die Stadt Linz nichts. In einer Gesprächsnotiz vom 13. April 2010 vermerkt die klagende Partei auf eine Nachfrage der Stadt Linz für weitere Finanzierungslinien: *„Dem Kunden wurde der hohe Derivatlimitbedarf und der damit eingeschränkte Handlungsspielraum kommuniziert.“*
- 3.9.5. Im September 2010 gab es bei der klagenden Partei Bedenken, dass die Stadt Linz mit Bezug auf das nächste Budget genötigt sein werde, weitere Kredite aufzunehmen, um das Swap-Geschäft überhaupt finanzieren zu können. In weiteren Berichten heißt es damals, dass der Auflösungswert des Swap-Geschäftes über dem Marktwert liege, da wesentlich höhere Auflösungskosten für die Produktauflösung als der durchschnittliche Marktwert zu berücksichtigen wären. Im Oktober 2010 stellt die klagende Partei selbst trocken fest, dass *„keine Ausstiegsstrategie für das Treasury Produkt möglich (sei)“*.
- 3.9.6. Es folgten dann weitere Erweiterungen des Kreditlimits auf € 300 Mio. im September 2010, am 14. März 2011 auf € 400 Mio, am 30. Mai 2011 auf € 450 Mio. und zuletzt im August 2011 auf € 640 Mio.

3.10. Der Zeitraum bis zur Aufklärung der politischen Verantwortungsträger

- 3.10.1. Die Berichte des Mag. Werner Penn zu den Finanzausschusssitzungen vom 13. November 2008 und 25. Mai 2009 gleichen mit Bezug auf das Swap-Geschäft 4175 beinahe wortwörtlich den vorangehenden Ausführungen (siehe dazu oben Punkt IV. 3.2. und 3.3.). So finden sich sogar noch in den schriftlichen Berichten zum Finanzausschuss vom 19. November 2009 und vom 17. Juni 2010 **keinerlei Hinweise auf die massive negative Bewertung des Swap-Geschäfts**. Mag. Werner Penn bleibt etwa in seinem Bericht vom 19. November 2009 nach wie vor dabei, dass von einem maximalen Risiko einer Verzinsung des Swap von 6,16% (maximale Verzinsung minus LIBOR-Satz) auszugehen sei. Auch berichtet er, dass zu Gunsten der Stadt Linz ein Ergebnis von € 5,722 Mio. realisiert worden sei. Erst im Bericht für den Finanzausschuss am 17. Juni 2010 (nachdem die politischen Verantwortungsträger von der gesamten Situation tatsächlich erfahren hatten) wird erstmals auf einen möglichen höheren Zinssatz, der mit maximal 9,979% beziffert wird, hingewiesen.
- 3.10.2. Mag. Werner Penn war nicht nur Finanzdirektor der Stadt Linz, sondern auch Leiter der sogenannten Stadtkämmerei. Diese Funktion legte er mit 18. Juni 2009 zurück. An seine Stelle trat sein Stellvertreter Dr. Christian Schmid, der die Dienststelle zunächst vertretungsweise und seit 1. Oktober 2009 als neu bestellter Stadtkämmerer leitet. Dr. Christian Schmid wäre somit – soweit es sich um die finanzielle Gebarung der Stadt handelte – erster Ansprechpartner für die klagende Partei gewesen. Dennoch kamen die Vertreter der klagenden Partei in einem Gespräch am 23. November 2009 mit Mag. Werner Penn überein: *„Finanzdirektor Penn bleibt jedoch vorerst Ansprechperson für alle Themen betreffend Konditionen der bestehenden Finanzierungen bzw. abgeschlossene Derivate* (Hervorhebung durch

die Stadt Linz). *Ein Vorstellungstermin Hr. Kagerer evtl. Hr. Tieff, Hr. Penn, Hr. Auer bei Hr. Schmidt soll frühestens Anfang 2010* (Hervorhebung durch die Stadt Linz) *erfolgen.*“

- 3.10.3. Das war auch der Grund, weshalb Dr. Christian Schmid erst in einem Telefongespräch mit einem Mitarbeiter eines anderen Kreditinstituts Ende März 2010 erfuhr, dass „*in der Branche*“ von ernsthaften Problemen im Zusammenhang mit Swap-Geschäften der Stadt Linz gesprochen werde. Dr. Christian Schmid verständigte daraufhin sofort die politischen Verantwortungsträger, welche nun nach und nach vom wahren Kern dieser Geschäfte erfuhren. Die ersten Gespräche zwischen Vertretern der klagenden Partei sowie den politischen Verantwortungsträgern der Stadt Linz fanden am 6. Juli 2010 statt. Angesichts der exorbitanten Schließungskosten des Swap-Geschäftes (die interne Bewertung der klagenden Partei zu mittleren Marktwerten belief sich damals schon auf rd. € 180 Mio. zu Lasten der Stadt Linz) und der unversöhnlichen Standpunkte waren die Gespräche nicht erfolgreich. Der im Zusammenhang damit in der Widerklage erhobene Vorwurf, die Stadt Linz habe es noch im Jahre 2010 versäumt, das Swap-Geschäft zu günstigen Bedingungen zu schließen, steht im Gegensatz zu ihrer eigenen internen Einschätzung: Im Oktober 2010 stellte nämlich die klagende Partei selbst fest, dass „*keine Ausstiegsstrategie für das Treasury Produkt möglich (sei)*“.
- 3.10.4. Bemerkenswert dazu – weil nicht den Tatsachen entsprechend – sind auch die Ausführungen von DDr. Regina Prehofer (damals Mitglied des Vorstandes der klagenden Partei), welche diese schriftlich am darauffolgenden Tag gegenüber dem Bürgermeister der Stadt Linz abgab:
- „– *Es gibt seit Abschluss dieses Geschäftes im Jahre 2007 laufenden Kontakt mit Ihren Experten, insbesondere* (Hervorhebung durch die Stadt Linz) *mit Finanzdirektor Mag. Penn und auch mit Finanzstadtrat Mayr. In regelmäßigem Abstand werden dabei die Bewertung, die Zins- und die Währungsentwicklung sowie Risikohinweise auch im Hinblick auf die Detailvertragsgestaltung von uns zur Verfügung gestellt bzw. mit Ihren Kollegen akkordiert;*
- *ich möchte auch nochmals festhalten, dass die konkrete Struktur seinerzeit von der Stadt Linz angestoßen wurde. Im Hinblick auf die Fremdwährung Schweizer Franken stehen wir bei Partnern im Markt durch Optionsgeschäfte in der Pflicht. Da es sich für die BAWAG P.S.K. um kein Eigengeschäft* (Hervorhebung durch die Stadt Linz) *handelt, müssen wir diesen Partnern wegen der Währungsentwicklung sogar Sicherheiten zur Verfügung stellen.*“
- 3.10.5. Nun steht aber fest, dass die klagende Partei keineswegs laufenden Kontakt „*mit Ihren Experten*“ (gemeint mit den Experten der Stadt Linz) hatte, sondern dass selbst nach Bestellung von Dr. Christian Schmid zum Leiter der Stadtkämmerei einzige Kontaktperson der klagenden Partei Mag. Werner Penn gewesen ist. Die klagende Partei erkannte schon lange, dass dieser ganz offensichtlich einer schweren Fehleinschätzung der Situation unterlegen war. So wirft sie ihm noch in der Widerklage (Seite 15) schwere „*Versäumnisse*“ im Zusammenhang mit der „*Kostenexplosion*“ vor. Dennoch nahm die klagende Partei von der Kontaktaufnahme „*auf höchster finanzpolitischer Ebene*“ Abstand (siehe oben Punkt 3.9.1.)
- 3.10.6. Was die im Schreiben von DDr. Prehofer angesprochene „*Zwangslage*“ der

klagenden Partei angeht, die darin begründet gewesen sein soll, dass es sich nicht um ein Eigengeschäft gehandelt habe, zeigen die Unterlagen im Strafverfahren ein ganz anderes Bild: Es ist davon auszugehen, dass die klagende Partei das Swap-Geschäft **selbst strukturiert** und daran nicht nur zu Beginn, sondern auch noch während der Laufzeit des Swapgeschäfts maßgeblich verdient hat (siehe dazu im Einzelnen zu Punkt V. 4. und 5.). Wie aus einem internen Memorandum der klagenden Partei vom 25. August 2010 hervorgeht, hat diese das Swap-Geschäft zweigeteilt. In einem ersten Teil des Hedgekonzepts hat die klagende Partei „*Plain Vanilla*“ EUR/CHF Devisenoptionen an andere Banken verkauft und bereits allein dabei einen außergewöhnlichen Ertrag erzielt. Der sich aus der spezifischen Formel ergebende zusätzliche Hebel (das exponentielle Zahlungsprofil der Formel bringt mehr Zufluss an die klagende Partei als von ihr aus den zu Hedgezwecken verkauften Plain Vanilla Optionen zu zahlen ist) wurde von der klagenden Partei sukzessive weiter in Form von Optionen verkauft, als sich ergab, dass die Zinszahlungsverpflichtungen der Stadt Linz die Zahlungen aus dem Verkauf der Plain Vanilla Optionen überschritten. Entgegen der Behauptung der klagenden Partei hat sie also die („**10fach gehebelte**“ – so die bankinterne [!] Einschätzung, Strafact ON 38, Blg. 8.8) Struktur, die sich hinter der Zinsformel verbirgt, gewinnbringend und bis zuletzt zu Lasten der Stadt Linz verwertet. Bereits bis August 2010 hatte die klagende Partei 224 Optionen verkauft. Von dieser Absicht hat sie weder Mag. Werner Penn noch die Stadt Linz vor Abschluss des Swap-Geschäfts in Kenntnis gesetzt.

- 3.10.7. Es ist auch keineswegs verwunderlich, dass sich die Stadt Linz erst im Jahr 2010 auf die Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes berufen hat. Erst zu diesem Zeitpunkt wurde den politischen Verantwortungsträgern sukzessive die wahre Natur des Swap-Geschäftes bewusst und gab Anlass zu weiteren Analysen. Danach erfolgte die Zahlung an die klagende Partei nur mehr unter Vorbehalt. Mehrere wesentliche Informationen wie etwa zur „*Hedge Struktur*“ hat die Stadt Linz überhaupt erst im Jahr 2011 aus den von der klagenden Partei im Strafverfahren vorgelegten Unterlagen erlangt (siehe Punkt 3.12.).

3.11. Kündigung des Swap-Geschäftes 57196 durch die klagende Partei

- 3.11.1. Die klagende Partei hat am 11. Oktober 2011 das Swap-Geschäft 57196 (vgl. Punkt IV. 3.12.) zum 18. Oktober 2011 gekündigt. Zu diesem Zeitpunkt hatte das Swap-Geschäft für die Stadt Linz einen positiven Wert von rd. € 40.000,00.
- 3.11.2. In ihrem Kündigungsschreiben wies die klagende Partei auf die mit der Auflösung des Swap-Geschäftes nach § 7 Abs 4 des Rahmenvertrages verbundene Wirkung hin: Ab diesem Zeitpunkt sei keine Partei berechtigt, von der anderen etwas zu fordern.

3.12. Auflösung des Swap-Geschäftes aus wichtigem Grund durch die Stadt Linz

- 3.12.1. Im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens wurde der klagenden Partei mit richterlich genehmigtem Beschluss aufgetragen, die bankinternen Unterlagen zum Swap-Geschäft 4175 vorzulegen. Zudem wurden unter anderem auch (z.T. vormalige) Mitarbeiter der klagenden Partei einvernommen. Aus diesen Ermittlungsergebnissen musste die Stadt Linz erkennen, dass die klagende Partei ein Verhalten gesetzt hatte, das es der Stadt unzumutbar gemacht hat, an der klagenden Partei als Vertragspartner weiterhin gebunden zu sein. Der Gemeinderat der Stadt

Linz beschloss daher am 13. Oktober 2011, das Swap-Geschäft unter Berufung auf § 7 Abs 1 des Rahmenvertrages (oben Punkt 2.5.2) aus wichtigem Grund aufzulösen. Bürgermeister Dr. Franz Dobusch hat am selben Tag die Auflösungserklärung gegenüber der klagenden Partei abgegeben. Das diesbezügliche Schreiben ist der klagenden Partei noch am 13. Oktober 2011 zugegangen. Da freilich das Swap-Geschäft 4175 ohnedies gar nicht wirksam zustande kam, ist die Abgabe der Auflösungserklärung nur vorsichtsweise erfolgt.

3.12.2. Als vertrauenserschütternd sah die Stadt Linz insbesondere an,

- dass die klagende Partei für die Stadt Linz eine Kreditlinie für „*exotische Produkte*“ von anfänglich bis zu € 35 Mio. vorgesehen hatte, ohne die Stadt Linz auch nur davon zu informieren (dieses Verhalten hatte unter anderem unmittelbare Auswirkung auf die Kreditwürdigkeit der Stadt Linz);
- dass sich die klagende Partei bei Abschluss des Swap-Geschäftes mit dem vormaligen Finanzdirektor nicht dafür interessiert hatte, ob die kommunalgesetzlichen Vorgaben für das Geschäft erfüllt sind, ob also insbesondere die erforderlichen Beschlüsse der zuständigen Gremien (Gemeinderat, Gemeindeaufsichtsbehörde) vorliegen;
- dass es die klagende Partei auch danach pflichtwidrig unterlassen hat, direkten Kontakt mit den zuständigen politischen Organen der Stadt Linz aufzunehmen, obwohl bankintern angesichts des Verhaltens und der Fehleinschätzungen von Mag. Werner Penn gravierende Bedenken bestanden;
- dass sich die klagende Partei angesichts der „*gravierenden Schieflage*“ des Geschäfts und des damit gänzlich unvereinbaren Verhaltens des Finanzdirektors zwar sogar bewusst war, dass ein Gespräch mit der „*höchsten finanzpolitischen Ebene*“ der Stadt Linz unausweichlich ist, sich aber dessen ungeachtet nicht veranlasst sah, die maßgeblichen politischen Organe der Stadt Linz zu kontaktieren;
- dass die klagende Partei nach der Neubestellung des Dr. Christian Schmid zum Stadtkämmerer noch am 23. November 2009 mit Mag. Werner Penn übereinkam, dass dieser weiterhin alleinige Ansprechperson für die abgeschlossenen Derivatgeschäfte bleiben und mit Dr. Christian Schmid frühestens Anfang 2010 Kontakt aufgenommen werden soll.

Beweis: Beizuschaffender Strafakt der StA Linz zu GZ 9 St 80/11z, wobei die genaue Bezeichnung der jeweils beizuschaffenden und zu verlesenden Aktenteile vorerst vorbehalten bleibt;
 VRV-Querschnitte der Jahre 2007 bis 2010;
 E-Mail Mag. Herbert Auer (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 11.4.2008;
 Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008;
 E-Mail Mario Tieff (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 5.11.2008;
 Gesprächsnotiz der BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008;
 Schreiben Mag. Herbert Auer und Mario Tieff (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 11.11.2008;
 Schreiben DDr. Regina Prehofer an Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 7.7.2010;

Memorandum der BAWAG P.S.K. vom 25.8.2010;
 Protokolle über die Sitzungen des Finanzausschusses von 2007 bis 2010;
 „Debt- Management“- Berichte der Stadtkämmerei für die
 Finanzausschusssitzungen von 2007 bis 2010;
 Stichtagsbewertungen des Swap 4175 durch die BAWAG P.S.K. von 2007 bis
 2010;
 Kreditanträge der BAWAG P.S.K. samt Erläuterungen von 2007 bis 2010;
 Auflösungserklärung der Stadt Linz an die BAWAG P.S.K vom 13.10.2011;
 Kündigungsschreiben der klagenden Partei vom 11.10.2011 zum Swap-
 Geschäft 57196;
 Protokoll über die Einvernahme von Mag. Herbert Auer, Staatsanwaltschaft
 Linz 9 St 80/11z, ON 48;
 Protokoll über die Einvernahme von Christoph Schulz, Staatsanwaltschaft Linz
 9 St 80/11z, ON 47;
 Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens,
 insbesondere zur Hedgingstruktur des Swap-Geschäfts und sich daraus
 ergebenden Interessenskonfliktlagen;
 Dr. Johann Mayr, Finanzstadtrat der Stadt Linz, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
 Mag. Herbert Auer als Zeuge, pA der klagenden Partei.

4. Die Befassung der Aufsichtsbehörde / Novelle zum öö Kommunalrecht

4.1. Einleitung

§ 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 verfolgt im Einklang mit Art 118 Abs 4 B-VG den Schutz öffentlicher (überörtlicher) Interessen. Ziel dieser Bestimmungen sowie der Gemeindeorganisationsvorschriften ist es, (a) die Gemeinden vor einer übermäßigen Einschränkung ihres finanziellen Leistungsspielraumes zu schützen, (b) sie in diesem Zusammenhang von unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnissen abzuhalten, (c) keine Gefährdung des Haushaltsgleichgewichtes im Land herbeizuführen und (d) schließlich die finanzielle Leistungsfähigkeit der Stadt für die ihr obliegenden eigentlichen Aufgaben zu erhalten.

4.2. Richtlinien des österreichischen Gemeindebundes

- 4.2.1. Bund, Länder und Gemeinden sind bei ihrer Vermögensgebarung gleichermaßen an die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (Effizienzgrundsatz) gebunden. Das folgt schon unmittelbar aus der Bundesverfassung. Es ist daher durchaus verständlich, wenn sich die klagende Partei in ihrer Eingabe im Strafverfahren vom 8. August 2011 (Seite 10) auf diese Richtlinien beruft, obwohl die Stadt Linz nicht Mitglied des Gemeindebundes, sondern des Städtebundes ist und die Richtlinien erst nach Abschluss des Swap-Geschäfts erlassen wurden. Sie sind Ausdruck des sich aus dem Effizienzgrundsatz ergebenden Gebots einer nachhaltigen Vermögensverwaltung im öffentlichen Interesse. Die Richtlinien konkretisieren daher nur einen für alle Gebietskörperschaften verbindlichen Verhaltensmaßstab.
- 4.2.2. Die Richtlinien wurden in Zusammenarbeit mit dem Präsidenten des Staatsschuldenausschusses Prof. Dr. Bernhard Felderer, der Finanzmarktaufsicht, dem Rechnungshof und der Kammer der Wirtschaftstreuhänder ausgearbeitet. Sie sollen den Gemeinden als Handlungsempfehlung beim Einsatz von

Finanzinstrumenten dienen. Zum Einsatz von derivativen Finanzinstrumenten (Abschnitt V. der Richtlinien) heißt es in dessen Ziffer 1 wörtlich: „*Derivative Finanzinstrumente dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie mit einem Grundgeschäft verbunden sind (konnexe derivative Finanzinstrumente) und die Risikoverminderung im Vordergrund steht (Spekulationsverbot). Das Schreiben von Derivativen (Verkauf als Stillhalter) mit nicht begrenztem Verlustrisiko ist nicht zulässig* (Hervorhebung durch die Stadt Linz).“

- 4.2.2. Die währungsabhängige Zinsbildungsformel des Swap-Geschäftes weist der Stadt Linz eine Rolle zu, die vollinhaltlich jener eines Stillhalters von insgesamt zwanzig Devisenoptionen – mit unbegrenztem Verlustrisiko und exponentiellem (und damit exotischem) Zahlungsprofil – entspricht (siehe unten Punkt V., 4. und 6.). Folgt man den Handlungsempfehlungen der Richtlinien, was auch die Aufsichtsbehörden tun, ist klar, dass das Swap-Geschäft 4175 durch die Optionsstruktur unzulässig und daher nicht genehmigungsfähig gewesen ist. Bereits das Verschreiben nur einer einzelnen Option hätte gegen die Richtlinien verstoßen. Im vorliegenden Fall wurde das Volumen des Swap-Geschäfts gleich **10 mal (!)** über (je zwei) Optionen verschrieben. Insgesamt umfasst das Swap-Geschäft also 20 exotische Währungsoptionen.

4.3. Die Reaktionen der Aufsichtsbehörde

- 4.3.1. Die Gemeindeaufsicht, die durch das Land Oberösterreich (Landesregierung bzw. Amt der Landesregierung) ausgeübt wird, sah sich offenbar zunehmend mit Fremdwährungskrediten und Zinsabsicherungsgeschäften der Gemeinden konfrontiert. Dies führte als erstes zu Diskussionen, ob solche Geschäfte überhaupt erlaubt oder zumindest genehmigungspflichtig sind. Das Land Oberösterreich setzte daraufhin über Initiative der beiden Gemeindereferenten (LH-Stv. Josef Ackerl und LR Max Hiegelsberger) einen Unterausschuss des Landtages ein. Ferner beauftragte der Landeshauptmann von Oberösterreich mit Schreiben vom 20. Juli 2011 die Direktion Verfassungsdienst damit „*im Zusammenhang mit den sogenannten Finanzspekulationsgeschäften der Städte und Gemeinden eine Arbeitsunterlage auszuarbeiten, in der (1) die Frage rechtsgutachtlich beantwortet wird, ob die entsprechenden Geschäfte nach der geltenden Rechtslage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen und (2) die Frage rechtsgutachtlich beantwortet wird, ob die einschlägigen Geschäfte der Städte und Gemeinden nach der geltenden Rechtslage überhaupt rechtlich gedeckt sind, nachdem jetzt der tatsächliche Charakter dieser Geschäfte erkennbar wurde, während bei Anbahnung der Geschäfte die Gemeinden im guten Glauben von einem pfleglichen Umgang mit den ihnen anvertrauten Mitteln ausgegangen sind.*“ Prototypisch für die Sachverhaltsannahmen war dabei vor allem das Swap-Geschäft 4175 der Stadt Linz.
- 4.3.2. Der Verfassungsdienst des Landes Oberösterreich kam mit seinem am 8. September 2011 erstatteten schriftlichen Rechtsgutachten zum Ergebnis, dass „*die fraglichen Finanzgeschäfte (soweit sie nicht unter die ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahmebestimmungen fallen und über den gesetzlichen Betragsgrenzen liegen) genehmigungspflichtig sind und (da) eine solche Genehmigung (bisher) weder beantragt und daher auch nicht erteilt wurde die Finanzgeschäfte in diesem Sinn rechtlich auch nicht gedeckt (sind).*“

4.4. Genehmigungsantrag durch die Stadt Linz

- 4.4.1. Die beiden für die Gemeindeaufsicht zuständigen Landesregierungsmitglieder, LH-Stv. Josef Ackerl und LR Max Hiegelsberger, präsentierten am 15. September 2011 die Ergebnisse des Gutachtens des Verfassungsdienstes in einer Presseaussendung. Dabei wird explizit auf das Swap-Geschäft 4175 Bezug genommen: *„das Linzer Swap-Geschäft hätte vom Land als Aufsichtsbehörde genehmigt werden müssen. Da diese Genehmigung nicht vorliegt, wird das Zustandekommen dieses Finanzgeschäftes von den Fachjuristen als rechtsunwirksam eingestuft“*. Vor diesem Hintergrund hat sich die Stadt Linz veranlasst gesehen, das Geschäft zur Genehmigung nach § 78 Abs 1 StL 1992 vorzulegen. Diese Maßnahme wurde nur aus Vorsichtsgründen gesetzt, zumal dem Geschäft zu seiner Wirksamkeit ohnedies ein entsprechender Gemeinderatsbeschluss fehlt.
- 4.4.2. Die Stadt Linz brachte den Genehmigungsantrag unter Vorlage des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 sowie der Einzelabschlussbestätigung und des Rahmenvertrages am 26. September 2011 ein.
- 4.4.3. Das Land Oberösterreich erteilte daraufhin der Stadt Linz am 3. Oktober 2011 den (Verbesserungs-)Auftrag, binnen zwei Wochen *„einen Auszug aus der Verhandlungsschrift über die Sitzung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz, in welche das uns (gemeint dem Land Oberösterreich) zur aufsichtsbehördlichen Genehmigung vorliegende, mittels sog. Einzelabschlussbestätigung vom 16. bzw. 19. Februar 2007 beurkundete SWAP-Geschäft (SWAP 4175) im gesamten Wortlaut beschlossen wurde, nachzureichen“*.
- 4.4.4. Ein derartiger Beschluss existiert – wie man weiß – nicht. Das Land Oberösterreich hat daraufhin am 10. Oktober 2011 den Antrag um aufsichtsbehördliche Genehmigung des von Herrn Mag. Werner Penn namens der Landeshauptstadt Linz abgeschlossenen Swap-Geschäftes 4175 als unzulässig zurückgewiesen.
- 4.4.5. In der Begründung verweist das Land Oberösterreich darauf, dass ein Antrag auf Genehmigung nach § 78 Abs 1 und 3 sowie § 80 Abs 2 StL 1992 einen ausreichend bestimmten Beschluss des Gemeinderates voraussetze. Dem werde der Beschluss der Landeshauptstadt Linz vom 3. Juni 2004 nicht gerecht, da dieser nur eine allgemeine Ermächtigung an die Finanz- und Vermögensverwaltung enthalte, zukünftig bestimmte Rechtsgeschäfte zur Optimierung des Fremdfinanzierungs-Portfolios in marktüblichem Umfang abzuschließen. Das von Mag. Werner Penn im Namen der Landeshauptstadt Linz mit der klagenden Partei am 12. Februar 2007 mündlich abgeschlossene und dann schriftlich bestätigte und beurkundete Swap-Geschäft sei daher vom Beschluss des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 3. Juni 2004 nicht umfasst. Es liege demnach überhaupt kein Rechtsgeschäft der Stadt Linz vor, für das eine aufsichtsbehördliche Genehmigung erteilt werden könne.

4.5. Novelle zum öö Kommunalrecht

- 4.3.1. Der öö Landtag hat am 10. November 2011 ein *„Landesgesetz, mit dem die Oö. Gemeindeordnung 1990, das Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992, das Statut für die Stadt Wels 1992 und das Statut für die Stadt Steyr 1992 geändert werden (Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012)“* beschlossen. Diesem Gesetzesbeschluss liegt

der Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des oö Landtages, Blg. 366/2011 und Beilage 369/2011 zugrunde. In den Erläuterungen finden sich folgende **Klarstellungen zur bisher geltenden Rechtslage** (Hervorhebungen durch die Stadt Linz):

*„Wenn auch der Großteil der Gemeinden in der Vergangenheit die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit beachtet hat, sind angesichts der aktuellen Entwicklungen zusätzliche, gesetzliche Regelungen angezeigt. **Zwar haben die Gemeindeordnung und Stadtstatute schon bisher die Rechtslage und den Umgang von Gemeinden mit Finanzgeschäften umfassend geregelt. So hätten etwa in der Vergangenheit abgeschlossene Zinstauschgeschäfte schon nach der bisherigen Rechtslage dem Land als Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorgelegt werden müssen.** Im Interesse der Rechtssicherheit scheinen aber Konkretisierungen geboten, die den Gemeindeverantwortlichen mehr Klarheit im Umgang mit Finanzgeschäften geben. Dadurch können schon im Vorfeld Risiken bei der Finanz- und Vermögensverwaltung durch die Gemeinden ausgeschlossen werden.*

(...)

Bei den Geldern der Städte und Gemeinden handelt es sich um öffentliche Mittel, die nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu verwalten sind. Gerade Hochrisiko-Geschäfte widersprechen diesen Grundsätzen. Der Abschluss hochriskanter derivativer Finanzinstrumente gehört zweifellos nicht zu den Aufgaben einer Stadt bzw. Gemeinde, sodass der Einsatz derivativer Finanzinstrumente primär der Budget- und Liquiditätssicherung zu dienen hat.

*Im Hinblick auf die bestimmten, komplexen Finanzgeschäfte innewohnenden Risiken soll die Entscheidungsfindung in den Städten und Gemeinden zusätzlich durch die Aufsichtsbehörde fachlich unterstützt werden. Mit der vorliegenden Novelle soll im Sinn einer Gesamtbetrachtung sowie **zur Klarstellung der bisher bereits bestehenden aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten** ein in sich abgeschlossenes und transparentes Gesamtsystem aller Regelungen über Finanztransaktionen der Städte und Gemeinden in die Gemeindeorganisationsgesetze aufgenommen werden.“*

In den Gesetzesmaterialien zur aktuellen Novelle wird also – **bezogen auf die bisherige Rechtslage** – klargestellt, dass

- Zinstauschgeschäfte schon bisher von der **aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht nach § 84 oö GemO bzw. § 78 StL** erfasst sind *und*
- hochriskante Derivatgeschäfte den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit widersprechen und auch nicht zu den Aufgaben einer Stadt bzw. Gemeinde gehören.

Beweis: Richtlinien des Gemeindebundes für Finanzgeschäfte;
Gutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8.9.2011, GZ: Verf-902466/2-2011-St;
Pressemitteilung der Landesräte Josef Ackerl und Max Hiegelsberger vom 11.9.2011;
Antrag der Stadt Linz auf Genehmigung nach § 78 StL 1992;
Verbesserungsauftrag des Landes Oberösterreich vom 3.10.2011, IKD (Gen)-420001/14-2011;

Bescheid über die Zurückweisung des Antrages der Stadt Linz vom 10.10.2011, IKD (Gen)-420001/15-2011;
 Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des öö Landtages, Blg. 366/2011 und Beilage 369/2011.

V. Natur des Swap-Geschäfts

1. Allgemeines zu Swap-Geschäften

- 1.1. Die klagende Partei hat das vorliegende Swap-Geschäft in allen Unterlagen, die Mag. Werner Penn zur Verfügung gestellt wurden, als „**Swap**“ bezeichnet.
- 1.2. Unter einem **Swap** versteht man eine Vereinbarung zwischen zwei Vertragspartnern, an zukünftigen Zeitpunkten vertraglich definierte Zahlungsströme (sog. „*Cash Flows*“) auszutauschen. Die individuelle Vereinbarung definiert dabei, wie die Zahlungen berechnet und wann sie fällig werden. Ein „**Zinsswap**“ ist ein Zinsderivat, bei dem zwei Vertragspartner vereinbaren, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten **Zinszahlungen** auf festgelegte Nennbeträge auszutauschen. Die Zinszahlungen werden meist so festgesetzt, dass eine Partei einen bei Vertragsabschluss fixierten (festgesetzten) Festzinssatz zahlt, die andere Partei hingegen einen variablen Zinssatz. Der variable Zinssatz orientiert sich regelmäßig an den üblichen Referenzzinssätzen (EURIBOR/LIBOR) im Interbankengeschäft. Zinsswaps können sowohl **zur Absicherung** gegen Zinsänderungsrisiken (z.B. in Gestalt eines Fixzinsswaps), aber auch mit **spekulativen Zielen** eingesetzt werden. Allein die Verwendung des Begriffs „*Swap*“ ist daher keineswegs ein Hinweis auf ein außerordentliches hochspekulatives Finanzgeschäft.

Beweis: Beizuschaffender Strafact der StA Linz zu GZ 9 St 80/11z, wobei die genaue Bezeichnung der jeweils beizuschaffenden und zu verlesenden Aktenteile vorerst vorbehalten bleibt;
 Präsentationsunterlagen der klagenden Partei zu Varianten zur Finanzierungsoptimierung vom 9. August 2006;
 Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- Börsenwesens insbesondere zum Charakter von Swap Geschäften.

2. Rahmenbedingungen bei Abschluss des Swap-Geschäfts

- 2.1. Die klagende Partei ist bei Abschluss des Geschäfts als Unternehmerin iSd § 1 UGB tätig geworden. Als österreichisches Kreditinstitut ist sie **professioneller Dienstleister** und damit zugleich Fachmann iSd § 1300 ABGB. Sie verfügt über eine eigene hochspezialisierte Abteilung für Derivatprodukte (siehe oben Punkt III.2.). Die klagende Partei hatte demgemäß zu jedem Zeitpunkt – so auch vor und bei Abschluss des Swapgeschäfts – einen **enormen Informationsvorsprung** (Informationsasymmetrie).
- 2.2. Bei derivativen Finanzgeschäften unterscheidet man zwischen **OTC** (das heißt engl. „*over the counter*“) und **börsegehandelten Geschäften**. Dieser Differenzierung misst auch die klagende Partei zentrale Bedeutung zu, wie etwa ihr Konzerngeschäftsbericht zum Jahr 2006 (Seite 125) zeigt. Das Swap-Geschäft wurde „**OTC**“ – also bilateral und nicht an einer Börse – abgeschlossen. Es liegt somit ein **individuell konfiguriertes OTC Derivatgeschäft** vor. Die Konfiguration eines solchen Geschäfts ist eine **Bankdienstleistung** (vgl. § 1 Abs 1 Z 7 lit d BWG),

die einer **Konzession** bedarf. Mangels eines liquiden Markts fehlt es bei OTC Derivatgeschäften an einer Preistransparenz. Es besteht daher ein **signifikantes Missbrauchspotential** der Bank gegenüber dem Kunden. Überdies ist bei OTC Geschäften regelmäßig ein **immanenter Interessenskonflikt** zu beobachten. Abhängig davon, wie sich das Marktniveau verändert, ist das Geschäft für die eine Seite oder für die andere Seite günstig. Es findet regelmäßig ein direkter Abtausch zwischen den Parteien des Derivatgeschäfts statt. Zwar decken Banken die Derivatgeschäfte am Markt oftmals ein, allerdings findet diese Rückdeckung in **intransparenter Weise und nicht durchgehend** statt.

- 2.3. Die einzelnen Determinanten des Swap-Geschäfts sind von der **klagenden Partei strukturiert und kalkuliert worden**. Das gilt auch für die währungsabhängige Zinsbildungsformel (sog. „*FX Adjustment*“; siehe dazu bereits oben zu Punkt IV, 2.6. und 2.8.). Bereits in einer Präsentation der klagenden Partei vom 9. August 2006 findet sich die Formel $[(\text{Strike} - \text{EZB Fixing}) / \text{EZB Fixing} \times 100]$ bei der Beschreibung eines sogenannten „*Resettable CHF linked Swap*“, der gemeinsam mit anderen Finanzprodukten Mag. Werner Penn vorgestellt wurde.
- 2.4. Die klagende Partei hat Mag. Werner Penn das Swap- Geschäft im Rahmen einer **Beratung** (§ 1 Abs 1 Z 19 lit a BWG i.d.F. BGBl Nr. 532/1993) über Möglichkeiten der **Zinsabsicherung** angeboten. Auf dieser Basis wurden schließlich die Eckdaten des Swap-Geschäfts festgelegt und das Angebot der klagenden Partei von Mag. Werner Penn (ohne Beschlussfassung oder auch nur Information des Gemeinderates, siehe dazu oben zu Punkt IV., 2.8.) via Email (!) auch angenommen. Auf „*Beratungsausschlüsse*“ (Widerklage Seite 5) kann sich die klagende Partei bereits deshalb nicht berufen, weil sie – wie in den Unterlagen mannigfaltig dokumentiert – **tatsächlich beratend tätig geworden ist** (dazu näher zu Punkt VII., 7.3.).

3. Wirkung des Swap-Geschäfts 4175 auf die CHF-Anleihe

- 3.1. Die CHF-Anleihe ist variabel verzinst. Die Höhe des Zinssatzes hängt vom maßgeblichen LIBOR-Satz ab. Abgesehen vom damit verbundenen Zinsrisiko birgt die Anleihe auch ein sekundäres Währungsrisiko. Aufgrund der Rechnungslegung der Stadt Linz in EUR kann die periodische Zahlung der Zinsen und die Tilgung der Nominale nach Ablauf der Laufzeit bei einer Stärkung des Schweizer Frankens zu höheren Finanzierungskosten in Euro führt.
- 3.2. Das Swap-Geschäft 4175 wirkt unmittelbar auf die CHF-Anleihe ein: Während der Laufzeit des Swap-Geschäfts (zehn Jahre) übernimmt die klagende Partei für die Stadt Linz die Zahlung des LIBOR-Satzes aus der Anleihe. Die Stadt ist dagegen zu einer fixen periodischen Zahlung von 0,065% (Zahlung an die klagende Partei) plus der Marge von 0,049% (Zahlung weiterhin an die Kommunalkredit als Anleihegläubigerin) verpflichtet. Zudem trifft die Stadt eine Währungsklausel, die immer dann schlagend wird, wenn der EUR/CHF-Wechselkurs den Strike von 1,54 beim sogenannten „*Fixing*“, also zwei Tage vor dem jeweiligen Fälligkeitstermin, unterschreitet. Dann greift ein wechselkursabhängiger Aufschlag ein, wobei hier keine Höchstgrenze vorgesehen ist.
- 3.3. Das Swap-Geschäft hat also für die Stadt Linz während seiner Laufzeit folgende Wirkung: An die Stelle des LIBOR-Satzes der Anleihe tritt ein Zinssatz, dessen Höhe von der Entwicklung des Währungspaares EUR/CHF abhängt. Geht es nach dem Swap-Geschäft, hat also die Stadt Linz ein (von der Entwicklung des LIBOR-

Satzes abhängiges) Zinsrisiko gegen ein Währungsrisiko getauscht und damit das ohnedies der Anleihe schon immanente Wechselkursrisiko potenziert. Aus budgetärer Sicht hat also das Swap-Geschäft die Konditionen der Anleihe gravierend verändert. Finanzwirtschaftlich betrachtet ist die Wirkung äquivalent zu einem Wechsel des Kreditgebers zu anderen (neuen) Konditionen.

- 3.4. Anhand von vier Beispielen soll der **überproportionale** Anstieg der Zinsen bei einer Verschlechterung des EUR/CHF-Wechselkurses unter dem „Strike“ 1,54 gezeigt werden:

Wechselkurs EUR/CHF	Zinssatz	Zahlungspflicht in Euro pA (gerundet)
1,50	2,732 %	3,55 Mio.
1,40	10,065 %	14,02 Mio.
1,30	18,527 %	27,79 Mio.
1,00	54,065 %	105,42 Mio.

4. Die eigentliche Struktur der Zinsbildungsformel/Verschreibung von zwanzig exotischen Währungsoptionen

- 4.1. Die Stadt Linz hat im Zuge der Aufklärung der Umstände, die zum Abschluss des Swap-Geschäfts durch Mag. Werner Penn geführt haben, auch Experten auf dem Gebiet des Treasury und der Finanzmathematik konsultiert. Erst mit deren Hilfe war es der Stadt Linz möglich, die eigentliche Struktur des Swap-Geschäfts und die für dessen Bewertung maßgeblichen Parameter nachzuvollziehen.
- 4.2. Die währungsabhängige Zinsbildungsformel (für die halbjährlichen Zinsfixings) entspricht der Formel zur Berechnung des Barausgleichs bei Währungsoptionen (Devisenoptionen). Wendet man die Formel bei Fälligkeit an, entspricht sie in ihrer Wirkung der Ausübung einer **Europäischen EUR Put-Option** auf den Kurs des CHF mit einem Volumen von CHF 97,5 Mio und einem Strike von 1,54. Wirtschaftlich betrachtet umschreibt also die Währungsklausel des Swap-Geschäfts EUR/CHF **Währungsoptionen**. Wäre also das Swap-Geschäft wirksam, hätte die Stadt Linz der klagenden Partei zwanzig Währungsoptionen mit je einem Volumen von CHF 97,5 Mio als „Stillhalter“ verschrieben. Mit anderen Worten: Die Währungsklausel weist der Stadt Linz die Rolle eines Spekulanten zu, der zwanzig Währungsoptionen mit einem Basiswert von je CHF 97,5 Mio. und einer Laufzeit von bis zu zehn Jahren verkauft.
- 4.3. Die im Swap-Geschäft enthaltene Zinsbildungsformel entspricht zudem nicht dem linearen Auszahlungsprofil von Standardoptionen (sog. Plain Vanilla Optionen). Vielmehr bildet die Formel **exotische Optionen** ab, die nicht ein lineares, sondern ein überproportional ansteigendes Auszahlungsprofil zu Lasten der Stadt Linz aufweisen. Bei einem steigenden CHF Wert (sinkendem EZB Fixing) **steigt** der Zähler (1,54 – EZB Fixing); die Differenz zum „Strike“ wird größer). Gleichzeitig **sinkt** aber der Nenner (./EZB Fixing). Deshalb entwickelt sich das Zahlungsprofil **nicht linear**, sondern vielmehr (annähernd) exponentiell, woraus sich ein besonderes Risiko ergibt.
- 4.4. Das Swap-Geschäft kombiniert zusammengefasst also einen Zinsswap (LIBOR CHF gegen einen Fixzinsatz von 0,065%) mit einer Kette von zwanzig geschriebenen

Europäischen EUR Put-Optionen auf den Wechselkurs des CHF mit einem Volumen von je CHF 97,5 Mio und einem Strike von 1,54, wobei es sich infolge ihres nicht linearen Auszahlungsprofils um exotische Optionen handelt.

- 4.5. Die vorstehende Analyse wird vollinhaltlich durch ein – offenbar für die Eigentümerin der klagenden Partei bestimmtes – Memorandum vom 24.8.2010 (Strafakt ON 38, Blg. 8.10) bestätigt. Hier sieht man anhand der von der klagenden Partei gewählten Hedgestruktur, wie die klagende Partei den Swap 4175 strukturiert hat: *„The FX-component can be seperated into two parts which can be modelled using plain vanilla FX-options. The first part corresponds to a payment of $(1,54 - \text{Spot})/1,54$ and was reproduced by a series of EURCHF FX put options (one for each payment date) with strike 1,54. The resulting market risk for BAWAG P.S.K. was closed externally. The second part accounts for the fact that the interest payments made by the customer below exchange rates of 1,54 exceed the payments resulting from the first part of the mapping (spot rate in the denominator). In the FO System this was entered as an additional series of EURCHF FX put options with strike 1,54 whose notional was adjusted monthly according to the exchange rate at the end of the month $(195,000,000, - *0,5/1,54*(1,54/\text{Spot}-1))$. To achieve a better approximation of the payout-profile of each period of the CHF Resettable it was decided to map each payment of the second part of the deal onto a strip of options with descending strikes (i.e. 1,48, 1,42 ..) whose notional was chosen accordingly. In this way the present value and the risk of the Resettable can be approximated properly in the FO system. At the moment 224 Options are used. If the EURCHF exchange rate decreases or the EURCHF volatilities rise, it will become necessary to add further options with lower strikes to ensure a satisfactory mapping of the deal.“* Die klagende Partei hat Mag. Werner Penn vor Abschluss des Swap-Geschäftes nicht davon informiert, dass sie die Absicht hatte, die Optionen in der Folge zu hedgen.
- 4.6. Noch deutlicher lässt sich nicht zeigen, welches hochspezifische Know-How erforderlich ist, um die eigentliche Struktur von Swap 4175 und dessen Wert zu verstehen. Selbst gediegene betriebswirtschaftliche Kenntnisse reichen nicht aus, um anhand der Swap-Formel deren eigentlichen Hintergrund zu durchschauen.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens insbesondere zur Wirkungsweise der spezifischen Zinsbildungsformel des Swap-Geschäfts;
bankinternes Memorandum der klagenden Partei vom 24.8.2010.

5. Negativer Marktwert des Swap 4175 bei Vertragsabschluss (negativer Anfangswert)

- 5.1. Das Swap-Geschäft lässt sich anhand seiner **wahren Struktur** zum Stichtag des Vertragsabschlusses bewerten: Die von der Stadt – in Gestalt der währungsabhängigen Zinsbildungsformel – verschriebenen zwanzig Währungsoptionen stehen dem günstigen Fixzins von 0,065% gegenüber, den die Stadt anstelle des CHF-LIBOR zu bezahlen hat.
- 5.2. Optionen sind **Versicherungsverträgen** ähnlich. Der Käufer einer Option bekommt vom Optionsverkäufer (auch genannt „Schreiber“ oder noch treffender „Stillhalter“) bei Überschreiten des „Strikes“ der Option (= Eintritt des Schadensfalls) eine Zahlung. Dafür zahlt der Käufer eine Prämie. Die Prämie ist insbesondere abhängig

von der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Höhe des potenziellen Schadens. Die Eintrittswahrscheinlichkeit wiederum wird maßgeblich von der Restlaufzeit bis zur Fälligkeit und der Volatilität des Basiswertes bestimmt. Der Stadt Linz ist jedoch nicht sofort eine Prämie für die verschriebenen zwanzig Währungsoptionen zugeflossen. Die Prämie steckt vielmehr im günstigen Fixzins von 0,065% im Vergleich zum LIBOR-Satz. Darin erschöpft sich zugleich die der Stadt Linz von der klagenden Partei zugestandene Prämie.

- 5.3. Der **Wert** der von der Stadt Linz verschriebenen **exotischen Währungsoptionen** bei Abschluss des Swap-Geschäftes übersteigt bei weitem den Vorteil der Stadt Linz aus dem günstigen Fixzinssatz von 0,065%. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hatte also das Swap-Geschäft einen von der klagenden Partei bewusst eingerechneten **negativen Marktwert** in zweistelliger Millionenhöhe. Dieser Negativwert ist zugleich Ausdruck der völlig ungleichen Verteilung der Chancen und Risiken aus dem Swap-Geschäft zum Nachteil der Stadt Linz.
- 5.4. Der **anfängliche negative Marktwert** bietet der Bank die Möglichkeit, die Struktur des Geschäfts am Interbankenmarkt rückzudecken (Hedgegeschäft). Von dieser Möglichkeit hat die klagende Partei auch tatsächlich Gebrauch gemacht. Sie hat einen Teil des negativen Marktwerts unmittelbar nach Vertragsabschluss durch Hedgegeschäfte vereinnahmt. Auch in weiterer Folge hat sie an dem Swap-Geschäft durch den Abschluss von mehr als 200 zusätzlichen Hedgegeschäften vorzüglich verdient. Wäre die hohe Bankmarge reduziert worden, hätten die Parameter des Geschäfts weitaus risikogünstiger ausgestaltet werden können. Die Stadt Linz wäre dann nicht mit einer derart hohen Schiefelage konfrontiert gewesen. Der **anfängliche negative Marktwert** wirkt sich bei negativer Währungsentwicklung **potenziert** nachteilig für den Kunden aus.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsewesens, insbesondere zum Marktwert des Swap-Geschäftes bei Abschluss; bankinternes Memorandum der klagenden Partei vom 24.8.2010.

6. Die Besonderheiten des Swap-Geschäfts 4175 im Überblick

- 6.1. Das Swap-Geschäft ist in mehrfacher Hinsicht **atypisch**. **Es ist ein strukturiertes, hochkomplexes OTC Derivat**, das die klagende Partei selbst als „*exotisches Derivat*“ bezeichnet.
- 6.2. Das Geschäft ist daher selbst dann nicht „*marküblich*“, wenn man es jenseits eines kommunalen Beurteilungshorizonts betrachtet. Von einem Absicherungsgeschäft kann angesichts der unbegrenzten Wechselkursrisiken keine Rede sein. Auch der Begriff „*Optimierung*“ ist für das Swap-Geschäft grob verschleiern, verharmlosend, irreführend und gemessen an den gesetzlich vorgegebenen Anlagezielen einer Gemeinde schlicht inadäquat. Vielmehr handelt es sich um ein lupenreines **Spekulationsgeschäft mit noch dazu hoher Intransparenz**.
- 6.3. So mathematisch einfach die Zinsbildungsformel auf den ersten Blick erscheinen mag, so fatal ist deren Wirkung. Sie bringt die Stadt Linz in eine Lage, als hätte sie zwanzig exotische Währungsoptionen verschrieben. Auch die Laufzeit dieser Optionen (bis zu zehn Jahre) ist zum Teil völlig marktunüblich. Das Swap-Geschäft ist demnach ein **klassisches Risikogeschäft** mit nicht gedecktem Verlustpotential. In der Bankennomenklatur ist es ein Geschäft der **höchsten Risikostufe**, somit

(„R5“). Das Verlustrisiko beschränkte sich – anders als bei anderen Veranlagungen (z.B. Aktien) – nicht auf das eingesetzte Kapital, sondern ist (nicht nur) theoretisch unendlich.

- 6.4. Das Gesamtvolumen der mit dem Geschäft verschriebenen EUR/CHF Optionen beläuft sich auf etwa **CHF 2 Mrd.** Allein aufgrund dieses **extrem hohen verschriebenen Derivatvolumens** war auch eine entsprechend **hohe zusätzlich (Derivat-)Kreditlinie** für den Geschäftsabschluss (als Surrogat für die ansonsten zu erlegendende Sicherheitsleistung/Margin, siehe auch unten zu Punkt VII., 7.7.) erforderlich.
- 6.5. Das Risiko aus dem Swap-Geschäft ist voll schlagend geworden. Nach einer von der klagenden Partei versandten Bewertung des Geschäfts hat es zum Stichtag 29. Juli 2011 einen Negativwert **EUR 489.016.132,61** aufgewiesen. Die letzte von der klagenden Partei übermittelte Bewertung weist einen Negativwert von **EUR 345.618.510,98**. (Stichtag 30. September 2011) auf. Allein dadurch wird der ruinöse Charakter des Geschäfts offenbar.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zum bankfachlichen Charakter des Geschäfts;
Einzelabschlussbestätigungen samt Änderung des Swap 4175 vom 16.2.2007 und 16.10.2007;
Stichtagsbewertungen des Swap 4175 durch die BAWAG P.S.K. zum 30.9.2011, 31.8.2011 und 29.7.2011.

7. Kein Ausstiegsrecht der Stadt Linz

7.1. Vertragliche Grundlagen

- 7.1.1. Zufolge der Einzelabschlussbestätigung vom 16. Februar 2007 beginnt das Swap-Geschäft am 14. Februar 2007 und endet am 15. April 2017. Die Swap-Vereinbarung bezieht sich auf die von der Stadt Linz begebene Anleihe in Schweizer Franken mit einem Nennbetrag von 195 Mio. und einer Laufzeit vom 14. Oktober 2005 bis zum 14. Oktober 2017. Jeweils am 15. April und am 15. Oktober eines jeden Jahres (erstmalig am 15. April 2007) werden dabei zwischen den Parteien des Swap-Geschäftes Zinsen getauscht.
- 7.1.2. Die Zinstausch-Vereinbarung ist sohin auf eine feste Dauer von 10 Jahren angelegt, in deren Rahmen die beiden Parteien jeweils die Zinszahlungsleistungen zu den Fälligkeitsterminen zu erbringen haben. Es handelt sich demnach um ein befristetes Dauerschuldverhältnis, das mangels gegenteiliger Vereinbarung kein Teil durch ordentliche Kündigung vorzeitig beenden kann (vgl. zum Bestandvertrag OGH GZ 6 Ob 160/98t; RS0020734).
- 7.1.3. Weder die elektronische Mitteilung der klagenden Partei vom 12. Februar 2007 über den mündlichen Swapabschluss noch die schriftliche Einzelbestätigung vom 16. Februar 2007 enthalten eine Regelung über die Auflösung des Swap-Geschäftes vor Ablauf der vereinbarten Befristung. Es ist daher der allgemeine Verweis auf den Rahmenvertrag in der Einzelbestätigung vom 16. Februar 2007 zu beachten.
- 7.1.4. In § 7 Abs 1 des Rahmenvertrags wird die Vertragsbeendigung geregelt: *„Sofern Einzelabschlüsse getätigt und noch nicht vollständig abgewickelt sind, ist der*

Vertrag nur aus wichtigem Grund kündbar (Hervorhebung durch die Stadt Linz). *Die Benachrichtigung und die Kündigung müssen schriftlich oder fernschriftlich erfolgen. Eine Teilkündigung einzelner und nicht aller Einzelabschlüsse ist ausgeschlossen.*“

- 7.1.5. Der als „*Einzelabschluss*“ zu qualifizierende Swap mit der Nr. 4175 ist auf die Dauer von 10 Jahren abgeschlossen. Nach der gerade zitierten Regelung in § 7 Abs 1 des Rahmenvertrages ist er von keiner der Parteien während der Laufzeit durch ordentliche Kündigung beendbar. Eine davon abweichende Sonderbestimmung ist weder im E-Mail vom 12. Februar 2007 noch in der Einzelabschlussbestätigung vom 16. Februar 2007 enthalten.
- 7.1.6. Welche Wirkung die Befugnis zur einseitigen Auflösung auf das Swap-Geschäft hätte, zeigt die Kündigung des Swap-Geschäftes 57196 durch die klagende Partei (vgl Punkt IV., 3.11.): Das Swap-Geschäft ist seiner Natur nach auf einen Austausch von wechselseitigen Zahlungsströmen für einen bestimmten Zeitraum angelegt. Die Austauschverpflichtung endet mit dem Zeitpunkt der Auflösung des Geschäftes. Dies ist auch der Grund, weshalb die klagende Partei in ihrer Bestätigung über die Auflösung des Swap-Geschäftes 57196 ausdrücklich festhielt, dass beide Parteien ab der Wirkung der Kündigung nichts mehr von einander zu fordern hätten. Das entspricht der Systematik dieses Geschäftes. Strittig konnte lediglich sein, dass das Swap-Geschäft 57196 nur ein Kündigungsrecht zu Gunsten der klagenden Partei und nicht auch zu Gunsten der Stadt Linz vorsah (vgl OGH 17.3.2010, 7 Ob 15/10x = ecolex 2010/308). Damit wird auch deutlich, dass die Stadt Linz keineswegs ein jederzeitiges Ausstiegsrecht besaß, wie die klagende Partei zu unterstellen versucht.

7.2. Einvernehmliche Auflösung des Swap-Geschäftes

- 7.2.1. Mangels ordentlichem Kündigungsrecht war also eine Vertragsbeendigung vor Zeitablauf nur mit Zustimmung der klagenden Partei möglich, wobei die Beendigungsbedingungen in deren Belieben gestellt waren. Es war die klagende Partei, die durch den ständigen Weiterverkauf von Optionen auf dieses Geschäft (bis zuletzt wurden mehr als 200 Optionen von der klagenden Partei an Dritte „*verschrieben*“) die Bedingungen für dessen einvernehmliche Auflösung kontinuierlich erschwert hat.
- 7.2.2. Wie undurchsichtig und aleatorisch die Haltung der klagenden Partei zu einer einvernehmlichen Vertragsauflösung war, erkennt man aus verschiedenen Ergebnissen des bisherigen Strafverfahrens:
- 7.2.3. So erklärt die als Zeugin vernommene Mitarbeiterin der klagenden Partei Iris Sahinoglu (ON 52, Seite 27 des Strafaktes): *„Ich habe Mag. Penn ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Bewertungen auf Basis von „Mittelpreisen“ erstellt werden, und dass er im Falle einer Schließung des SWAP mehr als den (negativen) Wert aufgrund der Bewertung zahlen muss“.*
- 7.2.4. Am 7. Juli 2007, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die von der klagenden Partei vorgelegte Bewertung des Swap-Geschäftes klar zu Gunsten der Stadt Linz positiv gewesen ist (Sachverhaltsdarstellung der klagenden Partei im Strafverfahren ON 37, Seite 45 [Punkt 4.12]), wurde über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Auflösung des Swap-Geschäftes gesprochen. Im von der klagenden Partei erstellten Protokoll über deren Kundenkontakte heißt es aber dann wörtlich:

„Kundenüberlegung auch 2. Swap (gemeint ist also der Swap 4175) *glatt zu stellen wurde w/Kosten verworfen*.“ Daraus ersieht man ganz deutlich, dass die klagende Partei trotz eines nominell positiven Werts des Swap für die Stadt Linz zu diesem Zeitpunkt dennoch Ersatz verlangte, der über den positiven Wert bei weitem hinausgeht („w/Kosten“).

- 7.2.5. Noch ein Vorkommnis zeigt die zweideutige Haltung der klagenden Partei: Das Swap-Geschäft hatte nach der Berechnung der klagenden Partei in den Monaten Jänner, Februar und März 2008 durchgehend einen negativen Wert (etwa zum 31. März 2008 mit € 17.870.391,67) ausgewiesen. Die klagende Partei war nach ihrem Bekunden im Strafverfahren bemüht, die Stadt Linz zu einer Absicherung des Swap-Geschäftes zu bewegen. Im April 2008 drehte kurzfristig die Bewertung des Swap-Geschäftes auf rd. € 2 Mio. zu Gunsten der Stadt Linz. Just zu diesem Zeitpunkt, zu dem ein Ausstieg der Stadt Linz äußerst günstig gewesen wäre, stellte aber die klagende Partei ihre Bemühungen um eine vorzeitige „*kurzfristige Glattstellung*“ ein. Ganz im Gegenteil teilte sie elektronisch Mag. Werner Penn am 11. April 2008 mit, dass „*kein Anpassungsrisiko*“ beim Swap-Geschäft bestehe (oben Punkt IV., 3.6.4.).

7.3. Zusammenfassung

Der Stadt Linz steht nach den Vertragsbedingungen kein Recht zu, das Swap-Geschäft vor Ablauf der zehnjährigen Befristung ordentlich zu kündigen. Ein vorzeitiger Ausstieg ist daher nur mit Zustimmung der klagenden Partei möglich. Dabei hat es die klagende Partei naturgemäß in der Hand, die Bedingungen einseitig zu bestimmen. Dementsprechend hat sie sich auch verhalten, soweit überhaupt eine Beendigung des Swap-Geschäftes zur Diskussion stand.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.09.2006;
 Einzelabschlussbestätigungen samt Änderung des Swap 4175 vom 16.2.2007 und 16.10.2007;
 Protokoll der Zeugenvernehmung von Iris Sahinoglu im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 52;
 Protokoll der klagenden Partei über die Kundenkontakte;
 Beizuschaffender Strafact der StA Linz zu GZ 9 St 80/11z;
 Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens, insbesondere zur Wirkung von Hedgegeschäften auf die Bewertung.

VI. Zahlenwerk

1. Einnahmen des ordentlichen Voranschlages und Gesamtschuldendienst

- 1.1. Gemäß § 78 Abs 1 Z 2 des Statuts für die Landeshauptstadt Linz 1992 (Stadtstatut Linz 1992 – StL 1992) bedarf der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde, der Genehmigung der Landesregierung. Nach § 58 Satz 1 StL 1992 ist dabei grundsätzlich auf die jährlich Belastung der Gemeinde abzustellen. Bei jenen Darlehen, die nicht linear getilgt werden, also insbesondere bei endfälligen Darlehen, sind die Tilgungsbeträge planmäßig in Form einer Tilgungsrücklage (§ 58 Satz 2 StL 1992) anzuspargen.

- 1.2. Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Regelung zeigt sich für die Stadt Linz folgendes Bild:

Einnahmen Ordentlicher Haushalt (o.H.) lt. Voranschlag	Schuldendienst				
	Zinsen	Tilgungen	Tilgungsrücklage gem. § 58 S. 2 StL 1992	Gesamt	
Voranschlag 2007	459.327.000	9.639.800	17.947.200	9.920.634	37.507.634
Voranschlag 2008	480.539.100	13.544.900	15.131.300	10.243.318	38.919.518
Voranschlag 2009	519.681.600	14.518.400	34.681.600	22.365.414	71.565.414
Voranschlag 2010	514.282.400	7.345.300	20.912.400	23.067.083	51.324.783
Voranschlag 2011	561.234.200	8.902.500	16.437.900	24.262.821	49.603.221

- 1.3. In dieser Aufstellung sind jene Beträge nicht berücksichtigt, welche die Stadt Linz aus dem Swap gezahlt hat.

2. Zahlungen

2.1. Zahlungen der klagenden Partei an die Stadt Linz

Im Rahmen des Swap-Geschäftes 4175 erbrachte die klagende Partei folgende Zahlungen an die Stadt Linz:

Datum	Einnahmen in Schweizer Franken	Einnahmen in Euro (zum jeweiligen Tageskurs)
16.04.2007	698.831,25	425.597,59
15.10.2007	2.333.960,41	1.395.492,00
15.04.2008	2.815.972,74	1.775.071,10
15.10.2008	2.828.363,26	1.857.100,04
15.04.2009	1.464.662,44	966.646,28
Summe	10.141.790,10	6.419.907,01

2.2. Zahlungen der Stadt Linz an die klagende Partei

Die Dienststelle der Finanz- und Vermögensverwaltung des Magistrats der Stadt Linz veranlasste folgende Zahlungen an die klagende Partei:

Datum	Ausgaben in Schweizer Franken	Ausgaben in Euro (zum jeweiligen Tageskurs)
15.10.2009	1.033.695,33	686.731,64
15.04.2010	6.745.771,61	4.727.319,09
15.10.2010	14.928.423,25	11.182.418,51
15.04.2011	18.074.061,31	14.040.301,17

Summe	40.781.951,50	30.636.770,41
--------------	----------------------	----------------------

2.3. Resümee

- 2.3.1. Die beiden letzten Zahlungen der Stadt Linz (Punkt 2.2.) sind explizit unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgt, weil sich damals auf Seiten der Stadt bereits erhebliche Bedenken gegen die Wirksamkeit des Swap-Geschäftes herauskristallisiert haben. Per 17. Oktober 2011 ergab sich (Fixing per 15.10.2011) rein rechnerisch ein saldierter Überschuss für die klagende Partei von € 19.949.393,03, den die Stadt Linz allerdings nicht mehr bezahlt hat.
- 2.3.2. Die Stadt Linz hat also aus dem Swap-Geschäft insgesamt Zahlungen von etwa € 6,4 Mio. erhalten, während sie selbst nunmehr rd. € 420 Mio. zahlen soll, was angeblich dem aktuellen Wert dieses Geschäftes zu Lasten der Stadt Linz entspricht. D.h. aber im Vergleich, dass der Vorteil der Stadt Linz nur rd. 2% des Vorteils der klagenden Partei betragen hat. Besser lässt sich das Missverhältnis nicht mehr zeigen.

Beweis: Haushaltsvoranschläge der Stadt Linz für die Jahre 2007 bis 2011;
 Berechnung der Tilgungsrücklagen nach § 58 Satz 2 StL 1992;
 Abrechnungen der Swap-Geschäfte und Zahlungsbelege;
 Kündigungsschreiben der klagenden Partei zum Swap-Geschäft 57196 vom 11.10.2011 samt schriftlicher Bestätigung vom 11.10.2011;
 Mag. Joachim Arbeithuber, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz.

VII. Die Einwendungen gegen den Grund des Anspruches

Die klagende Partei stützt ihren Anspruch darauf, dass sie das Swap-Geschäft 4175 am 20. Oktober 2010 aus wichtigem Grund gekündigt habe und sie daher mit der Klage „Erfüllung der vertraglich vereinbarten Leistung bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend“ mache. Voraussetzung dafür ist selbstverständlich ein zum Zeitpunkt der Kündigung noch wirksames Swap-Geschäft. In der Folge werden die Gründe gegen den wirksamen Bestand des Swap-Geschäfts dargelegt.

1. Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Verstoßes gegen die kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften

1.1. Die zivilrechtliche Ausgangslage

- 1.1.1. Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer Gemeinde erforderlich ist, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§ 867 ABGB). Wer sich mit diesen Regeln nicht vertraut macht, ist nicht geschützt. Er muss öffentlich-rechtliche Vorgaben zur Willensbildung einer Gemeinde auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie nicht gekannt haben sollte (SZ 54/111; SZ 64/154; RIS-Justiz RS0014699; RS0014717). Beschränken (in einem Publikationsmedium kundgemachte) Organisationsvorschriften die Handlungsfähigkeit der Organe, schlägt diese Beschränkung auch auf das Außenverhältnis durch. Dieses Regelungskonzept schützt das Gemeindevermögen im öffentlichen Interesse.

- 1.1.2. Ist der Abschluss bestimmter Geschäfte oder Geschäftstypen dem Gemeinderat oder dem Gemeindevorstand vorbehalten, kann der Bürgermeister die Gemeinde nur dann wirksam vertreten, wenn zuvor das zuständige Kollegialorgan den erforderlichen Beschluss gefasst hat (3 Ob 254/08m; 9 ObA 9/09b).

1.2. Die Zuständigkeit des Bürgermeisters der Stadt Linz

- 1.2.1. Der (direkt) gewählte Bürgermeister der Stadt Linz vertritt die Stadt nach außen (§ 49 Abs 1 Stadtstatut Linz 1992 – StL 1992, LGBl 7/1992). Er gibt namens der Stadt privatrechtliche Willenserklärungen ab. Dabei effektuiert er den Willen jenes Gemeindeorgans, das für die Beschlussfassung über das konkrete Geschäft zuständig ist. Die Kompetenz zur Willensbildung ist von Gesetzes wegen zwischen Gemeinderat, Stadtsenat, Bürgermeister und Magistrat geteilt.
- 1.2.2. Dem Auseinanderfallen von Willensbildungs- und Vertretungsakt wird auch in § 66 Abs 1 StL 1992 Rechnung getragen: Urkunden über Rechtsgeschäfte, die der Beschlussfassung des Gemeinderates oder des Stadtsenates bedürfen, sind vom Bürgermeister zu unterfertigen und dann mit dem Stadtsiegel zu versehen. Diese Aufgabe ist deswegen exklusiv dem Bürgermeister vorbehalten, weil er als Vorsitzender des Gemeinderats und Stadtsenats Kenntnis hat, ob für das abzuschließende Geschäft der erforderliche Beschluss des zuständigen Kollegialorgans vorliegt. Demgemäß ist es ausgeschlossen, dritte Personen zum Abschluss von Geschäften zu bevollmächtigen, die in die Zuständigkeit des Gemeinderats oder Stadtsenats fallen.

1.3. Die Zuständigkeit des Gemeinderats für den Abschluss des Swap-Geschäftes

- 1.3.1. Die Aufnahme von Darlehen mit einem € 100.000,00 übersteigenden Betrag ist dem Gemeinderat vorbehalten (§ 46 Abs 1 Z 9 StL 1992). Der Beschluss des Gemeinderats muss den Kredit oder die Kreditart konkret benennen und insbesondere den Kredit(höchst)betrag, die Verzinsung und die Rückzahlung festlegen (zur vergleichbaren Rechtslage bei Genehmigung einer Kreditaufnahme durch den Aufsichtsrat einer AG *Jordis in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat [2010] 253). Durch diese drei Komponenten wird die „Amortisationsverpflichtung“ der Stadt determiniert, der nach § 58 StL 1992 aus budgetären Gründen besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist.
- 1.3.2. Ist der Abschluss eines Darlehensvertrages dem Gemeinderat vorbehalten, kann nichts anderes für seine einvernehmliche Änderung gelten. Modifizierte Konditionen verändern die laufenden Zahlungspflichten (Amortisationsverpflichtung) der Stadt; sie sind somit unmittelbar budgetwirksam. § 46 Abs 1 Z 9 StL 1992 muss daher Vertragsänderungen ebenso erfassen wie Umschuldungen des Darlehens. Der Swap 4175 bewirkt eine gravierende Änderung des ursprünglichen Darlehensvertrages. Das ergibt sich schon aus dem im Vertrag selbst zur CHF-Anleihe hergestellten Bezug. Der halbjährlich fällige variable 6-Monats-Zinssatz CHF/LIBOR aus der Anleihe wird gegen einen währungsabhängigen Zinssatz für eine Laufzeit von 10 Jahren getauscht. Die jährliche Zinsbelastung der Stadt hängt damit von völlig neuen Parametern ab.
- 1.3.3. Die im Swap enthaltene Fremdwährungskomponente ist aber auch noch unter einem anderen Gesichtspunkt relevant. Die Zinsbildungsformel macht aus dem Bankkunden einen Optionsgeber. In Gestalt dieser Formel verkauft der Kunde

zwanzig halbjährlich fällige Optionen auf den Wechselkurs EUR/CHF. Angesichts der damit verbundenen enormen Risiken musste die klagende Partei der Stadt Linz einen eigenen Kredit einräumen; der Kreditrahmen dafür betrug ursprünglich € 10 Mio. und wurde in der Folge laufend erhöht. Diese – durch das hochspekulative Derivatgeschäft erzwungene – Kreditaufnahme fällt naturgemäß ebenfalls in die Entscheidungskompetenz des Gemeinderats.

- 1.3.4. Dass der Abschluss einschlägiger Swap-Geschäfte jedenfalls dem Gemeinderat vorbehalten ist, folgt letztlich auch aus § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992:
- 1.3.4.1. Nach dieser Bestimmung ist dem Gemeinderat auch der Abschluss sonstiger Verträge vorbehalten, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt € 100.000,00 oder das jährliche Entgelt € 50.000,00 übersteigt. Art und Inhalt des Vertrages sind ohne Bedeutung. Die Kompetenz des Gemeinderats gründet sich allein auf das von der Stadt nach dem Vertrag zu entrichtende Entgelt. Werden die Betragsgrenzen überschritten, sind daher auch Derivatgeschäfte beliebiger Ausgestaltung erfasst.
- 1.3.4.2. Die jährliche Gegenleistung der Stadt Linz für die Übertragung des variablen Zinssatzes aus der Anleihe auf die klagende Partei beträgt in jedem Fall 0,065%, also jährlich über € 75.000,00. Damit ist der für die Zuständigkeit des Gemeinderates vorgesehene Schwellenwert weit überschritten. Dementsprechend ist hier gar nicht mehr zu erörtern, wie das „*Verschreiben der Devisenoptionen*“ betragsmäßig anzusetzen ist.

1.4. Fehlen eines Gemeinderatsbeschlusses für das Swap-Geschäft

- 1.4.1. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 lautet in seinem Beschlusspunkt 2 (Hervorhebung durch die Stadt Linz):

*"Die FVV (Anm: Finanz- und Vermögensverwaltung) wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von **marktüblichen** Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren".*

- 1.4.2. Im Amtsbericht, der dieser Beschlussfassung zugrunde lag, heißt es dazu wörtlich:

*"Der Schweizer Franken zeigt nunmehr eine erhöhte Schwankungsbereitschaft und ist 2004 vom Kurs von 1,5838 CHF/EUR am 2. März 2004 auf nunmehr rd. 1,54 CHF/EUR gestiegen. Bezogen auf die offene CHF-Position der Stadt bedeutet dies eine Aufwertung der Verbindlichkeit um rd. € 6,5 Mio. in diesem Zeitraum, im Vergleich zum 31.12.2003 eine Aufwertung um rd. € 2,8 Mio. Es erscheint nunmehr überlegenswert, **eine entsprechende Kurssicherung** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) ins Auge zu fassen, zumal die Prognosen der Banken über die weitere Kursentwicklung sehr divergierend sind. Da der Abschluss dieser Finanztermingeschäfte sehr kurzfristig erfolgen muss, erscheint es notwendig, die FVV zu ermächtigen, Finanztermingeschäfte auch in ausländischer Währung abzuschließen."*

- 1.4.3. Geschäfte mit einer Pflichtenlage wie beim Swap 4175 sind durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 denkunmöglich gedeckt. Der kreditfinanzierte Verkauf von zwanzig Devisenoptionen ist für eine Gemeinde nicht marktüblich: Der im Gemeinderatsbeschluss angezogene Maßstab der Marktüblichkeit bezieht sich selbstverständlich auf den **Horizont von Gemeinden**.

Es geht um Absicherungsgeschäfte, die **für** Gemeinden marktüblich sind. Das sind sie nur dann, wenn sie die bestehenden Risiken verringern. Die klagende Partei beruft sich in ihrer Widerklage (Seite 12) zum Beweis der behaupteten „*Marktüblichkeit*“ des Swap-Geschäftes auf einen Bericht der Wiener Zeitung vom 19. Oktober 2011 (gemeint 20. Juni 2011). Darin ist von 77 Gemeinden die Rede, wovon 14 Gemeinden Maßnahmen gegen die Bank ergriffen hätten, weil sie falsch informiert wurden. Ob die dort referenzierten Geschäfte mit dem gegenständlichen Swap-Geschäft und dessen Parameter überhaupt vergleichbar sind, lässt die klagende Partei offen. Es bestehen aktuell 2357 Gemeinden in Österreich. Ein Swap-Geschäft wie das vorliegende wird auch nicht dadurch „*marktüblich*“, dass andere Banken einzelne Gemeinden mit Derivatgeschäften in Ausnützung des Vertrauens geschädigt haben.

- 1.4.4. Der im Gemeinderatsbeschluss verwendete Begriff der Marktüblichkeit bezieht sich selbstverständlich sowohl auf Finanzgeschäfte als auch auf Finanzterminkontrakte. Es entspricht einer allgemeinen Sprachübung, näher eingrenzende Adjektive, die sich auf zusammenhängende Begriffe beziehen, nur einmal voranzustellen. Es wäre auch widersinnig gewesen, gerade bei der Gruppe der besonders risikoträchtigen Geschäfte diese Einschränkung nicht zu machen. Auch im Amtsbericht findet sich kein Hinweis auf ein differenzierendes Verständnis. Abgesehen davon werden unter dem Begriff „*Finanzterminkontrakte*“ ohnedies nur Geschäfte an Börsen oder geregelten Märkten verstanden (*Diwok/Göth*, BWG-Komm § 1 Rz 59).
- 1.4.5. Gegen die Marktüblichkeit des Swap-Geschäftes sprechen auch die Richtlinien des Österreichischen Gemeindebundes (siehe zu deren Bedeutung oben Punkt IV. 4.2). Danach ist Gemeinden der Verkauf von Währungsoptionen verwehrt. Sie sollen nicht das unbegrenzte Risiko eines Stillhalters übernehmen. Solche Geschäfte sind auch nicht geeignet, ein Fremdfinanzierungsportfolio zu „*optimieren*“, im Gegenteil: Das wesentliche Risiko eines Fremdwährungskredits besteht in Wechselkursschwankungen, muss doch der Kreditnehmer sowohl die laufenden Zinsen als auch die Kredittilgung in der fremden Währung leisten. Ein damit zusammenhängender Verkauf von Devisenoptionen (noch dazu in derselben Fremdwährung!) – sei es auch in Gestalt eines Swap-Geschäfts – potenziert das schon bestehende Währungsrisiko. Das ist alles andere als eine „*Optimierung*“ des Portfolios.
- 1.4.6. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 kann Geschäfte wie den Swap 4175 auch deswegen nicht umfassen, weil die Begründung einschlägiger Pflichten nur durch einen Beschluss erfolgen kann, der das konkrete Geschäft samt seinen konkreten Konditionen zum Gegenstand hat. Schon aus diesem Grund hat die Oö. Landesregierung im Bescheid vom 10.10.2011, IKD (Gen)-420001/15-2011 in ihrer Funktion als Gemeindeaufsichtsbehörde ausgesprochen, dass der Swap 4175 im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 keine Deckung findet.

1.5. **Fehlen einer wirksamen Delegation**

- 1.5.1. Der Gemeinderat ist nach § 46 Abs 2 StL 1992 befugt, „*einzelne in seine Zuständigkeit fallende Angelegenheiten mit Verordnung ganz oder zum Teil dem Stadtsenat zu übertragen*“ (sofern dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit gelegen ist).

- 1.5.2. Daraus folgt jedenfalls, dass eine Übertragung der Willensbildung an den Bürgermeister oder an den Magistrat bzw. dessen Mitarbeiter von vornherein ausscheidet.
- 1.5.3. Darüber hinaus verlangt eine wirksame Delegation nach den genannten Bestimmungen, dass sie in der Rechtsform der Verordnung (§ 46 Abs 2 „mit Verordnung“) erfolgt. Eine solche Verordnung hat der Gemeinderat nicht erlassen, geschweige denn – wie in § 65 Abs 1 StL vorgesehen – im Amtsblatt der Linzer Zeitung kundgemacht.
- 1.5.4. Die Übertragung der Willensbildung zum Abschluss eines dem Gemeinderat vorbehaltenen Geschäftes hat also der Gesetzgeber selbst an strenge formelle und materielle Voraussetzungen gebunden. Dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 kann daher keine entsprechende Wirkung beigemessen werden. Es ist undenkbar, dass die vom Gesetzgeber selbst und nicht etwa in irgendwelchen internen Regularien festgelegten Grenzen der Delegationsbefugnis durch Deutung eines Gemeinderatsbeschlusses als eine umfassende rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung außer Kraft gesetzt werden können. Wo sich die Grenzen für jeden erkennbar aus dem Gesetz selbst ergeben; kommt ein Vertrauen auf eine davon abweichende Vollmacht a priori nicht in Betracht.

1.6. Fehlen einer Bedeckung für das Swap-Geschäft

- 1.6.1. Die Anwendung der wechsellkursabhängigen Zinsbildungsformel aus dem Swap-Geschäft kann bei jedem einzelnen Fälligkeitstermin beträchtliche Zahlungspflichten auslösen. Die Stadt kann daher der Zinsenzahlungsverpflichtung gegebenenfalls nur nachkommen, indem sie ein Darlehen aufnimmt. Das war bei den zuletzt erbrachten Zahlungen (unter Vorbehalt der Rückforderung) auch tatsächlich der Fall. Bei einem Betrag von über € 100.000,- ist dafür ein Gemeinderatsbeschluss mit einfacher Mehrheit (§ 46 Abs 1 Z 9 StL 1992), bei einem Betrag von über € 1,5 Mio. mit Zweidrittelmehrheit (§ 18 Abs 3 Z 7 StL 1992) erforderlich. Führt die Darlehensaufnahme zu einer Überschreitung der 15%-Schwelle in § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 (unten zu Punkt 2.1.1., 2.2.1. ff), ist überdies eine Genehmigung der Gemeindeaufsichtsbehörde einzuholen. Kommt nun der Gemeinderatsbeschluss nicht mit der erforderlichen Mehrheit zustande oder versagt die Gemeindeaufsichtsbehörde die Genehmigung, kann die Stadt ihrer Zinsenzahlungsverpflichtung nicht nachkommen. Das hat wiederum gravierende Rechtsfolgen für die Stadt, wenn es nach dem Rahmenvertrag (§§ 7 ff) geht. Die Bank kann den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen und vom Kunden Schadenersatz begehren.
- 1.6.2. Angesichts dieser potentiellen Folgen des Swap-Geschäfts, welche die Stadt in eine ausweglose und zugleich ruinöse Situation bringen können, dürfte das Geschäft überhaupt nur beschlossen werden, wenn zugleich dessen finanzielle Bedeckung gesichert ist. Diesem Phänomen trägt § 14 Abs 1 der Geschäftsordnung für den Gemeinderat (Verordnung des Gemeinderats, kundgemacht im Amtsblatt der Linzer Zeitung Nr. 3/1992) Rechnung: Anträge, die eine über den Voranschlag der Stadt hinausgehende finanzielle Belastung der Stadt zur Folge hätten, müssen zugleich **Vorschläge darüber enthalten, wie der Mehraufwand zu decken ist**. Auch ein solcher Bedeckungsvorschlag fehlt im vorliegenden Fall, was wiederum zeigt, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 Verträge wie das Swap-Geschäft 4175 keinesfalls umfassen kann.

- 1.6.3. Für das vorliegende Swap-Geschäft kommt ein Bedeckungsvorschlag zudem gar nicht in Betracht, weil bei seinem Abschluss nicht vorhersehbar ist, welche finanziellen Belastungen bis 2017 halbjährlich auf die Stadt Linz zukommen. Es ist auch keine Höchstgrenze vorgesehen. Das Swap-Geschäft ist daher auch mangels budgetärer Bedeckbarkeit unzulässig.

1.7. **Fehlen der Unterschrift des Bürgermeisters und des Amtssiegels**

Die Einzelabschlussbestätigung zum Swap-Geschäft wurde auf Seiten der Stadt Linz nur von Mag. Werner Penn unterfertigt. Da der Abschluss solcher Geschäfte dem Gemeinderat vorbehalten ist (oben Punkt 1.3.), sind sie vom Bürgermeister persönlich zu unterfertigen und danach mit dem Rundsiegel zu versehen (§ 66 Abs 1 StL 1992; siehe oben 1.2). Auch dieses Erfordernis ist beim Swap-Geschäft nicht erfüllt.

1.8. **Keine Anscheinsvollmacht**

- 1.8.1. Die klagende Partei ist sich offenbar selbst bewusst, dass der für das Swap-Geschäft erforderliche Gemeinderatsbeschluss fehlt. Den **Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004** bezeichnet sie lapidar als „wirksame Geschäftsgrundlage“ bzw. als „wirksame rechtliche Basis“, ohne sich mit den landesgesetzlichen Vorgaben in § 46 StL 1992 auseinanderzusetzen (Widerklage, Seite 17). Vielmehr konzentriert sie sich bezeichnenderweise bloß auf einen angeblichen „Anschein der Genehmigung“. Der Gemeinderat hat nun aber das Swap-Geschäft 4175 weder tatsächlich noch dem Anschein nach beschlossen.
- 1.8.2. Es wäre der klagenden Partei nach § 867 ABGB obliegen, sich mit der **für jedermann leicht einsehbaren** (www.linz.at/politik_verwaltung/6216.asp bzw. www.ris.bka.gv.at) und nachvollziehbaren Regelung des § 46 StL vertraut zu machen, bevor sie sich – noch dazu bei einem Geschäft dieser Dimension – ausschließlich auf die Willenserklärung eines einzelnen (wenn auch ranghohen) Magistratsbediensteten verlässt. § 867 ABGB hält jeden potentiellen Vertragspartner einer Gemeinde dazu an, vor Vertragsabschluss anhand der „*Verfassung*“ der Gemeinde – in concreto also anhand des Stadtstatuts – zu klären, was zur Gültigkeit des Vertrages erforderlich ist. Wer diese Vorsicht außer Betracht lässt, ist in seinem Vertrauen auf einen gültigen Vertragsabschluss nicht schutzwürdig.
- 1.8.3. Hätte sich also die klagende Partei verhalten **wie von § 867 ABGB vorgegeben** und die Regelung des § 46 StL vor Abschluss des Swap-Geschäftes zur Kenntnis genommen, wäre ihr bewusst gewesen, dass
- der Abschluss eines solchen Vertrages dem Gemeinderat vorbehalten ist,
 - der Gemeinderat diese Zuständigkeit nur an den Stadtsenat übertragen kann, wozu er sich überdies des Rechtsaktes einer Verordnung bedienen muss,
 - bei Vorliegen des erforderlichen Beschlusses des Gemeinderats (oder im Delegierungsfall des Stadtsenats) nur der Bürgermeister persönlich den Beschluss effektuieren kann und
 - somit der Finanzdirektor schon angesichts von § 46 Abs 2 und § 66 Abs 1 StL 1992 denkunmöglich ermächtigt sein kann, das Swap-Geschäft namens der Stadt Linz abzuschließen.

Mit anderen Worten: Die klagende Partei hätte bei Beachtung von § 867 ABGB keinesfalls auf die Rechtswirksamkeit der Vertragserklärung von Mag. Werner Penn am 12. Februar 2007 vertraut. Vielmehr hätte sie das Geschäft erst nach Vorliegen eines konkret darauf bezogenen Gemeinderatsbeschlusses abgeschlossen. Zu einem solchen Beschluss wäre es bei Darlegung des Swap-Geschäfts im Gemeinderat nicht gekommen.

- 1.8.4. Dessen ungeachtet beruft sich die klagende Partei im vorliegenden Zusammenhang auf Rechtsprechung, wonach die **Regeln über die Anscheinsvollmacht** eingreifen können, wenn der Akteur auf Seiten der Gemeinde wegen der kommunalrechtlichen Vorgaben „keine Vertretungsmacht“ hat (vgl nur *Rummel in Rummel*, ABGB³ § 867 Rz 9). In Wahrheit geht es hier nicht um eine Anscheinsvollmacht im technischen Sinn, sondern bestenfalls um ein vergleichbares Phänomen. Fehlt die erforderliche Willensbildung des Gemeinderats, kommt ein Schutz des Dritten allenfalls dann in Betracht, wenn der erforderliche Gemeinderatsbeschluss zumindest dem Anschein nach besteht. Die Willensbildung im Gemeinderat zielt nicht bloß auf eine Bevollmächtigung, sondern das fragliche Geschäft selbst. Aufgabe des Bürgermeisters ist es dann nur mehr, den Willen des Gemeinderats zu effektuieren. Präzise gedacht geht es also um eine Anscheinwillensbildung auf Seiten des Gemeinderats.
- 1.8.5. Soweit man nun dieses Phänomen überhaupt den Regeln der Anscheinsvollmacht unterwerfen will, sind zumindest die drei „unabdingbaren Voraussetzungen“ für die Annahme einer Anscheinsvollmacht zu beachten (*P. Bydlinski in KBB*³ § 1029 Rz 6 zu beachten):
- Vorliegen eines **Vertrauenstatbestandes**,
 - **zurechenbare Verursachung** dieses Anschein **durch den Vertretenen und**
 - **gutgläubiges Vertrauen auf den Anschein** durch den Dritten.
- 1.8.6. Der Anschein einer Willensbildung des Gemeinderats kann daher nur dann beachtlich sein, wenn ihn der Gemeinderat selbst gesetzt hat (zB 4 Ob 26/01d; 10 Ob 42/07k; 4 Ob 197/07k; 6 Ob 71/07w mwN). Wenn daher die klagende Partei zur Begründung eines Anscheins (zum Teil diffus) auf das Verhalten anderer Organe/Personen als den Gemeinderat abstellt, ignoriert sie weiterhin beharrlich die klare gesetzliche Vorgabe in § 46 StL 1992. Der Hinweis der klagenden Partei auf die Unterschrift des Bürgermeisters unter dem Rahmenvertrag 2006 ist zudem auch deswegen unbeachtlich, weil sich der Rahmenvertrag schon definitionsgemäß auf kein konkretes Geschäft bezieht.
- 1.8.7 Vor diesem Hintergrund kann daher nur fraglich sein, ob der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 die angesprochene Anscheinwillensbildung begründet. Genau das ist aber bei einer **Zusammenschau von allgemeinen stellvertretungsrechtlichen Regeln und den kommunalgesetzlichen Vorgaben** schon logisch ausgeschlossen: § 46 Abs 2 StL 1992 lässt bei Angelegenheiten, die dem Gemeinderat vorbehalten sind, eine Delegation nur an den Stadtsenat zu. Mit einer Unkenntnis dieser Regel kann sich die klagende Partei schon im Hinblick auf § 867 ABGB nicht entschuldigen (vgl OGH 7 Ob 147/05a). Der Anschein einer *wirksamen* Delegation an ein anderes Organ der Stadt als den Stadtsenat kann daher denkunmöglich begründet sein.
- 1.8.8 Das **Institut der Anscheinsvollmacht** kann nur dort Wirkung zeitigen, wo das dem Anschein nach bestehende Faktum die geforderte Vertretungsmacht begründen würde. Es muss auf einen **äußeren Tatbestand** vertraut werden, **der die gewünschte**

Rechtsfolge auslöst. Nichts anderes gilt im kommunalen Kontext: Bei Angelegenheiten, die dem Gemeinderat vorbehalten sind, kommt eine Anscheinswillensbildung naturgemäß nur dort in Betracht, wo der Anschein besteht, der Gemeinderat selbst habe das fragliche Geschäft beschlossen. Das ist beim Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 nicht der Fall. Wenn überhaupt (dazu noch unten), erzeugt er bloß den Anschein der Bevollmächtigung einer Person, an die eine Delegation der Befugnisse des Gemeinderats schon von Gesetzes wegen nicht in Betracht kommt. Die klagende Partei hat also – wenn überhaupt – auf einen äußeren Tatbestand vertraut, der ein wirksames Geschäft nicht zu begründen vermag. Demgegenüber nahm der OGH in beiden von der klagenden Partei ins Treffen geführten Entscheidungen (8 Ob 573/90; 3 Ob 551/91) einen Anschein an, demzufolge der Gemeinderat selbst den erforderlichen Willen gebildet hat. Schon allein deswegen sind diese beiden Entscheidungen nicht einschlägig.

1.8.9. Dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 **nicht den Anschein einer wirksamen Delegation bzw. Vorweggenehmigung** eines noch unbekanntes Geschäfts zu erzeugen vermag, zeigt auch die Entscheidung 7 Ob 109/98z. Sie betrifft eine Regel des nÖ Gemeinderechts. Danach ist die Einleitung eines Rechtsstreits dem Gemeinderat vorbehalten. Dazu führt der OGH aus: *„Bei richtigem Verständnis des Zweckes der Regelung (...) muß sich die Beschlußfassung des Gemeinderates jeweils auf einen bestimmten Rechtsstreit beziehen, eine allgemeine Prozeßvollmacht, die nicht auf den einzelnen Rechtsstreit beschränkt ist, wäre zum Nachweis der Beschlußfassung (...) unzureichend, eine vom Gemeinderat beschlossene Erteilung einer Generalvollmacht unwirksam, weil der Gemeinderat nicht vorweg die Entscheidung über Einleitung und Fortsetzung eines Rechtsstreites einem anderen Gemeindeorgan und noch weniger einer vertraglich verpflichteten dritten Person überlassen darf.“*

1.8.10. Abgesehen von diesen systematisch-logischen Erwägungen kann die klagende Partei auch aus anderen Gründen **keinen Vertrauensschutz** in Anspruch nehmen. Schutzwürdig wäre sie nämlich nur dann, wenn der Beschluss 2004 mehr als zweieinhalb Jahre später, nämlich am 12. Februar 2007, bei den handelnden Personen der klagenden Partei den begründeten Glauben erweckt hätte, Mag. Werner Penn sei zum Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 befugt gewesen. Das wäre wiederum nur dann der Fall, wenn den Akteuren der klagenden Partei bei Vertragsabschluss der Gemeinderatsbeschluss bewusst gewesen wäre. Zudem müsste dieser Beschluss insofern ihre Vertragserklärung beeinflusst haben, als er sie vom Vorhandensein der Vertretungsmacht von Mag. Werner Penn überzeugte. Nach den Regeln der Anscheinsvollmacht ist nämlich der Dritte nur geschützt, wem ihm das den Rechtsschein auslösende Verhalten des Vertretenen im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses bekannt und dieses für den Vertragsabschluss auch kausal war (OGH 3 Ob 52/00). Dass diese Voraussetzung auf Seiten der klagenden Partei nicht erfüllt ist, ist durch einen von ihr selbst im Strafverfahren vorgelegten bankinternen Email-Verkehr objektiviert. Erst im April 2007, also *nach* Abgabe ihrer Vertragserklärung, hat sich die klagende Partei ansatzweise dafür interessiert, ob sich das Geschäft im Hinblick auf das bankintern neu aufgestellte Erfordernis eines Gemeinderats- oder Stadtratsbeschlusses nunmehr *„irgendwie einfangen“* und *„stärker untermauern“* lässt (siehe oben Punkt IV., 2.9.2.). Wer so bankintern im April 2007 kommuniziert, hat bei Abgabe seiner Vertragserklärung am 12. Februar 2007 an das Erfordernis eines Gemeinderatsbeschlusses nicht gedacht, geschweige denn war ein konkreter Gemeinderatsbeschluss für den Vertragsabschluss kausal.

- 1.8.11. Auch seinem Inhalt nach konnte der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 bei einer **redlichen und sorgfältigen Bank** keinesfalls den begründeten Glauben erwecken. Mag. Werner Penn sei dadurch mehr als zweieinhalb Jahre später wirksam ermächtigt, eine Währungswette über einen Nominalbetrag von CHF 195 Mio mit unbegrenztem Risiko für die Stadt abzuschließen. Die klagende Partei durfte auf Grundlage des Beschlusses selbstverständlich nicht darauf vertrauen, dass dieser Mag. Werner Penn dazu ermächtigte, ohne weiteres namens der Stadt **zwanzig exotische Währungsoptionen als Stillhalter** zu verkaufen. Schließlich war dieses Geschäft in seiner Struktur und Risikodimension (jedenfalls) nach kommunalen Maßstäben von Anfang an alles andere als marktüblich und auch nicht geeignet, die CHF-Anleihe zu verbessern („optimieren“), hat es doch das ohnedies bestehende Währungsrisiko in völlig unvertretbarer Weise potenziert .
- 1.8.12. Erschwerend kommt auf Seiten der klagenden Partei noch hinzu, dass ihr zufolge bankinterner Unterlagen schon 2006, also vor Abschluss des Swap-Geschäftes bewusst war, dass **alle größeren Finanzentscheidungen von Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden müssen** (siehe oben Punkt IV., 2.9.). Dennoch hat sie sich erst im April 2007, also erst nach Abschluss des Swap-Geschäftes am 12. Februar 2007 dafür interessiert, ob das Swap-Geschäft durch einen Gemeinderatsbeschluss „untermauert“ ist. Wenn sie sich daher jetzt an Vertrauenstatbestände klammert, weil der erforderliche Gemeinderatsbeschluss fehlt, ist ihr folgendes Grundprinzip entgegenzuhalten: *„Geschützt wird nur der Gutgläubige. Bereits leichte Fahrlässigkeit schadet (s § 1026 ABGB, § 55 UGB), umso mehr Kenntnis von der Beschränkung. Bei Zweifeln wäre – beim Geschäftsherrn – (Hervorhebung durch die Stadt Linz) nachzufragen“* (P. Bydlinski in KBB³ § 1029 Rz 9). Bei Vornahme der von § 867 ABGB geforderten Nachschau im Stadtstatut hätte die klagende Partei erkannt, dass Mag. Werner Penn keine Vollmacht zum Abschluss des Swap-Geschäftes haben kann.

1.9. Kein Anschein einer nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat

- 1.9.1 Fehlt bei einem Vertragsabschluss mit einer Gemeinde der erforderliche Gemeinderatsbeschluss, ist das Geschäft (schwebend) unwirksam. Es kann aber nachträglich durch den Gemeinderat als zuständiges Organ genehmigt werden (*Bollenberger* in KBB³ § 867 Rz 3; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 867 Rz 13). Auch für eine solche **nachträgliche Willensbildung** ist selbstverständlich ein Beschluss des Gemeinderats erforderlich. Die klagende Partei behauptet nun gar nicht, dass der Gemeinderat der Stadt Linz das Swap-Geschäft genehmigt habe. Vielmehr beruft sie sich bloß auf einen „Anschein nachträglicher Genehmigung durch den Gemeinderat“ (Widerklage, Seite 20). Die von ihr in diesem Zusammenhang ins Treffen geführte Entscheidung 4 Ob 26/01d betrifft dagegen ausschließlich die Frage einer tatsächlichen Genehmigung und ist daher schon deswegen nicht einschlägig.
- 1.9.2. Wenn die klagende Partei unterstellt, dass dem Gemeinderat das Swap-Geschäft 4175 nicht verborgen geblieben sein konnte, geht das an den Tatsachen vorbei: Das Geschäft war bis zu jenem Zeitpunkt, als sich seine wahre Beschaffenheit herausstellte und sodann auch bestritten wurde, zu **keinem Zeitpunkt Gegenstand einer Gemeinderatssitzung**. In den Rechnungsabschluss ist es nur mittelbar eingeflossen, ohne dass daraus Inhalt und Struktur des Geschäfts ableitbar gewesen wäre (siehe oben Punkt IV., 3.4).

- 1.9.3. Auch der Hinweis auf **Finanz- und Kontrollausschuss** (Widerklage, Seite 20) verfährt nicht. Beide Gremien dürfen mit dem Gemeinderat selbstverständlich nicht gleichgesetzt werden, sind hier doch nur ein **Bruchteil der 61 Gemeinderatsmitglieder** vertreten: Dem Kontrollausschuss und dem Finanzausschuss gehören jeweils nur 8 Gemeinderatsmitglieder an. Stadtrat Dr. Johann Mayr ist kein Mitglied des Gemeinderats und hat daher im Finanzausschuss auch kein Stimmrecht. Wie der Oberste Gerichtshof in der von der klagenden Partei bemühten Entscheidung 4 Ob 26/01d ausführt, ist dem Gemeinderat das Wissen des Bürgermeisters und sonstiger Mitglieder des „Gemeindeausschusses“ nicht zurechenbar. Das gilt nach einer ganz aktuellen Entscheidung (OGH 5 Ob 52/11z) auch für den **Prüfungsausschuss nach § 91 oö GemO 1990**. Dieser Ausschuss wird vom Gemeinderat eingesetzt, um die Gebarung der Gemeinde zu überwachen. Dessen ungeachtet kommt ihm keine Vertretungsbefugnis zum Abschluss von Rechtsgeschäften zu. Folgerichtig kann seine Tätigkeit auch denkunmöglich die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts bewirken, zu dessen Wirksamkeit der Beschluss des Gemeinderats fehlt (OGH 5 Ob 52/11z).
- 1.9.4. **Kontroll- und Finanzausschuss** verfügten im fraglichen Zeitraum auch über keine validen Informationen zum Swap-Geschäft. Dem Kontrollausschuss lag im Jahr 2008 lediglich der Prüfbericht des Kontrollamtes zum Rechnungsabschluss 2007 vor. Hier war nur pauschal von verschiedenen „**Zinssicherungsgeschäften**“ (!) mit unterschiedlichen Banken die Rede, bei denen Ausgleichszahlungen in der Zukunft nicht auszuschließen seien. Das konkrete Swap-Geschäft 4175 wurde nicht einmal erwähnt (siehe oben Punkt IV., 3.5). Die Mitglieder des Finanzausschusses bezogen ihre Informationen aus den von Mag. Werner Penn verfassten Debt-Management-Berichten. In diesen Berichten wird das Swap-Geschäft fälschlich als „**CHF-Zinssicherung**“ bezeichnet und in diesem Zusammenhang auch völlig irreführend von einem „*maximalen Risiko*“ gesprochen. Auch den Mitgliedern des Finanzausschusses war daher die wahre Natur und Dimension des Swap-Geschäftes (Währungswette mit unbegrenztem Risiko für die Stadt) nicht bekannt. Daher wurden selbst von den Kritikern von Fremdwährungskrediten keine Bedenken geäußert. Auch der Informationsstand im Finanzausschuss war daher völlig unzureichend.
- 1.9.5. Soweit sich die klagende Partei im Zusammenhang mit Kontrollamt, Kontrollausschuss und Finanzausschuss auf den „Anschein nachträglicher Genehmigung“ beruft, verkennt sie das Wesen der Regeln zum Vertrauensschutz. Der **Anschein schützt nur den, der darauf auch tatsächlich vertraut** und auf dieser Grundlage disponiert. Vertrauensschutz kann daher nur in Anspruch nehmen, wer die den Anschein begründenden Umstände kennt (OGH RS0019490). „*Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wird der Dritte in seinem Vertrauen auf den Rechtsschein nur dann geschützt, wenn für ihn die Herstellung des Rechtsscheins kausal für den Geschäftsabschluss (...) war, wozu auch gehört, dass ihm zu diesem Zeitpunkt das den Rechtsschein auslösende Verhalten des Machtgebers überhaupt bekannt war*“ (2 Ob 107/08m). Der klagenden Partei waren die Vorgänge im Kontroll- und Finanzausschuss im fraglichen Zeitraum nicht bekannt, sind doch deren Sitzungen vertraulich (§ 3 Abs 4 der Verordnung des Gemeinderates vom 27. Februar 1992, betreffend die Geschäftsordnung für die Ausschüsse, Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz Nr. 5/1992, idF ABl. Nr. 6/2005). Die klagende Partei beruft sich aber ohnedies nur auf Unterlagen, die ihr erst jetzt vor allem durch das Strafverfahren zugänglich geworden sind.

- 1.9.6. Die klagende Partei führt schließlich auch das Institut der **Vorteilszuwendung** ins Treffen. Der Stadt Linz sei „*die Zuwendung des Vorteils aus dem Geschäft iSd § 1016 ABGB zuzurechnen*“. In dem Zusammenhang bleibt freilich die klagende Partei jede Begründung schuldig, inwiefern der Gemeinderat als für die Willensbildung allein zuständiges Organ (§ 46 Abs 1 StL 1992) der Stadt Linz Vorteile zugewendet hat. Die Zahlungen der klagenden Partei aus dem Swap-Geschäft sind nämlich im Rahmen der laufenden Verwaltung des Vermögens der Stadt durch die Finanz- und Vermögensverwaltung des Magistrats unter der Leitung von Mag. Werner Penn administriert worden. Im jeweiligen Rechnungsabschluss wurden diese Zahlungen – wie ausgeführt (oben Punkt IV., 3.4) – nicht gesondert ausgewiesen. Der Gemeinderat hat daher – auch mangels Kenntnis des konkreten Geschäfts – keinen Akt gesetzt, der als Vorteilszuwendung eingestuft werden könnte. Eine – wenn überhaupt – nur auf den Scheinvertreter rückführbare Vorteilszuwendung vermag nun aber keine Genehmigungswirkung zu entfalten. Schließlich setzt die Vorteilszuwendung voraus, „... *dass das an sich statutenmäßig berufene Organ im Wissen um das vollmachtslos geschlossene Geschäft die daraus resultierenden Vorteile in Anspruch nimmt*“ (OGH 9 Ob 41/09h; nahezu wortgleich 6 Ob 102/11k).
- 1.9.7. Eine Genehmigung durch Vorteilszuwendung iSd § 1016 Fall 2 ABGB setzt eine – dem § 864 ABGB vergleichbare – **Willensbetätigung** voraus. Neben der Zuwendungshandlung ist hier **zwingend ein Genehmigungswille des Geschäftsherrn** gefordert (vgl nur *P. Bydlinski* in KBB³ § 1016 Rz 4 mwN). Ein solcher Wille kann im Anwendungsbereich des § 46 Abs 1 StL 1992 selbstverständlich nur dann angenommen werden, wenn der Gemeinderat im Zeitpunkt der Zuwendung um das ohne seine Willensbildung geschlossene Geschäft weiß und ihm auch bekannt ist, dass der angeeignete Vorteil aus diesem Geschäft stammt (OGH 6 Ob 2328/96p: 6 Ob 71/07w; 9 ObA/09b). Wie ausgeführt, war dem Gemeinderat das Swap-Geschäft im fraglichen Zeitraum nicht bekannt. Dieser Umstand steht einem Genehmigungswillen zwingend entgegen. Aber auch abgesehen davon kann eine Willensbetätigung immer nur dann angenommen werden, wenn der Geschäftsherr das vom Vertretungsmangel betroffene Geschäft tatsächlich will (OGH RS0014363). Ein solcher Wille bestand auf Seiten des Gemeinderats nicht; er wurde von ihm auch nicht zum Ausdruck gebracht.
- 1.10. **Schlussfolgerung**
- 1.10.1. Der Abschluss von Verträgen wie dem Swap-Geschäft 4175 ist dem Gemeinderat vorbehalten. Zum Swap 4175 gibt es **keinen Beschluss des Gemeinderats**. Der Beschluss vom 3. Juni 2004 hat kein konkretes Geschäft zum Gegenstand. Er kann daher keine Geschäfte erfassen, deren Abschluss dem Gemeinderat vorbehalten ist. Was diese Geschäfte betrifft, darf auch **keine Delegation der Entscheidungsbefugnis** an den Magistrat oder den Bürgermeister angenommen werden, weil eine solche Delegation § 46 Abs 2 StL 1992 widersprechen würde. Da somit kein Gemeinderatsbeschluss zum Swap-Geschäft 4175 vorliegt und überdies weitere statutarische Vorgaben nicht beachtet wurden, ist dieses Geschäft gem. § 867 ABGB auch gegenüber der klagenden Partei unwirksam.
- 1.10.2. Es liegt auch **dem Anschein nach keine Willensbildung des Gemeinderats** zum Swap-Geschäft vor. Der Gemeinderatsbeschluss datiert vom 3. Juni 2004, das Swap-Geschäft vom 12. Februar 2007. Es ist schlechterdings undenkbar, dass der Gemeinderat mit seinem Beschluss ein Geschäft genehmigt hat, das erst mehr als zweieinhalb Jahre später von einem Mitarbeiter des Magistrats abgeschlossen wird. Der Anschein der Bevollmächtigung zu einem solchen Geschäft kommt sowohl

angesichts des Wortlauts des Beschlusses („marktüblich“, „optimieren“ also verbessern) als auch des Delegationsverbots (§ 46 Abs 2 StL 1992) nicht in Betracht. Die klagende Partei konnte als redliche und sorgfältige Bank nicht annehmen, dass Mag. Werner Penn die Befugnisse hatte, an die Stelle des Gemeinderats zu treten, um dann auch noch völlig frei beliebige Spekulationsgeschäfte zu Lasten der Stadt abzuschließen.

- 1.10.3. Der **Gemeinderat** hat das Swap-Geschäft auch **nicht nachträglich genehmigt**. Es ist ihm zu keinem Zeitpunkt zur Beschlussfassung vorgelegen. Im Rechnungsabschluss ist das Swap-Geschäft als solches nicht erfasst. Die Einnahmen und Ausgaben daraus sind hier nicht gesondert ausgewiesen, weil sie mit anderen Einnahmen und Ausgaben zu Gesamtpositionen zusammengefasst sind. Dem Gemeinderat kann daher auch kein Wille unterstellt werden, das Geschäft durch Vorteilszuwendung zu genehmigen. Er hat auch keinerlei Anschein einer solchen Genehmigung gesetzt; nur auf ihn kann es dabei ankommen. Abgesehen davon hat die klagende Partei auf interne Vorgänge im Bereich der Stadt Linz schon deswegen nicht vertraut, weil sie ihr nicht bekannt waren. Ein Anschein schützt nur den, der darauf vertraut.

2. Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Fehlens einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde

2.1. Die Ausgangslage

- 2.1.1. Nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 bedarf „*der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde*“ der Genehmigung der Landesregierung.
- 2.1.2. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit § 58 StL 1992 zu sehen: „*Die Stadt darf Darlehen nur aufnehmen, wenn die Amortisationsverpflichtungen (Hervorhebung durch die Stadt Linz) die dauernde Leistungsfähigkeit der Stadt nicht überschreiten. Für jene Darlehen, die mit dem gesamten Betrag fällig werden, sind die Tilgungsbeträge planmäßig anzusammeln (Tilgungsrücklagen).*“
- 2.1.3. Bei der Aufnahme von Darlehen ist also besonders auf die jährlichen Aufwendungen zu achten, die durch ein Darlehen begründet werden. Durch sie darf die Leistungsfähigkeit der Stadt nicht über Gebühr beeinträchtigt werden. § 78 Abs 1 Z 2 StL sieht hier eine Höchstgrenze vor. Droht durch die Aufnahme eines Darlehens die Überschreitung dieser Grenze, hängt die Darlehensaufnahme von einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde ab.

2.2. Genehmigungspflicht des Swap-Geschäftes 4175

- 2.2.1. § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 spricht von „Darlehensverträgen“. Dieser Begriff ist auslegungsbedürftig. Versteht man ihn allzu eng, wird man dem Regelungsanliegen des Gesetzgebers nicht gerecht. Daher verbietet sich eine Orientierung an der Terminologie des ABGB vor Inkrafttreten des Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz (DaKRÄG), BGBl I 2009/28, hat doch bis dahin § 983 ABGB nur Realkontrakte erfasst. Bei einer solchen Beschränkung wäre das Aufsichtsrecht des Landes im modernen Wirtschaftsumfeld völlig untauglich. Alle Formen klassischer Kreditgeschäfte wären damit dem Genehmigungsvorbehalt des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 entzogen, was nicht richtig sein kann. Demnach müssen

all jene Geschäfte vom Darlehenstatbestand des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 erfasst sein, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommen. Ihr Einfluss auf den jährlichen Gesamtschuldendienst der Stadt ist der wesentliche Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit von § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992. Daher verbietet sich auch ein Vergleich mit dem Darlehenstatbestand in §§ 84 f oö GemO (siehe dazu jüngst OGH 5 Ob 52/11z), weil hier nicht auf den jährlichen **Gesamtschuldendienst**, sondern auf den **Gesamtstand der Darlehensschulden** (bzw. -forderungen) abgestellt wird. Während also die laufende Zinsbelastung bei der Anwendung von § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 von größter Bedeutung ist, spielt sie im Geltungsbereich der §§ 84 f oö GemO keine Rolle.

- 2.2.2. Der Swap 4175 zielt auf die Zinszahlungsverpflichtung der Stadt Linz aus der CHF-Anleihe vom 6. Oktober 2005 ab. An die Stelle des LIBOR-Satzes der Anleihe tritt die Zinsbildungsformel aus dem Swap. Aufgrund des Swapgeschäftes hängt die jährliche Zinsbelastung aus der Anleihe nicht mehr von einem Referenzzinssatz („LIBOR 02“), sondern von einem währungsabhängigen Zinssatz ab. Das Swap-Geschäft wirkt sich demnach mit dem Tausch der Zinsströme unmittelbar auf den jährlichen Gesamtschuldendienst der Stadt aus, ist doch der Gesamtschuldendienst nichts anderes als die Summe aller Zinsen und Tilgungen von Fremdkapital. Der Swap 4175 muss sich demnach schon aus teleologischen Erwägungen an § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 messen lassen.
- 2.2.3. Abgesehen von der Einwirkung des Swap-Geschäftes auf die Anleihe spricht ein weiterer Gesichtspunkt entschieden für die Anwendbarkeit von § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992: Die klagende Partei hat der Stadt Linz mit Abschluss des Swap-Geschäftes Kredit in Form einer sogenannten *„Derivatlinie“* eingeräumt. Auch in der Folge sah sich die klagende Partei immer wieder veranlasst, die Kreditlinie durch periodische *„Kreditanträge“* der zuständigen Abteilung an Vorstand und Aufsichtsrat zu erhöhen.
- 2.2.4. Bei einer derart hochspekulativen und der Höhe nach unbegrenzten Belastung muss bei Anwendung von § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 von einem *„Worst Case“*-Szenario ausgegangen werden (so auch der Verfassungsdienst des Landes Oö. in seinem Rechtsgutachten vom 8. September 2011). Eine Genehmigungspflicht besteht schon dann, wenn auch nur für ein Jahr der Laufzeit des Swap-Geschäftes nicht ausgeschlossen werden kann, dass die 15 %-Schwelle überschritten wird. Diese Regelung ist keineswegs unangemessen. Schließlich kann die *„Worst Case“*-Betrachtung ohne weiteres vermieden werden, wenn durch Zinsbeschränkungsklauseln (*„Cap“*) a priori für eine Einhaltung des Schwellenwerts gesorgt wird.
- 2.2.5. Ausgehend von den durchschnittlich zu erwartenden Amortisationsverpflichtungen sowie der nach § 58 S 2 StL 1992 zu berücksichtigten Tilgungsrücklage drohte durch den Swap 4175 bereits früh eine Überschreitung des relevanten Schwellenwertes des Ausgangsjahres. Unter Einbeziehung des Swaps wird 2011 der Schwellenwert sogar um mehr als 20 % überschritten (siehe Punkt IV 2.1.). Das Swap-Geschäft 4175 war daher jedenfalls genehmigungspflichtig.

2.3. Zivilrechtliche Folge bei Fehlen der Genehmigung

- 2.3.1. Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte der Stadt Linz werden Dritten gegenüber erst mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung rechtswirksam (so ausdrücklich

§ 78 Abs 3 StL 1992). Zivilrechtlich sind sie bis zum Vorliegen einer Genehmigung schwebend unwirksam (SZ 66/98; *Berchtold*, Gemeindeaufsicht 124 ff).

- 2.3.2. Die schwebende Unwirksamkeit endet, wenn feststeht, dass eine Genehmigung nicht mehr erzielt werden kann. Das ist gegenständlich der Fall.
- 2.3.3. Zum einen setzt die Genehmigungsfähigkeit wie der Bescheid der Aufsichtsbehörde vom 10. Oktober 2011 ergibt, überhaupt einen genehmigungsfähigen Akt, nämlich einen determinierten und spezifizierten Beschluss des Gemeinderates der Stadt Linz bezogen auf das Swap-Geschäft voraus; dieser liegt nicht vor und kann auch nicht mehr erreicht werden. Zum anderen wäre das Geschäft ohnehin wegen Vorliegens der materiellen Versagungsgründe des § 78 Abs 2 StL 1992 nicht genehmigungsfähig. Damit steht fest, dass der Swap 4175 wegen fehlender aufsichtsbehördlicher Genehmigung endgültig rechtsunwirksam ist. Zu eben diesem Ergebnis ist auch der **Verfassungsdienst des Landes OÖ** in seinem Rechtsgutachten vom 8. September 2011 gelangt (oben IV, 4.3.2).

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.09.2006;
 Einzelabschlussbestätigungen samt Änderung des Swap 4175 vom 16.2.2007 und 16.10.2007;
 Gutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8.9.2011, GZ: Verf-902466/2-2011-St.

3. Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Evidenz des Vertretungsmissbauchs

- 3.1. Wie gezeigt hat Mag. Werner Penn schon aus zwingenden kommunalrechtlichen Gründen nicht über die erforderliche Vertretungsmacht verfügt, um das Swap-Geschäft für die Stadt abschließen zu können. Der Abschluss derartiger Geschäfte ist dem Gemeinderat vorbehalten. Zudem bedarf er der Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde. Beide Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Selbst wenn man aber – in Missachtung der zwingenden kommunalrechtlichen Regeln und der zu § 867 ABGB anerkannten Grundsätze – fälschlich eine Vertretungsmacht von Mag. Penn unterstellt, stehen allgemeine stellvertretungsrechtliche Erwägungen einer Vertragswirksamkeit entgegen.
- 3.2. Soweit der Finanzdirektor über Vertretungsmacht für die Stadt verfügt, ist er bei seinen Vertretungshandlungen im Innenverhältnis gegenüber seinem Dienstgeber, der Stadt Linz, selbstverständlich zur umfassenden Interessenwahrung verpflichtet. Vor jedem Abschluss muss er prüfen, ob das Geschäft den schon in der Bundesverfassung (Art 119a Abs 2 B-VG) verankerten Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspricht. Ausfluss dieser Prinzipien ist § 57 StL 1992: *„Das Vermögen der Stadt ist möglichst ohne Beeinträchtigung der Substanz zu erhalten. Es ist pfleglich und entsprechend seiner Zweckbestimmung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten, wobei beim ertragsfähigen Vermögen der größte dauernde Nutzen gezogen werden soll.“*
- 3.3. Das Swap-Geschäft 4175 verletzt in jeder Hinsicht die Vorgabe in § 57 StL 1992. Es war nicht nur von Anfang an ganz und gar unwirtschaftlich, weil es einen hohen negativen Anfangswert aufgewiesen hat, es hat vielmehr auch ab ovo das eminente Risiko einer massiven Beeinträchtigung der Vermögenssubstanz der Stadt Linz mit sich gebracht. Dieses Risiko hat sich denn auch in dramatischer Weise verwirklicht. Mag. Penn hat also evidentermaßen pflichtwidrig gehandelt, als er das Swap-

Geschäft abgeschlossen hat. Unterstellt man daher (fälschlich) Vertretungsmacht, hat er diese missbraucht. Schließlich hat er ein Geschäft abgeschlossen, das von Anfang an den Interessen der Stadt diametral entgegengestanden ist und zudem einen klaren Gesetzesbruch bedeutet hat.

- 3.4. Handelt der Vertreter pflichtwidrig zum Nachteil des Geschäftsherrn, missbraucht er also seine Vertretungsmacht, so wird dadurch allein die Gültigkeit des vom Vertreter mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäftes nicht berührt. Vielmehr wird der Dritte in seinem Vertrauen auf die Vertretungsmacht geschützt. Dieser Schutz stößt allerdings notwendigerweise dort an Grenzen, wo der Missbrauch der Vertretungsmacht evident ist (RS0016733): *„Die institutionell gesicherte Vertretungsmacht soll nur den redlichen Geschäftsverkehr erleichtern und die redlich an ihm Beteiligten schützen, nicht aber unredliche Geschäfte ermöglichen. Erkennt der Geschäftspartner im einzelnen Fall, daß der Vertreter zum Nachteil des von ihm Vertretenen und damit pflichtwidrig handelt, dann verdient nicht er, sondern der Vertretene Schutz.“*. Trotz Vertretungsmacht kann also der Vertreter den Geschäftsherrn nicht binden, wenn der Geschäftspartner den **Vollmachtsmissbrauch tatsächlich erkennt oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht erkennt** (OGH RS0019576). Mit anderen Worten: Ist der Missbrauch zumindest evident, kommt das Geschäft mit dem Geschäftsherrn nicht rechtswirksam zustande.
- 3.5. Die Organe und Mitarbeiter einer Bank wissen, dass Gemeinden sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu wirtschaften haben. Ebenso ist ihnen bekannt, dass öffentliches Vermögen und Steuergeld pfleglich und zweckentsprechend zu verwalten sind. Dann kann ihnen auch nicht verborgen geblieben sein, dass es Gemeinden verwehrt ist, ihr Vermögen und künftige Steuergelder im Rahmen von mehrfach gehebelten Währungswetten mit unbegrenztem Risiko aufs Spiel zu setzen.
- 3.6. In Kenntnis
- **der exotischen Struktur des Geschäfts,**
 - der **extrem hohen eingesetzten Hebel** in Gestalt der währungsabhängigen Zinsbildungsformel,
 - des **hohen Geschäftsvolumens,**
 - des **enormen Kreditrahmens,** den es zum Abschluss des Geschäftes erst bedurfte,
 - der **langen Laufzeit des Geschäfts** sowie
 - generell der **enormen wirtschaftlichen Tragweite** des Geschäftsabschlusses

war es **für die klagende Partei zumindest evident, dass Mag. Werner Penn dieses Geschäft keinesfalls namens der Stadt Linz abschließen durfte,** weil er dabei pflichtwidrig zum Nachteil der Stadt Linz handelt.

- 3.7. Wie sich aus den internen Kreditanträgen der klagenden Partei ergibt, war ihr bewusst, dass Gemeinden einem **sehr restriktiven Haushaltsrecht** unterliegen (oben Punkt IV., 2.8.3.). Dann wusste sie auch, dass es Gemeinden verwehrt ist, Geschäfte einzugehen, die ihnen die Rolle eines Verkäufers (Stillhalters) von zwanzig exotischen Währungsoptionen mit unbegrenztem Verlustrisiko zuweist.

- 3.8. Die klagende Partei war daher selbst dann bei Abschluss des Swap-Geschäftes nicht schutzwürdig, wenn Mag. Werner Penn vertretungsbefugt gewesen wäre. Soweit ihr der Missbrauch der Vertretungsmacht durch Mag. Werner Penn nicht ohnedies bewusst war, war er für sie zumindest offenkundig. Die Schutzwürdigkeit entfällt nicht nur bei positiver Kenntnis, sondern **auch bei fahrlässigem Verhalten**, wenn aus den Begleitumständen der offenbare Missbrauch bzw. das zumindest grob treuwidrige Verhalten auffallen musste (OGH 8 ObA 114/98t).

Beweis: Vorzulegende interne Schreiben der klagenden Partei im Zusammenhang mit der Kreditlinienausweitung für die Derivatgeschäfte der Stadt Linz; Beizuschaffender Strafact der StA Linz zu GZ 9 St 80/11z, wobei die genaue Bezeichnung der jeweils beizuschaffenden und zu verlesenden Aktenteile vorerst vorbehalten bleibt.

4. Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Verstoßes gegen § 879 ABGB

4.1. Gesetz und Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB)

- 4.1.1. Wie noch im Detail auszuführen sein wird (unten Punkt VII., 7.2. ff), hat die klagende Partei im Zusammenhang mit dem Swap-Geschäft 4175 in mehrfacher Weise die **Wohlverhaltensregeln der §§ 11 ff WAG 1996** verletzt. Sie hat sich in einem massiven Interessenkonflikt befunden, als sie Mag. Werner Penn den von ihr selbst zum Nachteil des Kunden strukturierten Swap angeboten hat. Zudem hat sie es unterlassen, Mag. Penn alle zweckdienlichen Informationen zu erteilen, die für die Beurteilung des Geschäfts erforderlich waren. Sie hat mit dem Swap Mag. Werner Penn aber auch sehenden Auges ein Finanzprodukt angeboten, das den Interessen und der Pflichtenlage einer Gemeinde diametral entgegen steht. Schließlich ist die Stadt Linz wie jede andere Gemeinde verpflichtet, ihr Vermögen sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu verwalten. Daran hat sich das Anlageziel jeder Gemeinde zu orientieren. Das war und ist selbstverständlich auch der klagenden Partei bewusst, sieht sie sich doch selbst „*als moderner serviceorientierter Allfinanzkonzern mit fundierter Marktkennntnis*“ (siehe oben Punkt III. 2.1). Es bedarf keiner besonderen Serviceorientierung und Marktkennntnis, um zu wissen, dass Gemeinden der „**Gang ins Casino**“ verwehrt ist Die klagende Partei hat demnach gleich in mehrfacher Weise gegen das WAG 1996 verstoßen, als sie mit Mag. Werner Penn das Swap-Geschäft abgeschlossen hat. Kommt ein Vertrag unter solchen Rahmenbedingungen zustande, ist er schon wegen **Gesetzwidrigkeit** nach § 879 Abs 1 ABGB unwirksam.
- 4.1.2. Vor allem angesichts des Verstoßes der klagenden Partei gegen § 13 Z 2 WAG 1996 liegt die Anwendung von § 879 Abs 1 Fall 1 ABGB besonders nahe: Der Dienstleistungsanbieter hat sich im Rahmen seiner Wohlverhaltenspflichten auch um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen. Verletzt er diese gesetzliche Vorgabe, sind – abgesehen von einer verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit – die Rechtsfolgen nach allgemeinem Zivilrecht zu beurteilen. Hiezu ist anerkannt, dass ein Geschäft nichtig ist, wenn sich bei dessen Abschluss eine Partei in einer unvertretbaren Interessenkollision befindet (vgl nur *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 61). Nichts anderes kann im Sinne eines einheitlichen Rechtsfolgenkanons gelten, wenn der Dienstleistungsanbieter in Verletzung von § 13 Z 2 WAG einen Vertrag schließt.
- 4.1.3. Verneint man die Anwendbarkeit von § 879 Abs 1 Fall 1 ABGB, ist das Swap-Geschäft jedenfalls **sittenwidrig**, beruht doch dessen Begründung auf einem **grob**

rechtswidrigen Verhalten der klagenden Partei. Wie gezeigt (oben Punkt V.), benachteiligt das Swap-Geschäft gröblich die **rechtlich geschützten Interessen der Stadt Linz**. Allein daraus ist ein Sittenwidrigkeitsurteil abzuleiten (OGH 3 Ob 66/06m; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 879 Rz 61).

- 4.1.4. Ist ein Vertrag durch ein grobes **Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen** gekennzeichnet, sind zunächst einmal § 934 ABGB und § 879 Abs 2 Z 4 ABGB zu beachten (siehe dazu gleich unten). Unabhängig davon kann aber das Rechtsgeschäft auch nach der Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrig sein, wenn neben der Äquivalenzstörung sonstige Umstände vorliegen, die ein Sittenwidrigkeitsurteil zu tragen vermögen. Bedroht etwa ein Vertrag aufgrund seiner Unausgewogenheit sogar die wirtschaftliche Existenz des verkürzten Vertragspartners, macht dies das Geschäft sittenwidrig (vgl. OGH 8 Ob 73/01w; 1 Ob 193/02t). Allein der Streitwert des vorliegenden Prozesses macht deutlich, dass es sich beim Swap-Geschäft 4175 um ein Rechtsgeschäft handelt, das die wirtschaftliche Existenz des Kunden bedroht. Auch deswegen ist das Geschäft sittenwidrig.

4.2. Wucher (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB)

- 4.2.1. Die Stadt Linz macht auch die Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Wuchers (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) geltend. Die klagende Partei hat beim Vertragsabschluss die Unerfahrenheit mit exotischen Währungswettgeschäften und wohl auch einen beachtlichen Leichtsinns von Mag. Werner Penn sowie das bestehende besondere Vertrauensverhältnis zur klagenden Partei ausgenutzt. Sie hat die Stadt Linz ausgebeutet, indem sie sich für die eigene Leistung eine Gegenleistung versprechen bzw. gewähren ließ, deren Vermögenswert zu dem Werte der eigenen Leistung in einem auffallenden Missverhältnis stand.
- 4.2.2. Mag. Werner Penn war bei Vertragsabschluss mangels hinreichender Treasuryerfahrung, aber auch mangels finanzmathematischer Expertise daran gehindert, die Interessen der Stadt Linz gehörig zu wahren. Schließlich ist es hochgradig spezialisierten Experten vorbehalten, die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei komplexen Derivatgeschäften nachvollziehen zu können. Während die klagende Partei über aller dafür erforderlichen Systeme und Fachleute verfügt, war Mag. Werner Penn außerstande, die Frage der Äquivalenz der Leistungen bei dem ihm angebotenen Swap-Geschäft nachzuvollziehen. Er war also seiner Verhandlungspartnerin, der klagenden Partei, schon strukturell wegen der eklatanten **Informationsasymmetrie** unterlegen. Er vermochte nicht nachzuvollziehen, welche Gewinnmarge die klagende Partei in das Geschäft einstrukturiert hat. Ist aber ein Vertragspartner aufgrund subjektiver Eigenschaften außerstande, die Äquivalenz zu wahren, und unterwirft er sich daher auch einem entsprechend ungünstigen Geschäft, greift der Wuchertatbestand ein (OGH RS0016861).
- 4.2.3. Unterstellt man indes bei Mag. Penn entsprechende Fähigkeiten, muss der Abschluss umso mehr von ganz erheblichem Leichtsinns geprägt gewesen sein. Wer ein solches Geschäft im Bewusstsein der konkreten Risikostruktur ohne weiteres abschließt, handelt auffallend sorglos zu Lasten der Stadt. In jedem Fall waren es „*unwirtschaftliche Eigenschaften*“ – ggf. auch Vertrauensseeligkeit gegenüber der klagenden Partei –, die Mag. Werner Penn daran gehindert haben, die Stadt bei Vertragsabschluss interessengerecht zu vertreten (vgl. zur gemeinsamen Wurzel der in § 879 Abs 2 Z 4 ABGB genannten Willensmangelemente *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 879 Rz 216). Auch die Größe des Wertmissverhältnisses (siehe gleich unten) spricht

für die unwirtschaftlichen Eigenschaften von Mag. Werner Penn (vgl. dazu OGH 7 Ob 643/89).

- 4.2.4. Die klagende Partei hat sich für ihre Leistung aus dem Swap-Geschäft eine Gegenleistung durch die Stadt versprechen lassen, deren Vermögenswert zu dem Wert ihrer Leistung in einem auffallenden Missverhältnis stand: Geht es nach dem Swap-Geschäft, so wird die Stadt Linz gegen einen Anstieg des LIBOR-Satzes aus der CHF-Anleihe durch einen günstigen Fixzins (0,065%) abgesichert. Dieser Nutzen war von vornherein überschaubar und berechenbar, weil die Stadt Linz jederzeit auf einen Fixzinsswap – wenn auch zu einem höheren Zinsbetrag – zurückgreifen hätte können. Die Gegenleistung der Stadt Linz aus dem Swap-Geschäft bestand demgegenüber in der Verschreibung von zwanzig exotischen Währungsoptionen mit einem Verlustrisiko in unbeschränkter Höhe. Den Wert der zwanzig exotischen Optionen schätzt der Markt ungleich höher ein als den Wert der von der klagenden Partei geleisteten Zinssicherung. Der hohe negative Marktwert bei Vertragsabschluss ist sinnfälliger Ausdruck dieses auffälligen Missverhältnisses. Die von der klagenden Partei in das Swap-Geschäft einstrukturierte Bankmarge ist unangemessen hoch.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zum fair value des Swap-Geschäfts; Stichtagsbewertungen des Swap 4175 durch die BAWAG P.S.K. von 2007 bis 2010.

5. Anfechtung des Swap-Geschäfts wegen „laesio enormis“

- 5.1. Die Stadt Linz ficht das Swap-Geschäft – soweit es nicht ohnedies aufgrund der kommunalrechtlichen Vorschriften, der aufgezeigten Vertretungsmängel und aufgrund Wuchers unwirksam ist – wegen Verkürzung über die Hälfte an. Nach der zugunsten der Stadt zwingenden Bestimmung des § 934 ABGB kann die Aufhebung eines zweiseitig verbindlichen Vertrages fordern, wer nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten hat. Wie oben zu Punkt V., 5. dargelegt, hat das Swap Geschäft schon im Zeitpunkt seines Abschlusses einen hohen negativen Marktwert zum Nachteil der Stadt Linz aufgewiesen. Die Stadt Linz hat infolge der von der klagenden Partei vorgegebenen Struktur des Geschäfts ein unbegrenztes Risiko übernommen, im Gegenzug jedoch von der klagenden Partei nur eine Leistung bezogen, die nicht einmal die Hälfte des eigentlichen Wertes des übernommenen Risikos erreicht hat. Die von der klagenden Partei in das Swap-Geschäft einstrukturierte Bankmarge überschreitet das Doppelte eines marktüblichen Entgelts.
- 5.2. Es wird daher die Aufhebung des Swap-Geschäfts für den Fall begehrt, dass dieses nicht ohnehin unwirksam ist. Die Stadt Linz hat ihr Anfechtungsrecht auch bereits in der Klage vom 2. November 2011, HG Wien 48 Cg 218/11k geltend gemacht.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zum fair value des Swap-Geschäfts.

6. Anfechtung des Swap-Geschäfts wegen List und Irrtums

Die Stadt Linz macht einredeweise ihr Recht zur Anfechtung des Swap-Geschäfts wegen List und Irrtums geltend. Sie hat diese Rechte bereits in ihrer Klage vom 2. November 2011, HG Wien 48 Cg 218/11k geltend gemacht.

6.1. Arglistige Irreführung über die Bedeutung des historischen Wechselkursverlaufs

- 6.1.1. Mag. Werner Penn hatte bei Vertragsabschluss insofern eine **falsche Vorstellung von der Wirklichkeit**, als er annahm, die **Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit des Swap-Geschäfts** für die Stadt Linz anhand des historischen **Wechselkursverlaufs** einschätzen zu können. Er maß dem damaligen **historischen Tiefststand des EUR gegenüber dem CHF** eine herausragende Bedeutung zu. Wie Mag. Herbert Auer selbst als Zeuge im Strafverfahren aussagte (oben Punkt IV.2.7.5.), traf Mag. Werner Penn vor Abschluss des Geschäfts „*die ganz eindeutige Aussage*“, dass seiner Meinung nach der Franken schwach bleibe. Als Worst-Case-Szenario nannte er Mag. Auer „*den historischen Tiefststand von September 2001*“. Auf dieser – der klagenden Partei offengelegten - Grundlage disponierte Mag. Werner Penn über einen **Nominalbetrag von CHF 195 Mio** namens der Stadt Linz. Damit kam in seiner Vorstellung die Bedeutung von Stresstests oder auch der damals aktuellen Markterwartungen (implizite Volatilitäten, Terminkurse etc) ebenso wenig vor wie Parameter, um die Verteilung der Chancen und Risiken aus dem Geschäft beurteilen zu können. Die dadurch begründete **Fehlvorstellung** bezieht sich keineswegs bloß auf Zukünftiges. Es geht vielmehr um die für die Beurteilung des Swap-Geschäfts bei dessen Abschluss maßgeblichen Fakten und Indikatoren.
- 6.1.2. Soweit die klagende Partei bei Mag. Werner Penn den **Irrtum** über die Bedeutung des historischen Wechselkursverlaufs nicht überhaupt erst erweckt hat, hat sie ihn zumindest **verstärkt**, indem sie selbst etwa in ihren Präsentationen darauf wiederholt gesondert hinwies. Zugleich nahm sie davon Abstand, Mag. Werner Penn – im Rahmen ihrer Beratungs- und Aufklärungspflicht – darauf aufmerksam zu machen, dass für die Beurteilung des Swap-Geschäfts auch andere Parameter (Stresstests, Prognosen, Markteinschätzung) von zentraler Bedeutung sind. Die klagende Partei hat den **Irrtum** von Mag. Penn auch **ausgenutzt**. Aufgrund der Fokussierung von Mag. Penn auf den historischen Kursverlauf ist es der klagenden Partei gelungen, mit ihm ein von allem Anfang an allein für sie überaus ertragreiches Geschäft abzuschließen, das angesichts seiner exorbitanten Risiken niemals von einer Gemeinde abgeschlossen hätte werden dürfen. Damit hat die klagende Partei eine rechtswidrige Täuschungshandlung iSd § 870 ABGB gesetzt, ist es doch nach dieser Bestimmung ausreichend, wenn der Täuschende einen bereits bestehenden Irrtum des Getäuschten ausnützt oder bekräftigt (OGH 3 Ob 563/95; 1 Ob 617/95 = ÖBA 1996/547).
- 6.1.3. Das Vorsatzerfordernis des § 870 ABGB ist schon dann erfüllt, wenn der Täuschende positive Kenntnis davon hat, dass der andere Teil irrt und dieser Irrtum einen Einfluss auf den Willensentschluss hat (RIS-Justiz RS0014765). Bedingter Vorsatz genügt. Es ist also ausreichend, wenn der Täuschende den Irrtum des anderen Teils ernstlich für möglich hält und sich doch damit abfindet (OGH 10 Ob 74/05p). Der klagenden Partei war bewusst, zumindest hat sie sich aber damit abgefunden, dass Mag. Werner Penn seine Entscheidung ausschließlich anhand des historischen Wechselkursverlaufs trifft und sich sein Risikobewusstsein allein am damaligen historischen Tiefststand orientiert. Soweit er über eine negative Kursentwicklung mit der klagenden Partei gesprochen hat, hat er immer auf den historischen Tiefstand abgestellt. Eine Risikoanalyse anhand eines Stresstests oder anderer Parameter wurde nicht vorgenommen. Diesen Umstand hat die klagende Partei wissentlich und willentlich genutzt, um in den Genuss des für sie überaus vorteilhaften Swap-Geschäfts zu kommen.

6.1.4. Hätte Mag. Werner Penn noch vor Vertragsabschluss erkannt, dass sich die Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit des Swap-Geschäfts nicht allein anhand des historischen Wechselkursverlaufs beurteilen lässt, und hätte er daher auch wesentliche andere Gesichtspunkte (Stresstest, implizite Volatilität, Terminkurse etc.) in seine Beurteilung einfließen lassen, hätte er das Swap-Geschäft 4175 in dieser Gestalt nicht abgeschlossen.

6.2. **Arglistiges Verschweigen von nach § 11 ff WAG 1996 aufklärungsbedürftigen Umständen des Geschäfts**

6.2.1. Mag. Werner Penn unterlag aber auch insofern einem Irrtum, als er keine Vorstellung davon hatte, in welcher Weise die klagende Partei das Geschäft strukturierte. Ihm war selbstverständlich nicht bewusst, dass es einen negativen Anfangswert aufwies, die Chancen und Risiken eindeutig zum Nachteil der Stadt Linz verteilt waren, sich hinter der Zinsbildungsformel zwanzig exotische Währungsoptionen verbargen, bereits mit Abschluss des Geschäfts allein dafür bankintern eine Kreditlinie in Höhe von € 25 Mio eröffnet wurde etc. Die klagende Partei verbarg vor ihm auch den massiven Interessenkonflikt, in dem sie sich befand, als sie das Geschäft strukturierte und ihm anbot.

6.2.2. Diesen Irrtum hat die klagende Partei bei Mag. Penn erweckt, indem sie ihm **wissentlich und willentlich folgende wesentlichen Tatsachen verschwieg**, über die sie ihn nach den Wohlverhaltensregeln des WAG 1996 (§§ 11 ff) aufzuklären gehabt hätte:

- eigentliche Struktur der Zinsbildungsformel (Punkt V., 4)
- negativer Marktwert (Punkt V., 5)
- Besonderheiten des Swapgeschäfts (Punkt V., 6)
- Interessenkonflikt der klagenden Partei (Punkt VII., 7.6)
- Einräumung von Kreditlinien und Marginpflicht (Punkt VII., 7.7)

6.2.3. Das **Verschweigen** von Tatsachen (Irreführung durch Unterlassen) stellt dann eine arglistige Täuschung dar, wenn eine **Aufklärungspflicht** bestanden hat (OGH 3 Ob 563/95; 7 Ob 174/01s; 3 Ob 111/09 h) Die **Aufklärungspflicht** der klagenden Partei folgt unmittelbar aus dem **WAG 1996** (zur Bedeutung des WAG für die Geltendmachung von Willensmängeln vgl nur *Graf in Gruber/N. Raschauer*, WAG § 38 Rz 132 ff). Die klagende Partei wäre aber auch nach der **Übung des redlichen Verkehrs** (vgl OGH 3 Ob 559/95) dazu verpflichtet gewesen, über die genannten geschäftswesentlichen Fakten aufzuklären.

6.2.4. Wer Tatsachen verschweigt, handelt dann vorsätzlich, wenn er die Information dem Vertragspartner bewusst vorenthält (3 Ob 111/09h). Genau darin besteht der Vorwurf gegen die klagende Partei. Sie hat alle zuvor angeführten Fakten gezielt vor Mag. Werner Penn verborgen, um den Geschäftsabschluss zu den für die klagende Partei überaus günstigen Konditionen nicht zu gefährden. Jedenfalls hat aber die klagende Partei in Kauf genommen (bedingter Vorsatz), dass sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten Mag. Werner Penn Fakten vorenthält, auf deren Kenntnis er zur validen Beurteilung des Swap-Geschäfts dringend angewiesen gewesen wäre.

6.2.5. Hätte die klagende Partei die sie treffenden Wohlverhaltensregeln erfüllt und hätte sie Mag. Werner Penn über die zuvor angeführten Umstände aufgeklärt, wäre Mag. Werner Penn bewusst gewesen, dass die Zinsbildungsformel die Stadt Linz in

eine Lage versetzt, als hätte sie zwanzig exotische Währungsoptionen mit einem Nominalbetrag von CHF 97,5 Mio und einer Laufzeit von bis zu zehn Jahren als Stillhalter verkauft. Er hätte auch gewusst, dass die klagende Partei, obwohl sie gegenüber der Stadt Linz zur bestmöglichen Interessenwahrung verpflichtet war, in das Geschäft im eigenen Interesse einen hohen negativen Anfangswert einstrukturierte und die Chancen und Risiken aus dem Geschäft klar zum Nachteil der Stadt Linz verteilte. Dann wäre aber Mag. Werner Penn keinesfalls bereit gewesen, das Swap-Geschäft 4175 abzuschließen.

6.3. Arglistiges Verschweigen einer deutlich überhöhten Bankmarge

- 6.3.1. Verschweigt der Vertragspartner den Wert seiner Leistung, kann dies nur ausnahmsweise ein Anfechtungsrecht nach § 870 ABGB begründen (*Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 870 Rz 26). Bei schlichten Umsatzgeschäften muss grundsätzlich jeder Vertragspartner seine Interessen selbst wahrnehmen (vgl OGH 3 Ob 520/94). Eine Aufklärungspflicht, die zu einer Anfechtung wegen listiger Irreführung führen könnte, kommt dann nicht in Betracht, wenn die Verschweigung die Vertragszwecke des Partners nicht gefährdet und auch nicht dazu führt, dass dieser einen Schaden erleidet, sondern vielmehr nur dazu, dass er einen besonderen Vorteil nicht erlangt (*F. Bydlinski*, Über listiges Schweigen beim Vertragsschluss, JBl 1980, 393 [396 f]; OGH 3 Ob 111/09h). Anderes gilt aber bei der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens (*Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 870 Rz 26; vgl auch OGH 3 Ob 111/09h).
- 6.3.2. Gerade das vorliegenden Swap-Geschäft ist durch die Inanspruchnahme besonderen Vertrauens gekennzeichnet: Mag. Werner Penn war darauf angewiesen, durch die klagende Partei über die wahre Struktur des Geschäfts in Kenntnis gesetzt zu werden. Er selbst war dazu mangels der erforderlichen Treasurykenntnisse nicht in der Lage. Ausdruck des besonderen Vertrauensverhältnisses sind auch die von einer Bank in derartigen Fällen zu beachtenden Wohlverhaltensregeln (§§ 11 ff WAG 1996). Die klagende Partei hat nun ihre fachliche Überlegenheit genutzt, um eine völlig überhöhte Bankmarge in zweistelliger Millionenhöhe in das Geschäft zu implementieren, ohne dass dies für Mag. Werner Penn erkennbar gewesen wäre. Ein solches Verhalten widerspricht den Anschauungen des redlichen Verkehrs. Die klagende Partei war daher aufgrund ihrer besonderen Vertrauensstellung verpflichtet, die Stadt Linz vor Abschluss des Swap-Geschäfts über die unangemessen hohe Bankmarge aufzuklären. Diese Pflicht hat sie rechtswidrig verletzt.
- 6.3.3. Auch die weitere Voraussetzung für eine erfolgreiche Irrtumsanfechtung wegen arglistiger Irreführung, nämlich die Kenntnis der klagenden Partei vom Irrtum des Mag. Werner Penn, liegt hier zweifelsfrei vor. Das Verschweigen der unangemessen hohen Bankmarge hat gerade den Zweck verfolgt, den Kläger über diesen Umstand zu täuschen. Hätte Mag. Werner Penn diesen Umstand vor Abschluss des Swap-Geschäfts gekannt, hätte er das Geschäft in seiner konkreten Gestalt nicht abgeschlossen.

6.4. Veranlassung eines wesentlichen Geschäftsirrtums

Die klagende Partei hat durch ihr Verhalten (oben Punkt VII., 6.1 - 6.4) auch einen wesentlichen Geschäftsirrtum veranlasst. Die klagende Partei hätte Mag. Werner Penn entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen (u.a. §§ 11 ff WAG 1996 – dazu gleich unten 7.) und auch nach der Übung des redlichen Verkehrs

entsprechend aufzuklären gehabt (§ 871 Abs 2 ABGB). Die mangelnde Aufklärung durch die klagende Partei war kausal für den Geschäftsabschluss. Der Geschäftsirrtum ist auch wesentlich, da Mag. Werner Penn bei der gebotenen Aufklärung das Swap-Geschäft nicht geschlossen hätte.

7. Vertragsaufhebung aus dem Titel des Schadenersatzes

7.1. Grundsätzliches

- 7.1.1. Selbst wenn man fälschlich ein gültiges Zustandekommen des Swap-Geschäftes unterstellt, hat die Stadt Linz einen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie sie stünde, wenn sie das Swap-Geschäft nicht abgeschlossen hätte. Der Stadt Linz steht nämlich ein Schadenersatzanspruch zu, der auf Naturalrestitution (§ 1323 ABGB) gerichtet ist. Sie ist also so zu stellen, als hätte sie die Entscheidung zum Abschluss des Swap-Geschäftes nicht getroffen (vgl OGH 2005/01/20, 2 Ob 236/04a, u.v.a.).
- 7.1.2. Der Anspruch auf Naturalrestitution bedeutet die Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustandes, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde. Damit kann der Klagsanspruch keinen Bestand haben, führte dessen Bejahung doch zu einem wirtschaftlichen Ergebnis, das der Beseitigung des Swap-Geschäftes durch die Naturalrestitution widerspräche.
- 7.1.3. Die klagende Partei ist schadenersatzpflichtig, weil sie rechtswidrig und schuldhaft gesetzliche und (vor)vertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat. Wie sich im Zuge des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, aber auch aufgrund bankbetrieblicher und finanzmathematischer Analysen herausgestellt hat, hat die klagende Partei unter anderem in mannigfaltiger Weise gegen die Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996 verstoßen (dazu gleich unten). Bei pflichtgemäßem Verhalten der klagenden Partei wäre es nicht zum Vertragsabschluss gekommen. Bei Offenlegung des Interessenkonfliktes der klagenden Partei, des hohen negativen Anfangswerts, der völlig ungleichen Verteilung der Chancen und Risiken, der wahren Struktur des Swap-Geschäfts (Verschreiben von 20 exotischen Währungsoptionen), der Eröffnung von Kreditlinien etc. hätte niemand auf Seiten der Stadt Linz, auch nicht Mag. Werner Penn das Swap-Geschäft 4175 nicht abgeschlossen.

7.2. Zur Anwendbarkeit der Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996

- 7.2.1. Das Wertpapieraufsichtsgesetz i.d.F. BGBl. Nr. 753/1996 (nachstehend kurz: „WAG 1996“) ist auf den vorliegenden Sachverhalt aus folgenden Gründen anwendbar:
- 7.2.2. Es ist von der Rechtslage zum Zeitpunkt des Abschlusses des Swap-Geschäfts, also dem 12. Februar 2007, auszugehen. Zu diesem Zeitpunkt stand noch das WAG 1996 (Stammfassung BGBl. Nr. 753/1996) in Geltung. Das WAG 2007 ist mit 1. November 2007 (BGBl. Nr. I 2007/107) in Kraft getreten. Bezogen auf den konkreten Sachverhalt sind die Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996 einschlägig (vgl. zum zeitlichen Geltungsbereich des WAG 1997 OGH 10 Ob 11/07a).
- 7.2.3. § 11 Abs 1 WAG 1996 regelt den Anwendungsbereich der „Wohlverhaltensregeln“. Erfasst sind nach § 11 Abs 1 Z 1 WAG 1996 die in § 1 Abs 1 Z 7 lit. b bis f und Z 11 BWG genannten Bankgeschäfte. Dazu gehören sowohl „Finanzterminkontrakte“ (§ 1 Abs 1 Z 7 lit. c) als auch „Zinsterminkontrakte“ (§ 1 Abs 1 Z 7 lit. d). Demzufolge haben die klagende Partei die Wohlverhaltensregeln jedenfalls getroffen. Ob das

vorliegende Swap-Geschäft angesichts seiner hybriden Struktur lit. c oder d zu subsumieren ist, spielt keine Rolle. Die Wohlverhaltensregeln konkretisieren die dem Anleger geschuldeten Informations- und Aufklärungspflichten (OGH RS RS0119752). Festzuhalten ist somit, dass die Wohlverhaltensregeln gemäß WAG auf den vorliegenden Sachverhalt vollinhaltlich zur Anwendung gelangen.

7.3. Zum behaupteten „Beratungsverzicht“

- 7.3.1. Der Oberste Gerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass zwischen dem Anleger und der Bank bei Effektengeschäften regelmäßig ein **(stillschweigender) Beratungsvertrag** zustande kommt. Die Bank hat demnach auch auf vertraglicher Basis für die vollständige und richtige Information gegenüber dem Anleger einzustehen (vgl. OGH 4 Ob 252/00p; *Schobel*, ÖBA 2001, 752 f mwN; ebenso BGH 31.5.1990, VII ZR 340/88 und BGH 6.7.1993, XI ZR 12/93 [„Bond Urteil“]). Ein Beratungsvertrag entsteht bereits dann, wenn der Kunde sich mit einem Informationsbedürfnis an die Bank wendet und die Bank **tatsächlich Informationen bereitstellt**.
- 7.3.2. Die klagende Partei behauptet, die Stadt Linz habe ausdrücklich auf eine Beratung verzichtet (Widerklage, Seite 5). Sie beruft sich dabei auf § 12 Abs 7 des Rahmenvertrages und die Einzelabschlussbestätigungen („Confirmations“). Im Rahmenvertrag aus September 2006 ist dazu folgendes vorgesehen: „§ 12 *Besondere Vereinbarungen...7) Der Vertragspartner versichert, daß er über ausreichende Kenntnisse in den in § 1 des Rahmenvertrages beschriebenen 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.*“ In der Einzelabschlussbestätigung vom 12. Februar 2007, Seite 4, findet sich folgender Wortlaut: „*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 diese Geschäft aufgrund ihrer eigenen Entscheidung und nicht aufgrund spezifischer Beratung ab.*“
- 7.3.3. Mit diesen Textschablonen will sich die klagende Partei bestimmte Tatsachen bestätigen lassen, um für sie günstige Rechtsfolgen abzuleiten. Ob diese Tatsachen der Realität entsprechen, spielt aus Sicht der klagenden Partei keine Rolle. Der Kunde soll schon vorweg im Rahmenvertrag für alle Zukunft bestätigen, dass er bei künftigen Geschäften von der klagenden Partei nicht beraten worden sein wird! Die klagende Partei handelt dabei wie ein Gebrauchtwagenhändler, der sich von seinem Kunden bestätigen lässt „wie besichtigt und probegefahren“, auch wenn der Kunde das Fahrzeug weder näher besichtigt noch probegefahren hat. In beiden Fällen gilt: Tatsachenbestätigungen sind – weil bloße Wissenserklärungen (*Graf* in ABGB-ON § 864a Rz 3 mwN) – unbeachtlich, wenn sie der Realität widersprechen. Nichts anderes gilt bei deklaratorischen Anerkenntnissen (*P. Bydlinski* in KBB³ § 1375 Rz 4 mwN).
- 7.3.4. Für den vorliegenden Fall ist daher allein maßgeblich: Die klagende Partei ist gegenüber Mag. Werner Penn bezogen auf das vorliegende Swap-Geschäft **tatsächlich beratend tätig geworden ist**. Mag. Penn hat diese Beratung auch in Anspruch genommen. Die Beratungstätigkeit ist auch mehrfach schriftlich dokumentiert. Bereits im August 2006 unterbreitete die klagende Partei Mag. Werner

Penn „**Vorschläge zur Optimierung des Zinsrisikos**“ (Email vom 9. August 2006). Darin stellt die klagende Partei insgesamt fünf „**Varianten zur Zinsoptimierung**“ vor. Die Vorschläge reichen von einem Fixzinsswap über einen Cap bis zu einem währungsabhängigen Zinsswap. Es werden verschiedene „**Indikationen**“, „**Szenarien**“ und „**Lösungen**“ genannt. Das ist der Inbegriff einer Beratung. Ergänzend dazu übermittelte die klagende Partei am 4. September 2006 „**die aktuellen Indikationen für den Resettable CHF linked Swap**“. Am 22. September 2006 erfolgte nach einer im Strafverfahren von der klagenden Partei vorgelegten Aufstellung über die wechselseitigen Kontakte die „**Präsentation Swap F**“. In dieser Präsentation wird das Produkt näher vorgestellt. Die der Präsentation angeschlossenen Charts zum historischen Kursverlauf EUR/CHF und der historischen Kursentwicklung des 6-Monats-Euribor dienen – ebenso wie die der Präsentation vom 9. August 2006 angefügten Charts – dazu, Mag. Werner Penn von der Zweckmäßigkeit des angebotenen Produkts zu überzeugen.

- 7.3.5. Dass die klagende Partei gegenüber der Stadt Linz eine Beratungsaufgabe übernommen hat, hat inzwischen auch Mag. Herbert Auer als Zeuge im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (siehe oben Punkt IV. 2.7.3) bestätigt (Hervorhebung durch die Stadt Linz): „... *ich weiß, dass sich die Stadt Linz mit den Auswirkungen der steigenden Zinsen auf das Budget beschäftigt hat. Dieses Thema hat Herr Penn mir gegenüber so präsentiert, als wäre es sein Auftrag, sich darum zu kümmern und Absicherungs- und Optimierungsvarianten zu finden. Mir hat er geschildert, das wäre das Ergebnis der Entscheidung der politisch Verantwortlichen. Das war zu Beginn des Jahres 2007. Auf die Frage der StA wegen Absicherungsvarianten „...ich bin kein Treasurer. Ich meine es ist keine Spekulation, weil es ein Grundgeschäft gibt. Wenn ich sage absichern, meine ich das im generellen Sinn; der Kunde hat gesagt, sein Thema sind die steigenden Zinsen und welche Ideen es gibt, wie man sich gegen steigende Zinsen absichern kann. Dann kommen die Ideen der Bank. Es gibt klassische Möglichkeiten, Fixzins SWAP, Optionen. Es gibt auch strukturierte Produkte. Ich spreche von der Zeit Anfang 2007. Davor habe ich keine genaue Erinnerung. Man holt sich die Themen beim Kunden ab. Dann geht der Treasurer zurück in die Bank und sucht nach Ideen, die dieses Thema, das der Kunde vorgibt, treffen.“*
- 7.3.6. Wie ausschlaggebend die Beratungsleistungen der klagenden Partei für die Entscheidungen des Mag. Werner Penn waren, zeigt das Zustandekommen des Swap-Geschäftes 4175: Mag. Penn wollte nämlich zur Zinsbegrenzung bei der CHF-Anleihe zunächst nur einen **Fixzinsswap** (siehe oben Punkt IV.2.7). Er strebte dabei einen Zinssatz von 2,5 % an, während die klagende Partei 2,7 % als Fixzins anbot. Anstatt Mag. Penn zu einem Geschäft zu raten, mit dem diese Differenz mit geringen Risiken überbrückbar gewesen wäre, bot sie ihm abermals einen „Resettable CHF Linked Swap“ an, der – anders als der von Mag. Penn angestrebte Fixzinsswap – das Zinsrisiko nicht begrenzt, sondern verschärft. Die **Kundenberaterin aus dem Bereich Treasury** der klagenden Partei, Iris Sahinoglu legte Mag. Werner Penn das mit 31.1.2007 übermittelte Angebot mit den Worten „*Es ist eigentlich recht attraktiv ...*“ in einem Telefonat am 1. Februar 2007 ans Herz. Damit handelte sie im Interesse ihres Dienstgebers, hat dieser doch den angebotenen Swap zu seinen Gunsten selbst strukturiert. Den Hinweis von Mag. Werner Penn „...*Und zu der 1,45 kommt ein grauslicher Zinssatz raus von 5,7*“ quittierte sie nur mit einem Lachen. Im gleichen Telefonat preist Iris Sahinoglu den Swap als „*Occasion auf zehn Jahre*“ an und betont: „... *zumindest weiß man dann, was man hat und und so vom Niveau her ist es ja wirklich attraktiv*“. Im Rahmen der Erörterung des Geschäfts sagte sie zur Struktur

des Geschäfts: „*Nein ich war selber irgendwie ganz überrascht, daß es wirklich sich so toll rechnet. Aber es ist natürlich ... es macht die Laufzeit dann doch schon einiges aus, und das Problem haben wir ja, sag ich einmal, oder Problem oder die Chance sag ich mal eher haben wir ja auch beim .. im Eurobereich. Das hab ich ihnen eh auch noch einmal dazugefügt. Ja.*“ (siehe oben Punkt IV., 2.8.5.). In der weiteren Folge des Gesprächs stellt Iris Sahinoglu gemeinsam mit Mag. Werner Penn verschiedene Überlegungen zur Höhe des Strike an. Das gesamte Telefongespräch ist daher nichts anderes als eine – wenn auch völlig unzureichende – Beratungstätigkeit der klagenden Partei.

7.3.7. Zusammengefasst ergibt sich also die Beratungstätigkeit der klagenden Partei insbesondere aus folgenden Umständen:

- Die klagende Partei hat mit Mag. Werner Penn mehrere Besprechungs- und Präsentationstermine wahrgenommen, um ihre Vorschläge zur „Optimierung des Zinsrisikos“ zu unterbreiten und zu erläutern. Grundlage dafür waren die von der klagenden Partei selbst erstellten kundenbezogenen Präsentationsunterlagen.
- Die klagende Partei hat das Swap-Geschäft selbst strukturiert und der Stadt Linz vorgeschlagen.
- Die später zur Anwendung kommende Zinsbildungsformel war ihrer Struktur nach bereits Teil der Beratungsunterlagen. Über sie hätte daher die klagende Partei aufklären müssen.
- Bei den von der klagenden Partei selbst dokumentierten Telefongesprächen handelt es sich um Beratungsgespräche.
- Mag. Werner Penn hat verschiedentlich Informationen und Aufklärung verlangt. Solche Anfragen wurden – wie es für ein Beratungsverhältnis typisch ist – ohne weiteres beantwortet.

7.3.8. Es ist nochmals zu betonen, dass weder der Rahmenvertrag noch die Einzelabschlussbestätigung einen Verzicht der Stadt Linz auf Beratung durch die klagende Partei enthalten. Es handelt sich dabei vielmehr nur um eine vorformulierte Tatsachenbestätigung, also eine bloße Wissenserklärung, die bezogen auf den konkreten Fall unrichtig ist. Selbst wenn man darin fälschlicherweise eine Willenserklärung erblickt, so ist es den Parteien jederzeit freigestanden, davon abzugehen. Die unbestreitbare Tatsache, dass die klagende Partei wiederholt Beratungsleistungen erbracht und Mag. Werner Penn diese in Anspruch genommen hat, würde ein solches Abgehen bedeuten. Es steht den Parteien eines Rechtsgeschäftes nämlich **jederzeit frei**, neue oder ergänzende Vereinbarungen zu den ursprünglichen zu treffen. Dies gilt auch für den Schriftformvorbehalt in der zitierten Klausel des Rahmenvertrags. Schließlich können die Parteien einer Vereinbarung von gewillkürten Formvorbehalten auch konkludent abgehen (zB OGH 7 Ob 99/06v). Werden – wie gegenständlich – Beratungsleistungen **tatsächlich erbracht** (und sei es auch über nur mündliche Anforderung), ist es völlig **unerheblich**, dass ursprünglich die Schriftform für eine Forderung des Kunden nach Beratung festgelegt wurde.

7.3.9. Auch zum Text der Einzelabschlussbestätigung ist darauf zu verweisen, dass es sich hierbei um eine bloße Tatsachenbestätigung ohne rechtsgestaltende Wirkung handelt (vgl HG Wien vom 20.05.2009, GZ 11 Cg 17/09 a). Maßgeblich ist einzig und allein, ob der Geschäftsabschluss tatsächlich unter „*spezifischer Beratung*“ erfolgt, was hier der Fall ist. Zudem schlägt ein **grundlegender erkenntnistheoretischer Ansatz**

durch: Ob der Kunde tatsächlich über „*ausreichende Kenntnisse*“ verfügt, kann er selbst nur dann sachgerecht beurteilen, wenn er sie wirklich hat. Hat er sie nicht, so kann er seine Wissensdefizite ohne Beratung nicht erkennen. Die „*Bestätigung*“ stellt damit eine reine Fiktion dar, die auf **Zirkelschlüssen** beruht.

- 7.3.10. Die klagende Partei kann sich auch angesichts des Verbots eines „*venire contra factum proprium*“ (vgl zB OGH 1 Ob 318/99t) nicht darauf berufen, eine Beratungstätigkeit sei wirksam ausgeschlossen worden; eine solche Berufung stellt eine **unzulässige Rechtsausübung und einen Verstoß gegen Treu und Glauben** dar. Die klagende Partei hat tatsächlich – nicht zuletzt im eigenen wirtschaftlichen Interesse – Beratungsleistungen angeboten und erbracht; sie wurden von Mag. Werner Penn auch in Anspruch genommen. Damit kam ohnedies ein Beratungsvertrag zustande (siehe oben 7.3.1). Aber auch abgesehen davon kann sich die klagende Partei angesichts ihres Verhaltens nicht darauf berufen, es habe keine Beratung durch sie stattgefunden.
- 7.3.11. Des Weiteren ist festzuhalten, dass bei **kreditfinanzierter Spekulation** ein Ausschluss der Beratungspflicht, der wie gezeigt ohnehin nicht vorliegt, generell **unwirksam** ist (OGH 2 Ob 236/04a). Derartige Vertragsklauseln wären zudem gröblich benachteiligend iSd. § 879 Abs 3 ABGB. Das gegenständliche Swap-Geschäft ist bei materieller Betrachtung (siehe oben IV.3.7) als kreditfinanzierte Spekulation einzustufen. **Ein wirksamer „Beratungsausschluss“ liegt daher nicht vor.** Die Zulässigkeit eines solchen Ausschlusses würde auch der Wertpapierdienstleistungs-Richtlinie 93/22/EWG und damit Europarecht widersprechen. Schließlich fordert diese Richtlinie – ebenso wie ihre Nachfolgerin (MiFID) – einen europaweit einheitlichen Mindeststandard bei den Wohlverhaltensregeln, „der nicht gewahrt bliebe, würde man deren Einhaltung der Parteiendisposition überlassen (Möllers in KKWPfHG § 31 Rz 282 mwN).
- 7.3.12. Aber selbst wenn kein Beratungsvertrag vorgelegen wäre (was nicht der Fall ist), würde die klagende Partei gleichwohl eine **umfassende Informationspflicht** schon kraft Gesetzes treffen (vgl. OGH 10 Ob 11/07a). Wer Wertpapierdienstleistungen erbringt, hat nach § 13 Z 4 WAG 1996 seinen Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist. Auf das Vorliegen eines Beratungsvertrages kommt es dabei nicht an. Unerheblich ist auch die Art der Abwicklung des Effektengeschäfts. Ebensowenig wird danach differenziert, ob das individuelle Geschäft über eine Börse oder OTC („over the counter“) abgewickelt wird. Auch die jeweilige zivilrechtliche Geschäftsart (Kommissionsgeschäft oder Eigenhandel) ist für die Anwendbarkeit der Wohlverhaltensregeln bedeutungslos. Zudem kennt das WAG 1996 eine Reihe von Bankdienstleistungen außerhalb der „Beratung“, bei denen die **Informationspflichten des § 13 WAG gleichwohl vollumfänglich** bestehen. Das zeigt, dass diese Pflichten unabhängig von einem Beratungsvertrag bestehen.
- 7.3.13. Die von der klagenden Partei ins Treffen geführten Vertragsbestimmungen sind somit für den vorliegenden Fall bedeutungslos,
- weil die klagende Partei tatsächlich Beratungsleistungen erbracht hat, die von Mag. Werner Penn auch in Anspruch genommen wurden,
 - weil der Inhalt der Vertragsbestimmungen bloße Tatsachenbestätigungen enthält, die durch das reale Geschehen widerlegt sind,

- weil sich die klagende Partei schon wegen des Verbots des „*venire contra factum proprium*“ darauf gar nicht berufen durfte,
- weil die klagende Partei bei Erbringung der fraglichen Wertpapierdienstleistung schon kraft Gesetzes umfassende Informations- und Beratungspflichten trafen (§ 13 Z 4 WAG 1996) und
- weil ein Beratungsausschluss auch aus europarechtlichen Erwägungen einer Inhaltskontrolle nicht standhalten kann.

7.4. Stadt Linz kein „professioneller Marktteilnehmer“

- 7.4.1. Die klagende Partei behauptet, das Finanzmanagement der Stadt Linz wäre „*in ähnlicher Weise organisiert gewesen wie das eines Großunternehmens*“ (Widerklage, Seite 3). Dass diese Behauptung bereits rein auf Sachverhaltsebene falsch ist, wurde an anderer Stelle bereits dargelegt (siehe dazu oben Punkt III.).
- 7.4.2. Die klagende Partei will damit das Argument vorbereiten, die Stadt Linz wäre ein „*professioneller Marktteilnehmer*“. Diese habe Beratungsleistungen weder gefordert, noch benötigt (Widerklage Seite 5). Diese Prozessbehauptung stellt die klagende Partei nur auf, weil ihr bewusst ist, **dass sie in vielfacher Hinsicht gegen die Informations- und Aufklärungspflichten des WAG verstoßen hat.**
- 7.4.3. Dazu ist zunächst einmal festzuhalten, dass dem WAG 1996 der Begriff des „*professionellen Marktteilnehmers*“ fremd ist. Erst das WAG 2007 kennt – basierend auf den Vorgaben der RL 2004/39/EG – den Begriff des „*professionellen Investors*“ (vgl. § 58 WAG 2007). Dementsprechend ist die Prozessbehauptung, die Stadt Linz wäre ein „*professioneller Marktteilnehmer*“ per se nicht geeignet, die Anwendbarkeit der Wohlverhaltensregeln und demgemäß die gebotene Pflichterfüllung gegenüber dem Kunden zu unterlaufen. Zuzugestehen ist einzig und allein, dass bereits nach dem WAG 1996 die individuelle Erfahrung und das konkrete Wissen darauf Einfluss hat, wie die Information im Einzelfall zu gestalten ist (vgl. *Knobl in Frölichsthal* u.a. Wertpapieraufsichtsgesetz 1997, 109). Nach § 13 Z 4 WAG sind dem Kunden alle zweckdienlichen Informationen mitzuteilen, soweit dies zur Wahrung der Interessen der Kunden und im Hinblick auf Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte erforderlich ist. Insofern können Erfahrung, Kenntnisse und Sachverstand eine gewisse Rolle spielen (arg. „*erforderlich*“). Die konkrete Ausgestaltung und der Umfang der gebotenen Information ergeben sich jeweils im Einzelfall in Abhängigkeit vom Kunden, insbesondere dessen Professionalität, sowie dem ins Auge gefassten Anlageobjekt. Zu diesen Faktoren zählen die Erfahrung oder Unerfahrenheit des konkreten Kunden, seine Sachkundigkeit, der konkrete Umfang der erteilten Information (die Beratung muss vollständig richtig und verständlich sein), sie darf objektive Risiken nicht herunterspielen und muss der Rechtslage entsprechen (OGH 4 Ob 2/08k). Je spekulativer die Anlage und je unerfahrener der Kunde, desto weiter reichen die Aufklärungspflichten (9 Ob 230/02t).
- 7.4.4. Gemessen am gegenständlichen überaus komplexen und hochspekulativen Swap-Geschäft (siehe oben Punkt V.), dessen zentrale Parameter (hoher negativer Marktwert, camouffierte Optionsstruktur, völlig ungleiche Verteilung der Chancen und Risiken etc.) ohne ausreichende Treasuryerfahrung oder spezifische finanzmathematische Kenntnisse nicht durchschaubar waren, bedurfte es einer umfassenden und zielgerichteten Aufklärung. Für eine fundierte Beurteilung des Geschäftes war es nämlich keineswegs ausreichend, einige Wechselkurse beispielhaft in die Formel einzusetzen. Es genügte auch nicht, dass Mag. Werner Penn eine

subjektive Meinung über die künftige Kursentwicklung hatte, die noch dazu dadurch geprägt war, dass die klagende Partei etwa in ihrer Präsentation vom 22. September 2006 die Aufmerksamkeit von Mag. Werner Penn auf den historischen Kursverlauf lenkte.

- 7.4.5. Die persönliche Zins- bzw. Währungsmeinung des Kunden ist als alleiniges Entscheidungskriterium ungeeignet, wie das OLG Stuttgart in seinem Urteil vom 27.10.2010, 9 U 148/08 mit aller Deutlichkeit herausgearbeitet hat. Es betraf einen Rechtsstreit zwischen der Deutschen Bank und einem kommunalen Abwasserverband. Im Lichte der Entscheidung des BGH XI ZR 33/10 vom 22.3.2011 hat die Deutsche Bank ihr Rechtsmittel dagegen jüngst zurückgezogen. Im Urteil des OLG Stuttgart finden sich unter anderem folgende zentrale Aussagen: Die Beurteilung der Chancen und Risiken eines komplexen Swap-Geschäfts kann nur auf Grundlage von anerkannten Bewertungsmethoden erfolgen. *„Die Erfolgsaussichten lassen sich nicht mittels Taschenrechners abschätzen.“* Die Bewertungsmodelle – wie sie von den Banken selbst zur Strukturierung verwendet werden – enthalten hingegen stochastische, also objektive Prognosen. *„Dem Kunden müssen die Ergebnisse dieser Modelle und die damit verbundenen zentralen Aussagen mitgeteilt werden“*, um so seine subjektive Prognose anhand dieser Ergebnisse überprüfen zu können. Schließlich greifen die professionellen Marktteilnehmer *„auf einem Swap-Markt mit einem mehrere Billionen Euro großen Nominalvolumen“* darauf zurück. Das gilt – wie gezeigt (oben Punkt III. 2.3.) – auch für die klagende Partei.
- 7.4.6. Die Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz hatte bis 2006 lediglich Fremdwährungskredite in CHF gesteuert. Derivatgeschäfte waren ihr bis dahin fremd. Die ersten einschlägigen Geschäfte begann Mag. Werner Penn erst im September 2006, wobei der Swap 3976, der am 26. September 2006 abgeschlossen wurde, das erste und abgesehen vom Swap 4175 das einzige Währungswettgeschäft (noch dazu mit unbegrenztem Risiko für die Stadt Linz) gewesen ist. Beim Swap 4175 kommt noch dazu, dass der Nominalbetrag mit CHF 195 Mio exorbitant hoch war.
- 7.4.7. Wie gezeigt traf die klagende Partei im Zusammenhang mit dem Swap-Geschäft 4175 eine umfassende Aufklärungspflicht nach § 13 Z 4 WAG 1996. Eine solche Pflicht bestünde auch nach dem WAG 2007. Dieses Gesetz kennt – im Gegensatz zum WAG 1996 – den Begriff des professionellen Kunden. Professionelle Kunden sind nach § 58 Abs 2 Z 3 WAG 2007 Zentralstaaten, Länder und Regionalregierungen, nicht aber Gemeinden. (*Brandl/Saria*, WAG § 58 Rz 16 mwN). Dass es sich bei der Stadt Linz um keinen professionellen Kunden handelt, wird auch durch die Rechtsmeinung der Europäischen Kommission zur Richtlinie über die Märkte für Finanzinstrumente, 2004/39/EG, bestätigt. Anhang 2 Abschnitt I Abs (3) dieser Richtlinie nennt als professionelle Marktteilnehmer unter anderem nationale und regionale Regierungen. Auf Anfrage Deutschlands erklärte die Europäische Kommission am 25. Mai 2007 (Anfragebeantwortung Nr. 83; ID 249. *„Client classification“*, interne Ref.Nr. 83), dass Gemeinden nicht unter den Begriff der nationalen und regionalen Regierungen fallen. Die Stadt Linz ist somit unter dem WAG 2007 eindeutig als *„Privatkunde“* zu betrachten.
- 7.4.8. Dass die klagende Partei ein Procedere im Sinn des § 59 WAG 2007 zur Einstufung als „professioneller Kunde“ lege artis abgewickelt hätte, ist der Stadt Linz nicht ersichtlich. Es fehlt bereits an der geforderten Willensbildung, überhaupt als professioneller Kunde im Sinn des § 59 WAG behandelt zu werden. Des Weiteren

fehlt es für eine solche Einstufung an den materiellen Voraussetzungen des § 59 WAG 2007 und zwar sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht. Festzuhalten ist im gegebenen Zusammenhang auch, dass die klagende Partei – wie an anderer Stelle erwähnt – offensichtlich **nicht einmal ein Anlegerprofil gem. § 17 WAG 1996 angelegt hat** und selbst über ausdrückliche Aufforderung durch die Rechtsvertretung mit Schreiben vom 12. Oktober 2011 im Vorfeld der Klage ein solches nicht zur Verfügung gestellt wurde. Für eine Einstufung als „*professioneller Kunde*“ fehlte es daher auch an der in Abstimmung mit dem Kunden zu erhebenden tauglichen **Tatsachengrundlage**.

Beweis: Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der Stadt Linz;
Schreiben der Rechtsvertreter der Stadt Linz an die BAWAG PSK vom 12.10.2011.

7.5. Verstoß gegen das Gebot zur umfassenden Wahrung der Kundeninteressen

7.5.1. Schon § 11 WAG 1996 verpflichtet den professionellen Dienstleister, die Interessen des Kunden bestmöglich zu wahren. Diese Verpflichtung wird durch die §§ 12 ff WAG 1996 konkretisiert.

7.5.2. Die im WAG 1996 statuierten Pflichten sind **zwingender Natur** und können daher grundsätzlich nicht abbedungen werden (OGH 2 Ob 236/04a; vgl. ÖBA 2005, 635; AnwBl 2002, 310). Der Umfang der Pflichten ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Als Grundsatz gilt; Je geringer der Kenntnisstand des Kunden und je komplexer das Finanzinstrument ist, umso weiter reichen die Aufklärungspflichten (OGH 9 Ob 230/02t).

7.5.3. Folgende Wohlverhaltensregeln hat die klagende Partei verletzt:

a. Gebot der vollständigen und richtigen Information (§ 13 WAG 1996)

Nach § 13 Z 4 WAG 1996 hat der Anbieter von Wertpapierdienstleistungen dem Kunden **alle zweckdienlichen Informationen** über das Anlageobjekt mit Rücksicht auf die Anlegerinteressen mitzuteilen. Die Beratung hat **richtig und sorgfältig sowie für den Kunden verständlich und vollständig** zu sein. Der Kunde muss zeitnahe über alle Umstände unterrichtet werden, die für das Anlagegeschäft von Bedeutung sind (grundlegend dazu BGH vom 6.7.1993, ZIP 1993, 1148 „Bond-Entscheidung“ u.a.).

b. Gebot des generellen Handelns im besten Interesse des Kunden (§§ 11, 13 Z 1 WAG 1996)

Der Anbieter/die Bank hat die Leistungen derart zu erbringen, dass die Interessen ihres Kunden **bestmöglich gewahrt** sind, selbst wenn der Kunde als professionell einzustufen ist. Zunächst muss sie die Interessen des Kunden anhand von dessen Angaben eruieren, sodann muss sie prüfen, welche Instrumente diesen Interessen am besten gerecht werden (*Winternitz*, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, § 13).

c. Verbot, Geschäfte zu empfehlen, die den Interessen des Kunden nicht gerecht werden (§ 14 Z 1 WAG 1996)

Es ist dem Anbieter der Wertpapierdienstleistung explizit untersagt, Geschäfte anzubieten, die den Interessen des Kunden nicht gerecht werden. **Kundeninteressen haben im Anwendungsbereich des WAG im Zweifel Vorrang.**

- 7.5.4. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein strenger Maßstab an die (Aufklärungs-)Sorgfalt der Bank gegenüber dem Kunden anzuwenden. Entscheidend sind einerseits die erkennbare Unerfahrenheit und Informationsbedürftigkeit des Kunden bei den in Rede stehenden Geschäften und andererseits die Art des beabsichtigten Geschäfts (OGH 9 Ob 10/04t u.a.). **Aufklärungspflichten und Beratungspflichten** bestehen vor allem und besonders dann, wenn aus den Umständen ein Mangel an einschlägigen Kenntnissen des Anlegers oder eine Fehlentscheidung offenkundig wird (OGH 6 Ob 268/00f u.a.). Dies gilt sogar dann, wenn der Kunde jede Beratung ablehnt, etwa weil er selbst davon ausgeht, keine Beratung zu benötigen (**Warnpflicht**). Bei Derivatgeschäften gilt wegen der enormen Risiken ein besonders strenger Aufklärungsmaßstab (OGH 2 Ob 62/04p).
- 7.5.5. Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die klagende Partei umfangreiche Aufklärungspflichten getroffen haben. Dennoch hat nie eine vollständige, fachgerechte und vor allem interessengerechte Beratung über die Art, die Funktionsweise, die rechtliche Konstruktion und alle – zuvor bereits aufgezeigten – spezifischen Risiken des „Produkts“ stattgefunden.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zur Frage der üblichen Marginbedeckung von OTC-Devisenoptionsgeschäften, dem Marginreporting als Informationsgrundlage für das Risikomanagement, der Wirkungsweise der Zinsbildungsformel und dem banküblichen Aufklärungsstandard bei Derivatgeschäften wie dem gegenständlichen Swap-Geschäft.

7.6. Keine Aufklärung über Interessenskonflikte auf Seiten der klagenden Partei

- 7.6.1. Der Anbieter einer Wertpapierdienstleistung muss nicht nur vollumfänglich über vorhandene Risiken, sondern auch über bestehende Interessenskonflikte **i.S.d § 13 Z 2 WAG 1996** aufklären. Ein solcher Konflikt ist auch **in der Beratung vor Abschluss des vorliegenden Swap-Geschäfts** aufgetreten. Das gilt vor allem im Hinblick auf den von vornherein einkalkulierten **hohen negativen Marktwert des Geschäfts**. Dieser negative Marktwert erhöht das Risiko des Anlegers enorm. Darüber hätte die klagende Partei aufklären müssen.
- 7.6.2. Richtungsweisend ist die Entscheidung des **BGH XI ZR 33/10 vom 22.3.2011**, die einen sogenannten „Spread Ladder Swap-Vertrag“ betraf. Dieses Geschäft war – ebenso wie der Swap 4175 – ein komplex strukturiertes Wettgeschäft, das ebenfalls ein unbegrenztes Risiko aufwies und auch einen von der Bank bewusst eingerechneten negativen Marktwert (4% der Bezugssumme) hatte. Das Verlustrisiko beschränkte sich – anders als bei anderen Veranlagungen (z.B. Aktien) – nicht auf das eingesetzte Kapital, sondern war theoretisch unendlich. Angesichts dieser Eckpunkte stellt der BGH hohe Anforderungen an die Aufklärung des Kunden. Sie muss gewährleisten, dass der Anleger im Wesentlichen den gleichen Kenntnis- und Wissensstand hat wie die ihn beratende Bank. Nur so ist ihm eine eigenverantwortliche Entscheidung darüber möglich, ob er die ihm angebotene Wette annehmen will. Die Bank muss daher über den – durch die individuellen Preisbildungsparameter beim jeweiligen Geschäft einstrukturierten – **anfänglichen negativen Marktwert aufklären**, weil

dieser Wert Ausdruck des **schwerwiegenden Interessenskonfliktes der Bank ist** und die konkrete Gefahr begründet, dass sie ihre Anlageempfehlung **nicht allein im Kundeninteresse abgibt**. Der **Interessenskonflikt** besteht darin, dass die Risikostruktur des bilateralen Geschäfts bewusst zu Lasten des Anlegers gestaltet ist, um unmittelbar im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäfts **das Risiko am Interbankenmarkt weiterverkaufen zu können**, das der Kunde lediglich aufgrund der Beratungsleistung der Bank übernommen hat.

- 7.6.3. Die Rechtssätze des BGH sind auf die österreichische Rechtslage vollinhaltlich übertragbar, zumal sie der BGH aus der – in Österreich und Deutschland gleichermaßen geltenden – Pflicht zur objektgerechten Beratung abgeleitet hat (vgl dazu § 13 Z 3 WAG 1996: „*Art und Umfang der beabsichtigten Geschäfte*“). Der vom BGH skizzierte Interessenkonflikt lässt sich auch bei Abschluss des vorliegenden Swap-Geschäftes konstatieren: Die klagende Partei hat daraus Vorteile gezogen, dass der Markt das Risiko, das die Stadt Linz mit dem von der klagenden Partei angebotenen Produkt übernommen hat, bereits im Abschlusszeitpunkt mit einem zweistelligen Euro-Millionenbetrag bewertet hat. Daher bestand die konkrete Gefahr, dass die klagende Partei ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgegeben hat. Selbstverständlich hätte Mag. Werner Penn das Angebot der klagenden Partei in einem ganz anderen Licht gesehen, wenn er vor Vertragsschluss gewusst hätte, dass der Markt seine Risiken deutlich negativer sieht als die gegenläufigen Risiken seiner – ihn beratenden – Vertragspartnerin. Indem die klagende Partei Mag. Werner Penn diese Einsicht nicht vermittelt hat, hat sie unter anderem gegen § 13 Z 2 WAG 1996 verstoßen. Sie hat einen schwerwiegenden Interessenkonflikt nicht nur in Kauf genommen, sondern dem Kunden sogar verschwiegen.
- 7.6.4. Auch die sonstigen Parallelen zum vom BGH entschiedenen Fall sind frappant: Das Swap-Geschäft 4175 ist angesichts einer Struktur, die einen Zinsswap mit einer Reihe von zwanzig geschriebenen (exotischen) Währungsoptionen verbindet, nicht nur komplex, sondern bringt für die Stadt auch ein unbegrenztes Verlustrisiko mit sich. Der von der klagenden Partei in das Swap-Geschäft einstrukturierte negative Marktwert bei Abschluss des Vertrages ist auch prozentuell höher als im BGH-Fall. Zudem ist das Volumen des Swap-Geschäfts 4175 ungleich größer.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zu den Interessenskonflikten aus der besonderen Margenkalkulation und zum fair value bei Abschluss.

7.7. Keine Aufklärung über die Marginpflicht

- 7.7.1. Das gegenständliche Swap-Geschäft wurde „OTC“, also nicht standardisiert und **nicht über eine Börse oder einen geregelten Markt abgeschlossen**. Es stellt daher auch **kein „Finanztermingeschäft“** im Sinn der gängigen Definition dar (vgl. *Diwok/Göth*, BWG 2005 Rz 59 zu § 1). Noch weniger liegt aufgrund der besonderen Ausgestaltung ein „marktübliches“ Finanztermingeschäft vor. Der Begriff „Finanztermingeschäfte“ ist synonym mit dem Begriff „*Futures*“. Im Gegensatz dazu werden OTC Geschäfte mit Terminbezug allgemein als „*Forwards*“ bezeichnet (*Enthofer/Haas*, Handbuch Treasury 95).
- 7.7.2. OTC Geschäfte unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht von börsegehandelten Kontrakten. Die Geschäfte sind, weil diese von der jeweiligen Investmentbank selbst, also dem Counterpart / der Gegenpartei des Kunden, strukturiert werden, **besonders**

interessenkonfliktgeneigt. Durch die besondere Struktur von OTC Geschäften ist auch **die Risikobeurteilung für den Kunden ungleich schwerer**, weil die Geschäfte **nicht standardisiert sind**. Auch der „negative Marktwert“ (siehe dazu oben Punkt V. 5.), den die klagende Partei zum Nachteil der Stadt Linz einkalkuliert hat, ist ein Unikum von OTC Geschäftsabschlüssen (BGH 22.03.2001, XI ZR 33/10). OTC Geschäfte verfügen **über keine Preistransparenz** gegenüber dem Kunden. Der Kunde ist den Informationen der Bank ausgeliefert. Bei börsegehandelten Kontrakten ist es demgegenüber nicht möglich, einen negativen Marktwert zu strukturieren. Der Börsepreis stellt den objektivierten Marktwert dar.

- 7.7.3. Das gegenständliche Swap Geschäft ist ein bilateraler Vertrag. OTC Kontrakte weisen – abgesehen von den Marktrisiken – beiderseits ein **„Erfüllungsrisiko“** auf. Dieses „Erfüllungsrisiko“ bezieht sich darauf, dass aus dem Geschäft **hohe Verbindlichkeiten** entstehen können. Weil Banken üblicherweise die mit Kunden geschlossenen OTC Geschäfte in den Einzelkomponenten am Interbankenmarkt eindecken („hedgen“), muss bereits **bei Geschäftsbegründung** gewährleistet sein, dass der Kunde seinen (eventuellen) Verpflichtungen aus dem Geschäft **überhaupt nachkommen kann**. Daher sind OTC Geschäfte „marginpflichtig“. Es muss zunächst eine adäquate **„Margin-Linie“** des Kunden bestehen, ehe das OTC Geschäft eingegangen werden kann. Die „Margin“ stellt bei Derivatgeschäften gleichzeitig auch das „eingesetzte Kapital“ dar. Somit kann die Margin auch als upfront zu leistender „Wetteinsatz“ aufgefasst werden. Das Marginkapital dient dazu, das „Erfüllungsrisiko“ des Kunden abdecken. Ist das Marginkapital (bzw. die Margin-Linie) aufgezehrt (dies ist der Fall, soweit die negative Bewertung die Margin übersteigt), ist ein sog. „Nachschuss“ geboten (bankseitiger „Margincall“).
- 7.7.4. Üblicherweise verlangt die Bank den Erlag der Margin in bar. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass die Bank **andere Sicherheiten** als einen Barerlag akzeptiert und dafür die Margin „kreditiert“. In diesem Fall räumt die Bank einen „Marginkredit“ ein. In dieser Konstellation liegt daher auch **unzweifelhaft eine Spekulation auf (Margin)Kredit** vor.
- 7.7.5. Für jedes konkrete Derivatgeschäft mit spekulativem Charakter wird von der Bank vor Geschäftsabschluss ein sog. „Marginbedarf“ (auch „Linienbedarf“ genannt) ermittelt. Es handelt sich dabei um die auf Basis stochastischer Modellen kalkulierte gebotene **Sicherheitsleistung** für das Geschäft. Dabei gilt: Je höher das Risiko eines Derivatgeschäfts ist, umso höher ist auch die gebotene Sicherheitsleistung. **Die Sicherheitsleistung soll das Risiko (Erfüllungsrisiko) aus dem Geschäft abdecken.** Die ratio dahinter ist: Ansonsten würde die Bank um den „Wettgewinn“ aus dem Geschäft möglicherweise umfallen, selbst wenn sie die Wette gewinnt.
- 7.7.6. Die klagende Partei hat von der Stadt Linz für das gegenständliche Swap Geschäft **keine Margin verlangt**, obwohl sich aus dem Geschäft ein **enormes Risiko** ergab. Die klagende Partei hat **absichtlich** davon Abstand genommen, eine Margin zu verlangen, weil sie genau wusste, dass das **Geschäft ansonsten niemals zustande gekommen wäre**. Aufgrund der in der Formel des Swap-Geschäfts dargestellten 20 EUR/CHF Optionen mit **überdurchschnittliche langer Laufzeit** und **exotischem Auszahlungsprofil** hätte die klagende Partei – bankfachlich – betrachtet **eine enorme Margin als Sicherheitsleistung** verlangen müssen. Die adäquate Margin ging über das Swap Nominal (CHF 195 Mio.) **weit hinaus**. Mit anderen Worten:

- Hätte ein privates Unternehmen das Swap-Geschäft geschlossen, hätte dieses bei adäquater Bemessung eine **Margin von weit über CHF 195** als Sicherheit vor Geschäftsabschluss bei der klagenden Partei deponieren müssen.
 - Dazu hätte das Unternehmen entweder den Betrag **bar bei der klagenden Partei einzahlen** oder aber z.B. Liegenschaften verpfänden können. Weil Immobilien regelmäßig nur mit 75% des Schätzwertes als Besicherung akzeptiert werden, hätte der als Sicherheit zu verpfändende Immobilienwert nochmals 25% höher sein müssen.
- 7.7.7. Die klagende Partei hat sich demgegenüber dazu entschieden, auf eine adäquate Sicherheitsleistung der Stadt Linz für das Swap Geschäft **zu verzichten**; ja sie hat dieses Thema **nicht einmal angesprochen**, sondern vielmehr **einen unbesicherten „Marginkredit“** eingeräumt, der als **lupenreiner Spekulationskredit** zu qualifizieren ist. Mag. Werner Penn war nach Wissen der Stadt Linz über diesen „Marginkredit“ nicht informiert.
- 7.7.8. Die klagende Partei hat somit, anstatt eine Margin zu verlangen, hinter dem Rücken der Stadt Linz eine **Kreditlinie eingeräumt** (siehe dazu oben zu Punkt IV, 3.7.). Diese Kreditlinie wurde – wie aus den im Strafverfahren zu 9 St 80/11z StA Linz vorgelegten Bankunterlagen hervorgeht – sogar **sukzessive immer weiter ausgedehnt**. Es ist nach menschlichem Ermessen **auszuschließen**, dass das Geschäft je zustande gekommen wäre, hätte die klagende Partei offengelegt, welche Spekulationskredite für das Geschäft der Stadt Linz konkret eingeräumt wurden: Neben der Beschlussfassung des Gemeinderates wäre jedenfalls auch eine **Genehmigung der Aufsichtsbehörde** erforderlich gewesen. Beides fehlt (siehe dazu oben Punkt IV., 4.). Zu beidem wäre es bei Offenlegung der Information **niemals** gekommen. Das musste der klagenden Partei bewusst sein und war ihr auch bewusst.
- 7.7.9. Abgesehen von den fehlenden Beschlussfassungen liegt somit auch eine gravierende Verletzung der Informationspflichten nach § 13 WAG vor. Die Information, welchen Marginbedarf ein Geschäft konkret aufweist, ist für den Bankkunden in **mehrfacher Hinsicht** wesentlich:
- Der Marginbedarf eines Geschäftes ist ein plastischer **Risikoindikator**, weil er anzeigt, welches Risiko **die Bank selbst (insbesondere deren Risk-Abteilung)** dem Derivatgeschäft **bei Geschäftsbegründung zumisst**.
 - Der Marginbedarf eines Geschäftes ist **wesentlich für das laufende Risikomanagement** des Kunden: Der Kunde muss – vor allem bei mehreren offenen Geschäften - wissen, wie viel „Marginreserve“ noch besteht, zumal bei Erschöpfen der Margin(linie) das **Geschäft von der Bank glattgestellt wird**. Durch diese Mechanik wird dafür Vorsorge getroffen, dass Verlustlagen für den Bankkunden finanziell noch verkraftbar bleiben, selbst wenn das Geschäft an sich nachschusspflichtig und mit einem offenen Risiko ausgestattet ist. Die Glattstellung bei Marginerschöpfung stellt demnach **auch einen gewissen Schutzmechanismus für den Kunden dar**.
 - Die Informationen über den **Marginbedarf** des Geschäftes und die **Marginausschöpfung** sind demzufolge wesentlich und vor allem **notwendig** iSd § 13 Z 4 WAG 1996.

- 7.7.10. Das Swap Geschäft verfügt über einen vordefinierten „*best case*“: Der maximale Vorteil der Stadt Linz lag in der Differenz zwischen dem LIBOR-Satz und dem fixen Zinssatz von 0,065%. Diese Differenz ließ sich berechnen und von Seiten der klagenden Partei absichern (hedgen). Demgemäß war das Risiko der klagenden Partei aus dem Geschäft überschaubar und der Höhe nach begrenzt.
- 7.7.11. Im Gegensatz dazu war die Zahlerseite der Stadt Linz mit einem „*offenen worst case*“ ausgestattet, also einem **unbegrenzten Verlustrisiko in Gestalt von 20** verschriebenen EUR/CHF Optionen (siehe zu Punkt V., 6.). Damit war das Geschäft mit enormen Hebeln zu Lasten der Stadt Linz ausgestattet: Verliert der EUR im Verhältnis zum CHF stark an Wert, kann bei einem derartigen Volumen bereits **eine einzelne schlagende werdende EUR/CHF-Option** in den finanziellen Ruin führen. Wegen der Dynamisierung der Belastung der Stadt Linz über die spezifische Zinsformel und das exotische exponentielle Auszahlungsprofil der 20 EUR/CHF Optionen ergeben sich selbst bei einer nicht allzu großen Verschiebung der Währungsparitäten EUR/CHF **ruinöse Zinsbelastungen**. Bei einer Wechselkursparität EUR/CHF (dieses Niveau wurde im Sommer 2011 annähernd erreicht) beläuft sich der Zinssatz auf 54 % per anno, per 1. November 2011 waren es etwa 27 %.
- 7.7.12. Bereits bei Plain Vanilla EUR/CHF Optionen (die jedoch wie gezeigt der im Swap verwendeten Formel gar nicht gerecht werden) war es im Jahr 2007 banküblich, eine „*Margin*“ (Sicherheitsleistung) für das **einzelne** Optionsgeschäft von rd. 15% des verschriebenen Derivatevolumens zu verlangen. Dabei spielt auch die lange Laufzeit der vorliegenden Optionen eine wesentliche Rolle. Je länger die Laufzeit um so höher der Unsicherheitsfaktor, weil die Währungsentwicklung von einer **Fülle von tatsächlichen Umständen** abhängt.
- 7.7.13. Dies bedeutet wiederum, dass die klagende Partei bei 20 EUR/CHF Optionen auf je die Hälfte des Swap-Nominales an sich eine **Margin im Bereich von zumindest 150% des CHF Volumens des Geschäfts, also rd. CHF 290 Mio. (!)** hätte verlangen müssen, um das Risiko des Geschäft bankfachlich adäquat abzubilden.
- 7.7.14. Hätte die klagende Partei auch nur annähernd dieses „*Margindeposit*“ verlangt oder darüber informiert, dass dieses Geschäft ein theoretisch unlimitiertes, jedoch **bankfachlich realistisches Risiko von CHF 290 Mio. in sich trägt**, wäre das Geschäft **niemals zustande gekommen**. Die erforderliche Sicherheitsleistung ist in der Praxis ein **wichtiger Risikoindikator**. Es handelt sich dabei wie gezeigt um eine „*wesentliche*“, **jedoch von der klagenden Partei arglistig verschwiegene Information** nach § 13 Z 4 WAG 1996. Bezeichnenderweise findet sich in den Präsentationsunterlagen der klagenden Partei **nicht ein Wort** zu dieser Thematik.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens insbesondere zum Marginerfordernis bei langläufigen EUR/CHF Devisenoptionsgeschäften;
Beizuschaffender Strafakt der StA Linz zu GZ 9 St 80/11z, wobei die genaue Bezeichnung der jeweils beizuschaffenden und zu verlesenden Aktenteile vorerst vorbehalten bleibt.

8. Aufhebung des Vertrages aus wichtigem Grund durch die Stadt Linz

8.1. Auflösungserklärung

Der Gemeinderat der Stadt Linz hat am 13. Oktober 2010 beschlossen, das Swap-Geschäft 4175 aus wichtigem Grund aufzulösen. Mit einem noch am selben Tag der klagenden Partei zugestellten Schreiben hat der Bürgermeister den Gemeinderatsbeschluss effektiert und die Auflösung des Vertrages erklärt. Die Gründe sind oben unter Punkt IV. 3.12 beschrieben.

8.2. Rechtsfolgen der Auflösungserklärung

- 8.2.1. § 7 Abs 4 des Rahmenvertrages sieht vor, „*dass im Fall der Beendigung durch Kündigung gemäß Abs 1 (Anm. Kündigung aus wichtigem Grund) oder durch die in Abs 3 genannten Gründe keine Partei mehr zu Zahlungen oder sonstigen Leistungen nach § 3 Abs 1 dieses Vertrages verpflichtet (ist), die gleichartig oder später fällig geworden wären*“.
- 8.2.2. Durch die berechtigte vorzeitige Auflösung des Swap-Geschäftes war dieses mit sofortiger Wirkung am 13. Oktober 2011 beendet. Die klagende Partei konnte deshalb am 17. Oktober 2011 keine Zinszahlung mehr aus dem Swap-Geschäft von der Stadt Linz verlangen. Diese handelte durch die Nichtzahlung daher weder vertrags- noch rechtswidrig. Das bedeutet wiederum, dass die klagende Partei ihrerseits den Vertrag mit den Rechtsfolgen der §§ 8 und 9 des Rahmenvertrages am 20. Oktober 2011 nicht (mehr) auflösen konnte.
- 8.2.3. Die klagende Partei stützt ihr Begehren primär auf eine angebliche Vertragsverletzung der Stadt Linz durch die Nichtzahlung der Zinsen am 17. Oktober 2011. Da eine derartige Vertragsverletzung nicht erfolgte, fehlt es an einer berechtigten Auflösungserklärung.

Beweis: Rahmenvertrag vom 26.9.2006;
 Beschluss des Gemeinderats der Stadt Linz vom 13.10.2011;
 Kündigungserklärung der Stadt Linz vom 13.10.2011;
 Kündigungserklärung der klagenden Partei vom 20.10.2011;

9. Vertragswidrigkeit der Kündigung durch die klagende Partei

- 9.1. Die klagende Partei stützt ihre Kündigungserklärung vom 20. Oktober 2011 auf § 7 Abs 1 des Rahmenvertrages wegen einer „*ernsthaften und endgültigen Verweigerung einer fälligen Zahlung*“. Dem ging ein Schreiben der klagenden Partei vom 14. Oktober voraus, in dem sie zunächst darauf hinweist, dass sie wegen der Vertragsauflösungserklärung der Stadt Linz selbst zur Kündigung berechtigt sei. Sie räume aber der Stadt Linz „*... ungeachtet dessen eine Frist bis zum 19.10.2011 ein, innerhalb derer die Stadt Linz ihre Entscheidung überdenken und zu vertragskonformem Verhalten zurückkehren*“ könne. Mit 17. Oktober 2011 werde ein Betrag von CHF 24.699.343,51 (laufende Zinszahlung) fällig.
- 9.2. Nach § 7 Abs 1 des Rahmenvertrags kann dieser aus wichtigem Grund gekündigt werden. Die wichtigen Gründe ergeben sich aus § 7 Abs 2 des Rahmenvertrags. Die Aufzählung ist zwar nicht abschließend, soweit aber ein hier geregeltes Verhalten Grundlage für eine Auflösung sein soll, müssen die vertraglich festgelegten

Voraussetzungen erfüllt sein. Der Zahlungsverzug und sonstige behebbare Vertragsverletzungen sind geregelt.

- 9.3. Nach § 7 Abs 2 lit b liegt ein Verzug vor, wenn eine fällige Zahlung oder sonstige Leistung – aus welchem Grund auch immer – nicht innerhalb von fünf Bankarbeitstagen nach Benachrichtigung des Zahlungs- oder Leistungspflichtigen vom Ausbleiben des Eingangs der Zahlung oder sonstigen Leistung beim Empfänger eingegangen ist. Im Rahmen dieser Bestimmung hätte die klagende Partei die Stadt Linz erst nach Ablauf des 17. Oktobers vom Nichteingang der Zahlung verständigen können. Zahlungsverzug wäre frühestens mit 25. Oktober eingetreten. Die Auflösung wegen Zahlungsverzugs am 20. Oktober war daher vertragswidrig.
- 9.4. Stützt sich die Kündigungserklärung der klagenden Partei aber auf die – durch die Kündigungserklärung der Stadt Linz am 13. Oktober 2011 zum Ausdruck kommende – Erfüllungsverweigerung, also eine sonstige Vertragsverletzung iSd lit a), so hätte die klagende Partei zumindest eine Nachfrist von 30 Tagen setzen müssen. Dass die klagende Partei die Erfüllungsverweigerung durch die Stadt Linz als behebbare Vertragsverletzung ansah, zeigt ihre Nachfristfestung im Schreiben vom 14. Oktober 2011.

VIII. Mitverschulden der klagenden Partei/Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit

1. Die klagende Partei macht einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gelten. Wie zuvor gezeigt wurde, besteht dieser Anspruch schon dem Grunde nach nicht zu Recht. Nur aus Gründen der Vorsicht wird der klagenden Partei auch ein Mitverschulden eingewandt, weil sie – selbst unter der Annahme eines gültigen Vertrages – zumindest einen maßgeblichen Teil des behaupteten Schadens zu verantworten hat.
2. Der Ersatzanspruch der klagenden Partei zielt offenbar (zum Unschlüssigkeitseinwand siehe unten Punkt XI. 1) auf ihre Schließungskosten des Geschäfts. Diese Kosten sind nur deswegen so hoch, weil sie das Geschäft von Anfang an so strukturiert hat, dass sie eine unangemessen hohe Bankmarge lukrieren konnte. Damit wurde das Risikopotential des Geschäftes erhöht. Da die klagende Partei das Geschäft gehedgt hat, hat sich das Risiko nunmehr in den hohen Schließungskosten verwirklicht.
3. Dazu kommt, dass die klagende Partei das Swap-Geschäft offenbar bis zuletzt genutzt hat, um daraus weitere Vorteile zu lukrieren. Bereits bis August 2010 hatte sie 224 Optionen verkauft. Auch das hat die Schließungskosten erhöht.
4. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Swap-Geschäft nach der eigenen Angabe der klagenden Partei am 30. September 2011 einen negativen Wert von € 345.618.510,98 aufwies. Nunmehr macht sie Schließungskosten von € 404.691.565,68 geltend. Der Mehraufwand im Verhältnis zur letzten Bewertung wird nicht plausibilisiert. Im Hinblick darauf wird auch eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit eingewandt.

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

IX. Keine weiteren Anspruchsgrundlagen

1. Kein Erfüllungsanspruch im Gewand der „culpa in contrahendo“

- 1.1. Die klagende Partei stützt ihren Anspruch auf „jeden *erdenklichen Rechtsgrund, im Besonderen auch auf culpa in contrahendo*“ (Widerklage, Seite 21). Ein Vorbringen erstattet sie nur zur *culpa in contrahendo*, indem sie behauptet, die Stadt Linz bzw ihr zurechenbare Vertreter hätten es schuldhaft verabsäumt, „*die BAWAG P.S.K. über die angeblich fehlende Befugnis des Herrn Mag. Penn bzw die fehlende Vertragsgrundlage aufzuklären*“. Ihr stünden daher € 417.737.018,29 zu. Damit wäre sie so gestellt, als wäre das Swap-Geschäft wirksam, obwohl alle gesetzlich geforderten Beschlüsse/Genehmigungen fehlen. Wirtschaftlich betrachtet müsste die Stadt Linz anstelle des nicht genehmigten und auch nicht genehmigungsfähigen, unwirksamen Swap-Geschäfts die nicht weniger nachteiligen Derivat-Geschäfte der klagenden Partei erfüllen. Das kann nicht richtig sein, würde doch ansonsten das gesamte Regelungskonzept des § 867 ABGB in Verbindung mit den kommunalrechtlichen Vorschriften seinen Zweck verfehlen (vgl. OGH 8 Ob 11/11t: „Schutzzweck des Genehmigungsvorbehalts“).
- 1.2. Das gesamte Regelungssystem von aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten auf der einen Seite und sonstigen Bestimmungen der Gemeindeorganisationsgesetze auf der anderen Seite dienen dem Schutz der öffentlichen (überörtlichen) Interessen. Ziel ist es, (a) die Gemeinden vor einer übermäßigen Einschränkung ihres finanziellen Leistungsspielraumes zu schützen, (b) sie in diesem Zusammenhang von unverhältnismäßig hohen finanziellen Wagnissen abzuhalten, (c) keine Gefährdung des Haushaltsgleichgewichtes im Land herbeizuführen und (d) schließlich die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinden für die ihr obliegenden eigentlichen Aufgaben zu erhalten. § 867 ABGB verschafft diesem öffentlichen Interesse auch im Privatrecht Geltung. Diese klare – von der Rechtsprechung anerkannte – rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers kann nicht durch das Schadenersatzrecht gänzlich konterkariert werden. Das gilt in besonderem Maße beim Fehlen einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung, weil hier ein überörtliches öffentliches Interesse auf dem Spiel steht.

2. Kein (schutzwürdiges) Vertrauen der klagenden Partei

- 2.1. § 867 ABGB hält also im öffentlichen Interesse dazu an, sich vor dem Geschäftsabschluss mit einer Gemeinde mit den gesetzlichen Vorgaben vertraut zu machen. Diese Obliegenheit hat die klagende Partei verletzt. Bei Einsicht in das StL 1992 wäre ihr sofort klar gewesen, dass für Geschäfte wie den Swap 4175 ein konkreter Gemeinderatsbeschluss erforderlich ist.
- 2.2. Der klagenden Partei waren kommunalrechtliche Beschränkungen durchaus nicht unbekannt: Schon der bankinterne Kreditantrag der klagenden Partei vom 27. September 2006 (zur Einrichtung eines Kreditlimits „*für die Abwicklung von derivativen Geschäften*“, konkret für den Swap 3976) enthält bei der „*Darstellung des Kreditnehmers*“, also der Stadt Linz (!), folgenden Hinweis (Hervorhebung durch die Stadt Linz): „***Alle größeren Finanzentscheidungen müssen vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden.***“ In demselben Kreditantrag findet sich auch ein unmissverständlicher Hinweis auf die Zuständigkeit der Gemeindeaufsichtsbehörde: „*Das Land ist Träger der Rechtsaufsicht über die Kommunen. Bis auf Ausnahmen müssen Kredite geprüft und einzeln genehmigt*“

werden. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird geprüft. Die schriftliche Genehmigung hat Bescheidcharakter“ (siehe oben Punkt IV.2.9.1).

- 2.3. Obwohl also der klagenden Partei kommunalrechtliche Beschränkungen klar waren, hat sie sich bei Abschluss des Swap-Geschäfts nicht dafür interessiert. Es steht vielmehr fest, dass sich die handelnden Personen der klagenden Partei erstmals am 26. April 2007, also mehr als zwei Monate nach Abschluss des Swap-Geschäfts, die Frage stellten, ob für das Geschäft ein Gemeinderatsbeschluss vorliegt (siehe oben Punkt IV., 2.9.2). Wenn sie daher jetzt behauptet, einen Vertrauensschaden erlitten zu haben, so ist ihr entgegenzuhalten, dass sie bei Abschluss des Geschäfts die Genehmigungserfordernisse schlicht ignorierte, obwohl sie ihr (siehe oben) bekannt waren. Es kann auch nicht stimmen, dass die klagende Partei – wie von ihr behauptet – in die Irre geführt worden wäre. Dagegen spricht der bankinterne Emailverkehr vom 26. April 2007 (siehe oben Punkt IV., 2.9.2). Wer zu diesem Zeitpunkt nach einem Gemeinderatsbeschluss fragt, hat ihn nicht. Mit anderen Worten: Die Argumentation der klagenden Partei ist durch ihre eigenen Unterlagen widerlegt. Was die Zeit danach betrifft, ist völlig im Dunkeln, worauf die klagende Partei überhaupt vertraut hat und worauf sich ein allfälliges Vertrauen gründet (siehe nur oben Punkt IV., 2.9.2.). Interne Unterlagen der Stadt Linz, die der klagenden Partei erst aus dem Strafverfahren bekannt sind, konnten naturgemäß keinen Vertrauensschutz auslösen.

3. Kein haftungsbegründendes Verhalten auf Seiten der Stadt Linz

- 3.1. Soweit die klagende Partei der Stadt Linz eine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten vorwirft, meint sie damit vermutlich Mag. Werner Penn. Nur mit ihm hatten die Akteure der klagenden Partei Kontakt. Wie sich dieser Kontakt zwischen Mag. Werner Penn und der klagenden Partei konkret gestaltete, ist Gegenstand des Strafverfahrens. Hier ist noch vieles im Dunkeln; das hat unter anderem auch damit zu tun, dass nur ein Teil der Tonbandabschriften von den Telefongesprächen zwischen Mag. Werner Penn und der klagenden Partei vorliegen. Die Staatsanwaltschaft Linz verdächtigt Mag. Werner Penn eines wissentlichen Befugnismissbrauchs. Dieser verantwortet sich damit, dass er seine Befugnisse zwar objektiv überschritten habe, dass ihm das aber nicht bewusst gewesen sei.
- 3.2. Im Strafverfahren wird eine wesentliche Rolle spielen, in welcher Weise die klagende Partei Mag. Werner Penn über die wahre Struktur des Swap-Geschäfts aufgeklärt hat. Bislang ist die klagende Partei jeden Hinweis schuldig geblieben, ob und in welcher Weise sie den Wohlverhaltensregeln des WAG 1996, insbesondere den Informationspflichten, nachgekommen ist; sie beruft sich ja nur auf deren Unanwendbarkeit. Es ist daher von einer Pflichtverletzung auszugehen. Hat sie demzufolge aber Mag. Werner Penn zentrale Informationen über das Swap-Geschäft (Risikostruktur mit zwanzigfachem Hebel, negativer Anfangswert, unangemessen hohe Bankmarge, Wettcharakter etc) verschwiegen, so darf sie sich über die Folgen nicht wundern. Da sie Mag. Werner Penn nicht pflichtgemäß aufgeklärt hat, musste dieser die Genehmigungspflicht des Swap-Geschäftes falsch einschätzen. Das muss sich die klagende Partei selbst zurechnen. Hätte sie Mag. Werner Penn pflichtgemäß aufgeklärt, so hätte dieser nicht nur die mangelnde Deckung des Geschäfts durch den Gemeinderat erkannt; er hätte das Geschäft auch nicht geschlossen. Die klagende Partei muss daher zur Kenntnis nehmen: Wer selbst das Gesetz bricht und seinen Vertragspartner im Dunkeln lässt, kann keinen Vertrauensschutz in Anspruch

nehmen. Der Anspruch auf Ersatz eines Vertrauensschadens scheidet daher auch aus diesem Grund aus.

4. Mitverschulden der klagenden Partei

- 4.1. Nur aus Gründen der Vorsicht wird der klagenden Partei auch ein krasses Mitverschulden eingewandt. Sie muss sich ihre zahlreichen (teils vorsätzlichen, teils grob fahrlässigen) Pflichtenverstöße gegenüber der Stadt Linz (siehe oben Punkt VII., 6 und VII., 7) auch als Obliegenheitsverletzung in eigenen Angelegenheiten anrechnen lassen. Hätte sie ihre vorvertraglichen Pflichten erfüllt, hätte Mag. Werner Penn von vornherein von einem Vertragsabschluss Abstand genommen (siehe oben Punkt VII., 6.1.4, 6.2.5, 6.3.3 und 7.1.3).
- 4.2. Ein krasses Mitverschulden der klagenden Partei besteht auch darin, dass sie sich für die kommunalrechtlichen Voraussetzungen eines Geschäftsabschlusses nicht interessiert hat, obwohl ihr deren Bedeutung jedenfalls schon 2006 bewusst war (siehe oben Punkt IV., 2.9). Sie hätte angesichts ihres Wissens um die wahre Natur des Swap-Geschäfts ohne weiteres erkennen können (soweit sie es nicht ohnedies erkannt hat), dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 dieses Geschäft keinesfalls deckt.
- 4.3. Das Mitverschulden der klagenden Partei wiegt dabei insgesamt so schwer, dass eine Schadensteilung zu Lasten der Stadt Linz überhaupt zu unterbleiben hat.

5. Einwand der Verjährung

- 5.1. Wie sich aus dem bankinternen Schriftverkehr der klagenden Partei ergibt (vgl. oben Punkt IV, 2.9.2.), war sich diese spätestens im April 2007 bewusst, dass das zweieinhalb Monate vorher abgeschlossene Swap-Geschäft mit der Stadt Linz eines genehmigenden Gemeinderatsbeschlusses bedarf.
- 5.2. Da sie weiters die wahre Natur des Geschäftes gekannt hat, lag es auf der Hand, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2006 das Swap-Geschäft 4175 nicht umfasste, Mag. Werner Penn seine Befugnis also überschritten hatte. D.h. aber auch, dass der klagenden Partei spätestens zu diesem Zeitpunkt auch bewusst war, zumindest konnte sie die Augen davor nicht verschließen, dass sie im Vorfeld des Vertragsabschlusses dann von Mag. Werner Penn unzutreffend über seine Befugnis informiert worden war.
- 5.3. Das jetzt auf die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungsverpflichtungen („*culpa in contrahendo*“) gestützte Schadenersatzbegehren ist daher spätestens seit April 2010 verjährt.

X. Compensandoeinwand

1. Einleitung

- 1.1. Sollte der von der klagenden Partei geltend gemachte Anspruch nicht bereits dem Grunde nach unberechtigt sein, wovon die Stadt Linz nach den oben geltend gemachten rechtsvernichtenden Einwendungen und Einreden ausgeht, so stehen ihr die unter den folgenden Punkten 2. und 3. geltend gemachten Schadenersatzansprüche zu, die sich der Höhe nach mit der Forderung der klagenden Partei decken bzw. diese übersteigen.

- 1.2. Die Stadt Linz wendet diese Ansprüche compensando gegen die Klagsforderung ein, soweit diese nach Ansicht des Gerichtes (noch) zu Recht bestehen sollte.

2. Schadenersatz wegen Verletzung von Aufklärungspflichten

- 2.1. Die von der Stadt Linz der klagenden Partei vorgeworfene Verletzung von Aufklärungspflichten (Punkt VII., 7.) macht die klagende Partei schadenersatzpflichtig und führt im Wege der Naturalrestitution zur Beseitigung des Swap-Geschäftes „*von der Wurzel her*“. Diese Beseitigung hat die Stadt Linz bereits in ihrer Klage vom 2. November 2011, 48 Cg 218/11k, geltend gemacht. Die Forderung wird im Rahmen dieser Klagebeantwortung (Punkt VII., 7.) wiederholt.
- 2.2. Sollte die Naturalrestitution nicht bereits dem Bestand des Anspruches der klagenden Partei entgegenstehen bzw. diesen beseitigt haben, so besitzt die Stadt Linz aus dem Titel der Verletzung von Beratungs- und Aufklärungspflichten auch noch Geldzahlungsansprüche. Diese sind der Höhe nach auf die Beseitigung des Vermögensschadens in Höhe der von der klagenden Partei geltend gemachten Forderungen gerichtet. Sie werden compensando gegen die Klagsforderung eingewandt.

3. Schadenersatz wegen Beteiligung der klagenden Partei an deliktischem Verhalten und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

- 3.1. Die Staatsanwaltschaft Linz ermittelt gegen Mag. Werner Penn zu StA 9 St 80/11z unter anderem wegen des Verdachts der Untreue (§ 153 Abs 1 und 2 StGB) zum Nachteil der Stadt Linz.
- 3.2. Wie schon ausgeführt (siehe oben zu Punkt VII. 3) konnte den Organen und Mitarbeitern der klagenden Partei nicht verborgen geblieben sein, dass es Gemeinden verwehrt ist, ihr Vermögen und künftige Steuergelder im Rahmen von Währungswetten mit unbegrenztem Risiko aufs Spiel zu setzen. Gleichwohl hat sie das Geschäft 4175 mit Mag. Werner Penn zum Nachteil der Stadt Linz abgeschlossen. Mag. Penn hat dieses Geschäft trotz **massiver Schieflagen offenbar unbeirrt weitergeführt**. Darin ist jedenfalls dann ein Befugnismissbrauch zu erblicken, wenn man bei Mag. Werner Penn fälschlich Vertretungsmacht unterstellt. Abgesehen davon nimmt der OGH in verschiedenen Konstellationen selbst dann einen Befugnismissbrauch i.S.d. § 153 StGB an, wenn der Täter als Scheinvertreter gehandelt hat. Ob Mag. Penn diesen Missbrauch wissentlich begangen und mit Schädigungsvorsatz gehandelt hat, ist Gegenstand des anhängigen Strafverfahrens. Die klagende Partei hat jedenfalls durchschaut, dass Mag. Werner Penn schon bei Abschluss des Swap-Geschäftes und auch bei dessen Abwicklung pflichtwidrig zum Nachteil der Stadt Linz gehandelt hat; sie hat diesen Umstand ausgenützt. Es ist daher nicht nur von einer Beteiligung an einem deliktischen Verhalten (§ 1301 ABGB), sondern auch von einer sittenwidrigen Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB durch die klagende Partei auszugehen.
- 3.3. Die klagende Partei ist daher auch aus §§ 1301, 1311 und § 1295 Abs 2 ABGB haftbar und hat den durch ihr deliktisches und sittenwidriges Verhalten verursachten Schaden zu erstatten. Dieser besteht zumindest in der Höhe der von der klagenden Partei geltend gemachten Forderung und wird gegen die Klagsforderung compensando eingewandt, so diese zu Recht bestehen sollten.

XI. Sonstige Einwendungen

1. Kein ersatzfähiger Schaden

- 1.1. Der von der klagenden Partei geltend gemachte Schaden ist – unabhängig vom Haftungsgrund – nicht ersatzfähig. Er ist keine adäquate Folge der in der Widerklage behaupteten Pflichtverletzungen. Es fehlt auch am Rechtswidrigkeitszusammenhang. Der Schaden resultiert aus Verträgen, welche die klagende Partei erst (teils lange) nach Abschluss des Swap-Geschäfts 4175 mit Dritten eingegangen ist (Hedge-Geschäfte). Die klagende Partei hat gegenüber Mag. Werner Penn vor Vertragsabschluss nicht zu erkennen gegeben, dass sie aufgrund des Swap hohe Verbindlichkeiten gegenüber Dritten eingehen werde (siehe bereits oben Punkt IV. 3.10.6 und V. 4.5.).
- 1.2. Teilt der Gläubiger dem Schuldner besondere Risiken der Nichterfüllung vertraglicher Pflichten erst nach Vertragsschluss mit, so kann dies auf den Inhalt des geschlossenen Vertrages keinen Einfluss haben (*Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 8c). Erst später erkennbare Umstände kann der Schuldner bei Eingehen der Verpflichtung nicht berücksichtigen. Sie dürfen ihm daher auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks des Vertrages zum Verhängnis werden (*Reischauer*, aaO § 1295 Rz 8b). Verfolgt der Gläubiger mit der bedungenen Leistung Interessen, die nicht mehr in der Leistung selbst liegen und daher vom üblichen Entgelt nicht abgedeckt werden, muss eine Zurechnung verneint werden (vgl. OGH 5 Ob 537/84, JBl 1986/105).
- 1.3. Der Klagsanspruch resultiert nicht aus dem (nach der Klagsbehauptung infolge Kündigung) unwirksamen Swap-Geschäft selbst (sie macht keine Vertragsspesen, entgangenen Zinsen oder Finanzierungskosten geltend), sondern aus den Kosten der Auflösung von mehreren hundert Verträgen, welche die klagende Partei nach Abschluss des Swap-Geschäfts eingegangen ist. Der diesbezügliche Schaden der klagenden Partei ist daher vom Schutzzweck des Swap-Geschäfts nicht erfasst. Somit fehlt es am Rechtswidrigkeitszusammenhang (dazu eingehend OGH 8 Ob 11/11t).

2. Die Höhe des Anspruches

- 2.1. Die klagende Partei leitet ihr auf Vertrag gestütztes Begehren der Höhe nach ausschließlich aus den §§ 8 und 9 des Rahmenvertrages über Finanztermingeschäfte vom 26. September 2006 ab.
- 2.2. Danach ist der Schaden „auf der Grundlage von unverzüglich abzuschließenden Ersatzgeschäften (zu ermitteln), die dazu führen, dass die ersatzberechtigte Partei alle Zahlungen und sonstigen Leistungen erhält, die ihr bei ordnungsgemäßer Vertragsabwicklung zugestanden wären“.
- 2.3. Macht die ersatzberechtigte Partei davon aber keinen Gebrauch, so kann sie (dem Vertrag gemäß) „denjenigen Betrag der Schadensberechnung zu Grunde zu legen, den sie für solche Ersatzgeschäfte auf der Grundlage von Zinssätzen, Terminalsätzen, Kursen, Marktpreisen, Indizes und sonstigen Wertmessern sowie Kosten und Auslagen zum Zeitpunkt der Absendung der Kündigung bzw. der Kenntniserlangung der Auflösungsgründe des § 7 Abs. 3 hätte aufwenden müssen“.

- 2.4. Vor diesem vertraglichen Hintergrund ist die von der klagenden Partei errechnete Forderung von € 404.691.565,68 nicht nachvollziehbar, das **Klagebegehren** ist daher insoweit **unschlüssig**. Klar ist jedenfalls, dass der klagenden Partei ein Anspruch, der über jene Grenzen hinausgeht, welche der Rahmenvertrag festgelegt hat, nicht zusteht. Die Stadt Linz behält sich eine weitere Bestreitung der Höhe des geltend gemachten Anspruches vor, sobald diese von der klagenden Partei ausreichend und nachvollziehbar spezifiziert worden ist.

3. Zinsenbegehren

- 3.1. Nach § 3 Abs 4 des Rahmenvertrages werden die Verzugszinsen zu dem Satz berechnet, der um den in § 12 Abs 2 des Vertrages festgelegten Zinszuschlag (Anm. 2 Prozentpunkte) über dem Zinssatz liegt, den erstklassige Banken für jeden Tag, für den diese Zinsen zu berechnen sind, untereinander für täglich fällige Einlagen berechnet (sogenannter „Euro Over Night Index Average“). Diesen Zinssatz hat die klagende Partei vor Verbesserung ihrer Klage auch tatsächlich geltend gemacht. Wäre sie der Meinung gewesen, dass ihr wahlweise auch die (aktuell wesentlich höheren) gesetzlichen Zinsen zustehen, hätte sie diese schon von Anfang an gefordert.
- 3.2. Die von der klagenden Partei in ihrer verbesserten Klage geltend gemachten Zinsen sind daher insoweit unberechtigt, als sie die nach § 3 Abs 4 des Rahmenvertrages zu berechnenden Zinsen übersteigen. Das ist der Fall, weil die nach dem Vertrag zu berechnenden Zinsen gegenwärtig im Durchschnitt bei rd. 2,7 % liegen.
- 3.3. Überdies können die von der klagenden Partei offenbar nach § 352 UGB verlangten Zinsen schon deshalb nicht gefordert werden, weil solche eine Forderung aus dem Betrieb eines Unternehmens voraussetzen; das Swap-Geschäft wurde aber nicht im Rahmen eines Unternehmensbetriebes der Stadt Linz geschlossen (*Kerschner in Jabornegg/Artmann, UGB³, § 343 Rz 7, 24*).
- 3.4. Die Stadt Linz ist auch nicht Unternehmer iS des § 1 UGB. Die nach § 352 nach dem vierten Hauptstück des UGB zu berechnenden Zinsen enthalten weitestgehend einer Konventionalstrafe entsprechende Elemente (*Reischauer in Rummel³, § 1333 Rz 9*). Sollte also das Gericht zur Ansicht kommen, dass der klagenden Partei tatsächlich Zinsen in der nach § 352 UGB zu berechnenden Höhe zustehen, so wird deren Minderung auf die gesetzlichen Zinsen nach § 1000 Abs 1 ABGB begehrt.

XII. Anträge der Stadt Linz

Die Stadt Linz b e a n t r a g t abschließend, die Klage der BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse AG vollinhaltlich und kostenpflichtig **abzuweisen**.

Die Stadt Linz wird die im gegenständlichen Schriftsatz erwähnten Beweisurkunden (abgesehen von den beigefügten Beilagen ./A und ./B) im Rahmen einer gesonderten Urkundenvorlage bei Gericht vorlegen, sofern kein anderweitiger spezifischer Auftrag des Gerichts ergeht.

Stadt Linz
(vertreten durch den Bürgermeister)