


KRAFT & WINTERNITZ
RECHTSANWÄLTE

AEV GKM-Einzug
ADVM-Code P130260
Girokonto-Nummer 23826606402
Bankleitzahl 12000

PER WEB-ERV

An das
Handelsgericht Wien

Marxergasse 1a
1030 Wien

Wien, am 2.11.2011
BWG35509/11 /5/14/729652

Klagende Partei:

Stadt Linz
(vertreten durch den Bürgermeister Dr. Franz Dobusch)
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.

Beklagte Partei:

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und
Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft, FN 205340x
Georg-Coch-Platz 2
1018 Wien

wegen:

Leistung: CHF 30.640.161,40 s.A.

K L A G E
(Anlegersache)

2-fach
1 HS

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Zuständigkeit	4
II.	Vorbemerkungen und Begriffe	4
1.	Vorbemerkungen	4
2.	Begriffsbestimmungen	5
III.	Chronologischer Sachverhalt	6
1.	Die Vorgeschichte zum Swap-Geschäft	6
1.1	Die Geschäftsbeziehung zur beklagten Partei	6
1.2	Finanzierungslage	6
1.3	Umschuldung und Sicherungsgeschäfte	7
2.	Die Genese und der Abschluss des Swap-Geschäfts 4175	8
2.1	Die ersten Angebote der beklagten Partei – Präsentation im August 2006	8
2.2	Empfehlung eines konkreten „Resettable CHF Linked Swap“ durch die beklagte Partei	9
2.3	(Einmalige) Ausschreibung eines Derivats durch die Stadt Linz durch den Finanzdirektor	9
2.4	Schreiben Mag. Werner Penn vom 13. September 2006	9
2.5	Der Rahmenvertrag vom 26. September 2006	10
2.6	Swap-Geschäft 3976	11
2.7	Vorgänge, die zum Swap-Geschäft 4175 führten	12
2.8	Der Abschluss des Swap-Geschäftes 4175	13
2.9	Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften durch die beklagte Partei	15
2.10	Sommer 2007: Schließen des Swap-Geschäfts 3976 / „Kundenüberlegung“ zu Swap- Geschäft 4175	16
3.	Nach Abschluss des Swap-Geschäftes 4175	17
3.1.	Vorbemerkungen	17
3.2.	Sitzung des Finanzausschusses am 6. September 2007	18
3.3.	Sitzung des Finanzausschusses am 15. Mai 2008	19
3.4.	Kontrollamtsbericht zum Rechnungsabschluss 2007	20
3.5.	Keine vorzeitige Schließung im Frühjahr 2008	20
3.6.	Die Kreditlinien für das Derivatgeschäft	21
3.7.	Die (erstmalige) Adressierung eines politischen Entscheidungsträgers	21
3.8.	Ständige Krediterhöhung durch die beklagte Partei	22
3.9.	Der Zeitraum bis zur Aufklärung der politischen Verantwortungsträger	23
4.	Die Befassung der Aufsichtsbehörde	26
4.1.	Einleitung	26
4.2.	Richtlinien des österreichischen Gemeindebundes	26
4.3.	Die Reaktionen der Aufsichtsbehörde	26
4.4.	Genehmigungsantrag durch die Stadt Linz	27
IV.	Natur des Swap-Geschäfts	28
1.	Allgemeines zu Swap Geschäften	28
2.	Rahmenbedingungen bei Abschluss des Swap-Geschäfts:	29
3.	Wirkung des Swap-Geschäfts 4175 auf die CHF-Anleihe	29
4.	Die eigentliche Struktur der Zinsbildungsformel/Verschreibung von zwanzig exotischen Währungsoptionen	30
5.	Negativer Marktwert des Swap 4175 bei Vertragsabschluss (negativer Anfangswert)	32
6.	Die Besonderheiten des Swap-Geschäfts 4175 im Überblick	32
7.	Kein Ausstiegsrecht der Stadt Linz	33
7.1.	Vertragliche Grundlagen	33
7.2.	Einvernehmliche Auflösung des Swap-Geschäftes	34

7.3.	Zusammenfassung.....	35
V.	Zahlenwerk	35
1.	Einnahmen des ordentlichen Voranschlags und Gesamtschuldendienst.....	35
2.	Zahlungen der beklagten Partei an die Stadt Linz.....	36
3.	Zahlungen der Stadt Linz an die beklagte Partei.....	36
4.	Saldierung von Zuflüssen und Abflüssen.....	37
VI.	Rechtliche Grundlagen der Klage	37
1.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Verstoßes gegen die kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften.....	37
1.1.	Die zivilrechtliche Ausgangslage.....	37
1.2.	Die Zuständigkeit des Bürgermeisters der Stadt Linz.....	37
1.3.	Die Zuständigkeit des Gemeinderats für den Abschluss des Swap-Geschäftes.....	38
1.4.	Fehlen eines Gemeinderatsbeschlusses für das Swap-Geschäft.....	39
1.5.	Fehlen einer Bedeckung für das Swap-Geschäft.....	40
1.6.	Fehlen der Unterschrift des Bürgermeisters und des Amtssiegels.....	40
1.7.	Schlussfolgerung.....	41
2.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Fehlens einer Genehmigung durch die Gemeindeaufsichtsbehörde.....	41
2.1.	Die Ausgangslage.....	41
2.2.	Genehmigungspflicht des Swap-Geschäftes 4175.....	41
2.3.	Zivilrechtliche Folge bei Fehlen der Genehmigung.....	42
3.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Evidenz des Vertretungsmissbrauchs.....	43
4.	Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Wuchers.....	45
5.	Anfechtung des Swap-Geschäftes wegen „laesio enormis“.....	46
6.	Anfechtung des Swap-Geschäftes wegen List und Irrtums.....	46
7.	Schadenersatz wegen Verletzung der Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996.....	47
7.1.	Grundsätzliches.....	47
7.2.	Zur Anwendbarkeit der Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996.....	47
7.3.	Verstoß der beklagten Partei gegen das Gebot zur umfassenden Wahrung der Kundeninteressen.....	47
7.4.	Verletzung der Aufklärungspflicht über Interessenskonflikte auf Seiten der beklagten Partei bei Vertragsabschluss.....	49
7.5.	Verletzung der Aufklärungspflicht über die Marginpflicht beim gegenständlichen Swap-Geschäft.....	50
7.6.	Ersatz des Vertrauensschadens.....	51
8.	Schadenersatz wegen Beteiligung der beklagten Partei an deliktischem Verhalten und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung.....	51
9.	Anspruch auf Rückzahlung bzw auf Rückersatz.....	52
VII.	Urteilsbegehren	53

KLAGE

I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich sachlich aus § 51 Abs 1 Z 1 JN und örtlich aus § 75 Abs 1 JN. Die BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft (im Folgenden „beklagte Partei“) ist Unternehmerin, der Geschäftssitz der beklagten Partei liegt im Sprengel des Handelsgerichtes Wien.

Die gegenständliche Klage betrifft Ansprüche im Zusammenhang mit Derivatgeschäften (Finanzinstrumente gemäß § 1 Z 6 lit d WAG 2007). Die Stadt Linz ist geschädigte Anlegerin, die beklagte Partei hat das Derivatgeschäft angeboten und strukturiert.

Beweis: offenes Firmenbuch.

II. Vorbemerkungen und Begriffe

1. Vorbemerkungen

- 1.1. Zwecks besserer Lesbarkeit wird die klagende Partei im Text der Klagsschrift kurz mit „Stadt Linz“ bezeichnet.
- 1.2. Der vorliegende Streitfall betrifft ein **Derivatgeschäft**. Konkret handelt es sich um das Geschäft vom 12. Februar 2007 mit der von der beklagten Partei vergebenen Ref.Nr. 4175 (nachstehend auch kurz „**Swap-Geschäft**“).
- 1.3. Die beklagte 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 beklagten Partei zuletzt vorgelegten Bewertung hatte es am 30. September 2011 einen für die Stadt Linz **negativen Wert** von **EUR 345.618.510,98**, nachdem die beklagte Partei zuvor bereits einmal einen **negativen Wert** von **EUR 489.016.132,61** (Stichtag 29. Juli 2011) mitgeteilt hatte. 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.
- 1.4. 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 beklagte 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 beklagten Partei und Mag. Werner Penn, dass die Derivatgeschäfte weiterhin ausschließlich mit Mag. Werner Penn zu behandeln seien.
- 1.5. 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 kurze schriftliche Stellungnahme einzubringen. Die Stadt Linz ist daher

im Rahmen der Klagsführung vor allem auf die Unterlagen angewiesen, die im Bereich der Finanzdirektion vorliegen und die von der beklagten Partei im Strafverfahren vorgelegt worden sind. Die Stadt Linz behält sich eine Ergänzung und Modifikation ihres Sachvortrages mit Rücksicht auf diese besonderen Umstände vor.

Beweise: Beizuschaffender Straftakt 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 4175 durch die BAWAG P.S.K. zum 29.7.2011 und 30.9.2011.

2. Begriffsbestimmungen

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

- 2.1. Derivatgeschäft: Finanzinstrumente gemäß § 1 Abs 1 Z 7 lit c und d BWG 1996.
- 2.2. Finanzausschuss: Ausschuss, der vom Gemeinderat nach § 40 StL 1992 zur Vorberatung von Finanzangelegenheiten eingerichtet wurde.
- 2.3. Finanzierungen: von der Stadt Linz aufgenommene Darlehen/Kredite unbeschadet der juristischen Form und Währung, also auch begebene Anleihen.
- 2.4. Einzelgeschäftsbestätigung/Confirmation: schriftliche Bestätigung des Vertragsabschlusses über ein Derivatgeschäft im allgemeinen und über das Swap Geschäft 4175 vom 12. Februar 2007 im Speziellen.
- 2.5. h.g.: hier gerichtliches Verfahren.
- 2.6. Kontrollamt: hat die Gebarung des Magistrats in Bezug auf die rechnerische Richtigkeit sowie auf die Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen.
- 2.7. Rahmenvertrag: Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte zwischen der beklagten Partei und der klagenden Partei vom 26. September 2006.
- 2.8. Swap-Geschäft: Derivatgeschäft abgeschlossen zwischen der beklagten Partei und dem vormaligen Finanzdirektor der Stadt Linz mit der Referenznummer 4175 vom 12. Februar 2007;
- 2.9. StL 1992: Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992, LGBl 7/1992.
- 2.10. Strafverfahren: Ermittlungsverfahren der StA Linz zu GZ zu 9 St 80/11z gegen Mag. Werner Penn u.a.

III. Chronologischer Sachverhalt

1. Die Vorgeschichte zum Swap-Geschäft

1.1 Die Geschäftsbeziehung zur beklagten Partei

1.1.1 Die Geschäftsbeziehungen zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei reichen bis Ende der 70er Jahre des vorangehenden Jahrhunderts zurück. Die beklagte 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 beklagte Partei die **besonderen Beschlussfassungserfordernisse von Kommunen**. Sie hat unter anderem auf eine Unterfertigung durch den Bürgermeister samt Rundsiegel Wert gelegt. Der beklagten 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 beklagten 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 1.2.2) ersetzen. An dieser Ausschreibung beteiligte sich auch die beklagte 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 auch keine Derivate wie z.B. Optionen.

Beweise: Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der klagenden Partei.

1.3 Umschuldung und Sicherungsgeschäfte

- 1.3.1 Am 13. Mai 2004 schlug die Stadtkämmerei dem Gemeinderat der Stadt Linz die Fassung folgender Beschlüsse vor, und zwar:

„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 Begründend heißt es dazu im Amtsbericht: (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 bezog sich darauf, Vorkehrungen zur Umschuldung der mit Oktober 2005 fällig werdenden Finanzierung (Anleihe) in Schweizer Franken in Höhe von 150 Mio. zu treffen. Tatsächlich ist diese Umschuldung im Oktober 2005 in eine gleiche Währung (CHF), allerdings zu besseren Konditionen – nach Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung für diese Konditionen – erfolgt (oben 1.2.3). Mit dem zweiten Punkt des Beschlusses waren – bezogen auf bereits bestehende Fremdwährungsfinanzierungen – **marktübliche Absicherungsmaßnahmen** gemeint. Der 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.

- 1.3.4 Der Gemeinderat der Stadt Linz fasste am 3. Juni 2004 auf Grundlage des Amtsberichtes und der zitierten Anträge der Stadtkämmerei die beiden genannten Beschlüsse.
- 1.3.5 Zwei Jahre später, konkret am 4. Mai 2006 schlug der Finanzdirektor 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 wird ein Zinsswap in Fixzins überlegt, das heißt, daß der derzeit variable Zinssatz gegen einen festen Zinssatz getauscht wird.*“

Beweise: Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13.5.2004;
Schuldverschreibung der Stadt Linz (Anleihe) vom 6.10.2005;
Finanzausschussbericht der Sitzung vom 4.5.2006;
Berichte zum „*Debt- Management*“ im Zeitraum von 2002 bis 2005;
Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der klagenden Partei.

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

2.1 Die ersten Angebote der beklagten Partei – Präsentation im August 2006

- 2.1.1 Im August 2006 unterbreitete die beklagte 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.
- 2.1.2 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 beklagte Partei weitere Arten von Absicherungsgeschäften in inländischer Währung und in Schweizer Franken etwa in Gestalt einer Zinsobergrenze („*Cap*“) vor. Die einschlägige Präsentationsunterlage der beklagten 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 IV, 4.4); Fremdwährung war der Schweizer Franken.
- 2.1.3 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 IV, 4.4).

2.1.4 Die beklagte 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. 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.

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

Am 4. September 2006 bot die beklagte Partei zur Zinssicherung nur mehr den „Resettable CHF Linked Swap“ konkret an. Dieses Geschäft war seiner Art und Struktur nach entsprechend dem Vorschlag der beklagten 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.

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

2.3.1 Entgegen den von der beklagten 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 beklagte 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 beklagte 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 dem Bürgermeister der Stadt Linz und dem Finanzstadtrat seine Empfehlung, eine „Zinsabsicherung“ 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 „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 beklagte 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 beklagte Partei hat noch am selben Tag mit Mag. Werner Penn das Swap-Geschäft 3976 abgeschlossen (unten 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).

2.6 Swap-Geschäft 3976

- 2.6.1 Am 26. September 2006 schlossen der Finanzdirektor der Stadt Linz Mag. Werner Penn und die beklagte Partei nach einer noch am 22. September 2006 unterbreiteten Änderung des ursprünglichen Angebots vom 4. September 2006 den *Resettable CHF Linked Swap* ab. 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 III, 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.
- 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 – EZB-Fixing): (EZB-Fixing) dargestellt. Diese Formel beschreibt exotische Währungsoptionen mit unbegrenztem Verlustrisiko für den Kunden (unten zu Punkt IV, 4.). Das Geschäft ist daher hochgradig riskant.
- 2.6.4 Selbst zu diesem Zeitpunkt hatte die beklagte 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.
- 2.6.5 Ein Mitarbeiter der beklagten Partei verfasste im zeitlichen Zusammenhang mit dem Abschluss am 27. September 2006 einen Kreditantrag an den Vorstand der beklagten 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 VI, 7.5.4) ersetzt werden. Es handelte sich materiell betrachtet um einen reinen **Spekulationskredit**. Die beklagte Partei hat in der Folge den bereits bestehenden Kreditrahmen für Überziehungen in Höhe von € 72 Mio. auf € 62 Mio. gekürzt, zumal € 10 Mio. dem neuen „*Derivatlimit*“ 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 III, 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 beklagte Partei der Stadt Linz an, ein variabel (nämlich auf den LIBOR bezogenes) verzinstes Anleihevolumen von CHF 149 Mio. in Form eines Swap bei einem fixen Zinssatz von 2,7 % abzusichern; damit sollte das Risiko der Stadt Linz gegen ein unkontrollierbares Steigen des LIBOR-Zinssatzes beseitigt werden. Nach den zur Verfügung stehenden Unterlagen drehten sich in diesem Zeitraum die Gespräche zwischen Mag. Werner Penn und der beklagten Partei tatsächlich nur um ein Absicherungsgeschäft, welches die Stadt Linz gegen diese Risiken schützen sollte. Mag. Werner Penn antwortet auch auf dieses Angebot der beklagten 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 beklagten 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 beklagte Partei mit: „Leider sind wir noch immer nicht in der Nähe von 2,50 % gerückt“.
- 2.7.3 Mag. Werner Penn und die beklagte 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 IV, 4. und 6.). Eingeleitet wird dieser Vorschlag der beklagten 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 beklagte Partei damit ein Spekulationsgeschäft an.

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 beklagten 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 beklagten Partei verwendete Formel für einen „*Resettable CHF Linked Swap*“ in Kombination mit einem Fixzins.
- 2.8.2 Am 6. Februar 2007 informierten Mitarbeiter der beklagten Partei jedenfalls den Vorstand der beklagten Partei davon folgendermaßen: *„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 beklagten 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 III, 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 internen Warnhinweise bei der beklagten Partei blieben aber offenbar unbeachtet. Weder der Stadtsenat noch der Gemeinderat wurden eingebunden. Auch die Vorgaben durch das sehr restriktive kommunale Haushaltsrecht hielten die beklagte Partei nicht davon ab, der Stadt Linz mit dem Swap 4175 ein exotisches Derivat anzubieten.
- 2.8.4 Obgleich es im Zeitraum zwischen 1. Februar und dem schlussendlich mündlichen Abschluss des Swap-Geschäftes zahlreiche Gespräche mit Mag. Werner Penn gab, erfüllte die beklagte Partei nicht einmal die minimalsten Voraussetzungen, die an eine bankfachlich korrekte Aufklärung über die zentralen Risiken des Geschäftes gestellt werden. Der beklagten 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. In einer Gesprächsnotiz der beklagten 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 beklagten Partei bekannt sein musste.

- 2.8.5 Wie die „*Aufklärung*“ der beklagten Partei tatsächlich aussah, ersieht man aus einer von der beklagten Partei im Strafverfahren vorgelegten Tonbandabschrift zu einem Telefongespräch, das Iris Sahinoglu, eine vormalige Mitarbeiterin der beklagten Partei, am 1. Februar 2007 mit Mag. Werner Penn geführt hat:

01.02.2007 15.10.54 Telefonat Sahinoglu/Penn

S: *??lich ... lacht ... daß sie da einen anderen gehabt haben, oder?*
 P: *Lacht. Ja, ja, genau.*
 S: *Nach auf jeden Fall na ... ich mein das einzige auf was ich sag ich einmal hinweisen muß ist natürlich.*

01.02.2007 15.11.03 Telefonat Sahinoglu/Penn

S: *.. wenn die Euro Schweiz runtergeht ja...*
 P: *Ja.*
 S: *.. also wo ich mein 46 wie auch immer ja..*
 P: *Ja*
 S: *.. dann*

01.02.2007 15.11.13 Telefonat Sahinoglu/Penn

S: *.. weil ja der Kredit sozusagen schlechter bewertet wird..*
 P: *Mhm*
 S: *.. weil ja der Kurs runter...*

01.02.2007 15.11.20 Telefonat Sahinoglu/Penn

S: *.. runtergeht Konditionen ja auch..*
 P: *Mhm*
 S: *sozusagen runtergehen. ins Minus gehen. Aber gut, ich mein, das ist eine Sache ..*

01.02.2007 15.11.29 Telefonat Sahinoglu/Penn

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 ..“*

- 2.8.6 Am 12. Februar 2007 schließt Mag. Werner Penn mit der beklagten 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.

2.8.7 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 beklagte 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:

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

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

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

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. Aus dieser Formel lassen sich die von der beklagten Partei der Stadt Linz verrechneten Zinsen keinesfalls ableiten.

2.9 Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschriften durch die beklagte Partei

2.9.1 Schon der Kreditantrag der beklagten Partei vom 27. September 2006 enthält eine Beschreibung der Stadt Linz als Kreditnehmer im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Kreditrahmens für Derivatgeschäfte und den ausdrücklichen Hinweis: „*Alle größeren Finanzentscheidungen müssen vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden:*“ Die beklagte 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 beklagte Partei nicht dafür, ob zu diesen Geschäften eine Beschlussfassung durch den Gemeinderat vorliegt.

Erst am 26. April 2007 – also mehr als zwei Monate **nach** Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 – wendet sich ein Mitarbeiter der beklagten 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“

- 2.9.2 Die beklagte Partei unternahm in der Folge nichts, um sicher zu stellen, dass das Geschäft tatsächlich vom Gemeinderat genehmigt war oder wird.
- 2.10 Sommer 2007: Schließen des Swap-Geschäfts 3976 / „Kundenüberlegung“ zu Swap-Geschäft 4175
- 2.10.1 Die beklagte Partei übermittelte mit Stichtag 30. Juni 2007 Mag. Werner Penn erstmals eine Bewertung des Swaps 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 beklagten Partei einvernehmlich geschlossen. Die diesbezügliche Urkunde vom 20. Juli 2007 hat auf Seiten der Stadt nur Mag. Penn gefertigt.
- 2.10.3 Aus Anlass der Schließung des ersten Swap-Geschäftes wurde offenbar zwischen Mag. Werner Penn und der beklagten Partei auch eine Schließung des Swap-Geschäftes 4175 ernsthaft in Betracht gezogen. Obwohl die Bewertung der beklagten 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 beklagten Partei 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“.
- 2.10.4 Im Oktober 2007 (Einzelabschlussbestätigung vom 16. Oktober 2007) wurde das Swap-Geschäft 4175 nur in einem Detail geändert: Die beklagte Partei sollte direkt an die Kommunalkredit AG zahlen und nicht mehr an die Stadt Linz, offenbar um auch den Zahlungsfluss mit der CHF Anleihe direkt zu synchronisieren.

Beweisc: 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;
Rahmenvertrag vom 29.6.2006;
Absicherungsvorschläge der BAWAG P.S.K. vom 9.8.2006 samt

Erläuterungen und grafische Darstellungen;
 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;
 Korrespondenz um eine mögliche vorzeitige Schließung aus Juli 2007;
 Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens insbesondere über die Struktur des Swap 4175 und die sich aus derselben ergebenden spezifischen Risiken;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, 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 bewiesen wird (siehe unten Punkt VI) – 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 Begründung des Klagsanspruchs irrelevant. Um allerdings dem Gericht in Erwartung der Klagebeantwortung ein vollständiges Bild über die nachfolgenden Geschehnisse zu geben, wird auch auf diese eingegangen.
- 3.1.2. Dabei ist allerdings hervorzuheben, dass im Grunde die Organträger der Stadt Linz über das Swap-Geschäft und dessen weitere Entwicklung – wenn überhaupt – nur im Wege des Finanzausschusses und dort nur in sehr verschleiender und unvollständiger Weise vom ehemaligen Finanzdirektor Mag. Werner Penn informiert worden sind. Die Gründe dafür sind bislang noch nicht aufgeklärt. Fest steht nur, dass Mag. Werner Penn die zuständigen Organen 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 beklagten 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 als Risikoindikator nicht verstanden.
- 3.1.3. Auch die beklagte Partei hatte erkennbar – trotz massiver interner Warnsignale –

kein gesteigertes Interesse daran, 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 Versuche 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 ein ebenfalls bei der beklagten Partei im Juli 2007 abgeschlossenes Zinstauschgeschäft über ein Volumen von € 10 Mio. 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 beklagten Partei am 26. September 2006 geschlossenen 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 beklagte 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 eine 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 mündlich mit der beklagten Partei am 12. Februar 2007 abschloss, berichtete er dem Finanzausschuss folgendermaßen:

„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.“

- 3.2.6. Dass es kurze Zeit vorher, nämlich im Juli 2007, Gespräche mit der beklagten Partei um eine Schließung des Swap-Geschäftes 4175 gegeben habe, ließ Mag. Werner Penn unerwähnt. Aus diesem Grunde ist es für die Stadt Linz auch nicht nachvollziehbar, weshalb Mag. Werner Penn damals von einer Schließung trotz des zu diesem Zeitpunkt (nach der Bewertung der beklagten Partei) hohen positiven Werts zu Gunsten der Stadt Linz Abstand genommen hat.

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. Aus den Absicherungsmaßnahmen 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. 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 – wiederum ausgehend vom historischen Höchststand des Wechselkurses 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. Kontrollamtsbericht zum Rechnungsabschluss 2007

- 3.4.1. Der von Mag. Werner Penn dem Finanzausschuss vorgelegte Bericht über Maßnahmen des Debt-Managements vom 21. April 2008 (siehe oben Punkt III, 3.3.1.) hat auch Eingang in den Kontrollamtsbericht zum Rechnungsabschluss 2007 gefunden. Zu den im Jahr 2007 aus Derivatgeschäften vereinnahmten Beträgen wird in diesem Bericht festgehalten: *„Die Einnahmen aus den Zinssicherungsgeschäften 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 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.“*
- 3.4.2. Der zitierte Hinweis auf mögliche „Ausgleichszahlungen“ erfolgte deswegen nur am Rande, weil das Kontrollamt der Stadt Linz den Bericht von Mag. Penn als Grundlage hatte und daraus – ebenso wie die Mitglieder des Finanzausschusses – nicht entnehmen konnte, wie hochgradig riskant das Swap-Geschäft 4175 strukturiert ist.

3.5. Keine vorzeitige Schließung im Frühjahr 2008

- 3.5.1. Es ist davon auszugehen, dass Mag. Werner Penn bei Erstattung seines Berichtes an den Finanzausschuss am 15. Mai 2008 den aktuellen 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. Restrukturierungsvorschläge oder Absicherungsgeschäften, die die beklagte Partei Mag. Werner Penn nach ihrer Darstellung bereits vorgeschlagen hatte, wurden von Mag. Werner Penn dem Finanzausschuss nicht berichtet.
- 3.5.2. Der negative Wert des Swap 4175 hat sich allerdings offenbar – folgt man den Unterlagen der beklagten Partei – in den Monaten April und Mai 2008 (wenn auch nur vorübergehend) „gedreht“: Der Marktwert – oder zumindest jener Wert, den die

beklagte Partei auswies – betrug in diesen Monaten zu Gunsten der Stadt Linz € 1,9 Mio. bzw. € 3,02 Mio.

- 3.5.3. Hatte sich die beklagte Partei – zumindest nach ihrer Darstellung im Strafverfahren – 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:

„Sehr geehrter Hr. Mag. Penn!

Herzliche Dank für den angenehmen Termin!

*Die EZB hat heute EURCHF mit 1,5808 fixiert! Somit **kein Anpassungsrisiko** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) beim EURCHF Resettable!“*

3.6. Die Kreditlinien für das Derivatgeschäft

- 3.6.1. Die beklagte 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 2.6.5). Am 16. September 2008 hält die beklagte 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.
- 3.6.2. Am 14. Oktober 2008 stellt der zuständige Referent bei der beklagten 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 Überziehung bestehe, da aktuell rd. € 39,2 Mio. von der Stadt Linz für Derivatgeschäfte ausgenützt seien, während der Rahmen bei € 35 Mio. liege.
- 3.6.3. Am 25. November 2008 wird bei der beklagten 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.
- 3.6.4. Der von der beklagten 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 der Stadt Linz wurden alle diese Vorgänge verborgen gehalten.

3.7. Die (erstmalige) Adressierung eines politischen Entscheidungsträgers

- 3.7.1. Die beklagte Partei trat am 5. November 2008 offenbar mit dem Vorschlag nach einer teilweisen Absicherung des bereits in schwerer Schieflage befindlichen Swap-

Geschäftes wiederum an Mag. Werner Penn heran. Mario Tieff, ein Mitarbeiter der beklagten 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 ...“.

- 3.7.2. Diesem Schreiben war ein Gespräch mit Mag. Werner Penn am 4. November 2008 vorausgegangen, über deren Inhalt die beklagte Partei in der Gesprächsnotiz vom 7. November 2008 unter anderem festhielt:

*„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).“*

- 3.7.3. 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 („Cc“). Trotz der von der beklagten 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.“*
- 3.7.4. 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.

3.8. Ständige Krediterhöhung durch die beklagte Partei

- 3.8.1. Am 9. Februar 2009 vermerkt die beklagte Partei, 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 beklagten*

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“.

- 3.8.2. 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“.
- 3.8.3. Die Stadt Linz hatte mangels jedweder Informationen durch die beklagte Partei nach wie vor keine Ahnung von diesen Vorgängen. Es kann nur vermutet werden, dass sich die beklagte Partei „angesichts der guten Bonität der Stadt Linz“ entschlossen hatte, weiter Gewinn aus dem Geschäft zu ziehen, in dem 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 sogar noch hinaus (siehe dazu im Einzelnen unten zu Punkt IV, 4.).
- 3.8.4. Am 29. Juli 2010 gab der Vorstand einem Kreditantrag Folge, mit dem der Kredit für das Derivatgeschäft von € 120 Mio. um € 80 Mio. auf € 200 Mio. erhöht wurde; die beklagte Partei ging davon aus, dass zum damaligen Zeitpunkt von diesem Kredit rd. € 145 Mio. verbraucht waren.
- 3.8.5. Im September 2010 gab es bei der beklagten 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 beklagte Partei selbst trocken fest, dass „keine Ausstiegsstrategie für das Treasury Produkt möglich (sei)“.
- 3.8.6. 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.

3.9. Der Zeitraum bis zur Aufklärung der politischen Verantwortungsträger

- 3.9.1. 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. 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 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 erfahren hatten) wird erstmals auf einen möglichen höheren Zinssatz, den er mit maximal 9,979 % beziffert, hingewiesen.

- 3.9.2. 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 beklagte Partei gewesen. Dennoch kamen die Vertreter der beklagten Partei in einem Gespräch am 23. November 2009 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.“*
- 3.9.3. 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 beklagten 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 beklagten 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.
- 3.9.4. Bemerkenswert dazu – weil nicht den Tatsachen entsprechend – sind allerdings die Ausführungen von Dr. Regina Prehofer (damals Mitglied des Vorstandes der beklagten 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 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.“*
- 3.9.5. Nun steht aber fest, dass die beklagte 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 beklagten Partei Mag. Werner Penn gewesen ist. Die beklagte Partei erkannte schon lange, dass dieser ganz offensichtlich einer schweren Fehleinschätzung der Situation unterlegen war.

- 3.9.6. Was die im Schreiben angesprochene „*Zwangslage*“ der beklagten 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 beklagte Partei das Swap-Geschäft selbst strukturiert und daran maßgeblich verdient hat (siehe dazu im Einzelnen zu Punkt IV, 4. und 5.). Wie aus einem internen Memorandum der beklagten Partei vom 25. August 2010 hervorgeht, hat diese das Swap-Geschäft zweigeteilt. In einem ersten Teil wurden „Plain Vanilla“ EUR/CHF Devisenoptionen an andere Banken gehedgt. Der sich aus der spezifischen Formel ergebende zusätzliche Hebel (das Zahlungsprofil der Formel bringt mehr Zufluss an die beklagte Partei als aus den gehedgten Plain Vanilla Optionen zu zahlen ist) wurde von der beklagten 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 beklagten Partei hat sie also die („*10fach gehebelte*“ – so die bankinterne [!] Einschätzung, Strafakt 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 beklagte Partei 224 Optionen verkauft.

Beweise: 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.
 E-Mail Mag. Herbert Auer (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 11.4.2008;
 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 Dr. 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;
 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 klagenden Partei;
 Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der klagenden Partei.

4. Die Befassung der Aufsichtsbehörde

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. Im Hinblick auf die oben angesprochenen überörtlichen Interessen hat der österreichische Gemeindebund Richtlinien zum Finanzierungs- und Veranlagungsmanagement durch die Gemeinden herausgegeben. Diese wurden in Zusammenarbeit mit dem Präsidenten des Staatsschuldenausschusses Prof. Dr. Bernhard Felderer, der Finanzmarktaufsicht, dem Rechnungshof und der Kammer der Wirtschaftstreuhandler entwickelt und 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 dazu wörtlich: „*Derivative Finanzinstrumente dürfen nur eingesetzt werden, wenn sie mit einem Grundgeschäft verbunden sind (konnexe derivative Finanzinstrumente) und die Risikovermindung 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 – entspricht. 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 eine **singuläre** verschriebene Option wäre demnach wider die Richtlinien gewesen. Im vorliegenden Fall wurde das Volumen des Swap-Geschäfts gleich **10 mal (!)** über Optionen verschrieben.

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 (Josef Ackerl und 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 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 beklagten 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 Genehmigung erteilt werden könne.

Beweise: 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.

IV. Natur des Swap-Geschäfts

1. Allgemeines zu Swap-Geschäften

- 1.1. Die beklagte 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 Strafakt 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 beklagten Partei zu Varianten zur Finanzierungsoptimierung vom 9. August 2006;

Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- Börseswesens insbesondere zum Charakter von Swap Geschäften.

2. Rahmenbedingungen bei Abschluss des Swap-Geschäfts

- 2.1. Die beklagte 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. Die beklagte Partei hatte demgemäß zu jedem Zeitpunkt – so auch vor und bei Abschluss des Swapgeschäfts – einen **enormen Informationsvorsprung** (Informationsasymmetrie).
- 2.2. Das Geschäft wurde „OTC“ (das heißt engl. „over the counter“) – 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 **beklagten Partei strukturiert und kalkuliert worden**. Das gilt auch für die währungsabhängige Zinsbildungsformel (sog. „FX Adjustment“; siehe dazu bereits oben zu Punkt III, 2.6. und 2.8.). Bereits in einer Präsentation der beklagten 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 beklagte Partei hat Mag. Werner Penn das Swap Geschäfts 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 beklagten Partei von Mag. Werner Penn (ohne Beschlussfassung oder auch nur Information des Gemeinderates, siehe dazu oben zu Punkt III, 2.8.) via Email (!) auch angenommen. Auf allfällige „Beratungsausschlüsse“ kann sich die beklagte Partei nicht berufen, weil sie – wie in den Unterlagen mannigfaltig dokumentiert – **tatsächlich beratend tätig geworden ist**.

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 beklagte 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 beklagte 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 wechsellkursabhängiger 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 beklagten 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 ($1,54 - \text{EZB Fixing}$); die Differenz zum „Strike“ wird größer). Gleichzeitig **sinkt** aber der Nenner ($1/\text{EZB Fixing}$). 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 beklagten Partei bestimmtes – Memorandum vom 24.8.2010 (Strafakt ON 38, Blg. 8.10) bestätigt. Hier sieht man anhand der von der beklagten Partei gewählten Hedgestruktur, wie die beklagte Partei den Swap 4175 strukturiert hat: *„The FX-component can be separated 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 $(195,000,000 \cdot 0,5/1,54 \cdot (1,54/\text{Spot} - 1))$. 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.“*
- 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.

Beweise: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens insbesondere zur Wirkungsweise der spezifischen Zinsbildungsformel des Swap-Geschäfts;
bankinternes Memorandum der beklagten 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 beklagten 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 beklagten 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 beklagte 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.

Beweise: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens, insbesondere zum Marktwert des Swap-Geschäftes bei Abschluss; bankinternes Memorandum der beklagten 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 beklagte 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 VI, 6.5.) erforderlich.
- 6.5. Das Risiko aus dem Swap-Geschäft ist voll schlagend geworden. Nach einer von der beklagten Partei versandten Bewertung des Geschäfts hat es zum Stichtag 29. Juli 2011 einen **Negativwert EUR 489.016.132,61** aufgewiesen. Die letzte von der beklagten 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.

Beweise: 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. Zusage 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 beklagten 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.

7.2. Einvernehmliche Auflösung des Swap-Geschäftes

- 7.2.1. Mangels ordentlichem Kündigungsrecht war also eine Vertragsbeendigung vor Zeitablauf nur mit Zustimmung der beklagten Partei möglich, wobei die Beendigungsbedingungen in deren Belieben gestellt waren. Es war die beklagte Partei, die durch den ständigen Weiterverkauf von Optionen auf dieses Geschäft (bis zuletzt wurden mehr als 200 Optionen von der beklagten Partei an Dritte „*verschrieben*“) die Bedingungen für dessen einvernehmliche Auflösung kontinuierlich erschwert hat.
- 7.2.2. Wie undurchsichtig und aleatorisch die Haltung der beklagten 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 beklagte 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 beklagten Partei vorgelegte Bewertung des Swap-Geschäftes klar zu Gunsten der Stadt Linz positiv gewesen ist (Sachverhaltsdarstellung der beklagten Partei im Strafverfahren ON 37, Seite 45 [Punkt 4.12]), wurde über die Möglichkeit einer einvernehmlichen Auflösung des Swap-Geschäftes gesprochen. Im Protokoll über diese Besprechung 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 beklagte 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 beklagten Partei: Das Swap-Geschäft hatte nach der Berechnung der beklagten 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 beklagte 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 beklagte 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 (sic!).

7.3. Zusammenfassung

- 7.3.1. 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 beklagten Partei möglich. Dabei hat es die beklagte 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.

Beweise: Rahmenvertrag vom 26.09.2006;
 Einzelabschlussbestätigungen samt Änderung des Swap 4175 vom 16.2.2007 und 16.10.2007;
 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;
 Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börseswesens, insbesondere zur Wirkung von Hedgeschäften auf die Bewertung.

V. 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			Gesamt
		Zinsen	Tilgungen	Tilgungsrücklage gem. § 58 S. 2 StL 1992	
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 der beklagten Partei an die Stadt Linz

Im Rahmen des Swap-Geschäftes 4175 erbrachte die beklagte 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

3. Zahlungen der Stadt Linz an die beklagte Partei

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

Die wiedergegebenen Zahlungen sind bereits der Saldo der wechselseitigen Zahlungspflichten aus dem Swap. Es handelt sich also um das **Nettoergebnis**. Die letzten beiden Zahlungen 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 saldiertes Überschuss für die beklagte Partei von € 19.949.393,03, den die Stadt Linz allerdings nicht mehr bezahlt hat.

4. Saldierung von Zuflüssen und Abflüssen

Insgesamt hat die beklagte Partei, wie oben zu Punkt V, 2. dargestellt, CHF 10.141.790,10 bzw. EUR 6.419.907,01 bezahlt. Dem standen, wie oben zu Punkt V, 3. ausgewiesen, durch die Finanz- und Vermögensverwaltung veranlasste Zahlungen von CHF 40.781.951,50 bzw. EUR 30.636.770,41 gegenüber. Somit ergibt sich ein saldiertes Zahlungsüberhang von CHF 30.640.161,40 bzw. EUR 24.216.863,40, der den Gegenstand der Klage bildet.

Beweise: 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;
Mag. Joachim Arbeithuber, Beamter, als Zeuge, p.A. der klagenden Partei;
Dr. Christian Schmid, Beamter, als Zeuge, p.A. der klagenden Partei.

VI. Rechtliche Grundlagen der Klage

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 beklagte Partei der Stadt Linz einen eigenen Kredit einräumen; der Kreditrahmen dafür betrug ursprünglich € 25 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 beklagte 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:

"Die FVV (Anm: Finanz- und Vermögensverwaltung) wird ermächtigt, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften 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. Das zeigt sich schon daran, dass solche Geschäfte nicht innerhalb geregelter Märkte, also vor allem nicht an der Börse, sondern „OTC“ gehandelt werden. Zudem sind sie nach den Richtlinien des Österreichischen Gemeindebundes überhaupt unzulässig. Devisenoptionsgeschäfte, die einer Gemeinde die Rolle des Optionsgebers (Stillhalters) zuweisen, sind auch nicht geeignet, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren. Erklärtes Ziel des Gemeinderates war es, das Fremdwährungsrisiko aus der bestehenden Finanzierung abzusichern. Dadurch sollte eine Verbesserung im Vergleich zur Ausgangslage erreicht werden. Der Swap 4175 hat dagegen das Fremdwährungsrisiko von Anfang an potenziert. Er hat daher eine Verschlechterung des Fremdfinanzierungsportfolios mit sich gebracht.

- 1.4.4. 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 Bedeckung für das Swap-Geschäft

1.5.1. 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 2.1.1. und 2.2.4.), 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.

1.5.2. 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.

1.5.3. 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.

1.6. 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 1.3), sind sie vom Bürgermeister persönlich zu unterfertigen und danach mit dem Rundsiegel zu versehen (§ 66 Abs 1 StL 1992; siehe oben 1.3). Auch dieses Erfordernis ist beim Swap-Geschäft nicht erfüllt.

1.7. Schlussfolgerung

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 beklagten Partei unwirksam.

Beweise: Rahmenvertrag vom 26.09.2006;
Einzelabschlussbestätigungen samt Änderung des Swap 4175 vom 16.2.2007 und 16.10.2007.

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 Voranschlages 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 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.

- 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 beklagte Partei hat der Stadt Linz mit Abschluss des Swap-Geschäftes Kredit in Form einer sogenannten *„Derivatlinie“* eingeräumt. Auch in der Folge sah sich die beklagte 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 berücksichtigen 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 V, 1.2.). 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 III, 4.3.2).

Beweise: 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 Vertretungsmissbrauchs

- 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 evidentenmaßen 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 **Vollmachtmissbrauch 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 beklagte 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 beklagten Partei ergibt, war ihr bewusst, dass Gemeinden einem **sehr restriktiven Haushaltsrecht** unterliegen (oben III., 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 beklagte 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).

Beweise: Vorzulegende interne Schreiben der beklagten 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 Wuchers

4.1. Die Stadt Linz macht auch die Unwirksamkeit des Swap-Geschäfts wegen Wuchers (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) geltend. Die beklagte 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 beklagten 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. 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 Verteilung der Chancen und Risiken bei einschlägigen Geschäften nachzuvollziehen. Unterstellt man indes bei Mag. Penn diese Fähigkeit, 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 Vertrauensseligkeit gegenüber der beklagten 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).

4.3. Die beklagte 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 beklagten Partei geleisteten Zinssicherung. Der **hohe negative Marktwert bei Vertragsabschluss** ist sinnfälliger Ausdruck dieses auffälligen Missverhältnisses.

Beweise: 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“

Die Stadt Linz ficht das Swap-Geschäft – **soweit es nicht ohnedies aufgrund 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 IV, 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 beklagten Partei vorgegebenen Struktur des Geschäfts ein unbegrenztes Risiko übernommen, im Gegenzug jedoch von der beklagten Partei nur eine Leistung bezogen, die nicht einmal **die Hälfte des eigentlichen Wertes des übernommenen Risikos erreicht hat**.

Es wird daher die Aufhebung des Swap-Geschäfts für den Fall begehrt, dass dieses nicht ohnehin unwirksam ist.

Beweise: 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 beklagte Partei hat Mag. Werner Penn bei Abschluss des Swap-Geschäfts listig in **die Irre geführt und dadurch zum Abschluss des Swap-Geschäfts verleitet**. Sie hat **wissentlich und willentlich folgende wesentlichen Tatsachen verschwiegen**:

- **eigentliche Struktur der Zinsbildungsformel (Punkt IV. 4)**
- **negativer Marktwert (Punkt IV.5)**
- **Besonderheiten des Swapgeschäfts (Punkt IV.6)**
- **Interessenkonflikt der beklagten Partei (Punkt VI.7.4)**
- **Einräumung von Kreditlinien und Marginpflicht (Punkt VI.7.5)**

Die beklagte Partei hat damit auch einen wesentlichen Geschäftsirrtum der Stadt Linz veranlasst. Die beklagte Partei hätte die Stadt Linz entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen (u.a. §§ 11 ff WAG 1996 – dazu gleich unten 7.) aufzuklären gehabt (§ 871 Abs 2 ABGB). Die mangelnde Aufklärung durch die beklagte Partei war kausal für den Geschäftsabschluss der Stadt Linz. Der Geschäftsirrtum der Stadt Linz ist auch wesentlich, da die Stadt Linz bei der gebotenen Aufklärung das Swap-Geschäft nicht geschlossen hätte. Das Geschäft ist daher auch wegen List und Irrtums (§§ 870 f ABGB) aufzuheben.

7. Schadenersatz wegen Verletzung der Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996

7.1. Grundsätzliches

Selbst wenn man fälschlich ein gültiges Zustandekommen des Swap-Geschäfts unterstellt, muss die beklagte Partei die Stadt Linz im Wege des Schadenersatzes so stellen, wie diese stünde, wenn sie das Swap-Geschäft nicht abgeschlossen hätte. Dazu ist die beklagte Partei verpflichtet weil sie im Vorfeld des Vertragsabschlusses die Wohlverhaltensregeln gem. §§ 11 ff WAG 1996 verletzt hat.

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.

7.2.3. § 11 Abs 1 WAG 1996 regelt den Anwendungsbereich der „Wohlverhaltensregeln“. Erfasst sind nach § 11 Abs 1 Z 1 WAG 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 beklagte Partei die Wohlverhaltensregeln jedenfalls getroffen. Ob das vorliegende Swap-Geschäft angesichts seiner hybriden Struktur lit. c oder d zu subsumieren ist, spielt keine Rolle.

7.3. Verstoß der beklagten Partei gegen das Gebot zur umfassenden Wahrung der Kundeninteressen

7.3.1. 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.

7.3.2. 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).

7.3.3. Folgende Wohlverhaltensregeln hat die beklagte Partei verletzt:

i. **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.).

ii. 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, auch wenn der Kunde als professionell einzustufen ist. Zunächst muss sie die Interessen des Kunden anhand dessen Angaben eruieren, sodann muss sie prüfen, welche Instrumente diesen Interessen am besten gerecht werden (*Winternitz*, Kommentar zum Wertpapieraufsichtsgesetz, §13).

iii. 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.**

7.3.4. 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).

7.3.5. Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die beklagte 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.

Beweise: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsewesens, 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.

7.4. Verletzung der Aufklärungspflicht über Interessenskonflikte auf Seiten der beklagten Partei bei Vertragsabschluss

7.4.1. Der Anbieter einer Wertpapierdienstleistung muss nicht nur vollumfänglich über vorhandene Risiken, sondern auch über bestehende Interessenkonflikte 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 beklagte Partei aufklären müssen.

7.4.2. 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.

7.4.3. 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 beklagte Partei hat daraus Vorteile gezogen, dass der Markt das Risiko, das die Stadt Linz mit dem von der beklagten Partei angebotenen Produkt übernommen hat, bereits im Abschlusszeitpunkt mit einem zweistelligen Euro-Millionenbetrag bewertet hat. Daher bestand die konkrete Gefahr, dass die beklagte Partei ihre Anlageempfehlung nicht allein im Kundeninteresse abgegeben hat. Selbstverständlich hätte Mag. Werner Penn das Angebot der beklagten 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 beklagte 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.

- 7.4.4. 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 beklagten 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.

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

7.5. Verletzung der Aufklärungspflicht über die Marginpflicht beim gegenständlichen Swap-Geschäft

- 7.5.1. Das gegenständliche Swap-Geschäft wurde - wie oben zu Punkt IV, 2.2. und 6. dargelegt - „OTC“, also nicht standardisiert und nicht über eine Börse abgeschlossen. Es handelt sich vielmehr um ein bilaterales Geschäft. Das 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 beklagten Partei absichern (Hedgegeschäft). Demgemäß war das Risiko der beklagten Partei aus dem Geschäft überschaubar und der Höhe nach begrenzt.

- 7.5.2. Im Gegensatz dazu war die Zahlerseite der Stadt Linz mit einem „**offenen worst case**“ ausgestattet, also einem **unbegrenzten Verlustrisiko in Gestalt von zwanzig** verschriebenen Optionen (siehe zu Punkt IV, 4.). Es bestand daher das naheliegende Risiko eines Nachschusses. Verliert der EUR im Verhältnis zum CHF stark an Wert, kann bereits eine einzelne Option in den Ruin führen. Wegen der Dynamisierung der Belastung der Stadt Linz über die Zinsformel ergeben sich selbst bei einer nicht allzu großen Verschiebung der Währungsparitäten EUR/CHF bereits ruinöse Zinsbelastungen. Bei einer Wechselkursparität EUR/CHF (dieses Niveau wurde im Sommer 2011 annähernd erreicht) beläuft sich der Zinssatz auf 54 % per anno, aktuell (1. November 2011) sind es etwa 27 %.

- 7.5.3. Bereits bei „Plain Vanilla 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 Geschäft von rd. 15 % des Volumens zu verlangen, vor allem bei derart lang laufenden Optionen. Dies bedeutet, dass die beklagte Partei bei zumindest zwanzig Optionen auf je die Hälfte des Nominales an sich eine **Margin im Bereich von zumindest 150% des CHF Volumens des Geschäfts** hätte verlangen müssen. Hätte die beklagte Partei allerdings dieses „Margindeposit“ verlangt, wäre das Geschäft **keinesfalls zustande gekommen**. Es wäre dann nämlich hinterfragt worden, warum überhaupt eine dermaßen hohe Sicherheitsleistung geboten ist. Demnach ist die erforderliche Sicherheitsleistung in der Praxis auch ein wichtiger Risikoindikator; es handelt sich dabei folglich um eine „**wesentliche Information**“ gemäß § 13 Z 3 WAG 1996.

- 7.5.4. Im vorliegenden Fall hat die beklagte Partei anstatt eine Margin zu verlangen, hinter dem Rücken Stadt Linz eine **Kreditlinie eingeräumt** (siehe dazu oben zu III, 2.8.). Diese Kreditlinie wurde - wie aus den im Strafverfahren zu 9 St 80/11z StA Linz vorgelegten Bankunterlagen hervorgeht – **sukzessive ausgedehnt**. Es ist nach menschlichem Ermessen **auszuschließen**, dass das Geschäft je zustande gekommen wäre, hätte die beklagte Partei offengelegt, welche Kredite für das Geschäft der Stadt Linz konkret eingeräumt wurden. Die beklagte Partei hat daher auch insofern die Aufklärungspflicht gegenüber der Stadt Linz verletzt und haftet.

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

7.6. Ersatz des Vertrauensschadens

Wie gezeigt hat die beklagte Partei in mehrfacher Hinsicht die im WAG statuierten Wohlverhaltensregeln und in diesem Zusammenhang vor allem Aufklärungspflichten verletzt. Das macht sie nach § 15 WAG 1996, aber auch aus dem Titel der culpa in contrahendo sowie wegen Verletzung vertraglicher Beratungspflichten schadenersatzpflichtig: Muss der Bank eine Verletzung von Aufklärungspflichten zur Last gelegt werden, dann ist zu prüfen, wie der Kunde stünde, wenn er ordnungsgemäß informiert worden wäre. Hätte der Kunde den Schaden diesfalls nicht erlitten, ist die Bank zum Ersatz verpflichtet (OGH 2005/01/20, 2 Ob 236/04a u.v.a.). Im vorliegenden Fall wäre bereits der Geschäftsabschluss unterblieben und daher der Schaden nicht eingetreten.

8. Schadenersatz wegen Beteiligung der beklagten Partei an deliktischem Verhalten und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung

- 8.1. 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..
- 8.2. Wie schon ausgeführt (siehe oben zu Punkt VI, 3) konnte den Organen und Mitarbeitern der beklagten 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 beklagte 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 beklagte Partei auszugehen.

- 8.3. Die beklagte 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.

9. Anspruch auf Rückzahlung bzw auf Rückersatz

- 9.1. Wie oben zu Punkt V, 4. dargestellt, ergibt sich aus dem Swap Geschäft 4175 ein **saldierter Zahlungsüberhang** zu Lasten der Stadt Linz von **CHF 30.640.161,40** bzw. **EUR 24.216.863,40**, den die beklagte Partei aus den in der gegenständlichen Klagschrift aufgezeigten Gründen und Anspruchsgrundlagen an die Stadt Linz **rückzuerstatten** hat. Die Unwirksamkeit, aber auch die berechnete Anfechtung des Geschäfts wegen List, Irrtums und laesio enormis des Geschäfts führt zur **bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung**.
- 9.2. Das Zahlungsbegehren stützt sich neben Bereicherung wie dargelegt auch auf **Schadenersatz**. Bei rechtskonformem Handeln der beklagten Partei wäre die Stadt Linz nicht mit den Forderungen der beklagten Partei aus dem Geschäft konfrontiert gewesen und hätte den Schaden aus den geleisteten Zahlungen nicht erlitten. Der Geschäftsabschluss wäre vielmehr unterblieben. Die beklagte Partei hat daher auch aus dem Titel des Schadenersatzes die Zahlungen zu vergüten. Erhaltene Zahlungen aus dem Geschäft waren dabei im Sinn des Vorteilsausgleichs anzurechnen (siehe oben zu Punkt V, 4.).
- 9.3. Das Hauptbegehren wird in CHF gestellt, weil auch die Zahlungen aus dem Geschäft in CHF erbracht wurden. Das Eventualbegehren wird vor allem im Hinblick auf die schadenersatzrechtlichen Anspruchsgrundlagen in EUR gestellt, zumal nicht nur die CHF-Zahlungen, sondern auch die jeweiligen Konvertierungen EUR-CHF durch das pflichtwidrige Verhalten der beklagten Partei verursacht wurden. Die einzelnen Cash Flows wurden jeweils in EUR umgerechnet (siehe oben zu Punkt V, 2. und 3.).

VII. Urteilsbegehren

Die klagende Partei beantragt nachstehendes

URTEIL:**Hauptbegehren:**

1. Die beklagte Partei ist bei sonstiger Exekution schuldig, der klagenden Partei den Betrag von **CHF 30.640.161,40** zuzüglich 4 % Zinsen seit Klagseinbringung binnen 14 Tagen zu Handen des Klagevertreters zu ersetzen.

Eventualbegehren zu 1:

- Die beklagte Partei ist bei sonstiger Exekution schuldig, der klagenden Partei den Betrag von **EUR 24.216.863,40** zuzüglich 4 % Zinsen seit Klagseinbringung binnen 14 Tagen zu Handen des Klagevertreters zu ersetzen.
2. Die beklagte Partei ist weiters bei sonstiger Exekution schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die Kosten des Verfahrens gemäß § 19a RAO zu Handen des Klagevertreters zu ersetzen.

Stadt Linz