

PER WEB-ERV

Handelsgericht Wien
Marxergasse 1a
1030 Wien

Wien, 12.7.2013
ILP/BDK/MAG. BETTINA KNÖTZL
BAWAG/LINZ
Tel. Direkt: +43 1 515 10 5200
Fax Direkt: +43 1 515 10 665200
bettina.knoetzl@wolftheiss.com
48 Cg 218/11k
(48 Cg 222/11y)

WOLF THEISS
Rechtsanwälte GmbH
Schubertring 6
1010 Wien
Österreich

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

wien@wolftheiss.com
www.wolftheiss.com

Klagende Partei: Stadt Linz
Altes Rathaus, Hauptplatz 1, 4041 Linz

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

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

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

vertreten durch: WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH
Schubertring 6
1010 Wien
ADVM-Code P 130664
FN 224135 k

und: Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)
Gemäß §19a RAO wird Zahlung an WOLF THEISS begehrt
Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH
Biberstraße 5, 1010 Wien
Vollmacht erteilt (§ 8 Abs 1 RAO)

wegen: EUR 442.922.155,59 s.A.

VORBEREITENDER SCHRIFTSATZ

Direkte Übermittlung gemäß § 112 ZPO an Kraft Winternitz RAe GmbH

*Im Hinblick auf den Umfang der Beilagen werden diese gesondert per Post elektronisch auf DVD
gebrannt gesendet. Der KV erhält ein Duplikat der DVD.*

129 Beilagen
Beilagenverzeichnis

ALBANIA AUSTRIA BOSNIA & HERZEGOVINA BULGARIA CROATIA CZECH REPUBLIC HUNGARY POLAND ROMANIA SERBIA SLOVAK REPUBLIC SLOVENIA UKRAINE

WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH; UID: ATU 61971557; DVR: 0231924; ADVM: P130664; FN 224135 k; FG: HG Wien; Sitz: Wien

Unsere Beratungstätigkeit an den verschiedenen Standorten entspricht den Anforderungen der jeweiligen örtlichen Gesetze und Regeln der Anwaltschaft, einschließlich der Kooperation mit unabhängigen lokalen Rechtsanwälten.

M.5989593.1

INHALTSVERZEICHNIS

I.	ZUSAMMENFASSUNG	5
1.	Wesentliche Zeitpunkte	5
2.	Professionalität der Stadt Linz, Cash-Flow-Analyse, Stop-Loss Strategie	6
3.	Systematisches Rosinenpicken	7
4.	Mag. Penn war durch den Gemeinderatsbeschluss 2004 und den Rahmenvertrag 2006 zum Abschluss des Swap II befugt	7
5.	Der SWAP II ist rechtswirksam	8
6.	Der Swap II war marktüblich	9
7.	Optimierung	10
8.	Ergebnis	10
II.	ERGÄNZENDES SACHVERHALTSVORBRINGEN	11
1.	Chronologie	11
1.1	Aufarbeitung des Sachverhalts gemäß Kontrollamtsbericht zum SWAP II (ON 126 des Strafaktes)	11
1.2	Übersicht wesentlicher Zeitpunkte	11
1.3	Graphische Darstellung des Geschäftsverlaufs	17
2.	Neues Sachverhaltsvorbringen	18
2.1	Professionalität der Stadt Linz	18
2.1.1	Mag. Penns Fähigkeiten	18
2.1.2	Risikobewusstsein und Sorgfalt	19
2.1.3	Risikomanagement – <i>Stop-Loss</i> -Strategie	22
2.1.4	Verständnis der Bewertungen	26
2.1.5	Außenwahrnehmung	27
2.1.6	Umfangreiche Erfahrung	28
2.1.7	Zwischenergebnis	29
2.2	Systematisches Rosinenpicken	30
2.3	Kontrollversagen trotz Kontrollvermögen	32
2.3.1	Kontrollversagen des Gemeinderates	33
2.3.2	Kontrollversagen Finanzausschuss	35
2.3.3	Kontrollversagen Finanzstadtrat Dr. Mayr	36
2.3.4	Kontrollversagen Bürgermeister Dr. Dobusch	39
2.3.5	Die Professionalität der Verwaltung der Stadt Linz	42
2.3.6	Zwischenergebnis	43
III.	RECHTSQUALITÄT DES GRB 2004	44
1.	Der GRB 2004 ist ein zivilrechtlicher Akt	44
1.1	Organe öffentlich-rechtlicher Körperschaften haben ein Wahlrecht zwischen zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Handlungsform	44
1.2	Beim GRB 2004 wurde die Form zivilrechtlicher Beauftragung und Ermächtigung gewählt (nicht: öffentlich-rechtliche Delegation)	45
1.2.1	Der GRB 2004 ist keine unzulässige öffentlich-rechtliche Delegation	45
1.2.2	Der GRB 2004 ist eine zivilrechtliche Beauftragung und Ermächtigung	48
1.2.3	Adressat der zivilrechtlichen Beauftragung und Ermächtigung war Mag. Penn als Leiter der FVV	50
1.3	Zwischenergebnis	54
1.4	Mag. Penn wurde wirksam bevollmächtigt	54
2.	Öffentlich-rechtliche Alternative 1: Der GRB 2004 könnte die erteilung einer öffentlich-rechtlichen "Approbationsbefugnis" sein	59
3.	Öffentlich-rechtliche Alternative 2: Der GRB 2004 ist eine "Rechtsverordnung"	61

IV.	DER SWAP II IST WIRKSAM	63
1.	Der SWAP II ist ursprünglich wirksam zustande gekommen	63
2.	Anschein der ursprünglichen Genehmigung durch den GR.....	65
2.1	Ergänzende Ausführungen zum bisherigen Vorbringen	65
2.2	Fehlende/Mangelnde Schutzwürdigkeit der Stadt Linz infolge systematischen "Rosinenpickens"	69
2.3	Die Stadt Linz lässt die im Vergleich zum Jahr 1811 geringere Schutzwürdigkeit der Gemeinden nach § 867 ABGB außer Betracht	72
3.	Nachträgliche Genehmigung und Anschein der nachträglichen Genehmigung (Kontrollversagen, Vorteilszuwendung).....	74
3.1	Anschein der nachträglichen Genehmigung – Kontrollversagen	74
3.2	Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung	79
V.	"MARKTÜBLICHKEIT" UND "OPTIMIERUNG" LIEGEN VOR	81
1.	Marktüblichkeit.....	81
1.1	Marktumfeld (Makroebene)	82
1.1.1	Kommunale Ebene: aktives Schuldenmanagement	82
1.1.2	Der Bankensektor	87
1.1.3	Derivatprodukte bei Kommunen.....	89
1.1.4	Ergebnis	91
1.2	Das konkrete Produkt: Der SWAP II (Mikroebene).....	91
1.2.1	Marktüblichkeit maßgeschneiderter Lösungen.....	91
1.2.2	Marktübliche Struktur des SWAP II	92
1.2.3	Marktüblichkeit des Währungsrisikos.....	93
1.2.4	Marktüblichkeit am Maßstab der Vorgaben der Stadt Linz	94
1.2.5	Marktüblichkeit der Bestandteile des SWAP II und ihrer Zusammensetzung.....	94
1.2.6	Eintrittswahrscheinlichkeit für ein erwartetes/erhofftes Szenario	96
1.2.7	(Anfänglicher) Marktwert ohne Relevanz für die Marktüblichkeit	97
2.	Optimierung	98
2.1	Vorrangiges Ziel der Stadt Linz zur Zinsoptimierung.....	99
2.2	Die Stadt Linz gab die bestimmenden Faktoren des SWAP II vor – individuelle Optimierungsstrategie.....	100
2.3	Optimierung durch Übernahme von Risiko	100
2.4	Optimierung durch Risikoverteilung	101
2.5	Ergebnis	102
VI.	AUFSICHTSBEHÖRDLICHE GENEHMIGUNG NICHT ERFORDERLICH.....	103
VII.	PROZESSUALES UND GERICHTLICHE AUFTRÄGE.....	110
1.	Organisationsaufbau	110
1.1	Organigramm	110
1.2	Beschreibung.....	110
2.	Produkteinführung.....	112
2.1	Einführung CHF resettable Swaps im Handels- und Bankbuch	112
2.2	Konkreter Vorgang	112
2.3	Produktbeschreibung	113
2.4	Darstellung der Geschäftsziele und Ertragschancen.....	114
2.5	Risikoanalyse.....	114
2.6	Erforderlicher Zusatzaufwand.....	114
2.7	Berichtswesen	115
2.8	Zusammenfassung.....	115
3.	Bekanntgabe einer ladungsfähigen Adresse.....	116
4.	Vorlage Tondateien.....	116

5.	Vorlage Protokoll der Vorstandssitzung vom 17.4.2007	116
6.	Zusammensetzung des Klagsbetrags	117
6.1	Zwei Hauptelemente des SWAP II	117
6.2	Finanzierung der Zahlungsströme aufgrund des SWAP II	118
6.3	Situation aufgrund des Wegfalls der Stadt Linz als Gegenpartei	119
6.4	Risikoneutralisierung durch Erwerb von Put-Optionen	120
6.4.1	Extern eingedeckte Put-Optionen	122
6.4.2	Intern dargestellte Put-Optionen	126
6.5	Risikoneutralisierung durch Nachbildung am Markt nicht erhältlicher Put-Optionen – synthetisches Portfolio	131
6.5.1	Erster Baustein: Ankauf von Call-Optionen durch die BAWAG P.S.K.	132
6.5.2	Zweiter Baustein: Risikoabsicherung bezüglich der Änderung des EUR/CHF Wechselkurse durch Kombination mit Termingeschäft	133
6.5.3	Dritter Baustein: Währungsswap mit Hilfe eines Kassageschäfts und eines Termingeschäfts (“Forward”)	133
6.5.4	Fazit	134
6.6	Umfang des synthetischen Portfolios	134
6.7	Kosten des synthetischen Portfolios	134
6.7.1	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2012	135
6.7.2	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2012	139
6.7.3	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2013	141
6.7.4	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2013	143
6.7.5	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2014	145
6.7.6	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2014	147
6.7.7	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2015	150
6.7.8	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2015	152
6.7.9	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2016	154
6.7.10	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2016	156
6.7.11	Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2017	158
6.7.12	Summe des Aufwands für die Call-Optionen	160
6.7.13	Zinsswap zur Absicherung gegen Zinsschwankungen	161
6.7.14	Summe Zahlungsströme aufgrund des synthetischen Portfolios	161
6.8	Kosten zur Absicherung von Währungsschwankungen während der Schließung der offenen Positionen gegenüber Dritten (11.10.2011 bis 17.10.2011)	162
6.9	Offene Zinszahlung	163
6.10	Schadensmindernde Position	164
6.11	Gesamthöhe der Ausgleichsforderung	164
VIII.	URKUNDENERKLÄRUNGEN	165
IX.	BEWEISANTRÄGE	188
1.	Zeugen	188
1.1	Verlesung	188
1.2	Beweisanbot	188
X.	ANTRÄGE	191
XI.	ANREGUNG AUF BEZIEHUNG EINES SCHRIFTFÜHRERS	191
XII.	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	192

Dem gerichtlichen Auftrag entsprechend bringt BAWAG P.S.K. im Folgenden nur zum eingeschränkten Thema der Gültigkeit des SWAP II vor und erfüllt die gerichtlichen Vorlageaufträge gemäß § 303 ZPO. Weiteres Vorbringen zu anderen Themenkreisen, wie beispielsweise der *culpa in contrahendo*, wird ausdrücklich vorbehalten.

I. ZUSAMMENFASSUNG

1. WESENTLICHE ZEITPUNKTE

- 1992, als der heutige Bürgermeister Dr. Dobusch auch Finanzreferent war, beschloss der GR der Stadt Linz eine massive Verschuldung in CHF. Diese wurde in den Folgejahren massiv ausgeweitet, wobei die Fremdwährungsrisiken im GR intensiv diskutiert wurden.
- 1996 wurde die FVV ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Finanzreferenten (Dr. Dobusch) das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren. Der GRB 2004 wiederholte diese Ermächtigung. Neu war die Einschränkung, dass diese nur durch "marktübliche Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte" erfolgen soll. Abermals ging der Beschlussfassung eine umfangreiche Diskussion über die damit verbundenen Risiken voran.
- Am 6.10.2005 begab die Stadt Linz zwecks Umschuldung eine Anleihe in Fremdwährung idHv CHF 195 Mio bei der Kommunalkredit Austria AG mit Laufzeit bis 14.10.2017.
- Am 26.1.2006 äußerte die Aufsichtsbehörde Zweifel an der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte auf Basis von Beschlüssen mit Grundsatzcharakter. Ein entsprechendes Maßnahmenpaket (bis hin zur Sanierung) wurde festgelegt.
- Nur wenige Monate später lud die Stadt Linz – auf Basis des GRB 2004 – verschiedene Banken ein, Angebote zur Optimierung ihres Fremdfinanzierungsportfolios zu legen.
- Im Herbst 2006 schloss die Stadt Linz Rahmenverträge mit mehreren Banken ab. Mit der BAWAG P.S.K. wurde der SWAP I abgeschlossen.
- Am 12.2.2007 schloss die Stadt Linz – nach eigenen Vorgaben – den SWAP II mit der BAWAG P.S.K. ab. Die Bank Austria hatte deutlich schlechtere Konditionen geboten.
- 2007 stand der SWAP II gut (Bewertung 06/2007: + EUR 4 Mio; 09/2007: + EUR 9 Mio). Der SWAP I wurde im Sommer 2007 mit Gewinn (EUR 881.000,00) für die Stadt Linz vorzeitig geschlossen.

- Die Finanzkrise des Jahres 2008 änderte die Situation zu Lasten der Stadt Linz. Ab 2008 wurde die Stadt Linz monatlich mit Bewertungen über die aktuelle Marktentwicklung informiert. Im November 2008 band die Stadt Linz auch Finanzstadtrat Dr. Mayr ein. Der Marktwert des SWAP II lag zu diesem Zeitpunkt bei ca minus EUR 62 Mio.
- Im Oktober 2009 leistete die Stadt Linz erstmals eine Zahlung aus dem SWAP II. Zuvor hatte sie insgesamt mehr als CHF 10 Mio von der BAWAG P.S.K. vereinnahmt.
- 2010 gewann der CHF an Stärke gegenüber dem EUR. Viele Ausstiegs- und Restrukturierungsangebote der BAWAG P.S.K. folgten, zT auch von Mitbewerbern der BAWAG P.S.K.. Die Stadt Linz setzte die von ihr festgelegte *Stop-Loss*-Strategie jedoch nicht um. Sie hielt weiterhin am SWAP II fest, insbesondere auch nach (beweisbarer) Involvierung des Bürgermeisters Dr. Dobusch im März 2010. Der Marktwert des SWAP II lag nun bei ca minus EUR 90 Mio.
- Erst im Oktober 2011 handelte die Stadt Linz und verweigerte die fällige Zinszahlung. Durch diesen Vertragsbruch wurde die BAWAG P.S.K. dazu veranlasst, den SWAP II aufzulösen, um jedes weitere Risiko auszuschalten. Dadurch entstanden Kosten von ca EUR 397 Mio. Gemeinsam mit der für 10/2011 offenen Zinszahlung ergibt das die Höhe der Klagsforderung.

2. PROFESSIONALITÄT DER STADT LINZ, CASH-FLOW-ANALYSE, STOP-LOSS STRATEGIE

- Die Stadt Linz kannte das mit Finanzterminkontrakten verbundene Risiko und den daraus folgenden kurzfristigen Handlungsbedarf. Sie verstand auch das mit dem SWAP II konkret verbundene Risiko genau. Das belegt ua eine von Mag. Penn vor Geschäftsabschluss angelegte Excel-Tabelle, die Zahlungspflichten bis zur Kursparität (resultierender Zinssatz: 54% pa) errechnete.
- Die Formel des SWAP II ist denkbar einfach. Eine Cash-Flow-at-Risk Analyse war daher mit einfachen Mitteln möglich.
- Bei Geschäftsabschluss hatte die Stadt Linz eine *Stop-Loss*-Strategie vorgesehen, wie sie selbst gegenüber dem Rechnungshof angab. Das 2007 als unrealistisch eingeschätzte Risiko eines EUR/CHF-Kurses unter dem historischen Tiefstand wurde dabei als kritische Schwelle festgelegt. Das ergibt sich ua aus Berichten von Mag. Penn an den Finanzausschuss des Gemeinderates. Die

kritische Schwelle wird verbal beschrieben und auch in Form einer Graphik veranschaulicht.

- Die Stadt Linz hielt sich aber – trotz negativer Entwicklung der Märkte aufgrund der Finanzkrise 2008 und der Eurokrise – nicht an ihre *Stop-Loss*-Strategie, als der EUR/CHF die kritische Schwelle überschritt (erstmals im Herbst 2008). Obwohl die politische Ebene mit Finanzstadtrat Dr. Mayr nachweislich eingebunden wurde, blieb die Stadt Linz inaktiv – auch als der EUR/CHF-Kurs im März 2010 abermals die kritische Schwelle – nunmehr dauerhaft – unterschritt.
- Trotz engmaschiger Information seitens der BAWAG P.S.K. und wiederholten Ausstiegs- und Restrukturierungsangeboten hielt die Stadt Linz am Geschäft fest.

3. SYSTEMATISCHES ROSINENPICKEN

- Ex post betrachtet lässt sich das Verhalten bei Kenntnis des internen Aktenvermerks der Stadt Linz vom 26.1.2006 erklären: Offenbar ging die Stadt Linz davon aus, dass der Gemeinderatsbeschluss 2004 ein (nach Ansicht der Aufsichtsbehörde problematischer) "Beschluss mit Grundsatzcharakter" sei. Vor diesem Hintergrund entwickelten die Entscheidungsträger der Stadt Linz eine Doppelstrategie mit dem Ziel, mögliche Schäden aus dem SWAP II auf die BAWAG P.S.K. zu überwälzen: Bei schlechter Entwicklung wollte man von Anfang an die rechtliche Unwirksamkeit des SWAP II behaupten. Hätte sich das Geschäft gut entwickelt, hätte die Stadt Linz die Gewinne – wie beim SWAP I – hingegen anstandslos vereinnahmt, was die Stadt Linz die ersten drei Jahre auch tatsächlich getan hat.
- Noch während der Ausstiegsverhandlungen von Frühjahr 2010 bis März 2011 wurde die BAWAG P.S.K. aufgefordert, Angebote zu unterbreiten, die vom Gemeinderatsbeschluss 2004 gedeckt seien. Hier berief sich die Stadt Linz somit auf den Gemeinderatsbeschluss 2004 als gültige Grundlage für den Abschluss entsprechender Geschäfte.
- Tatsache ist, dass auch der SWAP II gültig war.

4. MAG. PENN WAR DURCH DEN GEMEINDERATSBESCHLUSS 2004 UND DEN RAHMENVERTRAG 2006 ZUM ABSCHLUSS DES SWAP II BEFUGT

- Der Gemeinderatsbeschluss stellt eine rechtswirksame zivilrechtliche Ermächtigung und Beauftragung zum Abschluss marktüblicher Optimierungsgeschäfte dar. Er ist – entgegen dem bisherigen Vor-

bringen der Stadt Linz – keine öffentlich-rechtliche Delegation einer Zuständigkeit, wie die Stadt Linz selbst gegenüber dem Rechnungshof bestätigt: "Laut Stellungnahme der Stadt Linz habe der Beschluss des Gemeinderats vom Juni 2004 keine Delegation dargestellt" (Tz 14.3, RHB, Beilage ./155).

- Mit dem Gemeinderatsbeschluss 2004 wurde Mag. Penn (als Leiter der FVV) ermächtigt, beauftragt und bevollmächtigt. Dies ergibt sich unzweifelhaft durch Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses 2004 sowie aus dem in der Gemeinderatsdiskussion klar zum Ausdruck kommenden Willen des Gemeinderates. Selbst wenn man im Gemeinderatsbeschluss 2004 noch keine Vollmachterteilung an Mag. Penn sehen würde, wäre eine solche jedenfalls mit der Unterfertigung des Rahmenvertrages 2006 durch Bürgermeister Dr. Dobusch erfolgt.
- Mag. Penn hat die Stadt Linz somit aufgrund einer gültigen zivilrechtlichen Vollmacht beim Abschluss des SWAP II rechtswirksam vertreten.
- Wollte man im Gemeinderatsbeschluss 2004 unrichtigerweise die Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Approbationsbefugnis oder eine Rechtsverordnung sehen, ändert das im Ergebnis nichts: Mag. Penn hätte rechtmäßig für die Stadt Linz handeln und den SWAP II rechtswirksam abschließen können.

5. DER SWAP II IST RECHTSWIRKSAM

- Der SWAP II ist als marktübliches Optimierungsgeschäft durch den Gemeinderatsbeschluss 2004 gedeckt und von Beginn an rechtswirksam. Nach dem – insbesondere durch die Diskussion im Gemeinderat und Aussagen von Bürgermeister Dr. Dobusch – klar dokumentierten Willen der Stadt Linz sollten marktübliche Optimierungsgeschäfte und nicht bloß "Absicherungsgeschäfte" geschlossen werden.
- Selbst wenn man fälschlicherweise eine anfängliche Unwirksamkeit unterstellen würde, hat die Stadt Linz durch den Gemeinderatsbeschluss 2004 und den Abschluss des Rahmenvertrages 2006 jedenfalls den Anschein der rechtswirksamen Genehmigung geschaffen, auf den BAWAG P.S.K. von Beginn an vertrauen konnte und vertraut hat. Auch aus diesem Grund ist SWAP II rechtswirksam.
- Die Stadt Linz ist in diesem Zusammenhang nicht schutzwürdig: Sie bedient sich einer Strategie des systematischen Rosinenpi-

ckens und bewussten Verschweigens wesentlicher Fakten. Die BAWAG P.S.K. ist daher umso mehr im Vertrauen auf das gültige Zustandekommen des SWAP II zu schützen. Auch rechtshistorische und verfassungsrechtliche Gründe sprechen für den Schutz des Vertrauens der BAWAG P.S.K.

- Nach Abschluss des SWAP II hat die Stadt Linz in Kenntnis des Geschäfts zumindest bis 2010 den Anschein der Wirksamkeit geschaffen. Kenntnis und Versäumnisse der maßgeblichen Organe hebt auch der Rechnungshof in seinem Bericht hervor: Die Unterschiede in der Berichterstattung von Mag. Penn im Laufe der Jahre hätten Anlass zu kritischen Fragen geben müssen; ebenso die Graphik zu seinen Berichten, die einen exorbitanten Anstieg des Zinssatzes bei Überschreitung des historischen Tiefstandes des EUR/CHF Wechselkurses zeigte. Weiters hätten Rechnungsabschlüsse ab 2007 Anlass zu Kontrollmaßnahmen gegeben, zumal bei den Einnahmen aus Zinsgeschäften große Abweichungen zu den budgetierten Beträgen bestanden. Dennoch wurden keinerlei kritische Fragen gestellt und/oder Kontrollmaßnahmen in die Wege geleitet. Die Organe der Stadt Linz blieben – trotz Warnungen der BAWAG P.S.K. – untätig. Auch dieses massive Kontrollversagen der Stadt Linz hat den Anschein einer Genehmigung geschaffen, auf den BAWAG P.S.K. vertrauen durfte und vertraut hat. Selbst bei (tatsächlich nicht gegebener) anfänglicher Unwirksamkeit des SWAP II wäre dieser damit aufgrund des Anscheins der nachträglichen Genehmigung rechtswirksam.
- Die Stadt Linz hat die Rechnungsabschlüsse 2007 bis 2009 in Kenntnis des SWAP II genehmigt und sich damit Vorteile aus dem SWAP II (Einnahmen in Höhe von CHF 10.141.790,20) zugewendet. Damit wurden allfällige (in Wahrheit nicht vorhandene) Mängel des Geschäfts jedenfalls geheilt.

6. DER SWAP II WAR MARKTÜBLICH

- Auf kommunaler Ebene wurde vor der Finanzkrise 2008 ein aktives Schuldenmanagement gefordert und forciert. In Oberösterreich hat die Aufsichtsbehörde Gemeinden aktiv derivative Finanzoperationen empfohlen.
- Allein in Niederösterreich haben 77 Gemeinden Finanzterminkontrakte abgeschlossen. St. Pölten hat einen vergleichbar strukturierter Swap mit für diese Stadt vergleichbarem Volumen abgeschlossen. In Waidhofen/Ybbs erachtete die Aufsichtsbehörde noch 2009 einen Resettable CHF linked Swap als angemessenes Produkt.

- Vor der Finanzkrise und Eurokrise waren Finanzderivate, insbesondere Swaps im kommunalen Marktumfeld absolut marktüblich.

7. OPTIMIERUNG

- Der SWAP II war geeignet, das Fremdwährungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren.
- Mit dem SWAP II wurde ein unrealistisches Restrisiko für den Fall einer nie dagewesenen Stärkung des CHF übernommen. Dieses war aber durch eine simple laufende Risikoanalyse beherrschbar. Die Stadt Linz hätte nur ihre *Stop-Loss*-Strategie umsetzen müssen.
- Die Stadt Linz verfügte über ausreichende Kenntnis, um diese Risikoanalyse durchzuführen. Sie hat lediglich nicht rechtzeitig die notwendigen Konsequenzen aus der negativen Entwicklung des SWAP II im Gefolge von Finanzkrise und Eurokrise gezogen.

8. ERGEBNIS

- Die Stadt Linz hat die Kosten, die durch ihren Vertragsbruch verursacht wurden, der BAWAG P.S.K. zu ersetzen. Die Klagsforderung iHv EUR 417.737.018,29 s.A. besteht dem Grunde und der Höhe nach zu Recht.

II. ERGÄNZENDES SACHVERHALTSVORBRINGEN

1. CHRONOLOGIE

1.1 Aufarbeitung des Sachverhalts gemäß Kontrollamtsbericht zum SWAP II (ON 126 des Strafaktes)

Das Handelsgericht Wien regte in der Verhandlung vom 24.5.2013 an, den Kontrollamtsbericht zum SWAP II (ON 126 des Strafaktes) als Grundlage für den aufzuarbeitenden Sachverhalt heranzuziehen. BAWAG P.S.K. hat sich in der Verhandlung dagegen ausgesprochen: Der Kontrollamtsbericht zum SWAP II wurde vom Kontrollamt der Stadt Linz erstellt. Dieses ist nicht nur eine organisatorische Einheit der Stadt Linz, sondern trägt Mitverantwortung am Kontrollversagen der Stadt Linz iZm dem SWAP II (vgl Punkte 4.12.6, 4.13.1, 4.16, 8.2.4, 10.1.4 der KB). Trotz Weisungsfreiheit besteht hier somit ein Eigeninteresse des Kontrollamts bzw seiner Beamten am Ausgang der Sache.

BAWAG P.S.K. hat sich daher zu folgender vermittelnder Lösung entschlossen. Auf Basis der Punkte 6.1 und 6.2 des Kontrollamtsberichts zum SWAP II (ON 126 des Strafaktes) wird der Sachverhalt um jene Punkte ergänzt bzw richtig gestellt, die BAWAG P.S.K. für entscheidungswesentlich hält (vgl Beilagen ./80 und ./81). Die Änderungen sind in Beilage ./80 im Änderungsmodus ersichtlich gemacht. Angemerkt wird jedoch, dass der oftmals sehr unterschiedliche Detailgrad in der Darstellung nicht durchgehend korrigiert wird.

BAWAG P.S.K. stellt den Inhalt der unveränderten Textteile außer Streit, bestreitet jenen der gestrichenen Passagen und erhebt die vorgenommenen Ergänzungen zum eigenen Vorbringen.

Beweis: von BAWAG P.S.K. bearbeitete Zeitachse des Kontrollamtsberichts zum SWAP II (Punkte 6.1 und 6.2 der ON 126 des Strafaktes) im Überarbeitungsmodus (Beilage ./80);
von BAWAG P.S.K. bearbeitete Zeitachse des Kontrollamtsberichts zum SWAP II (Punkte 6.1 und 6.2 der ON 126 des Strafaktes) als Reinversion (Beilage ./81).

1.2 Übersicht wesentlicher Zeitpunkte

Ferner wird der wesentliche Zeitverlauf gerafft im Überblick dargestellt:

- **17.12.1992:** Gemeinderat (GR) genehmigt Verschuldung der Stadt Linz – statt in Schilling – in Fremdwährung. Aufnahme einer Anleihe über CHF 60 Mio mit Laufzeit bis 25.1.2003 (Beilage ./82). Fi-

nanzreferent ist – bis zum Jahr 2003 – der heutige Bürgermeister Dr. Dobusch;

- **1993:** Weitere Verschuldung der Stadt Linz in Fremdwährung durch eine Anleihe iHv CHF 150 Mio endfällig am 18.10.2005 (sh Beilage ./73);
- **29.2.1996:** GR genehmigt die Umschuldung bestehender Darlehen und ermächtigt die FVV, im Einvernehmen mit dem zuständigen Referenten Dr. Dobusch, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren (Beilage ./83);
- **17.10.2002:** GR genehmigt neuerlich – nach eingehender Diskussion um die Risiken einer Verschuldung in Fremdwährung – die Aufnahme von Fremdmitteln in Höhe von CHF 60 Mio bei der Bank Austria zur Tilgung der Schuld aus 1993 (Beilage ./84);
- **2003:** Umsetzung der Umschuldung der CHF 60 Mio-Finanzierung beim Bankhaus LEU in Zürich in ein Fremdwährungsdarlehen bei der damaligen Bank Austria AG. Bürgermeister Dr. Dobusch übergibt die Position des Finanzreferenten an Finanzstadtrat Dr. Mayr (Beilage ./62);
- **3.6.2004:** GR genehmigt mit dem GRB 2004 – nach heftiger Diskussion und im Wissen um das Bestehen von Risiken – neuerlich 1.) eine Umschuldung und 2.) die Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios. Gegenüber der Beschlussfassung 1996 neu ist hier die Einschränkung, dass diese durch „marktübliche Finanzgeschäfte“ und durch „Finanzterminkontrakte“ erfolgen soll (Beilage ./11);
- **6.10.2005:** Zur Umschuldung Emission einer CHF-Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG in der Höhe von CHF 195 Mio mit Laufzeit bis 14.10.2017 (Beilage ./85);
- **26.1.2006:** Aufsichtsbehörde äußert Zweifel an der Gültigkeit von Beschlüssen "*mit Grundsatzcharakter*". Ein Maßnahmenpaket (Rechtsgutachten der PPO, Auflistung aller betroffenen GRB, Sanierung) wird festgelegt (Beilage ./86);
- **4.5.2006:** Finanzstadtrat Mayr bestätigt in der Sitzung des Finanzausschusses ausdrücklich die Deckung von Finanztermingeschäften durch den GRB 2004 (Beilage ./57);
- **Sommer 2006:** Stadt Linz tritt an diverse Bankhäuser, darunter BAWAG P.S.K., zwecks Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch Abschluss von Finanzterminkontrakten heran (vgl AV von Mag. Penn, Beilage ./30);

- **26.9.2006:** Stadt Linz und BAWAG P.S.K. schließen den Rahmenvertrag 2006 für Finanzterminkontrakte ab (Beilage ./1);
- **26.9.2006:** Stadt Linz und BAWAG P.S.K. schließen den SWAP I ab;
- **Ende 2006 / Anfang 2007:** Die Stadt Linz tritt an BAWAG P.S.K. heran; Thema ist die Optimierung einer bestehenden CHF-Anleihe idHv CHF 195 Mio;
- **12.2.2007:** Nach etwa drei Wochen intensiver Korrespondenz kommt es zum Abschluss des SWAP II; Die Stadt Linz lädt vormittags Banken zur Abgabe eines Anbots für ein konkretes Swap-Geschäft ein. Offen ist nur der künftige Fixzinssatz. Bank Austria bietet einen Fixzinssatz von 0,398 % an, BAWAG P.S.K. von 0,065%. BAWAG P.S.K. erhält mittags den Zuschlag (Beilage ./18);
- **30.3.2007:** Die Stadt Linz erhält beim ersten Fälligkeitstermin aus SWAP I EUR 181.000,00;
- **15.4.2007:** Die Stadt Linz erhält beim ersten Fälligkeitstermin aus SWAP II CHF 698.831,25 (EUR 425.598,00);
- **17.7.2007:** Die Stadt Linz schließt den – ähnlich strukturierten – SWAP I mit einem Gewinn von in Summe EUR 881.000,00; die Stadt Linz weist das Angebot der BAWAG P.S.K., auch den SWAP II zu schließen, zurück;
- **11.10.2007:** Die Stadt Linz beauftragt die BAWAG P.S.K. zur Einrichtung eines CHF-Verrechnungskontos, wobei das Unterschriftenverzeichnis abermals von Bürgermeister Dr. Dobusch unterfertigt wird (vgl Beilagen ./42, ./52 und ./109);
- **15.10.2007:** Die Stadt Linz erhält CHF 2.333.960,41 (EUR 1.395.492,00) aus SWAP II (Saldo zugunsten Linz: + CHF 3.032.791,66);
- **Anfang 2008:** BAWAG P.S.K. informiert die Stadt Linz über eine erstmalige (leicht) negative Bewertung des SWAP II (Beilage ./19). Ab diesem Zeitpunkt wurde über den Marktwert des SWAP II zumindest monatlich informiert (Beilagenkonvolut ./23). BAWAG P.S.K. bietet eine Absicherung zum SWAP II an (vgl AS 345, ON 5 des Strafaktes);
- **1.2.2008:** Mehrstündiges Treffen Mag. Penn und Vertreter der BAWAG P.S.K. in Wien zur Erläuterung der Marktentwicklung und der Einflussfaktoren für die negative Marktbewertung (Beilage

./112). BAWAG P.S.K. schlägt vor, den SWAP II zu restrukturieren bzw auszustiegen (vgl AS 299 ff, ON 38 des Strafaktes);

- **15.4.2008:** Die Stadt Linz erhält CHF 2.815.972,74 (EUR 1.775.071,00) aus dem SWAP II (Saldo zugunsten Linz: + CHF 5.848.764,40);
- **15.5.2008:** BAWAG P.S.K. macht der Stadt Linz ein Angebot zur Restrukturierung des SWAP II, welches das Währungsrisiko eliminiert hätte;
- **15.9.2008:** Das Investmenthaus „Lehman Brothers“ bricht zusammen; der Ausbruch der weltweiten Wirtschaftskrise („Finanzkrise“) wird für die Allgemeinheit sichtbar;
- **23.9.2008:** Kontrollamtsbericht 2008 begründet unerwartete Zusatzeinnahmen im Rechnungsabschluss 2007 iHv EUR 2.991.500,00 mit "*Einnahmen aus Zinssicherungsgeschäften mit diversen Banken (RLB OÖ, Sparkasse OÖ, BAWAG P.S.K. und Nomura International)*", weist aber ausdrücklich auf die Gefahr künftiger Ausgleichszahlungen hin (Beilage ./16, S 21);
- **15.10.2008:** Die Stadt Linz erhält CHF 2.828.363,26 (EUR 1.857.100,00) aus dem SWAP II (Saldo zugunsten Linz: + CHF 8.677.127,66);
- **20.10.2008:** Der Nationalrat beschließt das Bankenrettungspaket (IBSG und FinStaG);
- **27.10.2008:** CHF wird stärker. EUR/CHF-Kurs unterschreitet mit einem Kurs von 1,436 den historischen Tiefststand von 1,4464;
- **4.11.2008:** Treffen zwischen Mag. Penn und Vertretern der BAWAG P.S.K. in Linz zur Besprechung der aktuellen (negativen) Entwicklung des SWAP II;
- **7.11.2008:** In der Aufsichtsratssitzung der ILG unterrichtet der Jahresabschlussprüfer (KPMG) die Aufsichtsratsmitglieder Dr. Mayr und VzBgm Dr. Watzl über "*Probleme im Zusammenhang mit der Bewertung der Swaps*" – die Genannten sind gleichzeitig Mitglieder des Finanzausschusses des Gemeinderates der Stadt Linz;
- **11.11.2008** (nur zwei Monate nach der Lehman-Pleite): BAWAG P.S.K. informiert Mag. Penn und Dr. Mayr (cc) über die negative Bewertung in Höhe von EUR 62.000.000,00; die Stadt Linz reagiert darauf nicht;

- **13.11.2008:** Die Ausschussmitglieder nicken Mag. Penns Debt-Management-Report ab;
- **2009:** BAWAG P.S.K. unterbreitet weitere Angebote zur Restrukturierung des SWAP II;
- **15.4.2009:** Die Stadt Linz erhält CHF 1.464.662,44 (EUR 966.646,00) aus dem SWAP II (Saldo für Stadt Linz: + CHF 10.141.790,10);
- **September 2009:** Gemeinderatswahlen in Linz;
- **11.9.2009:** Jahresabschlussprüfer der ILG und der Immobilien Linz GmbH & Co KG droht an, den Bestätigungsvermerk einzuschränken (Beilage ./127);
- **15.10.2009:** Die Stadt Linz zahlt erstmals CHF 1.033.695,33 (EUR 683.480,00) aus dem SWAP II (Saldo für Stadt Linz: + CHF 9.108.094,77);
- **ab Jahresbeginn 2010:** Der CHF gewinnt dramatisch an Stärke gegenüber dem EUR;
- **19.3.2010:** CHF-EUR Kurs überschreitet erneut den historischen Höchststand vom September 2001;
- **Ende März 2010:** Bürgermeister Dr. Dobusch schaltet sich – nunmehr nachweislich – ein (Beilage ./48); der negative Marktwert liegt bei EUR 92.000.000,00;
- **13.4.2010:** Persönliches Treffen zwischen Vertretern der Stadt Linz und BAWAG P.S.K.; Restrukturierungsangebote und Ausstiegsszenarien werden besprochen; die Stadt Linz ist nicht bereit, aus dem SWAP II auszusteigen;
- **15.4.2010:** Die Stadt Linz zahlt CHF 6.745.771,61 (EUR 4.725.253,00) aus dem SWAP II (Saldo für Stadt Linz: + CHF 2.362.323,16);
- **Juli/August 2010:** Weitere Besprechungen und schriftliche Angebote zum Ausstieg aus dem SWAP II, auf ausdrücklichen Wunsch der Stadt Linz auf Grundlage des GRB 2004; die Stadt Linz ignoriert diese Angebote;
- **September – Dezember 2010:** BAWAG P.S.K. versucht die Entscheidungsträger der Stadt Linz zu kontaktieren; diese sind jedoch für Mitarbeiter der BAWAG P.S.K. nicht zu sprechen;

- **15.10.2010:** Die Stadt Linz zahlt CHF 14.928.423,25 (EUR 11.181.418,00) aus dem SWAP II, wobei sich erstmals auch insgesamt ein negativer Saldo von minus CHF 12.566,100,09 aus dem SWAP II für die Stadt Linz ergibt (sh Schaubild zur Darstellung der Zahlungsströme, Beilage ./156);
- **Dezember 2010 – März 2011:** Die Stadt Linz nimmt die Gespräche mit BAWAG P.S.K. wieder auf und bespricht Lösungen aufgrund des GRB 2004, wobei die Stadt Linz der BAWAG P.S.K. vorgibt, dass Lösungsvorschläge im GRB 2004 Deckung finden müssen und damit eine Umschuldung von maximal CHF 195 Mio möglich ist;
- **15.4.2011:** Die Stadt Linz leistet zum letzten Mal eine Zahlung in Höhe von CHF 18.074.061,31 (EUR 14.040.301,00) aus dem SWAP II (negativer Saldo: minus CHF 30.640.161,40);
- **Oktober 2011:** Die Stadt Linz beschließt die Zahlungen im Zusammenhang mit dem SWAP II einzustellen und stellt diese auch ein; BAWAG P.S.K. kündigt den SWAP II aus wichtigem Grund und deckt die vertragsbrüchige Position der Stadt Linz wieder ein. Rund EUR 397 Mio an Kosten gegenüber Dritten und rund EUR 20 Mio Zinszahlung an Dritte entstehen dadurch.

Beweis: Zeugen (sh Punkt **Error! Reference source not found.** 1);
Beilagen wie bisher sowie alle Beilagen ab ./80;
PV der klagenden Partei (durch Einvernahme von Dr. Franz Dobusch, pA der Stadt Linz);
PV der beklagten Partei, durch den Vorstandsvorsitzenden Byron Haynes pA der BAWAG P.S.K.

1.3 Graphische Darstellung des Geschäftsverlaufs

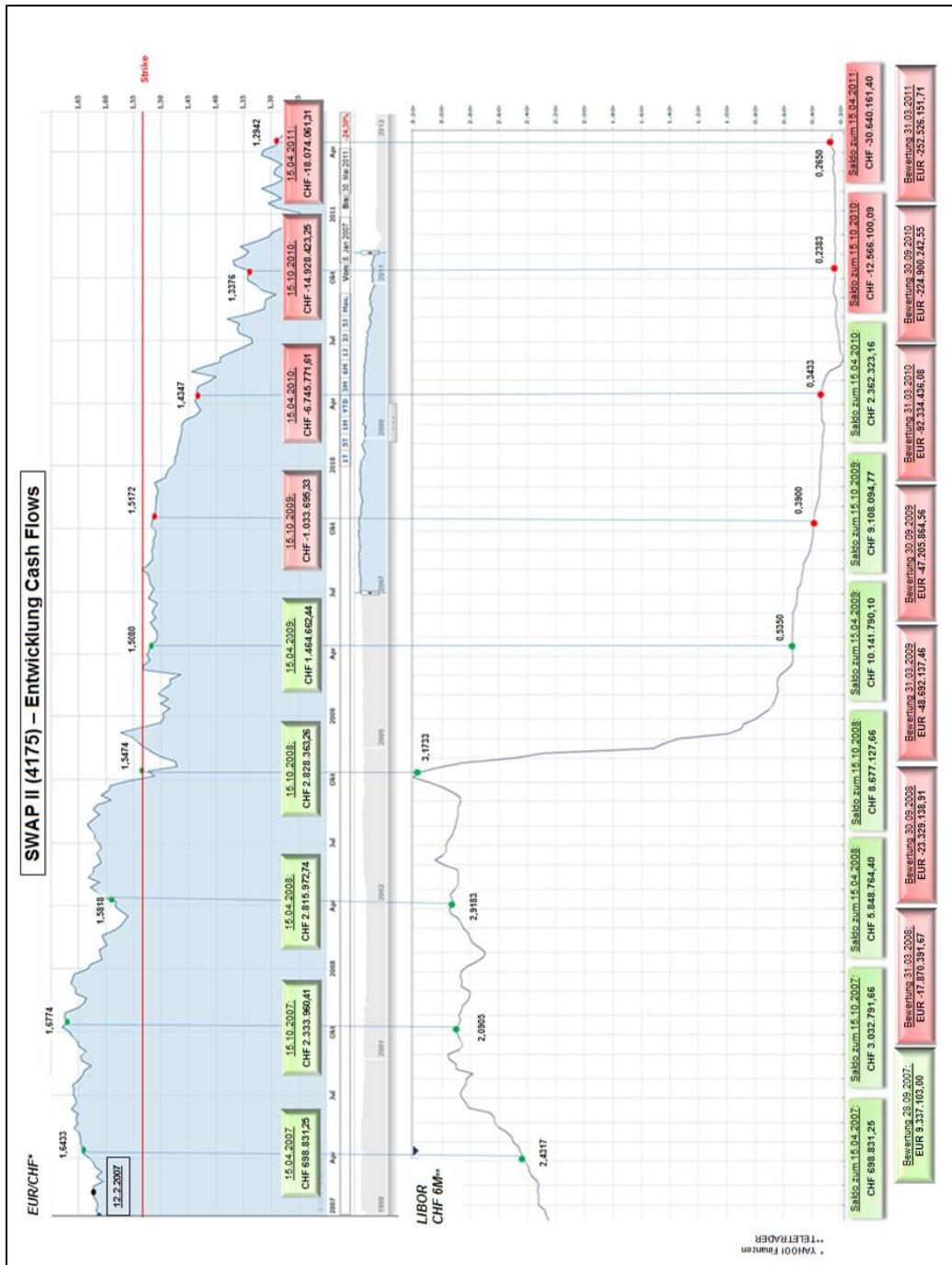


Abbildung 1

2. NEUES SACHVERHALTSVORBRINGEN

2.1 Professionalität der Stadt Linz

Seit Einbringung der KB vor etwa 18 Monaten sind BAWAG P.S.K. wesentliche Sachverhaltsmomente neu zur Kenntnis gelangt; das Detailvorbringen dazu wird gemäß der vorläufigen Einschränkung des Prozessstoffs zum Teil in nachfolgenden Schriftsätzen zu erstatten sein. Soweit das neue Vorbringen die Wirksamkeit des SWAP II betrifft, wird es in diesem Schriftsatz an jeweils passender Stelle erstattet.

Die neuen Erkenntnisse lassen sich in drei Kategorien zusammenfassen:

- i. Mag. Penns Fähigkeiten;
- ii. Systematisches Rosinenpicken; und
- iii. Kontrollversagen trotz Kontrollvermögen.

2.1.1 Mag. Penns Fähigkeiten

Als Finanzdirektor legte Mag. Penn ein hohes Maß an Professionalität und Verständnis iZm derivativen Produkten an den Tag. Erst seit Bekanntwerden des SWAP II in der Öffentlichkeit versucht die Stadt Linz Mag. Penn als geradezu unbedarft darzustellen. Mag. Penn unterstützt die Stadt Linz bei dieser Darstellung aus nahe liegenden Gründen nach Kräften. Dies führt zu grotesken Widersprüchen, etwa zu seinem Umgang mit Optionen:

- als Finanzdirektor (2006): "*Ich habe die Option so konstruieren lassen*" (vgl AS 39, ON 17 des Strafaktes, Beilage ./30);
- bei seiner Beschuldigtenvernehmung (2013): "*Ich kenne mich aber mit Optionen nicht aus, deshalb wollte ich diese auch nicht.*" (vgl S 13, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87).

Die Leugnung von Mag. Penns Fähigkeiten, Sorgfalt und Verständnis iZm derivativen Produkten ist eine reine Schutzbehauptung. Mag. Penn hatte Erfahrung mit Finanzderivaten; er bereitete den Abschluss solcher Geschäfte sorgfältig vor und wickelte diese gleichermaßen ab. Nicht umsonst galt Mag. Penn innerhalb und außerhalb der Stadt Linz als versierter Finanzexperte:

Beweis: Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
BV Mag. Penn vom 4.3.2013 (Beilage ./87);
wie bisher.

2.1.2 Risikobewusstsein und Sorgfalt

Neue Erkenntnisse untermauern, dass der Stadt Linz das Risiko des SWAP II nicht verborgen geblieben sein konnte und Mag. Penn im Abschlusszeitpunkt auch tatsächlich bewusst war:

Die theoretische Unbeschränktheit des Risikos aufgrund des EUR/CHF-Wechselkurses war für die Stadt Linz als professioneller Marktteilnehmer bzw für Mag. Penn als Finanzprofi geradezu selbstverständlich. Die Möglichkeit krisenhafter Entwicklungen war Mag. Penn positiv bekannt und es ist dokumentiert, dass Mag. Penn derartige Szenarien in seiner Entscheidungsfindung grundsätzlich mitbedachte:

"Dass das theoretische Risiko unbeschränkt ist, ist klar." (vgl S 4, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87)

"der zukünftige SFR-Kurs [ist] nicht vorhersehbar" (Mag. Penn iZm CHF-Finanzierungen vgl AS 155, ON 106 des Strafaktes, Beilage ./157).

"Das Risiko besteht darin, dass wenn der CHF zum Zeitpunkt der Fälligkeit in 4 Jahren unter 1,48 liegt [...] Ich schätze das Risiko gering ein, aber in Krisensituationen immerhin möglich [...] Aus meiner Sicht überwiegen die Vorteile deutlich das Risiko." (Mag. Penn berät das Techcenter Linz, vgl AS 57, ON 147 des Strafaktes, Beilage ./158)

Mag. Penn wusste um den Konnex zwischen Ertrag und Risiko, also *"dass man eine besondere Verbilligung des Fixzinssatzes nur dann bekommt, wenn man einem anderen ein Recht einräumt oder selbst gewisse Risiken übernimmt"* (vgl S 5, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87).

Dass BAWAG P.S.K. das Risiko weiterreichen und damit aufgrund des SWAP II hohe Verbindlichkeiten gegenüber Dritten eingehen würde, war Mag. Penn ebenfalls vor Geschäftsabschluss bekannt; er wurde sogar von dritter Seite ausdrücklich darauf hingewiesen (vgl S 1 des Telefonprotokolls vom 2.2.2007 in ON 84 des Strafaktes, Beilage ./99); darüber hinaus wurde es ihm während der Laufzeit des Vertrages wiederholt in Erinnerung gerufen, zB als BAWAG P.S.K. irrtümlich die Saldenliste der Hedgegeschäfte an Mag. Penn faxte, sowie in der Besprechung vom 1.2.2008 (vgl Beilage ./55 und Punkt 4.15.4 der KB).

Mag. Penn hat seine Entscheidungen ganz allgemein mit großer Sorgfalt vorbereitet. Dazu sei etwa auf das Beilagenkonvolut zu "EURO/SFR-Prognosen" (AS 351, ON 98 des Strafaktes, Beilagenkonvolut ./159), die Unterlage "FREMDMITTEL IN CHF" (AS 341, ON 98 des Strafaktes, Beilage ./160), die Übersicht "Finanzierungsangebote – Stand 05.03.2008" (AS 293, ON 98 des Strafaktes, Beilage ./161) und etwa die Tabelle "Variab-

le endfällige Anleihe über CHF 195 Mio 2005 – 2017, (AS 347, ON 98 des Strafaktes, Beilage ./162) verwiesen. Der SWAP II war hier keine Ausnahme – dies untermauern neu hervorgekommene Urkunden und Erkenntnisse:

Den Strike von 1,54 legte Mag. Penn bekanntermaßen aufgrund einer Analyse der historischen EUR/CHF-Wechselkursentwicklung fest (vgl AS 35, ON 17 des Strafaktes, Beilage ./30). Als versierter Finanzfachmann verließ sich Mag. Penn nicht ausschließlich auf Vergangenes, sondern analysierte auch die Prognosen für den EUR/CHF-Wechselkurs (vgl AS 329, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119). Aus den Daten von Mag. Penn¹ zeigt sich die Akribie, mit welcher er derartige Währungsprognosen verwaltete und analysierte (vgl Beilagenkonvolut ./159). Der Median der im Abschlusszeitpunkt vorliegenden Prognosen bis 2011 lag bei einem EUR/CHF-Wechselkurs von mindestens 1,55 und somit über dem Strike:

<HELP> for explanation.
<Menu> to Return

90 Chart		97 Histogram		Page 1/3		Foreign Exchange Forecasts				
Region	G10	Currency	Euro / Swiss Franc Cross				As of 02/12/07			
EURCHF	+		Q1 07	Q2 07	Q3 07	Q4 07	2008	2009	2010	2011
Spot	1.63	Median	1.60	1.60	1.58	1.58	1.55	1.55	1.55	1.55
Q4 06 Actual	1.61	Mean	1.61	1.60	1.59	1.58	1.56	1.55	1.54	1.52
		High	1.65	1.65	1.66	1.66	1.66	1.63	1.63	1.63
Q4 06 Forecast	1.58	Low	1.56	1.52	1.53	1.50	1.45	1.49	1.43	1.38
		Forward	1.62	1.62	1.61	1.60	1.58	1.56	1.54	1.51
Contributors (36)		As of	Q1 07	Q2 07	Q3 07	Q4 07	2008	2009	2010	2011
1) Alpha Bank		02/12/07	1.62	1.62	1.62	1.62	1.59	--	--	--
2) Banco Bilbao Vizcaya Arge		02/12/07	1.59	1.58	1.57	1.56	1.56	--	--	--
3) Bayerische Landesbank		02/09/07	1.59	1.58	1.58	1.57	1.55	--	--	--
4) Danske Bank		02/09/07	1.62	1.62	1.61	1.60	1.56	1.54	1.54	1.54
5) Landesbank Baden-Wuertte		02/09/07	1.59	1.58	1.56	1.55	--	--	--	--
6) Morgan Stanley		02/09/07	1.63	1.60	1.57	1.54	1.54	1.51	1.48	1.45
7) Saxo Bank		02/09/07	1.61	1.62	1.60	1.56	--	--	--	--
8) Citigroup		02/08/07	1.62	1.59	1.57	1.57	1.55	1.57	1.57	1.57
9) Deutsche Bank		02/08/07	1.58	1.57	1.57	1.56	1.56	1.56	--	--
10) Rabobank		02/08/07	1.61	1.60	1.59	1.58	--	--	--	--
11) Bank of America Merrill Ly		02/07/07	1.62	1.60	1.57	1.57	1.55	1.53	--	--
12) UBS		02/06/07	--	1.52	--	1.58	1.56	--	--	--
13) B. Metzler seel. Sohn & Co.		02/05/07	1.60	1.61	1.58	1.56	--	--	--	--
14) HBOS		02/05/07	1.58	1.57	1.56	1.55	1.55	--	--	--

Australia 61 2 9777 8600 Brazil 5511 3048 4500 Europe 44 20 7330 7500 Germany 49 69 9204 1210 Hong Kong 852 2977 6000
Japan 81 3 3201 8900 Singapore 65 6212 1000 U.S. 1 212 318 2000 Copyright 2012 Bloomberg Finance L.P.
SN 202176 CET GMT+1:00 H430-1609-1 16-Nov-2012 12:36:22

Abbildung 2

Mag. Penn traf auf dieser Grundlage die – aus damaliger Sicht berechnete – Annahme, dass der EUR/CHF-Wechselkurs einen bestimmten Korridor (1,44 – 1,62) nicht verlassen würde (vgl S 4, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87). Damit gab sich Mag. Penn noch nicht zufrieden. Er sorgte sogar für den unvorhersehbaren Fall eines Unterschreitens des Strike vor und errechnete richtig, dass der SWAP II bis zu einem EUR/CHF-Wechselkurs von etwa 1,49 gegenüber der variablen Verzinsung der CHF-Anleihe profitabel sein

¹ BAWAG P.S.K. erhielt im Wege der Akteneinsicht Zugriff auf einen Datenträger, welcher den Datenbestand auf einem von Mag. Penns Datenträgern auszugsweise enthielt (vgl ON 36 des Strafaktes).

würde (vgl AS 15, ON 48 des Strafaktes, Beilage ./66 sowie S 9, ON 147 des Strafaktes, Beilage ./163).

Vor Abschluss des SWAP II erstellte Mag. Penn die Tabellenkalkulation "*CHF resettable.xls*" (vgl S 7, ON 150 des Strafaktes, Beilage ./98)², mit der er die mögliche Zahllast der Stadt Linz sogar bis zur Währungsparität, also einem EUR/CHF-Wechselkurs von 1:1 berechnete. Mag. Penn war also jedenfalls bewusst, was ein – aus damaliger Sicht unrealistisches – Krisenszenario bedeuten würde:

1,27	21,325%	21.080.495 CHF	16.598.815 €
1,26	22,287%	22.031.848 CHF	17.485.593 €
1,25	23,265%	22.998.422 CHF	18.398.738 €
1,24	24,259%	23.980.586 CHF	19.339.182 €
1,23	25,268%	24.978.720 CHF	20.307.902 €
1,22	26,295%	25.993.217 CHF	21.305.916 €
1,21	27,338%	27.024.482 CHF	22.334.283 €
1,20	28,398%	28.072.936 CHF	23.394.113 €
1,19	29,477%	29.139.010 CHF	24.486.563 €
1,18	30,573%	30.223.154 CHF	25.612.842 €
1,17	31,689%	31.325.829 CHF	26.774.213 €
1,16	32,824%	32.447.517 CHF	27.971.997 €
1,15	33,978%	33.588.712 CHF	29.207.575 €
1,14	35,153%	34.749.928 CHF	30.482.393 €
1,13	36,348%	35.931.696 CHF	31.797.961 €
1,12	37,565%	37.134.568 CHF	33.155.864 €
1,11	38,804%	38.359.113 CHF	34.557.759 €
1,10	40,065%	39.605.922 CHF	36.005.384 €
1,09	41,349%	40.875.608 CHF	37.500.558 €
1,08	42,658%	42.168.808 CHF	39.045.192 €
1,07	43,990%	43.486.179 CHF	40.641.289 €
1,06	45,348%	44.828.406 CHF	42.290.949 €
1,05	46,732%	46.196.200 CHF	43.996.381 €
1,04	48,142%	47.590.297 CHF	45.759.901 €
1,03	49,580%	49.011.464 CHF	47.583.946 €
1,02	51,045%	50.460.497 CHF	49.471.076 €
1,01	52,540%	51.938.224 CHF	51.423.984 €
1,00	54,065%	53.445.505 CHF	53.445.505 €

Abbildung 3

Auch das mit einem derartigen, *ex ante* irrealen Krisenszenario verbundene Risiko des SWAP II war Mag. Penn im Abschlusszeitpunkt bewusst. Wenig verwunderlich kommt auch der RH zur Überzeugung, dass das Risiko des SWAP II im Abschlusszeitpunkt erkennbar war (vgl RHB, Tz 26.4, (Beilage ./155).

Mag. Penn bewertete das Risiko des SWAP II nicht nur im Abschlusszeitpunkt, sondern verfügte auch während der Laufzeit des SWAP II über ausreichendes Risikobewusstsein: Spätestens im November 2008 sah er die große Gefahr eines EUR/CHF-Wechselkurses von 1,398 und darunter. Dies gab er gegenüber einem Vertreter der Stadt Linz, Prof. Dr. Meinhard Lukas, an (vgl AS 335, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119).

Die Stadt Linz vertreten durch Mag. Penn wusste also, worauf sie sich einließ und wie das Geschäft lief.

² Die Datei wurde am 2.2.2007 erstellt; im Detail sh ON 150 des Strafaktes.

Gegenüber der StA Linz stellte Mag. Penn sein Verständnis erneut anders dar und behauptete, dass er sich erst ein Jahr später, "*das erste Mal (Ende 2009) Gedanken gemacht*" hätte (vgl S 9, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87).

Beweis: BV Mag. Penn vom 4.3.2013 (Beilage ./87);
Vorschlag Mag. Werner Penn an Bgm Dr. Franz Dobusch vom 19.1.1998 (Beilage ./157);
E-Mailverkehr zwischen Mag. Penn und Techcenter Linz (Techcenter EUR-Cap mit CHF-Link.htm) (Beilage ./158);
Telefonprotokoll der Bank Austria vom 2.2.2007 (Beilage ./99);
Konvolut Saldenbestätigungen (Beilage ./55);
Beilagenkonvolut zu "EURO/SFR-PROGNOSEN" aus Mag. Penns Daten (Beilage ./159);
"FREMDMITTEL IN CHF" aus Mag. Penns Daten (Beilage ./160);
"Finanzierungsangebote – Stand 05.03.2008" aus Mag. Penns Daten (Beilage ./161);
"Variable endfällige Anleihe über CHF 195 Mio 2005 - 2017 aus Mag. Penns Daten (Beilage ./162);
Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006 (Beilage ./30);
Aktenvermerk "Chronologie" vom 11.4.2011 (Beilage ./119);
ZV Mag. Herbert Auer vom 20.9.2011 (Beilage ./66);
Gutachten der Frankfurt School of Finance & Management vom 11.12.2012 (Beilage ./163);
Excel Datei "CHF resettable.xls" aus Mag. Penns Daten (Beilage ./68);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155)
wie bisher.

2.1.3 Risikomanagement – *Stop-Loss*-Strategie

Die Stadt Linz führte und führt ihre Bücher nach dem kameralistischen System (bloße Einnahmen-/Ausgabenrechnung), also einem Cash-Flow-Konzept, bei dem Marktbewertungen außer Acht bleiben. Dieser Umstand prägte die Finanzierungsstrategie der Stadt Linz („*Es gebe eigentlich keine Grenze für die Verschuldung der Stadt, sagt Mayr: „Wichtig ist die Höhe der Zinszahlung*“, vgl Beilage ./6).

Die Stadt Linz hat für den SWAP II eine Stop-Loss-Strategie entwickelt, welche sich – in Entsprechung des kameralistischen Systems – an den zu erwartenden Zahlungsflüssen und an der Entwicklung des EUR/CHF-Kurses ("Historischer Höchststand des CHF") orientierte. Wie sich aus dem RHB in

Tz 28.3 ergibt, behauptet dies die Stadt Linz selbst (vgl die Stellungnahme der Stadt Linz laut RHB, Tz 28.3, Beilage ./155, wonach eine *Stop-Loss*-Strategie nicht gänzlich gefehlt habe).

Als die gesetzten Warnsignale eine Reaktion erforderten, hätte sie allerdings nach dieser Strategie handeln müssen, statt untätig zu bleiben. Dazu sei klargestellt, dass die Stadt Linz jederzeit – durch "Glattstellen ihrer Position" – faktisch aus dem Geschäft hätte aussteigen können (unabhängig davon, ob ein Kündigungsrecht vereinbart wurde oder nicht). BAWAG P.S.K. war jederzeit zu einer vorzeitigen Schließung bereit (vgl auch die vorzeitige Schließung von SWAP I). Ebenso hätte ein Ausstieg oder eine Restrukturierung mit einem Mitbewerber stattfinden können. Tatsächlich hat die Stadt Linz auch von Mitbewerbern, wie zB Barclays und Kommunalkredit Offerte erhalten (vgl Beilage ./113).

Diese *Stop-Loss*-Strategie war für die Stadt Linz leicht umsetzbar und inhaltlich risikoangemessen; die Stadt Linz hätte mit dieser Strategie den später eingetretenen Schaden vermeiden können.

Eine Risikoanalyse im Hinblick auf die Zahlungsströme (Cash-Flow-at-Risk) konnte die Stadt Linz auch jederzeit durchführen: Dazu waren lediglich der aktuelle Wechselkurs, Wechselkursprognosen und die einfach zu rechnende Formel des SWAP II notwendig. Mag. Penn verfolgte den Kurs und Kursprognosen und verfügte über eine Übersicht der möglichen Zahlungsströme bis zu einem EUR/CHF-Wechselkurs von 1:1 (sh Punkt 6.2 der KB der BAWAG P.S.K.; vgl Beilage ./98). Er war selbstredend auch in der Lage, alle maßgeblichen Parameter in die Formel einzusetzen und damit die erwarteten Ergebnisse hochzurechnen.

Der Marktwert des SWAP II (Value-at-Risk) spielte für die Stadt Linz demgegenüber eine Rolle, wenn sie das Geschäft vorzeitig beenden wollte. Ferner lieferten die Bewertungen einen Indikator für die Marktentwicklung und damit ein zusätzliches Risikomessinstrument. Um diesen Faktor in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen, genügten die monatlich übermittelten Bewertungen der BAWAG P.S.K. bzw die Möglichkeit – jederzeit – auf Anfrage einen aktuellen Wert zu erhalten (vgl S 20, ON 147 des Strafaktes, Beilage ./163; zum Verständnis der Stadt Linz um die Bedeutung der Bewertungen sh Punkte II 2.1.1 und II 2.3.2. Die Stadt Linz konnte nicht nur die BAWAG P.S.K. um ihre Bewertung ersuchen, auch Mitbewerber der BAWAG P.S.K. konnten – anhand der Formel des SWAP II – eine Bewertung vornehmen und der Stadt Linz den aktuellen Wert, zu dem ein Ausstieg möglich wäre, mitteilen.

Aus zahlreichen Quellen erschließt sich, dass die Stadt Linz den historischen Höchststand des CHF von September 2001 (EUR/CHF Kurs von 1,4464) als kritische Schwelle ("Reißleine") zum Ausstieg aus dem SWAP II oder seiner Restrukturierung festgelegt hatte. Die Debt-Management-Berichte führen den historischen Höchststand grafisch als Grenze an.

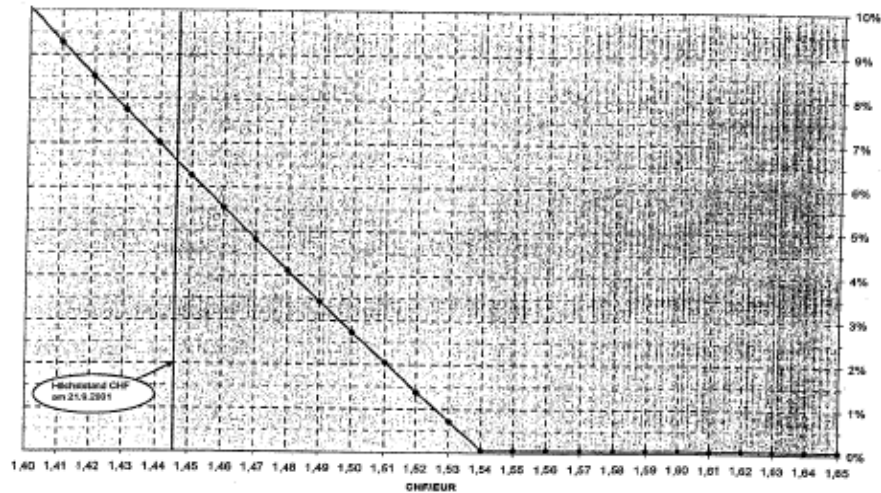


Abbildung 4

Dabei wird deutlich, dass die Zahlungspflicht nicht bei der kritischen Linie enden würde, sondern (unbegrenzt) weiter nach oben ansteigen würde. Dennoch ist die Linie bei 1,4464 unübersehbar hervorgehoben.

Die verbale Beschreibung verdeutlicht die selbst gesetzte „Reißleine“: Das „maximale Risiko“ wird mit der Bedingung verknüpft, dass der historische Höchststand erreicht wird (wörtlich: „wenn EUR/CHF-Wechselkurs historischen Höchststand von 1,4464 erreicht“; vgl zB AS 207, ON 5 des Strafaktes, Beilage ./15.0).

Die Begrenzung des Risikos ist freilich nur dann möglich, wenn bei Erreichen des historischen Höchststandes tatsächlich die *Stop-Loss*-Strategie umgesetzt und die Reißleine gezogen wird.

Die *Stop-Loss*-Strategie wurde tatsächlich nicht nur bei Geschäftsabschluss implementiert, sondern hat in der Folge das Verhalten der Stadt Linz auch beeinflusst (allerdings wurden bei Erreichen der *Stop-Loss* Limits die notwendigen Entscheidungen nicht getroffen):

- Am 27.10.2008 lag der EUR/CHF-Kurs bei 1,436 und überschritt damit erstmals die – von der Stadt Linz gesetzte – kritische Schwelle von 1,4464 an einem Tag und verließ damit den beim Geschäftsabschluss als realistisch erachteten Korridor. Zu diesem Zeitpunkt kam es zu einem deutlichen Anstieg der Kontakte zwi-

schen der Stadt Linz und der BAWAG P.S.K., welche in einem Termin vom 4.11.2008 zwischen BAWAG P.S.K. und Mag. Penn gipfelten (Beilage ./54). Bei diesem Termin informierte BAWAG P.S.K. Mag. Penn ua über die Bewertung des SWAP II zum Stichtag 4.11.2008 (minus EUR 62 Mio). Mag. Penn informierte auch, dass "*der Finanzausschuss und die politisch Verantwortlichen*" zeitnah informiert werden (Beilage ./54). BAWAG P.S.K. unterbreitete der Stadt Linz per E-Mail an Mag. Penn vom 5.11.2008 (Beilage ./118) Restrukturierungsangebote. Diese werden von der Stadt Linz abgelehnt. Im Anschluss übermittelte BAWAG P.S.K. alle wesentlichen Informationen an Mag. Penn und cc an Dr. Mayr "*zur Vorlage in Ihren Gremien*" (Beilage ./20).

- Die Stadt Linz hat sich in der Folge – in voller Kenntnis des Risikos – abermals bewusst entschieden, am SWAP II festzuhalten (sh Punkt II 2.1.2). Sie hat die durch den SWAP II generierten Erträge (ca CHF 10 Mio) ohne jede Beanstandung vereinnahmt und auch dadurch das Geschäft genehmigt.
- Der Wechselkurs blieb nach Oktober 2008 für längere Zeit über der kritischen Schwelle. Im April 2009 konnte die Stadt Linz ein weiteres Mal einen positiven Cash-Flow generieren. Erst am 19.3.2010 unterschritt der Kurs erneut die kritische Schwelle (*Stop-Loss* von 1,4464); diesmal jedoch nicht bloß für einen Tag, sondern – *ex post* betrachtet – dauerhaft. Wenig später ist die Befassung des Bürgermeisters – außenwirksam – dokumentiert. Damals war der SWAP II mit ca EUR 90 Mio negativ bewertet. Die Ausstiegskosten wären deutlich geringer gewesen als Ende Oktober 2011. Abermals entschied sich die Stadt Linz, ihre *Stop-Loss*-Strategie nicht umzusetzen, sondern am Geschäft festzuhalten.

Beweis: Pressemeldungen: "Heute" vom 30.10.2009 und "Oberösterreichische Nachrichten" vom 15.12.2009 (Beilage ./6);
 Stellungnahme der Stadt Linz vom Jänner 2013 gegenüber dem Rechnungshof zu dessen im Oktober 2012 übermittelten Ergebnis der Prüfung der Fremdwährungs- und Zinssicherungsgeschäfte (siehe RHB, Tz 1);
 Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
 Interne E-Mail von Iris Sahinoglu vom 5.5.2008 (Beilage ./113)
 Excel Datei "CHF resettable.xls aus Mag. Penns Daten (Beilage ./98);
 Gutachten der Frankfurt School of Finance & Management vom 11.12.2012 (Beilage ./163);
 Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 28.8.2007 (Beilage ./15.0);

Gesprächsnotiz über die Besprechung vom 4.11.2008 (Beilage ./54);
E-Mail der BAWAG P.S.K. vom 5.11.2008 (Beilage ./118)
Schreiben der BAWAG P.S.K. vom 11.11.2008, (Beilage ./20);
wie bisher.

2.1.4 Verständnis der Bewertungen

Nach dem Vorbringen der Stadt Linz soll Mag. Penn die Bewertungen des SWAP II und ihre Bedeutung überhaupt nicht verstanden haben; auch diesen Standpunkt unterstützt Mag. Penn überschießend ("*black-box*", "*Verwirrung*", "*fachlich nicht mehr folgen*", "*nicht verstanden*", "*nicht nachvollziehbar*", "*in keinem Geschäft nachvollziehbar*", vgl S 7 f, 11, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87). Dies steht in auffallendem Widerspruch zu den Fakten:

Nach seiner eigenen Aussage verstand Mag. Penn, dass die Bewertungen (i) ein Indikator für zukünftige Cash-Flows waren und (ii) einer größeren Schwankungsbreite unterlagen (vgl S 7 f, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87). In seiner Funktion als Finanzdirektor hielten ihm auch andere Bankhäuser die Bedeutung von Bewertungen regelmäßig vor, sodass ihm die Bedeutung von Bewertungen schon vor Abschluss des SWAP II bekannt war (vgl Beilage ./165).

Am 1.2.2008 fand bei der BAWAG P.S.K. ein mehrstündiger Gesprächstermin statt (vgl Beilage ./68), bei dem alle relevanten Informationen zu den Bewertungen im Detail diskutiert wurden (insbesondere Modelle, Faktoren und Auswirkungen). Mag. Penn will der Diskussion "*fachlich nicht mehr folgen*" haben können (vgl S 8, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87). Dies steht in offenem Widerspruch zu den Wahrnehmungen der Teilnehmer auf Seiten der BAWAG P.S.K.; ihnen zufolge hat sich Mag. Penn an der Diskussion fachlich versiert beteiligt (sh Punkt II 2.1.5). Diese Wahrnehmung wird durch Mag. Penns Nachbearbeitung dieses Termins bestätigt: Im Anschluss an den Termin vom 1.2.2008 beschäftigte sich Mag. Penn auf hohem Niveau mit Fragen der Buchung und Bewertung von Finanztermingeschäften und speicherte am 12.2.2008 umfangreiche hierfür relevante Literatur auf seinem Laufwerk (vgl Auszug aus Beilage ./20.2 zu ON 147 des Strafaktes, Beilagenkonvolut ./166).

Anders als die Stadt Linz glauben machen möchte, sah Mag. Penn Finanzderivate und ihre Bewertungen nicht bloß durch die Brille kameralistischer Buchführung, was für die Risikoanalyse des SWAP II, wie oben dargestellt, bereits ausgereicht hätte.

Neben seiner Funktion als Finanzdirektor der Stadt Linz war Mag. Penn von 2005 bis 2012 auch Geschäftsführer der ILG, wobei die Immobilien Linz GmbH & Co KG ebenfalls Finanzderivate im Portfolio hatte (Beilage ./165).

Beweis: BV Mag. Penn vom 4.3.2013 (Beilage ./87);
"RLB Bewertung Swaption 061229" vom 26.9.2007 aus
Mag. Penns Daten (Beilage ./165);
Präsentation CHF-Resetable Bewertung und Risiko, Februar 2008 (Beilage ./68);
Aktenvermerk BAWAG P.S.K. zum Termin vom 1.2.2008 (Beilage ./112);
Auflistung von Fachliteratur zur Darstellung und Bewertung von Finanz-(Termin)Geschäften aus Mag. Penns Daten; Ausdrücke sind in Beilage ./20.2 zu ON 147 enthalten (Beilagenkonvolut ./166);
wie bisher.

Als Geschäftsführer dieser Gesellschaft hatte Mag. Penn die Jahresabschlüsse nach dem Grundsatz der doppelten Buchführung aufzustellen. Bewertungen von Finanzderivaten waren somit erfolgswirksam zu berücksichtigen und folglich Gegenstand umfangreicher Korrespondenzen von Mag. Penn (und auch von Dr. Schmid) mit Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern sowie externen wissenschaftlichen Beratern. Dabei wurden Bedeutung, Hintergrund und Faktoren der Bewertungen wieder und wieder erörtert. Im November 2008 eskalierte das Thema sogar bis zum Aufsichtsrat der ILG (vgl AS 339, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119; sh auch Punkt II 2.3.2).

Beweis: Historischer Firmenbuchauszug der ILG vom 7.11.2008 (Beilage ./167);
Aktenvermerk "Chronologie" vom 11.4.2011 (Beilage ./119);
wie bisher.

2.1.5 Außenwahrnehmung

Vor Bekanntwerden des SWAP II in der Öffentlichkeit zweifelte niemand an Mag. Penns Professionalität und Verständnis iZm Fremdwährungsfinanzierungen und Finanzderivaten:

- Innerhalb der Stadt Linz vertraute man uneingeschränkt auf Mag. Penns Fähigkeiten (vgl zB AS 19, ON 48 des Strafaktes, Beilage ./66 sowie AS 339 aE, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119).
- Nicht einmal auf Seiten der Opposition bestanden Zweifel an seiner Kompetenz (vgl AS 7 f, ON 24 des Strafaktes, Beilage ./168; AS 339 aE, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119).

- Die Mitarbeiter der BAWAG P.S.K. bestätigen unisono, dass ihnen Mag. Penn als versierter Finanzfachmann entgegentrat und sich sein umfassendes Verständnis der Struktur und des Risikos des SWAP II insbesondere in seinen Detailfragen zeigte (vgl. ON 52 des Strafaktes, Beilage ./43; AS 5 aE, ON 57 des Strafaktes, Beilage ./65).
- Dritte suchten Mag. Penns Rat iZm Fremdwährungsfinanzierungen (vgl. AS 57, ON 147 des Strafaktes, Beilage ./158).

Erst nach Bekanntwerden des SWAP II in der Öffentlichkeit verwandelte sich Mag. Penn vom versierten Finanzfachmann zum Dilettanten; ein Journalist konnte die Metamorphose beobachten:

"Wir haben Penn am 16. März 2011 im Büro von Stadtrat Johann Mayr (SP), bei einem Gespräch über das Zustandekommen des Swaps 4175 gefragt: "Aber Sie mit Ihrer Erfahrung und Ihrer Ausbildung, Sie müssen doch gewusst haben, worauf Sie sich da einlassen." Seine Antwort: "Sicher hätte ich das erkennen müssen." Worauf Mayr ihm ins Wort fiel: "Das ist jetzt ein Scherz", weil es ja auch gar nicht zur (damalig neuen) Verteidigungslinie der Stadt passte, von der Bawag schlicht betrogen worden zu sein." (vgl. Beilage ./10)

Beweis: ZV Mag. Herbert Auer vom 20.9.2011 (Beilage ./66);
Aktenvermerk von Dr. Christian Schmid "Chronologie" vom 11.4.2011 (Beilage ./119);
ZV Dr. Erich Watzl vom 28.6.2011 (Beilage ./168);
ZV Iris Sahinoglu vom 22.9.2011 (Beilage ./43);
ZV Mario Tieff vom 27.9.2011 (Beilage ./65);
E-Mailverkehr zwischen Mag. Penn und Techcenter Linz (Techcenter EUR-Cap mit CHF-Link.htm, (Beilage ./158);
Artikel der "Kronen Zeitung" vom 1.8.2011 (Beilage ./10);
wie bisher.

2.1.6 Umfangreiche Erfahrung

Auch die eigenen Transaktionen der Stadt Linz belegen ihren Wissenstand und die Richtigkeit der Einschätzung als professioneller Marktteilnehmer (sh. Beilage ./169). Die Stadt Linz und ihr zuzurechnende Unternehmen waren schon vor Abschluss des SWAP II – seit den 1990er Jahren – umfangreich in Fremdwährungstransaktionen involviert (sh. Übersicht über die wesentlichen Zeitpunkte, Punkt II 1.2). Ab 2006 wurden Swaps und sonstige Finanzterminkontrakte abgeschlossen. Einige dieser Transaktionen sind mit dem gegenständlichen Geschäft durchaus vergleichbar. Alleine die in Beilage ./169 angeführten Transaktionen erreichen ein Volumen von mehreren hundert Millionen Euro bzw. CHF.

Überdies hatte die Stadt Linz jedenfalls auch konkrete Erfahrung mit der vorzeitigen Schließung eines Swap-Geschäfts (aus der Schließung von SWAP I am 17.7.2007).

Beweis: Aufstellung diverser Finanztransaktionen der Stadt Linz und ihr zuzurechnender Unternehmen (Beilage ./169); von BAWAG P.S.K. bearbeitete Zeitachse des Kontrollamtsberichts zum SWAP II (Punkte 6.1 und 6.2 der ON 126 des Strafaktes) im Überarbeitungsmodus (Beilage ./80).

2.1.7 Zwischenergebnis

- Die Stadt Linz konnte an Hand einer – für Städte angemessenen – Cash-Flow-at-Risk-Betrachtung eine ausreichende Risikoanalyse anstellen. Mit Hilfe einer Cash-Flow-at-Risk Analyse (Berechnung der potenziellen Zahlungsverpflichtung anhand des aktuellen EUR/CHF-Kurses) war das Risiko zu jedem beliebigen Zeitpunkt einzuschätzen.
- Mag. Penn hat die Bewertungen verstanden und konnte somit auch aus diesen heraus Erkenntnisse in Bezug auf die Risikoentwicklung des SWAP II gewinnen.
- Die Stadt Linz hätte allerdings Konsequenzen aus einer negativen Entwicklung der Märkte, insbesondere einer so gravierenden Verwerfung wie durch die Finanzkrise 2008 und die Eurokrise, ziehen müssen.
- Diese zog die Stadt Linz aber nicht, obwohl sie bei Geschäftsabschluss eine *Stop-Loss*-Strategie implementiert hatte: Das 2007 allgemein als unrealistisch eingeschätzte Risiko eines EUR/CHF-Wechselkurses, der schlechter wäre als sein historischer Tiefstand, wurde dabei als kritische Schwelle ("Reißleine") festgelegt.
- Tatsächlich handelte die Stadt Linz aber nicht entsprechend ihrer *Stop-Loss*-Strategie, als der EUR/CHF diese kritische Schwelle überschritt.

2.2 Systematisches Rosinenpicken

Heute ist klar, warum man nicht nach dieser Einsicht handelte:

Zwischen GRB 2004 und Abschluss des Rahmenvertrages 2006 beschäftigte sich die Stadt Linz intensiv mit dem Thema "Grundsatzcharakter von Gemeinderatsbeschlüssen". Der Inhalt der Diskussion ist im Aktenvermerk "Aufsichtsbehördliche Genehmigung von GR-Beschlüssen" vom 26.1.2006 zusammengefasst (vgl AS 25, ON 105 des Strafaktes, Beilage ./86):

Demnach informierte die oberösterreichische Gemeindeaufsicht die Stadt Linz, dass Gemeinderatsbeschlüsse "*mit Grundsatzcharakter*" – zumindest aus Sicht der Aufsichtsbehörde – nicht ausreichen (BAWAG P.S.K. bestreitet diese Rechtsansicht ausdrücklich). Vielmehr sei immer der konkrete Vertragstext vom Gemeinderat zu beschließen. Die Stadt Linz beschloss daher noch in der Besprechung:

- " 1) *Erstellung eines Rechtsgutachtens durch PPO – Präsidium über die Rechtsauffassung der Gemeindeaufsicht im Vergleich zur städtischen Auffassung.*
- 2) *Auflistung aller GR-Beschluss [sic], in welchen Grundsatzbeschlüsse gefällt wurden, die konkrete vertragliche Umsetzung jedoch nicht neuerlich dem GR zur Beschlussfassung vorgelegt wurde. (PPO Präsidium)*
- 3) *Um drohenden Schaden für die Stadt zu vermeiden, soll die nach Ansicht der Gemeindeaufsicht erforderliche Sanierung der aus Pkt. 2 resultierenden Beschlüsse sofort im Weg einer Präsidialverfügung vollzogen werden. (FD + PPO)"*

Mag. Penn verfasste den Aktenvermerk. Dr. Mayr war bei der Besprechung anwesend. Bürgermeister Dr. Dobusch erhielt neben anderen das Papier. Nicht informiert wurden hingegen die Vertragspartner der Stadt Linz. Im Gegenteil: Die Entscheidungsträger der Stadt Linz haben die Zweifel der Aufsichtsbehörde an Grundsatzbeschlüssen verschwiegen. Sie wollten sich diese Zweifel sogar zu Nutze machen:

Im Fall einer günstigen Entwicklung sollte das Geschäft gelten, im Fall einer ungünstigen Entwicklung wollte man einfach Ungültigkeit behaupten. Auf diese Weise wollte sich die Stadt Linz die "Rosinen" zu Lasten des Geschäftspartners (hier: der BAWAG P.S.K.) herauspicken – Erträge sollten vereinnahmt, Verluste vom Geschäftspartner getragen werden. In diesem Bewusstsein haben sich die Entscheidungsträger der Stadt Linz auf den SWAP II eingelassen und später die Begrenzung des Risikos unterlassen.

Es scheint unglaublich, dass sich Vertreter einer österreichischen Gebietskörperschaft auf Derartiges einlassen. Zahlreiche neue Beweismittel und Erkenntnisse untermauern jedoch den Vorwurf:

- Die Stadt Linz hat den SWAP I, der aufgrund des GRB 2004 abgeschlossen worden war und nennenswerte Gewinne gebracht hatte, widerspruchslos abgewickelt;
- als die StA Linz zum Thema Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung zu fragen begann, entschlug sich Mag. Penn der Aussage (vgl S 14, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87) – das einzige Mal in dieser Einvernahme;
- zur Wirksamkeit der übrigen – teils gewinnbringenden – Finanzderivate auf Grundlage des GRB 2004 schwieg sich die Stadt Linz gegenüber dem Rechnungshof aus (vgl RHB, Tz 5, S 36, Beilage ./155);
- bis März 2011 wurde der GRB 2004 gegenüber der BAWAG P.S.K. wiederholt als (wirksame) Grundlage des SWAP II und maßgebliche Auflösungs-/Restrukturierungsverhandlungen genannt (vgl zB AS 421 f, ON 5 des Strafaktes, Beilage ./135).

Die Stadt Linz ließ den seitens der Aufsichtsbehörde angezweifelte Zustand bis Ende 2012 (!) bestehen und handelte erst, nachdem BAWAG P.S.K. den Vorwurf des betrügerischen Rosinenpickens AS 69 ff, ON 105 des Strafaktes (Beilage ./170), erhoben hatte (Zitat aus einem Rundschreiben der PPO von Ende 2012):

"Im Sinne der Auffassung der Aufsichtsbehörde hat in Zukunft das beschlussfassende Organ nicht mehr die wesentliche[n] Vertragsinhalte, sondern den gesamten Vertragsinhalt, Anhänge, Beilagen, AGB's zu kennen und zu beschließen" (vgl S 6 in Beilage ./171)

Im Übrigen hat das Übervorteilen von privatrechtlichen Geschäftspartnern der Stadt Linz offenbar System: So wollte sie auch ein Schiele-Gemälde zu Lasten der Erben einer verstorbenen Leihgeberin vereinnahmen.

Dabei berief sie sich – erfolglos – auf eine mangelnde Ermächtigung durch ihre zuständigen Organe und die Nichterfüllung von Formerfordernissen (vgl 6 Ob 129/10d sowie unten Punkt IV 2.2).

Beweis: Aktenvermerk "Aufsichtsbehördliche Genehmigung von GR-Beschlüssen" vom 26.1.2006 (Beilage ./86);
BV Mag. Penn vom 4.3.2013 (Beilage ./87);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
E-Mail Dr. Christian Schmid an DDr. Regina Prehofer vom 5.8.2010 (Beilage ./135);
Stellungnahme und Urkundenvorlage von BAWAG P.S.K. vom 2.7.2012 (Beilage ./170);
Auszug aus der Mitschrift der Gemeinderatssitzung vom 18.4.2013 von Kerschbaum Partner Rechtsanwälte GmbH (Beilage ./171);
wie bisher.

2.3 Kontrollversagen trotz Kontrollvermögen

Gegenüber Journalisten gab Mag. Penn an, dass er beim SWAP II "*politische Rückendeckung*" hatte (vgl AS 303, ON 98 des Strafaktes, Beilage ./172); gegenüber der StA Linz zumindest, dass das "*Einvernehmen mit dem Finanzreferenten [...] auch tatsächlich hergestellt*" wurde (S 3 und S 14 ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87).

Die Stadt Linz dagegen versucht den SWAP II als Mag. Penns Alleingang darzustellen, welcher nicht auffallen konnte, bevor es zu spät war. Das ist falsch:

- Alle maßgeblichen Organe und Hilfsorgane wussten um den SWAP II, seinen wesentlichen Vertragsinhalt (die Formel) und das sich daraus ergebende Risiko.
- Soweit maßgebliche Organe jedoch tatsächlich nicht ausreichend Bescheid gewusst haben sollten oder nicht nach ihrem Verständnis handelten, ist diesen schwerwiegendes Kontrollversagen vorzuwerfen.
- Auch der Rechnungshof erblickt darin ein massives Versagen der jeweiligen Organwalter und empfiehlt – mit ungewöhnlicher Deutlichkeit – "*die Prüfung allfälliger Schadenersatzansprüche auf allen Ebenen*" (vgl RHB, Tz 36, Beilage ./155, Hervorhebung durch Verfasser).

BAWAG P.S.K. hatte von einem derartigen Versagen aller Kontrollinstanzen keine Kenntnis und während der Laufzeit des SWAP II auch keinen Anlass, Derartiges zu vermuten. Erst im Nachhinein zeigte sich das Ausmaß des Versagens:

Beweis: E-Mail Werner Pöchinger (Kronen Zeitung) an Mag. Penn vom 27.5.2011 (Beilage ./172);
BV Mag. Penn vom 4.3.2013 (Beilage ./87);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
wie bisher.

2.3.1 Kontrollversagen des Gemeinderates

Der Gemeinderat bzw seine Mitglieder haben es trotz zahlreicher Hinweise unterlassen, Kontrollmaßnahmen zu setzen oder anzuordnen:

Die Ausgangslage war dem Gemeinderat bekannt: Mag. Penn war gem GRB 2004 ermächtigt, das Fremdwährungsfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren. Derartige Geschäfte konnten mit Risiko verbunden sein; die Ermächtigung deckte also auch den Abschluss risikoreicher Geschäfte (vgl die Ausführungen im Amtsbericht "*erhöhte Schwankungsbereitschaft*", Beilage ./62, sowie die Diskussion im Gemeinderat, Beilage ./11). Die Ermächtigung sollte daher nur "*im Einvernehmen mit dem Finanzreferenten und gegen Berichterstattung über die Aktivitäten im Finanzausschuss*" ausgeübt werden (vgl Beilage ./62). Für den Fall, dass die Stadt Linz tatsächlich über kein professionelles Risikomanagement verfügt haben sollte (vgl RHB, Tz 6.1, Beilage ./155), war dem Gemeinderat auch diese Tatsache bekannt.³

Angesichts des Risikobewusstseins des Gemeinderates hätte dieser seine Kontrollpflichten hier besonders dicht wahrnehmen müssen. Spätestens ab dem Rechnungsabschluss 2007 hätte der Gemeinderat angemessene Kontrollmaßnahmen setzen müssen:

Besonders große Abweichungen zwischen Budget und Rechnungsabschluss müssen in den Rechnungsabschlüssen extra angeführt und erklärt werden (sog Abweichungsanalyse nach § 15 der Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung). In allen Rechnungsabschlüssen ab einschließlich Rechnungsabschluss 2007 gab es iZm den Geschäften auf Grundlage des GRB 2004 unübersehbare Anlässe für Kontrollmaßnahmen:

- Im Rechnungsabschluss 2007 überstiegen die tatsächlichen Einnahmen die budgetierten um EUR 2.991.500,00; der Rechnungsabschluss 2007 dazu: "*Einnahmen aus erstmals getätigten Zinsab-*

³ BAWAG P.S.K. steht auf dem Standpunkt, dass die Stadt Linz über ausreichendes Risikomanagement verfügte (vgl Punkt 4.8.3 der KB sowie Punkt II 2.1.3).

sicherungsgeschäften konnten in dieser Höhe nicht vorhergesehen werden", der Kontrollamtsbericht 2008⁴ ergänzt unmissverständlich: "Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen" (vgl S 421 in Beilage ./173 sowie Beilage ./16).

- Im Rechnungsabschluss 2008 lag die Differenz bei EUR 823.200,00 Mehreinnahmen; Begründung: "Einnahmen aus Zinssicherungsgeschäften höher als erwartet" (vgl S 413 in Beilage ./174).
- Im Rechnungsabschluss 2009 fanden sich dagegen Mindereinnahmen von EUR 3.489.200,00, welche ebenfalls bloß lapidar begründet wurden: "Einnahmen aus Zinsgeschäften niedriger als erwartet" (vgl S 409 in Beilage ./175).

Damit wusste der Gemeinderat spätestens ab dem Rechnungsabschluss 2007 iVm dem Kontrollamtsbericht 2008, dass die unter dem GRB 2004 abgeschlossenen Geschäfte sich in nicht vorhersehbarem Ausmaß ins Negative drehen könnten. Das sieht auch das Linzer Kontrollamt so (vgl AS 157 – 159, ON 126 des Strafaktes, Beilage ./176).

Der Gemeinderat blieb jedoch untätig. Selbst als im September 2008 mit der Lehman-Pleite die Finanzkrise über die Welt hereinbrach, sah sich der Gemeinderat nicht veranlasst, die – naheliegenden – Auswirkungen auf die Finanztermingeschäfte der Stadt Linz und konkret auf den SWAP II zu analysieren. Ebenso wie der Gemeinderat versagte auch der Finanzausschuss, welcher als Hilfsorgan des Gemeinderates Mag. Penn unmittelbar kontrollieren sollte (vgl Beilage ./62):

Beweis: Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13.5.2004 (Beilage ./62);
 Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderates vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
 Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155)
 Auszug Rechnungsabschluss 2007 (Beilage ./173);
 Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);
 Auszug Rechnungsabschluss 2008 (Beilage ./174);
 Auszug Rechnungsabschluss 2009 (Beilage ./175);
 Kontrollamtsbericht zum SWAP II vom 18.9.2012 (Beilage ./176);
 wie bisher.

⁴ Die Bezeichnungen der Kontrollamtsberichte sind etwas irreführend; der Kontrollamtsbericht betrifft jeweils den Rechnungsabschluss des Vorjahres, Kontrollamtsbericht 2008 somit den Rechnungsabschluss für das Jahr 2007.

2.3.2 Kontrollversagen Finanzausschuss

Der Finanzausschuss sollte gemäß Amtsbericht zum GRB 2004 Mag. Penns Portfoliomanagement kontrollieren. Seine Mitglieder verfolgten aber offenbar das Credo: Mag. Penn und Dr. Mayr "*machen das schon*" (vgl AS 339, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119).

Die Mitglieder des Finanzausschusses verfügten naturgemäß zumindest über denselben Wissensstand wie der Gemeinderat als Ganzes (sh Punkt II 2.3.1) und kannten den wesentlichen Inhalt des SWAP II, dh seine Formel (vgl Beilagenkonvolut ./15). Wie der Rechnungshof richtig feststellt, war das Risiko des SWAP II bereits im Abschlusszeitpunkt erkennbar (vgl S 75, Tz 26.4, RHB, Beilage ./155), womit es für die Mitglieder des Finanzausschusses bei erster Kenntnisnahme vom Geschäft ebenfalls erkennbar war.

Mit diesem Wissen hätten die Mitglieder des Finanzausschusses Mag. Penns Debt-Management-Berichte hinterfragen und beanstanden müssen, sofern diese keinen ausreichenden Überblick über die Risikosituation der Stadt Linz gaben (was bestritten wird). Das betrifft insbesondere (i) die Frequenz der Berichte, (ii) die Unterschiede in der Berichterstattung, etwa das unkommentierte Wegfallen der Bewertung des SWAP II ab Debt-Management-Bericht 2007/2008 (vgl Beilage ./15.1); sowie (iii) die über die "Barriere" des historischen CHF-Höchststandes steil ansteigende Zinsgerade (vgl grafische Darstellung des SWAP II in den Debt-Management-Berichten, Beilagenkonvolut ./15).

Nach den Wertungen des Rechnungshofes hätten die Mitglieder des Finanzausschusses bei sorgfältiger Amtsführung Mag. Penns Portfoliomanagement und seine Berichtsführung kritisch hinterfragen müssen. Die Unterlassung der angezeigten Kontrollmaßnahmen ist für den Rechnungshof (mit-)kausal für das Ausmaß der negativen Entwicklung des SWAP II (vgl Tz 34.2 sowie Tz 34.4, RHB, Beilage ./155). Dabei hat der Rechnungshof folgendes Sachverhaltsmoment offenbar noch nicht berücksichtigt:

Nicht nur Mag. Penn hatte aus seiner Geschäftsführertätigkeit für die ILG Spezialwissen iZm Bewertungen von Finanzderivaten (sh oben Punkt II 2.1.4). Etliche Mitglieder des Finanzausschusses kannten die Bedeutung der Bewertungen aufgrund ihrer Tätigkeit als Mitglieder des Aufsichtsrates der ILG, darunter Finanzstadtrat Dr. Mayr und VzBgm Dr. Watzl (vgl Beilage ./120); zum Hintergrund:

Auch die Immobilien Linz GmbH & Co KG hatte Finanzderivate im Portfolio (vgl S 24, Tz 17, RHB, deren Bewertungen bei der Aufstellung der Jahresabschlüsse erfolgswirksam zu berücksichtigen waren. Im November 2008 eskalierte das Bewertungsthema sogar bis zum Aufsichtsrat der ILG (vgl

AS 339, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119): In der Aufsichtsratssitzung vom 7.11.2008 weist der Jahresabschlussprüfer (KPMG) auf "*Probleme im Zusammenhang mit der Bewertung der Swaps (insb. auf jenen mit BAWAG; Anm. dritter Swap mit BAWAG — abgeschlossen am 16. Juli 2007) hin*" (vgl AS 339, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119). In weiterer Folge drohte der Wirtschaftsprüfer abermals an, den Bestätigungsvermerk einzuschränken (Beilage ./127).

Die im Aufsichtsrat vertretenen Mitglieder des Linzer Finanzausschusses kannten damit spätestens ab 7.11.2008 die Bedeutung der Bewertungen von Swappeschäften. Unverständlicherweise setzten sie dieses Wissen iVm dem Wissen um die Finanzkrise, welche kurz davor über die Welt hereingebrochen war, im Finanzausschuss der Stadt Linz nicht um: Fünf Tage nach der Aufsichtsratssitzung fand eine Finanzausschusssitzung statt, in welcher dieselben Personen Mag. Penns Debt-Management-Bericht wieder durchwinkten (vgl AS 235, ON 5 des Strafaktes, Beilage ./121).

Das Versagen des Finanzausschusses ist insbesondere auch seinem Vorsitzenden anzulasten.

Beweis: Aktenvermerk von Dr. Christian Schmid "Chronologie" vom 11.4.2011 (Beilage ./119);
Berichte Maßnahmen des Debt-Managements (Beilagenkonvolut ./15);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
Bericht Maßnahmen des Debt-Managements vom 21.4.2008 (Beilage ./15.1);
Stichtagsbezogener Firmenbuchauszug der ILG zum 7.11.2008 (Beilage ./120);
E-Mail des Wirtschaftsprüfers der ILG & Co KG an Mag. Penn vom 11.9.2009 (Beilage ./127);
Auszug Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 13.11.2008 (Beilage ./121);
Protokoll über die Aufsichtsratssitzung vom 7.11.2008 der ILG, deren Vorlage der Stadt Linz aufgetragen werden möge;
wie bisher.

2.3.3 Kontrollversagen Finanzstadtrat Dr. Mayr

Der Amtsbericht zum GRB 2004 sah vor, dass Mag. Penn die Ermächtigung zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios "*im Einvernehmen mit dem Finanzreferenten*", also Dr. Mayr, ausüben sollte; gleichzeitig war Dr. Mayr als Vorsitzender des Finanzausschusses auch (Mit-)Adressat der im Amtsbericht vorgesehenen besonderen Berichterstattung (Beilage ./62).

Dr. Mayr verfügte über zumindest denselben Wissensstand wie der Gemeinderat und der Finanzausschuss (sh Punkte II 2.3.1 und II 2.3.2). Darüber hinaus hat Mag. Penn Dr. Mayr stets über den SWAP II informiert gehalten (vgl S 3 ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87). Gegenüber Dr. Mayr "dezidiert angesprochen" hat Mag. Penn "das Problem" nach eigenen Angaben im April 2009 "auch aufgrund von Hinweisen an FR von Seiten der BAWAG (Mitglied des AR, Belegschaftsvertreterin) dass in Folge negativer Bewertung des Swaps negative Folgen auf den Finanzierungsrahmen BAWAG-Stadt sich ergeben" (vgl AS 337 aA, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119. Tatsächlich war Dr. Mayr das (mögliche) Ausmaß des Problems spätestens im November 2008 positiv bekannt:

In der Aufsichtsratssitzung der ILG vom 7.11.2008 erfuhr auch Dr. Mayr vom Jahresabschlussprüfer (KPMG) von "Probleme[n] im Zusammenhang mit der Bewertung der Swaps (insb. auf jenen mit BAWAG; Anm. dritter Swap mit BAWAG — abgeschlossen am 16. Juli 2007) hin" (sh Punkt II 2.1.4; vgl AS 339, ON 160 des Strafaktes, Beilage ./119). Nur wenige Tage danach erhielt er das Schreiben der BAWAG P.S.K. vom 11.11.2008 mit dem Hinweis auf die negative Bewertung des SWAP II in Höhe von EUR 62.000.000,00 (vgl Beilage ./20):

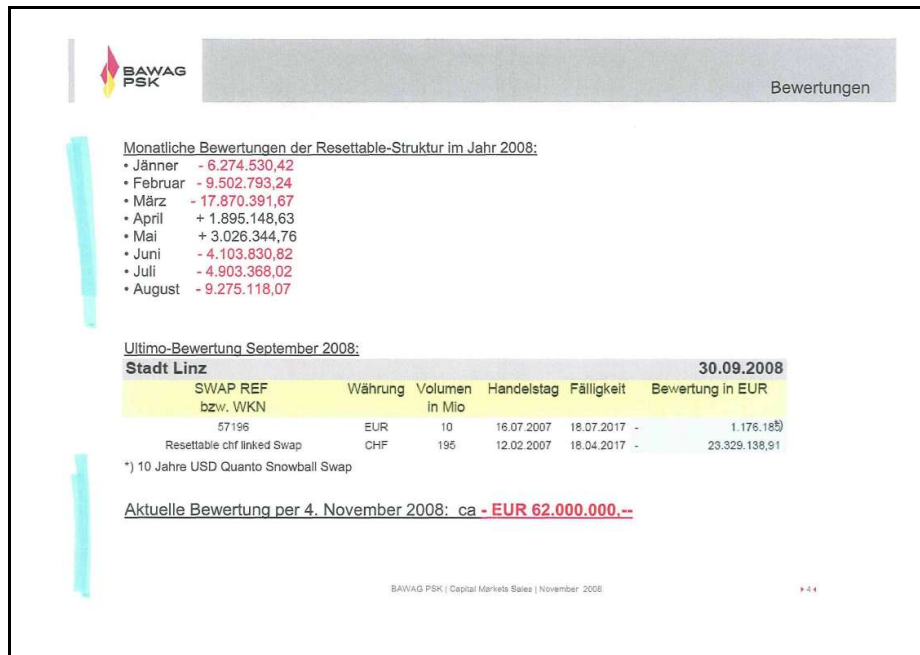


Abbildung 5

Dr. Mayr hat Bedeutung und Inhalt des Schreibens vom 11.11.2008 (Beilage ./20) somit zweifellos verstanden. Trotzdem nahm er es offenbar nicht zum Anlass für geeignete Kontrollmaßnahmen, obwohl BAWAG P.S.K. das

Schreiben vom 11.11.2008 ausdrücklich "zur Information Ihrer Gremien" übermittelt hatte.

Angesichts seiner grundsätzlichen Finanzexpertise (vgl Beilage ./180), seines Wissens um die Bedeutung der Bewertungen aus der Aufsichtsratssitzung der ILG und seines Wissens um die Finanzkrise will sich Dr. Mayr mit einer lapidaren Aussage Mag. Penns begnügt haben ("*unproblematisch*", vgl AS 11, ON 12 des Strafaktes, Beilage ./119). Dies ist ebenso als Schutzbehauptung zu werten wie die Behauptung, Mag. Penn habe sich iZm dem SWAP II nicht mit Dr. Mayr ins Einvernehmen gesetzt (vgl AS 7, ON 176 des Strafaktes, Beilage ./87 sowie Beilage ./62).

Gegen einen derartigen Alleingang Mag. Penns spricht im Besonderen: Hätte Mag. Penn seine allgemeinen Berichtspflichten gem § 48 StL sowie seine besonderen Berichtspflichten laut Amtsbericht (Beilage ./62) tatsächlich in dem Ausmaß verletzt, wie es die Stadt Linz behauptet, hätte er gewiss nicht bis Ende 2012 die Vertrauensposition eines Geschäftsführers der ILG inne gehabt (vgl Beilage ./167). Auch wäre es völlig undenkbar, dass er im "*Wirtschaftsservice der Stadt Linz*" (einer Dienststelle des Magistrats) bis heute die Position des Leiters mit erheblicher (auch finanzieller) Verantwortung innerhalb der Stadtverwaltung inne hat (sh http://www.linz.at/politik_verwaltung/32362.asp).

Auch der Rechnungshof sieht Dr. Mayrs Kontrollversagen als (mit)kausal für das Ausmaß der negativen Entwicklung des SWAP II (Beilage ./155).

Beweis: Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13.5.2004 (Beilage ./62);
 BV Mag. Penn vom 4.3.2013 (Beilage ./87);
 Aktenvermerk "Chronologie" vom 11.4.2011 (Beilage ./119);
 Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);
 BV Dr. Mayr vom 1.6.2011 (Beilage ./177);
 Rechtfertigungsschriftsatz von Dr. Mayr vom 6.3.2013 (Beilage ./178);
 Artikel der "Oberösterreichische Nachrichten" vom 11.7.2013 (Beilage ./180);
 Historischer Firmenbuchauszug der ILG vom 11.7.2013 (Beilage ./167);
 Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
 wie bisher.

2.3.4 Kontrollversagen Bürgermeister Dr. Dobusch

Dr. Dobusch ist als Bürgermeister letztverantwortlicher Vertreter der Stadt Linz. Es besteht kein Zweifel daran, dass er über den SWAP II von Beginn an bestens informiert war:

Anfang der 1990er Jahre nahm die Stadt Linz die Fremdwährungsfinanzierungen unter Dr. Dobuschs Ägide auf; neben seiner Funktion als Bürgermeister bekleidete er damals (auch) die Funktion des Finanzreferenten und hatte diese bis ins Jahr 2003 inne. Dr. Dobusch ist also gleichermaßen deren politischer Vater und trägt jedenfalls politisch auch die Verantwortung dafür (vgl AS 11 – 17, ON 5 des Strafaktes, Beilagenkonvolut ./179).

Bürgermeister Dr. Dobusch hatte ein besonderes Interesse an allen Angelegenheiten iZm dem Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz: So sind Gespräche mit Bankenvertretern im Vorfeld des GRB 2004 dokumentiert, bei welchen Detailfragen – etwa iZm CHF-Prognosen – besprochen wurden (vgl Beilage ./181). An der Diskussion zum GRB 2004 beteiligte sich Bürgermeister Dr. Dobusch aktiv (vgl Beilage ./11). Darüber hinaus traf er noch 2007 faktisch die Grundsatzentscheidungen in Bezug auf das Portfoliomanagement. Angesprochen auf die Möglichkeit, die Fremdwährungsfinanzierungen in CHF zu schließen, antwortete Mag. Penn am 2.2.2007:

"Nein, das will der Bürgermeister nicht, aufgrund der Zinsdifferenz zwischen Schweiz und Euro." (vgl S 6, ON 84 des Strafaktes, Beilage ./99)

Dr. Dobusch war naturgemäß bewusst, dass im Anschluss an den GRB 2004 Finanzderivate zum Einsatz kommen würden: Er unterfertigte den Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1) und wurde von Mag. Penn (via Dr. Mayr) auch über die jeweiligen Einzelabschlüsse informiert: Zum SWAP I (vgl AS 141, ON 5 des Strafaktes, Beilage ./2), zu einem Swap mit der RLB OÖ sowie zu einem weiteren Swap mit der Sparkasse OÖ (vgl AS 195-197, ON 5 des Strafaktes, Beilage ./70) hat die Stadt Linz im Strafverfahren entsprechende Urkunden vorgelegt. Zum SWAP II wurden keine vergleichbaren Urkunden vorgelegt. Es gibt aber keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Mag. Penn ausgerechnet beim SWAP II den etablierten Informationsweg verlassen hätte. Das wäre auch besonders absurd, weil er ja in der Folge im Finanzausschuss über den SWAP II im Detail berichten musste (vgl Beilagenkonvolut ./15). Daher ist davon auszugehen, dass Bürgermeister Dr. Dobusch auch beim SWAP II – wie bei vergleichbaren Abschlüssen – bereits im Abschlusszeitpunkt entsprechend informiert war.

Darüber hinaus verfügte Bürgermeister Dr. Dobusch über denselben Wissensstand wie der Gemeinderat (sh Punkt II 2.3.1): Er wusste um die Möglichkeit risikoreicher Geschäfte und die erheblichen Abweichungen zwischen

Budget und Rechnungsabschluss ab dem Rechnungsabschluss 2007 (Beilagen ./173 – 175). Ebenso bekannt war ihm die Finanzkrise; spätestens ab Herbst 2008 hätte Bürgermeister Dr. Dobusch seine Kontrollpflichten also besonders aufmerksam wahrnehmen müssen. Die möglichen Auswirkungen einer krisenhaften Entwicklung des EUR/CHF-Wechselkurses waren ihm – als politischem Vater der CHF-Finanzierungen – bewusst.

Selbst wenn die Stadt Linz tatsächlich über kein professionelles Risikomanagement verfügt haben sollte (vgl S 42 aE, RHB, Beilage ./155), war dem Bürgermeister diese Tatsache bekannt.⁵ In diesem Fall hätte der Bürgermeister gegenüber BAWAG P.S.K. nicht die Erklärung zur Professionalität der Stadt Linz abgeben dürfen (vgl § 12 Punkt 7 im Rahmenvertrag 2006).

Schon der Werdegang des Bürgermeisters entlarvt die Ausführungen der Stadt Linz, wonach er weite Teile des gegenständlichen Sachverhalts nicht verstanden haben will, als Schutzbehauptung:

Dr. Franz Dobusch wurde am 9.5.1951 geboren. Nach der Matura im Jahr 1971 studierte er von 1971-1973 Mathematik und Physik an der Universität Linz, sowie von 1973-1977 Rechtswissenschaften an der Universität Linz, wo er am 27.4.1977 zum Doktor der Rechte promovierte. Aufgrund seiner außerordentlichen Fähigkeiten wurde er schon während des Studiums zum Studienassistenten und nach seinem Studienabschluss zum Vertragsassistenten an der Johannes Kepler Universität bestellt. 1978-1981 war er Leiter der Rechts- und Organisationsabteilung in der Universitätsdirektion. Die herausragenden Kenntnisse und Fähigkeiten von Dr. Dobusch führten dazu, dass er 1981 zum Rektoratsdirektor der Hochschule für künstlerische und industrielle Gestaltung in Linz bestellt wurde. In seiner hauptberuflichen Laufbahn weist Dr. Dobusch überdurchschnittliche Kenntnisse in Organisationsfragen und überdurchschnittliche juristische Kenntnisse auf, die ihm in seiner weiteren Tätigkeit als Bürgermeister der Stadt Linz bestens zugutekamen.

Seit 1988 ist Dr. Franz Dobusch Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz – im Zeitpunkt seiner Bestellung der jüngste Bürgermeister einer Landeshauptstadt. Jedenfalls im Zeitraum von 1993 bis 2003 war Dr. Dobusch auch für das Finanzressort der Stadt Linz zuständig. Unter seiner Ära und in seiner Verantwortung begann die Stadt Linz 1992 mit der Aufnahme von Fremdwährungskrediten, insbesondere in CHF.

Seine außerordentlichen Kenntnisse und Fertigkeiten, insbesondere auch die reichen Erfahrungen aus seinem Berufsleben nutzte Dr. Dobusch dazu, der Verwaltung der Stadt Linz einen Modernisierungsschub angedeihen zu

⁵ BAWAG P.S.K. steht auf dem Standpunkt, dass die Stadt Linz über ausreichendes Risikomanagement verfügte (vgl Punkt 4.8.3 der KB sowie Punkt II 2.1.3).

lassen. Als Bürgermeister ist er der Hauptverantwortliche für die Besetzung der Spitzenpositionen in der Verwaltung der Stadt Linz und ist dieser Aufgabe durch Auswahl von höchst qualifizierten Mitarbeitern auch nachgekommen. So wurde ein Professor aus öffentlichem Recht – Prof. Wolny – zum Magistratsdirektor ernannt und wurden alle Schlüsselabteilungen mit höchst qualifiziertem Personal besetzt. Aufgrund seiner außerordentlichen Kenntnisse der Organisationsstrukturen und aufgrund der Tatsache, dass der Bürgermeister die Schlüsselpositionen mit exzellenten Mitarbeitern besetzt hatte, war er stets über alle Vorgänge innerhalb der Verwaltung der Stadt Linz bestens informiert. Überdies übte er die Dienstaufsicht über den Magistrat aus und hatte dadurch jederzeit Kenntnisse von allen wichtigen Vorgängen innerhalb des Magistrats. Seine rechtlichen, organisatorischen und wirtschaftlichen Kenntnisse kamen ihm auch in seiner Funktion als Aufsichtsratsvorsitzender der Linz AG und der LIVA zugute. Überdies ist Dr. Dobusch Vorsitzender des Verfassungs-, Raumplanungs- und Baurechtsausschusses.

Aufgrund seiner Stellung einerseits, sowie aufgrund seiner außerordentlichen Fähigkeiten andererseits gab es keinerlei für die Stadt Linz wichtige Angelegenheit, über die Bürgermeister Dr. Dobusch nicht informiert war. Vielmehr hat Bürgermeister Dr. Dobusch seine Aufgaben mit höchstem Fleiß und äußerster Akribie wahrgenommen und war über die Vorgänge in der Stadt und in der Verwaltung der Stadt Linz stets bestens informiert.

Beweis: Beilagenkonvolut über Fremdwährungsfinanzierungen der 1990er Jahre (Beilage ./179);
Brief Dr. Ludwig Scharinger an Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 6.4.2004 (Beilage ./181);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderates vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Telefonprotokoll der Bank Austria vom 2.2.2007 (Beilage ./99);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006 (Beilage ./2);
Schreiben Mag. Penn vom 13.9.2006 (Beilage ./70);
Auszug Rechnungsabschluss 2007 (Beilage ./173);
Bürgermeister Dr. Franz Dobusch als Partei;
Homepage der Stadt Linz: www.linz.at;
wie bisher.

2.3.5 Die Professionalität der Verwaltung der Stadt Linz

Das Vorbringen der Stadt Linz, alle internen Kontrollinstanzen hätten versagt, widerspricht im Übrigen auch der von der Stadt Linz selbst in anderen Zusammenhängen gegebenen Selbstdarstellung:

"Der Linzer Magistrat gilt als eine der fortschrittlichsten und innovativsten Stadtverwaltungen in Österreich. Vor vielen Jahren wurde die Weiterentwicklung von der Ordnungsverwaltung hin zu einem modernen Dienstleistungszentrum für alle Linzer und Linzerinnen eingeleitet. Zahlreiche nationale und internationale Auszeichnungen bestätigen den Erfolg unseres Bemühens um noch mehr Bürgernähe und Effizienz."

So lautet der Einleitungssatz der Vorstellung des Magistratsdirektors Univ.-Prof.Dr. Erich Wolny auf der Homepage der Stadt Linz zum Kapitel Magistratsdirektor.

Beweis: Homepage der Stadt Linz: www.linz.at;
wie bisher.

Im Text der Homepage werden vom Magistratsdirektor dann folgende Ausführungen gemacht:

"Gemeinsam mit den Vertretern der Stadtpolitik, des Verwaltungsmanagements und den rund 2730 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Magistrat halten wir unsere Stadt in Gang. Unsere Leistungen ermöglichen und erleichtern das Zusammenleben der rund 200.000 Menschen, die in Linz beheimatet sind. Rund um die Uhr, Tag für Tag. Unser Leitbild betont den Bürger in seiner Funktion als Kunde, die Wirtschaft und andere Institutionen als Partner der Stadtverwaltung."

"Ich sehe es als meine Aufgabe an, effektive und effiziente Organisationsstrukturen und Leistungsprozesse zu schaffen und die Kontinuität des Modernisierungsprozesses zu gewährleisten. Die nachhaltige Ausrichtung der Linzer Stadtverwaltung als dynamische, zukunftsorientierte und vor allem bürgernahe Verwaltungsorganisation, die auch den Anforderungen des 21. Jahrhunderts gerecht wird, ist mein Ziel."

So schließt der Magistratsdirektor seine einführenden Worte.

Der Magistratsdirektor selbst ist habilitierter Jurist und seit 2001 außerordentlicher Universitätsprofessor, zugeordnet dem Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre der Johannes Kepler Universität.

Die Stadt Linz ist stolz auf ihre Verwaltung. Tatsächlich führt sie 37 Auszeichnungen auf ihrer Homepage an. Bemerkenswert ist dabei eine Aus-

zeichnung beim E-Government, 2008 in Oberösterreich, der 3. Hauptpreis beim Amtsmanager 2005 in der Kategorie E-Government, ein Preis für den Amtsmanager 2005, der Internet-Oscar 2002, ein Preis für den Amtsmanager 2002, eine Prämierung der Linzer Verwaltung beim Speyerer Qualitätswettbewerb 1996, der Preis für den Amtsmanager 1997. Diese Preise dokumentieren jedenfalls, dass die Stadt Linz eine äußerst kompetente, effiziente und mit einer höchst qualitativen EDV ausgestattete Verwaltung hat. Die in der Homepage angeführten Auszeichnungen hat die Stadt Linz sämtlich seit Amtsantritt des Bürgermeister Dr. Franz Dobusch im Jahr 1988 erworben.

Daher konnte und durfte die BAWAG P.S.K. auch kein anderes Bild von der Stadt Linz als einem professionellen Marktteilnehmer gewinnen. Das – angebliche – Kontrollversagen blieb der BAWAG P.S.K. verborgen.

Beweis: Homepage der Stadt Linz: www.linz.at;
wie bisher.

2.3.6 Zwischenergebnis

- Der SWAP II ist kein Alleingang von Mag. Penn.
- Alle maßgeblichen Organe und Hilfsorgane kannten das Geschäft. Im Finanzausschuss wurde sogar halbjährlich über die Entwicklung berichtet. Dabei enthielt der Bericht die wesentlichen Parameter des Geschäfts.
- Soweit die maßgeblichen Organe jedoch nicht ausreichend Bescheid gewusst oder nicht nach ihrem Verständnis gehandelt haben sollten, ist diesen schwerwiegendes Kontrollversagen vorzuwerfen.
- Die BAWAG P.S.K. hatte keine Kenntnis von einem derartigen Versagen aller Kontrollinstanzen und auch keinen Anlass, Derartiges zu vermuten.

III. RECHTSQUALITÄT DES GRB 2004

1. DER GRB 2004 IST EIN ZIVILRECHTLICHER AKT

Der GRB 2004 (Beilage ./11) ist ein zivilrechtlicher Akt. Als solcher ist seine zivilrechtliche Gültigkeit zu beurteilen. Alternativ könnte er auch als Akt des öffentlichen Rechts zu beurteilen sein. Darauf wird in der Folge näher eingegangen:

1.1 Organe öffentlich-rechtlicher Körperschaften haben ein Wahlrecht zwischen zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Handlungsform

Vorauszuschicken ist, dass der Gemeinderat den GRB 2004 aufgrund seiner Zuständigkeit nach § 46 Abs 1 Z 8 StL 1992 gefasst hat. Dieser Vorschrift zufolge sind ihm bestimmte "*Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs vorbehalten*". Es handelt sich somit – anders als etwa bei aufsichtsratspflichtigen Geschäften im Gesellschaftsrecht – nicht um eine Zustimmung- oder Genehmigungspflicht, sondern um eine Eigenzuständigkeit des Gemeinderates kraft eigener Kompetenz (der Hinweis der Stadt Linz auf aktienrechtliche Literatur zur Aufsichtsratspflicht bei Genehmigung einer Kreditaufnahme in Punkt 1.3.1 der Klage geht daher ins Leere).

Bei der Ausübung seiner Zuständigkeiten hat der Gemeinderat – so wie jedes Organ einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft – ein Wahlrecht zwischen den Handlungsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, sofern nicht zwingend die öffentlich-rechtliche Handlungsform vorgesehen ist (vgl. *Rummel* in *Rummel*³, § 867 Rz 6; RS0017891). Der rechtsfähige Staat hat nicht nur die Möglichkeit, die ihm durch das hoheitsrechtliche Organisationsrecht zugewiesenen Kompetenzen für nicht-hoheitliches (privatwirtschaftliches) Handeln **(i)** im Wege der hoheitsrechtlichen Delegation, des Mandats und insbesondere der Approbationsbefugnis im Rahmen seiner Staatsorganisation weiterzugeben; **(ii)** er ist vielmehr aufgrund seiner Rechtsfähigkeit auch in der Lage, eine zivilrechtliche Bevollmächtigung zu erteilen und sich durch andere Personen bei der Wahrnehmung der nicht-hoheitlichen Staatsaufgaben unterstützen zu lassen (vgl. *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten [1980] 221f). Sofern das Geschäft – wie gegenständlich – im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung geschlossen wird, sind die zivilrechtlichen Handlungsformen einschlägig.

Daraus folgt:

- (a) Im Privatrecht stehen dem Gemeinderat alle Handlungsformen offen, die jedem Privatrechtssubjekt zur Verfügung stehen. Auf den konkreten Fall bezogen sind dies die rechtlichen Handlungsformen der Ermächtigung, der Beauftragung sowie der Bevollmächtigung.

Es handelt sich in diesen Fällen – wie auch im vorliegenden – um eine zivilrechtlich gewillkürte Vertretung.

- (b) Auf öffentlichem Recht beruhende Vertretungsregelungen sind grundsätzlich ebenso vorstellbar. Dafür muss es jedoch stets eine entsprechende Handlungsgrundlage geben. Soweit öffentlich-rechtliche Beschlüsse von einem zuständigen Organ gefasst werden, welche eine Ermächtigung, Beauftragung und/oder Bevollmächtigung – etwa in Form einer "*Geschäftsordnung*" oder "*Geschäftseinteilung*" – zulässigerweise beinhalten, führen diese zu einer organschaftlichen Vertretung auf Grundlage von Organisationsvorschriften (daraus folgt beispielsweise, dass im Unterschied zur gewillkürten Vertretung gemäß dem vorigen Punkt eine Vertretung in den Fällen des § 1008 ABGB auch ohne Spezialvollmacht möglich ist; vgl zu dieser Unterscheidung sehr anschaulich OGH 2 Ob 235/05f).

Der GRB 2004 stellt keine solche Einräumung einer öffentlich-rechtlichen Vertretungsbefugnis dar. Die möglichen Rechtsfolgen einer abweichenden öffentlich-rechtlichen Deutung des GRB 2004 werden unten (Punkte 2 bzw 3) behandelt.

1.2 **Beim GRB 2004 wurde die Form zivilrechtlicher Beauftragung und Ermächtigung gewählt (nicht: öffentlich-rechtliche Delegation)**

Die Stadt Linz legt immer wieder unterschiedliche Maßstäbe an die Beurteilung des GRB 2004 an und "*dreht es sich*" jeweils so, wie sie es gerade braucht. Spätestens im Jänner 2013 hat sie die zivilrechtliche Natur des GRB 2004 im Kern erkannt, wie aus ihrer eigenen Stellungnahme zum Entwurf des RHB hervorgeht (vgl Tz 14.3, RHB):

1.2.1 Der GRB 2004 ist keine unzulässige öffentlich-rechtliche Delegation

In ihrer KB will die Stadt Linz das Gericht glauben machen, es handle sich – offenbar auf Basis des öffentlichen Rechts – um eine unzulässige (öffentlich-rechtliche) Delegation. Diese verstoße gegen das StL 1992, das eine Delegation nach § 46 Abs 2 *leg cit* nur an den Stadtsenat mittels Verordnung zulasse. Mit dem GRB 2004 sei aber keine Verordnung erlassen worden. Auch eine Veröffentlichung im Amtsblatt sei nicht erfolgt (siehe zu all dem Punkt 1.5 der KB, "*Fehlen einer wirksamen Delegation*").

Diese Rechtsmeinung trifft nicht zu: Eine Delegation wäre eine ersatzlose "*Übertragung*" der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit, womit der Gemeinderat seine Zuständigkeit komplett aufgegeben hätte. Eine solche öffentlich-rechtliche Delegation hat im vorliegenden Fall aber gerade nicht stattgefunden, da die öffentlich-rechtliche Zuständigkeit nach dem auch in den Dis-

kussionen im Gemeinderat klar zum Ausdruck kommenden Willen beim GR verliehen ist und von diesem nach wie vor jederzeit wahrgenommen werden kann. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass dem Gemeinderat im Wege des Finanzausschusses zu berichten ist.

Da der GRB 2004 keine "*Delegation*" im Sinne einer Zuständigkeitsübertragung, sondern nur eine "*Ermächtigung*" darstellt, geht der Hinweis der Stadt Linz auf den abschließenden Charakter des § 46 Abs 2 StL 1992 als Delegationsnorm ins Leere. Dieser Hinweis ist aber auch deshalb verfehlt, weil § 46 Abs 2 StL 1992 sich aufgrund der Wahl der Verordnung als Rechtsform der dort vorgesehenen Übertragung ganz offensichtlich nur auf die "*Delegation*" von Befugnissen im Rahmen der Hoheitsverwaltung bezieht, nicht jedoch auf eine zivilrechtliche Ermächtigung bzw Beauftragung – wie im vorliegenden Fall relevant – im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung.

Ein – von der Stadt Linz argumentiertes – gesetzliches Verbot der zivilrechtlichen Handlungsformen der Ermächtigung, der Beauftragung und der Bevollmächtigung würde eine Einschränkung der gemeinderechtlichen Privatautonomie des Art 116 Abs 2 B-VG bedeuten, die – auch aufgrund der Eingriffsintensität – vom Gesetzgeber klar und eindeutig zum Ausdruck zu bringen gewesen wäre. Dies umso mehr, als damit *de facto* alle Arten von Vertragsabschlüssen (wie auch der vorliegende Vertragstypus), die von der Gemeinde eine schnelle Reaktion verlangen und daher nicht von einem nur periodisch zusammentretenden Kollegialorgan mit 61 Mitgliedern gestionierbar sind, von der Gemeinde nicht abgeschlossen werden könnten.

Auch ein Blick auf die Natur der relevanten Finanzgeschäfte zeigt, dass die kollegiale Beschlussfassung über einzelne Rechtsgeschäfte keineswegs zwingend sein kann, da dies nicht praktikabel wäre und den praktischen Effekt einer – vom Verfassungsgesetzgeber (Art 116 Abs 2 B-VG) nicht gewünschten – Beschneidung der Privatautonomie der Gemeinde hätte:

Das Bemühen einer Gemeinde, ihr "*Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren*", war in den Jahren 2004 bis 2008 völlig gängig und auch marktüblich (siehe dazu unten, Punkt V 1). Der Abschluss solcher Geschäfte ist zweifelsfrei auch in der verfassungsrechtlich garantierten Privatrechtsfähigkeit (Art 116 Abs 2 B-VG) und Privatautonomie der Gemeinden gedeckt.

Der Natur dieser Finanzgeschäfte entspricht es, dass sie nicht konkret vorliegen, sondern sich kurzfristig *ad hoc* entwickeln und jeweils von einer Vielzahl nicht vorhersehbarer Abläufe und Parameter des Marktes, von Entwicklungen im Bereich der internationalen Wirtschafts-, Währungs-, Geld- und Zinspolitik abhängig sind.

Dies verlangt zwingend die Zulässigkeit einer zivilrechtlichen Ermächtigung und Beauftragung zum Abschluss solcher Geschäfte durch den GR, da ein Geschäftsabschluss sonst praktisch nicht möglich wäre. Selbst wenn es sich beim GRB 2004 um einen öffentlich-rechtlichen Akt handeln würde (dazu näher unten Punkt III. 2 und III. 3), wäre dieser ausreichend spezifiziert, denn die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit von derart ermächtigenden Beschlüssen sind aufgrund der Natur der betroffenen Materie nicht streng auszulegen; sogar die vom – mangels Verordnungsqualität hier nicht einschlägigen – Legalitätsgebot geforderte Determinierungsdichte hängt nämlich vom Charakter des jeweiligen Regelungsgegenstandes ab: Während beispielsweise im Planungsrecht die sogenannte "*finale Programmierung*" einen weiteren Spielraum eröffnet, ist in anderen Bereichen, wie etwa bei der Festlegung von Straftatbeständen, eine eher strenge, konditionale Determinierung nötig.

Beim GRB 2004 handelt es sich daher nicht um eine zu weit gehende Generalvollmacht oder Delegation, sondern um eine der Natur dieser Finanzgeschäfte angemessene Ermächtigung und Beauftragung zum Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten im Dienste der vom GR (in Übereinstimmung mit der damals gängigen Gemeindepraxis) ausdrücklich gewünschten und beabsichtigten Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios.

Eine anderslautende Auslegung wäre mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung von Gemeinden als Privatrechtssubjekt nicht vereinbar (sh dazu *Weber*, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Rz 14 [1999]). Demnach ist es der Bundes- und Landesgesetzgebung "*verwehrt, diskriminierende Vorschriften gegenüber der Gemeinde auf diesem Gebiet aufzustellen*" (so ausdrücklich die Materialien zur Gemeindeverfassungsnovelle 1962, RV 639 BlgNR 19. GP, 14).

Eine in diesem Sinn eindeutige und klare Beschränkung der Privatautonomie der Stadt Linz ist dem StL 1992 nicht zu entnehmen. Unter Bedachtnahme auf die verfassungsgesetzlich garantierte Autonomie der Gemeinden sind die Bestimmungen des StL 1992 daher einschränkend dahingehend auszulegen, dass sie die Stadt Linz in ihrer Privatautonomie nicht beschränken und auch dem Gemeinderat die Ermächtigung bzw Beauftragung als zivilrechtliche Handlungsform nicht verbieten.

1.2.2 Der GRB 2004 ist eine zivilrechtliche Beauftragung und Ermächtigung

Bemerkenswert ist, dass die Stadt Linz selbst im Jänner 2013 offenbar gegenüber dem RH eine im Vergleich zu der im gegenständlichen Verfahren bisher vertretenen Argumentation diametral entgegengesetzte Rechtsansicht vertrat. Die Organe der Stadt haben dem RH die tatsächlichen Überlegungen beim Abschluss des Swap II wie folgt offengelegt (Tz 14.3, RHB, Beilage ./155, Hervorhebungen nicht im Original):

"Laut Stellungnahme der Stadt Linz habe der Beschluss des Gemeinderats vom Juni 2004 keine Delegation dargestellt. Mit diesem Beschluss sei eine Delegationsabschlussbefugnis für Derivatgeschäfte weder beabsichtigt noch tatsächlich damit verbunden gewesen. Es habe sich dabei vielmehr um eine Beauftragung gegenüber der Finanz- und Vermögensverwaltung in Form einer Verhandlungsermächtigung gehandelt; diese habe die ausschließliche Zuständigkeit des Gemeinderats nicht aufgehoben."

Aus Sicht der Stadt Linz seien die Begriffe der Marktüblichkeit bzw. der Optimierung vor dem Hintergrund des Amtsberichts vom 13. Mai 2004 klar definiert und die Vorgaben im Gemeinderatsbeschluss eindeutig gewesen."

Der RH entgegnete zutreffend (Tz 14.4, RHB, Beilage ./155; Hervorhebungen nicht im Original):

"Der RH wies darauf hin, dass er den Beschluss des Gemeinderats vom 3. Juni 2004 wortgetreu wiedergegeben hatte. Der Beschluss 'ermächtigte' ausdrücklich die Finanz- und Vermögensverwaltung zum Abschluss [Anmerkung: nicht zur Verhandlung] von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten."

Der RH wies weiters darauf hin, dass sich die ergänzend in der Stellungnahme vorgebrachte, vorgeblich vom Gemeinderat getragene Bedeutung des Begriffs Optimierung weder im Amtsbericht noch in der Beschlussfassung des Gemeinderats wiederfand. Auch blieb in diesem Zusammenhang die thematische Abgrenzung zum ebenfalls verwendeten Begriff der Kurssicherung weiterhin offen."

Der GRB 2004 ist insofern keine öffentlich-rechtliche Delegation einer Organ-Kompetenz, sondern (ganz im Gegenteil) gerade deren Ausübung, und zwar durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrags und einer zivilrechtlichen Ermächtigung an einen Dritten zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung für die Stadt Linz (vgl dazu im Detail 15 Os 9/88 und 15 Os 10/88⁶).

⁶ "Der Abschluß zivilrechtlicher Verträge ... fällt nämlich in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung der Fachgruppe, sodaß es ... zur Erteilung eines Mandats (§§ 1002ff. x GB) hiezu (nicht anders als

Der GRB 2004 ist somit eine zivilrechtliche Ermächtigung und – auch nach den Ausführungen der Stadt Linz gegenüber dem RH – auch Beauftragung. Entgegen dem Vorbringen der Stadt Linz gegenüber dem RH liegt allerdings keine "Verhandlungs-", sondern – anhand des unzweifelhaften und eindeutigen Wortlautes des GRB 2004 – eine Abschlussermächtigung "der FVV" vor.

Die von der Stadt Linz in ihrer KB zitierten Entscheidungen zum Rechtssatz RIS-Justiz RS0059247 (enthält ua 7 Ob 109/98z) sind für die Frage der Wirksamkeit des GRB 2004 als allgemein-zivilrechtliche Beauftragung, Ermächtigung – und letztendlich auch – Vollmacht nicht einschlägig:

- (a) Diese Entscheidungen betreffen das Erfordernis eines Gemeinderatsbeschlusses zur Klagsführung und sind somit ausschließlich für diese prozessrechtliche Frage maßgeblich (sh die maßgeblichen Vorschriften im Kopf des RS: ZPO, nÖ GdO; vgl *Fasching* in *Fasching*² Einl I Rz 89, wonach Verfahrensgesetze eine andere Aufgabe erfüllen als das materielle Recht). Auch unterscheidet sich die prozessrechtliche Wirkung des § 6 Abs 1 ZPO erheblich von der materiell-rechtlichen Wirkung des § 867 ABGB: Während § 867 ABGB die Heilung des Geschäfts auch ohne ausdrücklichen Beschluss des Gemeinderats zulässt (Vorteilszuwendung, Anschein ursprünglicher/nachträglicher Genehmigung etc), verbietet das Prozessrecht jede Form der Heilung ohne förmlichen Akt (hier: Beschluss des Gemeinderates) und durchbricht damit sogar den Grundsatz der Rechtskraft (vgl § 529 Abs 1 Z 2 ZPO). Zuletzt macht es auch einen erheblichen Unterschied, ob eine – beinahe schrankenlose – allgemeine Prozessvollmacht oder eine spezifische Ermächtigung zum Abschluss von Geschäften, die anhand bestimmter Merkmale konkretisiert werden können, erteilt wird. Insofern ist die Ratio des RS0059247 und der ihm zugrundeliegenden Entscheidungen für die Beurteilung des GRB 2004 nicht maßgeblich.
- (b) Beim GRB 2004 handelt es sich (wie oben in Punkt III. 1.2.1 gezeigt) nicht um eine zu weit gehende Generalvollmacht oder Delegation, sondern um eine der Natur dieser Finanzgeschäfte ange-

*beispielsweise zur Erteilung einer Liegenschaftsverwaltungs- oder Rechtsvertretungs-Vollmacht) keineswegs einer öffentlich-rechtlichen Verfügung bedarf und ihr auch die Rechtsnatur des Gremiums als Körperschaft öffentlichen Rechts (§ 1 Abs 2 HKG) durchaus nicht entgegensteht. Gleichermaßen geht der auf eine derartige Mandatserteilung an H*** bezogene Einwand des Angeklagten L*** (Z 9 lit a), der Gremialausschuß sei insoweit zu einer 'Übertragung seiner Befugnisse' nicht legitimiert gewesen, im Hinblick darauf fehl, daß es sich hierbei nach dem Gesagten ja nicht etwa um eine Delegation der Organ-Kompetenz als solche (vgl § 53 a HKG) handelt, sondern (ganz im Gegenteil) gerade um deren Ausübung, und zwar eben durch die Erteilung eines zivilrechtlichen Auftrags an einen Dritten (hier: an den Angeklagten H***) zur privatwirtschaftlichen Geschäftsführung für das Gremium." (Hervorhebungen nicht im Original).*

messene Ermächtigung und Beauftragung zum Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten im Dienste der vom GR (in Übereinstimmung mit der damals gängigen Gemeindepraxis) ausdrücklich gewünschten und beabsichtigten Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios. Mit der Erteilung einer Prozessvollmacht für einen konkreten Rechtsstreit durch eine Gemeinde ist dies nicht im mindesten vergleichbar.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
Stellungnahme der Stadt Linz vom Jänner 2013 gegenüber dem RH zu dessen im Oktober 2012 übermittelten Ergebnis der Prüfung der Fremdwährungs- und Zinssicherungsgeschäfte (siehe S 34, Tz 1, RHB);
wie bisher.

1.2.3 Adressat der zivilrechtlichen Beauftragung und Ermächtigung war Mag. Penn als Leiter der FVV

Der GRB 2004 stellt als Ermächtigung und Beauftragung eine zivilrechtliche Willenserklärung eines (öffentlich-rechtlich zuständigen) Organs dar. Dass durch den GRB 2004 Mag. Penn (in seiner Funktion als Leiter der FVV) und kein Gremium ermächtigt und beauftragt werden sollte, ergibt sich aus dem im Wortlaut und in der Diskussion zum Ausdruck kommenden, klaren Willen des Gemeinderates, sowie durch Auslegung des GRB 2004 anhand der zivilrechtlichen Regeln für die Auslegung von Willenserklärungen (§§ 914 ff ABGB):

(a) Dies ist zunächst aus der durch den Bürgermeister ausgesprochenen Bevollmächtigung (dazu sogleich näher in Punkt III 1.4) erkennbar: Der Bürgermeister hat Gemeinderatsbeschlüsse gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 zu vollziehen. Er hat Mag. Penn im Rahmenvertrag Vollmacht erteilt und damit den GRB 2004 so vollzogen, wie er ihn aufgrund der Teilnahme an den Diskussionen in der Gemeinderatssitzung und seiner Einbindung in die Vor- und Nachbereitung des GRB 2004 zweifelsfrei verstehen musste: Mag. Penn als Leiter der FVV sollte durch den GRB 2004 ermächtigt und beauftragt werden. Die anschließende Bevollmächtigung von Mag. Penn (bzw seines Stellvertreters) durch den Bürgermeister im Rahmenvertrag war daher nur mehr als Akt anzusehen, mit dem der Bürgermeister den GRB 2004 iSd § 22 StL 1992 vollzog.

(b) Das deckt sich auch mit den öffentlich-rechtlich vorgegebenen Aufgaben und Verantwortungsbereichen von monokratischen Leitungsorganen (hier: Mag. Penn als Leiter der FVV) in Verwaltungs-

organisationen, die dem Gemeinderat bei Beschlussfassung vor Augen stand: Im konkreten Fall war und ist der jeweilige Leiter der FVV für die rechtzeitige, vorschriftsmäßige und den Weisungen entsprechende Erfüllung der seiner Dienststelle (dh der Geschäftsgruppe FVV) zugewiesenen Aufgaben im Rahmen der zur Verfügung gestellten Ressourcen verantwortlich (so ausdrücklich § 9 Abs 2 GEOM für alle "*Dienststellen*"; unter diesen Begriff fallen gemäß § 14 Abs 1 GEOM alle Geschäftsgruppen, Ämter und Einrichtungen des Magistrates). Aufgrund des internen Ressortsystems ist es auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene üblich, Abteilungen (denen als Geschäftsapparate einer Behörde niemals Rechtspersönlichkeit zukommt) mit der Bearbeitung und Erledigung von Angelegenheiten zu betrauen, sonst wäre eine arbeitsteilige Erledigung der Fülle von Verwaltungsaufgaben nicht leistbar.

- (c) Nicht anders ist es, wenn etwa im behördlichen Umgangston von einem Rechtsakt "*des Bundesministeriums*" die Rede ist: Auch in diesem Fall ist jedermann klar, dass damit nicht der Geschäftsapparat (dh das "*Bundesministerium*"), sondern das Leitungsorgan (der "*Bundesminister*") gemeint ist.

Vielmehr ist es durchaus üblich und kommt sogar oft vor, dass sogar Bundes- oder Landesgesetzgeber sich bei der Festlegung der Zuständigkeit eines Einzelnen nicht vollends korrekt ausdrücken und auf Dienststellen, dh administrative "*Hilfsapparate*" beziehen. So heißt es zB in § 6 ASVG, dass "das Bundesministerium für Arbeit und Soziales" (also der Hilfsapparat, nicht der Bundesminister als monokratisches Leitungsorgan) über die Gleichwertigkeit entscheidet (vgl auch § 415 Abs 2a ASVG), oder in § 8 Abs 2 Strafrechtsgesetz, dass der Antrag "beim Bundesministerium für Inneres" einzubringen ist, das hierüber entscheidet.

Selbst das B-VG verwendet in Art 12 Abs 3 die Formel, dass in Angelegenheiten des Elektrizitätswesens die Entscheidungskompetenz – wenn die Bescheide der Landesinstanzen voneinander abweichen – auf Antrag "an das sachlich zuständige Bundesministerium" übergeht.

Sogar der Verfassungsgerichtshof sieht kein Problem in einer diesbezüglich unscharfen Ausdrucksweise: In VfGH 26.11.2012, V 82/12 spricht er etwa davon, dass die gegenständliche Verordnung in Umsetzung der zwischen dem "Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung" und der Medizinischen Universität Wien abgeschlossenen Leistungsvereinbarung erfolgt.

Es besteht kein Zweifel daran, dass in allen diesen Fällen nicht der "Geschäftsapparat", dh alle ihm angehörenden Personen zuständig sind, sondern allein der Leiter der Dienststelle, dh der jeweilige Bundesminister. Nichts anderes gilt im Fall des Magistrats als den Gemeindeorganen beigegebener administrativer Geschäftsapparat (Art 117 Abs 7 B-VG). Natürlich kann er sich durch Erteilung von Approbationsbefugnissen (innerbehördlichen Mandaten), die die Zuständigkeitsordnung nicht verändern, vertreten lassen. Solche Ermächtigungen, „in seinem Namen“ zu entscheiden, stehen dem Dienststellenleiter schon kraft seiner Leitungsbefugnis zu. Darüber hinaus kann er in zivilrechtlichen Angelegenheiten (siehe dazu oben) Ermächtigungen und Beauftragungen aussprechen oder Vollmacht erteilen.

Aus all dem ergibt sich, dass die Ermächtigung der "*Finanz- und Vermögensverwaltung*" nur als Ermächtigung und Beauftragung des jeweiligen Leiters dieser Dienststelle, dh im konkreten Fall von Mag. Penn, verstanden werden kann, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren. Darin liegt der alleinige Sinn und Zweck des GRB 2004. Keinesfalls kann ihm unterstellt werden, er habe alle in der FVV tätigen Bediensteten mit dieser Befugnis ausstatten wollen. Andere Möglichkeiten sind auf Grund des Wortlautes des GRB 2004 nicht denkbar.

- (d) Anders wäre es ja auch nicht erklärbar, dass die Mitglieder des Finanzausschusses des Gemeinderates, dem Mag. Penn über die abgeschlossenen Geschäfte nachträglich Bericht zu erstatten hatte, nie einen Anlass zur Beanstandung getätigter Abschlüsse sahen. Wäre dem nicht so gewesen, hätten sie wohl unmittelbar nach dem ersten Debt-Management-Bericht im September 2007 die "*Reißleine gezogen*".
- (e) Ermächtigende und beauftragende Rechtsperson (Stadt Linz vertreten durch den dafür zuständigen Gemeinderat) sowie ermächtigte und beauftragte Rechtsperson (Mag. Penn in seiner Funktion als Leiter der FVV) waren somit in vollkommener Willensübereinstimmung der Auffassung, dass eine Ermächtigung des Mag. Penn durch die Stadt Linz vorlag. Dies galt auch für alle anderen Beteiligten auf Seite der Stadt Linz, wie der RHB treffend feststellt: "*Zum damaligen Zeitpunkt fanden sich im Bereich der Stadt Linz keine Hinweise, welche die Gültigkeit und Rechtmäßigkeit der abgeschlossenen Derivatgeschäfte, insbesondere des zwischenzeitlich umstrittenen Derivativs Nr. 9, angezweifelt hätten*" (Tz 1 (5), RHB, Beilage ./155).

Dass der GRB 2004 den Ermächtigten und Beauftragten (Mag. Penn) nicht beim Namen nennt, schadet nicht, da dies allen Beteiligten zweifelsfrei klar und von ihnen gewollt war. So hatte auch der gesamte Bankenmarkt keinen Zweifel daran, dass Mag. Penn zum Abschluss von Optimierungsgeschäften bevollmächtigt war.

Sollte entgegen diesem klaren und eindeutigen Willen des Gemeinderates dennoch Zweifel an der rechtswirksamen Ermächtigung und Beauftragung von Mag. Penn als Leiter der FVV bestehen, so gilt die Zweifelsregel des § 915 ABGB und der Vertrauensschutz zugunsten der BAWAG P.S.K. Eine Unklarheit bei der rechtsgeschäftlichen Erklärung des Gemeinderates, die FVV zu ermächtigen, geht folglich zu Lasten des Gemeinderates und ändert an der Wirksamkeit der Ermächtigung und Beauftragung nichts.

Dass mit Mag. Penn eine Einzelperson ermächtigt und beauftragt werden sollte, ergibt sich als zugrunde liegende Intention eindeutig auch aus den Diskussionen im Gemeinderat vom 3.6.2004. Demnach sollte der aushaftende Kreditrahmen oder Betrag hervorragend bewirtschaftet werden können, *"und das in kürzestmöglicher Zeit"* (so ausdrücklich Bürgermeister Dobusch) – nur so war der vom Gemeinderat tatsächlich gewollte Abschluss solcher Geschäfte überhaupt zu bewerkstelligen.

Die diesbezüglichen Überlegungen finden auch im Amtsbericht 2004 Deckung, der den Gemeinderatsmitgliedern bei Beschlussfassung vorlag. Demnach wurde *"die FVV"* zum Abschluss von Finanztermingeschäften ermächtigt, weil dieser *"sehr kurzfristig erfolgen muss"*. Die Notwendigkeit kurzfristiger Entscheidungen entsprach der gängigen Praxis im *"Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit"* (§ 38 Abs 3 StL 1992 und § 11 Abs 4 GEOM).

Diese Vorgangsweise deckte sich auch mit den damals maßgebenden Überlegungen des im Auftrag des Österreichischen Städtebundes vom KDZ im Jahr 2003 herausgegebenen Handbuchs *"Kreditfinanzierung für Gemeinden"*. So führt *Knoth*, Kommunale Schuldenbewirtschaftung, aaO 289 aus: *"Der fach- und sachgerechte Einsatz von Derivatgeschäften für die kommunale Schuldenbewirtschaftung ist daher nur in Form einer vom GR ausgesprochenen Ermächtigung, solche Geschäfte rechtswirksam abzuschließen, vorstellbar."* Klar war demnach auch: Zustande kommt das Geschäft durch die – in der Regel per Telefon eingeholte – Zustimmung bei den im Vertrag namhaft gemachten, auf der Ebene der Administration angesiedelten Personen (*Knoth*, Kommunale Schuldenbewirtschaftung, aaO 290; *N. Raschauer*, Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16 [71]).

Beweis: Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
wie bisher.

1.3 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten:

- Der GRB 2004 ist keine öffentlich-rechtliche Delegation einer Zuständigkeit.
- Das von der Stadt Linz herangezogene, ihre Rechtsmeinung tragende Argument aufgrund § 46 Abs 2 StL 1992 geht daher ins Leere.
- Der GRB 2004 stellt eine zivilrechtliche Abschlussermächtigung samt entsprechender Beauftragung mit einem vorgegebenen, spezifischen Handlungsauftrag dar. Gegen diese Vorgangsweise können auch aus der Sicht des öffentlichen Rechts keinerlei Bedenken erhoben werden, schon gar nicht aus dem – gar nicht einschlägigen – § 46 Abs 2 StL 1992.
- Der GRB 2004 nennt zwar – wie in öffentlich-rechtlichen Körperschaften nicht unüblich – die FVV als Geschäftsapparat (zuständige Abteilung). Nach dem klaren rechtsgeschäftlichen Willen des Gemeinderates sollte damit jedoch Mag. Penn (in seiner Funktion als Leiter) ermächtigt werden.
- Der SWAP II ist somit – zumal auch eine gültige Vollmacht vorlag (dazu sogleich) – gültig zustande gekommen.

1.4 Mag. Penn wurde wirksam bevollmächtigt

Der weitere Weg für die Beurteilung des Abschlusses des SWAP II durch Mag. Penn auf Grundlage des GRB 2004 ist damit klar vorgezeichnet:

Mag. Penn als Leiter der FVV wurde vom Gemeinderat mit dem GRB 2004 gültig zivilrechtlich zum Abschluss von Geschäften ermächtigt. Aus dem Protokoll der Gemeinderatssitzung und den Materialien ist klar, dass in der Ermächtigung nach dem Willen des Gemeinderates auch der Auftrag enthalten war, entsprechende Schritte zu setzen – dies führt die Stadt Linz auch selbst in ihrer Stellungnahme vom Jänner 2013 gegenüber dem RH aus, wenn sie von einer "*Beauftragung*" spricht.

Mit der Ermächtigung und Beauftragung war – im Hinblick auf die erfolgte Veröffentlichung im Amtsblatt – auch die Erteilung einer entsprechenden (außenwirksamen) Vollmacht durch den Gemeinderat selbst verbunden.

Selbst wenn man dem GRB 2004 nicht die Rechtswirkung einer (auch außenwirksamen) Vollmachtserteilung beimessen würde, war eine solche spätestens mit Abschluss des Rahmenvertrages gegeben. Darin war die Voll-

machtserteilung gegenüber dem Leiter der FVV, Mag. Penn, eindeutig und klar manifestiert. Der Rahmenvertrag wurde vom Bürgermeister im Rahmen seiner statutarischen Zuständigkeit **(i)** zur Vollziehung des GRB 2004 und **(ii)** zur Außenvertretung der Stadt Linz mit der BAWAG P.S.K. rechtsgültig abgeschlossen und die Vollmacht an Mag. Penn als Leiter der FVV (und seinem Stellvertreter) rechtsgültig erteilt (siehe dazu schon Punkt 9.2.2 der KB der BAWAG P.S.K.):

- (a) Der Gemeinderat vollzieht seine Beschlüsse nicht selbst. Die Vollziehung liegt vielmehr beim Bürgermeister, der sich dabei des nach seinem Geschäftsbereich sachlich in Betracht kommenden Mitgliedes des Stadtsenates zu bedienen hat (§ 22 Abs 1 StL 1992).
- (b) Auf Grundlage des § 22 Abs 1 StL 1992 hat der Bürgermeister im vorliegenden Fall die Vorbereitung von Rahmenverträgen mit mehreren Banken im Sommer 2006 in die Hände von Finanzstadtrat Dr. Mayr (gemäß Geschäftseinteilung des Stadtsenats für "*Finanzangelegenheiten*" und "*Vermögensverwaltung*" zuständig und gemäß § 47 Abs 9 StL 1992 dafür dem Gemeinderat verantwortlich) und Mag. Penn (als Leiter der FVV) gegeben (sich ihrer "*bedient*"). Nach Berichterstattung (Schreiben Mag. Penn vom 13.9.2006, Beilage ./70) vollzog der Bürgermeister den GRB 2004 durch (i) Unterzeichnung des Rahmenvertrages samt (ii) außenwirksamer Erteilung einer Vollmacht an Mag. Penn, indem er ihm – als Leiter der FVV – Vollmacht für die Vertretung der Stadt aufgrund § 6 Abs 3 GEOM erteilte.

Die Zuständigkeit des Bürgermeisters zur Vertretung nach außen ergibt sich aus § 49 Abs 1 StL 1992. Daher hat der Bürgermeister nicht nur den Rahmenvertrag unterschrieben, sondern auch die Vollmacht – außenwirksam gegenüber der BAWAG P.S.K. – an Mag. Penn erteilt.

- (c) Dies war auch nach dem damals eindeutigen und klaren Rechtsverständnis aller Beteiligten die durch den Gemeinderat gewünschte Umsetzung. Der RHB stellt dies sehr plastisch dar und zeigt auch, dass die Argumentation mit der Bestreitung des rechtmäßigen Zustandekommens des SWAP II erst im Nachhinein instrumentalisiert wurde (Tz 1 (5), RHB, Beilage ./155; Hervorhebungen nicht im Original):

"(b) In Entsprechung des eindeutig formulierten Prüfungsersuchens hatte der RH bei seinen Beurteilungen grundsätzlich von einer Ex-ante-Betrachtung auszugehen und seinen Feststellungen die zum Entscheidungszeitpunkt maßgeblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zugrun-

de zu legen. Das heißt, der RH hatte sich bei der Beurteilung des Verwaltungshandelns der Stadt Linz und der stadt eigenen Gesellschaften in die bei den Organen der Stadt Linz zum Zeitpunkt des Abschlusses der Finanzgeschäfte herrschende Rechtsauffassung zu versetzen und von diesem Standpunkt aus die vorliegenden Sachverhalte nach den verfassungsgesetzlich vorgegebenen Prüfungsmaßstäben zu beurteilen. Zum damaligen Zeitpunkt fanden sich im Bereich der Stadt Linz keine Hinweise, welche die Gültigkeit und Rechtmäßigkeit der abgeschlossenen Derivatgeschäfte, insbesondere des zwischenzeitlich umstrittenen Derivativs Nr. 9, angezweifelt hätten.

Erst im Laufe des Jahres 2010 änderte sich mit Bekanntwerden der bis dahin eingetretenen Verluste aus dem Derivat Nr. 9 auch das Rechtsverständnis der Stadt Linz. In diesem Zusammenhang wies der RH darauf hin, dass die Stadt Linz in ihrer Stellungnahme keine Anmerkungen zur Frage der Rechtsgültigkeit der — neben dem Derivat Nr. 9 — abgeschlossenen sonstigen Derivatgeschäfte, die zum Teil mit Gewinnen für die Stadt Linz vorzeitig geschlossen wurden, machte."

Der RHB ordnet den Rahmenvertrag samt Bevollmächtigung aus der Perspektive des im Jahr 2007 unzweifelhaften Rechtsverständnisses der Stadt Linz und ihrer Organe wie folgt ein (Tz 15.4, RHB, Beilage ./155; Hervorhebungen nicht im Original):

"Der RH wiederholte seine Feststellung, dass mit der Unterfertigung des Rahmenvertrags noch kein Finanzgeschäft verbunden war. Er hielt jedoch fest, dass die Stadt Linz mit dem Abschluss des Rahmenvertrags eine im Bankensektor übliche vertragliche Grundlage mit der Absicht der Vertragspartner schuf, Finanztermingeschäfte abzuschließen. In Zusammenwirken mit der Bevollmächtigung von zwei Personen zum Abschluss von komplexen Finanzgeschäften wurde nach Ansicht des RH ein klares Signal für die Absicht der Stadt Linz auf künftige Geschäftsbeziehungen mit den vertragsunterfertigenden Kreditinstituten gesetzt. Dies wog im Lichte eines fehlenden Risikomanagements im Bereich der Stadt Linz besonders schwer. (...)

Zum Standpunkt der Stadt Linz hinsichtlich der Bevollmächtigung durch den Bürgermeister hielt der RH fest, dass dieser Rechtsakt vom damaligen unzweifelhaften Rechtsverständnis der Stadt Linz und ihrer Organe zu beurteilen war."

- (d) Da der Bürgermeister nur "gültige Beschlüsse" gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 vollziehen darf, musste die BAWAG P.S.K. jedenfalls davon ausgehen, dass es sich um einen solchen handelt. Hätte er den GRB 2004 für (i) rechtswidrig oder (ii) für die Stadt Linz schädlich erachtet, hätte er ihn nicht vollziehen dürfen (§ 22 Abs 2 StL 1992)! Klarerweise war dies aber nicht der Fall, sonst hätte der Finanzstadtrat nicht einen Aktenvermerk über den Rahmenvertrag unterfertigt und der Bürgermeister den Rahmenvertrag nicht unterschrieben. Die nunmehr verheerende Wirkung des SWAP II ergab sich erst aus der Art und Weise, wie die Stadt Linz lange nach Geschäftsabschluss – trotz Warnungen der BAWAG P.S.K. – mit dem SWAP II umgegangen ist, wie sich auch aus dem RHB ergibt.
- (e) § 66 Abs 1 StL 1992 steht der gültigen Bevollmächtigung des Mag. Penn durch den Bürgermeister nicht entgegen:

Der Rahmenvertrag (Beilage ./1) wurde vom Bürgermeister ordnungsgemäß und in Übereinstimmung mit § 66 Abs 1 StL 1992 auf der Grundlage und unter Berufung auf den GRB 2004 (Beilage ./11) unterzeichnet.

§ 66 Abs 1 StL 1992 beinhaltet kein Schriftformgebot, da nur von Urkunden "über" Rechtsgeschäfte die Rede ist. Es handelt sich vielmehr um eine bloße Urkundenfertigungsbestimmung mit dem Charakter einer Ordnungsvorschrift, die für die Gemeinde Beweiserleichterung und Kontrollmöglichkeiten bezweckt. Ihre Verletzung berührt die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht (sh *Grillberger/Probst/Strasser*, Privatrechtsgeschäfte der Gemeinde [1981] 71).

Dass die praktische Abwicklung von Finanzgeschäften auf Grundlage der Rahmenvereinbarung unproblematisch ist, zeigt auch *N. Raschauer* (Spekulative Vermögensveranlagung durch Gebietskörperschaften, RFG 2013/16 [71]): Demnach ist nicht zu verkennen, dass sich der Bürgermeister – ungeachtet des § 66 Abs 1 StL 1992 – bei einzelnen Amtshandlungen, auch bei der Vertragsunterfertigung, vertreten lassen kann. Im Hinblick auf die Rahmenvereinbarung werden *in praxi* bestimmte Personen – zB Gemeindebedienstete – ermächtigt, Einzelgeschäfte auch mündlich oder telefonisch abzuschließen. Bei nachfolgenden Schreiben handelt es sich dann um kaufmännische Bestätigungsschreiben, die aber nicht das Rechtsgeschäft verkörpern, sondern welche die bereits erzielte Willensübereinstimmung zu Beweis Zwecken deklarativ dokumentieren.

Auch hier gilt: Hätte der Gesetzgeber mit § 66 Abs 1 StL 1992 die verfassungsgesetzlich garantierte Privatautonomie der Stadt Linz durch (i) eine alleinige und ausschließliche Vertretungsmacht des Bürgermeisters und (ii) ein Schriftformgebot beschränken wollen, hätte er dies klar und eindeutig zum Ausdruck bringen müssen. Dies hat er nicht getan.

Eine anderslautende Auslegung wäre mit dem verfassungsrechtlichen Verbot der Diskriminierung von Gemeinden als Privatrechts-subjekt nicht vereinbar (sh dazu *Weber*, Art 116 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht, Rz 14 [1999]). Demnach ist es der Bundes- und Landesgesetzgebung "verwehrt, diskriminierende Vorschriften gegenüber der Gemeinde auf diesem Gebiet aufzustellen" (so ausdrücklich die Materialien zur B-VG Novelle 1962, RV 639 BlgNR 19. GP, 14).

Der mündlich erfolgte Abschluss des SWAP II durch Mag. Penn war daher aufgrund Vollmachtserteilung durch den Bürgermeister zulässig.

Zwischenergebnis:

- Bürgermeister Dr. Dobusch hat am 29.6.2006 in Durchführung des GRB 2004 (§ 22 Abs 1 StL) den Rahmenvertrag 2006 mit angefügtem Unterschriftenverzeichnis abgeschlossen, in dem er Mag. Penn als Leiter der FVV (und seinen Stellvertreter) als Bevollmächtigten und Zeichnungsberechtigten auswies. Er hat damit bekräftigt (und außer Streit gestellt), dass der GRB 2004 nur in dem oben dargelegten Sinn verstanden werden konnte und er ihn – als Vorsitzender des GR – zweifelsfrei so und nicht anders verstanden hat. Hätte die Bevollmächtigung und Beauftragung von Mag. Penn als Leiter der FVV nicht schon durch den GRB 2004 stattgefunden, wäre sie in Umsetzung des GRB 2004 gemäß § 22 Abs 1 StL 1992 jedenfalls nach Maßgabe des Rahmenvertrages 2006 durch den Bürgermeister erfolgt.
- Mag. Penn hat die Stadt Linz somit aufgrund gültiger zivilrechtlicher Ermächtigung und Vollmachtserteilung beim Abschluss des SWAP II rechtswirksam vertreten.

Beweis: Schreiben Mag. Penn vom 13.9.2006 (Beilage ./70);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
wie bisher.

2. **ÖFFENTLICH-RECHTLICHE ALTERNATIVE 1: DER GRB 2004 KÖNNTE DIE ERTEILUNG EINER ÖFFENTLICH- RECHTLICHEN "APPROBATIONSBEFUGNIS" SEIN**

Dass der GRB 2004 eine zivilrechtliche Ermächtigung bzw. Beauftragung darstellt, ergibt sich schon aufgrund des klaren Wortlauts ("*wird ermächtigt*").

Sollte der GRB 2004 jedoch kein zivilrechtlicher Akt (Ermächtigung, Beauftragung, Vollmacht) gewesen sein, kommen im Wesentlichen nur mehr Rechtsformen des öffentlichen Rechts in Betracht. In diesem Fall wäre der GRB 2004 als öffentlich-rechtliche Grundlage für eine organschaftliche Vertretung der Stadt Linz im Privatrechtsverkehr (im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung) durch Mag. Penn anzusehen.

In allererster Linie könnte der GRB 2004 die Einräumung einer "Approbationsbefugnis" im Innenverhältnis darstellen. Eine solche liegt vor, wenn

- ein für bestimmte Aufgaben zuständiges Verwaltungsorgan (hier: der GR)
- eine andere, der Verwaltung angehörige Person (hier: Mag. Penn als Leiter der FVV) beauftragt,
- solche Aufgaben (hier: "*Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten*") zu erledigen

(sh dazu im Detail *Binder*, Der Staat als Träger von Privatrechten [1980] 213).

Selbst wenn der GRB 2004 eine Approbationsbefugnis darstellte, wäre dies keine "Delegation" im Sinne der öffentlich-rechtlichen Übertragung der Zuständigkeit. Vielmehr läge auch hier eine bloße (Approbations-) "Befugnis" im Sinne einer (öffentlich-rechtlichen) "Ermächtigung" im Innenverhältnis zum Handeln vor. Wie sich aus dem Beschlusswortlaut und den Diskussionen in der Gemeinderatssitzung ergibt, sollte damit keinesfalls die entsprechende Zuständigkeit des Gemeinderates übertragen ("delegiert") werden. Vielmehr ist die Regelung der Approbation eine Angelegenheit der inneren Organisation, die die Zuständigkeit nicht berührt (vgl VfSlg 10.338/1985; VwGH 28.4.2008, 2005/12/0268).

Da der GRB 2004 lediglich eine Ermächtigung und Beauftragung im Innenverhältnis ausspricht, wäre er als organisationsrechtliche Regelung in Form einer generellen Weisung (Art 20 B-VG) des Gemeinderates ohne unmittelbare Außenwirkung anzusehen. Mit dieser wurde "*der FVV*" – und damit Mag. Penn als deren Leiter (siehe dazu *mutatis mutandis* die Ausführungen

in Punkt III 1.2.3 oben) – eine Befugnis eingeräumt (zur theoretischen Möglichkeit der öffentlich-rechtlichen Qualifikation als außenwirksame Rechtsverordnung siehe Punkt III. 3 unten).

Die im GRB 2004 zum Ausdruck kommende Willenserklärung des Gemeinderates wäre demnach auf die Erteilung einer Weisung an den Leiter der FVV gerichtet gewesen. Mag. Penn wäre aufgrund des Weisungscharakters dienstrechtlich sogar verpflichtet gewesen, entsprechend zu handeln. Die Vertretung durch ihn wäre somit eine organschaftliche Vertretung der Stadt Linz aufgrund öffentlich-rechtlicher Organisationsvorschrift gewesen (vgl OGH 20.10.2005, 2 Ob 235/05f).

Die entsprechende Weisungsbefugnis des GR ergibt sich aus seiner Stellung als oberstes Organ der Gemeindeverwaltung im eigenen Wirkungsbereich. Dieses kann nicht einmal durch einfaches Gesetz beschränkt werden (sh dazu *Neuhofer*, Gemeinderecht² [1998], 160). Dass auch Kollegialorgane (hier: der GR) Approbationsbefugnisse an unterstellte Bedienstete (hier: Mag. Penn) erteilen können, ist ein seit vielen Jahren bestehendes Phänomen der Verwaltungspraxis, dessen Zulässigkeit von der Judikatur bestätigt wird (vgl dazu Pichler, *Die Approbationsbefugnis als Problem der Verwaltungsreform*, ZfV 1978, 11 [14], unter Hinweis auf VfSlg 4938, 6486 und 7656, sowie VwGH 28.6.1976, 246/76).

Eine spezifische gesetzliche Grundlage für die Erteilung der Approbationsbefugnis im Innenverhältnis durch den GR an Mag. Penn (als Leiter der FVV) ist nicht erforderlich. Vielmehr wäre die konkrete Aufgabe (kurzfristige Optimierung) vom Gemeinderat gar nicht zu bewerkstelligen gewesen (wie sich auch aus dem Gemeinderatsprotokoll zum GRB 2004 ergibt). Um dennoch die Handlungsfähigkeit zu sichern, ist von einer allgemeinen gesetzlichen Ermächtigung zur Erteilung von Approbationsbefugnissen aufgrund der Verfassung auszugehen, die sich auch auf privatwirtschaftliches Handeln erstreckt. Dies ergibt sich nicht zuletzt schon aus der in Art 117 Abs 7 B-VG geregelten Grundstruktur der Gemeindeverwaltung, die dem GR als "*Verwaltungsorgan*" den Magistrat als "*Verwaltungshilfsorgan*" zur Seite stellt. Mit anderen Worten: Die Zuordnung des Magistrats als bürokratische Organisationseinheit (gemäß Art 117 Abs 7 B-VG bzw StL 1992) beinhaltet selbstverständlich auch die (verfassungs-) gesetzliche Befugnis des GR als oberstes Gemeindeorgan, mittels Gemeinderatsbeschluss Mitarbeitern des Magistrats Aufgaben im Wege der Erteilung von Approbationsbefugnissen zuzuweisen (in diesem Sinn ausführlich und zutreffend *Binder*, *Der Staat als Träger von Privatrechten* [1980] 214f bzw 218). Nicht zuletzt durch die aus im Amtsbericht 2004 enthaltene Berichtspflicht an den FA ist auch ein entsprechender Formalzusammenhang weiterhin gegeben.

Die Unterzeichnung des Rahmenvertrages und – damit einhergehend – die außenwirksame Bevollmächtigung des Mag. Penn durch den Bürgermeister

wären auch in diesem Kontext als "*Vollziehung*" des GRB 2004 im Sinne des § 22 StL zu deuten.

Mag. Penn hätte daher auch im Rahmen einer solchen öffentlich-rechtlichen Approbationsbefugnis rechtmäßig für die Stadt Linz handeln und den SWAP II rechtswirksam abschließen können.

3. **ÖFFENTLICH-RECHTLICHE ALTERNATIVE 2: DER GRB 2004 IST EINE "RECHTSVERORDNUNG"**

Die Stadt Linz behauptet das Vorliegen einer unzulässigen Delegation zwar in ihrer KB, wendet sich aber in ihrer Stellungnahme an den RH vom Jänner 2013 von dieser Rechtsauffassung wieder ab. Schon in der KB setzt sie sich mit den mit einer Delegation verbundenen Konsequenzen nicht auseinander: Sollte es sich beim GRB 2004 tatsächlich um die öffentlich-rechtliche Übertragung einer Zuständigkeit im Außenverhältnis im Sinne einer "*Delegation*" handeln (was im Widerspruch zum Wortlaut stünde und von der BAWAG P.S.K. ausdrücklich bestritten wird), hätte dies die folgenden Konsequenzen:

Eine solche – außenwirksame – Delegation der Zuständigkeit könnte nur mittels Rechtsverordnung erfolgen. Falls eine Delegation vorläge, wäre der GRB 2004 somit aufgrund der tatsächlich erfolgten Publikation im (Anhang zum) Amtsblatt als rechtsgültige Verordnung einzustufen. Der GRB 2004 wäre daher im Abschlusszeitpunkt voll wirksam gewesen. Auch der SWAP II wäre damit jedenfalls gültig zustande gekommen.

Eine nachträglich erfolgte Aufhebung des GRB 2004 kann nur *ex nunc* wirken. Dies ergibt sich aus einer gesetzes- und verfassungskonformen Auslegung des Wortlauts. Eine rückwirkende Aufhebung mit der Absicht, den SWAP II *ex post* die Rechtsgrundlage zu entziehen, wäre nicht nur rechtsmissbräuchlich, sondern würde aufgrund des Eingriffs in bestehende Verträge einen klaren Verstoß gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Eigentumsrecht der BAWAG P.S.K. darstellen. Die Anordnung einer solchen Rückwirkung würde die BAWAG P.S.K. auch im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz (in der Gestalt des Vertrauensschutzes) verletzen; gerade an rückwirkende Akte werden diesbezüglich sehr strenge Anforderungen gestellt. Darüber hinaus wäre sie auch gesetzwidrig, da sie nicht durch besonderes Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (vgl § 69 Abs 2 letzter Satz StL 1992).

Eine nachträgliche Änderung der Zuständigkeiten kann niemals dazu führen, dass ein wirksam auf Grundlage der damals bestehenden Regelungen abgeschlossener Vertrag seine Gültigkeit verliert.

Trotz allfälliger späterer Aufhebung wäre der GRB 2004 – falls er als Rechtsverordnung zu qualifizieren sein sollte – jedenfalls eine wirksame Grundlage für den SWAP II.

IV. DER SWAP II IST WIRKSAM

1. DER SWAP II IST URSPRÜNGLICH WIRKSAM ZUSTANDE GEKOMMEN

Die FVV und damit Mag. Penn war aufgrund des GRB 2004 – unabhängig von dessen rechtlicher Qualifikation – ermächtigt, "das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren". Mag. Penn hatte als "Portfolio-Manager" (im Rahmen des Schuldenmanagements der Stadt Linz) auch den klaren Auftrag und war bevollmächtigt, die CHF 195 Mio Anleihe durch den Abschluss solcher Geschäfte zu optimieren.

Keine Bestimmung des StL 1992 verlangt, dass der Gemeinderat den genauen Wortlaut eines Vertrages genehmigen müsste. Es reicht vielmehr, dass der Gemeinderat ein Geschäft durch die Fassung eines entsprechenden Beschlusses in seinen Willen aufnimmt. Dies kann – wie auch im Fall des SWAP II – vorab erfolgen. Der SWAP II war vom Willen des Gemeinderates, der im GRB 2004 zum Ausdruck kommt, gedeckt:

Der SWAP II war ein marktübliches Optimierungsgeschäft, sohin ein Geschäft, das durch den GRB 2004 gedeckt ist (sh Punkt V.).

Der GRB 2004 regelt – entgegen der Argumentation der Stadt Linz – nicht (bloß) eine Ermächtigung zum Abschluss von "für Gemeinden marktüblichen Absicherungsgeschäften":

- (a) Wenn die Stadt Linz nunmehr in ihren Schriftsätzen zu argumentieren versucht, der GRB 2004 regle lediglich eine "Ermächtigung" zu "Absicherungsgeschäften", handelt es sich um reines Wunschdenken. Sie ignoriert den klaren Wortlaut des GRB 2004, der den Begriff "optimieren" und nicht etwa das Wort "absichern" verwendet.
- (b) Der GRB 2004 besagt auch mit keinem Wort, dass sich die "Marktüblichkeit" – wie die Stadt Linz dies nunmehr darstellen will – an "Geschäften für Gemeinden" zu orientieren habe. Abgesehen davon waren derivative Instrumente wie Swaps im hier relevanten Zeitpunkt (i.e. vor Ausbruch der weltweiten Finanzkrise im Jahr 2008) für die öffentliche Hand und insbesondere auch für Gemeinden gängige Geschäfte (sh dazu näher Punkt V.), umso mehr für Städte im nationalen und internationalen Vergleich (und damit für die Stadt Linz als drittgrößte Stadt Österreichs).
- (c) Der GRB 2004 ist die einzig authentische, öffentlich zugängliche und der BAWAG P.S.K. von der Stadt Linz auch offen gelegte Quelle. Der nicht öffentlich zugängliche Amtsbericht 2004 – auf

den sich die Stadt Linz zur Untermauerung ihrer Argumentation be-
ruft – wurde der BAWAG P.S.K. nicht bekannt gemacht und war ihr
auch nicht bekannt. Selbst wenn sich aus dem Amtsbericht 2004
eine Einschränkung der "Ermächtigung" der "FVV" (konkret:
Mag. Penn) auf "Absicherungsgeschäfte" ableiten ließe – was nicht
der Fall ist – wäre dies im Außenverhältnis unbeachtlich: Nach der
Rechtsprechung des OGH "*kann eine nicht kundgemachte und
praktisch nicht überprüfbare Beschränkung des Zuständigkeitsbe-
reiches eines an sich vertretungsbefugten Organs einem Vertrags-
partner, der sie weder kannte noch kennen musste, nicht entge-
gegeng gehalten werden*" (vgl OGH 1 Ob 598/85). Diese Ratio gilt auch
für den Amtsbericht 2004.

- (d) Hätte der Gemeinderat Mag. Penn tatsächlich ausschließlich zu
Absicherungsgeschäften ermächtigen wollen, dann hätte er im
GRB 2004 wohl auch das Wort "*absichern*" verwendet. Eine allfälli-
ge Unklarheit im Sprachgebrauch – die aber ohnedies nicht vor-
liegt, weil nichts im GRB 2004 auf eine Einschränkung auf "Absi-
cherungsgeschäfte" hindeutet – würde gem § 915 ABGB jedenfalls
zu Lasten der Stadt Linz gehen.
- (e) Der Fassung des GRB 2004 ging eine Diskussion in der Gemein-
deratssitzung vom 3.6.2004 voraus, die zeigt, dass der Gemein-
derat die "FVV" (und damit Mag. Penn als deren Leiter) bewusst zum
Portfoliomanagement (im Rahmen und als Teil des Schuldenma-
nagements der Stadt Linz) durch Abschluss von Finanzterminkon-
trakten zur Optimierung des bestehenden Fremdfinanzierungsport-
folios "*ermächtigte*". Nach dem von der ÖVP eingebrachten Abän-
derungsantrag zu diesem Beschlusspunkt sollte lediglich eine
nachträgliche Berichtspflicht über die abgeschlossenen Geschäfte
an den Finanzausschuss noch ausdrücklich in den Beschluss auf-
genommen werden (vgl Beilage ./11). Von Bürgermeister
Dr. Dobusch wurde im Laufe der Diskussion im Gemeinderat aus-
drücklich betont:

*"Ich muss dazu sagen, das ist nicht die Intention, dass jetzt in aus-
ländische Währung hineingegangen wird, sondern es geht darum,
dass wir den aushaftenden Kreditrahmen oder Betrag hervorra-
gend bewirtschaften können und das in kürzestmöglicher Zeit. [...].
Es geht in erster Linie darum, dass man Eurokredite laufend ver-
ändern kann, dass man hier Tagesgeschäfte machen kann, was
eigentlich heute üblich ist" (sh Beilage ./11; Hervorhebung nicht im
Original).*

Die von Bürgermeister Dr. Dobusch verwendete Formulierung "hervorragend bewirtschaften", verdeutlicht, dass eine "Optimierung" und nicht etwa eine bloße "Absicherung" angestrebt war.

- (f) Seine Wortmeldung zeigt auch, dass die sachliche Begründung für eine so weitgehende "Ermächtigung" in der Natur des Geschäftes liegt: Finanzterminkontrakte werden nach Handelsbrauch innerhalb sehr kurzer Zeit und telefonisch von einer einzelnen Person abgeschlossen. So kann ein für den Erfolg eines Geschäftes oft nur kurz vorliegendes ideales Marktumfeld ausgenützt werden. Die Konditionen solcher Geschäfte können sich bekanntlich in Sekundenschnelle ändern. Das erfordert umgehende Entscheidungen, um rasch und zum bestmöglichen Zeitpunkt abzuschließen zu können.

Zwischenergebnis:

- Aus all diesen Gründen ist der SWAP II durch den – eine rechtswirksame Ermächtigung darstellenden – GRB 2004 gedeckt und bereits anfänglich rechtswirksam zustande gekommen.

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

2. ANSCHEIN DER URSPRÜNGLICHEN GENEHMIGUNG DURCH DEN GR

2.1 Ergänzende Ausführungen zum bisherigen Vorbringen

Der GRB 2004 ist keine unzulässige (öffentlich-rechtliche) Delegation, sondern eine rechtswirksame Ermächtigung und Beauftragung. Das Argument der Stadt Linz, dass "*bei Beachtung von § 867 ABGB der BAWAG P.S.K. bewusst gewesen wäre, dass Mag. Penn schon angesichts von § 46 Abs 2 und § 66 Abs 1 StL 1992 denkunmöglich ermächtigt sein kann, das Swap-Geschäft namens der Stadt Linz abzuschließen*", geht schon aus diesem Grund ins Leere (sh dazu Punkt III).

Selbst unter der unzutreffenden Annahme, dass der GRB 2004 keine wirksame Ermächtigung Mag. Penns zum Abschluss des SWAP II darstellt, hätte der Gemeinderat jedenfalls den Anschein einer wirksamen Genehmigung und damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen, den sich die Stadt Linz entgegenhalten lassen muss.

Fakt ist:

- (a) Der Gemeinderat fasste den GRB 2004, mit dem Mag. Penn als Leiter der FVV ermächtigt wird, das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren. Entsprechend dem üblichen Prozedere der Stadt Linz werden Anträge der Stadtkämmerei an den Gemeinderat vorab einer formalrechtlichen Prüfung unterzogen. Offensichtlich wurden im konkreten Fall keine Mängel aufgezeigt.
- (b) Bürgermeister Dr. Dobusch unterzeichnete – in Vollziehung des GRB 2004 – den Rahmenvertrag 2006.
- (c) Die Stadt Linz bezeichnet sich gerne als einen der größten oberösterreichischen Wirtschaftsbetriebe und verfügt über mehr Mitarbeiter als die durchschnittliche österreichische Gemeinde Einwohner hat – darunter ein großer Stab an Juristen, die für den Bürgermeister die rechtliche Vertragsprüfung vornehmen. Oberster (und damit hauptverantwortlicher) Beamter der Stadt Linz ist Magistratsdirektor Univ.-Prof Dr. Erich Wolny, der als ausgewiesener Experte des Verwaltungsrechtes und der Verwaltungslehre über unmittelbar einschlägige Expertise verfügt. Es konnte daher mit gutem Grund davon ausgegangen werden, dass der Bürgermeister den Rahmenvertrag nicht unterfertigt hätte, falls seitens der Stadt Linz (bzw ihrer öffentlich-rechtlichen Experten) Bedenken hinsichtlich der Deckung durch den GRB 2004 bestanden hätten. Dies auch vor dem Hintergrund des § 22 Abs 2 StL, wonach der Bürgermeister bei Bedenken gegen einen Beschluss verpflichtet ist, mit dessen Vollzug innezuhalten und "*unter Bekanntgabe der Gründe die Angelegenheit dem Gemeinderat zur neuerlichen Verhandlung und Beschlussfassung vorzulegen.*"
- (d) Am Tag der Unterzeichnung des Rahmenvertrages (26.9.2006) schloss die BAWAG P.S.K. mit der Stadt Linz auch den SWAP I.
- (e) Die BAWAG P.S.K. hat den GRB 2004 im Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II gekannt. Bereits im Vorfeld des Abschlusses des SWAP I verwies Mag. Penn ausdrücklich auf den öffentlich zugänglichen GRB 2004. Vgl die Aussage der Zeugin Sahinoglu vor der Staatsanwaltschaft Linz am 22.9.2011 (Beilage ./43):

"Wir haben mit Mag. Penn gesprochen, wie er Abschlüsse tätigt; er sagte uns, dass er berechtigt und bevollmächtigt sei, Abschlüsse

für die Stadt Linz zu tätigen. Wir hatten Bestätigungen, dass er das darf, nämlich diverseste Unterlagen."

Und weiter über Vorhalt AS 139, ON 5 des Strafaktes [i.e. "Unterschriftenverzeichnis der für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen" (Beilage ./13)]:

"Das ist eine der Unterlagen, es muss aber noch andere geben, wonach Mag. Penn mit der Bawag abschließen durfte. Mag. Penn hat mir gesagt es gibt einen GR-Beschluss, der die Finanzdirektion ermächtigt, und darauf verwiesen, dass dieser öffentlich zugänglich ist. Das war zeitlich vor dem ersten Geschäft."

Dies verwundert nicht, denn auch Finanzstadtrat Dr. Mayr bestätigte in einer Sitzung des Finanzausschusses vom 4.5.2006 ausdrücklich die Deckung von Finanztermingeschäften durch den GRB 2004 (Beilage ./57).

- (f) Erstmals im Jahr 2010 – als die Stadt Linz öffentlich nicht mehr ohne Gesichtsverlust erklären konnte, warum sie das Risiko aus dem SWAP II nicht durch eine rechtzeitige Beendigung oder Änderung des Vertrages beseitigt hatte – zog sie sich plötzlich auf eine angeblich fehlende Autorisierung zurück.

Der Gemeinderat selbst als das für die Entscheidung über den Geschäftsabschluss originär zuständige Organ hat durch die Fassung des GRB 2004 somit den Anschein des Bestehens einer wirksamen Ermächtigung und Bevollmächtigung Mag. Penns für den Abschluss des SWAP II geschaffen, auf den die BAWAG P.S.K. vertrauen durfte und auch vertraut hat. Damit lagen jedenfalls der Anschein einer gültigen Ermächtigung und eine Anscheinsvollmacht kraft äußeren Tatbestandes vor. Es handelt sich um ein geradezu lehrbuchhaftes Beispiel für eine Anscheinsvollmacht; deutlicher können die Voraussetzungen für diese Rechtsfigur nicht erfüllt sein.

Das Vertrauen der BAWAG P.S.K. in das Bestehen eines den Abschluss des SWAP II deckenden gültigen Gemeinderatsbeschlusses wurde dadurch bestärkt, dass Bürgermeister Dr. Dobusch – in Vollziehung des GRB 2004 – den Rahmenvertrag 2006 (Beilage ./1) und das Unterschriftenverzeichnis der "für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen" (Beilage ./13) unterfertigt hat. Hinzu kommt, dass die BAWAG P.S.K. mit der Stadt Linz vor dem SWAP II bereits den (vergleichbar strukturierten) SWAP I abgeschlossen hatte, der auf denselben rechtlichen Grundlagen basierte (i.e. GRB 2004, Rahmenvertrag 2006 und Unterschriftenverzeichnis des "für Finanztermingeschäfte bevollmächtigten Personen").

Die Zahlungen von SWAP I wurden widerspruchslos vereinnahmt. Bis 2010 wurde seitens der Stadt Linz auch nicht behauptet, dass der SWAP II nicht rechtswirksam zustande gekommen wäre. Vielmehr hat die Stadt Linz – zumindest nach außen hin – stets den Eindruck erweckt, dass sie vom Vorliegen eines wirksamen Geschäfts ausgehe. Noch anlässlich der Aufnahme der Gespräche mit der BAWAG P.S.K. im Jahr 2010 ist etwa Bürgermeister Dr. Dobusch selbst von der Deckung des SWAP II durch den GRB 2004 ausgegangen und versuchte zunächst nur, mit einer fehlenden (allerdings tatsächlich nicht erforderlichen) Unterschrift zu argumentieren. Bis März 2011 berief sich die Stadt Linz gegenüber BAWAG P.S.K. auf die Wirksamkeit des GRB 2004 (sh Punkt II 2.2).

Selbst wenn die BAWAG P.S.K. den GRB 2004 nicht gekannt hätte, was nicht zutrifft, sondern nur von Mag. Penn informiert worden wäre, wäre dies unerheblich: Ein Dritter darf sich nämlich auf den vom Gemeinderat durch die Fassung eines Beschlusses gesetzten äußeren Anschein verlassen, wenn dieser objektiv das Vertrauen in die Erteilung der entsprechenden Vollmacht rechtfertigt. "Es kommt auf den objektiv feststellbaren Schein an und nicht darauf, welche Kenntnis über den Beschlussinhalt der Kläger [Anmerkung: der Dritte] hatte." (OGH 3 Ob 551/91 = ecolex 1991, 678). Vor dem Hintergrund, dass der Anschein nur objektiv erkennbar, dem Dritten aber nicht bekannt sein muss, hat es der OGH in 3 Ob 551/91 selbst als unschädlich erachtet, dass dem dortigen Kläger der Wortlaut des Beschlusses nicht mitgeteilt worden war und er auch nicht von dem Recht Gebrauch machte, in das Sitzungsprotokoll der öffentlichen Gemeinderatssitzung Einsicht zu nehmen oder Abschriften herzustellen.

Unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes spielt es keine Rolle, wenn *"nicht alle, sondern nur die für das besondere Arrangement maßgeblichen Mitglieder der Gemeindevertretung den äußeren Tatbestand vorhandener Abschlußbefugnis setzten"* (OGH 8 Ob 573/90). Die Berechtigung der Überzeugung des Dritten von der Vertretungsmacht des Verhandlungspartners darf *"nicht darauf hinauslaufen, dass der Verhandlungspartner sämtliche Grundsätze für die Willensbildung öffentlicher Körperschaften zu überprüfen und sein Verhalten danach auszurichten hätte"* (OGH 8 Ob 573/90). Es kommt auf die Zumutbarkeit der Erkenntnis innergemeindlicher Gegebenheiten an (vgl OGH 2 Ob 129/12b). Die Stadt Linz, welche über einen Stab an Spezialisten in Sachen gemeinderechtlicher Organisationsvorschriften verfügt, hat durch ihr Verhalten das Vertrauen von BAWAG P.S.K. in die Gültigkeit des GRB 2004 und Deckung des SWAP II durch diesen begründet und bestärkt, BAWAG P.S.K. konnte eine gegenteilige Erkenntnis keinesfalls zugemutet werden. Selbst der Bürgermeister gab in der Gemeinderatssitzung vom 27.6.2013 (Beilage ./182) betreffend den RHB an, er habe den Gemeinderat im Zeitraum zwischen März 2010 und April 2011 nicht über den SWAP II informiert, da er diesen Zeitraum gebraucht habe, um vermeintliche Klarheit über gemeinderechtliche Vorschriften zu gewinnen; dies

obwohl er selbst als Jurist und ehemaliger Spitzenbeamter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft höchst qualifiziert ist und mit einem fachkundigen Magistrat, an der Spitze ein im öffentlichen Recht habilitierter Gemeindefachrechtsspezialist und Kommentarautor, Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny, und einem im öffentlichen Recht habilitierten Anwalt (Univ.-Prof. DDr. Rene Laurer) an seiner Seite ausgestattet war.

Jedes andere Ergebnis würde einem sittenwidrigen "Rosinenpicken" durch Kommunen Tür und Tor öffnen: Aufgrund von außen schwer, nicht lückenlos oder gar nicht nachvollziehbarer "innergemeindlicher Gegebenheiten" ist es dem Vertragspartner einer Kommune häufig nicht möglich, die innergemeindlichen Vorgänge vollständig nachzuvollziehen. Kommunen hätten damit regelmäßig die Möglichkeit, die weitere Entwicklung abzuwarten und je nach Ergebnis des Geschäfts *ex post* zu entscheiden, ob sie sich den Vorteil zuwenden wollen oder der gutgläubige Geschäftspartner alle Nachteile zu tragen hat.

Zwischenergebnis:

- Die Stadt Linz hat den Anschein einer wirksamen Genehmigung des SWAP II geschaffen, auf den BAWAG P.S.K. von Beginn an vertrauen konnte und vertraut hat. Auch aus diesem Grund wurde der SWAP II rechtswirksam abgeschlossen.

Beweis: Prüfbericht zum Amtsbericht 2004;
Zeugenvernehmung Iris Sahinoglu vom 22.9.2011 (Beilage ./43);
Unterschriftenverzeichnis (Beilage ./13);
Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 4.5.2006 (Beilage./57);
Rahmenvertrag vom 26.9.2006 (Beilage ./1);
Auszug aus einer Mitschrift von RA Dr. Kurt Retter aus der (Sonder-)Gemeinderatssitzung vom 27.6.2013 (Beilage ./182);
wie bisher.

2.2 Fehlende/Mangelnde Schutzwürdigkeit der Stadt Linz infolge systematischen "Rosinenpickens"

Im Fall der Stadt Linz scheint das "Rosinenpicken" gängige Praxis zu sein:

Wie oben unter Punkt II 2.2 im Detail dargestellt, informierte die oberösterreichische Gemeindeaufsicht die Stadt Linz im Jänner 2006, dass Gemeinderatsbeschlüsse mit Grundsatzcharakter – zumindest aus Sicht der Aufsichtsbehörde – nicht ausreichen, sondern immer der konkrete Vertragstext vom Gemeinderat zu beschließen sei. Dies zog eine intensive Diskussion

bei der Stadt Linz nach sich, deren Ergebnis im von Mag. Penn verfassten Amtsvermerk "*Aufsichtsbehördliche Genehmigung von GR-Beschlüssen*" vom 26.1.2006 zusammengefasst ist (vgl AS 25, ON 105 des Strafaktes, Beilage ./18). Finanzstadtrat Dr. Mayr und Bürgermeister Dr. Dobusch waren neben anderen über die Bedenken der Aufsichtsbehörde informiert.

Nicht informiert wurden die Vertragspartner der Stadt Linz, vielmehr haben die Entscheidungsträger der Stadt Linz die Zweifel der Aufsichtsbehörde an Grundsatzbeschlüssen verschwiegen. Auch wenn die Entscheidungsträger der Stadt Linz die – im Ergebnis unrichtige – Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde möglicherweise nicht teilten, wollte man es sich offenbar ganz bewusst vorbehalten, sich im Fall einer ungünstigen Entwicklung noch immer auf eine mangelhafte Beschlussfassung berufen zu können.

Dass dieses Verhalten bei der Stadt Linz kein Einzelfall ist, zeigt der in der Entscheidung 6 Ob 129/10d behandelte Fall: Hier wollte die Stadt Linz als Galeriebetreiberin durch kostenlose Vereinnahmung eines – bei der Stadt Linz nicht mehr auffindbaren – Schiele-Gemäldes die Erben einer verstorbenen Leihgeberin um ihre berechtigten Ansprüche bringen. Die Stadt Linz versuchte auch in diesem Fall – erfolglos – mit einer mangelnden Ermächtigung durch ihre zuständigen Organe und der Nichterfüllung von Formerfordernissen zu argumentieren.

Im vorliegenden Fall ist das Verhalten der Entscheidungsträger der Stadt Linz besonders bemerkenswert: Sowohl der Rahmenvertrag als auch SWAP I und SWAP II wurden zu einem Zeitpunkt geschlossen, zu dem den involvierten und mit Verhandlungs- bzw Abschlussvollmacht ausgestatteten Personen, Bürgermeister Dr. Dobusch und Mag. Penn, die Rechtsansicht der Aufsichtsbehörde nachweislich bekannt war; seit dem Treffen mit der Aufsichtsbehörde waren erst wenige Monate vergangen. Dennoch wurden die Bedenken der Aufsichtsbehörde der BAWAG P.S.K. gegenüber in keiner Weise thematisiert. Zumal es sich bei der erwähnten Diskussion um einen rein innergemeindlichen Vorgang handelt, hatte die BAWAG P.S.K. keinerlei Kenntnis von den Zweifeln der Aufsichtsbehörde und hätte auch keine Möglichkeit gehabt, sich davon Kenntnis zu verschaffen.

Gerade im Hinblick auf das bewusste Verschweigen wesentlicher Fakten durch ihre Entscheidungsträger muss die Stadt Linz den von ihr geschaffenen Anschein eines gültigen GRB 2004 umso mehr gegen sich gelten lassen. Ihr kommt eine signifikant verminderte Schutzwürdigkeit zu, demgegenüber muss der Vertrauensschutz zugunsten ihres Vertragspartners – der BAWAG P.S.K. – klar in den Vordergrund treten.

Auf allfällige weitere Folgen dieses Verschweigens, wie etwa eine Haftung der Stadt Linz nach § 874 ABGB und § 1311 ABGB iVm § 146 StGB, ist

aufgrund der Themenbeschränkung für den vorliegenden Schriftsatz vorerst nicht näher einzugehen. Weitere Ausführungen dazu bleiben vorbehalten.

Darüber hinaus verstößt die Stadt Linz gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn sie im Rahmen des systematischen Rosinenpickens den SWAP II als ungültig bekämpft, andere Transaktionen bei vergleichbarer Fakten- und Rechtslage (§ 867 ABGB; § 78 StL 1992) aber weiterhin erfüllt. Besonders eklatant zeigt sich dies anhand der unterschiedlichen Behandlung des SWAP II und der CHF 195 Mio. Anleihe durch die Stadt Linz: Obwohl diese ebenso wie der SWAP II auf dem GRB 2004 beruht, wird sie – so wie Derivatgeschäfte mit anderen Banken als der BAWAG P.S.K. – als gültig behandelt. Dieser unterschiedliche Umgang der Stadt Linz mit der CHF 195 Mio. Anleihe und dem Swap II zeigt, dass sie Verträge nur erfüllen will, wenn sie ihr nützen. Die Behauptung der Nichtigkeit wegen fehlender / mangelhafter Beschlussfassung im Gemeinderat (§ 867 ABGB) oder fehlender aufsichtsbehördlicher Genehmigung (§ 78 StL 1992) wird von ihr gezielt nur dort eingesetzt, wo es ihr nützt oder politische Erwägungen nicht dagegen sprechen. Privatleute und Unternehmen haben diese Möglichkeit nicht – sie müssen die von ihnen abgeschlossenen Verträge jedenfalls erfüllen ("*pacta sunt servanda*").

Der Gleichheitsgrundsatz bindet die Stadt Linz auch im Rahmen ihres privatwirtschaftlichen Handelns. Diese sogenannte "Fiskalgeltung der Grundrechte" für Gebietskörperschaften ist heute allgemein anerkannt (vgl. OGH 7 Ob 299/00x). Der Stadt Linz ist es daher auf Grundlage des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes verwehrt, sich im Rahmen eines (aus der Sicht der betroffenen Vertragspartner; hier: der BAWAG P.S.K.) willkürlichen Rosinenpickens manche Geschäfte als gültig zu behandeln (und damit die Vorteile aus einer Reihe gleichartiger Geschäfte, die alle auf GRB 2004 beruhen, herauszupicken), während sie den – ihr unliebsamen – SWAP II (angeblich aufgrund mangelhafter Beschlussfassung) als ungültig darstellt. Soweit sie dies tut, ist sie im Rahmen der Beurteilung nach § 867 jedenfalls nicht schutzwürdig.

Zwischenergebnis:

- Aufgrund ihrer Strategie des systematischen Rosinenpickens und bewussten Verschweigens wesentlicher Fakten ist die Stadt Linz nicht schutzwürdig.

Beweis: Aktenvermerk "Aufsichtsbehördliche Genehmigung von GR-Beschlüssen" vom 26.1.2006 (Beilage ./86); wie bisher.

2.3 Die Stadt Linz lässt die im Vergleich zum Jahr 1811 geringere Schutzwürdigkeit der Gemeinden nach § 867 ABGB außer Betracht

Die Stadt Linz beruft sich hinsichtlich der von ihr behaupteten Unwirksamkeit des SWAP II wegen Verstoßes gegen die kommunalrechtlichen Vorschriften auf § 867 ABGB. Sie behauptet in diesem Zusammenhang, dass die BAWAG P.S.K. aufgrund der Regelung des § 867 ABGB nicht schutzwürdig sei.

Es verhält sich jedoch genau umgekehrt: Die von der Stadt Linz implizit vorausgesetzte Schutzwürdigkeit der Gemeinden im Allgemeinen und im Besonderen jene der Stadt Linz (als drittgrößte Stadt Österreichs mit einem Wirtschaftsimperium an privaten Beteiligungen) ist heute in einem ganz anderen Licht zu beurteilen ist als im Jahr 1811:

Bis 1849 unterlag der Umgang mit Gemeindevermögen intensiver staatlicher Kontrolle [vgl. *Neuhofer*, Gemeinderecht² (1998) 3; vgl. dazu auch *Winiwarter*, Handbuch I³ (1844) 74 (vgl. auch 71), der zu § 27 ABGB "in Ansehung der städtischen Gemeinden" ausführt: "Den städtischen Magistraten und Gemeinde-Vorstehern wurde verbothen, eigenmächtig unter was immer für einem Vorwand neue Schulden zu contrahiren, noch Realitäten zu kaufen oder zu verkaufen").

Dies war die Grundlage für die Schaffung des § 867 ABGB im Jahr 1811. Ihm lag die Vorstellung zugrunde, dass die damals nicht eigenständigen Gemeinden – wie Minderjährige – tatsächlich schutzwürdiger waren und daher unter der "besondern Vorsorge der öffentlichen Verwaltung" stehen sollten. Der (historische) Zweck des § 867 ABGB ergibt sich in Zusammenschau mit den §§ 27 und 290 ABGB: Die "unter öffentlicher Autorität zu gemeinnützigen Zwecken verbundenen Gemeinden, wie die der Städte stehen unter einem besondern Schutze des Staates" und "sind in der Verwaltung ihres Vermögens eingeschränkt", weil "die einzelnen Glieder ihre in dem Gemeindevermögen begriffenen Rechte nicht verwahren können" (so *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erblande der österreichischen Monarchie III/1,25, im Zusammenhang mit § 27 ABGB; Hervorhebung nicht im Original).

Zutreffend hat *Gampl* [Veräußerung und Belastung von Kirchenvermögen, JBl 1985, 705 (709)] darauf hingewiesen, dass "die 'politischen Gesetze', die § 867 ABGB beruft, ungeachtet verschiedener Qualitäts-Metamorphosen seit 1811 samt und sonders solche gewesen [sind], die staatliche Zustimmungskompetenzen und/oder Details kirchlicher Vermögensverwaltung normierten. Damit aber wollte das Konkordat aufräumen". Was im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften kirchlicher Rechtsträger das Konkordat 1933 ist, ist im Bereich der Gemeinden (insbesondere) die Gemeindeverfas-

sungsnovelle 1962 (sowie die vorangegangene und nachfolgende Autonomieentwicklung).

Schon nach 1849 kam es zu einer schrittweisen Reduktion der "*besondere[n] Vorsorge der öffentlichen Verwaltung für die Gemeinden*" (Winiwarter aaO 71) durch zunehmende Gemeindeselbstverwaltung. Weitere Stärkungen der Gemeindeautonomie traten als Folge des Inkrafttretens der Bundesverfassung im Jahr 1920 sowie der Gemeindeverfassungsnovelle 1962 ein. Letztere erweiterte den Kreis jener Angelegenheiten, die in eigenverantwortlicher Staatsunabhängigkeit wahrgenommen werden, und befreite die Gemeinden endgültig aus dem vormaligen "*besondern Schutze des Staates*" (Zeiller aaO), der die Grundlage für die Schaffung des § 867 ABGB gewesen war. Heute sind die Gemeinden selbst Träger staatlicher Verwaltung in niedrigster Stufe und der Bevormundungsgedanke von 1811 gegenüber der Gemeinde ist vollkommen obsolet.

Heute gibt es aber auch Städte wie die Stadt Linz, die nicht nur vollständige Autonomie in der kommunalen Privatwirtschaftsverwaltung, sondern auch autonome hoheitliche Befugnisse im Rahmen des eigenen Wirkungsbereichs genießen. Mit rund 9.200 Mitarbeitern (Vollzeitäquivalente) ist die "*Unternehmensgruppe Stadt Linz ... die größte Dienstleisterin im Stadtgebiet*", als "*zweitgrößte Investorin nach der voestalpine setzt die Unternehmensgruppe in der Stadt wirtschaftliche Impulse und sichert Arbeitsplätze*" (Eigendefinition und folgende graphische Darstellung durch die Stadt Linz auf http://www.linz.at/politik_verwaltung/unternehmensgruppe.asp, Stand 7.7.2013):



Abbildung 6

Die "*Unternehmensgruppe Stadt Linz*" ist damit größer als einige der größten österreichischen Wirtschaftsunternehmen, und der Wert ihrer privatwirtschaftlichen Beteiligungen erreicht laut Rechnungsabschluss 2012 den Wert von EUR 1,4 Mrd (sh <http://www.linz.at/images/374-375NRA12.pdf>, abgerufen am 9.7.2013). Dennoch wähnt sich die Stadt Linz so schutzwürdig wie

nicht autonome, der aufsichtsbehördlichen Vormundschaft des Jahres 1811 unterworfenen Gemeinden.

Auch die Gesetzgebung hat auf die geänderte Stellung der Gemeinden reagiert:

In der jüngeren Gesetzgebung werden Gemeinden daher nicht mehr wie Minderjährige behandelt, sondern – ganz im Gegenteil – wie ein voll Geschäftsfähiger (vgl. *Aicher* in *Rummeß* § 21 Rz 2), als Unternehmer iSd KSchG (vgl. § 1 Abs 2 KSchG); ihre Geschäfte unterliegen dem 4. Buch des UGB (vgl. § 343 Abs 1, § 455 UGB; siehe auch *Kramer/Rauter* in *Straube* zum UGB (14) §§ 343, 344 Rz 21), und für sie selbst und ihre Organe gilt der objektive Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen gemäß § 1299 ABGB (vgl. *Reischauer* in *Rummeß* § 1299 Rz 1).

Rechtshistorische ebenso wie verfassungsrechtliche Gründe sprechen somit für eine damit einhergehende Stärkung des Vertrauensschutzes zu Gunsten der mit ihr kontrahierenden Dritten. Die BAWAG P.S.K. ist daher im Vertrauen auf den GRB 2004 und auf das gültige Zustandekommen des SWAP II zu schützen, während eine entsprechende Schutzwürdigkeit der Stadt Linz nicht vorliegt.

3. NACHTRÄGLICHE GENEHMIGUNG UND ANSCHEIN DER NACHTRÄGLICHEN GENEHMIGUNG (KONTROLLVERSAGEN, VORTEILSZUWENDUNG)

3.1 Anschein der nachträglichen Genehmigung – Kontrollversagen

Selbst wenn man unrichtigerweise nicht von einer ursprünglichen Wirksamkeit des SWAP II ausgehen würde, hätte die Stadt Linz nach Abschluss des SWAP II durch ihre maßgeblichen Organe den Anschein einer – nachträglichen – Genehmigung geschaffen.

Nach hRspr ist ein solcher Anschein bereits anzunehmen, "*wenn das beschlusslose Rechtsgeschäft den Mitgliedern des Gemeinderats nicht verborgen geblieben sein konnte und sie dennoch nicht reagierten*" (OGH 13.2.2001, 4 Ob 26/01d). Auch eine Vernachlässigung von Kontrollpflichten durch das zur Beschlussfassung zuständige Kollegialorgan kann zur Begründung einer Duldungsvollmacht führen (vgl. etwa OGH 27.9.1989, 9 Ob A 251/89; OGH 10.5.1989, 9 Ob A 78/89). Erst jüngst hat der OGH diese Judikaturlinie wieder bestätigt und ausgeführt, dass sich ein Vertragspartner – bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit – auch einer Gemeinde gegenüber auf das Prinzip des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand berufen kann (vgl. OGH 29.5.2013, 2 Ob 173/12y).

Im vorliegenden Fall ist evident, dass das Geschäft den Mitgliedern des Gemeinderates nicht verborgen geblieben ist (sh Punkt II 2.3):

Der Gemeinderat und die ihm zuzurechnenden Hilfsorgane, der Finanzausschuss bzw Kontrollausschuss, hatten aufgrund von Berichten in Übereinstimmung mit organisationsrechtlichen Vorschriften Kenntnis vom SWAP II (Beilagen ./11, ./15, ./16, ./20 und ./62). Der Gemeinderat muss sich zudem das Wissen ebenso wie das Verhalten seiner Hilfsorgane, allen voran des Finanzausschusses und des Kontrollausschusses, zurechnen lassen. Der nach der Geschäftsverteilung für den Stadtsenat für Finanzangelegenheiten und Vermögensverwaltung zuständige Finanzstadtrat Dr. Mayr war gleichzeitig auch Vorsitzender des Finanzausschusses. Demzufolge ist auch das Wissen von Finanzstadtrat Dr. Mayr um den SWAP II dem Gemeinderat zuzurechnen. Die Wissenszurechnung beruht auf dem Grundgedanken, dass sich – unabhängig von einem Vertretungsverhältnis – derjenige, der einen anderen mit der Erledigung von Angelegenheiten betraut, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen muss (vgl 1 Ob 241/07h, ÖBA 2008, 663; 9 Ob 23/07h, ÖBA 2008, 658 mit Anm von R. Madl).

Sowohl im Finanzausschuss als auch im Kontrollausschuss des Gemeinderates war der SWAP II spätestens ab dem Sommer 2007 regelmäßig Gegenstand der Berichterstattung und Diskussion. Aus dem Kontrollamtsbericht ergibt sich weiters, dass dem Gemeinderat spätestens ab Rechnungsabschluss 2007 iVm dem Kontrollamtsbericht 2008 bekannt war, dass die unter dem GRB 2004 abgeschlossenen Geschäfte sich in nicht vorhersehbarem Ausmaß ins Negative drehen konnten (sh dazu Punkt II 2.3).

Die Kenntnis der maßgeblichen Organe hebt auch der RH in seinem Bericht hervor:

"Aufgrund der Berichterstattung war davon auszugehen, dass die Mitglieder des Finanzausschusses und in weiterer Folge auch des Gemeinderates über den Bestand der Swapgeschäfte der Stadt Linz – wenn auch nicht über ihr volles Risiko – informiert waren." (Tz 34.2 (2), RHB, Beilage ./155; Hervorhebung nicht im Original).

Letztendlich bestätigte auch Mag. Penn gegenüber Journalisten, dass er beim SWAP II "*politische Rückendeckung*" hatte und gegenüber der StA Linz, dass das "*Einvernehmen mit dem Finanzreferenten [...] auch tatsächlich hergestellt*" wurde (S 3 und 14, ON 172 des Strafaktes, Beilage ./87).

Das massive Kontrollversagen der maßgeblichen Organe und Entscheidungsträger der Stadt Linz wurde unter Punkt II 2.3 bereits dargestellt. Hier seien daher nur einige durch den RHB aufgezeigte Kontrollpflichtverletzungen hervorgehoben. So führt der RH zur Berichterstattung von Mag. Penn über den SWAP II etwa aus:

"... Nach Ansicht des RH hätten sich insbesondere aus den im Laufe der Jahre zutage getretenen Unterschieden in der Berichterstattung des Finanzdirektors Zweifel über den Wahrheits- und Vollständigkeitsgehalt der Berichte ergeben müssen, die ausreichenden Anlass für gezielte Nachfragen und eine vertiefte Prüfung der Einzelmaßnahmen des Debt-Managements geboten hätten. Dadurch unterblieb die Möglichkeit, einen höheren Kenntnisstand über die eigentlichen Risiken insbesondere des Derivats Nr. 9 [d.i. der hier gegenständliche SWAP II] zu gewinnen und über die Zweckmäßigkeit von Ausstiegsszenarien aus dem Finanzgeschäft zu beraten bzw. zu entscheiden." (Tz 34.2 (2), RHB, Beilage ./155; Hervorhebung nicht im Original).

Mag. Penns Berichte wurden laut RH von den Mitgliedern des Finanzausschusses nie hinterfragt:

"Laut den Protokollen über die Sitzungen des Finanzausschusses nahmen die Mitglieder des Finanzausschusses die Berichte grundsätzlich ohne Kommentare zur Kenntnis. Kritische Anfragen wurden nicht gestellt." (Tz 34 (1) unten, RHB, Beilage ./155).

"Andererseits war den Berichten über das problematische Derivat Nr. 9 mit der BAWAG P.S.K. jeweils eine Graphik angeschlossen, in deren Darstellung die mögliche Zinskurve über den historischen Tiefststand des EUR/CHF Wechselkurses (1,4464) hinausging, d.h. der anwendbare Zinssatz für die Stadt Linz bei dieser Entwicklung exorbitant anstieg. Dennoch hat diese Abbildung kein Mitglied des Finanzausschusses zu kritischen Rückfragen veranlasst." (Tz 34.1, RHB, Beilage ./155; Hervorhebung nicht im Original).

Klare Worte findet der RH in diesem Zusammenhang auch zum unerklärlichen Verhalten von Finanzstadtrat Dr. Mayr:

"Der RH kritisierte auch die Rolle des Finanzreferenten, der darüber hinaus dem nachweislichen Schreiben der BAWAG P.S.K. [vom 11. November 2008], das auch die negative Entwicklung des Derivativs Nr. 9 anhand negativer Marktwerte darstellte, nicht die aufgrund umfangreicher Vorinformationen gebotene Bedeutung beimaß. Auch dieses Verhalten trug dazu bei, dass ein frühzeitiger, für die Stadt Linz weitaus günstigerer Ausstieg aus dem risikoreichen Swap nicht realisiert wurde bzw. die aktuelle Bewertung des Swaps nicht eingehend im Finanzausschuss oder im Gemeinderat diskutiert wurde."

"Nach Ansicht des RH hätten konsequente und zeitnahe Maßnahmen des Finanzreferenten und der sonstigen Mitglieder des Finanzausschusses dazu beitragen können, die drohenden finanziellen Nachteile

le aus den Swaps zu vermeiden oder zumindest deutlich zu reduzieren." (Tz 34.2, RHB, Beilage ./155)

Im Hinblick auf das massive Versagen der jeweiligen Organwalter empfiehlt der RH "die Prüfung allfälliger Schadenersatzansprüche auf allen Ebenen" (Tz 36, RHB, Beilage ./155).

Auch die Rechnungsabschlüsse ab 2007 (Beilagen 173 – 175) hätten klaren Anlass zur Einleitung von Kontrollmaßnahmen geben müssen: Bis 2008 überstiegen die Einnahmen aus den auf Grundlage des GRB 2004 geschlossenen Geschäften die budgetierten Einnahmen deutlich, wobei allerdings schon im Rechnungsabschluss 2007 darauf hingewiesen wurde, dass nicht auszuschließen sei, dass die Stadt Linz in Zukunft Ausgleichszahlungen leisten wird müssen. Im Rechnungsabschluss 2009 fanden sich sodann Mindereinnahmen von EUR 3,489.200,00, welche bloß lapidar begründet wurden: "*Einnahmen aus Zinsgeschäften niedriger als erwartet*" (siehe dazu näher Punkt II 2.3.1).

Zumal große Abweichungen zwischen Budget und Rechnungsabschluss in den Rechnungsabschlüssen extra angeführt und erklärt werden (sog Abweichungsanalyse nach § 15 der Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung), hätte der Gemeinderat spätestens ab dem Rechnungsabschluss 2007 angemessene Kontrollmaßnahmen setzen müssen. Der Gemeinderat blieb jedoch untätig.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten:

- Nicht nur der Finanz- und Kontrollausschuss, auch der Gemeinderat war über den SWAP II und spätestens ab 2008 auch über die wesentlichen Risiken informiert.
- Die Unterschiede in der Berichterstattung von Mag. Penn im Laufe der Jahre hätten Anlass zu kritischen Fragen der Mitglieder des Finanzausschusses geben müssen; ebenso die Graphik zu seinen Berichten, die einen exorbitanten Anstieg des Zinssatzes bei Überschreitung des historischen Tiefstandes des EUR/CHF Wechselkurses (1,4464) zeigte.
- Auch die Rechnungsabschlüsse ab 2007 hätten Anlass zu Kontrollmaßnahmen gegeben.
- Dennoch wurden keinerlei kritische Fragen gestellt und/oder Kontrollmaßnahmen in die Wege geleitet. Die Organe der Stadt Linz blieben untätig. Die Warnungen der BAWAG P.S.K. wurden ignoriert.

Nach der Rechtsprechung kann bereits das Vernachlässigen der Kontrollpflichten durch das zuständige Organ zur Begründung einer Duldungsvollmacht führen. Den maßgeblichen Organen der Stadt Linz, insbesondere den Mitgliedern des Gemeinderates, sind im vorliegenden Fall nicht nur massive Kontrollpflichtverletzungen anzulasten (welche den RH zum Schluss kommen lassen, dass die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu prüfen ist). Vielmehr war ihnen der SWAP II bekannt und sie haben dennoch nicht reagiert.

Dieses Verhalten ließ objektiv und subjektiv für die BAWAG P.S.K. nur den Schluss zu, dass sich die Stadt Linz (weiterhin) für an das Geschäft gebunden erachtet und allfällige Verpflichtungen erfüllen wird. Es wurde somit ein Vertrauenstatbestand geschaffen, den sich die Stadt Linz entgegenhalten lassen muss: Das Geschäft ist (auch) aufgrund des Anscheins der nachträglichen Genehmigung wirksam. Der Stadt Linz kommt auch in diesem Zusammenhang aus den oben unter Punkt IV 2.2 und 2.3 dargestellten Erwägungen verminderte Schutzwürdigkeit zu.

Zwischenergebnis:

- Nach Abschluss des SWAP II hat die Stadt Linz in Kenntnis des Geschäfts stets den Anschein der Wirksamkeit aufrechterhalten, damit ist auch der Anschein einer nachträglichen Genehmigung gegeben und der SWAP II auch aus diesem Grund wirksam.

Beweis: Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderates vom 3.6.2004 (Beilage ./11);
Debt-Management-Berichte (Beilagenkonvolut ./15);
Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);
Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008 (Beilage ./20);
Amtsbericht vom 13.5.2004 (Beilage ./62);
Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
BV Mag. Penn vom 4.3.2013 (Beilage ./87);
Auszug Rechnungsabschluss 2007 (Beilage ./173);
Auszug Rechnungsabschluss 2008 (Beilage ./174);
Auszug Rechnungsabschluss 2009 (Beilage ./175);
wie bisher.

3.2 Nachträgliche Genehmigung durch Vorteilszuwendung

Die Regelung des § 1016 2. Fall ABGB über die Sanierung von Vollmangeln durch Vorteilszuwendung gilt auch für Gemeinden (vgl etwa 6 Ob 316/00i).

Unstrittig vereinnahmte die Stadt Linz in den Jahren 2007-2009 aus dem SWAP II Zahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 10.141.790,20. Die Zuwendung erfolgte spätestens durch die jährliche Beschlussfassung über den jeweiligen Rechnungsabschluss (Beilagen ./183 bis ./185).

Der Gemeinderat hatte Kenntnis von den einzelnen konkreten Vorteilen sowie dem SWAP II als ihrer Quelle, wovon auch der RH ausgeht (vgl Tz 34.2 [2], RHB, Beilage ./155). Das Geschäft sowie sein Inhalt waren Mag. Penn, Dr. Mayr, Bürgermeister Dr. Dobusch sowie zumindest allen Mitgliedern des Finanzausschusses bekannt. Insbesondere das Wissen des Finanzausschusses ist dem Gemeinderat zuzurechnen, hat er sein Hilfsorgan doch mit der Kontrolle Mag. Penns Aktivitäten unter dem GRB 2004 betraut (sh Punkt III. 3.1). In den Debt-Management Berichten an den Finanzausschuss war nicht nur das Geschäft sondern auch die aus dem SWAP II vereinnahmten Zahlungen konkret dargestellt (sh Beilagenkonvolut ./15). Dazu erhielten die im Kontrollausschuss vertretenen Gemeinderäte die Kontrollamtsberichte zu den Rechnungsabschlüssen, der über ergänzende Angaben im Rahmen der Abweichungsanalyse das Risiko des SWAP II noch zusätzlich erhellte (vgl Beilage ./16; sh Punkt IX **Error! Reference source not found.**).

Für den – bestrittenen – Fall der Unwirksamkeit des GRB 2004 war der Stadt Linz auch diese bekannt (sh Punkt II 3); in diesem Fall hatte der Gemeinderat auch Kenntnis von der (ausdrücklich bestrittenen) Unwirksamkeit des SWAP II.

Der Gemeinderat hatte im Zeitpunkt der Vorteilszuwendung auch den erforderlichen Genehmigungswillen: Der Gemeinderat hatte zumindest bis 2012 bei jeder Beschlussfassung über einen Rechnungsabschluss (auch) den Willen, allfällige ungenehmigte Geschäfte zu nachträglich zu genehmigen (vgl Beilage ./164).

Die Genehmigung der Rechnungsabschlüsse durch den Gemeinderat in Kenntnis des SWAP II ist ein Akt der "Vorteilszuwendung" iSd § 1016 2. Fall ABGB, der die Wirksamkeit des Geschäfts begründet.

Unabhängig von der Frage einer Vorteilszuwendung liegt darin aber jedenfalls eine nachträgliche Genehmigung des Geschäftes iSd § 1016 1. Fall ABGB: Mit der Genehmigung der Rechnungsabschlüsse hat der Gemeinderat auch den darin abgebildeten SWAP II gebilligt, womit auch ein allfälliger

– nach Ansicht der BAWAG P.S.K. ohnedies nicht gegebener – Vollmangelmangel beim Abschluss dieses Geschäftes geheilt wurde.

Zwischenergebnis: Die Stadt Linz hat

- die Rechnungsabschlüsse 2007 bis 2009 in Kenntnis des SWAP II genehmigt;
- sich die Vorteile (Einnahmen) aus dem SWAP II zugewendet.

Damit wurden allfällige (in Wahrheit nicht vorhandene) Mängel des Geschäfts gemäß § 1016 1. und 2. Fall ABGB geheilt.

Beweis: Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
Berichte Maßnahmen des Debt-Managements (Beilagenkonvolut ./15);
Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008 (Beilage ./16);
Auszug Rechnungsabschluss 2007 (Beilage ./173);
Artikel OÖ Nachrichten vom 24.1.2012 (Beilage ./164);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 44. Sitzung des Gemeinderats vom 26.6.2008 (Beilage ./183);
Auszug Rechnungsabschluss 2008 (Beilage ./174);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 53. Sitzung des Gemeinderats vom 2.7.2009 (Beilage ./184);
Auszug aus dem Wortprotokoll der 8. Sitzung des Gemeinderats vom 1.7.2010 (Beilage ./185);
Auszug Rechnungsabschluss 2009 (Beilage ./175);
wie bisher.

V. "MARKTÜBLICHKEIT" UND "OPTIMIERUNG" LIEGEN VOR

1. MARKTÜBLICHKEIT

Im Folgenden wird die Marktüblichkeit des SWAP II sowohl an Hand der "Makroebene", welche das Geschäftsumfeld nachzeichnet, als auch auf der "Mikroebene", für das konkrete Geschäft im Detail, erläutert. Dabei soll ein möglichst objektives Bild des damaligen Marktumfeldes – *ex ante* – rekonstruiert werden, denn nur die ex ante Betrachtung ist für die Beurteilung der Marktüblichkeit aus damaliger Sicht maßgeblich.

Eine wesentliche Rolle spielt dabei der Umstand, dass der SWAP II für und nach den Vorgaben der Stadt Linz entwickelt und umgesetzt wurde. Die speziellen Parameter (möglichst niedriger Fix-Zinssatz, lange Laufzeit, kein zusätzlicher Prämienaufwand) der Stadt Linz machen dieses für den Kunden „maßgeschneiderte“ Produkt nur fremdvergleichsfähig, wenn die Marktüblichkeit entsprechend differenziert analysiert wird.

Soweit eine ex post Betrachtung des Geschäftsverlaufes des SWAP II stattfindet, muss diese immer im Zusammenhang mit dem "*worst case*" Szenario Finanz- und Eurokrise gesehen werden. Zu Beginn des Jahres 2007 stellten die folgenden Verwerfungen des Kapitalmarktes eine unrealistische Option, ein rein theoretisches Risiko, dar und konnten daher in den diversen Risiko-evaluierungsmodellen (Stresstest, Monte Carlo Simulationen, etc) nicht erfasst werden. Umgekehrt wären auch "*worst case*" Szenarien, die sich *ex post* nicht verwirklicht haben, wie zB eine Hyperinflation mit zu bedenken.

Ferner muss auch der Umstand, dass sich die Stadt Linz – sie bezeichnet sich selbst mit Beteiligungen im Wert von EUR 1,4 Mrd gerne als einer der größten oberösterreichischen Wirtschaftsbetriebe – als professioneller Handelspartner am Markt beteiligt hat, entsprechend gewürdigt werden. Bei der Stadt Linz handelt es sich nicht um eine kleine Gemeinde, sondern um die drittgrößte Stadt Österreichs. Sie verfügte über entsprechende Ressourcen, weshalb sie als professioneller Marktteilnehmer auftrat und auch entsprechend wahrgenommen wurde. Auf dieser Basis war sie in der Lage, ein professionelles Risikomanagement umzusetzen, und war für den Umgang mit einem Derivatprodukt wie dem SWAP II ausreichend gerüstet.

Warum die Stadt Linz – *ex post* betrachtet – ihre Stop-Loss-Strategie nicht umgesetzt hat, mag letztlich dahingestellt bleiben, denn der Charakter des Produkts und seine Marktüblichkeit wird durch das Kontrollversagen auf Seiten der Stadt Linz nicht verändert. Dazu im Detail:

1.1 Marktumfeld (Makroebene)

1.1.1 Kommunale Ebene: aktives Schuldenmanagement

Im Vorfeld des GRB 2004 und in weiterer Folge wurde auf kommunaler Ebene ein aktives Schuldenmanagement postuliert und aktiv forciert. Dabei sollten die Städte/Gemeinden zu einer progressiveren Handhabung ihrer Verschuldung motiviert werden, um letztlich ihre finanziellen Verpflichtungen (Zinszahlungen für ihre Finanzverbindlichkeiten) zu minimieren.

Generell war in den Jahren nach dem Platzen der "Dotcom-Blase" im Frühjahr 2000 die Stimmung an den Börsen sehr gut, weshalb Optimierungsbestrebungen gegenüber Risikoabsicherungen in den Vordergrund traten. Vor allem internationale Investmentbanken entdeckten den "*kommunalen Markt*" – nicht nur in Österreich – und begannen strukturierte Produkte (Swaps, strukturierte Anleihen, Alternative Investments, etc) anzubieten. Die österreichischen Gebietskörperschaften sahen darin die Chance, ihre Finanzgebarung zu verbessern. Zusammenfassend lässt sich das damalige Marktumfeld als progressiv und risikofreudig bewerten. Das ist mit dem *ex post* Wissen um die Finanzkrise aus heutiger Sicht nur noch schwer vorstellbar, für die Marktüblichkeit ist aber das Marktumfeld *ex ante* maßgeblich.

Beweis: Präsentation Österreichischer Städtebund "Schuldenmanagement und Optimierungsmaßnahmen" vom 4.2.2004 (Beilage ./186);
Vertraulicher Projektbericht des BMF "Kommunales Risikomanagement und aufsichtsbehördliche Kontrolle in Österreich" vom 27.4.2009 (Beilage ./187);
Memo "Kommunalwissenschaftliche Literatur" (Beilage ./188);
wie bisher.

In Oberösterreich wurden von der Aufsichtsbehörde nicht nur derivative Finanzoperationen aktiv empfohlen, sondern den Gemeinden auch ein entsprechender Berater nahegelegt. Dies zeigt anschaulich die Gemeinderatsprotokolle der Gemeinde Hofkirchen im Mühlkreis (Beilagenkonvolut ./189):

- Am 7.11.2007 wurde zum Tagesordnungspunkt "*Beratung und Beschlussfassung über Einsatz von derivativen Finanzprodukten für die Darlehen der Gemeinde Hofkirchen*" vom Bürgermeister berichtet (vgl Beilage ./189, Unterstreichungen nicht im Original),

"dass bezüglich dem Einsatz von derivativen Finanzprodukten für die Darlehen der Gemeinde Hofkirchen beim Land eine Stellungnahme eingeholt wurde, die mit Schreiben vom

5.11.2007 per Mail eingelangt ist. In diesem Schreiben wird dies grundsätzlich positiv beurteilt

Auf Grund dieser Empfehlungen der Gemeindeabteilung stellt der Bürgermeister folgenden Antrag:

Antrag an den Gemeinderat

auf Beschlussfassung der Umsetzung der Empfehlungen des Amtes der OÖ Landesregierung, Abteilung Gemeinden, Abteilungsleiter HR Dr. Michael Gugler lt. Erlass vom 5.11.2007, AZ: Gem-300059/84-2007-Sec im Auftrag von LR Dr. Josef Stockinger, hinsichtlich Finanzoptimierung von Kanal- und Wasserbaudarlehen, die lauten:

1. [...]

2. Grundsätzliche Zustimmung des Gemeinderates, 35 % der aushaftenden niedrigverzinsten Siedlungswasserbaudarlehen durch die Inanspruchnahme von derivativen Finanzprodukten laut Finanzcheck der Fa. AVIANA/AFINA Mag. Buchegger, konkret durch vom Land OÖ für Gemeinden ausgearbeitete Finanzmodelle, wie zB Cross Currency Swap, zu optimieren.

Es gelten dabei die im oben erwähnten Erlass von der Gemeindeabteilung dargelegten Bedingungen, wie insbesondere

- Einstiegs-Kurs von maximal 1,55 CHF bei Aufnahme CHF-Kredit.
- Betreuung durch den vom Land empfohlenen Finanzdienstleister Mag. Peter Buchegger von der Fa. AFINA entsprechend dem vorliegenden Angebot.
- Beauftragung von Mag. Peter Buchegger zum spätest notwendigen Zeitpunkt, der zur rechtzeitigen Vorbereitung der nötigen Schritte erforderlich ist."

Lediglich ein Grundsatzbeschluss wurde gefällt, "damit bei entsprechend günstiger Entwicklung rasch reagiert werden kann".

Bereits in der vorangegangenen Sitzung vom 5.9.2007 hatte der vom Land empfohlene Finanzberater unter anderem darauf verwiesen,

"dass der Einsatz der vorgetragenen Finanzprodukte mit der Gemeindeabteilung des Landes OÖ. abgestimmt ist" (vgl. Beilage ./189, Hervorhebung nicht im Original).

- In der nächsten Ausgabe der Gemeindezeitung vom Dezember 2006 wurde unter der Überschrift "*Optimierung der Darlehen der Gemeinde Hofkirchen i.M.*" stolz verkündet (vgl. Beilage ./189, Unterstreichungen nicht im Original):

"... gibt es aber noch interessante Einsparungsmöglichkeiten zur Verringerung der jährlichen Kreditbelastungen. Der Einsatz derivativer Finanzprodukte macht das möglich. Solche Produkte werden von den großen Banken in Österreich angeboten. Das Land OÖ. empfiehlt den Gemeinden die Inanspruchnahme solcher Finanzprodukte unter Beachtung vorgegebener Bedingungen. Wichtig dabei ist eine professionelle Betreuung durch einen anerkannten Berater, der gleichzeitig auch mit der Landesregierung Kontakt hält.

Gemeinderat fasste einen entsprechenden Grundsatzbeschluss mit Zweidrittelmehrheit

Aus diesem Grund hat der Gemeinderat im November mehrheitlich seine grundsätzliche Zustimmung gegeben, 35 % der aushaftenden niedrigverzinsten Siedlungswasserbau-Darlehen durch die Inanspruchnahme derivativer Finanzprodukte zu optimieren. ...

Wichtig ist: Unser Einsatz derivativer Finanzprodukte hat nichts mit Spekulation zu tun

Wenn diese Produkte unter Beachtung der Auflagen des Landes OÖ. eingesetzt werden, kann in dieser Angelegenheit keinesfalls von Spekulation gesprochen werden. Es laufen parallel ein Grundgeschäft und Absicherungsmaßnahmen, die einen finanziellen Schaden für die Gemeinde abwenden helfen. Die geplanten Maßnahmen zur Darlehensoptimierung wurden von der Firma AFINA mit dem Land OÖ. entwickelt. Spezialisten achten auch darauf, dass es nie zu einer Spekulation kommen kann.

Vorgangsweise ist in vielen Gemeinden längst gängige Praxis

Schon in vielen oberösterreichischen Gemeinden werden derivative Finanzprodukte zu vorgegebenen Bedingungen des Landes OÖ. eingesetzt und dadurch Kreditbelastungen verrin-

gert. Das Gemeindebudget wird entlastet, Spielräume für wichtige Gemeindeprojekte entstehen und diese können durch die laufenden Zinseinsparungen solide finanziert werden."

- Im Dezember 2011 wurde unter dem Tagesordnungspunkt "*Derivative Finanzgeschäfte der Gemeinde Hofkirchen*" über den Stand der abgeschlossenen Produkte berichtet (vgl Beilage ./189):

"Der Bürgermeister berichtet, dass am 06.12.2011 jene 10 Gemeinden, die derivative Finanzprodukte abgeschlossen haben, beim Land Oö. zu einer Besprechung eingeladen waren. Im Vorfeld wurden die eingesetzten Produkte der Gemeinde Hofkirchen i.M. von der KPMG eingehend analysiert. Für die Gemeinde Hofkirchen i.M. nahm ... auch Mag. Peter Buchegger (AFINA) an dieser Besprechung teil. Von Vertretern der KPMG wurde die Analyse für Hofkirchen i.M. im Beisein von Herrn Peter Pramberger (IKD) und Herrn Werner Wiederstein (Büro LR Hiegelsberger) präsentiert. Als Fazit wurde einvernehmlich festgestellt, dass aufgrund der Laufzeit bis Oktober 2018 und dem Risikobewusstsein der Gemeinde Hofkirchen i.M. derzeit kein Handlungsbedarf besteht. Von den Gemeindevetretern der Gemeinde Hofkirchen i.M. wurde erklärt, dass neben der laufenden Beobachtung ab ca. 2014 aktiv mit der Firma AFINA möglichen Szenarien erarbeitet werden. Sofern sich bis zu diesem Zeitpunkt keine Beruhigung der Finanzmärkte bzw. des CHF-Wechselkurses ergeben hat." (Unterstreichungen nicht im Original).

Beweis: Beilagenkonvolut Hofkirchen (Beilage ./189);
wie bisher.

Zusammenfassend:

- Die Geschichte der Gemeinde Hofkirchen belegt die Anzahl der Oberösterreichischen Gemeinden, die auf Anraten der Aufsichtsbehörde derartige Geschäfte abgeschlossen haben.
- Sie zeigt auch, dass die Aufsichtsbehörde trotz offenbar laufender Einbindung **(i)** weder den gefassten "*Grundsatzbeschluss*" moniert **(ii)** noch jemals auf die Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung hingewiesen hat – nicht einmal im Dezember 2012, als ihr die Unterstützung der Stadt Linz durch die Landesregierung (AS 9-23, ON 105 des Strafaktes, Beilage ./190) im gegenständlichen Rechtsstreit jedenfalls bekannt sein musste.

Dass eine Vielzahl von Gemeinden Resettable CHF linked Swaps abgeschlossen hat, wurde bereits in der KB ausgeführt (sh Punkt 9.1.2 der KB der BAWAG P.S.K.). Dass diese als marktüblich angesehen wurden, ergibt sich aus dem Bericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung (als Gemeindeaufsichtsbehörde) über die Gebarungseinschau bei der Stadt Waidhofen an der Ybbs vom 26.3.2009. Demnach erachtete die Aufsichtsbehörde noch im Jahr 2009 (!) einen Resettable CHF linked Swap der Gemeinde Waidhofen an der Ybbs nach eingehender Prüfung und Schilderung der Geschäftscharakteristika klar als "konservatives Absicherungsgeschäft":

"Mit Gemeinderatsbeschluss vom 28. November 2005 wurde mit der Raiffeisenlandesbank NÖ-Wien über ein Volumen von € 5.000.000,- ein 'Resettable CHF linked-SWAP' abgeschlossen. Die Laufzeit endet am 1. Dezember 2015. Seit Bestehen dieses Rechtsgeschäftes hat die Stadt Gutschriften in der Höhe von € 126.944,46 erzielt. Der SWAP beruht auf folgender Berechnungsbasis: Die Stadt erhält 1 % pro Jahr des Volumens, solange der Umrechnungskurs zwischen Euro und Schweizer Franken am Fixingtag nicht unter 1,385 notiert. Sollte der Kurs unter 1,385 fallen, erhält die Stadt den 3-Monats-Euribor und zahlt den 3-Monats-Euribor minus 1 % plus den Aufschlag aus 1,385 minus tatsächlichen Kurs dividiert durch den tatsächlichen Kurs multipliziert mit 100. Der niedrigste je notierte Kurs (alltime low) des Schweizer Franken liegt bei 1,4385, seit dem Jahr 2000 betrug der niedrigste Kurs (25. Juli 2002) 1,4494. [...]"

Von der Aufsichtsbehörde wird anerkannt, dass die Stadt bemüht ist, Kassenbestände zu möglichst günstigen Bedingungen zu veranlagen und auch die bestehenden Kredite gegenüber steigenden Zinsen abzusichern. Auch die gewählten Absicherungsformen zeigen, dass dieses Ziel mit konservativen Geschäften erreicht wurde." (Hervorhebungen nicht im Original).

Beweis: Bericht des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung über die Gebarungseinschau bei der Stadt Waidhofen an der Ybbs vom 26 März 2009 (Beilage ./190); wie bisher.

Dass der Abschluss von derivativen Finanzoperationen zur Steuerung des Schuldenportefeuilles (Portfoliomanagement) für die öffentliche Hand eine übliche Vorgehensweise war, betonte etwa auch der Staatsschuldenaus-
schuss im Jahr 2006:

"Die Finanzierungsaktivitäten des Debt-Managements des Bundes beschränken sich seit Jahren nicht ausschließlich auf Kapitalaufnah-

men zur Deckung des Bruttofinanzierungsbedarfes des Bundes (Nettodefizit und Tilgungen), sondern umfassen auch derivative Finanzoperationen zur Steuerung des Schuldenportefeuilles (Portfolio-management) in Bezug auf Laufzeit, Verzinsungsmodalität und Währungsstruktur." (vgl S 51, Beilage ./191)

Beweis: Bericht über die öffentlichen Finanzen 2005, verfasst vom Staatsschuldenausschuss und dessen Arbeitsausschuss und vorgelegt aufgrund des Beschlusses vom 3.7.2006 an den Bundesminister für Finanzen, S 51 (Beilage. /191; wie bisher.

Am 26.5.2011 richtete die oberösterreichische Landesregierung eine Anfrage an die Gemeindereferenten betreffend "*Finanzspekulationsgeschäfte der oberösterreichischen Gemeinden*", mit dem Ersuchen "*Fremdwährungskredite bzw Zinsabsicherungsvertrag / Derivate*" bekannt zu geben. Das im Wege der Amtshilfe zu übermittelnde Ergebnis dieser Umfrage wird zeigen, dass Finanzderivate (auch) im oberösterreichischen kommunalen Markt eine marktübliche Praxis darstellten.

Zwischenergebnis:

- Auf kommunaler Ebene wurde vor der Finanzkrise 2008 ein aktives Schuldenmanagement gefordert und forciert. In Oberösterreich hat die Aufsichtsbehörde Gemeinden aktiv derivative Finanzoperationen empfohlen. Viele Gemeinden haben Finanzterminkontrakte abgeschlossen.
- Swaps wurden vor der Finanz- und Wirtschaftskrise auch für kleine Gemeinden regelmäßig empfohlen.
- Für große Gemeinden mit professionellem Finanz- und Schuldenmanagement – wie der Stadt Linz – ist daher Marktüblichkeit umso mehr gegeben.

Beweis: Anfrage der oberösterreichischen Landesregierung betreffend "*Finanzspekulationsgeschäfte der oberösterreichischen Gemeinden*" vom 26.5.2011 samt Beilage (Beilage ./192); wie bisher.

1.1.2 Der Bankensektor

Um das Jahr 2006 hatte die BAWAG P.S.K. begonnen, sich neu zu strukturieren. Im Rahmen dieser Umstrukturierung wurde auch die Treasury-Abteilung neu organisiert und an internationale Standards angepasst (sh Punkt VII 2). Anfänglich wurde der Markt von den internationalen Invest-

mentbanken dominiert. Wenig später wurden vergleichbare Produkte auch von großen österreichischen Banken angeboten. Im Fall des Resettable CHF-linked Swap kam die Produktidee aus den USA und wurde von mehreren österreichischen Banken, die im kommunalen Markt aktiv waren, aufgegriffen.

BAWAG P.S.K. versuchte, auf Wunsch der Stadt Linz – um diese auch in diesem Geschäftssegment nach dem spezifizierten Bedarf zu betreuen –, ein solches Produkt bankintern nachzubilden. Produktideen von Mitbewerbern zu übernehmen und spezifisch umzusetzen, ist im Bankenbereich Usus, weil bekannte/gängige Produkte leichter zu platzieren sind als neue/innovative. Wie anhand zahlreicher Beispiele belegt werden kann, waren in den Jahren 2006/2007 auch zahlreiche andere österreichische Banken (RLB, BA-CA, Sparkassen, BAWAG P.S.K., Volksbanken) im Derivatbereich sehr aktiv. Medienberichten zufolge hat die RLB NÖ-Wien ab etwa 2005/2006 mit zumindest 77 Gemeinden fast idente "Resettable CHF linked Swaps" abgeschlossen (vgl. Beilage ./17). Ebenso hat die Zeugin Iris Sahinoglu bereits in ihrer ersten Einvernahme im Ermittlungsverfahren zu 9 St 80/11z zu Protokoll gegeben, dass sie von ähnlichen Produkten der RLB NÖ-Wien wusste (vgl. Beilage ./43). Genauso bestätigte Mag. Christian Schulz, seinerzeit als Mitarbeiter der BA-CA für diesen Bereich zuständig, dass die BA-CA solche Produkte neben der Stadt Linz auch anderen Kunden angeboten hatte und diese aus seiner Sicht absolut marktüblich waren (vgl. Beilage ./31). Der Einsatz dieser Produkte war bei professionellen Marktteilnehmern wie der Stadt Linz Standard (vgl. etwa auch die Stadt St. Pölten, die mit einem Mitbewerber der BAWAG P.S.K. einen Resettable CHF-linked Swap mit gleicher Formel – und angepassten Parametern abgeschlossen hat). Auch im Zusammenhang mit der Finanzierung der 2006 fertiggestellten Halle F der Stadthalle Betriebs- und Veranstaltungsgesellschaft (eine Tochtergesellschaft der Wien Holding) wurden Derivate zur Steuerung des Zinsänderungsrisikos eingesetzt (Beilage ./194).

Beweis: Präsentation einer österreichischen Bank für eine österreichische Marktgemeinde vom 16.11.2006 (Beilage ./193);
 Wiener Zeitung vom 17.6.2011, "14 Gemeinden erheben schwere Vorwürfe gegen Raiffeisen" (Beilage ./17);
 Der Standard vom 30.6.2013 (Beilage ./194);
 ZV Iris Sahinoglu vom 22.9.2011 (Beilage ./43);
 ZV Christian Schulz vom 21.11.2011 (Beilage ./31);
 Die Presse vom 14.5.2013 "St. Pölten gegen Raiffeisen" (Beilage ./195);
 wie bisher.

1.1.3 Derivatprodukte bei Kommunen

Finanzderivate und insbesondere Swaps waren im aktiven kommunalen Finanzmanagement als Optimierungsmaßnahme üblich. Dies belegen ua zahllose Artikel, Beiträge und Bücher, welche die damaligen kommunalen Marktgepflogenheiten vor der Wirtschaftskrise 2008, insbesondere im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ab 2004 darstellen:

In dieser Zeit hatte strukturiertes Finanzmanagement für die öffentliche Hand bereits große Bedeutung. Swaps hatten sich im Rahmen des öffentlichen Schuldenmanagements ("*Debt-Management*"; siehe dazu ausführlich Punkt 7.1 der KB der BAWAG P.S.K.) als Instrument durchgesetzt und wurden vielfach angeboten. Selbst der – in Bezug auf BAWAG P.S.K. befangene – Sachverständige Dr. Christian Imo stellte in seinem Gutachten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zu GZ 9 St 80/11z fest,

"dass Derivative im Schuldenmanagement von Kommunen im vorliegenden fraglichen Jahr eine nicht nur untergeordnete Rolle spielten" (Gutachten Dr. Christian Imo, S 227, ON 129a des Strafaktes).

Er fährt an späterer Stelle fort,

"dass strukturierte Produkte, die mit dem von der Stadt Linz und der BAWAG abgeschlossenen Swap-Geschäft 4175 vergleichbar sind, im gegenständlichen Zeitraum in nicht unerheblichem Ausmaß von österreichischen Gemeinden abgeschlossen wurden (Gutachten Dr. Christian Imo, S 380, ON 129a des Strafaktes, Hervorhebung durch Verfasser).

Swaps waren aufgrund der Möglichkeit, damit Schuldenportfolios zu verwalten, ohne bestehende Schulden neu zu verhandeln, hochinteressant. Dazu kam noch der Druck durch knapper werdende Finanzmittel und die durch die Währungsunion den EU-Mitgliedstaaten auferlegten Budgetrestriktionen:

"Der Einsatz von Swaps ist im modernen Finanzmanagement nicht wegzudenken und weist trotz 25-jähriger Präsenz auf den Märkten keine Abnutzungserscheinungen auf. Swaps ermöglichen die Steuerung von Zins- und Währungspositionen sowie die Nutzung von Zinsvorteilen sowohl in eigener als auch in fremder Währung." (vgl RFG 2005/59; Hervorhebung durch Verfasser).

Auch die Prüfungsberichte des RH aus der damaligen Zeit zeigen, dass die Nachfrage nach Swaps bei Gebietskörperschaften und Unternehmungen bis in jüngste Zeit ungebrochen stark war:

"Bei der Anwendung von derivativen Finanzprodukten (z.B. Swaps) waren große Unterschiede festzustellen. Bei den überprüften Ländern und Städten, die Derivatgeschäfte durchführten (Burgenland, Kärnten, Salzburg, Dornbirn), stand nicht nur die Bedienung des Schuldendienstes im Vordergrund, sondern auch das Ziel, einerseits Zinserträge zu lukrieren und andererseits das Schuldenportfolio zu steuern und zu optimieren" (Bericht des RH über "Finanzierungsinstrumente der Gebietskörperschaften" – Reihe Bund 2009/08, S 129, Tz 7; Hervorhebung durch Verfasser).

"Das Risiko, welches die Länder insbesondere beim Abschluss von Derivatgeschäften eingingen, war – gemessen als prozentueller Anteil des Value at Risk an der Gesamtschuld – 2007 bis zu acht Mal höher (Maximalwert 41 %) als der vergleichbare Risikowert des Bundes (5 %)" (aaO, S 130, Tz 8; Hervorhebung durch Verfasser).

BAWAG P.S.K. hat die österreichische kommunalwissenschaftliche Literatur (wie Österreichische Gemeindezeitung, Kommunal und RFG) sowie die einschlägigen Rechnungshofberichte einer umfassenden Analyse unterzogen. Ein Überblick über die wesentlichen Ergebnisse dieser Literaturrecherche (einschließlich Kopien der zitierten Artikel) ist – aus Gründen der Übersichtlichkeit – diesem Schriftsatz als Beilage ./188 angeschlossen.

Zusammenfassend belegt auch die kommunale Literatur, dass

- derivative Instrumente wie Swaps seit etwa dem Beginn der neunziger Jahre eingesetzt werden und seither in der Finanzwelt eine sehr große Verbreitung gefunden haben und die österreichischen Gemeinden davon seit Anfang des 21. Jahrhunderts zur Optimierung ihrer Schuldenlast regelmäßig Gebrauch gemacht haben.
- Das breite Angebot an derivativen Finanzprodukten wurde in zahlreichen Fachbeiträgen besprochen und analysiert sowie ausdrücklich empfohlen. Hierbei wurde auch immer auf die damit verbundenen Risiken hingewiesen.

Beweis: Memo "Kommunalwissenschaftliche Literatur" (Beilage ./188);
wie bisher.

1.1.4 Ergebnis

Vor der Finanzkrise und Eurokrise waren Finanzderivate, insbesondere Swaps im kommunalen Marktumfeld absolut marktüblich.

BAWAG P.S.K. folgte dem, was 2006/2007 am kommunalen Markt – und damit marktüblich – angeboten wurde. Zu diesem Ergebnis kommt neben dem Sachverständigen Mag. Nikolaus Kellermayr (AS 53 f, ON 195 des Strafaktes, Beilage ./196) sogar der gegenüber BAWAG P.S.K. befangene Sachverständige Dr. Christian Imo (S 380, ON 129a des Strafaktes).

Die Struktur des SWAP II kam nicht von der BAWAG P.S.K. sondern vom Markt. Die spezifischen Produktparameter wurden, wie im weiteren Verlauf noch aufzuzeigen ist, nicht von der BAWAG P.S.K. definiert, sondern von der Stadt Linz vorgegeben. Auch diese Anpassung des Produkts an die Vorgaben und Gegebenheiten des Kunden (insbesondere Nominale, Laufzeit, Strike und Fixzinskomponente) war absolut marktüblich.

Beweis: Gutachten Mag. Rudolf Nikolaus Kellermayr vom 14.4.2013 (Beilage ./196);
wie bisher.

1.2 Das konkrete Produkt: Der SWAP II (Mikroebene)

1.2.1 Marktüblichkeit maßgeschneiderter Lösungen

Der SWAP II ist ein – den individuellen Anforderungen der Stadt Linz angepasstes – Produkt. Derartige maßgeschneiderte Finanzprodukte werden im außerbörslichen Handel (*over the counter* oder *OTC*) in der Form individueller Kontrakte direkt zwischen den Marktteilnehmern via Telefon oder Computer abgeschlossen. Dabei sind Zinsswaps die Produktgruppe mit dem größten Volumen und Währungsswaps, jene mit dem zweitgrößten (im Detail vgl Punkt 6.5.2 der KB der BAWAG P.S.K. mwN).

CHF-linked resettable Swaps waren vor der Finanzkrise im kommunalen Markt weit verbreitet (sh Punkt V 1.1; vgl Beilage ./17). In ihrer konkreten Ausgestaltung (insbesondere Strike und Fixzinskomponente) unterschieden sie sich naturgemäß, weil das Produkt an die Vorgaben des Geschäftspartners angepasst wurde. Das tut der Marktüblichkeit des einzelnen Geschäfts keinen Abbruch: Lassen sich ein Zwerg und ein Hüne jeweils einen Maßanzug nach demselben marktüblichen Schnitt schneiden, sind auch beide Anzüge marktüblich, obwohl sie in der konkreten Ausgestaltung einzigartig sind.

Die Marktüblichkeit des SWAP II zeigt sich auch, wenn man ihn in seine Einzelteile zerlegt und deren Zusammensetzung analysiert.

Beweis: Artikel der Wiener Zeitung vom 19.10.2011 (Beilage ./17); wie bisher.

1.2.2 Marktübliche Struktur des SWAP II

Der SWAP II war seiner Struktur nach marktüblich, da er auf den damaligen Markteinschätzungen beruhte und exakt an die CHF-Anleihe anknüpfte:

Die Konditionen des SWAP II (seine Laufzeit, der zu tauschende Zinssatz, die Währung und die halbjährlichen Zahlungstermine) waren auf jene der 195 Mio CHF-Anleihe (10 Jahre) abgestimmt. Dabei standen die halbjährlichen – punktuell zu den jeweiligen Zahlungsterminen – erwarteten Zahlungsströme maßgeblich im Fokus.

Die halbjährlichen Zinszahlungen aus der CHF-Anleihe sollten optimiert werden (sh auch Punkt 155). Anfang 2007 (wie auch heute) unterlagen diese insbesondere zwei Risiken:

- Zinsrisiko: Erhöhung des variablen 6 Monats-Libor; und
- Währungsrisiko: Fallen des EUR/CHF-Wechselkurses.

Der Ausgangspunkt für die Struktur des SWAP II war folgende Überlegung: Das Wechselkursrisiko war insbesondere aufgrund der historischen Stabilität des EUR/CHF-Wechselkurses Anfang 2007 als gering einzustufen; eine Wertung, die auch der Markt teilte (sh Wechselkursprognosen in Abb 2, vgl Abbildung in S 21, Beilage ./26). Im Gegensatz dazu sah man sich aufgrund vergangener und erwarteter Zinserhöhungen einem erhöhten Zinsrisiko ausgesetzt. In der Überlegung der Stadt Linz, die halbjährlichen Zinszahlungen möglichst weit zu reduzieren, liegt der Ausgangspunkt des SWAP II. So lässt sich auch der SWAP II strukturell in zwei Teile zerlegen, nämlich:

- in den Zinstausch, wobei die Stadt Linz im Austausch für den für die CHF-Anleihe benötigten variablen 6-Monats Libor den weniger schwankungsfreudigen 10 Jahres Libor von damals rund 2,9 % erhält (vgl Beilage ./77); und
- in das Finanzierungselement, welches – durch den Verkauf von Optionen – den variablen 10 Jahres Libor so lange auf einen Fixzinssatz von 0,065 % reduziert, wie der EUR/CHF-Wechselkurs keine (damals) unvorhergesehenen und unvorhersehbaren Schwankungen unternimmt.

Die Zinsaufschlagsformel würde also nur im Fall einer krisenhaften – aus damaliger Sicht extrem unwahrscheinlichen – Entwicklung zur Anwendung kommen.

Ergebnis: Der SWAP II erfüllte somit die damaligen Anforderungen an ein optimierendes Debt-Management Instrument und war somit auch seiner Struktur nach marktüblich.

Beweis: Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011 (Beilage ./26);
E-Mail Stadt Linz an BAWAG P.S.K. vom 7.12.2006 samt Angabe über die Verzinsungen (Beilage ./94);
wie bisher.

1.2.3 Marktüblichkeit des Währungsrisikos

Mit dem SWAP II nahm die Stadt Linz ein – aus damaliger Sicht – absolut vertretbares und marktübliches Währungsrisiko auf sich: Vor der Finanzkrise herrschte eine – im Gegensatz zu heute – diametral verschiedene Sichtweise des Währungsrisikos in Zusammenschau mit dem Zinsrisiko:

	12.2.2007 (Abschluss)	20.10.2011 (Kündigung)
6 Monats Libor	ca 2,3 %	ca 0,08%
EUR/CHF-Wechselkurs	1,6238	ca 1,2362

Diese zeitliche Gegenüberstellung zeigt die 180°-Drehung, welche die Kapitalmärkte mit der Finanzkrise vollzogen haben: Anders als 2007 sind heute Zinsen von untergeordnetem Interesse, während Wechselkurse im Fokus liegen. Im Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II hatte sich der EUR/CHF-Kurs über viele Jahre stabil erwiesen („seitwärts“ bewegt). In Hinblick auf die Entwicklung des Zinsniveaus wurde hingegen mit einem Anstieg gerechnet. Aus der historische Bloomberg CHF-Libor Kurve vom 14.02.2007 geht hervor, dass anhand der Forward Sätze ein Anstieg der CHF-Zinsen angenommen werden konnte. Die in der Grafik dargestellte CHF-Swapkurve spiegelt die durchschnittliche Erwartung der Marktteilnehmer bzgl der künftigen 6 Monats-Libor Zinsen wieder (Forward-Sätze, vgl historische Libor-Prognosen, Beilage ./197. Aus der Darstellung zur tatsächlichen Entwicklung des CHF 6 Monats-Libor ist einerseits ersichtlich, dass die Zinsen zu Beginn – erwartungsgemäß – gestiegen sind und andererseits der dramatische Einfluss der Finanz- und Währungskrise – auch – auf die Zinssätze (vgl tatsächliche Libor-Entwicklung, Beilage ./198.

Daher war zu diesem Zeitpunkt die geringe Bedeutung des EUR/CHF-Währungsrisikos allgemeine Marktpraxis. Der SWAP II ist also auch in dieser Hinsicht marktüblich.

Beweis: Historische Bloomberg CHF-Libor Kurve vom 14.2.2007 (Beilage ./197);
Tatsächliche Entwicklung des CHF 6 Monats-Libor (Beilage ./198);
wie bisher.

1.2.4 Marktüblichkeit am Maßstab der Vorgaben der Stadt Linz

Zur Beurteilung der Marktüblichkeit des SWAP II sind die Vorgaben der Stadt Linz zu beachten. Marktüblich ist, was am Markt – unter den Bedingungen der Stadt Linz – erhältlich war. Auch in dieser Hinsicht ist der SWAP II marktüblich:

Die Stadt Linz strebte einen möglichst niedrigen Zinssatz an; dies war nur mit einem höheren Strike zu erreichen (sh Punkt V 2). Einen zusätzlichen Prämienaufwand schloss sie gänzlich aus (vgl Punkt 5.9 der KB der BAWAG P.S.K.). Dadurch war es nicht möglich, eine Absicherung (zB ein Cap) zu installieren; diese hätte einen zusätzlichen Prämienaufwand verursacht. IZm der Marktüblichkeit des SWAP II stellte sich die Frage einer Absicherung also gar nicht, da eine solche außerhalb der ausdrücklichen Vorgaben der Stadt Linz lag.

Innerhalb der Vorgaben der Stadt Linz war der SWAP II eine bzw die marktübliche Struktur. Das belegt auch das vorliegende Konkurrenzangebot der Bank Austria. Das Angebot der BAWAG P.S.K. unterschied sich davon lediglich in seinem besonders günstigen Preis. Denn während die Bank Austria das gleiche Produkt um einen Fixzinssatz von 0,398% anbot (Beilage ./18), konnte die Stadt Linz den SWAP II mit BAWAG P.S.K. um einen Bruchteil, nämlich um 0,065 % abschließen.

Beweis: E-Mail der BANK AUSTRIA vom 12.2.2007 (Beilage ./18);
Zeugenvernehmung Christoph Schulz vom 21.11.2011 (Beilage ./31).

1.2.5 Marktüblichkeit der Bestandteile des SWAP II und ihrer Zusammensetzung

Der SWAP II wurde aus einem Zinstauschteil (*Plain Vanilla Swap*) und einem Optionsteil (Verkauf von Put Optionen, um den Fixzinssatz von 0,065% zu finanzieren) zusammengesetzt. Diese Zusammensetzung ist "*Standard*" und damit marktüblich. Die beiden Seiten des SWAP II wurden ebenfalls marktüblich ausgestaltet und zusammengesetzt:

- Der Zinsswap tauscht den 6 Monats-Libor gegen den 10 Jahres-Libor und entspricht der weltweit gängigsten Swap Form.

- Der Optionsteil macht den Plain Vanilla Swap zum Resettable CHF Swap. Durch den Verkauf von Put Optionen werden Prämien ver-einnahmt, welche wiederum über die Laufzeit der Struktur (10 Jahre) die Ausgleichszahlungen zwischen dem 10 Jahres-Libor (2007 ca 2,9%) und dem Fixzinssatz von 0,065% leisten (das war der Stadt Linz wohl bekannt).

Put Optionen – und auch deren Verkauf – sind absolut standardisierte Finanzprodukte. Es sei kurz die Grundcharakteristik von Optionen dargelegt. Man unterscheidet zwischen

(i) Call (Kaufoption = Recht zu einem bestimmten Preis zu kaufen) und

(ii) Put (Verkaufsoption = Recht zu einem bestimmten Preis zu verkaufen)

sowie zwischen

(a) Kauf (*long* = Recht, etwas zu einem vorbestimmten Preis kaufen/verkaufen zu dürfen) und

(b) Verkauf (*short* = Verpflichtung, etwas zu einem bestimmten Preis kaufen/verkaufen zu müssen).

Aus diesen Grundarten lassen sich alle Optionsvarianten ableiten.

Für den SWAP II ist das Verständnis von "*Short Puts*" von zentraler Bedeutung. Der Verkauf einer Verkaufsoption (= *Short Put*) hat die Verpflichtung des Options-Verkäufers zur Konsequenz, an einem bestimmten Verfallstag ein definiertes Handelsgut zu einem – im Vorhinein – festgelegten Preis verkaufen zu müssen. Für das Eingehen dieser Verpflichtung bekommt der Options-Verkäufer eine Prämie, deren Höhe sich nach

(i) der Zeit,

(ii) der Relation zwischen aktuellem (Spot) und zukünftigem (Forward) Preis des Handelsgutes und

(iii) der Schwankungsneigung (Volatilität) des Handelsgutes

richtet.

Der maximale Gewinn des Options-Verkäufers (hier im SWAP II über die Reduktion der Zinsen indirekt enthalten: die Stadt Linz) ist die bezahlte Prämie, wohingegen sein Verlustpotenzial nicht näher

definiert ist. Dies mag auf den ersten Blick nachteilig für den Options-Verkäufer aussehen, wenn nicht die Eintrittswahrscheinlichkeit (sh dazu Punkt V 1.2.6) auf Seiten des Options-Verkäufers wäre. Statistisch betrachtet behalten mehr als 90% aller Options-Verkäufer ihre Prämien, während die Options-Käufer ihr Geld verlieren.

Der RH und manche Gutachter kritisieren diese Konstruktion des SWAP II als "*asymmetrisch*". Sie negieren dabei jedoch völlig die erwähnten Fakten und vergessen dem Auszahlungsprofil eines "*Short Put*" die Eintrittswahrscheinlichkeit (ex ante!) entgegen zu setzen. Zudem ist das Verkaufen von Optionen – statistisch belegt – wesentlich weniger spekulativ als das Kaufen von Optionen. Bis zum Eintritt des Restwahrscheinlichkeitsszenarios (konkret: Finanzkrise 2008 gefolgt von und gepaart mit der Eurokrise) war die Strategie der Stadt Linz plausibel und entsprach der gängigen Marktpraxis.

Durch eine vernünftige Stop-Loss Strategie, die bei Eintritt des Restwahrscheinlichkeitsszenarios das Risiko begrenzt bzw schließt, war das Produkt auch zur Optimierung des kommunalen Schuldenportfolios geeignet und dementsprechend vielfach im Einsatz.

Zusammenfassend lässt sich aus den Einzelbestandteilen, deren Wirkungsweise und ihrer Kombination die Marktüblichkeit des SWAP II feststellen.

1.2.6 Eintrittswahrscheinlichkeit für ein erwartetes/erhofftes Szenario

In engem thematischen Zusammenhang mit den Ausführungen zum "*Short Put*" steht die Eintrittswahrscheinlichkeit für ein erwartetes/erhofftes Szenario. Wie bereits erwähnt, lässt sich die Zweckmäßigkeit einer Optionsstrategie nicht alleine anhand des Auszahlungsprofils der Optionen bewerten.

Ohne die Überlegungen zur Eintrittswahrscheinlichkeit eines Szenarios anzustellen, lässt sich die Marktüblichkeit eines strukturierten Produktes nicht seriös beurteilen.

Die spezifische Konstruktion des SWAP II beruhte zu einem großen Teil (wie *de facto* jedes andere – auf ungewisse Zukunft gerichtete – Geschäft auch) auf Überlegungen zu zukünftigen Zins- und Fremdwährungskursentwicklungen. Hierbei ist – da niemand die Zukunft kennt – von Relevanz, wie hoch die Eintrittswahrscheinlichkeiten für das Wunsch-, Katastrophen-, und Standardszenario sind. Zur damaligen Zeit war der antizipierte Verlauf des EUR/CHF neutral/seitwärts und das damals bekannte "*worst-case*" Szenario

war ein EUR/CHF Kurs von rund 1,44 (entspricht im konkreten Fall einer ungefähren Zinsbelastung von 7% pa). 2007 – dh *ex ante* – lag die Eintrittswahrscheinlichkeit für einen EUR/CHF Kurs von 1,2 (entspricht der derzeit gehaltenen Interventionsschwelle der Schweizerischen Nationalbank) unter 5% (Bloomberg Charts, Markteinschätzungen der Banken damals, Historischer FX Chart). Dies bedeutet, dass der historische Verlauf des CHF mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in die Zukunft projiziert werden konnte und das Geschäftsrisiko vertretbar war. Daraus abgeleitet, war der Verkauf von Optionen – um Prämienzahlungen zur Zinssatzreduktion zu erhalten – eine angemessene und mit hoher Wahrscheinlichkeit (siehe Gewinnwahrscheinlichkeit bei "*short options*") zweckmäßige Strategie.

Die globale Finanzkrise und die daran anschließende EUR-Krise stellen ein Restwahrscheinlichkeitsszenario dar, das unter den Gegebenheiten des Jahres 2007 denkunmöglich war. Fälschlicherweise werden die Gegebenheiten 2007 mit den heutigen vermischt und eine *ex ante* Eintrittswahrscheinlichkeit mit einem *ex post* Wissen beurteilt.

Fazit:

Bezogen auf die Eintrittswahrscheinlichkeit und die Restwahrscheinlichkeit im Jahr 2007 war der SWAP II – *ex ante* beurteilt – völlig marktüblich und zur Optimierung geeignet.

Beweis: wie bisher.

1.2.7 (Anfänglicher) Marktwert ohne Relevanz für die Marktüblichkeit

Der (anfängliche) Marktwert des SWAP II ist für die Beurteilung der Marktüblichkeit des SWAP II ohne Relevanz (im Detail sh Punkt II 2.1.3), denn aus diesem lassen sich lediglich zwei Informationen ablesen:

- die subjektive Zukunftserwartung des Marktes, die sich während der 10-jährigen Laufzeit unzählige Male „drehen“ kann und im Grunde genommen immer nur eine (unsichere) aktuelle Vorhersage künftiger Entwicklungen ist (weil niemand in die Zukunft sehen kann); und
- eine Indikation des Auflösungspreises für einen vorzeitigen Ausstieg (Zur mangelnden Relevanz dieser Information bei Abschluss sh Punkt II 2.1.3).

Diese Umstände negierend, haben verschiedene Sachverständige⁷ über den richtigen "Input" für die Marktwertberechnung, die Kalibrierung der Monte Carlo Simulationen oder die Anwendbarkeit der Black-Scholes Formel begutachtet, um möglichst umfassend die "ideale" Berechnung des Marktwertes zu diskutieren. Dies mag in Zusammenhang mit der Schließung des Geschäftes Ende Oktober 2011 in Folge des Verzugs der Stadt Linz von Interesse sein, um die Kosten für die Wiedereindeckung der BAWAG P.S.K. zu plausibilisieren (sofern auch dort die realen Bedingungen an den Kapitalmärkten in Betracht gezogen werden und nicht nur "Labor" Bedingungen simuliert werden); für eine marktübliche Bewertung des Risikos – durch die Stadt Linz – ist es das nicht. Dazu musste die Stadt Linz lediglich den aktuellen EUR/CHF-Kurs und die Kursvorhersagen beobachten (sh oben Punkt II2.1.2). Durch Einsetzen des erwarteten Kurses in die Formel des SWAP II konnte sich die Stadt Linz „auf Knopfdruck“ (bei Einsetzen in die xls-Datei, Beilage ./98) den erwarteten Zahlungsstrom errechnen.

Ungeachtet dessen hätte sich die Stadt Linz jederzeit – innerhalb von ca 30 Minuten – über den aktuellen Marktwert informieren können; und dies nicht nur von BAWAG P.S.K., sondern von jeder Investmentbank. Sie hätte das Geschäft auch jederzeit zu den aktuellen Konditionen schließen können. Dies ebenfalls mit BAWAG P.S.K. oder jedem beliebigen Mitbewerber am Markt.

Für die Beurteilung der Marktüblichkeit der Struktur des SWAP II spielt die Kenntnis/Berechnung des Marktwertes aber keine Rolle; das gilt für den negativen Marktwert am Abschlusstag gleichermaßen, wie für die folgende Entwicklung, darunter auch die positiven Marktwerte zum 2. und 3. Quartal des Jahres 2007 (vgl Bewertungen per Ende Juni/September 2007 in Beilage ./23). Daraus lässt sich keine Information für die Beurteilung der Marktüblichkeit ableiten.

Beweis: Excel Datei "CHF resettable.xls" aus Mag. Penns Daten (Beilage ./98);
Tabelle "Übersicht über die Entwicklung der Bewertung des SWAP II" (Beilage ./23);
wie bisher.

2. OPTIMIERUNG

Zunächst wird auf die oben stehenden Ausführungen zur Marktüblichkeit verwiesen, denn die Frage, ob es sich beim gegenständlichen SWAP II um ein Optimierungsgeschäft handelte, ist mit der Frage der Marktüblichkeit des

⁷ BAWAG P.S.K. spricht sich ausdrücklich gegen die Verlesung des Gutachten des SV Dr. Christian Imo (ON 129a des Strafaktes) aus, da BAWAG P.S.K. iZm der Bestellung des SV kein rechtliches Gehör zukam (vgl § 126 Abs 3 StPO) bzw gewährt wurde (vgl ON 95 des Strafaktes).

Produkts eng verzahnt. Dabei ist unbedingt auf eine ex ante-Beurteilung abzustellen.

Im Folgenden werden ergänzend die bestimmenden Faktoren des SWAP II aufgezeigt, welche den SWAP II als optimierendes Geschäft charakterisieren.

2.1 Vorrangiges Ziel der Stadt Linz zur Zinsoptimierung

Wie bereits erwähnt, hat die Stadt Linz die Optimierung und deren Wirkungsweise als Prämissen vorgegeben.

Ausgangspunkt war dabei das bestehende Fremdwährungsschuldenportfolio der Stadt Linz, die sich bereits im Jahr 1993 entschieden hatte, Fremdwährungsrisiken zur Reduktion des Zinsaufwandes für ihre Schulden einzugehen. Konkretes Ziel der Stadt Linz war, die CHF 195 Mio Anleihe zu optimieren. Mit anderen Worten, der erklärte Wunsch der Stadt Linz zur Zinsoptimierung ist der logische Ausgangspunkt der Charakterisierung des SWAP II.

Der SWAP II hat den 2,9% Zinssatz für den 10 Jahres-Libor (wie unter den Punkten Struktur des SWAP II und Produkteinführung aufgezeigt) auf einen Fixzinssatz von bloß 0,065% reduziert, solange nicht das oben beschriebene, aus *ex ante* Sicht undenkbbare Restrisikoszenario eintrat. Das ist eine signifikante und messbare Optimierung (vgl auch Punkt 3.3 in Beilage ./163).

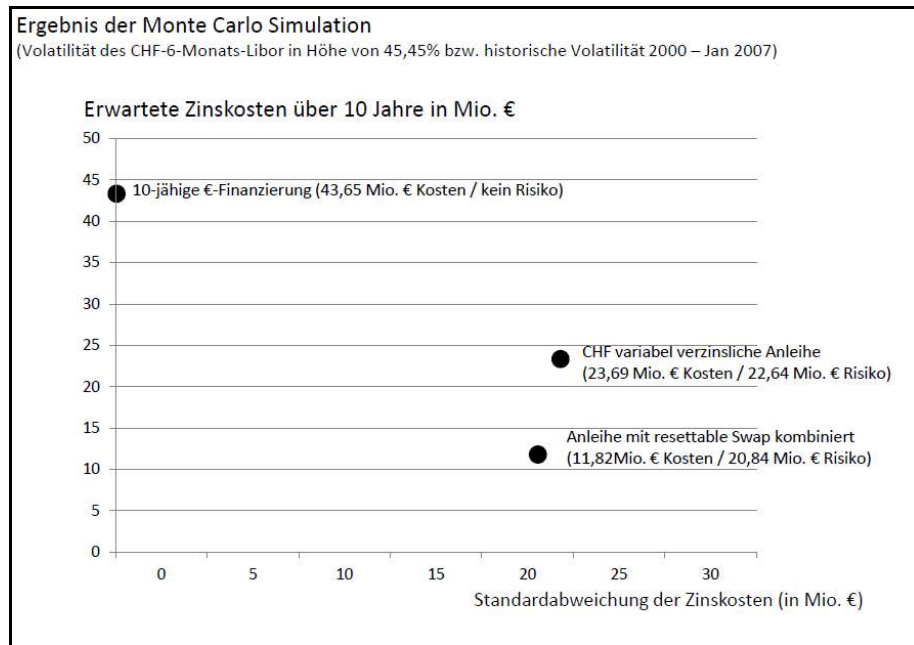


Abbildung 7

Beweis: Gutachten der Frankfurt School of Finance & Management vom 11.12.2012 (Beilage ./163);
wie bisher.

2.2 Die Stadt Linz gab die bestimmenden Faktoren des SWAP II vor – individuelle Optimierungsstrategie

Die weiteren bestimmenden Faktoren für den SWAP II, nämlich die Festlegung des "Strike" und des damit im Zusammenhang stehenden Zinssatzes, hat ebenfalls die Stadt Linz vorgegeben. Insbesondere durfte kein liquiditätswirksamer Prämienaufwand entstehen (wobei die Stadt Linz genau verstand, dass im Gegenzug Risiko zu übernehmen ist; vgl Beilage ./30).

Dieselben Vorgaben trug die Stadt Linz in einem Bieterverfahren an zumindest zwei konkurrierende Banken (BAWAG P.S.K. und BA-CA) heran. Dh die Stadt Linz legte ihre Optimierung selbst fest und die BAWAG P.S.K. lieferte – den besten Preis – für das Instrument. Dabei konnte sie genau eine einzige Variable, den Zinssatz (0,065 %), bestimmen. Alles andere war von der Stadt Linz vorgegeben worden.

Richtig ist, dass der SWAP II kein "*Absicherungsgeschäft*", sondern ein Optimierungsgeschäft ist. Ein Absicherungsgeschäft hat stets einen – unmittelbaren – monetären Prämienaufwand (Cash-Flow wirksame Kosten) zur Konsequenz, den die Stadt Linz nicht auf sich nehmen wollte. Ein Absicherungsgeschäft war von der Stadt Linz auch nicht gewünscht, weil der GRB 2004 ausdrücklich eine Ermächtigung zur "*Optimierung*" von Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten vorsah und gerade nicht den Auftrag zur „*Absicherung*“ beinhaltete. Dazu hätte es auch keiner umfassenden, heftigen Diskussion über das mit dieser Ermächtigung verbundene Risiko bedurft (vgl Beilage ./11).

Der Unterschied einer "*Optimierung*" zu einer "*Absicherung*" ist, dass bei der Optimierung der Aufwand auch in einer Risikoübernahme bestehen kann. Genau dies wollte die Stadt Linz und ersuchte zumindest zwei Banken, ein darauf abgestimmtes Angebot zu erstellen.

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

2.3 Optimierung durch Übernahme von Risiko

Ihr Ziel, ohne eigenen Kapitaleinsatz den jährlichen Zinssatz von 2,9 % auf 0,065 % herabzusetzen, hat die Stadt Linz durch die Übernahme von Risiko – konkret eines EUR/CHF Wechselkursrisikos – erreicht. Die BAWAG P.S.K. stellte das Risiko als Teil der Konstruktion des Resettable CHF-linked Swap

durch den Verkauf von Optionen dar. Im Gegenzug wurden Prämien vereinbart, die zur Reduktion des Zinssatzes verwendet wurden. Das war der Stadt Linz bekannt (Beilage ./30).

Grundsätzlich stellt das Verkaufen von Optionen eine seit Jahrzehnten anerkannte Optimierungsstrategie dar. Wie oben dargestellt, war die Wahrscheinlichkeit, dass das mit der Formel des SWAP II übernommene Risiko schlagend wird, 2007 sehr gering; dh im Bereich eines – unwahrscheinlichen – Restrisikos. Auch wenn das Restrisiko (2007 quantifizierbar mit unter 5%) schlagend wurde, ändert sich nichts daran, dass der SWAP II grundsätzlich ein Optimierungsgeschäft darstellt (Erst die spätere Entwicklung durch Inaktivität der Stadt Linz bei Eintritt des Restrisikos hat den Schaden verursacht.).

2.4 Optimierung durch Risikoverteilung

Im Folgenden wird gezeigt, dass bei der Übernahme von Risiko im Zusammenhang mit dem SWAP II kalkuliert vorgegangen wurde. Konkret ist der SWAP II so strukturiert, dass er selbst bei merklichen Schwankungen des EUR/CHF-Wechselkurses noch die angestrebte Verminderung des Zinssatzes von 2,9 % auf 0,065 % bewirkte. Bildlich gesprochen stellte der "Strike" nichts anderes als die untere Seite des Korridors dar, innerhalb dessen EUR/CHF-Schwankungen keinerlei Auswirkungen auf die Zinszahlungen der Stadt Linz hatten. In diesem Fall konnte durch die Übernahme eines Fremdwährungsrisikos und die daraus resultierende Änderung der Risikoverteilung eine Optimierung erreicht werden.

Bisherige gutachterliche Stellungnahmen haben diese bewusste Verteilung von Risiko nur unzureichend behandelt oder gänzlich vernachlässigt (nicht so Prof. Wahrenburg). Durch den Einsatz von Optionen kam es beim SWAP II zu einer deutlichen Verschiebung der Eintrittswahrscheinlichkeiten des übernommenen Risikos, was sich am klarsten anhand der Häufigkeitsverteilung der fälligen Zinszahlungen in Euro beschreiben lässt. Dabei soll die Häufigkeitsverteilung der fälligen Zinszahlung in Euro mit und ohne Swap – auf historischer Basis = ex post 2007 – verglichen werden. Im Ergebnis zeigt sich, dass die zu erwartenden Zinszahlungen ohne Swap zum einen relativ stark schwanken und zum anderen durchschnittlich deutlich über denen mit Swap liegen. Die Zinszahlungen durch den Swap werden insofern beeinflusst, dass mit über 60% – der historisch denkbaren – Häufigkeitsverteilung eine Anwendung des 0,065% Fixzinssatzes indiziert wird und demgegenüber mit einer Häufigkeitsverteilung von unter 5% Restrisikoszenarien auftreten können. Diese würden temporär zu deutlich höheren Zinszahlungen führen.

Mit anderen Worten wurde das Chancen/Risiko-Profil durch den SWAP II insofern verändert, als es zu einer Umverteilung der gewünschten/befürchteten Szenarien in die Randbereiche der Wahrscheinlichkeitskala kam:

- Wahrscheinlichere künftige EUR/CHF-Wechselkurse führen zu keiner ungünstigen Veränderung für die Stadt Linz (= gewünschter Effekt).
- Demgegenüber führen, weniger wahrscheinliche Veränderungen zu einer proportional größeren Belastung (= unerwünschte, unvermeidliche "*Nebenwirkung*"), die anhand der Formel des SWAP II leicht errechenbar ist.

Dh, das Restrisiko wird erst sehr spät und mit geringer Wahrscheinlichkeit – dann jedoch mit deutlicher Vehemenz – schlagend. Nur in einem Fall wie der "deep impact" Finanzkrise, deren Eintritt mit weniger als 5 % anzusetzen war, war mit den unerwünschten Effekten zu rechnen. Dagegen hat das Wunschscenario – bloß 0,065% Fixzinssatz zahlen zu müssen – eine besonders hohe Eintrittswahrscheinlichkeit (ca 60%).

Dazu kommt: Dem *worst case* Szenario "Finanz- und Eurokrise" muss in Hinblick auf die Eintrittswahrscheinlichkeit auch die Wahrscheinlichkeit einer Hyperinflation entgegen gehalten werden. Dies bedeutet, dass im *worst case* Szenario für die CHF Anleihe ebenso ein unlimitiertes Risiko bezüglich der Höhe der Zinszahlungen anzusetzen ist, wenn das – ebenso wie die Finanzkrise unwahrscheinliche – Szenario einer Hyperinflation schlagend werden würde.

2.5 Ergebnis

Im Lichte einer gebotenen *ex ante*-Betrachtung war der streitgegenständliche SWAP II marktüblich. Er erfüllte auch die Anforderungen eines Optimierungsgeschäfts für die Stadt Linz. Sein Abschluss (nicht aber der Zeitpunkt seiner Beendigung, der der Stadt Linz alleine zuzuschreiben ist) steht im Einklang mit den erklärten Absichten des GRB 2004.

VI. AUFSICHTSBEHÖRDLICHE GENEHMIGUNG NICHT ERFORDERLICH

1. Der GRB 2004, der RV und der SWAP II unterlagen keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht durch die Landesregierung. § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 sah vor der OÖ Gemeinderechts-Novelle 2012 eine derartige Pflicht nur für den Abschluss von Darlehensverträgen vor.

Wie in der KB vom 6.12.2011 eingehend ausgeführt, sind unter Darlehensverträgen im Sinne des StL jene Verträge zu verstehen, die § 983 ABGB als Darlehensverträge bezeichnet. Dieses enge, auf Vertragstyp und Vertragsgegenstand abstellende Verständnis wurde durch Argumente gestützt, die hier kurz in Erinnerung gerufen werden:

- (a) In Oberösterreich wie in den anderen Bundesländern existieren aufsichtsbehördliche Genehmigungsvorbehalte für bestimmte Typen von Verträgen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung mit einer Kreditverbindlichkeit vergleichbar sind. Diese Tatbestände liefen leer, wenn der Darlehenstatbestand wirtschaftlich zu interpretieren oder wenn er analog auf kreditähnliche Verträge zu erstrecken wäre (sh Punkt 9.4.2. der KB der BAWAG P.S.K.).
 - (b) Die Methode der Berechnung der Genehmigungspflicht, die im StL verankert ist, passt lediglich auf Darlehensverträge im technischen Sinn, nicht für sonstige Finanzgeschäfte. Sie musste daher im Zuge der mit LGBl 2012/1 erfolgten Einführung einer Genehmigungspflicht für solche Finanzgeschäfte adaptiert werden (sh Punkt 9.4.3. der KB der BAWAG P.S.K.).
 - (c) Derivative Finanzinstrumente wie Swaps sind mit Kreditverträgen nicht einmal bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise vergleichbar (sh Punkt 9.4.4. der KB der BAWAG P.S.K.).
2. Dies bestätigt auch ein vergleichender Blick auf die historische Entwicklung des Gemeindeaufsichtsrechts:

Für Darlehensverträge der Gemeinden existieren Genehmigungsvorbehalte, seit es das Gemeindeaufsichtsrecht gibt. Weil die einschlägigen Tatbestände als Einschränkungen der Gemeindeautonomie eng zu interpretieren waren, hat die Gesetzgebung in dem Maß, in dem die Gemeinden über klassische Darlehen hinaus im großen Stil Verträge abzuschließen begannen, die ähnliche wirtschaftliche Effekte hatten und ähnliche Risiken bargen, durchwegs durch Schaffung neuer Genehmigungstatbestände reagiert.

So führten etwa die meisten Bundesländer Genehmigungspflichten für bestimmte Formen des Leasings ein. Sie gingen dabei jedoch unterschiedlich

vor: Während Salzburg bereits bestimmte Vorverträge betreffend Immobilien erfasste, beschränkten sich Tirol, Kärnten und Vorarlberg auf Leasingverträge über unbewegliche Sachen. Niederösterreich entschied sich hingegen im Jahr 1999 für die Einführung einer Generalklausel betreffend die "*Be-gründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditver-pflichtung gleichkommt (z.B. durch einen Leasingvertrag)*". (§ 90 Abs 1 Z 4 NÖ GO idF LGBl 1000-10), und auch die Steiermark beschritt diesen Weg. Andere Bundesländer taten das nicht, und wieder andere wie Oberösterreich führten für Gemeinden eine Genehmigungspflicht ein und sahen für Sta-tutarstädte davon ab.

Der Einsatz derivativer Finanzinstrumente bildete das nächste neuartige Problemfeld. Während einerseits aus dem verfassungsrechtlichen Effizienz-gebot eine Verpflichtung aller Gebietskörperschaften abgeleitet wurde, sich solcher Derivate "*zur aktiven Kreditbewirtschaftung zwecks Senkung der Zinskosten*" zu bedienen (vgl. *Holoubek/Prändl*, Öffentliches Finanzma-nagement – rechtliche Rahmenbedingungen, insbesondere für Derivativer-geschäfte, in: *Böck* ua [Hrsg.], Strukturiertes Finanzmanagement der öffentli-chen Hand [2005] 200 ([223]), lagen andererseits die damit verbundenen Risiken auf der Hand. Kurz nach Ausbruch der Finanzkrise führten deshalb Burgenland und Niederösterreich entsprechende Regelungen ein, die die Gemeinden zur Risikovermeidung und zur Risikobewertung verpflichteten, die auf die Einführung eines Genehmigungstatbestands für die einschlägi-gen Verträge jedoch bewusst verzichteten. Zu einem solchen Schritt rangen sich erheblich später Oberösterreich im Jahre 2011 (LGBl 2012/1) sowie Salzburg im Jahr 2012 (vgl. § 85 Abs 1 Z 8 GemO idF LGBl 2012/55) durch.

Es verbietet sich schon aus kompetenzrechtlichen Gründen, diese in den Landtagen eingehend diskutierten, differenziert ansetzenden Regelungen der Bundesländer durch analoge Anwendung des Darlehenstatbestandes zu überspielen und sie durch die weit hergeholte, nachträgliche Konstruktion einer planwidrigen Lücke komplett zu nivellieren. Jene Autoren, die eine Ausdehnung der Darlehenstatbestände auf kreditähnliche Verträge zunächst ernstlich erwogen hatten (vgl. *Holoubek/Prändl*, Finanzmanagement 230 f), sind in der Folge von dieser Auffassung wieder abgerückt (vgl. *Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 [384]).

3. Die in der KB der BAWAG P.S.K. vertretene Rechtsauffassung wird auch durch die Entscheidung des OGH zu 5 Ob 52/11z bestätigt, wonach eine Vereinbarung über die Vorfinanzierung der Anschaffung von Hard- und Software samt diverser sonstiger Leistungen bei künftiger Verrechnung mit zu erbringenden Leistungen keinen Darlehensvertrag darstellt. Der OGH meint dazu:

"Wenn auch ein Darlehensvertrag unter einem bestimmten Verwendungszweck vereinbart werden kann, so ist doch die grundsätzliche Voraussetzung einer diesbezüglichen Qualifikation, dass eine Rückzahlung versprochen wird. Fehlt eine Rückzahlungsvereinbarung, so liegt allenfalls ein anderes Rechtsgeschäft vor (vgl Griss in KBB³ § 983 ABGB Rz 8 mwN). Richtigerweise ist die getroffene Vereinbarung als Vorschuss zu qualifizieren, nämlich als Vorausleistung ..., die in Erwartung einer Gegenleistung gegeben wird." (Hervorhebungen nicht im Original).

Der Beschluss 5 Ob 52/11z ist zur OÖ Gemeindeordnung ergangen, die ebenso wie das StL 1992 den Begriff des "Darlehensvertrages" im Zusammenhang mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht verwendet. Es besteht kein Anlass, diesen im OÖ Landesrecht einheitlich verwendeten Begriff unterschiedlich auszulegen.

So wie der OGH den Vorschuss nicht als Darlehensvertrag qualifiziert, weil es an der Grundvoraussetzung einer versprochenen Rückzahlung fehlt (5 Ob 52/11z), kommt auch eine Qualifikation des SWAP II als Darlehensvertrag nicht in Frage. So wie die vom OGH als Vorschuss (nicht: Darlehen) qualifizierte Vereinbarung folglich nicht der Aufsichtspflicht unterlag, war auch der SWAP II nicht aufsichtsbehördlich zu genehmigen.

4. Das StL 1992 enthielt bis zur Novelle 2012 überhaupt keine Regelungen, die speziell Rechtsgeschäfte über derivative Finanzgeschäfte behandeln. Der Oberösterreichische Landtag beschloss erst Ende 2011 eine Novelle, mit der im StL 1992 eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für "sonstige Finanzgeschäfte" ausdrücklich eingeführt wurde.

Der Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten meint zwar, dass es sich dabei lediglich um eine Klarstellung der ohnedies geltenden Rechtslage handle. Dieser Bericht hat aber keine selbständige Rechtswirkung, geschweige denn rückwirkende Kraft. Auch widerspricht er der im relevanten Zeitraum stets und ausnahmslos geübten Praxis der Oberösterreichischen Landesregierung (als Aufsichtsbehörde) und der oberösterreichischen Gemeinden. Darüber hinaus steht er auch im Widerspruch zu der vom Österreichischen Gemeindebund im Jahr 2009 beschlossenen und seinen Mitgliedern empfohlenen "Richtlinie für Finanzgeschäfte". Eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für derivative Finanzgeschäfte ist darin nicht erwähnt.

5. Im Vollzug des Gemeinderechts sah das Land Oberösterreich den Einsatz moderner Finanzinstrumente nicht als genehmigungsbedürftig an. Der Abschluss derivativer Finanzgeschäfte durch die oberösterreichischen Gemeinden war der Oberösterreichischen Landesregierung bekannt, seit ihr Einsatz – nicht zuletzt auf das Drängen der Rechnungskontrolleinrichtung-

gen hin – allgemein üblich wurde. Wenn der Landesgesetzgeber bis zur Novelle LGBl Nr 1/2012 – dessen ungeachtet – die Genehmigungspflicht von Swap-Geschäften nicht einführte, kann nicht von einem unvollständigen und/oder ergänzungsbedürftigen Gesetz gesprochen werden. Vielmehr liegt eine vom Gesetzgeber vorgenommene Beschränkung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts der Gemeinden auf Selbstverwaltung eben nicht vor. Eine analoge Anwendung der Genehmigungspflicht von Darlehen auf Swap-Geschäfte scheidet damit aus, zumal dieses Thema seit mehr als zehn Jahren nicht nur in Oberösterreich, sondern in allen Bundesländern bekannt war, ohne dass die Gesetzgeber die häufigen Novellierungen der Gemeindeordnungen und Stadtrechte für die Einführung einer Genehmigungspflicht von Swap-Geschäften nutzten [vgl. *Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 (384)].

Dass die fehlende ausdrückliche Regelung der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht von Swap-Geschäften keine planwidrige Lücke war, zeigt auch der Vergleich mit Leasingtransaktionen. § 78 StL 1992 enthält keinen Hinweis auf solche Transaktionen. *"Zur Klarstellung hält die Abteilung Gemeinden in ihrem Brief vom 26.8.2002 ... fest: "Die Statuten der Landeshauptstadt Linz ... enthalten keine dem § 106 Abs. 1 Z. 3 der Oö. Gemeindeordnung 1990 ... entsprechende Bestimmung. Der Abschluss von Immobilien-Leasingverträgen und von Leasing-ähnlichen Finanzierungsformen für Immobilien durch die oberösterreichischen Statutarstädte bedürfen daher nicht der aufsichtsbehördlichen Genehmigung"* [Christ, Formen und Rahmenbedingungen der kommunalen Investitionsfinanzierung, in *KDZ* (Hrsg), Kreditfinanzierung für Gemeinden (2003), 104].

Das Fehlen einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht hat der Leiter der für die Aufsicht über die Stadt Linz zuständigen "Direktion Inneres und Kommunales" (auch unter der Bezeichnung "**IKD**" bekannt) der OÖ Landesregierung noch in einem am 12.7.2011 publizierten Interview bestätigt (siehe dazu schon Punkt 4.12.4 der KB der BAWAG P.S.K. sowie Beilage /47 – Artikel der "*Oberösterreichische Nachrichten*" vom 12.7.2011).

Diese offene Diskrepanz der Rechtsansicht der für die Gemeindeaufsicht zuständigen "Direktion Inneres und Kommunales" (IKD) zu der – erst ex post im Herbst 2011 (!) formulierten und extern wie intern promulgierten – Rechtsansicht der "Direktion Verfassungsdienst" der OÖ Landesregierung wurde auch vom OÖ Landesrechnungshof konstatiert (vgl. Beilage /199):

"Nach der Rechtsmeinung des Verfassungsdienstes zur Genehmigungspflicht von Finanzgeschäften (siehe Pkt. 25 des Berichts) wäre der Abschluss des Zinssicherungsgeschäftes aufsichtsbehördlich zu genehmigen gewesen. Die IKD sah bisher nach der geltenden GemO keine derartige Verpflichtung.

Einige Gemeinden gaben an, vor Abschluss der Zinssicherungsgeschäfte in Kontakt mit der IKD getreten zu sein, die ihnen mitteilte, unter welchen Rahmenbedingungen ein Abschluss zur Kenntnis genommen wird. Diese Informationen fand der LRH vereinzelt auch schriftlich.⁴⁵ Spätestens seit einem Gutachten des LRH⁴⁶ vom 4.12.2006 ist die IKD darüber informiert, dass derartige Finanzgeschäfte von Gemeinden eingegangen wurden. Mit Schreiben vom 19.2.2008 teilte eine Gemeinde der IKD u. a. mit, dass eine Devisenoption abgeschlossen wurde.⁴⁷

Aus den vorliegenden Unterlagen und den geführten Gesprächen gelangte der LRH zu dem Schluss, dass die Aufsichtsbehörde die innovativen Entwicklungen im Finanzbereich tendenziell unterschätzt hat.

Grundsätzlich sieht der LRH die Verantwortung für den wirtschaftlichen und sparsamen Einsatz der Finanzmittel bei der Gemeinde und ihren Entscheidungsträgern. Ungeachtet des permanenten Einwirkens der Aufsichtsbehörde zur Optimierung des Schuldendienstes können die Gemeindeverantwortlichen nicht von ihrer Verantwortung entbunden werden." (Hervorhebungen nicht im Original).

Die bereits oben (sh Punkt V 1.1) dargelegte Geschichte der Gemeinde Hofkirchen belegt anschaulich, dass die IKD als zuständige Aufsichtsbehörde trotz offenbar laufender Einbindung (i) weder den gefassten "Grundsatzbeschluss" moniert (ii) noch jemals auf die Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung hingewiesen hat – nicht einmal im Dezember 2012, als ihr die Unterstützung der Stadt Linz durch die Landesregierung (vgl Beilage ./189) im gegenständlichen Rechtsstreit jedenfalls bekannt sein musste.

Beweis: Artikel der "Oberösterreichische Nachrichten" vom 12.7.2011 (Beilage ./47)
Bericht des OÖ Landesrechnungshofes über eine Sonderprüfung zur "Direktion Inneres und Kommunales. Gemeindeaufsicht und Bedarfszuweisungen", LRH-140024/39-2012-HE, Punkt 26.2 (Beilage ./199); wie bisher.

In ihrer Stellungnahme zu dieser Passage hält die IKD ausdrücklich fest, dass es zwar zutreffe, dass sie durch das erwähnte Gutachten des Landesrechnungshofes vom 4.12.2006 über den Abschluss von entsprechenden Finanzgeschäften durch eine bestimmte Stadtgemeinde informiert war (vgl Beilage ./200). Allerdings sei der Vollständigkeit halber zu ergänzen, dass

*"der LRH selbst unter dem dortigen Punkt 38.2 klar feststelle, dass er (Zitat) **'Zinsabsicherungsgeschäften grundsätzlich aufgeschlos-***

sen gegenübersteht'. Der LRH sah lediglich Handlungsbedarf bei der Überwachung und Steuerung von Risiken." (Hervorhebung im Original).

Beweis: Schreiben der IKD vom 14.3.2012 an den Landesrechnungshof (Beilage ./200);
wie bisher.

Ebenso ging eine vom Staatsschuldenausschuss in Auftrag gegebene Studie nach Durchführung einer Umfrage unter den neun Landesregierungen nicht vom Vorliegen einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht aus.

Beweis: *Grossmann / Hauth*, Kommunales Risikomanagement und aufsichtsbehördliche Kontrolle in Österreich (Studie im Auftrag des Staatsschuldenausschusses; April 2009) (Beilage ./201);
wie bisher.

6. Auch von Seiten der Stadt Linz wurde die Notwendigkeit einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung weder bei Geschäftsabschluss noch danach thematisiert. Dies verwundert nicht, denn der SWAP II war und ist kein Darlehen und nicht unter die Genehmigungspflicht subsumierbar.

„Erst im Laufe des Jahres 2010 änderte sich mit Bekanntwerden der bis dahin eingetretenen Verluste aus dem Derivat Nr. 9 [SWAP II] auch das Rechtsverständnis der Stadt Linz.“ (Tz 1 (5), RHB, Beilage ./155).

7. Mit der Arbeitsunterlage, die die Direktion Verfassungsdienst im Amt der OÖ Landesregierung am 8.9.2011 erstellte, vollzog auch das Land Oberösterreich diesen Schwenk im Rechtsverständnis nach (vgl Beilage ./202). Die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht wurde in diesem Papier jedoch nicht damit begründet, dass der SWAP II einer Kreditverbindlichkeit gleichzuhalten sei; sie wurde ausschließlich auf den Umstand gestützt, dass der SWAP II an ein Grundgeschäft angeknüpft und dieses Grundgeschäft abgeändert habe.

Beweis: Rechnungshofbericht vom 5.6.2013 (Beilage ./155);
Arbeitsunterlage der Direktion Verfassungsdienst des Landes Oberösterreich vom 8.9.2011 (Beilage ./202);
wie bisher.

Mit dieser differenzierten, auf einen Zusammenhang mit einem Grundgeschäft abstellenden Argumentation erkennt auch die Direktion Verfassungsdienst an, dass Zinstauschgeschäfte generell keine Darlehensverträge sind, und sie gesteht damit zu, dass nicht konnexe (und deswegen umso proble-

matischere) Zinstauschgeschäfte jedenfalls nie einer Genehmigungspflicht unterliegen können.

Dass der SWAP II auf einen zwischen der Stadt Linz und der Kommunalkredit AG abgeschlossenen Fremdwährungskredit bezogen und durch ihn veranlasst war, trifft gewiss zu. Es handelt sich dabei jedoch um eine rein wirtschaftliche Konnexität, von einer Abänderung des Kreditvertrages durch den Zinstauschvertrag kann zivilrechtlich schon wegen der unterschiedlichen Vertragspartner keine Rede sein. Diese zivilrechtliche Qualifikation schlägt zwingend auf das öffentliche Recht durch. Damit ist auch für die aufsichtsbehördliche Genehmigung diese zivilrechtliche Einordnung maßgeblich, da § 78 StL an zivilrechtliche Tatbestände anknüpft.

8. Sollte eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht – entgegen der klaren Rechtslage – bejaht werden, so hätte im Übrigen die Stadt Linz den Eintritt der Bedingung (bzw die Beendigung des Schwebezustands) treuwidrig vereitelt (vgl 1 Ob 13/93 = SZ 66/98; *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*³ § 867 Rz 9 und *Perner* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 867 Rz 15). Die Stadt Linz wäre jedenfalls verpflichtet gewesen, die Genehmigung des SWAP II zu beantragen. Vorbringen und Rechtsausführungen zur (i) Vereitelung der Genehmigung durch und (ii) Fehlinformationen gegenüber der BAWAG P.S.K. durch die Stadt Linz sind nicht Gegenstand dieses Schriftsatzes und bleiben einem späteren Vorbringen vorbehalten.

VII. PROZESSUALES UND GERICHTLICHE AUFTRÄGE

1. ORGANISATIONSAUFBAU

1.1 Organigramm

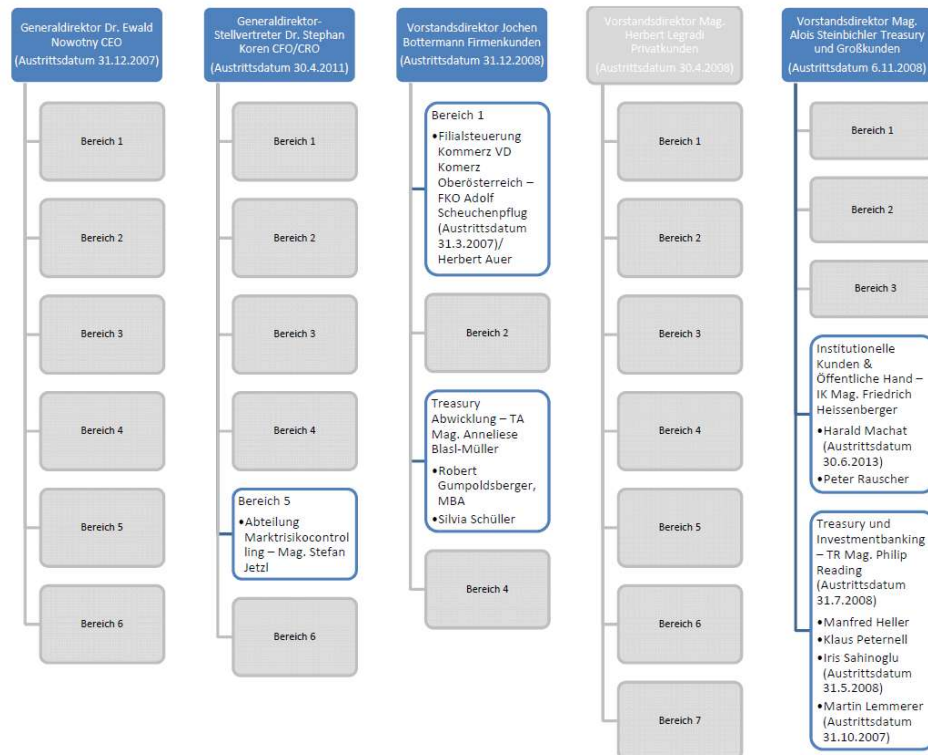


Abbildung 8

1.2 Beschreibung

Der Vorstand der BAWAG P.S.K. bestand im Februar 2007, also zu jenem Zeitpunkt, als der SWAP II mit der Stadt Linz abgeschlossen wurde und in weiterer Folge grundsätzlich aus fünf Mitgliedern. Als Generaldirektor fungierte bis Jänner 2008 Dr. Ewald Nowotny (Chief Executive Officer, CEO). In dieser Funktion folgte ihm David Roberts nach. Am 16.9.2009 übernahm Byron Haynes die Funktion des CEO. Von September 2008 bis Oktober 2010 war Byron Haynes auch für die Finanzen der BAWAG P.S.K. (Chief Financial Officer, CFO) zuständig. Von Mai 2011 bis März 2012 hatte er neben der Funktion des CEO auch die Verantwortung für den Risikobereich wahrzunehmen (Chief Risk Officer, CRO).

Als Generaldirektor-Stellvertreter war zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Dr. Stephan Koren tätig, der gleichzeitig CFO und CRO war. Sei-

ne Funktion als CRO endete im Mai 2007, er übernahm diese Funktion aber von September 2008 bis April 2011 wieder. CFO blieb er bis August 2008.

Für das Firmenkundengeschäft zeichnete bis Februar 2008 Jochen Bottermann von Vorstandsseite verantwortlich, für Privatkunden bis Februar 2008 Mag. Herbert Legradi. Mag. Alois Steinbichler war für "Treasury und Großkunden" bis September 2008 zuständig.

Die zweite Führungsebene der BAWAG P.S.K. wird in Bereiche gegliedert, die von Ausnahmen, die im BWG vorgesehen sind, abgesehen, einzelnen Vorständen zugeordnet sind. Bereiche gliedern sich in Abteilungen auf.

In den Zuständigkeitsbereich des Vorstandes Jochen Bottermann fiel unter anderem der Bereich "Filialsteuerung Kommerz und Immobilien", der wiederum die Abteilung "Filialsteuerung Kommerz VD Kommerz Oberösterreich" enthält, die bis März 2007 von Adolf Scheuchenpflug und in weiterer Folge von Herrn Mag. Herbert Auer geleitet wurde. Sie waren im Bereich "Filialsteuerung" für den oberösterreichischen Markt zuständig und somit hauptverantwortlicher Kundenbetreuer für die Stadt Linz vor Ort in Linz. Durch Adolf Scheuchpflug kam es im Sommer 2006 zum ersten eher allgemein gehaltenen Kundenkontakt mit der Stadt Linz (SVD, S 29, ON 37 des Strafaktes).

Der ebenfalls in der Zuständigkeit von Jochen Bottermann liegende Bereich "Treasury Abwicklung" war für die Abwicklung bzw die Verbuchung des Geschäfts zuständig. Verantwortliche Bereichsleiterin im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses war Frau Mag. Anneliese Blasl-Müller. In ihrem Zuständigkeitsbereich waren unter anderem Robert Gumpoldsberger und Silvia Schüller tätig. In ihren Zuständigkeitsbereich fiel bis 2009 die interne Abwicklung von Derivatgeschäften.

Der Vorstandsbereich "Treasury und Großkunden" wurde von Mag. Alois Steinbichler geleitet. Ihm unterstanden ua die Bereiche "Institutionelle Kunden & Öffentliche Hand" und "Treasury und Investmentbanking". Mag. Friedrich Heissenberger leitete den Bereich "Institutionelle Kunden & Öffentliche Hand"; ihm waren unter anderem Mag. Harald Machat und Mag. Peter Rauscher unterstellt. Kernaufgabe der Abteilung sind Kreditgeschäfte mit bspw Gemeinden. Im Juli 2010 wurde anstelle von Mag. Auer Mag. Rauscher zum internen Betreuer der Stadt Linz bestellt.

Der Bereich "Treasury und Investmentbanking" war für die Einführung des Produkts zuständig und wurde von Mag. Philip Reading geleitet; einer der ihm unterstellten Mitarbeiter war Iris Sahinoglu. Daneben waren unter anderem Manfred Heller, Klaus Peternell und Martin Lemmerer im Verantwortungsbereich von Mag. Reading tätig.

Der "Counterpart" dieser beiden Bereiche war der Bereich "Marktrisikococontrolling", welcher von Mag. Stefan Jezl geleitet wird. Der Bereich ist zuständig für die Überwachung und die Bewertung des Risikos. Verantwortlicher Vorstand für diese Organisationseinheit war Generaldirektor-Stellvertreter Dr. Stephan Koren.

Beweis: Excel-Auflistung der Zuständigkeiten (Beilage ./203);
Organigramm der BAWAG P.S.K. Februar 2007 (Beilage ./204);
Organigramm der für den SWAP II relevanten Einheiten in der BAWAG P.S.K. samt Austrittsdaten (Beilage ./205);
PV der BAWAG P.S.K., für die ihr Vorstandsvorsitzender Byron Haynes namhaft gemacht wird;
wie bisher.

2. PRODUKTEINFÜHRUNG

2.1 Einführung CHF resettable Swaps im Handels- und Bankbuch

Im Risikomanagementhandbuch – in der Fassung 2006 – wurde unter Punkt 6.2 "Produkteinführungsprocedere für das Handels- und Bankbuch Treasury", der Prozess für die Einführung von Produkten beschrieben. Damit ging die BAWAG P.S.K. über die damals geltenden gesetzlichen Anforderungen des BWG hinaus. Im konkreten Fall des CHF-resettable-Swaps kam der unter Punkt '6.2.2.2 Standardverfahren' genannte Prozess zum Einsatz.

Dieser Prozess wurde am Tag vor dem Abschluss des SWAP I abgeschlossen. Auch das zeigt die enge Verknüpfung mit den konkreten Vorgaben von Seiten der Stadt Linz in der Anbotsphase.

2.2 Konkreter Vorgang

Das Prozedere umfasste folgende Hauptebenen:

- Produktbeschreibung,
- Darstellung der Geschäftsziele und Ertragschancen,
- Risikoanalyse,
- Analyse des zusätzlichen Aufwandes,
- Berichtswesen,
- Definition der Bewertungsmethodik,

- Analyse der gesetzlichen Anforderungen und steuerlichen Aspekte,
- Prozesssteuerung.

2.3 Produktbeschreibung

Zweck der Produktbeschreibung war die – thematische und strukturelle – Erfassung des einzuführenden Produktes hinsichtlich seiner Grundstruktur und der erforderlichen Kerndaten.

Die Grundstruktur wurde beim SWAP I als beidseitig variabler Zinsswap zwischen BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz dargestellt.

Im Außenverhältnis lag ein Swapvertrag mit einer EUR/CHF-Fixingkomponente vor. Der Kunde bezahlte den Euribor minus einem Faktor X und erhielt von der BAWAG P.S.K. den Euribor, solange EUR/CHF-EZB-Fixing am Verfallstag über dem vereinbarten Strike lag. Anderenfalls ($\text{EUR/CHF-EZB-Fixing} < \text{Strike}$) hatte der Kunde $\text{Euribor-X} + (\text{Strike} - \text{EZB-Fix}) / \text{EZB-Fix} * 100$ zu bezahlen.

Die interne Absicherung war folgendermaßen gestaltet: Der Zinsabschlag sollte durch eine Serie verschriebener plain vanilla OTC-FX-Optionen auf den EUR/CHF Wechselkurs finanziert werden.

Weiters wurden die erforderlichen Kerndaten des SWAP I – Swaplaufzeit, Zinsperioden, Nominale, Verfall der FX-Optionen, Höhe des Abschlages auf den Euribor errechnet durch den Prämierertrag aus dem Verkauf der FX-Optionen – festgelegt. Außerdem wurde auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass sich die wechselseitigen Swapzahlungen egalalisieren müssen.

Im Rahmen der internen Abbildung wurde definiert, dass sämtliche – auf den Geschäftsfall SWAP I bezogenen – Tickets mit einer Strukturnummer versehen werden müssen und alle involvierten Geschäfte (interne wie externe) verbucht werden. Auf der Kundenseite (Stadt Linz) werden der Kundenswap und die FX-Optionen in einem neu aufzusetzenden, Gewinn und Verlust neutralen Ordner (Salesfolder) im Buchungssystem der Bank (Kondor) abgebildet. Buchungstechnisch wurden diese Positionen in den Handelsbüchern der Bank geschlossen, wodurch eine Risikoneutralisierung im sogn Salesfolder erreicht wurde.

Ferner wurde festgelegt, welche Abteilungen innerhalb des Treasury für die Eingabe bzw die Kontrolle der Daten verantwortlich sind und welche Kontrollmechanismen zur Anwendung kommen. Vorgegeben wurde auch, dass – prozessgesteuert – von der spezifischen Treasury Abteilung zum jeweiligen Zinszahlungstermin eine Meldung an die Abwicklungsabteilung geschickt werden sollte, die abhängig vom EUR/CHF-Kurs dem Kunden den aktuellen Zinssatz mitteilt.

2.4 Darstellung der Geschäftsziele und Ertragschancen

Auf dieser Ebene wurde die Konkurrenz analysiert, welche den EUR/CHF-Terminabschlag nutzte, um für die Kreditseite Produkte mit EUR/CHF-Kursgelinktem Faktor anzubieten.

Zudem wurde innerhalb der BAWAG P.S.K. festgelegt, welchem Kundenkreis (aus dem Bereich Unternehmen und öffentliche Hand) entsprechende Produkte angeboten werden dürfen.

Die wirtschaftliche Erwartungshaltung wurde anhand der Parameter Deckungsbeitrag und Abschlusshäufigkeit definiert.

2.5 Risikoanalyse

Es wurde analysiert, welche Risiken (Markt-, Kredit-, Liquiditäts- und operationales Risiko) dargestellt und überwacht werden müssen und durch welche Abteilungen diese umgesetzt werden sollten. Dabei wurde auch festgelegt, dass die Eingabe des Geschäftes mit den Kontrahenten zur internen Darstellung der Marktrisiken in eine Vielzahl von bereits genehmigten Einzelgeschäften zu teilen wäre. Zusätzlich bestand die Vorgabe, diese Einzelrisiken in die jeweiligen FX- und Zinshandelsbücher mittels gebuchter interner Trades zu übernehmen. Die relevanten Abteilungen wurden definiert und entsprechende Vorgehensweisen festgelegt.

So fiel es beispielsweise in die Verantwortung der Marktrisiko-Abteilung zu überprüfen, ob – nachdem alle internen und externen Geschäfte verbucht worden waren – auf den Sales-Folder kein Marktrisiko entstanden ist. Dies entsprach der strikten Vorgabe innerhalb der Bank, wonach immer alle Positionen geschlossen sein müssen. Das Fremdwährungsrisiko wie auch das Zinsrisiko mussten im Rahmen ihrer jeweiligen Limits an die Handelsbücher weitergegeben werden.

2.6 Erforderlicher Zusatzaufwand

Auf dieser Handlungsebene wurde vorgegeben, im Bereich Treasury zusätzliche Handelsbücher – worin die Kundenposition eingebucht wird – anzulegen. Bei Geschäftsabschluss und bei Formelanwendung war ein Buchungsprocedere gemäß den in der "internen Abbildung" beschriebenen Abläufen zu durchlaufen. Die Integration der Positionen erfolgte in der Erfolgsaufstellung, die Adaptierung der Sollstrukturen im Handelsbuch.

Außerdem hatte die Abteilung Treasury die Bewertung für den Kunden zur Verfügung zu stellen.

In das Ressort der Treasury-Abwicklung fiel die Eröffnung eines neuen Folders zur Darstellung des Swaps. Die internen Deals sollten den verantwortli-

chen Risikogruppen zugeordnet werden. Ferner fiel die Konzeption des Standards zur Erstellung eines Swapvertrags und einer Ereignisverständigung in die Verantwortlichkeit der Abteilung Treasury-Abwicklung, ebenso wie die manuelle Buchung der eintretenden Ereignisse und der periodische Bestandsabgleich der gegenläufigen internen Geschäfte (mit dem Schwerpunkt auf Zinsderivate).

Die Marktrisiko-Abteilung sollte kontrollieren, ob tatsächlich alle Geschäfte im Salesfolder geschlossen sind.

Das Rechnungswesen war für die Eröffnung neuer Konten und die laufende Kontrolle der Darstellung in den verschiedenen Systemen der Bank (SAP, Datawarehouse, Meldewesen) zuständig.

2.7 Berichtswesen

Auf der Ebene "Berichtswesen" wurde festgelegt, welche Abteilungen welches Risiko zu überwachen und zu berichten haben. In diesen Prozess sind die Abteilungen Marktrisiko, Controlling und die Treasury-Abwicklung eingebunden. Im Rahmen der Methoden zur Risikoanalyse wurden auch die anzuwendenden Bewertungsmethoden festgelegt. Die Analyse der gesetzlichen Anforderungen (zB erforderliche Eigenmittelhinterlegung gem Basel III) sowie die steuerlichen Aspekte – des neuen Produktes – wurden von der Bilanzierungsabteilung behandelt. Umfangreiche Pflichten (erforderliche Maßnahmen, Dokumentation und Verfahrensanweisungen) bezüglich des Berichtswesens oblagen der Treasury-Abwicklung. Unter anderem musste die Treasury-Abwicklung zwingend überprüfen, ob mit dem Kunden bereits ein Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte inkl. FX-Anhang bestand.

2.8 Zusammenfassung

Alle Schritte wurden vor Abschluss des SWAP I präzise durchlaufen und in dem dafür vorgesehenen Formular zur Produkteinführung festgehalten (vgl. Beilage ./206).

Das wesentliche Kriterium für die Zulassung zum Handel war die Möglichkeit der Zerlegung in bereits zugelassene Plain Vanilla Instrumente. Damit war auch der Handel im Rahmen der genehmigten Markt- und Kreditrisikolimits möglich und ließen sich die weiteren bedungenen Auflagen – Folderanlage, Zinsabgrenzung, etc – als Standardprozesse darstellen. Wie alle Prozesse in der BAWAG P.S.K. unterlag und unterliegt auch der Produkteinführungsprozess sowie die Beobachtung eingeführter Produkte/Prozesse einer ständigen Revision und Weiterentwicklung.

Festzuhalten ist jedoch, dass der Produkteinführungsprozess für den Resettable CHF-linked Swap anlässlich der Nachfrage durch die Stadt Linz im Jahr 2006 bereits den üblichen Standards entsprach, ja diese sogar über-

traf. Verglichen zu den damaligen Usancen am heimischen Markt, darf der Produkteinführungsprozess der BAWAG P.S.K. durchaus als vorbildlich bezeichnet werden.

Beweis: Formular zur "Einführung neuer Produkte im Handels- und Bankbuch" (Beilage ./206);
wie bisher.

3. BEKANNTGABE EINER LADUNGSFÄHIGEN ADRESSE

In Entsprechung des gerichtlichen Auftrags vom 24.5.2013 wird als ladungsfähige Adresse für die Zeugin Mag. Anneliese Blasl-Müller nachstehende Anschrift angegeben: BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft, Georg-Coch-Platz 2, 1018 Wien.

4. VORLAGE TONDATEIEN

Zum Auftrag des Gerichts zur Vorlage der Tondateien der vorgelegten Telefonprotokolle wird festgehalten, dass die bezughabenden Dateien heute an das Gericht und an die Parteienvertreter der Stadt Linz per E-Mail übermittelt wurden. Durch diese Form der Übermittlung sollte sichergestellt werden, dass das Abhören technisch – auf einfache Weise – möglich ist.

Erwähnt sei jedoch, dass der Aufwand zur Rekonstruktion dieser Dateien enorm ist. Sie sind auf mehreren Tonspuren (als Teilstücke von wenigen Sekunden) mit einer massiv veralteten Technologie, die bei der BAWAG P.S.K. längst nicht mehr zum Einsatz kommt, aufgenommen worden. Dabei muss nach der sprichwörtlichen „Stecknadel im Heuhaufen“ gesucht werden. Die Suche nach den Teilstücken ist ausgesprochen aufwendig. Das jetzt übermittelte Endprodukt ist demgegenüber verändert: Es entspricht einer aktuellen Aufnahmetechnologie und wird damit einem durchgehenden Abhören zugänglich.

5. VORLAGE PROTOKOLL DER VORSTANDSSITZUNG VOM 17.4.2007

Gemäß dem Auftrag des Gerichts vom 20.6.2013 wird der Auszug aus dem Protokoll der Vorstandssitzung der BAWAG P.S.K. vom 17.4.2007 vorgelegt, der sich mit dem Vorstandsbeschluss "Derivate im Kommunalgeschäft – Voraussetzungen/Zulässigkeit" befasst (vgl Beilage ./100).

Erklärt sei, dass diese Handlungsanweisung völlig unabhängig vom hier klagsgegenständlichen Geschäft ergangen ist und im Haus eine generelle Prüfung veranlasst hat – unabhängig davon, ob die nötigen Beschlüsse in den jeweiligen Fachabteilungen der BAWAG P.S.K. bereits vorlagen oder nicht.

Im konkreten Fall wurde das Vertrauen in den GRB 2004 bereits lange vor dem Abschluss des SWAP II geschaffen (sh oben Punkt III 2).

Ungeachtet dessen ergibt sich aus diesem Vorstandsbeschluss einmal mehr das Vertrauen der BAWAG P.S.K. in die vom Gemeinderat der Stadt Linz durch den GRB 2004 geschaffene Beschlusslage bzw – zumindest – der Anschein der anfänglichen Genehmigung durch den Gemeinderat der Stadt Linz.

Beweis: Protokoll der Vorstandssitzung der BAWAG P.S.K. vom 17.4.2007 (Beilage ./100);
wie bisher.

6. ZUSAMMENSETZUNG DES KLAGSBETRAGS

Dem Auftrag des Gerichts vom 10.6.2013 entsprechend, schlüsselt BAWAG P.S.K. den Klagsbetrag wie folgt auf und legt dazu die Urkunden vor, aus denen sich im Detail die Aufwendungen der BAWAG P.S.K. ergeben:

6.1 Zwei Hauptelemente des SWAP II

Die grundsätzliche Funktion des SWAP II wurde bereits dargestellt: Die Stadt Linz erwarb durch dieses Geschäft das Recht gegen Zahlung eines sehr attraktiven Zinssatzes von 0,065 % p.a. im Gegenzug von der BAWAG P.S.K. den variablen 6-Monats-LIBOR zu vereinnahmen, und zwar jeweils bezogen auf das Nominale der von der Stadt Linz über die Kommunalkredit AG emittierte CHF-Anleihe iHv CHF 195 Mio. Das Geschäft bestand im Wesentlichen aus zwei Elementen:

- Tausch des 6-Monats-LIBOR gegen den 10-Jahres-LIBOR: die Stadt Linz leistet den 10-Jahres-LIBOR und erhält ihrerseits den 6-Monats-LIBOR.
- Optimierung der Zinsbelastung durch Übernahme von Risiko: die Stadt Linz wollte die Zinslast aus dem 10-Jahres-LIBOR auf 0,065% reduzieren.

Aus Sicht der Stadt Linz war die vereinbarte Formel der einzige bestimmende Faktor für die zwischen den Streitparteien an den jeweiligen Fälligkeitstagen auszutauschenden Zahlungsströme. Solange der „Strike“ (EUR/CHF-Wechselkurs) von 1,54 nicht unterschritten wurde, blieb es beim günstigen Zinssatz und die Stadt Linz ersparte sich jährlich Zinsen in Millionenhöhe für ihre CHF 195 Mio.-Anleihe.

6.2 Finanzierung der Zahlungsströme aufgrund des SWAP II

Die BAWAG P.S.K. auf der anderen Seite des Geschäfts hatte ihrerseits die Zahlungsströme zu Gunsten der Stadt Linz bereitzustellen, welche sich daraus ergaben, dass die BAWAG P.S.K. den 6-Monats-LIBOR zu leisten hatte, die Stadt Linz hingegen nur 0,065 %. Theoretisch wäre es denkbar gewesen, dass die BAWAG P.S.K. diese Zahlungsströme ohne Hedging darstellt. Daraus wären im ex ante antizipierten EUR/CHF Verlauf unlimitierte Zahlungsverpflichtungen der BAWAG P.S.K. entstanden, wohingegen die BAWAG P.S.K. im ex ante unwahrscheinlichen Fall, dass der Strike unterschritten wird einen Zinsertrag generiert hätte (ein Szenario wie jenes der Finanz- und Währungskrise war 2007 denkunmöglich). Die BAWAG P.S.K. tat dies im Wesentlichen aus zwei Erwägungen nicht. Erstens wäre eine Übernahme von ungesicherten Risiken aus bankregulatorischen Gründen nicht zulässig gewesen. Zweitens hätte ein solches Verhalten gleichsam eine Wette gegen den eigenen Kunden bedeutet, was die BAWAG P.S.K. weder in diesem Fall noch generell tut.

Aus den genannten Gründen geht der Abschluss eines Geschäfts wie des hier relevanten SWAP II mit einer Reihe von Strukturierungsgeschäften einher, welche die BAWAG P.S.K. im eigenen Namen und auf eigene Rechnung abschließen musste. Diese Geschäfte bestanden im gegenständlichen Fall im Verkauf von Put (dh Verkaufs)-Optionen mit einem „Strike“ von 1,54 (in konsequenter Nachbildung zum mit der Stadt Linz vereinbarten „Strike“). Dh, die BAWAG P.S.K. hat an Dritte das einseitig ausübbares Recht verkauft, CHF in einem in der Option festgelegten Nominale zu einem bestimmten Termin zum festgelegten Wechselkurs von 1,54 CHF zum EUR verkaufen zu müssen. Die Termine wurden entsprechend den Zinszahlungsterminen aus dem SWAP II festgelegt, dh der 15.4. und 15.10. jedes Jahres bis 15.4.2017.

Für diese Optionsrechte bezahlten die Käufer der Put-Optionen Prämien. Mit diesen Prämien hat die BAWAG P.S.K. die erwähnten Zahlungsströme zugunsten der Stadt Linz finanziert. Zumal die Stadt Linz kein eigenes Kapital in die Hand nehmen wollte, war ein so attraktiver Zinssatz (0,065 % p.a.) nicht anders darstellbar als indem die Stadt Linz "gewisse Risiken" – darstellbar als höhere Zinszahlungen bei unterschreiten des Strike - übernahm (vgl den Aktenvermerk von Mag. Penn, Beilage ./H).

Solange der EUR/CHF-Wechselkurs zum jeweiligen Fälligkeitstag den Strike von 1,54 nicht unterschritt, waren die erworbenen Put-Optionen für die dritten Käufer nicht interessant. Sie ließen die Option verfallen.

BSP.: DIE PUT-OPTION GEWÄHRT DEM INHABER DAS RECHT, CHF ZUM KURS VON 1,54. ZU VERKAUFEN. LIEGT DER KURS ZUM FÄLLIGKEITSTAG BEI

1,60, IST DIE OPTION FÜR DEN OPTIONSKÄUFER UNATTRAKTIV. ÜBT ER DIE OPTION AUS, ERZIELT ER DENNOCH NUR 1,54 CHF, WOHINGEGEN AM MARKT 1,6 CHF ERZIELBAR WÄREN. DER OPTIONSKÄUFER WIRD DIE OPTION DAHER GAR NICHT AUSÜBEN.

Verfällt die Option unausgeübt, ist dies für den Optionsverkäufer insofern vorteilhaft, als er die zu Beginn lukrierte Prämie behält. Aus diesem Grund war die BAWAG P.S.K. in der Lage, mit Hilfe der eingenommenen Prämien den günstigen Zinssatz für die Stadt Linz zu finanzieren, ohne sonst Belastungen ausgesetzt zu sein. Dies spiegelte die Formel wider: Bei einem Wechselkurs über dem „Strike“ wurden also keine Zahlungen von Seiten der Stadt Linz schlagend, sondern diese erhielt aus der Differenz zwischen 0,065% und dem 6 Monats-Libor einen positiven Cash-Flow.

Umgekehrt verhält es sich bei einem Unterschreiten des „Strike“ von 1,54:

SELBES BSP, ABER DER TAGESKURS LIEGT BEI 1,30:

DER OPTIONSKÄUFER KANN BEI AUSÜBEN DER OPTION CHF ZUM KURS VON 1,54 VERKAUFEN, WEIL DIE OPTION EINEN „STRIKE“ VON 1,54 HAT. AUF DEM MARKT KANN DER OPTIONSKÄUFER DANN CHF ZUM TAGESKURS (CHF 1,30) KAUFEN UND LUKRIERT CHF 0,24 GEWINN. DEM OPTIONSKÄUFER IST SOMIT AN EINEM – GEGENÜBER DEM EUR - STEIGENDEN CHF GELEGEN. DER GEWINN DES OPTIONSKÄUFERS IST ZUGLEICH DER VERLUST DES OPTIONSVERKÄUFERS.

Daran wird illustriert, dass nach Unterschreiten des Strike von 1,54 die BAWAG P.S.K. jeweils an den vereinbarten Fälligkeitstagen, an denen die Put-Optionen abreifen, Kosten aufwenden muss. Denn aufgrund des stärkeren CHF muss sie sich auf dem Markt teurer mit CHF eindecken, um den Optionskäufern CHF, dies allerdings zum Kurs 1,54, liefern zu können. Aus diesem Grund führt die im SWAP II vereinbarte Formel bei Unterschreiten des Strike von 1,54 zu Zahlungspflichten auf Seiten der Stadt Linz. Denn die BAWAG P.S.K. muss ihrerseits die Forderungen der Optionskäufer befriedigen.

6.3 Situation aufgrund des Wegfalls der Stadt Linz als Gegenpartei

Solange der SWAP II von der Stadt Linz honoriert wurde und diese die Zinszahlungen leistete, welche aus der Formel folgten, war die BAWAG P.S.K. ihrerseits gegen drohende Verluste aus den Zahlungen an die Optionskäufer abgesichert. Die Zinszahlungen deckten die Kosten ab, die entstanden, weil Optionskäufer zum jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt ihre Rechte ausübten.

Diese Situation veränderte sich schlagartig mit der Gewissheit, dass die Stadt Linz ihren Zahlungsverpflichtungen aufgrund des SWAP II nicht mehr nachkommen würde, nämlich beginnend mit 11.10.2011. Ab diesem Zeit-

punkt wusste die BAWAG P.S.K., dass ihr Vertragspartner – die Stadt Linz – zu den künftigen Zahlungsterminen wegfallen würde und sie sah sich in der Folge den Ansprüchen der Optionskäufer ausgesetzt, die nacheinander bis einschließlich zum 15.4.2017 schlagend werden würden. Am 15.10.2011 verweigerte die Stadt Linz die fällige Zahlung und löste damit die vorzeitige Kündigung durch die BAWAG P.S.K. aus.

Mit dem Wegbrechen der Stadt Linz war die BAWAG P.S.K. gezwungen, die ausbleibenden Zahlungsströme seitens der Stadt Linz auf eine andere Weise bereitzustellen. Wollte die BAWAG P.S.K. dies erreichen, ohne mit einem jahrelangen Währungsrisiko belastet zu sein, musste sie sicherstellen, zu allen weiteren Zinszahlungsterminen (bis April 2017) den exakten erforderlichen CHF-Betrag bereitzustellen. Es sei nochmals festgehalten, dass ohne die vorzeitige Auflösung des SWAP II durch die Stadt Linz dieses Risiko für die BAWAG P.S.K. auch niemals aufgetreten wäre. Die Schließung des Risikos führte, nicht zuletzt aufgrund der damaligen Marktsituation zu enormen Kosten. Dazu im Folgenden:

6.4 Risikoneutralisierung durch Erwerb von Put-Optionen

Der konsequente Weg, das Risiko zu neutralisieren, welches aus den künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber dritten Put-Optionskäufern folgt, ist es, sich seinerseits mit Put-Optionen einzudecken. Dies hat die BAWAG P.S.K. getan.

Konkret hat die BAWAG P.S.K. also ihrerseits Put-Optionen erworben. Sie gewähren der BAWAG P.S.K. (gleiche Wirkung wie bei den schon oben erwähnten dritten Optionskäufern gegenüber der BAWAG P.S.K.) das Recht, zu den Fälligkeitstagen, die im Wesentlichen den Fälligkeitsterminen des SWAP II entsprachen, EUR gegen CHF im vereinbarten Nominale zu verkaufen.

Entscheidend war, mit Hilfe der erworbenen Put-Optionen jene Zahlungsströme bereitzustellen, die an dritte Optionskäufer zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen zu leisten waren. Wie oben erwähnt, machen die Optionskäufer gegenüber der beklagten Partei nur dann Forderungen geltend, wenn der EUR/CHF-Wechselkurs unter 1,54 liegt. Abzusichern war daher eine Bandbreite von 1,54 abwärts theoretisch bis auf Null. Tatsächlich hat die BAWAG P.S.K. allerdings nur einen Bereich von 1,54 bis 0,42 abgesichert, da ein noch schwächerer EUR (ein gegen Null konvergierender Wechselkurs würde praktisch den Zusammenbruch des EUR bedeuten) nicht erwartet wurde. Das theoretische Risiko einer über den Kurs von 0,42 hinausgehenden weiteren Stärkung des CHF gegenüber dem EUR ist damit bei der BAWAG P.S.K. verblieben.

Als die Stadt Linz aus dem SWAP II ausstieg, was spätestens seit 11.10.2011 evident war, lag der EUR/CHF-Wechselkurs bei ca. 1,23. Während für „Strikes“ von 1,32 abwärts bis 0,42 Put-Optionen auf dem Markt erhältlich waren bzw. Marktpreise dafür eingeholt werden konnten, konnten damals keine Put-Optionen mit „Strikes“ von 1,32 oder höher erworben werden. Aufgrund der damaligen allgemeinen Markterwartung nahmen potenzielle Optionsverkäufer an, dass der CHF weiter relativ stark bleiben und daher ein Ausüben der Option für sie wirtschaftlich nachteilig sein würde.

Somit verblieb eine Bandbreite für EUR/CHF-Wechselkurse ("Strikes") von 1,32 bis 0,42, die durch Einkauf von Put-Optionen abgesichert werden konnte und wurde. Weil der EUR/CHF-Wechselkurs zu den künftigen Fälligkeitstagen nicht bekannt war, wurden hauptsächlich in Zehntelschritten (0,10) Put-Optionen angekauft, wobei die Nominalen der Optionen an die zu den jeweiligen Wechselkursen fällig werdenden Zahlungsströme angepasst wurden.

BSP.: DIE BAWAG P.S.K. HAT AM 11.10.2011 EINE EUR PUT-OPTION BEI EINEM DRITTEN MIT EINEM "STRIKE" VON 1,30 ERWORBEN, FÄLLIG ZUM 15.4.2014. LIEGT DER EUR/CHF-WECHSELKURS ZUM FÄLLIGKEITSTAG BEI 1,25, WIRD DIE BAWAG P.S.K. SIE AUSÜBEN UND DEN FX-BETRAG ZUR DECKUNG DER BEI DIESEM KURS FÄLLIG WERDENDEN FX-FORDERUNGEN GEGENÜBER DEN PUT-OPTIONSKÄUFERN TILGEN.

GLEICHE OPTION, ANDERER WECHSELKURS: LIEGT DER WECHSELKURS BEI 1,35, VERFÄLLT DIESE OPTION UNGENÜTZT. DIE GEGENÜBER OPTIONSKÄUFERN DENNOCH ANFALLENDEN ZAHLUNGEN (KURS LIEGT JA IMMER NOCH UNTER DEM MIT IHNEN VEREINBARTEN STRIKE VON 1,54) KÖNNEN MIT DEN PUT-OPTIONEN DER BEKLAGTEN PARTEI NICHT FINANZIERT WERDEN, DA DIE NOTWENDIGEN CHF BETRÄGE, UM DIE CHF FORDERUNG AUSZUGLEICHEN, NICHT ZUR VERFÜGUNG STEHEN. ZUR LÖSUNG DIESES CASH FLOW-PROBLEMS VGL UNTEN PUNKT 6.5 (SYNTHETISCHES PORTFOLIO).

Die BAWAG P.S.K. hat einen Teil der Put-Optionen auf dem Markt von Dritten erworben und einen Teil bankintern dargestellt. Dazu im Folgenden:

6.4.1 Extern eingedeckte Put-Optionen

In der folgenden Liste werden die von der BAWAG P.S.K. extern erworbenen Put-Optionen samt der für den Erwerb dieser Put-Option von der BAWAG P.S.K. aufgewendeten Prämie in EUR aufgelistet. Diese Put-Optionen haben "Strikes" in einer Bandbreite von 1,22 – 0,52.

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie	Beilage ./
1	VAL_IMP_FXO:35150	1.1200	20,620,553	241,775.98	79.1.1
2	VAL_IMP_FXO:35141	1.2200	5,000,000	140,000.00	79.1.2
3	VAL_IMP_FXO:35127	1.0200	28,972,041	469,347.06	79.1.3
4	VAL_IMP_FXO:35151	1.1200	20,620,553	528,401.67	79.1.4
5	VAL_IMP_FXO:35142	1.2200	5,000,000	230,000.00	79.1.5
6	VAL_IMP_FXO:35128	1.0200	28,972,041	702,571.99	79.1.6
7	VAL_IMP_FXO:35152	1.1200	20,620,553	754,712.24	79.1.7
8	VAL_IMP_FXO:35143	1.2200	12,000,000	720,000.00	79.1.8
9	VAL_IMP_FXO:35144	1.2200	5,000,000	355,000.00	79.1.9
10	VAL_IMP_FXO:35155	1.1200	7,000,000	389,200.00	79.1.10
11	VAL_IMP_FXO:35145	1.2200	12,000,000	1,010,000.04	79.1.11
12	VAL_IMP_FXO:35129	1.0200	29,131,228	1,299,252.77	79.1.12
13	VAL_IMP_FXO:35146	1.2200	5,000,000	470,000.00	79.1.13
14	VAL_IMP_FXO:35153	1.0200	28,972,041	1,505,676.97	79.1.14
15	VAL_IMP_FXO:35156	1.1200	12,000,000	867,600.00	79.1.15

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie	Beilage ./
16	VAL_IMP_FXO:35031	1.2200	12,000,000	1,233,900.00	79.1.16
17	VAL_IMP_FXO:35154	1.0200	19,131,228	1,094,306.24	79.1.17
18	VAL_IMP_FXO:35032	1.2200	5,000,000	559,375.00	79.1.18
19	VAL_IMP_FXO:35147	1.1200	12,000,000	1,038,000.00	79.1.19
20	VAL_IMP_FXO:35033	1.2200	12,000,000	1,459,800.00	79.1.20
21	VAL_IMP_FXO:35056	1.0200	29,449,602	2,074,724.46	79.1.21
22	VAL_IMP_FXO:35148	1.1200	20,960,452	1,959,802.26	79.1.22
23	VAL_IMP_FXO:35034	1.2200	19,321,134	2,528,653.41	79.1.23
24	VAL_IMP_FXO:35140	1.0200	29,131,228	2,141,145.26	79.1.24
25	VAL_IMP_FXO:35149	1.1200	20,733,852	2,094,119.05	79.1.25
26	VAL_IMP_FXO:35035	1.2200	19,112,257	2,658,514.95	79.1.26
27	VAL_IMP_FXO:35187	0.6200	45,474,440	445,000.14	79.1.27
28	VAL_IMP_FXO:35166	0.6500	39,252,727	314,021.82	79.1.28
29	VAL_IMP_FXO:35171	0.7200	83,444,897	1,128,175.01	79.1.29
30	VAL_IMP_FXO:35157	0.8200	55,512,738	854,896.17	79.1.30
31	VAL_IMP_FXO:35175	0.9200	38,094,899	929,515.54	79.1.31
32	VAL_IMP_FXO:35188	0.6200	45,225,946	571,000.18	79.1.32
33	VAL_IMP_FXO:35167	0.6500	39,038,231	390,382.31	79.1.33

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie	Beilage ./
34	VAL_IMP_FXO:35181	0.7200	82,988,914	1,124,499.78	79.1.34
35	VAL_IMP_FXO:35158	0.8200	55,209,389	1,093,145.90	79.1.35
36	VAL_IMP_FXO:35177	0.9200	37,886,730	1,147,020.75	79.1.36
37	VAL_IMP_FXO:35189	0.6200	45,474,440	650,999.80	79.1.37
38	VAL_IMP_FXO:35168	0.6500	39,252,727	490,659.09	79.1.38
39	VAL_IMP_FXO:35159	0.7200	83,444,897	1,355,979.58	79.1.39
40	VAL_IMP_FXO:35179	0.8200	55,512,738	1,354,510.81	79.1.40
41	VAL_IMP_FXO:35176	0.9200	38,094,899	1,378,082.97	79.1.41
42	VAL_IMP_FXO:35190	0.6200	45,225,946	774,000.01	79.1.42
43	VAL_IMP_FXO:35169	0.6500	39,038,231	566,054.35	79.1.43
44	VAL_IMP_FXO:35160	0.7200	82,988,914	1,618,283.82	79.1.44
45	VAL_IMP_FXO:35180	0.8200	55,209,389	1,552,764.07	79.1.45
46	VAL_IMP_FXO:35178	0.9200	37,886,730	1,596,925.67	79.1.46
47	VAL_IMP_FXO:35191	0.6200	45,474,440	869,000.18	79.1.47
48	VAL_IMP_FXO:35170	0.6500	39,252,727	745,801.81	79.1.48
49	VAL_IMP_FXO:35172	0.7200	83,444,897	1,992,664.14	79.1.49
50	VAL_IMP_FXO:35164	0.8200	55,512,738	2,073,400.76	79.1.50
51	VAL_IMP_FXO:35173	0.7200	83,444,897	2,282,217.93	79.1.51

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie	Beilage ./
52	VAL_IMP_FXO:35165	0.8200	55,512,738	2,390,378.50	79.1.52
53	VAL_IMP_FXO:35161	0.7200	83,356,863	2,625,741.18	79.1.53
54	VAL_GEN_FXO:35185	0.7200	1,000,000	31,500.00	79.1.54
55	VAL_IMP_FXO:35182	0.8200	56,119,434	2,444,001.35	79.1.55
56	VAL_IMP_FXO:35195	0.6500	39,252,727	1,310,000.10	79.1.56
57	VAL_IMP_FXO:35174	0.7200	83,444,897	2,908,889.11	79.1.57
58	VAL_IMP_FXO:35186	0.8200	55,512,738	2,868,620.74	79.1.58
59	VAL_IMP_FXO:35475	0.5200	93,924,678	1,389,999.76	79.1.59
60	VAL_IMP_FXO:35477	0.5700	95,177,298	1,759,999.56	79.1.60
61	VAL_IMP_FXO:35479	0.6200	45,474,440	1,156,999.81	79.1.61
62	VAL_IMP_FXO:35482	0.6500	39,252,727	1,088,000.02	79.1.62
63	VAL_IMP_FXO:35476	0.5200	94,951,177	1,832,000.35	79.1.63
64	VAL_IMP_FXO:35478	0.5700	96,217,487	2,290,000.24	79.1.64
65	VAL_IMP_FXO:35480	0.6200	45,971,428	1,282,000.16	79.1.65
66	VAL_IMP_FXO:35483	0.6500	39,681,719	1,228,000.00	79.1.66
67	VAL_IMP_FXO:35481	0.6200	45,474,440	1,411,000.02	79.1.67
Prämiensumme				83,842,012.84	

In Summe hat die BAWAG P.S.K. für diese Put-Optionen Prämien in Höhe von EUR 83,842,012.84 aufgewendet.

Beweis: Konvolut Bestätigungen über den Erwerb der Put-Optionen von Dritten (Beilagen ./79.1.1 bis ./79.1.67).

6.4.2 Intern dargestellte Put-Optionen

Put-Optionen für die Bandbreite an Strikes von 1,22 bis 0,42 wurden zum Teil nicht extern eingedeckt, sondern bankintern dargestellt (vgl § 8 des Rahmenvertrags). Der Großteil dieser Puts hat sehr niedrige Strikes die am Markt schwierig zu handeln gewesen wären bzw nicht verfügbar waren. Die Marktgerechtigkeit dieser internen Put-Optionen wurde durch Vergleich mit zwei voneinander unabhängigen Marktdateninformationssystemen (UBS FX Option Trader⁸ und Superderivatives⁹) verifiziert. Die BAWAG P.S.K. hat als Prämie für diese internen Put-Optionen die billigere der zwei Indikationen zugrunde gelegt, damit sichergestellt war, dass die BAWAG P.S.K. keinen ungebührlichen Vorteil aus der internen Eindeckung dieser Put-Optionen zog. Zudem war zur Close out Zeit das Marktumfeld äußerst volatil und schwer einschätzbar. Die Konsequenz daraus wären deutlich höhere Prämien-Aufwände – für am Markt einzudeckende Puts – gewesen, als sie von der BAWAG P.S.K. angesetzt wurden. Dies hat die Kosten für die Stadt Linz enorm reduziert.

8 UBS FX Option Trader; http://www.ubs.com/content/dam/static/global/investment_bank/demos/fx-2/control_option_trade.popup.htm ; UBS AG, Bahnhofstrasse 45, P.O. Box, 8098 Zürich, CH

9 SuperDerivates.com, <https://www.superderivatives.com>; Super Derivatives Inc, 545 Madison Avenue, 17th Floor, New York, NY 10022 USA

In der folgenden Liste sind die internen Put-Optionen samt der von der BA-WAG P.S.K. zugrunde gelegten Prämie enthalten:

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie in EUR	Beilage ./
1	VAL_GEN_FXO:35438	0.4200	187,308,333	0,00	79.2.1
2	VAL_GEN_FXO:35439	0.4700	159,705,000	0,00	79.2.2
3	VAL_GEN_FXO:35440	0.5200	93,411,429	0,00	79.2.3
4	VAL_GEN_FXO:35441	0.5700	94,657,203	0,00	79.2.4
5	VAL_GEN_FXO:35442	0.6200	45,225,946	0,00	79.2.5
6	VAL_GEN_FXO:35443	0.6500	39,038,231	0,00	79.2.6
7	VAL_GEN_FXO:35447	0.7200	82,988,914	0,00	79.2.7
8	VAL_GEN_FXO:35444	0.8200	55,209,389	8,281.41	79.2.8
9	VAL_GEN_FXO:35445	0.9200	37,886,730	58,724.43	79.2.9
10	VAL_GEN_FXO:35446	1.0200	28,972,041	136,892.89	79.2.10
11	VAL_GEN_FXO:35448	1.2200	14,007,818	392,569.10	79.2.11
12	VAL_GEN_FXO:35449	0.4200	187,308,333	23,413.54	79.2.12
13	VAL_GEN_FXO:35450	0.4700	159,705,000	19,963.13	79.2.13
14	VAL_GEN_FXO:35451	0.5200	93,411,429	9,341.14	79.2.14
15	VAL_GEN_FXO:35452	0.5700	94,657,203	16,565.01	79.2.15
16	VAL_GEN_FXO:35432	0.6200	45,225,946	21,482.32	79.2.16
17	VAL_GEN_FXO:35433	0.6500	39,038,231	31,230.58	79.2.17

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie in EUR	Beilage ./
18	VAL_GEN_FXO:35434	0.7200	82,988,914	201,248.12	79.2.18
19	VAL_GEN_FXO:35435	0.8200	55,209,389	415,450.65	79.2.19
20	VAL_GEN_FXO:35436	0.9200	37,886,730	424,331.38	79.2.20
21	VAL_GEN_FXO:35437	1.2200	14,007,818	694,087.38	79.2.21
22	VAL_GEN_FXO:35426	0.4200	187,308,333	23,413.54	79.2.22
23	VAL_GEN_FXO:35427	0.4700	159,705,000	39,926.25	79.2.23
24	VAL_GEN_FXO:35428	0.5200	93,411,429	58,382.14	79.2.24
25	VAL_GEN_FXO:35429	0.5700	94,657,203	130,153.65	79.2.25
26	VAL_GEN_FXO:35430	0.6200	45,225,946	119,848.76	79.2.26
27	VAL_GEN_FXO:35431	0.6500	39,038,231	149,321.23	79.2.27
28	VAL_GEN_FXO:35422	0.7200	82,988,914	661,836.59	79.2.28
29	VAL_GEN_FXO:35423	0.8200	55,209,389	717,722.06	79.2.29
30	VAL_GEN_FXO:35424	0.9200	37,886,730	659,229.10	79.2.30
31	VAL_GEN_FXO:35425	1.2200	7,007,818	449,025.94	79.2.31
32	VAL_GEN_FXO:35349	0.4200	188,337,500	80,043.44	79.2.32
33	VAL_GEN_FXO:35350	0.4700	160,582,500	168,611.63	79.2.33
34	VAL_GEN_FXO:35351	0.5200	93,924,678	199,589.94	79.2.34
35	VAL_GEN_FXO:35352	0.5700	95,177,298	373,570.89	79.2.35

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie in EUR	Beilage ./
36	VAL_GEN_FXO:35353	1.0200	29,131,228	976,624.42	79.2.36
37	VAL_GEN_FXO:35354	1.1200	20,733,852	1,027,362.37	79.2.37
38	VAL_GEN_FXO:35355	1.2200	14,112,257	1,094,052.72	79.2.38
39	VAL_GEN_FXO:35342	0.4200	187,308,333	220,087.29	79.2.39
40	VAL_GEN_FXO:35343	0.4700	159,705,000	391,277.25	79.2.40
41	VAL_GEN_FXO:35344	0.5200	93,411,429	411,010.29	79.2.41
42	VAL_GEN_FXO:35345	0.5700	94,657,203	693,364.01	79.2.42
43	VAL_GEN_FXO:35346	1.0200	28,972,041	1,214,652.82	79.2.43
44	VAL_GEN_FXO:35347	1.1200	13,620,553	824,043.46	79.2.44
45	VAL_GEN_FXO:35348	1.2200	7,007,818	634,733.12	79.2.45
46	VAL_GEN_FXO:35336	0.4200	188,337,500	845,537.44	79.2.46
47	VAL_GEN_FXO:35337	0.4700	160,582,500	845,649.93	79.2.47
48	VAL_GEN_FXO:35338	0.5200	93,924,678	591,402.37	79.2.48
49	VAL_GEN_FXO:35339	0.5700	95,177,298	729,469.27	79.2.49
50	VAL_GEN_FXO:35340	1.1200	20,733,852	1,303,899.91	79.2.50
51	VAL_GEN_FXO:35341	1.2200	14,112,257	1,332,599.97	79.2.51
52	VAL_GEN_FXO:35330	0.4200	187,308,333	949,617.66	79.2.52
53	VAL_GEN_FXO:35331	0.4700	159,705,000	989,118.54	79.2.53

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie in EUR	Beilage ./
54	VAL_GEN_FXO:35332	0.5200	93,411,429	718,827.10	79.2.54
55	VAL_GEN_FXO:35333	0.5700	94,657,203	912,756.69	79.2.55
56	VAL_GEN_FXO:35334	1.1200	8,620,553	641,733.02	79.2.56
57	VAL_GEN_FXO:35335	1.2200	7,007,818	761,914.99	79.2.57
58	VAL_GEN_FXO:35465	0.4200	188,337,500	1,050,800.83	79.2.58
59	VAL_GEN_FXO:35466	0.4700	160,582,500	1,135,899.58	79.2.59
60	VAL_GEN_FXO:35467	0.9200	38,094,899	1,666,400.02	79.2.60
61	VAL_GEN_FXO:35468	1.0200	10,000,000	606,829.00	79.2.61
62	VAL_GEN_FXO:35469	1.1200	20,733,852	1,730,899.91	79.2.62
63	VAL_GEN_FXO:35470	1.2200	14,112,257	1,693,400.00	79.2.63
64	VAL_GEN_FXO:35322	0.4200	188,337,500	1,170,600.43	79.2.64
65	VAL_GEN_FXO:35323	0.4700	160,582,500	1,308,000.67	79.2.65
66	VAL_GEN_FXO:35324	0.5200	93,924,678	999,382.99	79.2.66
67	VAL_GEN_FXO:35325	0.5700	95,177,298	1,302,099.67	79.2.67
68	VAL_GEN_FXO:35326	0.9200	38,094,899	1,902,100.02	79.2.68
69	VAL_GEN_FXO:35327	1.0200	29,131,228	1,987,300.04	79.2.69
70	VAL_GEN_FXO:35328	1.1200	8,733,852	811,680.97	79.2.70
71	VAL_GEN_FXO:35329	1.2200	7,112,257	930,043.03	79.2.71

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Prämie in EUR	Beilage ./
72	VAL_GEN_FXO:35319	0.4200	190,395,833	1,227,400.07	79.2.72
73	VAL_GEN_FXO:35320	0.4700	162,337,500	1,427,099.22	79.2.73
74	VAL_GEN_FXO:35321	0.9200	38,511,237	2,108,499.85	79.2.74
75	VAL_GEN_FXO:35314	0.4200	188,337,500	1,534,999.59	79.2.75
76	VAL_GEN_FXO:35315	0.4700	160,582,500	1,719,800.04	79.2.76
77	VAL_GEN_FXO:35316	0.5200	93,924,678	1,306,499.78	79.2.77
78	VAL_GEN_FXO:35317	0.5700	95,177,298	1,678,999.87	79.2.78
79	VAL_GEN_FXO:35318	0.9200	38,094,899	2,207,499.97	79.2.79
Prämiensumme				55,900,226.43	

In Summe ergibt sich ein Gesamtprämienaufkommen von EUR 55,900,226.43. [Anm: Bei Pos 1 bis 11 wurde die Prämie zugunsten der Stadt Linz um EUR 248,421.48 zu niedrig berechnet.]

Beweis: Konvolut interne Bestätigungen samt zugehörigen Vergleichsangeboten (Beilagen ./79.2.1 bis ./79.2.79)

Insgesamt entstanden durch die Risikoneutralisierung mittels Erwerb von Put-Optionen somit Kosten iHv EUR 139,742,239.27.

6.5 Risikoneutralisierung durch Nachbildung am Markt nicht erhältlichlicher Put-Optionen – synthetisches Portfolio

Grundsätzlich wäre es vorzugswürdig gewesen, zu sämtlichen Put-Optionen, welche die BAWAG P.S.K. während der Laufzeit des SWAP II in den Markt verkauft hatte, Gegenpositionen durch Ankauf von Put-Optionen zu bilden (vgl oben Punkt 6.4). Dies war jedoch nicht möglich, da – wie bereits ausgeführt – Put-Optionen mit "Strikes" von 1,32 oder höher am Markt nicht erhältlich waren.

Die BAWAG P.S.K. muss auch in Zukunft Forderungen aus Optionen von Put Käufern mit einem "Strike" von 1,54 bedienen. Somit war BAWAG P.S.K. – sofern der Kurs zum jeweiligen Verfallstag weniger als 1,54, aber mehr als 1,32 beträgt – ungesichert.

Aufgrund des Wegfalls der halbjährlichen Zinszahlungen in CHF durch die Stadt Linz (bei Unterschreitung des Strike), konnte die BAWAG P.S.K. diese CHF-Forderungen Dritter nicht mehr befriedigen. Sie musste die zu den jeweiligen Verfallstagen erforderlichen CHF-Beträge auf andere Weise beschaffen. Um ein jahrelanges Währungsrisiko zu vermeiden, musste sie nicht bloß den CHF-Betrag, sondern auch den im Close Out-Zeitpunkt fixen EUR-Betrag definieren, der zur Ausgleichung der zukünftigen CHF-Forderungen notwendig sein wird, wenn der Tageskurs (Spot) am Verfallstag zwischen 1,32 und 1,54 liegt.

Die BAWAG P.S.K. war daher gezwungen, die nicht erhältlichen Put-Optionen auf andere Weise nachzubilden. Dies tat sie mit einer marktüblichen Kombination aus Call (Kauf)-Optionen, einem zugehörigen Termingeschäft, einem Kassageschäft zum Tageskurs und einem Währungsswap. Diese Konstruktion wird hier als synthetisches Portfolio bezeichnet. Zur Funktionsweise im Folgenden:

6.5.1 Erster Baustein: Ankauf von Call-Optionen durch die BAWAG P.S.K.

Durch den Ankauf der Call-Option erwarb die BAWAG P.S.K. als Optionskäufer das Recht, zu bestimmten Fälligkeitstagen (die wiederum im Wesentlichen den Fälligkeitstagen aufgrund des SWAP II entsprachen), EUR in einem bestimmten Nominale zu einem bestimmten Kurs gegen CHF zu kaufen. Die Nominale richtete sich wiederum nach dem notwendigen CHF Betrag zum jeweiligen Zinszahlungstermin.

Um – für den Fall, dass der EUR/CHF-Wechselkurs wieder auf 1,32 oder höher steigt (sofern der Kurs unter 1,32 liegt, war die BAWAG P.S.K. bereits durch Put-Optionen abgesichert, sh oben Punkt 6.4) – Zahlungsströme zu generieren und damit die künftig fällig werdenden Forderungen der dritten Put-Optionskäufer zu bedienen, erwarb die BAWAG P.S.K. solche Call-Optionen mit „Strikes“ von 1,33, 1,34, 1,35 usw. bis 1,54. Würde in der Folge der EUR/CHF-Wechselkurs 1,32 überschreiten (schwächer werdender CHF), können die Optionen mit einem über dem Tageskurs ("Spot") zum Verfallstag liegenden "Strike" ausgeübt werden und liefern dem Käufer den vertraglich fixierten CHF Betrag. Dieser CHF Betrag dient dazu, um die erwähnten Forderungen der dritten Put-Optionskäufer abzudecken und so die BAWAG P.S.K. risikolos zu stellen. Die von der BAWAG P.S.K. angekauften Call-Optionen sind vom Nominale so abgestimmt, dass damit die künftigen CHF Verbindlichkeiten der BAWAG P.S.K. aus fälligen Put-Optionen gegenüber Dritten bedient werden können.

6.5.2 Zweiter Baustein: Risikoabsicherung bezüglich der Änderung des EUR/CHF Wechselkurse durch Kombination mit Termingeschäft

Während der Wiedereindeckungsphase (dh im Oktober 2011) wurde für jeden Verfallstag der genaue benötigte CHF-Betrag ermittelt, der aus den Call-Optionen resultiert. Dieser CHF-Betrag unterliegt einem Währungsrisiko bezüglich der Veränderung des EUR/CHF Wechselkurses. Das Währungsrisiko wurde mit Hilfe des Abschlusses von Termingeschäften („Forward“) neutralisiert. Dh, die BAWAG P.S.K. hat mit Dritten vereinbart, CHF gegen Zahlung von EUR zu kaufen, wobei der Währungstausch erst in der Zukunft – zu einem definierten EUR/CHF Kurs (Terminkurs) - durchgeführt wird. Mit dieser Vorgehensweise wurden zum einen genau jene CHF-Zahlungen – korrespondierend zu den Zahlungen aus den Call-Optionen – fixiert, die in Zukunft zu leisten sind, zum anderen wurde damit das Risiko der Preisänderung bezüglich des EUR/CHF Kurses abgesichert.

6.5.3 Dritter Baustein: Währungsswap mit Hilfe eines Kassageschäfts und eines Termingeschäfts („Forward“)

Im Close-Out Zeitpunkt wurde der notwendige zukünftige Geldbetrag definiert und über Tauschgeschäfte ("Swaps") auf "Termin gelegt". Anders ausgedrückt, wird über die Swaps jene EUR/CHF Geldmenge am jeweiligen Zinszahlungstermin zur Verfügung gestellt, damit die Forderungen aus den Optionen bedient werden können und somit das Risiko einer Veränderung des FX-Kurses ausgeschlossen werden kann (Delta-Hedging). Die einzelnen Swaps bestehen jeweils aus einem Kassageschäft und einem Termingeschäft.

- Kassageschäft: Die BAWAG P.S.K. verkaufte zum Tageskurs, zB am 11.10.2011 einen bestimmten CHF-Betrag gegen EUR. Diese Geschäfte wurden allesamt bereits erfüllt.
- Termingeschäft: Kombiniert wurde das Kassageschäft mit einem Termingeschäft, woraus die BAWAG P.S.K. das Recht erwarb, ebenfalls zum damaligen Tageskurs, zB am 11.10.2011 mit Abschlag, der die Provision (Differenz zwischen dem EUR-Betrag heute und in Zukunft = Differenz zwischen "Near Leg" und „Far Leg“) des Dritten darstellt, denselben CHF-Betrag zu erwerben. Durchgeführt wird das Geschäft aber erst zum späteren Fälligkeitstermin (zB am 15.4.2014), weshalb als Berechnungsgröße der EUR-Betrag inklusive Provision für diesen Zeitpunkt (= Far Leg) herangezogen wird.

Mit diesem kombinierten Geschäft, einem Währungsswap, ist der Kauf des CHF-Betrags zum künftigen Fälligkeitstermin mit einem fixen Kurs festgelegt (die Bank hat den zur Erfüllung des künftig fälligen Termingeschäfts erforder-

derlichen Geldbetrag nämlich bereits, zB am 11.10.2011, bezahlt). Damit wurde der Einfluss des unsicheren künftigen EUR/CHF-Wechselkurses ausgeschaltet.

6.5.4 Fazit

Sofern der EUR/CHF-Wechselkurs an den künftigen Fälligkeitstagen, an denen Put-Optionskäufer Zahlung von der BAWAG P.S.K. begehren können, in einer Bandbreite zwischen 1,32 und 1,54 liegen sollte, werden die erforderlichen Zahlungen an die Put-Optionskäufer durch die CHF Beträge aus den Call-Optionen abgedeckt. Das CHF/EUR-Wechselkursrisiko, welches aus dem Umstand resultiert, dass die Geldbeträge in CHF erst an in der Zukunft liegenden Verfallstagen fällig sind, wird durch ein Termingeschäft abgesichert. Der erforderliche Kapitalbetrag zur Erfüllung des Termingeschäfts wurde mit Hilfe des erwähnten Währungsswaps fixiert.

6.6 Umfang des synthetischen Portfolios

Die oben genannten Geschäfte waren für jeden bei Herstellung des synthetischen Portfolios noch in der Zukunft liegenden Fälligkeitstermin von Put-Optionen abzuschließen. Im Zeitraum von 11.10.2011 bis 17.10.2011, als der Ausstieg der klagenden Partei evident war und die BAWAG P.S.K. die Risiken aus dem SWAP II schließen musste, gab es noch elf Fälligkeitstermine (sie entsprechen im Wesentlichen den Fälligkeitstagen für den SWAP II), und zwar zwei Mal jährlich von April 2012 bis April 2017:

Für all diese elf Fälligkeitstermine galt es somit, die erforderlichen Zahlungsströme zu generieren, sodass künftig fällig werdende Put-Optionen bedient werden können.

6.7 Kosten des synthetischen Portfolios

Die Herstellung des oben in Punkt 6.5 genannten synthetischen Portfolios hat Kosten verursacht, die heute bereits feststehen, denn die Wirkung des Portfolios ist, jegliche Unsicherheiten aufgrund der unbekanntenen künftigen Entwicklung des EUR/CHF-Wechselkurses auszuschalten.

Diese Kosten gliedern sich in die Kosten auf, welche zum jeweils in der Zukunft liegenden Fälligkeitstag anfallen, sodass die Kosten nach Maßgabe der elf künftigen Verfallstage aufgebrochen werden können. Für den für jeden Verfallstag notwendigen Zahlungsstrom sind folgende verschiedene Arten von Kosten entstanden:

- Prämienaufwand für die Call-Optionen; In Summe beträgt der Gesamtaufwand für Call-Options Prämien EUR 13.202.458,59. Dieser findet sich jeweils für jeden Verfallstag aufgeschlüsselt unten in

den Tabellen mit den erworbenen Call-Optionen (vgl unten Punkte 6.7.1(a) bis 6.7.11(a)).

- Kapitalaufwand für die Kassageschäfte (CSA-Kosten);
- Provision (Differenz zwischen "Near Leg" und „Far Leg“) für den Verkäufer der Währungsswaps.

Diese Kosten werden im Folgenden für jeden Verfallstag aufgelistet. Auf die bezug habenden Urkunden wird verwiesen, die unter einem mit diesem Schriftsatz vorgelegt werden.

6.7.1 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2012

Aufgrund von Optimierungs-Algorithmen bestimmte die BAWAG P.S.K. anlässlich der Schließung der offenen Positionen aus dem SWAP II die zu den jeweiligen Verfallstagen errechneten Zahlungsströme, dh die Forderungen der Put-Optionskäufer gegenüber der BAWAG P.S.K.

Ausgehend davon setzte die BAWAG P.S.K. mit den drei oben im Detail beschriebenen Bausteinen ein synthetisches Portfolio zusammen, dessen Zweck es war, per Mitte April 2012 den benötigten Zahlungsstrom bereitzustellen. Dh, für den Fall, dass der EUR/CHF-Wechselkurs zu diesem Verfallstag innerhalb des Bereichs von 1,32 bis 1,54 liegt (für den Bereich unter 1,32 stehen die Put-Optionen zur Verfügung, sh oben Punkt 6.4), kommt es aufgrund einer Reihe von Call-Optionen zu einem Zahlungsfluss an die BAWAG P.S.K.. Diesem Zahlungsstrom stehen die zugleich abgeschlossenen Termingeschäfte gegenüber, mit denen das Währungsrisiko neutralisiert wird. Mit Hilfe von Währungsswaps wurden die benötigten CHF-Beträge bereits am Abschlusstag getauscht. Damit kann die BAWAG P.S.K. sicher sein, zum Verfallstag einen bestimmten unveränderlichen EUR-Betrag zu bezahlen, womit sämtliche denkbaren Zahlungsströme aus den Put-Optionen an die Optionskäufer (abhängig vom EUR/CHF-Wechselkurs zum Verfallstag) finanziert sind.

Die dazu nötigen Finanzierungskosten ergeben sich aus einer Saldierung sämtlicher Kosten und Erträge aus den drei genannten Bausteinen. Dazu sofort:

(a) Call-Optionen

Im Einzelnen hat die BAWAG P.S.K. folgende Call-Optionen mit Verfallstag per Mitte April 2012 erworben:

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35107	1,485	1.286.252	1.910.084,22	4.308,94	79.3.1.1
2	35108	1,472	1.740.541	2.562.076,35	5.395,68	79.3.1.1
3	35109	1,4635	553.446	809.968,22	1.674,17	79.3.1.1
4	35110	1,4350	864.343	1.240.332,21	3.154,85	79.3.1.1
5	35111	1,4300	1.253.043	1.791.851,49	4.667,59	79.3.1.1
6	35112	1,4000	3.136.633	4.391.286,20	14.271,68	79.3.1.1
7	35113	1,3800	3.385.358	4.671.794,04	16.588,25	79.3.1.1
8	35114	1,3400	2.234.435	2.994.142,90	15.194,16	79.3.1.1
9	35115	1,3200	8.367.106	11.044.579,92	75.513,13	79.3.1.1
10	35116	1,4980	5.332.787	7.988.514,93	17.998,16	79.3.1.1
11	35487	1,5400	64.015.152	98.583.333,33	100.000,00	79.3.1.1
Summe			92.169.095,51	137.987.963,81	258.766,61	

Aufgrund der Call-Optionen können zum Verfallstag per Mitte April 2012 CHF 137.987.963,81 gegen EUR 92.169.095,51 getauscht werden.

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte April 2012 (Beilage ./79.3.1.1).

(b) Termingeschäfte

Darüber hinaus hat die BAWAG P.S.K. aus den genannten Gründen folgende Termingeschäfte abgeschlossen:

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70073	1,2322	-2.800.000	3.451.280	79.3.1.2
134	70088	1,2322	-750.000	923.325	79.3.1.2
Summe Nominale			-3.550.000	4.374.605	

Aufgrund dieser Termingeschäfte bezahlte die BAWAG P.S.K. EUR 3.550.000 und erhielt dafür CHF 4.374.605.

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte April 2012 (Beilage ./79.3.1.2).

(c) Währungsswaps

Die Summe der CHF-Zahlungsströme zuzüglich der Summe der CHF-Zahlungsströme aus den Termingeschäften ergibt einen Gesamtbetrag von CHF 137.987.963,80. Genau dieser Betrag muss aufgewendet werden, um die Zahlungsverpflichtung aus den Optionen zu befriedigen. Mit der Bereitstellung dieses CHF-Betrages ist jedes denkbare EUR/CHF Wechselkurs-Szenario, bezüglich des CHF-Cash-Flow am Zinszahlungstermin abgesichert.

Um bereits am Abschlusstag, im Oktober 2011, den EUR-Betrag zu kennen, den die BAWAG P.S.K. aufwenden muss, um die benötigten CHF 133.613.358,80 – dies entspricht genau CHF-137.987.963,81 resultierend aus den Call-Optionen abzüglich der CHF-4.374.605,00 für die Termingeschäfte - bereitzustellen, hat die BAWAG P.S.K. folgende Währungsswaps abgeschlossen.

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124587	1,2377	60.596.267,27	-75.000.000	-60.921.127,45	79.3.1.3
15	124692	1,2355	15.106.775,64	-18.664.421,30	-15.190.381,14	79.3.1.3
16	124636	1,234	-8.145.107,37	10.051.062,50	8.187.304,50	79.3.1.3
17	124615	1,2368	40.426.581,29	-50.000.000	-40.639.139,89	79.3.1.3
Summe Nominale			107.984.516,83	-133.613.358,80	-108.563.343,97	

Somit hat die BAWAG P.S.K. unter Hinzurechnung des „Far Leg“ (Nominale in EUR zuzüglich der Provision) einen Betrag von EUR 108.563.343,97 aufgewendet, um zum Verfallstag den Betrag von CHF 133.613.358,80 bereitzustellen.

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte April 2012 (Beilage ./79.3.1.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per April 2012

Die Kosten des synthetischen Portfolios ergeben sich aus der Differenz zwischen dem EUR-Betrag, den die BAWAG P.S.K. aufgrund der Währungsswaps eintauscht (EUR 108.563.343,97) und dem aufgrund der Call-Optionen einzutauschenden EUR-Betrags (EUR 92.169.095,51) zuzüglich des zu zahlenden EUR-Betrags für die Termingeschäfte (EUR 3.550.000). Es verbleibt somit ein Betrag von EUR 19.944.248,46, mit dem die BAWAG P.S.K. definitiv belastet bleibt.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,99125444

Weil die Kosten grundsätzlich erst mit dem Verfallstag fällig werden, nahm die BAWAG P.S.K. eine Abzinsung in Höhe von 1,834 % p.a. vor. Dieser Zinssatz wurde vom Coupon der CHF 195 Mio Anleihe mit Mitte Oktober 2011 übernommen. Aufgrund des unterlegten Zinssatzes von 1,834% und der entsprechenden Zeitspanne lässt sich zum jeweiligen Stichtag ein Diskontierungsfaktor errechnen. Die so abgezinste Kostenforderung beträgt EUR 19.769.824,82.

6.7.2 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2012

Die Berechnung für die nachfolgenden Verfallstage folgt dem Muster wie oben im Zusammenhang mit dem Verfallstag per Mitte April 2012 dargestellt. Es werden daher in diesem und den nachfolgenden Unterpunkten nur mehr die Einzelpositionen samt jeweiliger Zwischensumme und darauf basierend die Kosten des synthetischen Portfolios zu den jeweiligen Verfallstagen dargestellt.

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35057	1,485	1.286.252,00	1.910.084,22	6.431,26	79.3.2.1
2	35058	1,472	1.740.541,00	2.562.076,35	9.268,38	79.3.2.1
3	35059	1,4635	553.446,00	809.968,22	3.043,95	79.3.2.1
4	35060	1,4350	864.343,00	1.240.332,21	5.488,58	79.3.2.1
5	35061	1,4300	1.253.043,00	1.791.851,49	8.301,41	79.3.2.1
6	35062	1,4000	3.136.633,00	4.391.286,20	25.171,48	79.3.2.1
7	35063	1,3800	3.385.358,00	4.671.794,04	31.314,56	79.3.2.1
8	35064	1,3400	2.234.435,00	2.994.142,90	29.382,82	79.3.2.1
9	35065	1,3200	8.367.106,00	11.044.579,92	134.292,05	79.3.2.1
10	35066	1,4980	5.332.787,00	7.988.514,93	24.664,14	79.3.2.1
11	35488	1,5400	64.015.151,51	98.583.333,33	230.000,00	79.3.2.1
Summe			92.169.095,51	137.987.963,81	507.358,63	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte Oktober 2012
(Beilage ./79.3.2.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./Beilage ./
12	70066	1,2260	-4.200.000,00	5.149.200,00	79.3.2.2
13	70075	1,2255	4.900.000,00	-6.004.950,00	79.3.2.2
14	70089	1,2230	-1.700.000,00	2.079.100,00	79.3.2.2
Summe Nominale			-1.000.000,00	1.223.350,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte Oktober 2012 (Beilage ./79.3.2.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./Beilage ./
15	124693	1,2355	26.075.026,95	-32.215.695,80	-26.383.600,83	79.3.2.3
16	124638	1,2399	-8.469.272,29	10.451.082,00	8.565.407,54	79.3.2.3
17	124575	1,2385	52.484.961,04	-65.000.000,00	-53.057.542,95	79.3.2.3
18	124614	1,2358	40.459.948,70	-50.000.000,00	-40.896.851,60	79.3.2.3
Summe Nominale			110.550.664,40	-136.764.613,80	-111.772.587,84	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte Oktober 2012 (Beilage ./79.3.2.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte Oktober 2012

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per Oktober 2012 beträgt somit EUR 111.772.587,84 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 1.000.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich EUR 92.169.095,51 (Eintauschbetrag aus Calls) = EUR 20.603.492,33.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,98218861

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 20.236.515,55.

6.7.3 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2013

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./Beilage ./
1	35036	1,485	1.286.252,00	1.910.084,22	8.424,95	79.3.3.1
2	35037	1,472	1.740.541,00	2.562.076,35	12.444,87	79.3.3.1
3	35038	1,4635	553.446,00	809.968,22	4.178,52	79.3.3.1
4	35039	1,4350	864.343,00	1.240.332,21	7.951,96	79.3.3.1
5	35040	1,4300	1.253.043,00	1.791.851,49	11.997,89	79.3.3.1
6	35041	1,4000	3.136.633,00	4.391.286,20	37.796,43	79.3.3.1
7	35042	1,3800	3.385.358,00	4.671.794,04	47.902,82	79.3.3.1
8	35043	1,3400	2.234.435,00	2.994.142,90	45.023,87	79.3.3.1
9	35044	1,3200	8.367.106,00	11.044.579,92	202.902,32	79.3.3.1
10	35045	1,4980	5.332.787,00	7.988.514,93	31.996,72	79.3.3.1
11	35489	1,5400	64.015.151,51	98.583.333,33	350.000,00	79.3.3.1
Summe			92.169.095,51	137.987.963,81	760.620,35	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte April 2013 (Beilage ./79.3.3.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70064	1,2194	-4.700.000,00	5.731.180,00	79.3.3.2
13	70076	1,219	6.100.000,00	-7.435.900,00	79.3.3.2
14	70090	1,2147	-2.800.000,00	3.401.160,00	79.3.3.2
Summe Nominale			-1.400.000	1.696.440	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte April 2013 (Beilage ./79.3.3.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
15	124694	1,2355	22.687.384,70	-28.030.263,80	-23.118.696,69	79.3.3.3
16	124640	1,2340	-5.460.891,41	6.738.740,00	5.556.807,12	79.3.3.3
17	124574	1,2382	52.497.253,99	-65.000.000,00	-53.341.298,97	79.3.3.3
18	124613	1,2357	40.463.222,98	-50.000.000,00	-41.123.629,15	79.3.3.3
Summe Nominale			110.186.970,26	-136.291.523,80	-112.026.817,68	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte April 2013 (Beilage ./79.3.3.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte April 2013

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per April 2013 beträgt somit EUR 112.026.817,68 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 1.400.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich EUR 92.169.095,51 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 21.257.722,17.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,9732057

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 20.688.136,40.

6.7.4 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2013**(a)** Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35046	1,485	1.293.319,00	1.920.578,72	11.478,21	79.3.4.1
2	35047	1,472	1.750.104,00	2.576.153,09	16.844,75	79.3.4.1
3	35048	1,4635	556.487,00	814.418,72	5.662,26	79.3.4.1
4	35049	1,4350	869.092,00	1.247.147,02	10.689,83	79.3.4.1
5	35050	1,4300	1.259.928,00	1.801.697,04	16.001,09	79.3.4.1
6	35051	1,4000	3.153.867,00	4.415.413,80	49.752,25	79.3.4.1
7	35052	1,3800	3.403.959,00	4.697.463,42	62.632,85	79.3.4.1
8	35053	1,3400	2.246.712,00	3.010.594,08	57.178,82	79.3.4.1
9	35054	1,3200	8.413.079,00	11.105.264,28	253.654,33	79.3.4.1
10	35055	1,4980	5.362.088,00	8.032.407,82	44.076,36	79.3.4.1
11	35490	1,5400		99.125.000,00	490.000,00	79.3.4.1

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
			64.366.883,12			
Summe			92.675.518,12	138.746.137,99	1.017.970,75	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte Oktober 2013
(Beilage ./79.3.4.2).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70065	1,2123	-5.500.000,00	6.667.375,00	79.3.4.2
13	70091	1,2054	-3.750.000,00	4.520.250,00	79.3.4.2
Summe Nominale			-9.250.000,00	11.187.625,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte Oktober 2013
(Beilage ./79.3.4.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124695	1,2377	22.803.331,04	-28.173.515,50	-23.422.301,62	79.3.4.3
15	124643	1,2355	-20.757.700,57	25.615.002,50	21.273.152,15	79.3.4.3
16	124573	1,234	60.571.797,77	-75.000.000,00	-61.983.471,07	79.3.4.3
17	124617	1,2368	40.400.775,69	-50.000.000,00	-41.370.180,37	79.3.4.3
Summe			103.018.203,93	-127.558.513,00	-	

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
Nominale					105.502.800,91	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte Oktober 2013 (Beilage ./79.3.4.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte Oktober 2013

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per Oktober 2013 beträgt somit EUR 105.502.800,91 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 9.250.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich EUR 92.675.518,12 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 22.077.282,79.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,96425627

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 21.288.158,26.

6.7.5 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2014

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35130	1,485	1.286.252,00	1.910.084,22	12.798,21	79.3.5.1
2	35131	1,472	1.740.541,00	2.562.076,35	18.841,36	79.3.5.1
3	35132	1,4635	553.446,00	809.968,22	6.336,96	79.3.5.1
4	35133	1,4350	864.343,00	1.240.332,21	11.884,72	79.3.5.1
5	35134	1,4300	1.253.043,00	1.791.851,49	17.855,86	79.3.5.1
6	35135	1,4000	3.136.633,00	4.391.286,20	54.577,41	79.3.5.1
7	35136	1,3800	3.385.358,00	4.671.794,04	67.876,43	79.3.5.1

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
8	35137	1,3400	2.234.435,00	2.994.142,90	60.441,47	79.3.5.1
9	35138	1,3200	8.367.106,00	11.044.579,92	265.655,62	79.3.5.1
10	35139	1,4980	5.332.787,00	7.988.514,93	48.661,68	79.3.5.1
11	35491	1,5400	64.015.151,51	98.583.333,33	540.000,00	79.3.5.1
Summe			92.169.095,51	137.987.963,81	1.104.929,72	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte April 2014 (Beilage ./79.3.5.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70078	1,2053	-5.200.000,00	6.267.560,00	79.3.5.2
13	70092	1,1958	-4.500.000,00	5.381.100,00	79.3.5.2
Summe Nominale			-9.700.000,00	11.648.660,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte April 2014 (Beilage ./79.3.5.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124696	1,2355	59.380.867,10	-73.365.061,30	-61.465.366,37	79.3.5.3

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
15	124645	1,2340	-15.417.955,83	19.025.757,50	15.917.140,04	79.3.5.3
16	124570	1,2384	58.141.882,34	-72.000.000,00	-59.900.166,39	79.3.5.3
Summe Nominale			102.104.793,61	-126.339.303,80	-105.448.392,71	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte April 2014 (Beilage ./79.3.5.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte April 2014

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per April 2014 beträgt somit EUR 105.448.392,71 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 9.700.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich EUR 92.169.095,51 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 22.979.297,20.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,95543736

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 21.955.279,05.

6.7.6 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2014

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35087	1,485	1.293.319,00	1.920.578,72	14.388,17	79.3.6.1
2	35088	1,472	1.750.104,00	2.576.153,09	20.913,74	79.3.6.1
3	35089	1,4635	556.487,00	814.418,72	7.039,56	79.3.6.1
4	35090	1,4350	869.092,00	1.247.147,02	13.231,93	79.3.6.1

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
5	35091	1,4300	1.259.928,00	1.801.697,04	19.843,87	79.3.6.1
6	35092	1,4000	3.153.867,00	4.415.413,80	62.525,41	79.3.6.1
7	35093	1,3800	3.403.959,00	4.697.463,42	78.035,76	79.3.6.1
8	35094	1,3400	2.246.712,00	3.010.594,08	68.243,88	79.3.6.1
9	35095	1,3200	8.413.079,00	11.105.264,28	304.553,46	79.3.6.1
10	35096	1,4980	5.362.088,00	8.032.407,82	61.395,91	79.3.6.1
11	35492	1,5400	64.366.883,12	99.125.000,00	650.000,00	79.3.6.1
Summe			92.675.518,12	138.746.137,99	1.300.171.69	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte Oktober 2014
(Beilage ./79.3.6.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70070	1,1956	-5.400.000,00	6.456.240,00	79.3.6.2
13	70077	1,1945	8.400.000,00	-10.033.800,00	79.3.6.2
14	70093	1,1863	-5.500.000,00	6.524.650,00	79.3.6.2
Summe Nominale			-2.500.000,00	2.947.090,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte Oktober 2014
(Beilage ./79.3.6.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
15	124697	1,2355	66.305.308,13	-81.920.208,20	-69.224.444,98	79.3.6.3
16	124647	1,2340	-17.116.013,13	21.121.160,20	17.799.730,49	79.3.6.3
17	124568	1,2377	60.596.267,27	-75.000.000,00	-62.935.302,51	79.3.6.3
Summe Nominale			109.785.562,27	-135.799.048,00	-114.360.017,00	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte Oktober 2014 (Beilage ./79.3.6.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte Oktober 2014

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per Oktober 2014 beträgt somit EUR 114.360.017,00 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 2.500.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich EUR 92.675.518,12 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 24.184.498,88.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,94665132

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 22.894.287,76.

6.7.7 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2015

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35067	1,485	1.286.252,00	1.910.084,22	14.328,85	79.3.7.1
2	35068	1,472	1.740.541,00	2.562.076,35	21.199,79	79.3.7.1
3	35069	1,4635	553.446,00	809.968,22	7.156,06	79.3.7.1
4	35070	1,4350	864.343,00	1.240.332,21	13.717,12	79.3.7.1
5	35071	1,4300	1.253.043,00	1.791.851,49	20.637,62	79.3.7.1
6	35072	1,4000	3.136.633,00	4.391.286,20	64.520,54	79.3.7.1
7	35073	1,3800	3.385.358,00	4.671.794,04	80.910,06	79.3.7.1
8	35074	1,3400	2.234.435,00	2.994.142,90	71.971,15	79.3.7.1
9	35075	1,3200	8.367.106,00	11.044.579,92	312.093,05	79.3.7.1
10	35076	1,4980	5.332.787,00	7.988.514,93	55.727,62	79.3.7.1
11	35493	1,5400	64.015.151,51	98.583.333,33	680.000,00	79.3.7.1
Summe			92.169.095,51	137.987.963,81	1.342.261,86	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte April 2015 (Beilage ./79.3.7.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70067	1,189	-5.500.000,00	6.539.500,00	79.3.7.2
13	70094	1,1767	-6.000.000,00	7.060.200,00	79.3.7.2
Summe Nominale			-11.500.000,00	13.599.700,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte April 2015 (Beilage ./79.3.7.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124591	1,2393	60.518.034,37	-75.000.000,00	-63.301.823,09	79.3.7.3
15	124612	1,2400	40.322.580,65	-50.000.000,00	-42.194.092,83	79.3.7.3
16	124698	1,2355	7.576.196,52	-9.360.390,80	-7.979.872,81	79.3.7.3
17	124649	1,2340	-8.081.140,19	9.972.127,00	8.470.336,36	79.3.7.3
Summe Nominale			100.335.671,35	124.388.263,80	-105.005.452,37	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte April 2015 (Beilage ./79.3.7.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte April 2015

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per April 2015 beträgt somit EUR 105.005.452,37 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 11.500.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich EUR 92.169.095,51 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 24.336.356,86.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor
0,93799342

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 22.827.342,70.

6.7.8 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2015

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35077	1,485	1.293.319,00	1.920.578,72	15.545,69	79.3.8.1
2	35078	1,472	1.750.104,00	2.576.153,09	23.013,87	79.3.8.1
3	35079	1,4635	556.487,00	814.418,72	7.768,56	79.3.8.1
4	35080	1,4350	869.092,00	1.247.147,02	14.861,47	79.3.8.1
5	35081	1,4300	1.259.928,00	1.801.697,04	22.338,52	79.3.8.1
6	35082	1,4000	3.153.867,00	4.415.413,80	69.511,23	79.3.8.1
7	35083	1,3800	3.403.959,00	4.697.463,42	86.766,91	79.3.8.1
8	35084	1,3400	2.246.712,00	3.010.594,08	76.343,27	79.3.8.1
9	35085	1,3200	8.413.079,00	11.105.264,28	328.951,39	79.3.8.1
10	35086	1,4980	5.362.088,00	8.032.407,82	59.036,59	79.3.8.1
11	35494	1,5400	64.366.883,12	99.125.000,00	790.000,00	79.3.8.1
Summe			92.675.518,12	138.746.137,99	1.494.137,5	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte Oktober 2015
(Beilage ./79.3.8.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70068	1,2322	-5.500.000,00	6.490.000,00	79.3.8.2
13	70095	1,2322	-6.500.000,00	7.585.500,00	79.3.8.2
Summe Nominale			-12.000.000,00	14.075.500,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte Oktober 2015 (Beilage ./79.3.8.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124699	1,2377	67.604.998,79	-83.525.976,00	-71.862.665,41	79.3.8.3
15	124651	1,2355	-26.625.071,31	32.855.338,00	28.153.674,38	79.3.8.3
16	124566	1,234	59.759.347,49	-74.000.000,00	-63.032.367,97	79.3.8.3
Summe Nominale			100.739.274,97	-	-	106.741.359,00

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte Oktober 2015 (Beilage ./79.3.8.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte Oktober 2015

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per Oktober 2015 beträgt somit EUR 106.741.359,00 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 12.000.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich EUR 92.675.518,12 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 26.065.840,88.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor
0,92936779

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 24.224.753,06.

6.7.9 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2016

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Betrag in EUR	Beilage ./
1	35117	1,485	1.293.319,00	1.920.578,72	19.011,79	79.3.9.1
2	35118	1,472	1.750.104,00	2.576.153,09	28.264,18	79.3.9.1
3	35119	1,4635	556.487,00	814.418,72	9.321,16	79.3.9.1
4	35120	1,4350	869.092,00	1.247.147,02	17.468,75	79.3.9.1
5	35121	1,4300	1.259.928,00	1.801.697,04	26.206,50	79.3.9.1
6	35122	1,4000	3.153.867,00	4.415.413,80	78.846,68	79.3.9.1
7	35123	1,3800	3.403.959,00	4.697.463,42	98.119,,12	79.3.9.1
8	35124	1,3400	2.246.712,00	3.010.594,08	85.599,73	79.3.9.1
9	35125	1,3200	8.413.079,00	11.105.264,28	363.234,69	79.3.9.1
10	35126	1,4980	5.362.088,00	8.032.407,82	72.656,29	79.3.9.1
11	35495	1,5400	64.366.883,12	99.125.000,00	890.000,00	79.3.9.1
Summe			92.675.518,12	138.746.137,99	1.688.728,89	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte April 2016 (Bei-
lage ./79.3.9.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70074	1,1665	-6.700.000,00	7.815.550,00	79.3.9.2
13	70096	1,1571	-7.000.000,00	8.100.400,00	79.3.9.2
Summe Nominale			-13.700.000,00	15.915.950,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte April 2016 (Beilage ./79.3.9.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124611	1,2377	40.322.580,65	-50.000.000,00	-42.947.947,09	79.3.9.3
15	124700	1,2355	22.293.196,28	-27.543.244,00	-23.902.841,28	79.3.9.3
16	124653	1,234	-24.078.651,54	29.713.056,00	25.678.900,70	79.3.9.3
17	124564	1,2368	60.591.371,79	-75.000.000,00	-64.541.945,81	79.3.9.3
Summe Nominale			99.128.497,18	-122.830.188,00	-105.713.833,48	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte April 2016 (Beilage ./79.3.9.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte April 2016

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per April 2016 beträgt somit EUR 105.713.833,48 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 13.700.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich

EUR 92.675.518,12 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 26.738.315,36.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,92082149

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 24.621.215,27.

6.7.10 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte Oktober 2016

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35097	1,485	1.307.454,00	1.941.569,19	24.600,00	79.3.10.1
2	35098	1,472	1.769.231,00	2.604.308,03	35.100,00	79.3.10.1
3	35099	1,4635	562.569,00	823.319,73	11.850,00	79.3.10.1
4	35100	1,4350	878.591,00	1.260.778,09	20.800,00	79.3.10.1
5	35101	1,4300	1.273.698,00	1.821.388,14	30.800,00	79.3.10.1
6	35102	1,4000	3.188.335,00	4.463.669,00	89.599,99	79.3.10.1
7	35103	1,3800	3.441.161,00	4.748.802,18	108.200,01	79.3.10.1
8	35104	1,3400	2.271.267,00	3.043.497,78	89.400,00	79.3.10.1
9	35105	1,3200	8.505.025,00	11.226.633,00	377.000,03	79.3.10.1
10	35106	1,4980	5.420.690,00	8.120.193,62	96.399,98	79.3.10.1
11	35496	1,5400	65.070.346,32	100.208.333,33	1.000.000,00	79.3.10.1
Summe			93.688.367,32	140.262.492,09	1.883.749,98	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte Oktober 2016 (Beilage ./79.3.10.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70072	1,16	-6.000.000,00	6.960.000,00	79.3.10.2
13	70097	1,147	-7.500.000,00	8.602.500,00	79.3.10.2
Summe Nominale			-13.500.000,00	15.562.500,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte Oktober 2016
(Beilage ./79.3.10.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124623	1,2377	40.387.722,13	-50.000.000,00	-43.463.143,25	79.3.10.3
15	124701	1,2355	7.876.984,05	-9.732.013,79	-8.519.665,41	79.3.10.3
16	124655	1,234	-7.319.304,46	9.032.021,70	7.872.414,98	79.3.10.3
17	124565	1,2368	59.764.173,80	-74.000.000,00	-64.237.282,10	79.3.10.3
Summe Nominale			100.709.575,52	-124.699.992,09	-108.347.675,78	

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte Oktober 2016 (Beilage ./79.3.10.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte Oktober 2016

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per Oktober 2016 beträgt somit EUR 108.347.675,78 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 13.500.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich

EUR 93.688.367,32 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 28.159.308,46.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,91226165

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 25.688.657,32.

6.7.11 Erforderlicher Zahlungsstrom per Mitte April 2017

(a) Call-Optionen

Position	Bezeichnung	Strike	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Prämie in EUR	Beilage ./
1	35021	1,485	1.293.319,00	1.920.578,72	15.843,16	79.3.11.1
2	35022	1,472	1.750.104,00	2.576.153,09	23.232,63	79.3.11.1
3	35023	1,4635	556.487,00	814.418,72	7.790,82	79.3.11.1
4	35024	1,4350	869.092,00	1.247.147,02	14.600,75	79.3.11.1
5	35025	1,4300	1.259.928,00	1.801.697,04	23.340,17	79.3.11.1
6	35026	1,4000	3.153.867,00	4.415.413,80	73.169,71	79.3.11.1
7	35027	1,3800	3.403.959,00	4.697.463,42	95.055,56	79.3.11.1
8	35028	1,3400	2.246.712,00	3.010.594,08	85.431,22	79.3.11.1
9	35029	1,3200	8.413.079,00	11.105.264,28	364.706,97	79.3.11.1
10	35030	1,4980	5.362.088,00	8.032.407,82	60.591,59	79.3.11.1
11	35497	1,5400	64.366.883,12	99.125.000,00	1.080.000,00	79.3.11.1
Summe			92.675.518,12	138.746.137,99	1.843.762,58	

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen per Mitte April 2017 (Beilage ./79.3.11.1).

(b) Termingeschäfte

Position	Bezeichnung	Terminkurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Beilage ./
12	70063	1,1523	-5.500.000,00	6.337.650,00	79.3.11.2
13	70098	1,1369	-8.000.000,00	9.095.200,00	79.3.11.2
Summe Nominale			-13.500.000,00	15.432.850,00	

Beilage: Konvolut Tickets Termingeschäfte per Mitte April 2017
(Beilage ./79.3.11.2).

(c) Währungsswaps

Position	Bezeichnung	Tageskurs	Nominale in EUR	Nominale in CHF	Summe von „Far Leg“ in EUR	Beilage ./
14	124571	1,2377	60.562.015,50	-75.000.000,00	-65.291.198,74	79.3.11.3
15	124607	1,2355	40.319.329,09	-50.000.000,00	-43.607.186,47	79.3.11.3
16	124702	1,234	7.279.244,44	-8.993.506,50	-7.941.286,10	79.3.11.3
17	124657	1,2368	-8.654.958,27	10.680.218,50	9.383.428,66	79.3.11.3
Summe Nominale			99.505.630,76	-	-	107.456.242,64

Beweis: Konvolut Bestätigungen zu Währungsswaps per Mitte April 2017 (Beilage ./79.3.11.3).

(d) Kosten des synthetischen Portfolios per Mitte April 2017

Der Gesamtaufwand zur Absicherung des CHF-Risikos per April 2017 beträgt somit EUR 107.456.242,64 (Eintauschbetrag SWAP) zuzüglich EUR 13.500.000,00 (Eintauschbetrag Termingeschäfte) abzüglich

EUR 92.675.518,12 (Eintauschbetrag aus Calls), saldiert daher EUR 28.280.724,52.

(e) Abzinsung der Kostenforderung: Diskontierungsfaktor 0,90387265

Abgezinst resultiert daraus ein Betrag von EUR 25.562.173,42.

6.7.12 Summe des Aufwands für die Call-Optionen

Aus den oben in den Punkten 6.7.1(a) bis 6.7.11(a) aufgeführten Tabellen mit den erworbenen Call-Optionen ergeben sich folgende Zwischensumme sowie am Ende der Tabelle aufgeführter Gesamtprämienaufwand für die Call-Optionen:

Verfallstag	Prämienaufwand für Call-Optionen
April 2012	EUR 258.766,61
Oktober 2012	EUR 507.358,63
April 2013	EUR 760.620,35
Oktober 2013	EUR 1.017.970,75
April 2014	EUR 1.104.929,72
Oktober 2014	EUR 1.300.171,69
April 2015	EUR 1.342.261,86
Oktober 2015	EUR 1.494.137,5
April 2016	EUR 1.688.728,89
Oktober 2016	EUR 1.883.749,98
April 2017	EUR 1.843.762,58
Summe Prämienaufwand für Calls	EUR 13.202.458,59

Beweis: Konvolut Tickets Call-Optionen (Beilagen ./79.3.1.1, 79.3.2.1, 79.3.3.1, 79.3.4.1, 79.3.5.1, 79.3.6.1, 79.3.7.1, 79.3.8.1, 79.3.9.1, 79.3.10.1 und 79.3.11.1).

6.7.13 Zinsswap zur Absicherung gegen Zinsschwankungen

Weil sich der von der BAWAG P.S.K. für die Abzinsung herangezogene Zinssatz (1,834 % Oktober 2011) in der Zukunft – insbesondere im Fall steigender Zinsen – erhöhen kann, hat die BAWAG P.S.K. noch einen Zinsswap geschlossen. Dadurch wird die Zinslast aus den zukünftigen Cash-Flows bezüglich des Zinsrisikos neutral gestellt. Vor dem Hintergrund der damaligen Markterwartung, die von steigenden Zinsen ausging, hatte der Zinsswap zum Kündigungszeitpunkt einen (aus Sicht der BAWAG P.S.K.) negativen Barwert von EUR 516.620,66.

Der Aufwand für den Zinsswap erhöht dementsprechend die Forderung gegen die Stadt Linz.

Beweis Screenshot zum Ausweis des negativen Barwerts des Zinsswaps zur Absicherung gegen Zinsschwankungen (Beilage ./79.4).

6.7.14 Summe Zahlungsströme aufgrund des synthetischen Portfolios

Insgesamt beträgt der diskontierte Barwert des synthetischen Portfolios, dh die Summe aller abgezinsten, vertraglich fixierten Zahlungsverpflichtungen zwecks Abdeckung jeglicher künftiger Zahlungspflichten aus dem SWAP II gegenüber dritten Personen, EUR 249.756.343,62.

Verfalltag	Abgezinsten Zahlungsströme
April 2012	EUR 19.769.824,82
Oktober 2012	EUR 20.236.515,55
April 2013	EUR 20.688.136,40
Oktober 2013	EUR 21.288.158,26
April 2014	EUR 21.955.279,05
Oktober 2014	EUR 22.894.287,76

Verfallstag	Abgezinste Zahlungsströme
April 2015	EUR 22.827.342,70
Oktober 2015	EUR 24.224.753,06
April 2016	EUR 24.621.215,27
Oktober 2016	EUR 25.688.657,32
April 2017	EUR 25.562.173,42
Summe	EUR 249.756.343,62

Insgesamt ergibt sich zuzüglich des Aufwandes für den Zinsswap (EUR 516.620,66) eine Summe iHv EUR 250.272.964,30.

Beweis: wie bisher.

6.8 Kosten zur Absicherung von Währungsschwankungen während der Schließung der offenen Positionen gegenüber Dritten (11.10.2011 bis 17.10.2011)

Der Aufbau des oben genannten Replikationsportfolios durch die BAWAG P.S.K. an einem Handelstag hätte aufgrund der punktuell gestiegenen Nachfrage die Prämien unnötig verteuert. Die BAWAG P.S.K. hat den Ankauf daher über einen Zeitraum vom 11.10. bis 24.10.2011 verteilt durchgeführt. Da sich jedoch der EUR/CHF-Kurs innerhalb dieser Zeitspanne verändern würde und auch das Delta (diese Kennzahl ist wichtig für den Preis einer Option) variiert, traf die BAWAG P.S.K. die Entscheidung dieses Volatilitätsrisiko nicht eingehen zu wollen. Dagegen hat sich die BAWAG P.S.K. mittels Devisenswaps und Kassageschäften abgesichert, indem sukzessive zunächst eine Position in CHF aufgebaut und anschließend wieder abgebaut wurde. Durch den weiteren Rückgang des CHF während der Wiedereindeckungsphase entstand aus dieser Kassa-Position insgesamt ein Verlust von EUR 1,74 Mio.

Die EUR 1,74 Mio lassen sich aufteilen in einen Betrag von EUR 809.260,68 und einen Betrag von EUR 931.417,73. Die EUR 809.260,68 ergeben sich dadurch, dass während der Wiedereindeckungsperiode – wie bereits erwähnt – eine relativ große CHF-Kassaposition aufgebaut werden musste, um das Wechselkursänderungsrisiko EUR/CHF (Delta-Hedge) zu neutralisieren.

Zwischen dem 11.10.2011 und dem 20.10.2011 wurde auf täglicher Basis der EUR-Gegenwert der CHF-Position am Beginn und Ende des Handelstages miteinander verglichen und der daraus resultierende Überhang bzw Verlust mit den folgenden Ergebnissen saldiert. Im Endergebnis folgt daraus ein Aufwands-Realisat von EUR -809.260,68.

Der Betrag von EUR 931.417,73 ergibt sich dadurch, dass während der Zeit vom 11.10.2011 bis zum 24.10.2011 – ebenfalls auf täglicher Basis – der kumulierte CHF-Betrag mit dem FX-Tageskurs des CHF in Relation gesetzt wurde und davon der kumulierte EUR-Betrag subtrahiert wurde. Damit ergeben sich zu den einzelnen Handelstagen positive/negative Bewertungsdifferenzen, welche in Summe zu einer Aufwands-Positionsbewertung von EUR – 931.417,73 führten.

Saldiert ergeben sich aus den Kassageschäften zur Absicherung gegen Volatilitäten des Spot in den von der BAWAG P.S.K. erworbenen Optionen Gesamtkosten von EUR 1.740.678,41.

Beweis: Excel-Tabelle zum Ausweis der Kassapositionen (Beilage /79.5).
Zeuge: Christian Köllich, p.A. BAWAG P.S.K.

6.9 Offene Zinszahlung

Zusätzlich zu den oben dargestellten Kosten hat die Stadt Linz eine per 17.10.2011 fällige Zinszahlung in Höhe von EUR 20.031.908,58 an die BAWAG P.S.K. zu leisten. Sie berechnet sich wie folgt. CHF 24.964.895,59 abzüglich CHF 265.552,08 = CHF 24.699.343,51 offene Zins-Forderung der BAWAG P.S.K.

Die CHF 24.964.895,59 errechnen sich indem der statische von der Stadt Linz zu bezahlende Zinssatz von 0,065% mit dem Zinssatz 24,8479935144% resultierend aus der Zinsformel (EUR/CHF 1,2335 am 13.10.2011) addiert wird (Summe: 24,9129935144%) und dann auf die CHF 195.000.000,00 angewendet wird. Die Zinsen werden für eine Zeitspanne von 185 Tagen verrechnet (185/360).

Die CHF 265.552,08 errechnen sich auf Basis des 6 Monats-Libor im Oktober 2011 (0,265%) und werden ebenfalls für 185 Tage berechnet (185/360). CHF 24.699.343,51 geteilt durch den damals aktuellen Wechselkurs ergibt die offene Zinszahlungsforderung in der Höhe von EUR 20.031.908,58.

6.10 Schadensmindernde Position

Der im SWAP II enthaltene Zinsswap hatte zum Kündigungszeitpunkt einen positiven Barwert von EUR 6.986.455,97 zugunsten der Stadt Linz. Dies resultiert aus dem Umstand, dass die Zinsen im Oktober 2011 sehr niedrig waren, der Markt steigende Zinsen antizipierte und deshalb auch bereit war eine Prämie für diesen Swap zu bezahlen.

Beweis: Buchung aus BAWAG P.S.K. Gewinn- und Verlustrechnung (Beilage ./79.6.1 und 79.6.2).

6.11 Gesamthöhe der Ausgleichsforderung

Die Gesamtforderung der BAWAG P.S.K. setzt sich somit wie folgt zusammen:

Forderungsposition	Betrag in EUR
Extern eingedeckte Put-Optionen (vgl Punkt 6.4.1))	83,842,012.84
Intern eingedeckte Put-Optionen (vgl Punkt 6.4.2)	55,900,226.43
Eindeckungskosten für Call-Optionen	13.202.458,59
Summe diskontierter Barwert der Zahlungsströme zu den Verfallstagen (vgl Punkt 6.7)	249.756.343,62
Zinsswap (vgl Punkt 0)	516.620,66
Absicherungskosten (vgl Punkt 6.8)	1.740.678,41
Barwert Zinsswap aufgrund des SWAP II	-6.986.455,97
Offene Zinszahlung aus SWAP II	20.031.908,58
Summe	418.003.793,16

Die Klagsforderung der BAWAG P.S.K. ist damit zur Gänze unterlegt und belegt aufgrund der zum voranstehenden Vorbringen vorgelegten Urkunden.

Beweis: Belege (Tickets).

VIII. URKUNDENERKLÄRUNGEN

BAWAG P.S.K. erstattet die nachfolgenden Urkundenerklärungen und verweist jeweils (auch) auf ihr eigenes Vorbringen. Da viele der von der Stadt Linz vorgelegten Urkunden Themen betreffen, zu welchen die Parteien aufgrund des Prozessprogramms zu einem späteren Zeitpunkt vortragen sollen, bleiben ergänzende Urkundenerklärungen und ergänzendes Vorbringen zu einzelnen Urkunden vorbehalten.

./A1 Amtsbericht der Stadtkämmerei Linz vom 6.10.2011 samt Beschlussanträgen:

Echt, Richtigkeit bestritten. Unrichtig sind insbesondere die Behauptungen in dem Schreiben, BAWAG P.S.K. habe einen außerordentlichen Auflösungsgrund gesetzt. Die Ausweitung der Kreditlinien ist eine bankinterne Maßnahme, die der Stadt Linz nicht mitgeteilt werden musste (vgl Punkt 6.2 der KB). Vielmehr war die Stadt Linz durch die regelmäßige Übermittlung des Marktwerts des SWAP II über die finanziellen Folgen im Falle eines vorzeitigen Ausstiegs aus dem Geschäft stets informiert. Diese Stichtagsbewertungen sind der Stadt Linz bekannt und wurden von ihr selbst vorgelegt (vgl Beilage ./III).

Ebenso falsch ist die Behauptung, BAWAG P.S.K. habe sich nicht für die Existenz eines Gemeinderatsbeschlusses interessiert, der das gegenständliche Geschäft deckt. Dass dies der Fall ist, hat Herr Mag. Penn der BAWAG P.S.K. bestätigt, bevor das Geschäft abgeschlossen wurde (vgl AS 15, ON 52 des Strafaktes). Dass BAWAG P.S.K. mit Mag. Penn Kontakt hielt, beruht auf der Weisung des Bürgermeisters Dr. Dobusch, der noch im Sommer 2010 dies gegenüber der BAWAG P.S.K. so angeordnet hat (vgl AS 19, ON 48 des Strafaktes).

Die Behauptung der Stadt Linz, die Informationen des Vorstandmitglieds Dr. Prehofer seien unrichtig gewesen, wird entschieden bestritten. Es trifft sehr wohl zu, dass es sich beim SWAP II nicht um ein Eigengeschäft gehandelt hat, sondern Geschäfte zur Bereitstellung der zur Finanzierung der Forderungen der Stadt Linz nötigen Zahlungsströme aufgrund des SWAP II sowie zu Absicherungszwecken mit Dritten geschlossen hat.

./A2 Auszug aus dem Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 24.11.2011 samt Abstimmungsergebnis:

Echt bzw Übereinstimmung mit dem Original und richtig.

./B1 Bestätigung des Bürgermeisters Dr. Franz Dobusch:

Echt bzw. Übereinstimmung mit dem Original und richtig mit der Maßgabe, dass der von Bürgermeister Dr. Dobusch in der Urkunde geäußerte Rechtsstandpunkt entschieden bestritten wird.

./B2 Bestätigung des Bürgermeisters der Stadt Linz:

Es wird auf die Urkundenerklärung zu Beilage ./B1 verwiesen.

./C Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13.5.2004:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen, insbesondere darauf, dass es Mag. Penn sowohl bei inländischen als auch ausländischen Fremdfinanzierungen darauf ankam, der mit dem Ende der Niedrigzinspolitik erwarteten Erhöhung der Zinslandschaft entgegenzuwirken. Genau dies war der Zweck des gegenständlichen SWAP II. Im Übrigen war der BAWAG P.S.K. der Amtsbericht im Zeitpunkt des Abschlusses des SWAP II nicht bekannt, sodass sie darauf nicht einmal theoretisch hätte Bedacht nehmen können. BAWAG P.S.K. erhielt den Amtsbericht erst im Zuge des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens.

./D Schuldverschreibung der Stadt Linz (Anleihe) vom 6.10.2005:

Echt bzw. Übereinstimmung mit dem Original und richtig.

./E Finanzausschussbericht der Sitzung vom 4.5.2006:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Dr. Mayr spricht in dieser Sitzung davon, dass er aufgrund der Markteinschätzung ein Swapgeschäft für überlegenswert halte. Für dieses Geschäft sei auch kein gesonderter Gemeinderatsbeschluss notwendig, da die FVV zu Maßnahmen des Debt-Managements mit GRB 2004 ermächtigt wurde (sh Punkt 4.12.4 der KB). Der damalige Rechtsstandpunkt der Stadt Linz stimmt mit demjenigen der BAWAG P.S.K. vollkommen überein.

./F E-Mail: Absicherungsvorschläge der BAWAG P.S.K. vom 9.8.2006:

Echt und richtig (sh Urkundenerklärung zu Beilage ./G).

./G Präsentationsunterlagen der BAWAG P.S.K. zu Varianten zur Finanzierungsoptimierung vom 9. August 2006 (als Anlage):

Echt und richtig. Wie aus der Urkunde eindeutig hervorgeht, hat BAWAG P.S.K. hier sowohl Varianten zur Absicherung als auch zur Optimierung dargestellt. Die Präsentationsunterlage gibt auch den hier gegenständlichen SWAP II mit seinen Eigenschaften richtig wieder, womit erwiesen ist, dass

die Stadt Linz über das Geschäft im Vorhinein (im Jahr 2006) voll informiert war.

./H Zusammenstellung von Finanzinstrumenten vom 11.8.2006 Mag. Werner Penn:

Echt bzw. Übereinstimmung mit dem Original, zur Richtigkeit und ergänzend vorgebracht: Zur angeblich falschen Darstellung des Risikos in dem Bericht wird darauf verwiesen, dass Mag. Penn keineswegs den historischen Höchststand des CHF und somit ein EUR/CHF-Wechselkurs von 1,4464 als das "Maximalrisiko" dargestellt hätte. Ganz im Gegenteil heißt es im Bericht sogar: "*Die Barriere von 1,4350 ist grundsätzlich attraktiv, könnte jedoch in Krisensituation erreicht werden*" (sh AS 41 der Beilage, vgl Punkt 4.14.5 der KB). Mag. Penn berichtet zudem: "*Die Fixzinssätze können gesenkt werden, wenn wir gewisse Risiken übernehmen.*" Schon aus diesem Bericht gehen die Chancen und Risiken des Resettable CHF linked Swaps hervor. Auch ist dem Bericht zu entnehmen, dass die Banken ihre Angebote nach den Angaben Mag. Penns strukturiert haben. Mag. Penn besprach diesen Bericht auch mit Dr. Mayr am 1.9.2006, woraufhin eine Ausschreibung über die ausgewählten Derivate durchgeführt wurde. Die Behauptung der Stadt Linz, Dr. Mayr wüsste über den SWAP I nur, was Mag. Penn ihm (und Dr. Dobusch) im Schreiben vom 13.9.2006 (Beilage ./70) mitteilte, ist daher unrichtig. Mit Schreiben vom 13.9.2006 (Beilage ./70) wurde auch Bürgermeister Dr. Dobusch via Finanzstadtrat Dr. Mayr über die entsprechenden Angebote informiert (sh Beilage ./34, S 4 f).

Auch geht aus dieser Beilage eindeutig hervor, dass Mag. Penn seine Überlegungen zur Absicherung bzw. Optimierung von Zinsbelastungen mit anderen geteilt hat. Vergleiche den letzten Absatz der Unterlage „*Grundsätzlich würde ich vorschlagen ...*“ oder „*Ebenso sollten wir auch Verbilligungsmöglichkeiten ... ins Auge fassen.*“ Sehr detailliert geht Mag. Penn in dieser Urkunde auf Möglichkeiten ein, die Zinsbelastung dadurch zu senken, indem gewisse Risiken übernommen werden (vgl die angezeichneten Stellen in der Beilage). Mag. Penn wollte daher ganz konkret die Zinsbelastung durch Übernahme von Risiken senken und hat dies auch so den zuständigen Gremien der Stadt Linz kommuniziert. Auch die Berechnungsformel hatte er sehr richtig verstanden (vgl AS 35 der Beilage). Die Behauptung der Stadt Linz, die Formel sei „unmöglich“ und könne nicht angewandt werden, erweist sich als reine Schutzbehauptung.

Schließlich enthält diese von Mag. Penn selbst erstellte Unterlage auch Ausführungen zu Markterwartungen, sodass Mag. Penn darüber (dh über „Forwards“ der erwarteten Entwicklung des CHF/EUR-Wechselkurses) auch nicht mehr aufgeklärt werden musste. Auch der dahingehende Vorwurf der Stadt Linz (sh Punkt 2.2.2 in der KB der Stadt Linz) geht somit ins Leere.

./I E-Mail Iris Sahinoglu (BAWAG P.S.K) an Mag. Werner Penn vom 4.9.2006:

Übereinstimmung mit dem Original und richtig.

./J E-Mail von Mag. Werner Penn an Iris Sahinoglu (BAWAG P.S.K.) vom 8.9.2006:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Im Zusammenhang mit dieser Unterlage verschweigt die Stadt Linz den wesentlichen Umstand, dass Mag. Penn eine prämienfreie Verminderung der Zinsbelastung wünschte: „*Um diese Konstruktion prämienfrei zu gestalten, ist noch der Einsatz eines weiteren Derivats – nach Ihrer Wahl – (vorzugsweise in Euro) erforderlich.*“ Weiter unten steht: „*Sie werden daher sucht, die gesamte Konstruktion auf Grundlage des obigen Cap-Spreads derart anzubieten, dass insgesamt keine Prämienbelastung für die Stadt Linz entsteht.*“ Mit anderen Worten hat sich Mag. Penn entschlossen, Risiko zu übernehmen anstatt eine Prämie zu leisten, wie er es auch bereits in seinem Aktenvermerk vom August 2006 (Beilage ./H) in Aussicht genommen hatte.

./K E-Mail Iris Sahinoglu (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 12.9.2006:

Echt und richtig. Wie Iris Sahinoglu auch in ihrer Einvernahme (Beilage ./YYY) aussagte, erkundigte sich Mag. Penn zunächst nach Instrumenten zur Verminderung der Zinsbelastung auf den Fremdwährungsfinanzierungen der Stadt Linz. Die Stadt Linz entschied sich in der Folge jedoch anders, weil sie keine Kosten übernehmen wollte, die mit einer derartigen Absicherung verbunden gewesen wären. Dies sollte schließlich zum Abschluss des streitgegenständlichen Optimierungsgeschäftes in der Form des SWAP II führen.

./L Schreiben Mag. Werner Penn an Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 13.9.2006:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Mit der gegenständlichen Beilage übersandte Mag. Penn dem Bürgermeister den Rahmenvertrag und das Unterschriftenverzeichnis zur Unterfertigung. Ausdrücklich hält er dort fest, dass die in Aussicht genommenen Einzelabschlüsse auf Grund des GRB 2004 erfolgen sollen. Auch der Bürgermeister tritt dem in keiner Weise entgegen.

Der Inhalt des SWAP I geht schon aus diesem Schreiben hervor; er stand also auch zum Zeitpunkt der Unterschriftsleistung durch den Bürgermeister auf dem Rahmenvertrag – anders als die Stadt Linz behauptet – fest.

Unrichtig ist, dass dieses Schreiben Grundlage des Rahmenvertrags gewesen sein soll (sh Punkt 4.7.7 der KB). Grundlage des Rahmenvertrags 2006 war der Gemeinderatsbeschluss 2004. Darauf verweist Mag. Penn auch in diesem Schreiben.

Wenn sich der Bürgermeister bzw Dr. Mayr tatsächlich nicht für den Inhalt dieser Verträge interessiert haben sollten, so war das ein für die BAWAG P.S.K. nicht erkennbarer und ihr nicht anzulastender Sorgfaltsverstoß.

Aus dem Schreiben geht weiters deutlich hervor, dass Mag. Penn als Leiter der FVV zu dieser Zeit mit neun verschiedenen Banken in Kontakt stand, um eine Zinsabsicherung beziehungsweise Optimierung zu planen. Es ist unverständlich, weshalb die Stadt Linz dies in ihrer Klagebeantwortung mehrmals in Abrede stellt.

./M Präsentation der BAWAG P.S.K. vom 22.9.2006:

Echt und richtig. Da Mag. Penn umfassend über den CHF/EUR-Wechselkurs informiert war, war ein gesonderter Hinweis auf das immer bestehende Wechselkursrisiko nicht angezeigt. Mag. Penn hatte selbst der BAWAG P.S.K. BAWAG P.S.K. kommuniziert, darüber Bescheid zu wissen (vgl Beilage ./10). Die gegenständliche Präsentation ist eine umfassende Information über die Funktionsweise des angebotenen Finanzprodukts.

./N Rahmenvertrag vom 26.9.2006:

Echt bzw Übereinstimmung mit dem Original und richtig. Der Auslegung des § 7 Abs 4 des Rahmenvertrags seitens der Stadt Linz in ihrer Klagebeantwortung vom 9.12.2011 ist entgegenzuhalten, dass die Auflösungserklärung vom 13.10.2011 rechtsunwirksam ist, weil BAWAG P.S.K. keinen außerordentlichen Auflösungsgrund gesetzt hat. Hingegen ist der SWAP II erst mit der Kündigungserklärung der BAWAG P.S.K. vom 20.10.2011 beendet worden. Die mit 17.10.2011 fällig gestellte Zinszahlung besteht daher zu Recht.

Zum vertraglichen Kündigungsverzicht werden die von der BAWAG P.S.K. angebotenen vorzeitigen Kündigungs- bzw- Restrukturierungsmöglichkeiten vorgebracht (vgl Punkt 4.8.2 sowie 5.13 der KB der BAWAG P.S.K.).

./O Einzelabschlussbestätigung des Swap 3976 vom 28.9.2006:

Echt und richtig.

./P Mail an Mag. Werner Penn an Iris Sahinoglu vom 4.12.2006:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Darüber hinaus wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Urkundenerklärungen zu Beilage ./J und ./H verwiesen.

./Q Mail Iris Sahinoglu vom 7.12.2006:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Darüber hinaus wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Urkundenerklärungen zu Beilage ./J und ./H verwiesen. Wie sich ferner aus der Beilage zum gegenständlichen E-Mail ergibt, hat BAWAG P.S.K. die Stadt Linz ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der zu zahlende Zinssatz durch Hereinnahme von Fremdwährungsrisiko weiter reduziert werden kann. Auch daran zeigt sich, dass Mag. Penn wiederholt von der BAWAG P.S.K. auf das Verhältnis zwischen einem niedrigen und attraktiven Zinssatz und die Übernahme von Risiko hingewiesen wurde (sh Punkt 19.2.2 der KB der BAWAG P.S.K.).

./R Mail von Mag. Werner Penn an Iris Sahinoglu vom 7.12.2006:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Darüber hinaus wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Urkundenerklärungen zu Beilage ./J und ./H verwiesen. Hinsichtlich der zweiten Seite der Beilage wird Echtheit und Richtigkeit vorerst bestritten, da sie nicht zugeordnet werden kann. Offensichtlich passt sie nicht zum hier vorgelegten E-Mail.

./S Gesprächsnotiz der BAWAG P.S.K. vom 22.1.2007:

Echt, zur Richtigkeit weist BAWAG P.S.K. darauf hin, dass die Stadt Linz die Urkunde nur auszugsweise vorlegt; eine ungekürzte Version findet sich in Beilage ./71. Die vollständige Version belegt, dass BAWAG P.S.K. in hohem Maße darauf bedacht war, die Stadt Linz über die Risiken aufgrund einer ungünstigen Entwicklung des CHF/EUR-Wechselkurses zu informieren. Das Argument der Stadt Linz, dies sei immer noch „verharmlosend“ gewesen, übergeht den hohen Professionalitätsgrad der Finanzabteilung der Stadt Linz und zeigt letztlich die Hilflosigkeit der Argumentation der Stadt Linz.

./T Mail Iris Sahinoglu vom 31.1.2007 an Mag. Werner Penn

Übereinstimmung mit dem Original und richtig. Das E-Mail zeigt, dass BAWAG P.S.K. den Strike bei 1,5200 angesetzt hat. Es war Mag. Penn, der den Strike bei 1,54 ansetzen wollte, weil er einen noch besseren Zinssatz zu Gunsten der Stadt Linz erzielen wollte.

./U Mail Iris Sahinoglu an Mag. Werner Penn vom 1.2.2007:

Übereinstimmung mit dem Original und richtig. Dieses E-Mail beweist nicht nur, dass Mag. Penn die Funktion der Formel verstanden hat, stellt er doch richtige Rechnungen an, es beweist zudem, dass BAWAG P.S.K. sogar einen Strike bei 1,5100 angesetzt hat.

./V Mail Mag. Werner Penn an Iris Sahinoglu vom 1.2.2007:

Sh Urkundenerklärung zu Beilage ./U.

./W Tonbandprotokolle der BAWAG P.S.K. aus Februar 2007:

Übereinstimmung mit dem Original und richtig (sh auch Beilage ./S). Mag. Penn wurde ausdrücklich auf das doppelte Risiko hingewiesen (sh Gespräch vom 1.2.2007). Er verstand auch die Funktionsweise der dem SWAP II zugrundeliegenden Formel (sh Beilage ./U), wusste er doch schließlich, dass schon ein EZB-Fixing von 1,45 einen "*grauslichen Zinssatz*" von 5,7 ergibt. Eigens erwähnt Iris Sahinoglu nochmals die Auswirkungen, wenn der Euro gegenüber dem Schweizer Franken an Wert verlieren sollte („... *wenn die Euro Schweiz runtergeht* ...“).

Unverständlich ist, welche Aufklärung die Stadt Linz sich noch aus dem Telefonat erwartet hätte. Geht doch aus dem Protokoll eindeutig hervor, dass Mag. Penn die Funktion des Produkts eindeutig verstanden hat.

Auch ist das Gespräch ein weiterer Beweis dafür, dass Mag. Penn die politischen Entscheidungsträger der Stadt Linz informiert hielt. Verweist er doch im Gespräch vom 1.2.2007 darauf, dass er noch mit "*dem Chef drüber*" reden müsse.

./X Mail Iris Sahinoglu an Mag. Werner Penn vom 2.2.2007:

Sh Urkundenerklärung zu Beilage ./U.

./Y Kreditantrag vom 6.2.2007 (ident mit Beilage ./JJJ2):

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Die Stadt Linz unterliegt der unrichtigen Annahme, dass ihr durch BAWAG P.S.K. einseitig Kredite eingeräumt und dadurch das Risiko der Stadt Linz einseitig erhöht wurde. Bei diesem dokumentierten Vorgang handelt es sich um ein rein bankinternes Vorgehen im Zusammenhang mit einem angemessenen und wirksamen Risikomanagementsystem, zu dem die Bank gemäß § 39 BWG verpflichtet ist. Mit der Einräumung oder Erweiterung eines Kredits haben diese Vorgänge nichts zu tun (sh Punkt 6.2 der KB der BAWAG P.S.K.). Es ist jedoch evident, dass BAWAG P.S.K. der Stadt Linz so lange keine neuen Kredite bzw. gewähren kann, solange der Marktwert des SWAP II eine bestimmte Schwelle im negativen Bereich überschritten hat.

./Z Mail Iris Sahinoglu an Peter Rauscher vom 7.2.2007:

Echt und richtig. Auch aus diesem internen E-Mail geht hervor, dass sowohl Dr. Mayr als auch Bürgermeister Dr. Dobusch über den SWAP II informiert

war. Mag. Penn erwähnte auch immer wieder, dass er "*seinen Chef*" informiert hielt (sh Beilage ./W).

./AA Mail Iris Sahinoglu an Mag. Werner Penn vom 12.2.2007:

Übereinstimmung mit dem Original und richtig. Das E-Mail gibt die Formel des SWAP II in fehlerfreier Form wieder. Damit geht auch aus diesem Grund das Argument der Stadt Linz ins Leere, die Formel sei "unmöglich" bzw. könne nicht angewandt werden.

./BB Mail Bestätigung Mag. Werner Penn über den Abschluss des Swap 4175 vom 12.2.2007:

Sh Urkundenerklärung zu Beilage ./AA.

./CC Einzelabschlussbestätigungen samt Änderung des Swap 4175 vom 16.2.2007:

Echt und richtig. Der SWAP II wurde telefonisch abgeschlossen und daher per E-Mail bloß bestätigt. Die Stadt Linz moniert das "Fehlen" des Prozentzeichens der Formel, wie sie in der Einzelabschlussbestätigung wiedergegeben ist. Da es sich dabei offenkundig laut Überschrift um die Formel zur Berechnung eines Zinssatzes handelt, der schon per Definition eine Prozentangabe ist, wird dieses Vorbringen bestritten. Auch ergibt sich der Parteiwille klar aus der wörtlichen Beschreibung des SWAP II. Sh zudem die Ausführungen zu Beilage ./AA.

./DD E-Mail von Mag. Herbert Auer (BAWAG P.S.K.) an Harald Machat (BAWAG P.S.K.) vom 26.4.2007:

Übereinstimmung mit dem Original, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Richtig ist, dass im April 2007 ein Vorstandsbeschluss der BAWAG P.S.K. gefasst wurde, wonach bei Derivatengeschäften mit Gemeinden ein Gemeinderats- oder Stadtratsbeschluss vorliegen muss. Falsch ist jedoch, dass die BAWAG P.S.K. nichts unternommen haben soll. Im Gegenteil, BAWAG P.S.K. war der GRB 2004 bekannt, sie fand darin die Untermauerung des Geschäftsabschlusses. Dies bestätigte die Aussage von Mag. Penn gegenüber der BAWAG P.S.K. im Vorfeld der Abschlüsse der Swap-Geschäfte, dass ein ermächtigender Gemeinderatsbeschluss vorliege (vgl AS 15, ON 52 des Strafaktes). Die befürchteten Zweifel über Beweisprobleme aufgrund der langen Laufzeit waren damit zerstreut (sh Punkt 4.10.4 der KB der BAWAG P.S.K.).

./EE Mail von Harald Machat an Mag. Herbert Auer vom 26.4.2007:

Sh Urkundenerklärung zu Beilage ./DD.

./FF Mail von Mag. Herbert Auer vom 27.4.2007 an Harald Machat:

Übereinstimmung mit dem Original und richtig. Mag. Herbert Auer schildert in dieser E-Mail, dass Mag. Penn sich zur Gültigkeit des Geschäftsabschlusses einerseits auf den GRB 2004 und andererseits auf die Unterschrift des Bürgermeisters auf dem Rahmenvertrag 2006 berief (sh auch schon Beilage ./DD).

./GG Bewertung des Swap 4175 durch die BAWAG P.S.K. per 30.6.2007:

Echt bzw. Übereinstimmung mit dem Original und richtig. Es wird darauf verwiesen, dass der Stadt Linz die Bewertungen bis Ende 2007 quartalsweise und danach monatlich übermittelt wurden. Der Stadt Linz war konkret bewusst, wo der Wert des SWAP II stand bzw. wie der Markt das Geschäft und damit auch das Risiko der Stadt Linz in absoluten Zahlen indikativ bewertete (sh Punkt 5.7.9 der KB der BAWAG P.S.K.). Die Bewertungen zeigen (vgl. Beilage ./23), dass sich der SWAP II zu Beginn positiv entwickelte. Es lag im Ermessen der Stadt Linz (BAWAG P.S.K. hatte zahlreiche Restrukturierungs- und Ausstiegsangebote vorgeschlagen) auf die negativen Bewertungen nach Eintritt der Finanzkrise zu reagieren (sh auch Punkt 5.10 der KB der BAWAG P.S.K.).

./HH Korrespondenz um eine mögliche vorzeitige Schließung aus Juli 2007:

Echt und richtig.

./II Antrag der Stadtkämmerei (zur Kontoeröffnung) vom 11.10.2007¹⁰:

BAWAG P.S.K. kann zum Antrag der Stadtkämmerei zur Kontoeröffnung vom 11.10.2007 keine Urkundenerklärung abgeben, und behält sich diese ausdrücklich vor. Die Stadt Linz hat unter dieser Beilagenbezeichnung – offenbar irrtümlich – nochmals Beilage ./NNN vorgelegt. Auf die Urkundenerklärung zu Beilage ./NNN wird verwiesen.

./JJ Kontoeröffnung vom 11.10.2007:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Auch auf dieser Urkunde im Zusammenhang mit dem SWAP II unterschreibt der Bürgermeister. Es ist geradezu lebensfremd, dass er von diesem Geschäft nichts gewusst haben will.

¹⁰ In der Verhandlung vom 24.6.2013 mit Beilage ./NNN getauscht.

./KK Einzelabschlussbestätigung Änderung des Swap 4175 vom 16.10.2007:

Echt und richtig.

./LL Geschäftsbericht 2007:

Echt und richtig Die Stadt Linz versucht durch zitierte Passagen des Geschäftsberichts zu bescheinigen, dass sich beim Abschluss des SWAP II zwei ungleich professionelle Marktteilnehmer gegenüberstanden. Dass dem nicht so war, lag einerseits an Mag. Penns Wissens- und Erfahrungsstand als auch an der Organisation der Stadt Linz (sh Punkt 5.7 der KB).

./MM E-Mail Mag. Herbert Auer (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 11.4.2008:

Echt und richtig. Die Interpretation der Stadt Linz, BAWAG P.S.K. habe hier eine Empfehlung abgegeben, den SWAP II so zu belassen wie er ist, ist falsch. Ganz im Gegenteil steht in dieser Nachricht, dass kein Anpassungsrisiko besteht, weil das Geschäft aktuell keine Zinszahlungspflicht seitens der Stadt Linz auslöst (Strike über 1,54). Die Stadt Linz hätte es daher in der Hand gehabt, ohne Risiko das Geschäft an die sich ändernden Marktbedingungen anzupassen und etwa einen Cap einzuziehen. Soweit Mag. Auer dort schreibt, dass "*kein Anpassungsrisiko*" bestehe, bedeutet das nicht, dass kein Anpassungsbedarf bestand, sondern nur, dass der SWAP II ohne Probleme adaptiert werden hätte können.

./NN Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Zu Unrecht versucht die Stadt Linz die klare Aussage seitens des Kontrollamts zu verdecken, dass der GRB 2004 als die Rechtsgrundlage unter anderem des SWAP II angesehen wurde. Wie bereits mehrfach vorgebracht, stellte der SWAP II eine Optimierung der Zinsbelastung der Stadt Linz dar und reduzierte die Zinslast ganz erheblich auf 0,065 % p.a. Aus der klaren Aussage im besagten Kontrollamtsbericht (S 21), dass in Zukunft aus den besagten Einzelabschlüssen auch Zahlungspflichten resultieren können, kann ein aufmerksamer Leser nichts anderes schließen, als dass damit Risiken verbunden sein können. BAWAG P.S.K. bleibt dabei, dass den entscheidungsbefugten Gremien der Stadt Linz aufgrund des Kontrollamtsberichts eine ausreichende Information über den SWAP II zugegangen ist, sodass jedenfalls von einer nachträglichen Genehmigung auszugehen ist (sh Punkt II 2.3).

./OO Mail von Christoph Schulz an DDr. Regina Prehofer vom 28.10.2008:

Übereinstimmung mit dem Original, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Diese Beilage beweist, dass es zahlreiche Bemühungen seitens BAWAG P.S.K. zur Restrukturierung gegeben hat. Spätestens nach dem aus diesem E-Mail hervorgehenden Treffen am 1.2.2008 zwischen der Stadt Linz und BAWAG P.S.K. kann die Stadt Linz nicht erfolgreich bestreiten, dass sie die "eigentliche Struktur" des SWAP II und dessen Risikogehalt nicht voll verstanden hätte (sh Punkt 4.15 der KB der BAWAG P.S.K. sowie oben Punkt II 2.1.2).

./PP E-Mail Mario Tieff (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 5.11.2008:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen, insbesondere, dass es sich dabei um eine der vielen Varianten handelt, welche BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz herangetragen hat.

./QQ Gesprächsnotiz der BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008:

Echt und richtig. Entgegen den Behauptungen der Stadt Linz hat BAWAG P.S.K. alles getan, was in dieser Gesprächsnotiz festgehalten worden war. Während besprochen war, dass Mag. Penn die zuständigen Gremien der Kommune informiert, hat BAWAG P.S.K. durch das Schreiben vom 11.11.2008 (auch) Dr. Mayr vom negativen Marktwert des SWAP II informiert.

./RR Schreiben Mag. Herbert Auer und Mario Tieff (BAWAG P.S.K.) an Mag. Werner Penn vom 11.11.2008 samt Anlage:

Echt und richtig. Festgehalten wird, dass BAWAG P.S.K. das gegenständliche Schreiben gemeinsam mit der angeschlossenen Präsentation an Dr. Mayr versandt hat. Es ist nicht nachvollziehbar, welche stärkere "Dramaturgie" sich die Stadt Linz von diesem Schreiben erwartet hat, zumal sich aus der dem Schreiben vom 11.11.2008 angeschlossenen Präsentation ein negativer Marktwert von EUR 62 Mio ergibt.

./SS E-Mail Mario Tieff vom 18.12.2008 an Mag. Herbert Auer,

./TT Schreiben Mag. Herbert Auer an Mario Tieff u.a. vom 18.12.2008,

./UU Mail Friedrich Heissenberger an Mag. Herbert Auer vom 18.12.2008,

./VV Mail Mario Tieff an Friedrich Heissenberger vom 18.12.2008,

./WW Mail Mario Tieff an Christoph Schulz vom 18.12.2008:

Übereinstimmung mit dem Original, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Aus der Beilage ./SS gehen die zahlreichen von der

Stadt Linz abgelehnten Restrukturierungsangebote hervor. Ebenso erhellt aus dem E-Mail von Christoph Schulz an Mag. Auer in Beilage ./SS, dass die Ausweitung der Kreditlinien aufgrund des SWAP II allein aufgrund der negativen Marktentwicklung erforderlich wurde, weil dessen Marktwert massiv in den negativen Bereich geriet. Richtig ist auch, dass keiner der Streitteile diese Entwicklung vorhergesehen hatte, gleichwohl aber die Stadt Linz über das mit dem Wechselkursrisiko einhergehende Risiko im Bilde war. Sicherheiten waren zu keinem Zeitpunkt erforderlich, da BAWAG P.S.K. die Bonität der Stadt Linz weder damals noch heute in Zweifel zieht. Dass Mag. Auer in seinem E-Mail an Christoph Schulz weitere Erläuterungen zum SWAP II wünschte, ist verständlich, zumal Mag. Auer für die Kundenbeziehung zur Stadt Linz primär zuständig war, nicht aber für das Produkt des SWAP II. Die Stadt Linz verschweigt aber, dass Mag. Penn in allen Fragen betreffend die Funktion des SWAP II mit Frau Sahinoglu und nicht mit Mag. Auer in Kontakt war. Weder bei Mag. Penn noch bei Frau Sahinoglu musste man Zweifel hegen, was das Verständnis eines negativen Marktwerts betrifft. Der Versuch der Stadt Linz, die Aussagekraft der regelmäßigen Mitteilungen der BAWAG P.S.K. über den Marktwert des SWAP II in Abrede zu stellen, überrascht nicht, zumal diese Tatsache ein extrem bedenkliches Licht auf die Stadt Linz wirft. Die Stadt Linz wird aber nicht ernsthaft behaupten wollen, dass man angesichts monatlicher Berichte mit signifikanten und sich immer weiter verschlechternden negativen Marktwerten (einschließlich Erläuterungen in diesen Berichten, wie der negative Marktwert ermittelt wurde) einfach zur Tagesordnung übergehen hätte dürfen.

Zu den in den E-Mails angesprochenen Kreditlinien und -limits wird auf das Vorbringen zu Beilage ./A1 verwiesen.

./XX Schreiben DDr. Regina Prehofer an Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 7.7.2010:

Echt und richtig. Ergänzend wird vorgebracht, dass BAWAG P.S.K. Kontakt mit jenen Experten bei der Stadt Linz hielt, welche die Stadt Linz namhaft gemacht hatte. Nochmals festgehalten wird, dass selbst der Bürgermeister Dr. Dobusch noch im Sommer 2010 der BAWAG P.S.K. mitteilte, dass Ansprechpartner Mag. Penn sei (vgl AS 19, ON 48 des Strafaktes).

Die Argumentation der Stadt Linz, es handle sich entgegen den Angaben von Dr. Prehofer nicht um ein Eigengeschäft, sind unverständlich. Die Stadt Linz führt selbst auf S 45 ihrer Klagebeantwortung aus, dass BAWAG P.S.K. Optionsgeschäfte gegenüber Dritten abgeschlossen hat und gegenüber Dritten Sicherheiten hinterlegen musste. Die Stadt Linz weiß daher selbst genau, dass es sich beim gegenständlichen SWAP II nicht um ein Eigengeschäft der BAWAG P.S.K. handelt. Die Stadt Linz war sich bewusst, dass BAWAG P.S.K. Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu erfüllen bzw zu besichern hatte.

./YY Memorandum der BAWAG P.S.K. vom 24./25.8.2010:

Echt und richtig. Die Beilage belegt, dass BAWAG P.S.K. aufgrund der Marktentwicklungen (stärker werdender CHF im Verhältnis zum EUR sowie größere Marktvolatilitäten) weitere Absicherungsgeschäfte abschließen musste. Konkret ist BAWAG P.S.K. von einer ursprünglich völlig ausreichenden linearen Absicherungsstrategie zu einer der konvexen Entwicklung der Zinszahlungen aufgrund der Formel im SWAP II entsprechenden, dh erweiterten, 1:1 Absicherung übergegangen. Die zusätzlichen Absicherungsgeschäfte waren auch mit zusätzlichem Aufwand für BAWAG P.S.K. verbunden.

./ZZ Aktenvermerk von Mag. Werner Penn vom 10.02.2011:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Der vorliegende Aktenvermerk bestätigt, dass Mag. Penn erstens mit verschiedenen Banken im Vorfeld des Geschäftsabschlusses in Kontakt stand und zweitens den Bankinstituten eine Kopie des GRB 2004 übergeben hat. Dies steht im vollen Einklang mit dem Vorbringen der BAWAG P.S.K.. Der Amtsvermerk wurde der BAWAG P.S.K. damals nicht übergeben, sondern wurde ihr erst im Zuge des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bekannt.

./AAA Kündigungsschreiben zum Swap-Geschäft 57196 vom 11.10.2011:

Echt und richtig. Was die Stadt Linz damit beweisen will, bleibt im Dunkeln. Der in Beilage ./AAA erwähnte Swap wurde seitens der BAWAG P.S.K. ebenfalls aus wichtigem Grund zufolge des von der Stadt Linz verursachten massiven Vertrauensverlusts aufgelöst. Dass BAWAG P.S.K. im Zusammenhang mit diesem Einzelabschluss verfahrensgegenständlich keine Ausgleichsforderung bzw Schadensersatzforderung geltend macht, ändert nichts an dem Schaden, den BAWAG P.S.K. infolge des vertragswidrigen Verhaltens der Stadt Linz in Bezug auf den SWAP II erlitten hat.

./BBB Bestätigung der Kündigung vom 11.10.2011:

Echt und richtig.

./CCC Schreiben der Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH vom 12.10.2011:

Echt, Richtigkeit bestritten. Ergänzend zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Insbesondere ist auf den bestehenden Beratungsverzicht seitens der Stadt Linz zu verweisen und darauf, dass die Stadt Linz als in Finanzangelegenheiten hochprofessioneller Kunde keiner Beratung seitens der BAWAG P.S.K. bedurfte. Daher war die Erstellung eines eigenen Anlegerprofils entbehrlich (sh Punkt 3.1.18 der KB der BAWAG P.S.K.).

./DDD Auflösungserklärung der Stadt Linz an die BAWAG P.S.K vom 13.10.20 11:

Echt, Richtigkeit bestritten. Es wird auf das eigene Vorbringen verwiesen.

./EEE Beschluss des Gemeinderats der Stadt Linz vom 13.10.2011:

Sh Urkundenerklärung zu Beilage ./A1.

./FFF Elektronische Mitteilung der Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH (Unterlagen) vom 20.10.2011:

Echt und richtig.

./GGG Kündigungsmittellung der BAWAG P.S.K. vom 20.10.2011:

Echt und richtig.

Konvolute

./HHH Berichte zum „Debt-Management“ im Zeitraum von 2005 bis 2010:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Die Argumentation der Stadt Linz auf Seite 34 ihrer KB, Mag. Penn habe die Stadt Linz falsch informiert, indem in den Debt-Managementberichten bei der Zinsberechnungsformel der Multiplikator 100 gefehlt habe, ist nicht nachvollziehbar. Dabei handelt es sich nur um eine unterschiedliche Ausdrucksform. In der Einzelabschlussbestätigung (Beilage ./3) ist der Zinssatz in Prozent angegeben. Aus diesem Grund bedarf es des Faktors 100, um die Zinszahlungen in Prozent auszudrücken. Mag. Penn hat hingegen in seinem Debt-Managementbericht den Zinssatz als numerische Zahl (ohne das Prozentzeichen) ausgedrückt. Ein Beispiel:

Zinssatz als numerische Zahl: $(1,54 - 1,00) : 1,00 = 0,54$ (0,54 sind 54 Hundertstel, dh 54 %)

Zinssatz in Prozent (%) ausgedrückt: $((1,54 - 1,00) : 1,00) \times 100 = 54 \%$

Anhand dieses Beispiels zeigt sich, mit welch plumpen Mitteln die Stadt Linz in die Irre führen will.

Zur Sitzung vom 6.9.2007: Soweit Mag. Penn als maximales Risiko einen Betrag von rund EUR 5 Mio. p.a. angibt, geht aus dem Bericht an den Finanzausschuss eindeutig hervor, dass dieses maximale Risiko auf den historischen Höchststand des CHF iHv 1,4464 zum EUR bezogen hatte. Dass

sich das Risiko der Stadt Linz letztlich nach dem Ergebnis der Formel richtet, geht ebenfalls aus dem Bericht hervor.

Schließlich spricht auch die in den Bericht eingefügte Grafik eine deutliche Sprache, bleibt aber von der Stadt Linz unerwähnt. Anhand der Grafik kann man unschwer erkennen, dass der Zinssatz bei stärker werdendem CHF steil nach oben ansteigt. Damit ist eindeutig, dass das Risiko mit stärker werdendem CHF stetig zunimmt. In keiner Weise suggeriert diese Grafik, dass sich das Risiko aus dem Geschäft bei Erreichen des „historischen“ CHF-Höchststandes von 1,4464 erschöpft.

./III Stichtagsbewertungen des Swap 4175 durch die BAWAG P.S.K.

Echt und richtig. BAWAG P.S.K. hat im Jahr 2007 quartalsweise und danach monatlich Bewertungen an die Stadt Linz übermittelt. Schon anhand der wenigen hier vorgelegten Marktbewertungen und den darin enthaltenen Kundenhinweisen wird offenbar, dass die Argumentation der Stadt Linz, es sei schwer gewesen, die negativen Marktbewertungen zu verstehen, eine reine Schutzbehauptung ist. Denn es wird eindeutig beschrieben, dass sich die Bewertung entsprechend marktüblichen Berechnungsmethoden nach den zukünftig erwarteten Cash-Flows richtet. Dh der Markt erwartete für die Zukunft erhebliche Zahlungsverpflichtungen seitens der Stadt Linz, woraus sich der negative Marktwert zusammensetzte. Der Stadt Linz musste somit klar sein, dass sie, sofern sich die Markterwartung realisiert, mit massiven Zahlungsverpflichtungen aus dem SWAP II während seiner Laufzeit konfrontiert werden würde.

./JJJ Kreditanträge der BAWAG P.S.K. samt Erläuterungen von 2006 bis 2010 (aus ON 38 Strafverfahren):

Echt und richtig. Soweit sich die Stadt Linz beschwert, über die Ausweitung der Kreditlimits nicht informiert worden zu sein, ist sie auf die ihr laufend übermittelten Marktbewertungen betreffend den SWAP II zu verweisen. Daraus hat sich im Detail ergeben, dass angesichts der aktuellen Marktlage in der Zukunft Zinszahlungen in namhafter Höhe aus dem Geschäft zu erwarten waren. Demgegenüber ist die Ausweitung der jeweiligen Kreditlimits eine reine bankinterne Maßnahme, welche die Bank nach Durchführung einer Bonitätsprüfung setzen muss. Diese Unterlagen waren daher nicht an die Stadt Linz herauszugeben, zumal es sich um Unterlagen handelt, welche auch die Ausweitung der Kreditlinien zu Gunsten anderer Unternehmen (wenn auch aus dem Bereich der Stadt Linz) betreffen.

Zum Vorwurf der Stadt Linz, BAWAG P.S.K. habe selbst in ihren Kreditanträgen ausgeführt, dass kein Ausstieg aus dem SWAP II möglich sei: An diesem Beispiel zeigt sich eindrucksvoll die Absicht der Stadt Linz, das Gericht in die Irre zu führen. Tatsächlich geht aus der betreffenden Urkunde

(vgl S 1 in Beilage ./JJJ11 als Beispiel für viele) hervor: „*Nach Prüfung des Rahmenvertrages vertritt unsere Rechtsabteilung die Meinung, dass ohne Beibringung von Sicherheiten ohne Zustimmung des Kunden nicht durchsetzbar und in weiterer Folge kein Ausstieg aus dem Geschäft möglich ist.*“ Die Unterlage besagt daher nur, dass BAWAG P.S.K. keine Möglichkeit hatte, einseitig aus dem Geschäft auszusteigen. Einer Restrukturierung mit Zustimmung der Stadt Linz stand nichts im Wege, daher gab es ja die zahlreichen Restrukturierungsvorschläge der BAWAG P.S.K.. Zudem konnte die Stadt Linz das Produkt jederzeit auch am Markt glatt stellen.

Auch die anderen Hinweise der Stadt Linz auf Passagen in den Kreditanträgen stützen ihren Standpunkt nicht. Der vorliegende SWAP II ist durch den GRB 2004 gedeckt, der ua die Optimierung von Fremdfinanzierungen in die Verantwortung der FVV gelegt hat. BAWAG P.S.K. hat damit den in den Kreditanträgen erwähnten Sorgfaltsanforderungen entsprochen. Abgesehen davon handelt es sich beim SWAP II nicht um einen Kredit, sondern um ein Optimierungsgeschäft.

./KKK Protokolle über die Sitzungen des Finanzausschusses von 2007 bis 2010

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Aus diesen Protokollen gehen typischerweise nur Entscheidungen des Finanzausschusses hervor, insbesondere diverse Anträge dem Gemeinderat zur Entscheidung vorzulegen. Dass der SWAP II darin nicht erwähnt ist, sagt somit nichts darüber aus, dass der Finanzausschuss über das Geschäft vollinhaltlich informiert war. Dies erhellt insbesondere aus Beilage ./KKK15, woraus sich ergibt, dass Mag. Penn von Dr. Mayr für seine äußerst erfolgreiche Arbeit im Rahmen des Debt-Managements ausdrücklich gratuliert wurde. Wiederholt hat Mag. Penn über seine Maßnahmen des Debt-Managements berichtet und in weiter Folge auch die Konsequenzen aufgrund der Entwicklung des EUR/CHF-Wechselkurses erläutert (vgl zB Beilage ./KKK20, ./KKK25, ./KKK27, ./KKK32 und ./KKK35).

Unterlagen zu öffentlich-rechtlichen Aspekten

./LLL Gutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8.9.2011, GZ: Verf-902466/2-2011-St:

Echt, Richtigkeit bestritten. Insbesondere die rechtlichen Schlussfolgerungen der Direktion Verfassungsdienst des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung sind falsch. Sie wurden – erst im Nachhinein – im Zusammenhang mit der bereit entbrannten Auseinandersetzung zwischen den Streitparteien um den SWAP II erstellt, widersprechen aber der langjährigen Praxis der Direktion Inneres und Kommunales als der für die Gemeindeaufsicht zuständigen Stelle des Amtes der Oberösterreichischen Landesregie-

rung. Letztere war und ist – wie in den Ausführungen zu Punkt VI. zur aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht sowie in Punkt 6.2 der KB der BAWAG P.S.K. gezeigt – stets der Ansicht, dass Geschäfte wie der gegenständliche SWAP II keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurften; darauf wies jüngst sogar der Oberösterreichische Landesrechnungshof hin (vgl dazu ebenfalls Punkt VI.). Sehr wohl ist der GRB 2004 ausreichend bestimmt, um als Grundlage für den Abschluss des SWAP II zu dienen. Auf das detaillierte Vorbringen der BAWAG P.S.K. dazu wird verwiesen (sh Punkt 4.4.6 der KB der BAWAG P.S.K. und oben Punkt III).

./MMM Pressemitteilung der Landesräte Josef Ackerl und Max Hiegelsberger vom 15.9.2011:

Echt, Richtigkeit bestritten. Diese Pressemitteilung steht eindeutig im Zusammenhang mit der bereits entbrannten Auseinandersetzung zwischen den Streitparteien. Soweit sie Inhalte der Beilage ./LLL referiert, wird auf die diesbezügliche Urkundenerklärung verwiesen. Es ist nicht ersichtlich, was aus ihr für den Standpunkt der Stadt Linz zu gewinnen sein soll.

./NNN Antrag der Stadt Linz auf Genehmigung nach § 78 StL 1992 vom 26.9.2011:

Echt, Richtigkeit bestritten unter Verweis auf das eigene Vorbringen. Insbesondere ist festzuhalten, dass der gegenständliche Antrag ein durchsichtiges prozesstaktisches (und überdies treuwidriges, vgl *Apathy/Riedler in Schwimann*³ § 867 Rz 9 und *Perner in Ketecka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 867 Rz 15) Manöver der Stadt Linz ist. Ohne jeden Zweifel in enger Abstimmung mit der oberösterreichischen Landesregierung sollte eine Unterlage vorbereitet werden, die – wider besseres Wissen entgegen der langjährigen Praxis der Direktion Inneres und Kommunales als der für die Gemeindefaufsicht zuständigen Stelle des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung – den Standpunkt der Stadt Linz stützt, der SWAP II sei rechtsunwirksam geschlossen worden. Richtig ist, dass der SWAP II keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedurfte.

./OOO Verbesserungsauftrag des Landes Oberösterreich vom 3.10.2011, IKD (Gen)-420001/14-2011:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Insbesondere liegt dem Schreiben der Oberösterreichischen Landesregierung die unrichtige Rechtsansicht der Direktion Verfassungsdienst des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung zu Grunde, die sich bereits aus dem Gutachten der Direktion Verfassungsdienst des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung (Beilage ./LLL) ergibt. Sie gewinnt durch dieses ganz offensichtlich mit der Stadt Linz abgestimmte Schreiben nicht an größerer Überzeugungskraft.

Der zuständige Behördenleiter vertrat übrigens noch kurz vorher die exakt gegenteilige Rechtsansicht (vgl. Beilage ./47 sowie die Urkundenerklärung zu Beilage ./LLL).

./PPP Bescheid über die Zurückweisung des Antrages der Stadt Linz vom 10.10.2011, IKD (Gen)-420001/I5-2011:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen, darüber hinaus auf die Urkundenerklärungen zu Beilagen ./LLL, ./MMM, ./NNN sowie ./OOO. Angesichts der indirekten Betroffenheit der Oberösterreichischen Landesregierung im Fall einer Prozessniederlage der Stadt Linz (insbesondere in finanzieller Hinsicht aufgrund der möglichen Haftung für aufsichtsbehördliche Versäumnisse) verwundert der – unrichtige – Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung nicht. Schließlich war BAWAG P.S.K. zu keiner Zeit an diesem Verwaltungsverfahren beteiligt und konnte dort ihren Standpunkt nicht vortragen.

./QQQ Verwaltungsgliederung der Finanz- und Vermögensverwaltung der Stadt Linz:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen.

./RRR Richtlinien des Gemeindebundes für Finanzgeschäfte:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Insbesondere ist zunächst festzuhalten, dass es sich dabei um eine Unterlage des Gemeindebundes handelt, die Stadt Linz aber als drittgrößte österreichische Stadt (i) nicht Mitglied des Gemeindebundes (sondern des Städtebundes) und (ii) in keiner Weise mit den Gemeinden vergleichbar ist, die Mitglieder des Gemeindebundes sind (wie bereits früher ausgeführt, hat die Stadt Linz mehr Mitarbeiter als die durchschnittliche österreichische Gemeinde Einwohner).

Diese Richtlinien wurden zudem erst Jahre nach Abschluss des SWAP II und lange nach dem Ausbruch der globalen Finanzkrise veröffentlicht, und zwar im August 2009. Die Behauptung der Stadt Linz (S 45 ihrer KB), dies sei nicht relevant, ist falsch. Punkt VI (Übergangsbestimmungen) der gegenständlichen Richtlinien sagt:

„Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinien bestehende Finanzgeschäfte sollen nicht aufgelöst werden müssen, wenn Sie den Empfehlungen dieser Richtlinie widersprechen. D.h. dass sie in ihrem Bestand durch die Richtlinien keine Veränderung erfahren.“

Auf S 1 der Richtlinien steht, dass damit Gemeinden künftig Handlungsempfehlungen beim Einsatz von Finanzinstrumenten an die Hand gegeben werden sollen.

Daran zeigt sich, dass die gegenständlichen Richtlinien keineswegs bereits bestehende Standards festgeschrieben haben, sondern neue Regelungen eingeführt haben. Vor dem Hintergrund der Finanzkrise und erheblichen Marktverwerfungen im Gefolge der Lehman Brothers-Pleite ist dies auch absolut verständlich. Mit der Vorlage dieser Richtlinien versucht die Stadt Linz aber nur erneut, den Blick auf die gebotene (auch im RHB postulierte – siehe Tz 15.4 des RHB, Beilage ./155) *ex ante* Betrachtung zu verschleiern.

Wenn aber die Stadt Linz diese Richtlinien tatsachenwidrig als immer schon bestehende Standards darzustellen versucht, ist unerklärlich, weshalb die Stadt Linz an diese Richtlinien nicht gedacht hat, als BAWAG P.S.K. ihr eines ihrer zahlreichen Umstrukturierungs- und Ausstiegsangebote präsentiert hat. Warum hat die Stadt Linz nicht zumindest nachträglich auf Seite 8 der Richtlinien erwähnte Maßnahmen zur Verlustbegrenzung (um)gesetzt? Im Grunde zeigt die Stadt Linz damit auf, sich bis zuletzt nicht an ihre eigenen Sorgfaltsstandards gehalten zu haben und dies nun der BAWAG P.S.K. aufbürden zu wollen.

Auch die anderen von der Stadt Linz hervorgehobenen Stellen gehen an der Sache vorbei:

- Vgl S 8 der Richtlinien: Völlig im Dunkeln bleibt, inwiefern durch den gegenständlichen SWAP II ein Klumpenrisiko verwirklicht worden sein soll.
- Vgl S 10 der Richtlinien: Die Stadt Linz hat eine CHF 195 Mio. Anleihe begeben, die sie nach dem Wissen der BAWAG P.S.K. zu Finanzierungszwecken verwendet. Der gegenständliche SWAP II diene zur Optimierung der dafür anfallenden Zinsenlast. Es liegt also kein Verstoß gegen das Spekulationsverbot vor, das es im relevanten Zeitraum auch gar nicht gab.
- Vgl S 17 der Richtlinien: Wie die Stadt Linz selbst einräumt, hat BAWAG P.S.K. sie regelmäßig über die Marktwerte des SWAP II informiert. BAWAG P.S.K. hat der Stadt Linz daher zu jeder Zeit eine laufende Bewertung des Geschäfts ermöglicht.

Besonders hervorzuheben ist auch, dass die Stadt Linz offenbar absichtlich nicht die in der RFG veröffentlichte Fassung der gegenständlichen Richtlinien vorlegt. Diese enthalten nämlich einen Abschnitt betreffend deren Entstehen, der mit folgenden Ausführungen zur einschneidenden Bedeutung

der Finanzkrise und der (ex ante) Wahrnehmung derselben Produkte vor deren Eintreten eingeleitet wird (vgl RFG 04/2009, Beilage ./207):

"Der 15.9.2008 war für die Weltwirtschaft ein bedeutender Tag. An diesem Tag brach die US-Investmentbank Lehman Brothers zusammen und löste zuerst eine weltweite Finanzkrise, in weiterer Folge auch eine dramatische Wirtschaftskrise aus. Anlageprodukte, die über viele Jahre bestes Rating hatten und als sicher galten, mussten nun in Frage gestellt oder abgewertet werden. Die Krise beschränkte sich in ihren Auswirkungen freilich nicht nur auf die freie Marktwirtschaft, sondern erfasste auch in mehrfacher Hinsicht die öffentliche Hand und die öffentlichen Haushalte. Einerseits hatten viele Staaten und Gebietskörperschaften auch in Veranlagungen investiert, die sehr schnell nur mehr wenig wert waren, andererseits mussten in weiterer Folge großvolumige Rettungs- und Konjunkturpakete geschnürt werden, um den völligen Zusammenbruch der Weltwirtschaft zu verhindern." (Hervorhebung nicht im Original).

./SSS Haushaltsvoranschläge der Stadt Linz für die Jahre 2007 bis 2011:

Echt, es wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Insbesondere handelt es sich beim SWAP II um keine Darlehensaufnahme im Sinne des Linzer Stadtstatuts. Somit ist es auch rechtlich unerheblich, ob die Zahlungsverpflichtungen der Stadt Linz aus dem SWAP II 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würden.

./TTT Berechnung der Tilgungsrücklagen nach § 58 Satz 2 StL 1992:

Zur Echtheit: Es ist nicht zweifelsfrei erkennbar, wer der Ersteller der Urkunde ist. Es handelt sich offensichtlich um in eine Urkunde verlagertes Vorbringen der Stadt Linz. Denn diese Urkunde wurde wohl erst von der Rechtsvertreterin der Stadt Linz, Kraft & Winternitz, hergestellt. Der im Dateipfad in der Fußzeile der Unterlage genannte Name „k.pestitschek“ steht ganz offensichtlich für Frau MMag. Dr. Karin Pestitschek, Counsel bei Kraft & Winternitz, welche nach dem Wissensstand der Vertreter der BAWAG P.S.K. in dieser Causa mitarbeitet. Zur Richtigkeit: Die Relevanz der Unterlage ist nicht ersichtlich, weil es sich beim gegenständlichen SWAP II nicht um ein Darlehen gehandelt hat. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der negative Marktwert eine Ausweitung der bankinternen Kreditlinien erforderlich machte. Der negative Marktwert des SWAP II wird nur im Falle einer vorzeitigen Beendigung relevant. Nach vollständiger Abwicklung des Geschäfts bis zum vertraglichen Ende der Laufzeit (April 2017) bestehen keine offenen Zahlungsverpflichtungen aus dem SWAP II mehr. Das ergibt

sich bereits aus den Beilagen der Stadt Linz (vgl zB S 1 der Beilage ./BBB) Die Zinszahlungen aus dem SWAP II enthalten auch keinen Tilgungsanteil (sondern lediglich Zinsen). Die Urkunde ist somit bedeutungslos und überdies unzutreffend.

./UUU VRV-Querschnitte der Jahre 2007 bis 2010:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen.

./VVV Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten betreffend das Landesgesetz, mit dem die Oö. Gemeindeordnung 1990, das Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992, das Statut für die Stadt Wels 1992 und das Statut für die Stadt Steyr 1992 geändert werden (Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012):

Echt, Richtigkeit wird unter Hinweis auf das eigene Vorbringen bestritten. Insbesondere verweist BAWAG P.S.K. auf die Urkundenerklärung zu Beilage./LLL sowie auf das Vorbringen in Punkt VI. betreffend aufsichtsbehördliche Genehmigung. Der gegenständliche SWAP II unterlag keiner Genehmigungspflicht und wird auch nicht dadurch genehmigungspflichtig, dass das Land Oberösterreich nachträglich eine Gesetzesänderung beschließt. Darüber hinaus ist der SWAP II gerade aus dem Grund geschlossen worden, weil die Stadt Linz die Zinslast für die von ihr begebene Anleihe weiter reduzieren wollte. Der Einzelabschluss sollte daher die Kosten aus einer bestehenden Fremdfinanzierung optimieren. Damit steht der SWAP II nicht im Widerspruch zur gegenständlichen Gesetzesnovelle.

Protokolle aus Strafverfahren

BAWAG P.S.K. erteilt ihre Zustimmung zur Verlesung ohne gesonderte Einvernahme im Zivilverfahren hinsichtlich der unter Punkt **Error! Reference source not found.** 1 genannten Zeugen.

./WWW Protokoll der Zeugeneinvernahme von Christoph Schulz im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 47:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen.

./XXX Protokoll der Zeugenvernehmung von Mag. Herbert Auer im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 48:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen. Entgegen der Behauptung der Stadt Linz hat Mag. Herber Auer eindeutig ausgesagt, dass Mag. Penn das Risiko, welches mit dem Abschluss des SWAP II ver-

bunden ist, bewusst war. Aus ergebnisorientierten Überlegungen versucht die Stadt Linz nun, die Aussage des Zeugen zu relativieren.

./YYY Protokoll der Zeugenvernehmung von Iris Sahinoglu im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 52:

Echt und richtig. Hier ist unklar, was die Stadt Linz beweisen will. Die von der Stadt Linz referenzierte Aussage der Zeugin (sh S 55 der KB der Stadt Linz) beweist, dass die Stadt Linz den SWAP II jederzeit hätte schließen können. Ebenso beweist die Aussage, dass Mag. Penn bewusst war, dass der Marktwert des SWAP II nicht genau mit den konkreten Schließungskosten übereinstimmen muss. Von einer undurchsichtigen und aleatorischen Haltung der BAWAG P.S.K. kann keine Rede sein.

Selbst wenn der SWAP II nicht von der Stadt Linz selbst entwickelt worden wäre, belegt die Einvernahme von Iris Sahinoglu die sehr genauen und konkreten Vorstellungen des Mag. Penn im Vorfeld des Abschlusses des SWAP II. Mag. Penn hatte hier in jeder Beziehung die Themenführerschaft.

./ZZZ Protokoll der Zeugenvernehmung von Harald Machat im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Linz, 9 St 80/11z, ON 56:

Echt, zur Richtigkeit wird auf das eigene Vorbringen verwiesen.

./AAAA Protokoll (chronologisch) zu den Kundenkontakten, erstellt von der BAWAG P.S.K. im Strafverfahren:

Echt und richtig. Die Stadt Linz lehnte die Schließung des SWAP II im Juli 2007 nicht deshalb ab, weil die Schließungskosten so hoch gewesen wären, sondern weil die Stadt Linz nicht die wesentlich höheren Zinsen bezahlen wollte, wie sie nach Schließung des Geschäfts angefallen wären (nämlich den der Kommunalkredit geschuldeten 6-Monats-LIBOR).

./BBBB Ausdruck der Homepage der BAWAG P.S.K.:

Echt und richtig.

./CCCC Verhaltenskodex der BAWAG P.S.K. Gruppe, Code of Conduct:

Echt und richtig.

./DDDD Artikel OÖ Nachrichten vom 7.6.2013:

Echt und richtig. Die verfehlte Interpretation der Stadt Linz, dass unter "*kein Anpassungsrisiko*" eine Beratung der BAWAG P.S.K. vorliegen soll, die

Mag. Penn von einem Ausstieg abgeraten haben soll, als das Geschäft zu Gunsten der Stadt Linz positiv war, ist falsch (sh schon Beilage ./MM). Die Aussage von Byron Haynes, dass die Stadt Linz im Jahr 2007 positiv aus dem Geschäft hätte aussteigen können, ist daher richtig.

./EEEE Auszug aus dem Konzern-Geschäftsbericht 2006 der BA-WAG P.S.K.:

Echt und richtig.

IX. BEWEISANTRÄGE

1. ZEUGEN

1.1 Verlesung

BAWAG P.S.K erklärt sich mit der Verlesung der Protokolle der Aussagen folgender Zeugen im Strafverfahren zu GZ 9 St 80/11z der Staatsanwaltschaft Linz einverstanden; eine neuerliche Einvernahme im Zivilverfahren ist hier aus Sicht der BAWAG P.S.K. nicht erforderlich:

- Robert Gumpoldsberger (AS 3-7, ON 43 des Strafaktes)
- Siliva Schüller (AS 9-15, ON 43 des Strafaktes)
- Mag. Daniel Jakowitsch (AS 17-19, ON 43 des Strafaktes)
- Mag. Harald Machat (AS 1-11, ON 56 des Strafaktes)
- Silivia Fellermayr (AS 15-23, ON 92 des Strafaktes)
- Herbert Weiss (AS 25-33, ON 92 des Strafaktes)

1.2 Beweisanbot

Überdies wird die Einvernahme folgender Zeugen für das Vorbringen in den im Folgenden näher bezeichneten Kapitel dieses Schriftsatzes:

Name	Adresse	Kapitel
Josef Ackerl Landeshauptmann- Stellvertreter	Land Oberösterreich 4021 Linz, Altstadt 30	II, Punkt 2 und IV Punkt 2.2
Mag. Herbert Auer	4470 Enns, Grollerstraße 17	II, IV
Manfred Heller	BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österrei- chische Postsparkasse Aktienge- sellschaft 1018 Wien, Georg-Coch-Platz 2	II, IV, V, VII Punkt 2
Dr. Michael Gugler	Amt der OÖ Landesregierung – Direktion Inneres und Kommunales, 4021 Linz, Bahnhofplatz 1	V, VI

Michael Horvat	BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft 1018 Wien, Georg-Coch-Platz 2	VII Punkt 6
Dr. Ernst Inquart Präsidialdirektor	Altes Rathaus Hauptplatz 1, 4041 Linz	VI
Mag. Christian Köllich	BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft 1018 Wien, Georg-Coch-Platz 2	VII Punkt 6
FH-Univ.-Doz. Dr. Friedrich Klug	IKW Schriftenreihe Pfarrgasse 14 4020 Linz	II, IV
MMag. Dr. Johann Mayr	Neues Rathaus 4041 Linz, Hauptstraße 1-5	II, IV, V
Mag. Mitter	Büro des LH-Stv Josef Ackerl Land Oberösterreich 4021 Linz, Altstadt 30	II, Punkt 2 und IV Punkt 2.2
Mag. Petra Oberchristl	4020 Linz, Ghegastraße 1D	II, IV
Mag. Werner Penn	Wirtschaftsservice der Stadt Linz 4041 Linz, Hauptstraße 1 - 5	II, IV, V
DDr. Regina Prehofer	Rektorat, Hauptgebäude, 2. OG, Kern D, 1090 Wien, Augasse 2-6 <u>ab 26.8.2013:</u> Rektorat, Gebäude AD, 2. OG, 1020 Wien, Welthandelsplatz 1	II, IV, V
Mag. Peter Rauscher	1160 Wien, Baumeistergasse 42	II, IV, V
Mag. Philip Reading	Oesterreichische Nationalbank, Otto-Wagner-Platz 3, 1090 Wien	II, IV, V
Andrea Rizzoli	Stadtkämmerei im Magistrat der Landeshauptstadt Linz 4041 Linz, Hauptstraße 1 - 5	II, IV
Erwin Rockenschaub	4282 Pierbach, Schulstraße 14	II, IV
Iris Sahinoglu	2203 Manhartsbrunn, Haupt- straße 22	II, IV, V

Dr. Alexander Schall	BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft 1018 Wien, Georg-Coch-Platz 2	II, IV, VII Punkt 1
Dr. Christian Schmid	Stadtkämmerei im Magistrat der Landeshauptstadt Linz 4041 Linz, Hauptstraße 1 - 5	II, IV, V
Christoph Schulz ¹¹	BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft 1018 Wien, Georg-Coch-Platz 2	II, IV, V
Mag. Alois Steinbichler	Kommunalkredit Austria AG 1092 Wien, Türkenstraße 9	V,
Mag. Michaela Stockinger	Amt der OÖ Landesregierung – Direktion Inneres und Kommunales, 4021 Linz, Bahnhofplatz 1	II, Punkt 2 und IV Punkt 2.2
Mario Tieff	2603 Felixdorf, Bahnstraße 54/5	II, IV, V
Dr. Erich Watzl Vizebürgermeister	Altes Rathaus 4041 Linz, Hauptplatz 1	II, IV, V
Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny	Magistratsdirektion Altes Rathaus 4041 Linz, Hauptplatz 1	II, IV, V, VI

¹¹ Soweit der Zeuge Christoph Schulz im Rahmen seiner Einvernahme Tatsachen offenlegen könnte, welche dem Schutz des Bankgeheimnisses unterliegen könnten, ersucht BAWAG P.S.K. die Stadt Linz gegenüber Bank Austria und dem Zeugen die Entbindung vom Bankgeheimnis zu erklären.

X. ANTRÄGE

Die BAWAG P.S.K. wiederholt daher ihren Antrag auf kostenpflichtige Abweisung des Klagebegehrens der Stadt Linz und ihren Antrag auf kostenpflichtige Stattgebung ihrer Klage.

XI. ANREGUNG AUF BEZIEHUNG EINES SCHRIFTFÜHRERS

In der vorbereitenden Tagsatzung am 24.5.2013 wurde erörtert, einen Schriftführer beizuziehen. BAWAG P.S.K. regt aufgrund der Komplexität des Falles und des Umfangs der aufzunehmenden Beweise an, einen Schriftführer zu bestellen.

Damit würde dem Gericht und den Parteienvertretern und den vernommenen Personen eine erleichterte Verhandlungsführung ermöglicht und den Parteien würde ein Wortprotokoll zur Verfügung stehen. Im Hinblick auf den hohen Kostenaufwand, den die Prozessführung den Parteien – ua in Form der zu entrichtenden Pauschalgebühr – abverlangt und im Hinblick auf die hohe finanzielle Belastung, die mit diesem Rechtsstreit an sich einhergeht, erscheint eine Erleichterung bzw Vereinfachung der Verhandlungsführung als höchst prozessökonomisch. Es darf dadurch auch eine Beschleunigung der Verhandlung erwartet werden, weil das Gericht nicht selbst das Gesprochene wiederholend zusammenfassen müsste. Angesichts des beträchtlichen Umfangs des Verfahrens wäre die Beiziehung eines Schriftführers damit auch kosteneffizient.

XII. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS¹²

Abkürzung	steht für
ABC	Asset Backed Commercial Papers
Aktenvermerk 2006	Aktenvermerk " <i>Aufsichtsbehördliche Genehmigung von GR-Beschlüssen</i> " vom 26.1.2006 (Beilage ./86)
Amtsbericht 2004	Amtsbericht vom 13.5.2004 (Beilage ./62)
B	Bürgermeister der Stadt Linz
Bank Austria Creditanstalt AG	Bank Austria (gemeint mit der im jeweiligen Zeitpunkt damals aktuellen Firma)
BAWAG P.S.K.	Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft
Beklagte	siehe BAWAG P.S.K.
beklagte Partei	siehe BAWAG P.S.K.
BV	Barvorlage
CAC	Credit Approval Committee
CB	Kommerzkunden Vertrieb und Märkte
CBH	Kommerzkunden Vertriebsdirektion – Handel und Dienstleistungen
CBI	Kommerzkunden Vertriebsdirektion – Industrie und Immobilien
CBO	Kommerzkunden Vertriebsdirektion – OÖ/Sbg
CBOO	Corporate Banking OÖ
CBP	Kommerzkunden Vertriebsdirektion – Öffentliche Hand und Institutionelle Kunden
CBS	Kommerzkunden Vertriebsdirektion – Stmk/Ktn
CBT	Kommerzkunden Vertriebsdirektion – T/Vbg
CC	Kreditausschuss des Aufsichtsrates
CM	Capital Markets
CMS	Capital Market Sales
CP	Kommerzkunden Produktlösungen und Märkte
CPB	Finanzinstitutionen
CPBA	Financial Institutions und Sovereign Analyse
CPBC	Correspondent Banking
CPBR	Bank Relationship Management

¹² Dieses Abkürzungsverzeichnis umfasst sowohl Abkürzungen, die in den von der Stadt Linz vorgelegten Beilagen enthalten sind und wie sie BAWAG P.S.K. versteht, als auch von BAWAG P.S.K. verwendete Abkürzungen.

CPDC	Capital Markets Solutions
CPF	Kommerzkunden Strukturierte Finanzierungen
CPFE	Export-, Handelsfinanzierung & geförderte Finanzierung
CPFP	Projekt- und Akquisitionsfinanzierung
CPFS	Syndizierung
CPT	Kommerzkunden Treasury
CSA	Credit Support Annex
Dr. Mayr	siehe Finanzstadtrat
EK	Einmalkredit
FA	Finanzausschuss des Gemeinderates der Stadt Linz
FD	Finanzdirektor (Leiter der FVV) der Stadt Linz
Finanzreferent	siehe Finanzstadtrat
Finanzstadtrat oder Finanzstadtrat Dr. Mayr	Finanzstadtrat MMag. Dr. Johann Mayr, M.A.
FR	siehe Finanzstadtrat
FVV	Geschäftsgruppe " <i>Finanz- und Vermögensverwaltung</i> " des Magistrates der Stadt Linz (siehe Organigramm der Stadt Linz, Stand 2007 – Beilage ./7)
FX	Fremdwährung (<i>foreign exchange</i>)
GR 2004 oder Gemeinderatsbeschluss 2004	Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 zu TOP K.1
GEOM	Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz (GEOM)
GO	Gesamtbligo
GOCR	Verordnung des Gemeinderates der Landeshauptstadt Linz vom 23.1.1992 betreffend die Geschäftsordnung für den Gemeinderat (GOCR) kundgemacht an den Amtstafeln sowie im Amtsblatt der Landeshauptstadt Linz Nr. 3/1992, in der jeweils geltenden Fassung
GR	Gemeinderat der Stadt Linz
GRB	Gemeinderatsbeschluss
(G)-VS	Gesamtvorstand
IAS	International Accounting Standards
IK	Institutionelle Kunden und Öffentliche Hand
ILG	Immobilien Linz GmbH
ISDA	International Swaps and Derivatives Association Inc.
ITM	In-The-Money
KB	Klagebeantwortung
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement
Klägerin	siehe Stadt Linz
klagende Partei	siehe Stadt Linz
KKD	Risikoeinheit für die Abwicklung und Prüfung von definierten Kundensegmenten im Bereich Kommerzrisiko

	management
KoA	Kontrollamt der Stadt Linz
KoAu	Kontrollausschuss des Gemeinderates der Stadt Linz
KOMM	Dienststelle " <i>Stadtkommunikation Linz</i> " innerhalb der Geschäftsgruppe " <i>Präsidialverwaltung</i> " des Magistrates der Stadt Linz (siehe Organigramm der Stadt Linz, Stand 2007 – Beilage ./7)
Mag. Penn	Mag. Werner Penn
Magistratsdirektor Prof. Wolny, MD Prof. Wolny oder Prof. Wolny	Magistratsdirektor Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny
MD	Magistratsdirektor
MiFID	Richtlinie 2004/39/EG über Märkte für Finanzinstrumente
MM	Middle Market OÖ
MR	Marktrisiko
OTC	Over the Counter
PPO	Dienststelle " <i>Präsidium, Personal und Organisation</i> " innerhalb der Geschäftsgruppe " <i>Präsidialverwaltung</i> " des Magistrates der Stadt Linz (siehe Organigramm der Stadt Linz, Stand 2007 – Beilage ./7)
PrA/RKzI	Präsidialamt/Ratskanzlei
Prof. Wolny	siehe Magistratsdirektor Prof. Wolny
Rahmenvertrag 2006	Rahmenvertrag zwischen der BAWAG P.S.K. und der Stadt Linz vom 26.9.2006
RH	(Bundes-) Rechnungshof gemäß Art 121ff B-VG
RHB	Bericht des Rechnungshofes, Reihe Oberösterreich 2013/1, betreffend " <i>Fremdwährungs- und Zinsabsicherungsgeschäfte der Stadt Linz, der Immobilien Linz GmbH, der Immobilien Linz GmbH & Co KG und der LINZ AG für Energie, Telekommunikation, Verkehr und Kommunale Dienste</i> " (Rechnungshof GZ 001.504/306-1B1/13)
SIV	Structured Investment Vehicles
Stadt Linz	(Landeshaupt-) Stadt Linz
Stadtkämmerei	Dienststelle "Stadtkämmerei" innerhalb der Geschäftsgruppe FVV des Magistrates der Stadt Linz (siehe Organigramm der Stadt Linz, Stand 2007 – Beilage ./7)
StL 1992	Statut für die Landeshauptstadt Linz 1992, LBGl. Nr. 7/1992 in der jeweils geltenden Fassung
StR	Stadtrat
Strafakt	Akt zu Gz 9 St 80/11z der StA Linz
StS	Stadtsenat der Stadt Linz
SVD	Sachverhaltsdarstellung
SWAP I	SWAP 3976 vom 26.9.2006
SWAP II	SWAP 4175 vom 12.7.2007
SWAP III	SWAP 57196 vom 16.7.2007
TR	Treasury und Investmentbanking

ÜZ	Überziehung
Vbgm	Vizebürgermeister

BAWAG P.S.K. Bank für Arbeit und Wirtschaft
und Österreichische Postsparkasse Aktiengesellschaft