

# KRAFT & WINTERNITZ

RECHTSANWÄLTE

**Per Web-ERV**  
An das  
Handelsgericht Wien  
Marxergasse 1a  
1030 Wien

KRAFT & WINTERNITZ  
RECHTSANWÄLTE GMBH

Heinrichsgasse 4  
A-1010 Wien  
Telefon: +43 (1) 587 16 60-0  
Telefax: +43 (1) 586 31 17  
e-mail: [office@kwlaw.at](mailto:office@kwlaw.at)  
Internet: [www.kwlaw.at](http://www.kwlaw.at)

Handelsgericht Wien FN 227893 m  
P-Code 130260  
DVR 069048  
UID ATU56202255

**GZ: 48 Cg 218/11k**  
**48 Cg 222/11y**

Wien, 12. Juli 2013  
BWG35509/11 /5/14/59/964057

**Klagende und**  
**widerbeklagte Partei:**

**Stadt Linz**  
(vertreten durch den Bürgermeister)  
Altes Rathaus Hauptplatz 1  
4020 Linz

vertreten durch:

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

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

und

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

**Beklagte und**  
**widerklagende**  
**Partei:**

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

vertreten durch:

**WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH**  
P130664  
Schubertring 6  
1010 Wien

und

**Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH**  
Biberstraße 5  
1010 Wien

wegen:

EUR 25.185.074,30 samt Anhang; Klage 48 Cg 218/11k)  
(entspricht CHF 30.640.161,40 samt Anhang in der Klage)  
EUR 417.737.018,29 samt Anhang (Widerklage 48 Cg 222/11y)

- 1. VORBEREITENDER SCHRIFTSATZ**
- 2. ERLEDIGUNG VON RICHTSAUFTRÄGEN**
- 3. URKUNDENVORLAGE**
- 4. URKUNDENERKLÄRUNGEN**

einfach  
98 Beilagen  
1 aktualisiertes Beilagenverzeichnis

Aufgrund des Datenumfanges ist eine Übermittlung der Beilagen im WebErV nicht möglich. Die Beilagen werden daher dem Gericht – wie mit der Geschäftsabteilung besprochen - und der Beklagtenvertretung gesondert mit Boten in Papierform und auf Datenträger übermittelt.

Gleichschrift ergeht gemäß § 112 ZPO direkt an Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH  
und Lansky, Ganzger + partner Rechtsanwälte GmbH

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>I. Vorbemerkungen</b>	6
1. Das (vorläufige) Prozessprogramm des Handelsgerichtes Wien	6
2. Gerichtsaufträge	6
3. Die Ungültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 (Zusammenfassung)	7
 <b>II. Keine Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175</b>	 11
1. <i>Klarer Verstoß gegen kommunalrechtliche Organisationsvorschriften</i>	11
1.1. Einleitung	11
1.2. Zweck der kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften	12
1.3. Die Organe der Gemeinde	14
1.4. Die Zuständigkeit des Gemeinderates für das Swap-Geschäft 4175	16
1.4.1 Die Struktur des Swap-Geschäftes 4175	16
1.4.2 Die Zuständigkeit des Gemeinderates nach § 46 Abs 1 Z 9 StL 1992	17
1.5. Gänzlichliches Fehlen einer Willensbildung im Gemeinderat	18
1.5.1 Die Position der beklagten Partei	18
1.5.2 Der Gemeinderat der Stadt Linz hat 2004 das Swap-Geschäft 4175 weder beschlossen noch seine Zuständigkeit auf Mag. Werner Penn übertragen	19
 2. <i>Fremdwährungsverschuldung der Stadt Linz/ Optimierung/ Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung in der historischen Betrachtung</i>	 23
2.1. Die Fremdwährungsverschuldung durch die Stadt Linz	23
2.2. Übertragung der „Optimierung“ auf die Finanz- und Vermögensverwaltung	25
2.2.1 Der Amtsbericht vom 21. Jänner 1996	25
2.2.2 Der Beschluss des Gemeinderates vom 29. Februar 1996	26
2.2.3 Die Umsetzung des Optimierungsauftrages	26
2.2.4 Schlussfolgerungen	28
2.2.5 Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004	28
 3. <i>Grenzen der Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004</i>	 30
3.1. Die Grenzen dieser Ermächtigung	30
3.1.1 Einleitung	30
3.1.2 Die gesetzlichen Grenzen einer solchen Ermächtigung	31
3.1.3 Die Einschränkung durch die Begriffe „Marktüblichkeit“ und „Optimierung“	31
3.2. Schlussfolgerungen	32
 4. <i>Objektive Beurteilung der Begriffe „Marktüblichkeit“ und „Optimierung“</i>	 33
4.1. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 - Einleitende Bemerkungen	33
4.2. Keine „Optimierung“ durch das Swap-Geschäft 4175 unter Berücksichtigung des subjektiven Verständnisses des Gemeinderates	34
4.3. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 unter Zugrundelegung eines allgemeinen Begriffsverständnisses	36
4.4. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 aus bankwirtschaftlicher Betrachtung – Allgemeine Bemerkungen	37
4.5. Keine Optimierung wegen Belastung des Swap-Geschäftes 4175 mit einem negativen Anfangswert im Bereich von EUR 20 Mio.	39
4.6. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 wegen ausufernden Risikos unter Berücksichtigung der Risikoreports der beklagten Partei	41

4.7.	Keine Optimierung unter Berücksichtigung der Risiko- und Ertragskennzahlen	42
4.8.	Keine Optimierung durch bloßen Abtausch von Zins- gegen Währungsrisiko	44
4.9.	Keine Optimierung wegen des asymmetrischen Gewinn- und Verlustprofils, Risikoverdichtung und struktureller Risikoerhöhung zulasten der Stadt Linz durch das Swap-Geschäft 4175	45
4.10.	Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 in Ansehung von Abschlusszeitpunkt, Zinsparitäten- und Kaufkraftparitätentheorie sowie der CHF Forward-Kurse	46
4.11.	Fehlende Marktüblichkeit des Swap-Geschäftes 7175 - Einleitenden Bemerkungen	48
4.12.	Keine Subsumtion des Swap-Geschäftes 4175 unter den Begriff der „Marktüblichkeit“	51
4.13.	Keine Marktüblichkeit in Ansehung des extremen Volumens des Geschäfts	52
4.14.	Kein Rückschluss von Resettable-Geschäften anderer Banken auf die Marktüblichkeit	53
4.15.	Keine Vergleichbarkeit des Swap-Geschäftes 4175 mit dem Risiko eines Fremdwährungskredites oder einer Fremdwährungsanleihe	54
5.	<i>Fehlen eines Anscheins der Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175</i>	56
5.1.	Vorbemerkungen	56
5.2.	Die aus Sicht der beklagten Partei ihr Vertrauen rechtfertigenden Tatbestände	56
5.3.	Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand	59
5.4.	Fehlen jeglichen Vertrauens der beklagten Partei bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175	60
6.	<i>Das Swap-Geschäft 4175 ist auch nachträglich nicht genehmigt worden</i>	65
6.1.	Die Position der beklagten Partei	66
6.2.	Keine nachträgliche Genehmigung des Geschäftes/Kein Anschein einer solchen Genehmigung	66
6.3.	Fehlen eines Genehmigungsbeschlusses	69
6.3.1	Ausdrückliche Genehmigung	69
6.3.2	Schlüssige Genehmigung	69
6.4.	Keine Anscheinsgenehmigung durch Kontrollpflichtverletzung	71
6.4.1	Die Ausführungen der beklagten Partei	71
6.4.2	Kontrollversagen führt zum Schadenersatz und nicht zur Genehmigung	71
6.4.3	Kein zurechenbares Verhalten durch den Gemeinderat	72
6.4.4	Das Schweigen wegen „Kontrollversagens“ konnte aus Sicht der beklagten Partei keinen Erklärungsgehalt haben	73
6.5.	Kein Genehmigungswille des Gemeinderates	74
6.5.1	Einleitung	74
6.6.	Die Behandlung der Rechnungsabschlüsse 2007 bis 2009 im Gemeinderat	75
6.6.1	Der Rechnungsabschluss	75
6.6.2	Die Erfassung der Zahlungen im Rechenwerk der Stadt und im Rechnungsabschluss	76
6.6.3	Die Genehmigung der Jahresabschlüsse 2007 bis 2009 im Gemeinderat	76
6.7.	Die Behandlung der Berichte des Kontrollamtes im Gemeinderat	78
6.7.1	Jahresberichte gegenüber den Mitgliedern der Gemeinderates	78
6.7.2	Die Berichte und deren Behandlung im Gemeinderat	78
6.8.	Keine schlüssige nachträgliche Genehmigung durch die Entgegennahme der Zahlungen	79
6.8.1	Die Zahlungen aus dem Swap-Geschäft 4175 und deren Verbuchung	79
6.8.2	Die Entgegennahme der Zahlungen hat nicht die Funktion einer Willenserklärung	79
6.9.	Keine Willensbetätigung (§ 1016 2. Fall ABGB) durch die Entgegennahme der Zahlungen	80
6.10.	Auch der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss waren nicht nachträglich mit dem Swap-Geschäft 4175 einverstanden	82
6.10.1	Die Funktion der Ausschüsse und ihre Arbeitsweise	82
6.10.2	Die Mitglieder des Finanzausschusses haben die Ermächtigungsüberschreitungen nicht erkannt	83

6.10.3 Auch der Kontrollausschuss hat die tatsächliche Struktur des Swap-Geschäftes 4175 nicht erkannt	84
6.11. Kein Vertrauen der beklagten Partei auf eine nachträgliche Genehmigung	86
6.11.1 Worauf hat die beklagte Partei eigentlich vertraut?	86
6.11.2 Kein Vertrauenstatbestand erkennbar	86
7. <i>Fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung</i>	87
7.1. Genehmigungspflicht für den Abschluss von Darlehensverträgen	87
7.1.1 Das Swap-Geschäft 4175 unterliegt der Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992	87
7.1.2 Bestätigung der Rechtsauffassung durch andere Behörden und Einrichtungen	92
7.1.3 Überschreitung der Schwellenwerte	93
7.2. Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992	98
7.3. Ergebnis	102
8. <i>Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Evidenz des Vertretungsmissbrauchs</i>	103
8.1. Die Vorwürfe der Stadt Linz	103
8.2. Bestätigung der Evidenz eines Vertretungsmissbrauchs	104
<b>III. Gerichtsaufträge</b>	105
1. Gerichtsaufträge aus der vorbereitenden Tagsatzung vom 24. Mai 2013	105
1.1. Geschäftsordnungen	105
1.2. Auf Basis des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 abgeschlossene Finanzgeschäfte	105
1.3. Vorlage von Übersetzungen	107
1.4. Vorlage vollständiger Beilagen	107
1.5. Richtigstellung der Beilagenbezeichnung	107
1.6. OCR-Lesbarkeit der Schriftsätze und Urkunden	107
1.7. Weitere Zeugenbekanntgaben	108
2. Gerichtsaufträge aufgrund des Beschlusses des Handelsgerichtes Wien vom 10. Juni 2013	108
<b>IV. Urkundenerklärung</b>	109
1. Erläuternde Hinweise	109
2. Überkreuzungsliste – Urkundenerklärung zu den identen Beilagen der Streitteile	109
3. Urkundenerklärung zu den sich nicht überschneidenden Beweisurkunden der beklagten Partei	110

## **I. Vorbemerkungen**

### **1. Das (vorläufige) Prozessprogramm des Handelsgerichtes Wien**

- 1.1. In der vorbereitenden Tagsatzung des Handelsgerichtes Wien vom 24. Mai 2013 wurde festgelegt, dass *"in einem ersten großen Teil über den Grund der geltend gemachten Forderungen verhandelt wird, ausgehend von der Kernfrage, ob der gegenständliche Vertrag tatsächlich zustande gekommen ist, sei es direkt durch den Abschluss, sei es auch durch nachträgliche Genehmigung"*. Das Gericht erklärte ferner, es für sinnvoll zu halten, dies *"vorab zu klären, um dann zu wissen, zu welchen Ansprüchen Beweisaufnahmen zur Höhe notwendig sein werden"*.
- 1.2. Im Beschluss vom 21. Juni 2013, der über den Vorlageantrag der klagenden Partei erging, wurde noch stärker betont, dass das Handelsgericht Wien mit dem ersten großen Teil des Prozessprogramms die Frage nach der Gültigkeit des Swap-Geschäftes, sei es von Anbeginn an, sei es durch nachträgliche Genehmigung, versteht.
- 1.3. Die inhaltlichen Ausführungen der Stadt Linz in diesem vorbereitenden Schriftsatz setzen sich also ausschließlich mit der fehlenden Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 auseinander. Die von der Stadt Linz in ihren bisherigen Schriftsätzen gegen die Wirksamkeit des Geschäftes eingewandten "Wurzelmängel", also Irrtum, List, laesio enormis, werden ebenso wenig behandelt wie die Beseitigung des Vertrages ex tunc im Wege der schadenersatzrechtlichen Naturalrestitution.

### **2. Gerichtsaufträge**

- 2.1. Das Gericht hat in der vorbereitenden Tagsatzung den Parteien aufgetragen,
  - sämtliche bereits vorgelegten Urkunden und ihre Schriftsätze nochmals in OCR-lesbare PDF zu übermitteln;
  - die in vorgelegten E-Mails enthaltenen Beilagen vorzulegen, sofern sie nicht bereits Bestandteil der E-Mails sind;
  - fremdsprachige Urkunden zumindest in einer Arbeitsübersetzung in die deutsche Sprache zu übertragen.
- 2.2. Die Stadt Linz erhielt ferner den Auftrag,
  - die Geschäftsordnung des Magistrats, des Stadtsenats und des Gemeinderats sowie dessen Ausschüsse in der Zeit von 2004 bis 2008 samt Beilagen vorzulegen; und
  - sämtliche Finanzgeschäfte darzustellen, die auf Grundlage des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 abgeschlossen wurden.
- 2.3. Der Stadt Linz wurde mit weiterem Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 10. Juni 2013 der Auftrag erteilt, die Protokolle der Sondersitzungen des Kontrollausschusses der Stadt Linz zum Swap-Geschäft 4175 vorzulegen.

- 2.4. Die Gerichtsaufträge werden in Abschnitt III. erledigt. Der Kontrollausschuss der Stadt Linz zum Swap-Geschäft 4175 hat bisher 24 Sondersitzungen abgehalten. Die Übertragung der Sitzungsprotokolle liegt bis zu der am 18. Juni 2013 abgehaltenen 23. Sondersitzung vor; die Verhandlungen des Kontrollausschusses (und damit auch die darüber erstellten Protokolle) sind an sich vertraulich (§ 3 Abs 4 der Geschäftsordnung für die Ausschüsse), es sei denn, der Ausschuss selbst beschließt etwas anderes, was in der 2. Sondersitzung vom 15. Juni 2011 erfolgt ist.
- 2.5. Die Prozesserkklärungen der Stadt Linz zu den von der beklagten Partei vorgelegten Urkunden werden im Abschnitt IV. abgegeben. Dokumente, auf welche sich die Stadt Linz in ihrem Sachvortrag (Abschnitt II.) beruft, werden bereits im Rahmen des Textes im Detail angeführt. Aus Vereinfachungsgründen werden die bereits vorgelegten Beweisurkunden in den „Beweismittelanträgen“ nicht mehr gesondert erwähnt und aufgelistet. Das Gleiche gilt für die Zeugen, die bereits in der Klage oder in der Klagebeantwortung der Stadt Linz zu einzelnen Themen namhaft gemacht worden sind. Gesondert angeführt werden in den Beweismittelanträgen daher nur jene Urkunden, die mit diesem Schriftsatz **neu** vorgelegt werden. Im Beilagenverzeichnis sind diese neuen Urkunden ebenfalls ersichtlich gemacht.
- 2.6. Sofern im Text auf einzelne Punkte verwiesen wird, bezieht sich dies auf die Gliederung des Abschnitts II., sofern nichts anderes angegeben ist.

### 3. **Die Ungültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 (Zusammenfassung)**

#### 3.1. **Ungültigkeit aus kommunalrechtlichen Gründen**

Die Stadt Linz wird darlegen, dass das Swap-Geschäft 4175, das Mag. Werner Penn, im Namen der Stadt Linz am 16. Februar 2007 abgeschlossen hat, schon von Anbeginn die Stadt Linz nicht verpflichtet hat,

- weil einem derartigen Geschäft gemäß § 867 ABGB die kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften, deren Kenntnis von der beklagten Partei zu verlangen ist, entgegenstanden;
- weil Mag. Werner Penn vom Gemeinderat der Stadt Linz in keinem Fall zu einem Geschäft wie dem Swap-Geschäft 4175 ermächtigt worden ist.

#### 3.2. **Fehlende Zustimmung des Gemeinderates**

Die Stadt Linz wird darlegen, dass sich die beklagte Partei für die Wirksamkeit des Swap-Geschäftes nicht auf die Zustimmung des Gemeinderates berufen kann,

- weil das im Februar 2007 zwischen Mag. Werner Penn und der beklagten Partei abgeschlossene Swap-Geschäft 4175 dem Gemeinderat der Stadt Linz niemals zur Beschlussfassung vorgelegt worden ist;
- weil der beinahe drei Jahre im Voraus gefasste Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 schon denotwendigerweise keine Zustimmung zum Swap-Geschäft 4175 darstellen konnte;
- weil das Swap-Geschäft 4175 auch keine bloße Umsetzung des Gemeinderatswillens durch die Finanz- und Vermögensverwaltung bedeutet

hat; Vielmehr handelt es sich um eine selbstständige Währungsspekulation (bestehend aus einer Vielzahl von exotischen Optionen ohne jegliche Risikobegrenzung, zu welcher der Gemeinderat die Finanz- und Vermögensverwaltung nie ermächtigt hat.

### **3.3. Keine Verpflichtung der Stadt Linz durch Mag. Werner Penn**

Die Stadt Linz wird darlegen, dass sich die beklagte Partei auch nicht auf eine Ermächtigung des Mag. Werner Penn zu einem solchen Geschäft berufen konnte,

- weil sich die beklagte Partei – hätte sie tatsächlich beim Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 auf eine Ermächtigung des Mag. Werner Penn durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 vertraut, was nicht der Fall war - die Kenntnis des kommunalrechtlichen Delegationsverbotes entgegenhalten lassen muss. Ihr musste schon kraft § 867 ABGB bekannt sein, dass Mag. Werner Penn mit dieser Ermächtigung nur den Gemeinderatswillen in den ihm vom Gemeinderat gesetzten Grenzen umsetzen konnte und diese gesetzesimmanenten Grenzen Währungsspekulationen im Volumen einen Gegenwerts von EUR 1,266 Mrd. nie erlaubt.
- weil die beklagte Partei ohnehin bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 im Februar 2007 nicht auf eine Ermächtigung des Mag. Werner Penn vertraut hat: Erst Monate nach Abschluss des Geschäftes hat sie sich für das Vorliegen eines Gemeinderatsbeschlusses interessiert;
- weil das von der beklagten Partei Mag. Werner Penn empfohlene Swap-Geschäft 4175 evidentermaßen die Grenzen des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 überschritten hat, da es weder marktüblich war noch das Fremdfinanzierungsportfolio optimiert hat. Auch ein allfälliger Anschein der Ermächtigung des Mag. Werner Penn durch diesen Beschluss konnte naturgemäß nicht weiter gehen, als der Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses selbst. Hatte die beklagte Partei tatsächlich diesen Gemeinderatsbeschluss, der lediglich marktübliche und das Fremdfinanzierungsportfolio optimierende Geschäfte deckt, vor Augen, gibt es nur einen Schluss: Sie wusste oder konnte zumindest aufgrund ihres Sachverstandes (§ 1299 ABGB) nicht darüber im Unklaren sein, dass Mag. Werner Penn zu dem von ihr angebotenen Geschäft keinesfalls ermächtigt war.

### **3.4. Keine nachträgliche Genehmigung durch die Stadt Linz**

Die Stadt Linz wird darlegen, dass das Swap-Geschäft 4175 auch nachträglich nicht genehmigt worden ist,

- weil eine nachträgliche Genehmigung, sei sie ausdrücklich oder schlüssig, nur durch jenes Organ erfolgen kann, das ursprünglich für den Geschäftsabschluss zuständig gewesen ist. Das ist ausschließlich der Gemeinderat. Weder sind es Ausschüsse, noch das Kontrollamt, noch Verwaltungsbeamte der Stadt Linz;
- weil der Gemeinderat der Stadt Linz – unstrittig – keinen wie immer gearteten Beschluss gefasst hat, der das abgeschlossene Swap-Geschäft 4175 zum Gegenstand hatte;

- weil eine Genehmigung durch den Gemeinderat auch nicht schlüssig erfolgt ist. Eine solche schlüssige Genehmigung durch den Gemeinderat hätte nämlich vorausgesetzt,
  - a) dass vom Gemeinderat als Kollegialorgan ein Verhalten gesetzt wurde, das keinen vernünftigen Grund zum Zweifeln übrig lässt (§ 863 ABGB), der Gemeinderat wolle nachträglich ein Geschäft genehmigen, das ursprünglich in Überschreitung seiner Ermächtigung geschlossen wurde. Alle von der beklagten Partei dafür ins Treffen geführten Umstände sind nicht einmal Indizien für einen Genehmigungswillen des Gemeinderates, geschweige denn sind sie geeignet, jeden vernünftigen Zweifel an einem Genehmigungswillen des Gemeinderates auszuräumen;
  - b) dass diese von der beklagten Partei für eine Genehmigung ins Treffen geführten Umstände ihr damals bekannt wurden, weil nur so das selbstverständlich auch bei schlüssigen Willenserklärungen bestehende Zugangserfordernis erfüllt werden kann. Tatsächlich beruft sich die beklagte Partei ausnahmslos auf interne Vorgänge, wie die widerspruchslose Entgegennahme von Zahlungen durch die Finanzverwaltung, die allesamt keinen dem Gemeinderat zurechenbaren Erklärungswert (im Sinne einer nachträglichen Genehmigung) besitzen;

### **3.5. Kein Anschein einer nachträglichen Genehmigung**

Die Stadt Linz wird darlegen, dass sie auch keinen Anschein erzeugt hat, sie wolle das von Mag. Werner Penn in Überschreitung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 abgeschlossene Geschäft nachträglich genehmigen,

- weil die Entgegennahme von Zahlungen aus dem Swap-Geschäft für sich den Anschein einer Genehmigung eines vollmachtslos abgeschlossenen Geschäftes nicht erzeugen kann;
- weil allein das Schweigen des Gemeinderats auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten keinesfalls die Annahme rechtfertigt, die Stadt Linz wolle plötzlich ein nicht marktübliches und nicht optimierendes Geschäft (Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004) genehmigen;
- weil auch sonst kein Umstand gegeben war (geschweige denn nach außen getreten wäre), der die beklagte Partei berechtigt hätte, auf die Genehmigung eines vom Gemeinderat nicht autorisierten Geschäftes zu vertrauen;
  - da die Protokolle der Sitzungen des Finanz- und Kontrollausschusses geheim sind und der beklagten Partei nicht zur Verfügung standen; und
  - da weder der Rechnungsabschluss noch der Budgetvoranschlag das konkrete Swap-Geschäft 4175 erkennen lässt;
  - da es abwegig ist anzunehmen, die beklagte Partei habe die Rechnungsabschlüsse der Stadt Linz studiert, um dann befriedigt festzustellen, dass die Stadt Linz das – anfänglich unwirksame - Geschäft nunmehr doch genehmigt hat.

### **3.6. Keine Genehmigung durch Vereinnahmung von Zahlungen aus dem Geschäft**

Die Stadt Linz wird darlegen, dass der Empfang der Zahlungen aus diesem Geschäft nicht seine nachträgliche Genehmigung durch Willensbetätigung (§ 1016, 2. Fall ABGB) bewirkt hat,

- weil eine solche Genehmigung voraussetzt,
  - a) dass ihr eine Willensbildung jenes Organs zugrunde liegt, das schon ursprünglich für den Geschäftsabschluss zuständig war, also des Gemeinderates, nicht aber seiner Ausschüsse oder Verwaltungsbeamten, die das Geld entgegennahmen und verbuchten;
  - b) dass dem Gemeinderat – hätte er den Zahlungseingang überhaupt zur Kenntnis genommen, was nicht der Fall war – bei der Entgegennahme der Zahlungen aktuell bewusst hätte sein müssen, dass Mag. Werner Penn mit dem Swap-Geschäft 4175 die ihm im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gesetzten Grenzen überschritten hat; und
  - c) dass der Gemeinderat dann die Struktur des Swap-Geschäfts hätte kennen müssen, um eine solche Ermächtigungsüberschreitung festzustellen. Der Gemeinderat hätte also um die hochspekulative Natur des Geschäftes mit seinen 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen im Gesamtvolumen weit jenseits einer Milliarde Euro zu Lasten der Stadt Linz sowie den negativen Marktwert von zumindest € 20 Mio. wissen müssen; und
  - d) dass der Gemeinderat in Kenntnis all dessen dennoch gewillt war, sich auf ein solches nachteiliges und hochspekulatives Geschäft plötzlich einzulassen;
- und weil es bei der Willensbetätigung immer nur auf den tatsächlichen Willen des Organs (im Konkreten also des Gemeinderats) und nicht auf irgendeinen Rechtsschein gegenüber Dritten ankommt (weil in diesem Fall eben kein Vertrauensschutz eingreift);
- und weil diese Voraussetzungen somit allesamt nicht vorlagen.

### **3.7. Fehlen der notwendigen aufsichtsbehördlichen Genehmigung**

Die Stadt Linz wird darlegen, dass sie durch das Swap-Geschäft 4175, sollte die erforderliche Willensbildung des Gemeinderats fälschlich unterstellt werden, was die Stadt Linz aus den genannten Gründen ausschließt, keine rechtliche Bindung erzeugt hat,

- weil dieses Geschäft der aufsichtsbehördlichen Genehmigung durch das Land Oberösterreich bedarf und eine derartige Genehmigung weder erfolgte noch erfolgen wird.

### 3.8. Jedenfalls evidenter Befugnismissbrauch durch den Mag. Werner Penn

Die Stadt Linz wird darlegen, dass das Swap-Geschäft 4175 selbst dann nicht wirksam zustande gekommen wäre, wenn es vom Umfang des Gemeinderatsbeschlusses gedeckt gewesen wäre,

- weil es für die beklagte Partei evident war, dass Mag. Werner Penn durch den Abschluss dieses Geschäftes seine Befugnis missbraucht hat; und
- weil die beklagte Partei diesen Befugnismissbrauch auch tatsächlich erkannt hat, weil sie es selbst war, die das Swap-Geschäft 4175 zum Nachteil der Stadt Linz so strukturiert hat, wie es war.

## II. Keine Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175

### 1. Klarer Verstoß gegen kommunalrechtliche Organisationsvorschriften

#### 1.1. Einleitung

- 1.1.1 Für Finanzgeschäfte sind in der Stadt Linz teils politische Organe, teils Verwaltungsorgane zuständig. Die Entscheidungen über den Abschluss eines Finanzgeschäftes trifft bei einer bestimmten Größenordnung ausschließlich der Gemeinderat. **Das Swap-Geschäft 4175 hätte also, um gültig zustande zu kommen, einer dahingehenden Willensbildung und Entscheidung im Gemeinderat der Stadt Linz bedurft.** Die in den Organisationsvorschriften für die Stadt Linz, im Konkreten also im Statut für die Stadt Linz (StL 1992; LGBl 7/1992), festgelegten Beschränkungen der Handlungsfähigkeit anderer Organe schlägt auf das Außenverhältnis unmittelbar durch (*Bollenberger* in KBB<sup>3</sup>, § 867 Rz 3; RIS-Justiz RS0014699; RIS-Justiz RS001417; OGH 9 ObA 84/10h; OGH 5 Ob 52/11z; OGH 2 Ob 73/12y, ua).
- 1.1.2 Der Gemeinderat der Stadt Linz hat Mag. Werner Penn **weder die Befugnis** zum Abschluss einer Währungsspekulation mit einem Volumen von mehr als EUR 1 Mrd. (vgl. Punkt 4.2.) **übertragen (delegiert)**, noch **ihm persönlich** eine dahingehende **Ermächtigung** erteilt.
- 1.1.3 Die Stadt Linz hat aber auch **nicht den Anschein erzeugt**, Mag. Werner Penn zum Swap-Geschäft 4175, das schon seiner Natur nach weder marktüblich noch zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios geeignet gewesen ist (vgl. Punkt 4.), ermächtigt zu haben.
- 1.1.4 Die folgenden Ausführungen behandeln zuerst den Hintergrund und Zweck der Außenwirkung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen, die Aufteilung der Finanzgeschäfte auf die einzelnen Organe der Stadt Linz und die ausschließliche Zuständigkeit des Gemeinderates der Stadt Linz. Schließlich zeigt die historische Entwicklung, die zum Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 geführt hat und dessen objektive Auslegung, dass die beklagte Partei niemals der Meinung sein konnte, Mag. Werner Penn könne eine Währungsspekulation dieses Volumens, wie es das Swap-Geschäft 4175 darstellt, abschließen; im Übrigen ebenso wenig wie die übrigen Derivatgeschäfte, die mit der beklagten Partei abgeschlossen worden sind.

## 1.2. Zweck der kommunalrechtlichen Organisationsvorschriften

- 1.2.1 Nach § 57 Abs 1 StL 1992 ist das Vermögen der Stadt möglichst ohne Beeinträchtigung der Substanz zu erhalten. Es ist pfleglich und entsprechend seiner Zweckbestimmung nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu verwalten, wobei beim ertragsfähigen Vermögen der größte dauernde Nutzen erfolgen soll. Diese Bestimmung ist Ausdruck des schon in Art 119 Abs 2 B-VG für alle Gemeinden vorgeschriebenen Grundsatzes, dass für die Verwaltung öffentlichen Vermögens die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu beachten sind. Vor diesem Hintergrund ist es naheliegend, dass Hochrisiko-Geschäfte diesen Grundsätzen widersprechen. **Der Abschluss hochriskanter derivativer Finanzinstrumente gehört zweifellos nicht zu den Aufgaben einer Stadt bzw. Gemeinde** (Bericht des [Bundes-]Rechnungshofes, Serie Oberösterreich 2013/1, TZ 5.1; Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des OÖ Landtages, Blg 366/2011 und Blg 369/2011 zur Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012, Beilagen ./LLLLLL und ./MMMMMM); Sonderprüfungsbericht des Kontrollamts vom 18. September 2012, Seite 105, ON 126 des Strafaktes).
- 1.2.2 Die Organisationsvorschriften (dazu im Folgenden) zeigen weiters, dass abhängig von Bedeutung bzw. der Größe des Geschäftes die öffentlich-rechtliche Willensbildung unterschiedlichen Organen der Stadt zugewiesen wird. Klar ist daraus, dass Geschäfte mit besonders weitreichender Bedeutung jedenfalls der Willensbildung durch den Gemeinderat zu unterwerfen sind (vgl. auch Prändl, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 [385]). Damit wird deutlich, dass Objekt und Zweck der kommunalrechtlichen Vorschriften der Schutz des Gemeindevermögens im öffentlichen Interesse ist, hinter dem das Interesse Einzelner zurücktreten muss. Das restriktive Willensbildungs – und Vertretungsregime juristischer Personen des öffentlichen Rechts ist eben Ausdruck einer vom Gesetzgeber gewollten Privilegierung von Gemeinden zur Wahrung von Interessen der Allgemeinheit und des öffentlichen Wohls (OGH 4 Ob 197/07k, RIS-Justiz RS0014717). Diese Privilegierung wäre „weitergehend sinnlos, wäre es anderen Organen der Gemeinde möglich, unter Umgehung des zuständigen Organs mit Wirkung für die Gemeinde tätig zu werden“ (RIS-Justiz RS0031238).
- 1.2.3 **Ausdruck des Vorrangs des öffentlichen Interesses ist § 867 ABGB.** In dem heißt es, dass aus der Verfassung der Gemeinde und aus den politischen Gesetzen entnommen werden muss, was jeweils für die Gültigkeit eines Vertrages mit einer Gemeinde erforderlich ist. § 867 ABGB ist eben Ausfluss der Wertung, dass die öffentliche Hand als Rechtsperson der dahinterstehenden Bürger besonders schutzwürdig ist. Gemeint sind damit sowohl die Gemeinde als auch ihre Bürger (vgl. *Faistenberger/Barta in Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*<sup>2</sup>, 296). Im Schutzzweck des § 867 ABGB liegt aber auch die Warnung an die Geschäftspartner der Gemeinde, sich mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben bekannt zu machen (vgl. *Faistenberger/Barta aaO*, die auch auf die schon von Zeiller diesbezüglich gemachten Ausführungen verweisen).

- 1.2.4 Dem entspricht auch der Obersten Gerichtshof, der in ständiger Rechtsprechung vom Grundsatz ausgeht, dass derjenige, der mit der öffentlichen Hand einen Vertrag abschließt, die für ihre Willensbildung geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen beachten und auch dann gegen sich gelten lassen muss, wenn er sie nicht gekannt haben sollte (SZ 54/111; SZ 64/154; RIS-Justiz RS0014699; RS0014717; zuletzt etwa OGH 2 Ob 108/10m; 2 Ob 73/12y).
- 1.2.5 Damit besteht ein gesellschaftlich gewollter und gesetzlich manifestierter besonderer Schutz der Gemeinde (im Sinne eines Schutzes der Gemeindebürger) und damit auch eine gesetzlich gewollte erhöhte Sorgfaltspflicht für Geschäftspartner, die mit einer Gemeinde kontrahieren wollen. Der **kontrahierungswillige**, gesetzlich gewarnte **Vertragspartner** hat sich daher zu vergewissern, dass die für sein beabsichtigtes Geschäft **öffentlich-rechtlichen Vorgaben der kommunalen Willensbildung tatsächlich erfüllt sind**. Wer sich also mit den Organisationsvorschriften der öffentlichen Hand nicht auseinandersetzt oder sie einfach ignoriert, der ist nicht geschützt. Die beklagte Partei musste also davon ausgehen, ohne Willensbildung des Gemeinderates kein gültiges Geschäft abschließen zu können. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung (vgl. nur OGH 8 ObA 209/02x; 8 Ob 201/97k), denn *„als schlechtgläubig gilt derjenige, der bei gehöriger Aufmerksamkeit Bedenken über die Vertretungsmacht hätte haben müssen“* (OGH 9 Ob 41/09h; 8 Ob 201/97k). Hinzu kommt, dass die beklagte Partei über diese Umstände auch tatsächlich Bescheid gewusst hat, wie sich aus ihren internen Dokumenten ergibt.
- 1.2.6 Wie streng die Rechtsprechung die Pflichten des Dritten, sich mit den Bestimmungen vertraut zu machen, sieht, zeigt die OGHE 9 Ob 41/09h: Der in dieser Entscheidung beteiligte Verein sollte *„nach außen durch den Obmann vertreten“* werden, hatte aber gleichzeitig in der Satzung angeordnet, dass in bestimmten Angelegenheiten Geschäfte, *„um rechtsverbindlich zu sein, sowohl vom Obmann ... als auch vom Gruppenschriftführer unterzeichnet sein [müssen]; in finanziellen Angelegenheiten ist die Mitzeichnung des Gruppenkassiers notwendig“*. Der OGH hat sich die Frage gestellt, ob die Satzungsregel über die Mitzeichnung des Kassiers bloß eine interne Regelung für die ordnungsgemäße Geschäftsführung sei oder aber eine Beschränkung der Vertretungskompetenz des zur Vertretung nach außen berufenen Organs. Er überlegte dazu, inwieweit Geschäftspartnern von Vereinen eine Einsicht in ihre Statuten zumutbar sei und kam zum Ergebnis, dass *„jedenfalls für außergewöhnliche Geschäfte bzw für Geschäfte von weit tragender Bedeutung [...] der Vertragspartner sich Gewissheit über Inhalt und Umfang der Vertretungsmacht des für den Verein handelnden Organs und darüber schaffen muss, dass die Handlungen des Vereinsorgans im Rahmen seines statutenmäßigen Wirkungskreises erfolgen“*. Bemerkenswert ist daran vor allem, dass das Höchstgericht eine strenge Erkundungspflicht bei an sich schwer zu ermittelnden und zu durchschauenden Vereinsstatuten verlangt, diese Erkundungspflicht muss noch vielmehr bei gehörigen kundgemachten Gesetzen, wie dem Statut der Stadt Linz, gelten.

Beweis: Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des OÖ Landtages, Blg 366/2011 zur Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012, Beilage ./LLLLLL;  
 Bericht des Ausschusses für allgemeine innere Angelegenheiten des OÖ Landtages, Blg 369/2011 zur Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012, Beilage ./MMMMMM.

### 1.3. Die Organe der Gemeinde

#### 1.3.1 Der Gemeinderat

1.3.1.1 Art 117 Abs 1 B-VG charakterisiert den Gemeinderat als einen „*von den Wahlberechtigten der Gemeinde zu wählenden allgemeinen Vertretungskörper*“. In ihm findet ein Kerngedanke der Selbstverwaltung, nämlich der demokratischen Bestellung und Verantwortlichkeit der Organe, in zweifacher Hinsicht seinen Ausdruck: Nach Art 117 Abs 1 B-VG ist für seine Bestellung die freie Wahl aufgrund des gleichen, unmittelbaren, geheimen und persönlichen Verhältniswahlrechts vorgesehen, und Art 118 Abs 5 B-VG soll sicherstellen, dass alle Organe der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich dem Gemeinderat verantwortlich sind (*Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 445; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, BVR, Rz 871). Dem Gemeinderat sind einerseits wichtige Entscheidungen, wie die Beschlussfassung über den Rechnungsabschluss der Gemeinde, durch die Bundesverfassung vorbehalten; durch die Gemeindeordnung (bzw. Stadtstatut) werden ihm aber weitere Aufgaben übertragen (*Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 445).

1.3.1.2 Neben seiner Funktion als Kommunalparlament, die auch in der Parallelität der Wahlgrundsätze für den Gemeinderat zum Ausdruck kommt, hat der Gemeinderat noch eine andere, ebenfalls bundesverfassungsgesetzlich vorgezeichnete Eigenschaft: Dem Gemeinderat kommen zwar keine Gesetzgebungsaufgaben zu, er ist aber oberstes Verwaltungsorgan im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde (VwSlg 12.123A/1986; VfSlg 13.304/1992). Der Gemeinderat hat daher zwei „Gesichter“: Parlament und Verwaltungsorgan (*Koja*, ÖGZ 1979, 96ff; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 445). Seine Funktion als Exekutivorgan bildet sich insbesondere in den in § 46 StL 1992 normierten Angelegenheiten ab, die dem Gemeinderat vorbehalten sind. Die Funktion, nicht nur gesetzgebende Eigenschaften zu haben, sondern auch Exekutivorgan zu sein, hat auch unmittelbaren Einfluss auf das Zustandekommen von Rechtsgeschäften mit der Gemeinde.

1.3.1.3 In § 46 StL 1992 sind – außer die im StL 1992 oder in anderen gesetzlichen Vorschriften zugewiesenen Aufgaben – jene **Angelegenheiten** des eigenen Wirkungsbereichs angeführt, die dem Gemeinderat **vorbehalten** sind. Schon aus dem Wortlaut des § 46 StL 1992 ergibt sich, dass der Beschlussfassung im Gemeinderat über ein Rechtsgeschäft (oder einer sonstigen Angelegenheit) nicht etwa eine bloße Genehmigungs- oder Ablehnungsfunktion zukommt, wie dies etwa im Gesellschaftsrecht bei der Zuständigkeit des Aufsichtsrats der Fall ist (vgl. § 95 Abs 5 AktG oder § 30j Abs 5 GmbHG, wonach die dort angeführten Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfen), sondern der Gemeinderat selbst seinen Willen bildet, der dann durch die Verwaltung umzusetzen ist. Der Beschluss des Gemeinderates über die ihm vorbehaltene Angelegenheit ist der **Akt der Willensfeststellung** innerhalb der Personenmehrheit und beendet das Willensbildungsverfahren. Als solcher bildet er gleichsam die Resultante der Einzelmeinungen der Mitglieder des Kollegiums (*Widder*, 5. Teil, Gemeinderatsgeschäftsordnung Rz 11, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]).

#### 1.3.2 Bürgermeister und Magistrat

Der (direkt) gewählte Bürgermeister der Stadt Linz vertritt die Stadt nach außen (§ 49 Abs 1 StL 1992). Er gibt namens der Stadt privatrechtliche Willenserklärungen ab. Dabei **effektuiert** er den Willen jenes Gemeindeorgans, das für die Beschlussfassung über das konkrete Geschäft zuständig ist. Der Bürgermeister hat nach § 22 Abs 1 StL 1992 die Willensbildung des Gemeinderates umzusetzen; er hat sich dabei des nach seinem Geschäftsbereich sachlich in Betracht kommenden Mitglieds des Stadtsenats zu bedienen; wobei letztlich organisatorisch die Dienststellen des Magistrats tätig werden. Der Magistrat der Stadt Linz hat nach § 51 Abs 1 StL 1992 die Geschäfte der Stadt zu besorgen. Darunter fällt insbesondere auch die unmittelbare Vermögensverwaltung (§ 51 Abs 3 Z 1 lit a StL 1992).

### 1.3.3 Das Zusammenwirken der Organe in der Privatwirtschaftsverwaltung

- 1.3.3.1 Eine Übertragung der gesetzlichen Zuständigkeiten von einem Organ auf das andere ist an formelle und enge inhaltliche Grenzen gebunden: Der Gemeinderat ist nach § 46 Abs 2 StL 1992 befugt, einzelne in seine Zuständigkeit fallende Angelegenheiten ganz oder zum Teil nur dann dem Stadtsenat – und nur diesem – zu übertragen, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit gelegen ist; diese Übertragung der Zuständigkeit ist formbedürftig und bedarf der (kund zu machenden) **Verordnung**. Hat der Stadtsenat im Notfall (nämlich dann, wenn die Entscheidung des Gemeinderates ohne Nachteil für die Sache nicht mehr abgewartet werden kann oder die Angelegenheit einer sofortigen Erledigung bedarf [§ 47 Abs 5 StL 1992]) anstelle des Gemeinderates entschieden, so ist dem Gemeinderat die Entscheidung unverzüglich zur nachträglichen Genehmigung vorzulegen; damit ist sichergestellt, dass jedenfalls im Gemeinderat – auch bei einer besonderen Eilbedürftigkeit – noch nachträglich eine endgültige Willensbildung und Entscheidung erfolgt. Auch der Bürgermeister hat eine Notzuständigkeit für Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit des Stadtsenates fallen, die jener des Stadtsenates gegenüber dem Gemeinderat entspricht. Der Bürgermeister muss allerdings auch in Ausübung seines Notverwaltungsrechtes die Maßnahmen nachträglich ausdrücklich durch den Stadtsenat genehmigen lassen (§ 59 Abs 6 StL 1992).
- 1.3.3.2 In den genannten Bestimmungen kommt einer der wesentlichen Grundsätze zum Ausdruck, wonach es nicht im Belieben der einzelnen Organe der Stadt Linz steht, ihre Zuständigkeit an andere Organe oder Dritte zu übertragen. Das gilt nicht nur für die Hoheitsverwaltung, sondern, wie der Katalog an Rechtsgeschäften in § 46 Abs 1 StL 1992 zeigt, auch für die Privatwirtschaftsverwaltung. Man kann also mit Fug und Recht von einem gesetzlichen Delegationsverbot sprechen.
- 1.3.3.3 Auch wenn der Gemeinderat das zentrale Organ der Stadt Linz ist, um in den wesentlichen Angelegenheiten zu entscheiden, so kann er seinen Willen dennoch nach außen nicht umsetzen. Zuständig sind dafür der Bürgermeister (§ 22 Abs 1 StL 1992) und naturgemäß die Verwaltung, welche die personelle und sachliche Ausstattung besitzt, um dies zu tun. Wie beim Gesetzesvollzug in der Hoheitsverwaltung beschränkt sich die Umsetzung des Willens des Gemeinderates nicht allein in einer Botenfunktion der Verwaltung. Das ist nicht nur aus praktischen Erwägungen naheliegend, **sondern ist auch in § 51 Abs 1 Z 3 lit a StL 1992 angelegt, der von der Vermögensverwaltung durch den Magistrat spricht. Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Vermögensverwaltung mehr verlangt, als lediglich Bote des gemeinderätlichen Willens zu sein. Diese**

**Eigenständigkeit der Verwaltung** in der Umsetzung des Willens des Gemeinderates findet allerdings **dort ihre Grenze, wo es sich um Maßnahmen** handelt, die nicht mehr durch die Willensbildung des Gemeinderates vorgeprägt ist, **sondern in Wahrheit eine eigenständige Willensbildung durch** die Verwaltung in einem Ausmaß bedeutet, dass man nicht mehr von einer Umsetzung des Willens des Gemeinderates sprechen kann. Hatte der Gemeinderat also in concreto mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 eine Optimierung der Zinsen des Fremdfinanzierungsportfolios im Auge (vgl. dazu im Detail die Punkte 1.5.2f und 2.2) so deckte dies in dem vom Gemeinderat vorgestellten Ausmaß höchstens verschiedenartige Zinssicherungsgeschäfte in einem gewissen Zinskorridor. Vom Willen des Gemeinderates niemals erfasst, also nicht einmal im Entferntesten „vorgeprägt“ konnten dabei Währungsspekulationen in Form der Verschreibung von 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen und einem Volumen von mehr als EUR 1 Mrd. sein (vgl. auch die Punkte 2.2.1 bis 2.2.5, die zeigen, wie – im Grunde – misstrauisch der Gemeinderat Fremdwährungen gegenüber gestanden ist).

Beweis: Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz, Fassung 1999, Beilage ./QQQQQ;  
Geschäftsordnung für Ausschüsse, Fassung Juni 2005, Beilage ./RRRRR;  
Geschäftsordnung für den Gemeinderat, Fassung August 2005, Beilage ./SSSSS;  
Geschäftsordnung für den Stadtsenat, Fassung Juni 2005, Beilage ./TTTTT;  
Geschäftseinteilung Stadtsenat, Fassung Juni 2003, Beilage ./UUUUU.

#### **1.4. Die Zuständigkeit des Gemeinderates für das Swap-Geschäft 4175**

##### 1.4.1 Die Struktur des Swap-Geschäftes 4175

- 1.4.1.1. Die Stadt Linz hat bereits in ihrer Klagebeantwortung unter Abschnitt V. ausführlich zur Natur des Swap-Geschäftes 4175 Stellung genommen und dessen Struktur dargestellt. Auf diese Ausführungen kann im Grunde verwiesen werden. Zum besseren Verständnis werden im Folgenden aber nochmals die Eckpunkte dieses Geschäftes und seine Auswirkungen überblicksartig wiedergegeben; die **absolute Marktunüblichkeit** und die **fehlende Eignung des Swap-Geschäftes 4175, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren**, wird in Punkt 4. behandelt.
- 1.4.1.2. Das Swap-Geschäft 4175 stellt **dem ersten Anschein nach lediglich ein Zinstauschgeschäft** zwischen der Stadt Linz und der beklagten Partei dar; aber schon hier ist dieses Geschäft insofern atypisch, als nicht – wie sonst – fixe gegen variable Zinsen, sondern – im Fall der Wirkung des „Strike“ – variable gegen variable Zinsen getauscht werden. Dieser „Zinsentausch“ bezieht sich auf einen Nominalbetrag, der jenem der Anleihe entspricht, welche die Stadt Linz im Jahr 2005 bei der Kommunalkredit Austria AG gezeichnet hatte (Beilage ./D) auch die Laufzeit des Zinsswaps entspricht – abgesehen von der letzten Zinszahlung – der Restlaufzeit der Anleihe.
- 1.4.1.3. Tatsächlich besteht das Swap-Geschäft 4175 aber aus zwei sehr unterschiedlichen Teilen: Die Stadt Linz erhält von der beklagten Partei eine variable Zinszahlung, die der Höhe nach dem Referenzzinssatz CHF/LIBOR entspricht, den die Stadt Linz auch der Kommunalkredit Austria AG (neben einem Zinsaufschlag von 0,049 %) zu bezahlen hat. Die Stadt Linz ihrerseits zahlt bis zur einer Wechselkursschwelle von

CHF/EUR 1,54 einen Fixzinssatz von 0,065 %. Übersteigt der Schweizer Franken die Schwelle von 1,54, so wird der von Stadt Linz zu ermittelnde Zinssatz nach der Formel  $1,54 \text{ minus aktueller Wechselkurs/aktueller Wechselkurs mal } 100$  berechnet.

1.4.1.4. Mit dieser Formel hat die Stadt Linz in Wahrheit als Optionsgeber (als Stillhalter) insgesamt 21 exotische EUR/CHF-Put-Optionen zu je CHF 97,5 Mio. an die beklagte Partei verkauft. Diese Optionen unterscheiden sich von einer gewöhnlichen Option „*plain vanilla*“ dadurch, dass nicht wie sonst unterhalb der genannten Wechselkursschwelle die Differenz zwischen EUR und CHF zum vereinbarten Wechselkurs in Prozenten bezahlt wird, sondern dass die Differenz im Ausmaß der relativen Veränderung des Wechselkurses, also exponentiell steigt.

1.4.1.5. Die Stadt Linz hat sich also bezogen auf den optionalen Teil des Swap-Geschäftes verpflichtet, 21 mal 97,5 Mio. Schweizer Franken zu einem Kurs von EUR/CHF 1,54 zu liefern. Sie übernahm also (*Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 15, ON 102 des Strafaktes) eine sogenannte Leerverpflichtung (dieser technische Ausdruck leitet sich davon aus, dass die Stadt Linz über keine Schweizer Franken verfügt) im Ausmaß von EUR 1,266 Mrd., die dem Eingehen der zusätzlichen Verpflichtung von EUR 500 Mio. wirkungsgleich gewesen ist (*Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seiten 15 und 16, ON 102 des Strafaktes).

1.4.1.6. Kennzeichnend für das Geschäft war jedenfalls

- der Tausch eines überschaubaren Zinsrisikos der Stadt Linz gegen ein unüberschaubares unendliches Währungsrisiko (Punkt 4.8);
- die Verschaffung eines geringen überschaubaren Vorteils in Form der Differenz zwischen dem aktuellen Fixzinssatz und dem Zinssatz von 0,065 % gegen ein vielfaches Währungsrisiko (Bericht des [Bundes-]Rechnungshofes, Serie Oberösterreich 2013/1, TZ 28);
- das glatte Gegenteil der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios (Punkte 4.4 bis 4.16);
- das Bestehen eines negativen Anfangswertes von zumindest EUR 20 Mio. (Punkt 4.5).

1.4.2 Die Zuständigkeit des Gemeinderates nach § 46 Abs 1 Z 9 StL 1992

1.4.2.1. Die Aufnahme von Darlehen mit einem EUR 100.000,00 übersteigenden Betrag ist nach § 46 Abs 1 Z 9 StL 1992 dem Gemeinderat vorbehalten.

1.4.2.2. Ist der Abschluss eines Darlehensvertrages dem Gemeinderat vorbehalten, kann nichts anderes für seine einvernehmliche Änderung gelten. Modifizierte Konditionen verändern die laufenden Zahlungspflichten (Amortisationsverpflichtungen der Stadt), sie sind damit unmittelbar budgetwirksam. **Das Swap-Geschäft 4175 hat durch den damit gewollten und bewirkten Tausch naturgemäß die Bedingungen der ursprünglichen Anleihe vollständig geändert.** Anstelle der Bindung an einen jeweils marktkonformen Referenzwert, wie dem LIBOR, ist – noch dazu in exponentieller Form – ein unüberschaubares Währungsrisiko getreten. Während der Referenzzinssatz „LIBOR“ jeweils marktbedingt ist und für alle Marktteilnehmer gilt, die Stadt Linz, wenn man so will, für die Anleihe also immer nur ein Entgelt

leistete, das auch bei einer Umschuldung zu bezahlen war, bedeutete das Swap-Geschäft 4175 durch die Verschreibung der Optionen eine völlige Loslösung von den marktüblichen Zinsen. **Ein solch massiver nachträglicher Eingriff in die Amortisationsverpflichtung aus der Anleihe unterliegt daher der gleichen Genehmigungspflicht wie das ursprüngliche Geschäft.** Diese Rechtsansicht wird nunmehr auch bestätigt durch den Bericht des (Bundes-)Rechnungshof, Serie Oberösterreich 2013/1 vom 5. Juni 2013, TZ 5.2, inhaltlich auch durch die zurückweisende Entscheidung des Landes Oberösterreich, das eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175 mangels Fehlen eines aktuellen Gemeinderatsbeschlusses verweigert hat (Bescheid vom 10. Oktober 2011, Beilage ./PPP) sowie durch das schriftliche Gutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich vom 8. September 2011 (GZ Verf-902466/2-2011-St, Beilage ./LLL).

- 1.4.2.3. Die Stadt Linz hatte – anders als sonstige Bankkunden – das durch die Währungsspekulation übernommene Risiko gegenüber der beklagten Partei nicht zu besichern. Die beklagte Partei räumte der Stadt Linz – ohne deren Wissen (siehe Abschnitt IV. Punkt 3.7ff der Klagebeantwortung der Stadt Linz) – eine Kreditlinie ein, die bereits am Anfang EUR 25 Mio. allein für das Swap-Geschäft 4175 betrug. Auch die Tatsache, dass die beklagte Partei der Stadt Linz für den Abschluss dieses Geschäftes jeweils Kreditlinien eingeräumt hat, bestätigt die Genehmigungspflicht nach § 46 Abs 1 Z 9 StL 1992.
- 1.4.2.4. Nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 fallen in die Zuständigkeit des Gemeinderates auch der Abschluss und die Auflösung sonstiger Verträge, wenn das darin festgesetzte einmalige Entgelt EUR 100.000,00 oder das jährliche Entgelt EUR 50.000,00 übersteigt. Allein die durch die Zinsbildungsformel verschleierte Einräumung von 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen, welche bankfachlich betrachtet zum Zeitpunkt des Abschlusses einer Aufnahme einer CHF-Finanzierung (Leerverkauf) im Ausmaß von EUR 500 Mio. gleich kam (vgl. *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes) kann **kein Zweifel bestehen, dass das Swap-Geschäft 4175 damit auch nach § 46 Abs 1 Z 12 StL 1992 bewilligungspflichtig gewesen ist.**
- 1.4.2.5. Zusammenfassend **ist damit klar, dass das Swap-Geschäft 4175 der Willensbildung und Entscheidung durch den Gemeinderat zu unterwerfen gewesen ist** (in diesem Sinn auch *Prändl*, Der Abschluss von Swap-Geschäften durch Gemeinden und die Grenzen der Gemeindeautonomie, JRP 2012, 379 [385]). Den Mitgliedern des Gemeinderates hätte – um einen fehlerfreien Willen zu bilden - die Struktur bzw. die wahre Natur des Swap-Geschäftes 4175 bewusst sein müssen.

## **1.5. Gänzlichliches Fehlen einer Willensbildung im Gemeinderat**

### **1.5.1 Die Position der beklagten Partei**

- 1.5.1.1. Die beklagte Partei spricht unter Punkt 9. ihrer Klagebeantwortung von einem „*aufrechten Vertrag*“ aufgrund des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004; die Stadt Linz sei danach durch Mag. Werner Penn bei Vertragsabschluss ordnungsgemäß vertreten gewesen.

- 1.5.1.2. Diese Ausführungen der beklagten Partei sind offenkundig von der Vorstellung geprägt, dass der Abschluss eines Rechtsgeschäftes im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, das den Gemeinderat vorbehalten ist, durchaus im Wege der Vollmacht an einen Dritten „*delegiert*“ werden kann.
- 1.5.1.3. Tatsächlich sprechen auch die Vertreter der beklagten Partei (Zeugenaussage Mag. Herbert Auer, ON 48 des Strafaktes, Seiten 5/6 [= Beilage ./XXX], Zeugenaussage Iris Sahinoglu, ON 52 des Strafaktes, Seite 8 [= Beilage ./YYY]) ausdrücklich von einer „*Delegation*“ bzw. einer „*Ermächtigung*“, die der Gemeinderat am 3. Juni 2004 beschlossen habe.
- 1.5.1.4. Dahinter steht auch möglicherweise die Vorstellung der beklagten Partei, der Gemeinderat der Stadt Linz habe bei seiner Beschlussfassung just jenes Geschäft vor Augen gehabt, das Mag. Werner Penn dann im Namen der Stadt Linz mehr als zweieinhalb Jahre später tatsächlich abschloss (so die Zeugenaussage Mag. Harald Machat, ON 56 des Strafaktes, Seite 4 [= Beilage ./ZZZ]).
- 1.5.2 Der Gemeinderat der Stadt Linz hat 2004 das Swap-Geschäft 4175 weder beschlossen noch seine Zuständigkeit auf Mag. Werner Penn übertragen
- 1.5.2.1. Schon die Hintergründe des Zustandekommens des Beschlusses vom 3. Juni 2004 zeigen, dass der Gemeinderat der Stadt Linz dabei weder das Swap-Geschäft 4175 noch ein Finanzgeschäft in einer ähnlichen oder vergleichbaren Art bei seiner Beschlussfassung vor Augen gehabt hat. Die Entwicklung, die zu diesem Beschluss geführt hat, wird unter den Punkten 4.2 und 4.3 noch näher dargestellt. Schon an dieser Stelle genügen folgende Hinweise:
- In der Sitzung des Finanzausschusses vom 4. Mai 2006 (Beilage ./E) wird mit dem Hinweis auf steigende Zinsen ein Zinsswap in einen Fixzins als „*Absicherungsinstrument*“ ausdrücklich überlegt. Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr hält den Wechsel zu einem „*Einjahresswap zum Fixzins*“ für überlegenswert. Im Amtsbericht zum Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 heißt es unter anderem, dass es „*[...] durch die Entwicklung von Treasury Produkten nunmehr auch möglich (ist), durch den Abschluss von Finanztermingeschäften **Zinsänderungsrisiken unabhängig vom zugrundeliegenden Darlehen zu gestalten** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) ... [...] Es ist ein Ende der Niedrigzinspolitik zu erwarten [...] Es erscheint nunmehr überlegenswert, **eine entsprechende Kurssicherung** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) ins Auge zu fassen.“*
  - Vom Abschluss höchst komplexer Derivatgeschäfte, in denen die Stadt Linz 21 exotische EUR/CHF-Put-Optionen mit einem Volumen von mehr als EUR 1 Mrd. verschreibt, ist weit und breit nicht die Rede. Auch die beklagte Partei geht offensichtlich davon aus, dass Mag. Werner Penn erstmals in der zweiten Hälfte des Jahres 2006 (Beilage ./H) von den Banken mit komplexen Derivatgeschäften konfrontiert worden ist.
- 1.5.2.2. Aufgrund der Vielfältigkeit von Finanzgeschäften und Finanztermingeschäften (dazu genügt wohl ein Blick auf den Musterrahmenvertrag, den die Banken für derartige Geschäfte verwenden) ist es völlig ausgeschlossen, dass der Gemeinderat der Stadt Linz auch nur im Entferntesten am 3. Juni 2004 eine Währungsspekulation beschlossen (näher zum Verständnis der Mitglieder des Gemeinderates unter Punkt

2.2.5) hat. Die beklagte Partei übersieht nämlich, dass zur Gültigkeit eines Geschäftes die Willensbildung des Gemeinderates alle Punkte umfassen muss, denn *„[n]ur dieses Verständnis gewährleistet, daß der Gemeinderat, der den Wählerwillen der Gemeindebürger am deutlichsten verkörpert, das ihm von der Gemeindeordnung zugedachte Übergewicht gegenüber anderen Gemeindeorganen wahren kann“* (RIS-Justiz RS0031238 zu § 26 TirGdO).

- 1.5.2.3. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat das Swap-Geschäft 4175 jedenfalls am 3. Juni 2004 nicht beschlossen.
- 1.5.2.4. Die beklagte Partei glaubte aber, ebenso wie ihre Zeugen, ohnehin nicht daran, dass der Gemeinderat das Geschäft tatsächlich beschlossen hat, sondern sie meint vielmehr, dass er am 3. Juni 2004 seine Befugnis für solche Geschäfte, die zweifelsohne gemeinderatspflichtig sind, generell an Mag. Werner Penn übertragen hat. Schon ein Blick in das Statut der Stadt Linz hätte ihr gezeigt, dass die Einräumung einer Befugnis an die Verwaltung, solche Geschäfte ohne Befassung des Gemeinderates selbst zu schließen, mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen ist: § 46 Abs 2 StL bestimmt, dass der Gemeinderat (zwar) befugt ist, einzelne in seine Zuständigkeit fallende Angelegenheiten zu übertragen, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit gelegen ist. Rein aus dem Gesetzestext wird aber auch klar, dass eine solche Übertragung der Zuständigkeit nur an den **Stadtsenat** zulässig ist; darüber hinaus fordert eine derartige Übertragung die Rechtsform der **Verordnung**. Eine Übertragung der Entscheidungsbefugnis an sonstige Personen oder an den Magistrat ist dadurch ausgeschlossen (*„Delegationsverbot“*, vgl. auch Punkt 1.3.3.2.).
- 1.5.2.5. Dieses gesetzlich angeordnete Delegationsverbot ist im Sinne des § 867 ABGB eine Vorschrift aus der Verfassung der Gemeinde, deren Kenntnis der beklagten Partei unterstellt werden kann (vgl. Punkt 1.2). Die beklagte Partei konnte daher auch nicht ernsthaft annehmen, dass die vom Gesetzgeber selbst und nicht etwa in irgendwelchen internen Bestimmungen festgelegten Grenzen der Delegationsbefugnis durch die Deutung eines Gemeinderatsbeschlusses als eine umfassende rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung wieder außer Kraft gesetzt werden können (sehr deutlich sogar für die Beachtung von Vereinsstatuten [OGH 9 Ob 41/09h]) Mit anderen Worten, die beklagte Partei konnte die Beschlussfassung des Gemeinderates am 3. Juni 2004 nicht dahingehend verstehen, dass der Gemeinderat auf diesem Wege tatsächlich seine Zuständigkeit auf die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen wollte. Er hat es tatsächlich auch nicht getan (vgl. die Punkte 2.2 und 3.1).
- 1.5.2.6. Das heißt aber nicht, wie die beklagte Partei offenbar unterstellt, dass der Beschluss des Gemeinderates am 3. Juni 2004 ohne Anwendungsbereich geblieben ist oder dass er gar gesetzwidrig war, wenn man ihrer Auslegung nicht folgt. Wie schon gesagt (Punkt 1.3.), teilt das Statut der Stadt Linz die Zuständigkeit für Finanzgeschäfte im Ergebnis auf mehrere Organe auf. Auch wenn der Gemeinderat für „wichtige Geschäfte“ als ausschließliches Organ zuständig ist, so liegt doch die Umsetzung des Willens des Gemeinderates entweder beim Bürgermeister, bei einzelnen Stadtsenatsmitgliedern oder beim Magistrat (§ 22 StL 1992 bzw. § 51 StL 1992). Vor dem Hintergrund der Genese des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004, die bis in das Jahr 1996 zurückreicht, wird klar, dass die Mitglieder des Gemeinderates mit der Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung gerade jene

Umsetzungsmaßnahmen meinen, welche die §§ 22 StL 1992 und 51 StL 1992 im Auge haben (vgl. Punkt 2.2).

- 1.5.2.7. Im Gegensatz zu Genehmigungsbeschlüssen, zB des Aufsichtsrats im Bereich des Gesellschaftsrechts, geht es im vorliegenden Fall - wie oben schon ausgeführt - beim Gemeinderat nicht um die Zustimmung zur Willensbildung durch ein anderes Organ, sondern um seine „*eigene Willensbildung*“. Da der Gemeinderat diese Willensbildung nicht nach außen äußern kann, bedarf es immer der (in der Regel nachfolgenden) Umsetzung dieses Willens durch andere Organe der Gemeinde, die dazu berufen sind. Der Akt der Willensbildung ist dabei streng von der Umsetzung, also dem Vollzug bzw. der Ausführung zu unterscheiden (*Widder*, 5. Teil, Gemeinderatsgeschäftsordnung Rz 11, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]). Dabei gilt für das Handeln der Verwaltung, auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung der Grundsatz der Bindung an die Vorgaben des zuständigen willensbildenden Organs (vgl. nur *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998), 294). Der Verwaltung steht es zwar nicht zu, den sie determinierenden Beschluss des Kollegialorgans abzuändern (VfGH Slg 4875/1964), doch verlangt die Umsetzung natürlich auch bestimmte eigengestalterische Tätigkeiten, um den Willen des „gesetzgebenden Organs“ zum Durchbruch zu verhelfen.
- 1.5.2.8. Dieser Spielraum wird im Verwaltungsrecht als "Ermessen" bezeichnet. Für die Verwaltung bedeutet eine als Ermessensermächtigung anzusehende Regelung allerdings niemals "Freiheit" oder sogar die Befugnis "zu würfeln". Die Verwaltung hat im Sinne des Gesetzes bzw. jener Regelung vorzugehen, die ihr das jeweilige (Handlungs-)Ermessen einräumt (so *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, Rz 581). Die Ermittlung der dabei verwendeten Begriffsinhalte hat durch eine Zusammenschau mit anderen Vorschriften und unter Bedachtnahme auf den Zweck der Regelung zu erfolgen (*Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 267).
- 1.5.2.9. Einer der wesentlichen Maßstäbe für das gesamte Verwaltungshandeln, der auch für die Umsetzung des Willens der Kollegialorgane gilt, ist die Einhaltung des Gebots der "**Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit**" (Art 126b Abs 5, 127 Abs 1 und 127a Abs 1 B-VG). Daneben sind auch in der Privatwirtschaftsverwaltung die **haushaltsrechtlichen Bestimmungen** maßgeblich (siehe *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, Rz 566; *F. Klug*, Der Beitrag des öffentlichen Haushaltswesens zur Verwaltungsreform und Effizienzverbesserung, ZfV 1992, 389).
- 1.5.2.10. Aus Sicht eines Dritten, der mit der Gemeinde kontrahieren möchte, sind die Gemeinderatsbeschlüsse, soweit sie die Privatwirtschaftsverwaltung betreffen, als Gesamtkakte im Allgemeinen nach § 914 ABGB auszulegen (*Binder in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 914 Rz 2; *Rummel in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 914 Rz 2; *Vonkilch in Klang*, ABGB<sup>3</sup> § 914 Rz 311 ff, sogar für verwaltungsrechtliche Parteienerklärungen VwGH ZfVB 1985/1658). Dabei sind natürlich die das Verwaltungshandeln determinierenden Kriterien (siehe die vorangehenden Punkte) ebenfalls als Maßstab heranzuziehen. Wenn in diesem Sinn auch die Auslegung grundsätzlich nach objektiven Kriterien erfolgt, so kommt doch der bisherigen Handhabung („*Observanz*“) ein erhebliches Gewicht zu (*Binder in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> § 914 Rz 12). Auch die objektive Auslegung hindert allerdings nicht die Einbeziehung der Motive für die Willensbildung des Gemeinderates, wenn sie dem Dritten bekannt waren oder bekannt sein mussten (vgl. die Punkte 2.2).

- 1.5.2.11. Allein das gesetzliche Delegationsverbot, aber auch das Begriffsverständnis der Mitglieder des Gemeinderates zur „Optimierung“ musste jedem in der Position der beklagten Partei klarmachen, dass es sich bei der „Ermächtigung“ der Finanz- und Vermögensverwaltung respektive des Mag. Werner Penn nicht um einen Freibrief zu Währungsspekulationen handeln konnte, welche aufgrund des Volumens die Stadt Linz wirtschaftlich ernsthaft gefährdeten. Wie gezeigt werden kann (Punkt 2.2), war den Mitgliedern des Gemeinderates das bestehende Fremdwährungsrisiko seit langem bewusst; dieses Bewusstsein kam in den Debatten der Vergangenheit zum Ausdruck. Die beklagte Partei konnte daher den Mitgliedern des Gemeinderates schon angesichts der Diskussion – auf die sie sich im Übrigen selbst beruft – nicht unterstellen, der Gemeinderat habe die Finanz- und Vermögensverwaltung gerade zu solchen Fremdwährungsgeschäften ermächtigen wollen; ganz im Gegenteil, betonte doch Bürgermeister Dr. Franz Dobusch, der Finanz- und Vermögensverwaltung werde kein Freibrief gegeben, in Fremdwährungen zu gehen: *"Durch das, was Sie jetzt gesagt haben, kommt mir ein Gedanke, der wirklich nicht gedacht ist, nämlich dass dem Finanzreferenten die Möglichkeit gewährt werden soll, in Fremdwährungskredite zu gehen, nehmen wir Yen oder Dollar oder Türkische Lira oder sonst irgendwas"* (Beilage ./11). Bankfachtechnisch hat aber gerade die mit dem Swap-Geschäft verbundene Verschreibung der 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen den Abschluss des mit einer neuen Schuldaufnahme von EUR 500 Mio. in Fremdwährung wirkungsgleiches Geschäftes bedeutet (Janssen, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes). Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr führt in der Diskussion weiter aus: *"Daher ist es auch notwendig, diesen Beschluss so zu fassen, weil man dann entsprechende Sicherungsgeschäfte durchführen kann. (Hervorhebung durch Stadt Linz) [...] Die Beschlussfassung ist klarerweise so zu verstehen, wie im Amtsbericht angeführt. [...] Wenn wir neue Darlehensaufnahmen, die das Portfolio erhöhen, beschließen, dann beschließt das der Gemeinderat. (Hervorhebung durch Stadt Linz)"*. Schon auf Basis des Gemeinderatsprotokolls und der Debatte musste für die beklagte Partei somit klar sein, dass **auch** der zugehörige Amtsbericht für die Interpretation des Beschlusses von wesentlicher Bedeutung ist.
- 1.5.2.12. Natürlich kann man einwenden, im Einzelfall sei es unter Umständen unklar, ob noch zur Umsetzung eines Gemeinderatsbeschlusses ermächtigt wurde oder ob bereits die eigenständige Willensbildung delegiert worden ist. Das trifft aber auf das Swap-Geschäft 4175 nicht zu. Gegenständlich ist es nämlich eindeutig, dass das Swap-Geschäft 4175, so wie seine wahre Natur darstellt, keine bloße Umsetzung des Willens des Gemeinderates bedeutet hat, nur das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren (zur Eindeutigkeit dieses Begriffes wird unter Punkt 4. noch Stellung genommen); an ein Geschäft, wie es das Swap-Geschäfts 4175 gewesen ist, hat der Gemeinderat am 3. Juni 2004 nicht im Entferntesten gedacht. Dass Mag. Werner Penn im Konkreten nicht erkannt hat, dass er den ihm eingeräumten Spielraum bei weitem überschritt, liegt nun nicht etwa daran, dass die Grenzziehung so schwer fiel, sondern es liegt daran, dass ihn die beklagte Partei über die wahre Natur des Swap-Geschäfts 4175 im Unklaren gelassen hat und Mag. Werner Penn mangels Fachwissens nicht in der Lage war, sie zu durchschauen (Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, ON 129, S 238).
- 1.5.2.13. **Die Abgrenzung zwischen der Delegation der Entscheidungsbefugnis und der Umsetzung** des Gemeinderatswillens durch die Verwaltung bzw. deren genuine Befugnis nach § 51 Ab 1 Z 3 lit a StL 1992 ist aber für **die Entscheidung** letztlich ohnehin **bedeutungslos**. Die beklagte Partei könnte sich nämlich auf eine

Ermächtigung des Mag. Werner Penn nur berufen, wenn das Swap-Geschäft 4175 – wie es der Gemeinderat in seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 ausgedrückt hat – überhaupt marktüblich und zur Optimierung eines Fremdfinanzierungsportfolios geeignet gewesen ist. Verneint man das, und an einer **Verneinung** dieser Frage kann angesichts der Struktur des Swap-Geschäftes kein Zweifel bestehen (siehe Punkt 4), so konnte Mag. Werner Penn mit dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 die Stadt Linz nie wirksam verpflichten, weil es gar nicht vom Beschluss vom 3. Juni 2004 umfasst sein konnte. Die beklagte Partei konnte selbstverständlich auf eine Ermächtigung des Mag. Werner Penn nur im Umfang des Beschlusstextes vertrauen. Ob sie überhaupt auf etwas vertraut hat, ist ohnehin zweifelhaft. Dazu wird die Stadt Linz im Zusammenhang mit der Behauptung der beklagten Partei, sie habe zumindest auf den Anschein der ursprünglichen oder nachträglichen Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175 vertraut, noch näher Stellung nehmen (Punkte 3.1 und 5.4). Zur **Marktunüblichkeit** sowie zur **fehlenden Eignung** des Geschäftes, **das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren**, wird auf Punkt 4. verwiesen.

1.5.2.14. **Zusammengefasst heißt das:** Die beklagte Partei konnte auch niemals annehmen, dass schon der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 die „Genehmigung“ des Swap-Geschäftes 4175 darstellte. Sie musste sich bewusst sein, dass nach den kommunalrechtlichen Vorschriften die Willensbildung für ein konkretes Geschäft im Gemeinderat stattzufinden hat. Das Swap-Geschäft 4175, so wie es strukturiert ist, stellt ein Geschäft dar, über das ausschließlich der Gemeinderat der Stadt Linz zu entscheiden hatte, da es sich dabei doch um die Übernahme von Verpflichtungen aus Optionsgeschäften mit unbegrenztem Risiko und einem Leerverkaufsvolumen von mehr als EUR 1 Mrd., also um ein Geschäft, das **potentiell existenzgefährdend** für die Stadt Linz war, handelt. Die beklagte Partei konnte daher auch vor dem Hintergrund des § 867 ABGB nicht annehmen, dass der Gemeinderat diese seine Zuständigkeit – entgegen dem gesetzlichen Delegationsverbot – an die Finanz- und Vermögensverwaltung übertragen hat. Die im Beschluss vom 3. Juni 2004 enthaltene Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung deckt eben ausschließlich Umsetzungsmaßnahmen, von solchen kann bei diesem Geschäft keine Rede sein. Mangels entsprechender Willensbildung durch den Gemeinderat als zuständiges Organ der Stadt Linz konnte Mag. Werner Penn Letzteren beim Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 am 12. Februar 2007 nicht wirksam vertreten.

## **2. Fremdwährungsverschuldung der Stadt Linz/ Optimierung/ Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung in der historischen Betrachtung**

### **2.1. Die Fremdwährungsverschuldung durch die Stadt Linz**

#### **2.1.1 Die Verschuldung in Schweizer Franken**

2.1.1.1 Die Stadt Linz verschuldete sich erstmals im Jahr 1992 in einer Fremdwährung; sie emittierte eine Anleihe in Höhe von CHF 60 Mio. bei der Bank Leu AG in Zürich. Bereits im Jahr darauf erfolgte eine weitere Emission einer öffentlichen Anleihe durch die Stadt Linz in der Höhe von CHF 150 Mio., diesmal an die Züricher Kantonalbank. Beide Anleihen waren fest verzinst (6,25 % p.a. und 4,5 % p.a.), der Zinsvorteil zu ATS-Anleihen lag bei rund 2 % p.a.. Für beide Anleihen lagen jeweils genehmigende Gemeinderatsbeschlüsse vor. Damals wurde die Kreditaufnahme in einer Fremdwährung im Gemeinderat durchaus kontroversiell diskutiert; der erhebliche Zinsvorteil gegenüber einer Anleihe in inländischer Währung gab dann allerdings den Ausschlag. Bürgermeister Dr. Dobusch führte damals in der

Gemeinderatsdiskussion unter Bezugnahme auf die Einschätzung einer oberösterreichischen Bank aus: *"Der Schweizer Kapitalmarkt weist historisch ein niedrigeres Zinsniveau auf als der Kapitalmarkt in Österreich. Derzeit liegt die Zinsdifferenz bei zirka 2,2 Prozent. Bei einem Volumen von 1,2 Milliarden bedeutet dies eine jährliche Zinersparnis von 26,4 Millionen und bei zwölfjähriger Laufzeit eine Gesamtersparnis von 316,8 Millionen Schilling"* (Beilage ./HHHH).

- 2.1.1.2 Für beide Anleihen holte die Stadt Linz die Genehmigung des Bundesministeriums für Finanzen ein, die auch ohne Vorbehalt umgehend erteilt wurde (§ 14 Abs 1 F-FV 1948 in der damaligen Fassung).
- 2.1.1.3 Anstelle der Finanzierung bei der Bank Leu AG trat dann 2003 ein bei der UniCredit Bank Austria AG (damals: Bank Austria Creditanstalt AG) aufgenommenes Fremdwährungsdarlehen in gleicher Höhe (CHF 60 Mio.).
- 2.1.1.4 Im Juli 2005 schrieb die Stadt Linz die Begebung einer Anleihe im Volumen von CHF 150 Mio. und einer Laufzeit von 12 Jahren (neu) aus. Sie sollte die vorangehende, am 18. Oktober 2005 auslaufende Anleihe bei der Zürich Kantonalbank ersetzen. An dieser Ausschreibung beteiligte sich auch die beklagte Partei, die damit um die Finanzierungsabsicht der Stadt Linz wusste. Bestbieter war die Kommunalkredit Austria AG mit einem Aufschlag auf den 6-Monats-SFR/CHF-LIBOR von 0,049 %. Da diese Bedingungen besser waren, als jene für das Fremdwährungsdarlehen bei der UniCredit Bank Austria AG (Aufschlag von 0,07 % auf den LIBOR), kündigte die Stadt Linz dieses Darlehen und erhöhte die Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG auf insgesamt CHF 195 Mio.
- 2.1.1.5 Die Emission der Anleihe bei der Kommunalkredit Austria AG erfolgte am 6. Oktober 2005; sie hatte eine Laufzeit bis 14. Oktober 2017 (vergleichbar also mit einem endfälligen Darlehen, siehe Beilage ./D). Die Verzinsung der Anleihe ist variabel – wie dargestellt – im Ausmaß des LIBOR mit einem Aufschlag von 0,049 Prozentpunkten. Die Verschuldung der Stadt Linz in Schweizer Franken hat sich seit den 90er Jahren nicht mehr verändert. Der Anteil der Fremdwährungsverschuldung der Stadt Linz ist seit Jahren rückläufig.
- 2.1.2 Die CHF-Anleihe war keine „Vorstufe“ des Swap-Geschäftes 4175
- 2.1.2.1 Die These der beklagten Partei (Seite 15 der Klagebeantwortung) lautet: Die Verschuldung der Stadt Linz zu Beginn der 90er Jahre des vorigen Jahrhunderts habe gleichsam den bewussten Einstieg in eine Währungsspekulation dargestellt; das Swap-Geschäft 4175 sei dann nur mehr die konsequente Folge dieser Entscheidung des Linzer Gemeinderates. Damit möchte die beklagte Partei die 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen mit einem Leerverkaufsvolumen von mehr als EUR 1 Mrd. rechtfertigen. Dagegen sprechen eine Vielzahl äußerer Gründe, vor allem aber die strukturellen Unterschiede zwischen einer Schweizer Franken-Anleihe und der von der beklagten Partei angebotenen Währungsspekulation.
- Wenn die Emission der beiden Fremdwährungsanleihen in CHF tatsächlich im höchsten Maße gefährlich gewesen wären, so hätte sie das Bundesministerium für Finanzen gewiss nicht bescheidmäßig genehmigt; diese Genehmigung geschah ohne Vorbehalt oder Auflagen.

- Nach dem (Bundes-)Rechnungshofbericht Serie Oberösterreich 2013/1, (TZ 9.1 und 9.2) lag der Anteil der Finanzierung der Stadt Linz in Euro zwischen 65,41 % (2006) und 72,19 % (2009). Der (Bundes-)Rechnungshof verwies dabei zwar auf das *"mit dem hohen Fremdfinanzierungsanteil verbundene Wechselkursrisiko"*, bestätigt aber dennoch, dass Fremdwährungsfinanzierungen grundsätzlich geeignet waren, das Schuldenportfolio zu optimieren. Er empfahl der Stadt Linz, *"solche Finanzierungen jedoch nur dann vorzunehmen, wenn Zins- und Wechselkursvorteile in günstiger Relation zu den zusätzlichen Risiken stehen und die damit verbundenen Risiken laufend gemessen, streng limitiert und gezielt überwacht werden"* (TZ 9.2).

2.1.2.2 Das Argument der beklagten Partei scheidet aber vor allem daran, dass das Swap-Geschäft 4175 mit dem Risiko eines Fremdwährungskredites oder einer Fremdwährungsanleihe nicht vergleichbar ist (im Detail wird dies unter Punkt 4.15 ausgeführt).

- Der wesentlichste Unterschied besteht bereits darin, dass eine Finanzierung in Schweizer Franken zu einem Kapitalzufluss führt; diesen Zufluss gibt es beim Swap-Geschäft nicht;
- bei einer Verschuldung in Schweizer Franken wirkt das Wechselkursrisiko linear auf das Nominale, während das kumulierte derivative Volumen der 21 exotischen EUR/CHF-Power-Put-Optionen mit einem nicht linearen Auszahlungsprofil versehen und damit vielfach multipliziert wird;
- das Nominale dieser Optionen verkörpert insgesamt einen Gegenwert in Schweizer Franken von rd. EUR 1,266 Mrd.

2.1.2.3 Die Gleichsetzung von Inhalt und Risiko der beiden Geschäfte durch die beklagte Partei erklärt möglicherweise, weshalb sie Mag. Werner Penn auf die mit den angebotenen Geschäften verbundenen Risiken nicht ausreichend aufmerksam gemacht hat. Es ist eben ein Unterschied, ob eine Kommune eine endfällige Fremdwährungsschuld aufnimmt oder ob sie eine Währungsspekulation übernimmt, welche wirkungsgleich der Aufnahme weiterer Kredite von rd. EUR 500 Mio. entspricht, ohne dass jedoch Kapital zufließt (vgl. *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes).

Beweis: Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 27.11.1992, Beilage ./FFFF;  
 Amtsbericht vom 30.8.1993, Beilage ./GGGG;  
 Gemeinderatsbeschluss vom 21.9.1993, Beilage ./HHHH;  
 Aktenvermerk der Stadtkämmerei vom 23.11.1994, Beilage ./IIII;  
 Dr. Hermann Kepplinger als Zeuge, p.A. der Stadt Linz.

## 2.2. Übertragung der „Optimierung“ auf die Finanz- und Vermögensverwaltung

### 2.2.1 Der Amtsbericht vom 21. Jänner 1996

2.2.1.1. Mitte der 90er-Jahre kam es dann zu einem relativ starken Zinsverfall auf den Kapitalmärkten. Die Stadt Linz war bestrebt, davon zu profitieren und ihre Finanzierungskosten zu senken, nicht zuletzt auch um einen Beitrag zur Erfüllung der Maastricht-Konvergenzkriterien zu leisten, was für den Beitritt Österreichs zur

EG erforderlich war. Dazu bedurfte es der Kündigung bestehender Verträge, zumindest aber der Androhung einer solchen Kündigung, oder der Umschuldung bestehender Darlehen und Kredite. Aufgrund der unterschiedlichen Kündigungsmöglichkeiten bei den bestehenden Finanzierungen waren Umschuldungen nicht in allen Fällen ohne weiteres möglich.

2.2.1.2. Die Finanz- und Vermögensverwaltung schlug deshalb im Amtsbericht vom 21. Jänner 1996 vor, es möge eine Ermächtigung zur Durchführung von Verhandlungen erteilt werden, *"um nach Maßgabe der Marktlage die Fremdmittel der Stadt unter Ausnützung aller vertragsrechtlichen Möglichkeiten zu **optimieren**"* (Hervorhebung durch die Stadt Linz). Als Vorgabe des Gemeinderates sollte die Finanz- und Vermögensverwaltung dabei die folgenden Richtlinien beachten:

- "1. *Die Darlehensaufnahme orientiert sich an der Höhe des aushaftenden Saldos der zu tilgenden Darlehensschulden.*
2. *Als Verschuldungsform kommt ausschließlich einheimische Währung in Betracht.*
3. *Kurzfristige Finanzierungen erfolgen durch eine Indexbindung an den VIBOR plus/minus allfälliger Zuschläge oder Abschläge.*
4. *Langfristige Finanzierungen erfolgen durch Indexbindung an die Sekundärmarktrendite plus/minus allfälliger Zuschläge oder Abschläge. Auch Mischformen, d.h. partielle Bindung an SMR, partielle Bindung an VIBOR, kommen in Betracht.*
5. *Im Bezug auf die formelle Vorgangsweise sind die Bestimmungen des § 8 Abs. 1 lit. e VGO zu beachten. Um dem Prinzip der Gleichbehandlung zu entsprechen, sind jeweils eine angemessene Anzahl von formlosen Angeboten einzuholen. Die Entscheidung hat gemäß den Bestimmungen des § 8 Abs. 3 VGO zu erfolgen - das heißt, der Dienststellenleiter hat die schriftlich Zustimmung des Gruppenleiters einzuholen. An Herrn Magistratsdirektor ist zu berichten und der Finanzreferent ist zu unterrichten.*

*Über obige Vorgangsweise wurde das Einvernehmen mit dem KoA hergestellt."*

## 2.2.2 Der Beschluss des Gemeinderates vom 29. Februar 1996

Am 29. Februar 1996 fasste der Gemeinderat der Stadt Linz auf Basis des oben zitierten Amtsberichtes einstimmig folgenden Gemeinderatsbeschluss:

- "1. *Die Aufnahme von Fremdmittel in heimischer Währung zum Zweck der Umschuldung in Höhe der zu tilgenden Darlegen wird genehmigt.*
2. *Die FVV hat **unter Beachtung der im Amtsbericht angeführten Vorgaben** das Fremdfinanzierungsportfolio zu **optimieren**." (Hervorhebung durch die Stadt Linz).*

## 2.2.3 Die Umsetzung des Optimierungsauftrages

2.2.3.1. Die Finanz- und Vermögensverwaltung nahm aufgrund des Beschlusses des Gemeinderates die Verhandlungen mit den Kreditinstituten auf, um, den Vorgaben des Gemeinderates entsprechend, die Zinskonditionen nachzuverhandeln. Sie machte dabei von der ihr eingeräumten Ermächtigung so Gebrauch, dass entweder die

Zinsen einvernehmlich gesenkt wurden oder dass eine Kündigung und Rückführung des Kredits und eine Neuaufnahme zu günstigeren Zinskonditionen erfolgt ist. Dieser Weg wurde etwa auch bei einem Darlehen der beklagten Partei gewählt: Dieses wurde mit Schreiben des damaligen Finanzdirektors Dr. Hermann Kepplinger vom 20. Juni 1996 gekündigt und vorzeitig getilgt; die Refinanzierung erfolgte durch eine neue Kreditaufnahme zu günstigeren Konditionen.

- 2.2.3.2. Die Erfolge dieser „Optimierungen“ hat die Stadtkämmerei in einer amtlichen Mitteilung am 11. Juni 1996 zusammengefasst und der Öffentlichkeit sogar in einer eigenen Pressekonferenz des Bürgermeisters Dr. Franz Dobusch und des Finanzdirektors Dr. Hermann Kepplinger am 8. Juli 1996 präsentiert. In der Presseaussendung des Medienservice der Stadt Linz heißt es dazu:

*"Ein konsequentes Programm zur **Optimierung der Finanzgebarung** hat die Stadt Linz gestartet. Durch die Einführung neuer Instrumente des Finanzmanagements können künftig pro Jahr mehrere Millionen Schilling **gespart** werden. Millioneneinsparungen bringt auch die in den vergangenen Monaten vollzogene **Umschuldung** von 375 Millionen Schilling Fremdkapital auf **niedrig verzinsten Darlehen**. [...] Auch die vor drei Jahren aufgenommenen beiden **Schweizer Franken-Anleihen** (1.679 Millionen Schilling) erweisen sich **nach wie vor als kostengünstige Finanzierungsformen**." (Hervorhebungen durch die Stadt Linz).*

- 2.2.3.3. Die Finanz- und Vermögensverwaltung unterbreitete dem Gemeinderat mit Amtsbericht vom 29. November 1996 Vorschläge für neue Fremdmittelaufnahmen, die teilweise wegen der vorzeitigen Tilgung von Krediten notwendig waren (Sonderprüfungsbericht des Kontrollamtes vom 18. September 2012, Seite 17, ON 126 des Strafaktes). In diesem Bericht heißt es zur „**Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios**“:

"9. *Erfahrungsgemäß reagieren die Finanzmärkte rasch und grenzüberschreitend auf realwirtschaftliche Veränderungen im Inland, wie auch im Ausland. Die Finanzverwaltung wird daher aufgrund laufender Marktbeobachtung nach angemessener Zeit die Möglichkeit prüfen, die **bestehenden Kredite mit variablen Zinsverpflichtungen** zu Geldmarktkonditionen **gegen steigende Zinsen abzusichern**. Es besteht dadurch die Möglichkeit das Zinsrisiko nach oben zu begrenzen (Cap) und um eine Reduktion der Kosten für diese Zinsoption zu erreichen, eine Untergrenze (Floor) zu verkaufen. Eine Veränderung der VIBOR-Sätze trifft die Stadt somit lediglich in einer Bandbreite zwischen den vereinbarten Strikezinssätzen.*

10. *Generell wird darauf verwiesen, daß soweit möglich und zweckmäßig - eine Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios durch Umschuldung gemäß des GR-Beschlusses vom 29.2.1996 erfolgen wird. Die FVV hat auf Grundlage dieses Beschlusses die **generelle Ermächtigung zur Durchführung von Verhandlungen zur Optimierung der bestehenden Kreditlinien nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten erhalten**. Es wurden daher - abgesehen von Fixzinsperioden - flexible Kündigungsregelungen vereinbart." (Hervorhebung durch Stadt Linz)*

- 2.2.3.4. Bei diesen Ausführungen handelte es sich um die Wiedergabe theoretischer Überlegungen, die Verwaltung selbst hat bis in das Jahr 2006 weder Angebote

eingeholt, noch Verträge geschlossen, mit denen „Caps“ oder „Floors“ gekauft bzw. verkauft wurden.

#### 2.2.4 Schlussfolgerungen

- 2.2.4.1. Aus den wiedergegebenen Unterlagen wird deutlich, was für ein **enges Verständnis** die Verwaltung und der Gemeinderat vom Begriff der „Optimierung“ hatten (siehe auch Sonderprüfungsbericht des Kontrollamtes vom 18. September 2012, Seite 18, ON 126 des Strafaktes). Zuerst sollte die Zinsbelastung reduziert werden, dann sollte eine Absicherung gegen ein neuerliches Ansteigen der Zinsen erfolgen. Das Ziel war also klar und auch die Mittel dafür waren festgelegt: Bei variablen Verzinsungen waren zwei Indizes vorgegeben, nämlich VIBOR und SMR, als Absicherung kamen nur „Zinscaps“ in Frage. Technisch waren diese Konditionsänderungen zum damaligen Zeitpunkt nur durch Neuverhandlung mit der Bank oder Umschuldung, also Rückführung des alten Kredits und Neuaufnahme eines günstiger verzinsten Kredits, möglich. Wenn aus Kostengründen schon eine variable Verzinsung gewählt wurde, dann hatte man zumindest einen fixen Zinskorridor vor Augen.
- 2.2.4.2. Das Fremdwährungsrisiko blieb ein Thema und wurde im Gemeinderat bei der Beschlussfassung über den Antrag vom 29. November 1996 diskutiert. Der Gemeinderat beschloss am 19. Dezember 1996 deshalb die Aufnahme von Fremdmitteln in heimischer und nicht in fremder Währung; das Höchstmaß war mit ATS 400 Mio. festgelegt. Damals waren Finanztermingeschäfte oder Derivate kein Thema (vgl. Sonderprüfungsbericht des Kontrollamtes vom 18. September 2012, Seite 18, ON 126 des Strafaktes).

Beweis: Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 29.1.1996, Beilage ./JJJJ;  
 Schreiben von Schwabe, Ley, Greiner an das Magistrat Linz vom 22.2.1996, Beilage ./KKKK;  
 Gemeinderatsbeschluss vom 29.2.1996, Beilage ./LLLL;  
 Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 23.4.1996, Beilage ./MMMM;  
 Mitteilung des Finanzdirektors Dr. Kepplinger vom 11.6.1996, Beilage ./NNNN;  
 Schreiben des Finanzdirektors Dr. Kepplinger an BAWAG P.S.K vom 20.6.1996, Beilage ./OOOO;  
 Information zur Pressekonferenz des Bürgermeisters Dr. Dobusch und des Finanzdirektors Dr. Kepplinger vom 8.7.1996, Beilage ./PPPP;  
 Schreiben des Finanzdirektors an den Kontrollausschuss vom 9.9.1996, Beilage ./QQQQ;  
 Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 29.11.1996, Beilage ./RRRR;  
 Gemeinderatsbeschluss vom 19.12.1996, Beilage ./SSSS;  
 Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 23.9.2002, Beilage ./TTTT;  
 Gemeinderatsbeschluss vom 17.10.2002, Beilage ./UUUU;  
 Dr. Hermann Kepplinger als Zeuge, p.A. der Stadt Linz.

#### 2.2.5 Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004

- 2.2.5.1. Dem Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 ging der Amtsbericht der Finanz- und Vermögensverwaltung vom 13. Mai 2004 (Beilage ./C) voraus. Zu diesem Zeitpunkt war nicht mehr Dr. Hermann Kepplinger, sondern bereits Mag. Werner Penn der Finanzdirektor der Stadt Linz. Von seinem Vorgänger hatte er das gleiche Verständnis für den kommunalen Begriff der Stadt Linz von der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios „geerbt“. Er verwendet deshalb auch wieder diesen

Begriff und dachte beim Verfassen des Berichts wie seine Vorgänger – so zeigt es der Amtsbericht – nur an eine Reduzierung der Zinsen durch die bis dahin üblichen Gestaltungsformen, nämlich Änderung der Finanzierungsform, der Laufzeit und der Zinsindikatoren (näher zu den Schlussfolgerungen daraus unter Punkt 4.2). Unter Bezugnahme auf den Gemeinderatsbeschluss vom 29. Februar 1996 führt der Amtsbericht aus:

*"[...] Da nach Auffassung von Wirtschaftsexperten ein Ende der Niedrigzinspolitik bevor steht und ausgehend von den USA auch im Euro-Raum Anzeichen für Zinserhöhungen sich abzeichnen, ist es für die Stadt vorteilhaft, das gegenwärtige Zinsniveau nach Möglichkeit längerfristig zu sichern.*

*Dazu soll die FVV ermächtigt werden, Umstrukturierungen im bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio (**Darlegen/Anleihe**), **Laufzeitoptimierungen** und **Zinsindikatorbindung** vornehmen zu können, um die Divergenzen im Geld- und Kapitalmarkt optimal ausnutzen zu können.*

*Ebenso soll die FVV zum Abschluss von Finanztermingeschäften ermächtigt werden. [...]"* (Hervorhebungen durch die Stadt Linz).

- 2.2.5.2. Das Begriffsverständnis der handelnden Personen der Stadt Linz, was unter einer Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios zu verstehen ist, war also völlig gleichgeblieben. Auch für Bürgermeister Dr. Franz Dobusch, der im Jahr 1996 Finanzreferent der Stadt Linz gewesen war und die damalige „Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios“ aus nächster Nähe miterlebt hat, hatte 2004 noch den gleichen Begriff vor Augen. Das war auch nicht ungewöhnlich, hatte sich das Ziel, was die Stadt Linz optimieren wollte, nicht geändert (im Detail dazu auch die Punkte 4.1 und 4.2).
- 2.2.5.3. Was sich geändert hatte, waren die Mittel, um dieses Ziel zu erreichen. Mussten 1996 Kredite noch gekündigt, vorzeitig getilgt oder umgeschuldet werden, musste dafür mit dem ursprünglichen Kreditgeber verhandelt werden, so boten die Banken nunmehr plötzlich an, das gleiche Ziel durch moderne Finanzgeschäfte zu erreichen, ohne überhaupt Kontakt mit den bisherigen Kreditgebern aufzunehmen.
- 2.2.5.4. Im Amtsbericht vom 13. Mai 2004 kommt dies direkt zum Ausdruck: *„Durch die Entwicklung von Treasuryprodukten der Banken ist es nunmehr auch möglich, durch den Abschluss von Finanztermingeschäften Zinsänderungsrisiken unabhängig vom zu Grunde liegenden Darlehen zu gestalten. Diese Möglichkeit ist insbesondere dort vorteilhaft, wo die Bestimmungen des Darlehensvertrages keine Änderung der Finanzierung zulassen“.*
- 2.2.5.5. Das wurde im Übrigen auch durch das Kontrollamt der Stadt Linz im Sonderprüfungsbericht vom 18. September 2012 ausdrücklich bestätigt, wonach das „Optimierungsverständnis“ des Jahres 1996 eindeutig als Grundlage für den Gemeinderatsantrag vom 13. Mai 2004 gedient hat (Sonderprüfungsbericht des Kontrollamts vom 18. September 2012, Seiten 23ff, ON 126 des Strafaktes).
- 2.2.5.6. Der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 enthält aber neben der Vorgabe, dass das Geschäft geeignet sein müsse, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren, auch eine weitere Einschränkung der Handlungsbefugnis für die Finanz- und Vermögensverwaltung. Der Beschluss deckt nämlich nur „marktübliche“ Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte. Es ist dies ein neues Kriterium, welches sich im Februar 1996 noch nicht findet. Diese Einschränkung war aus Sicht des

Gemeinderates überaus sinnvoll, weil ja Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte einen derart weiten Anwendungsspielraum hatten, dass der Verwaltung zwangsläufig eine Handlungsanleitung gefehlt hatte. Das Kriterium der „Marktüblichkeit“ konnte die gleiche Funktion erfüllen, wie in der Vorläuferbestimmung die Beschränkung auf Zinsindikatoren, also Referenzzinssätze, die der Markt bildete und die einen Aus- und Einstieg zu vergleichbaren Bedingungen gestattet hat (diese Gedanke wird im Detail unter den Punkten 4.11ff dieses Schriftsatzes noch weiter ausgeführt). Das Swap-Geschäft 4175 erfüllte das einschränkende Kriterium der Marktüblichkeit jedenfalls nicht.

2.2.5.7. Die kontroversielle Diskussion zwischen den Fraktionen im Gemeinderat vor der Beschlussfassung bestätigt diese Überlegungen (Beilage /11): Die ÖVP-Fraktion blieb zwar in der Diskussion bei ihrer kritischen Haltung gegenüber dem bestehenden Fremdwährungskredit, bekannte sich aber dazu, „[...] dass das Finanzmanagement optimiert wird“ (Vizebürgermeister Dr. Watzl in der Gemeinderatsdiskussion), wollte aber „[...] vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass vor allem im Bereich der Fremdwährungskredite ein erhöhtes Risiko begeben ist“ in den Beschlusstext aufgenommen haben, „[...] dass eine nachträgliche Information bzw. Berichterstattung des Finanzausschusses erfolgen soll und im Bereich der Fremdwährungskredite nicht eine Person allein die Verantwortlichkeit tragen sollte ...“. Darauf antwortete der Bürgermeister der Stadt Linz Dr. Franz Dobusch: „[I]ch insgesamt muss dazu sagen, das ist nicht die Intention, dass jetzt in ausländische Währungen hineingegangen wird, sondern es geht darum, dass wir den aushaftenden Kreditrahmen oder Betrag hervorragend bewirtschaften können und das in kürzester möglicher Zeit.“ Das bringt auch seitens des Bürgermeisters seine Ablehnung, neue Währungsrisiken zu übernehmen, zum Ausdruck. Wie risikoabgeneigt der Gemeinderat gewesen ist, zeigt auch die Wortmeldung von Vizebürgermeister Dr. Erich Watzl, wonach bereits ein Jahresverlust von EUR 10 Mio. als bedeutend angesehen wurde.

2.2.5.8. Am 3. Juni 2004 fasste der Gemeinderat dann auf Basis dieses Amtsberichts den Gemeinderatsbeschluss, wonach die Finanz- und Vermögensverwaltung ermächtigt wird, *"das Fremdfinanzierungsportfolio durch den Abschluss von marktüblichen Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten zu optimieren."*

### **3. Grenzen der Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004**

#### **3.1. Die Grenzen dieser Ermächtigung**

##### **3.1.1 Einleitung**

3.1.1.1. Jeder mit der Stadt Linz kontrahierende Dritte, also auch die beklagte Partei musste bei objektivem Verständnis des Gemeinderatsbeschlusses erkennen,

- dass dieser die Verwaltung nicht zu Währungsspekulationsgeschäften ermächtigt,
- dass mit diesem der Finanz- und Vermögensverwaltung nicht ein Teil der gesetzlichen Befugnis des Gemeinderates übertragen wurde (gesetzliches Delegationsverbot);

- dass nach dem Inhalt des Amtsberichtes und der über diesen Beschluss geführten Diskussion die Stadt Linz von einem Optimierungsbegriff ausging, der eine Verbesserung der Zinskonditionen bedeutete, ohne dass auch nur im Ansatz damit eine Vervielfachung des Risikos verbunden ist;
- dass dieser nur jene Geschäfte im Auge haben konnte, die aus Sicht der Kommune das Fremdfinanzierungsportfolio optimieren und darüber hinaus marktüblich sind.

### 3.1.2 Die gesetzlichen Grenzen einer solchen Ermächtigung

- 3.1.2.1. Das gesetzliche Gebot an Kommunen, ihr Vermögen nach den Grundsätzen der **Zweckmäßigkeit**, der **Sparsamkeit** und der **Wirtschaftlichkeit** zu verwalten und zu verwenden, verbietet Währungsspekulationen in der Art des Swap-Geschäftes 4175. Eine solche sich zwanglos aus den §§ 57 StL und 119a B-VG ergebende Beschränkung wirkt nach § 867 ABGB als Handlungsbeschränkung der Organe auch im Außenverhältnis (h Rsp: RIS-Justiz RS001417; OGH 5 Ob 52/11z; 2 Ob 73/12y, ua); dazu bereits ausführlich unter Punkt 1.2.
- 3.1.2.2. § 46 Abs 2 StL 1992 legt formelle und inhaltliche Grenzen für die Übertragung der Befugnisse des Gemeinderates auf andere Organe fest. Niemand, auch nicht die beklagte Partei, konnte auf die Idee kommen, dass der Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 entgegen der klaren gesetzlichen Anordnung die Befugnisse des Gemeinderates auf die Verwaltung übertragen wollte. Der Gemeinderatsbeschluss hat auch tatsächlich eine Übertragung der Willensbildung an die Finanz- und Vermögensverwaltung nicht beinhaltet, sondern sah lediglich die Übertragung der der Verwaltung zukommenden Befugnis zur Umsetzung des gemeinderätlichen Willens vor. In diesem Sinne erteilte der Gemeinderat auch keine Vollmacht an eine bestimmte physische Person, sondern legte nur klar, was die Verwaltung im Rahmen ihrer Zuständigkeit umzusetzen hatte. § 867 ABGB hat in diesem Zusammenhang nicht nur die Wirkung, die Befugnis im Außenverhältnis zu beschränken, sondern dient auch als Auslegungsmittel, um den Inhalt des Gemeinderatsbeschlusses aus objektiver Sicht zu verstehen; und die objektive Sicht schließt ein Verständnis aus, der Gemeinderat habe sich seiner Entscheidungsbefugnis zugunsten der Verwaltung begeben.
- 3.1.2.3. Die genannten gesetzlichen Schranken, was die Befugnis eines Gemeinderates im Rahmen der Stadtverfassung angeht, dienen im konkreten Fall bereits als taugliche Grundlage zur Auslegung des Inhalts des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004. Die beklagte Partei hatte sich an diesen Auslegungsgrundsätzen zu orientieren oder – wenn sie Zweifel hatte – bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 zu hinterfragen. Sie tat weder das eine noch das andere, obwohl ihr die besonderen Beschränkungen beim Kontrahieren mit Kommunen bekannt war.
- 3.1.2.4. Die beklagte Partei konnte sich in einer solchen Situation nicht damit begnügen, dass das Geschäft „*irgendwie eingefangen* (werde) oder dass es notwendig wäre, *es doch stärker (zu) untermauern*“ (vgl. Beilage ./EE); und danach einfach nichts zu tun und darauf zu hoffen, der Gemeinderat werde das Geschäft schon irgendwie genehmigen.
- ### 3.1.3 Die Einschränkung durch die Begriffe „Marktüblichkeit“ und „Optimierung“

- 3.1.3.1. Die Organe der Stadt Linz und auch die Mitglieder des Gemeinderates hatten, was den Begriff der „Optimierung“ angeht, sehr konkrete Vorstellungen, die man zwanglos aus der historischen Entwicklung verstehen kann. Es ging um eine Verbesserung der Zinskonditionen, gegebenenfalls auch in Verbindung mit bestimmten Zinskorridoren; diese herbeizuführen war Aufgabe der Verwaltung. Das Verständnis der Stadt Linz in dieser Richtung war sowohl aus dem Amtsbericht als auch aus der Diskussion im Gemeinderat ersichtlich. Nach dem klar erkennbaren Willen des Gemeinderates sollten nur solche „Optimierungsgeschäfte“ zulässig sein, die zu keiner (merklichen) Erhöhung des bereits bestehenden Risikos im Schuldenportfolio der Stadt Linz geführt hätten; für den Gemeinderat war bereits ein Jahresverlust von EUR 10 Mio. bedeutend. Es ist auszuschließen, dass die beklagte Partei den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 dahin verstanden haben könnte, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung zu unlimitierten derivativen Spekulationsgeschäften ermächtigt worden ist (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 377f, insbesondere Fn 474, ON 129 des Strafaktes). Hätte sich die beklagte Partei bei Zweifeln um den Inhalt des Beschlusses damit vertraut gemacht, was sie nicht tat, wäre ihr das nicht verborgen geblieben (vgl. OGH 9 Ob 41/09h; 8 Ob 201/97k, welche die fehlende Nachforschung im Fall von Zweifeln als fahrlässig betrachtet).
- 3.1.3.2. Unabhängig davon hat der Begriff der Optimierung einen scharf umgrenzten Begriffsinhalt, wenn man ihn – wie es hier geboten ist – in Verbindung mit dem Ziel dieser Optimierung, nämlich der Optimierung eines Fremdfinanzierungsportfolios bringt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass es sich bei dem Swap-Geschäft 4175 unabhängig von den sonstigen Umständen um kein Optimierung eines Fremdfinanzierungsportfolios handeln konnte (vgl. dazu Punkt 4.4. ff).
- 3.1.3.3. Dasselbe gilt für das Adverb „marktüblich“, das die einsetzbaren Mittel der Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios klar beschränkt; es sollten nur jene Finanzgeschäfte und Finanztermingeschäfte sein, die marktüblich sind. Dabei geht es nicht darum, ob auch andere Kommunen verbotene Spekulationsgeschäfte abgeschlossen haben (diese werden dadurch nicht marktüblich), sondern ob es sich um Geschäfte handelt, für die ein liquider Markt bestand, der die Stadt Linz in die Lage versetzte, jederzeit diese „Mittel“ (sprich Finanzprodukte) zu Marktpreisen zu veräußern; ja es gab nicht einmal Wege, das diesen Finanzprodukten innewohnende Risiko durch rechtzeitigen Ausstieg annähernd zu beherrschen (vgl. die Ausführungen unter den Punkten 4.1 ff).

## **3.2. Schlussfolgerungen**

- 3.2.1 Ergibt schon die Auslegung des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004, dass das Swap-Geschäft 4175, so wie es seiner wahren Natur nach ist, nicht einmal von seinem Wortlaut dieses Beschlusses gedeckt ist, so ist letztlich irrelevant, ob die beklagte Partei erkannt hat oder erkennen konnte, dass auch die gesetzlichen Grenzen für die Organe der Stadt Linz ein Geschäft, wie jenes des Swap 4175 nicht erlaubt. Es gab dann nämlich für die beklagte Partei keinerlei Vertrauenstatbestand, der sie veranlassen konnte, Mag. Werner Penn wäre durch den Gemeinderat der Stadt Linz zu diesem Geschäft ermächtigt worden. In diesem Fall hatte aber auch Mag. Werner Penn keinen Anlass, die beklagte Partei über jene gesetzlichen Grenzen aufzuklären. Das Gleiche gilt natürlich auch für die Annahme, der Gemeinderat der Stadt Linz habe das Geschäft noch nachträglich genehmigt.

#### 4. Objektive Beurteilung der Begriffe „Marktüblichkeit“ und „Optimierung“

##### 4.1. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 - Einleitende Bemerkungen

4.1.1 Für die Frage der Gültigkeit des Swap-Geschäftes 4175 ist von zentraler Bedeutung, ob das Rechtsgeschäft den im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 aufgestellten Kriterien gerecht wird. Schon der Amtsbericht vom 13. Mai 2004 (Beilage./C) bezieht sich darauf, dass die Finanzverwaltung „...mit Beschluss des Gemeinderats vom 29.2.1996 zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios ermächtigt wurde“ (zur Genese und dem sich aus der Historie erklärenden subjektiven, eingeschränkten Begriffsverständnis vgl. Punkt 2.2).

4.1.2 Die Zeit zwischen 1996 und 2004 war durch eine **dynamische Entwicklung neuer Finanzinstrumente** gekennzeichnet, die prinzipiell zur Schuldenbewirtschaftung einsetzbar sind. Vor allem hatte sich in der Zwischenzeit ein reger OTC (over-the-counter) Markt mit Finanzderivativen entwickelt. Der Abschluss derartiger, rechtlich **selbstständiger Finanzgeschäfte** (vgl. Rahmenvertrag vom 26.9.2006, Beilage ./N), die bei richtigem, eingeschränktem Einsatz unzweifelhaft auch zur Verbesserung der Schuldenbewirtschaftung eingesetzt werden können, war eindeutig nicht vom Beschluss des Gemeinderates vom 29. Februar 1996 (Beilage ./LLLL) gedeckt, sodass die Finanzverwaltung nunmehr **zusätzlich** damit befasst werden sollte, **marktübliche** Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte einzusetzen, mit dem schon seit 1996 vorgegeben Ziel das Fremdfinanzierungsportfolio **zu optimieren**. Dass bei der „**Optimierung**“ in erster Linie an folgende **eingeschränkte** Aspekte nämlich

- Finanzierungsform (Anleihe/Darlehen),
- Laufzeit und
- Zinssätze („Zinsindikatorbindung“)

gedacht war, ergibt sich direkt aus den Erläuterungen im Amtsbericht (vgl. Beilage./C, Seite 1, Punkt 1): „Dazu soll die FVV ermächtigt werden, Umstrukturierungen in bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios hinsichtlich **Finanzierungsform (Anleihe/Darlehen), Laufzeitoptimierung und Zinsindikatorbindung** vornehmen zu können, um die Divergenz im Geld- und Kapitalmarkt optimal ausnützen zu können.“  
[Hervorhebung durch die Stadt Linz]

4.1.3 Das überaus weite, vielschichtige Spektrum dieser neuen (OTC-) Finanzgeschäfte (grundlegend dazu *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 99, ON 129 des Strafaktes) sollte durch die Begriffe „**marktüblich**“ und „**zu optimieren**“ (also transitiv als Zielvorgabe) **eingeschränkt** sein. Die Frage, ob im Zusammenhang mit dem Swap-Geschäft 4175 somit tatsächlich von einer „**Optimierung**“ gesprochen werden kann, ist von zentraler Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob das Geschäft überhaupt vom Gemeinderatsbeschluss gedeckt ist und ob die beklagte Partei redlicherweise auf eine Deckung des Geschäftes durch den Beschluss des Gemeinderates vertrauen durfte (dazu im Einzelnen unter Punkt 2.2). Weil der Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses selbstredend auch **die Grenzen** eines allfälligen Vertrauens absteckte, ist das Verständnis der Begriffe auch für einen allfälligen „Vertrauensschaden“ der beklagten Partei von zentraler Bedeutung (vgl. dazu im Einzelnen Punkt 3.1).

4.1.4 Selbst für die Frage der „nachträglichen Genehmigung“ durch den Gemeinderat ist das Begriffsverständnis von maßgeblicher Relevanz: Ein zentrales Element einer allfälligen nachträglichen Genehmigung im Sinn des § 1016 ABGB ist das

vorausgehende **Bewusstsein** des Gewaltgebers, dass der Gewalthaber **tatsächlich bei Geschäftsabschluss seine Vollmacht überschritten** hat, der Gewaltgeber aber gleichwohl mit dem Geschäft **einverstanden** ist, dieses also genehmigt. Auch die „Vorteilszuwendung“ i.S.d § 1016 ABGB setzt neben der „Zuwendungshandlung“ zwingend einen „**Genehmigungswillen**“ voraus, wofür beim Machthaber das Bewusstsein notwendig ist, dass der konkrete Vorteil aus einem in seinem Namen **ohne ausreichende Vollmacht geschlossenen Geschäft stammt** (P. Bydlinski in KBB<sup>3</sup>, § 1016 Rz 4). Die Vorteilszuwendung kann eben nur dann genehmigend wirken, wenn dem Gewaltgeber klar ist, dass entweder vollmachtslos gehandelt oder die Vollmacht überschritten wurde. Dazu bedarf es aber der Klärung der Reichweite des Gemeinderatsbeschlusses, insbesondere der Bedeutung der Begriffe „Optimierung“ und „Marktüblichkeit“ (weiterführend zu § 1016 ABGB unter Punkt 6.8).

Beweis:       Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 29.1.1996,/JJJJ  
                   Gemeinderatsbeschluss vom 29.2.1996, Beilage ./LLLL;  
                   Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 23.4.1996, Beilage ./MMMM;  
                   Bericht des Finanzdirektors Dr. Kepplinger an den Finanzausschuss vom  
                   11.6.1996, Beilage ./NNNN;  
                   Schreiben des Finanzdirektors Dr. Kepplinger an BAWAG P.S.K. vom  
                   20.6.1996, Beilage ./OOOO;  
                   Pressemitteilung der Stadt Linz vom 8.7.1996, Beilage ./PPPP;  
                   Bericht des Finanzdirektors Dr. Kepplinger an das Kontrollamt vom 9.9.1996,  
                   Beilage./QQQQ;  
                   Dr. Hermann Kepplinger, p.A. der Stadt Linz, als Zeuge;  
                   Dr. Franz Dobusch, p.A. der Stadt Linz, als Parteienvertreter;

#### 4.2. Keine „Optimierung“ durch das Swap-Geschäft 4175 unter Berücksichtigung des subjektiven Verständnisses des Gemeinderates

4.2.1 Wie sich aus der Genese des Gemeinderatsbeschlusses und des zugehörigen Amtsberichtes vom 13. Mai 2004 ergibt, (siehe dazu oben unter Punkt 2.2.5), konnte der Gemeinderat niemals erwarten, dass von der Finanz- und Vermögensverwaltung im Rahmen seines Beschlusses vom 3. Juni 2004 auch Geschäfte wie das Swap-Geschäft 4175 abgeschlossen werden könnten. Der Zweck, nämlich eine „Optimierung“ des Schuldenmanagements zu erreichen, war seit 1996 Zielvorgabe. Insbesondere lässt sich das Swap-Geschäft 4175 unter keine jener Maßnahmen zur „Umstrukturierung“ des Schuldportfolios subsumieren, die im Amtsbericht vom 13. Mai 2004, Seite 1, beispielhaft genannt werden (siehe dazu unter Punkt 2.2.5), und Aufschluss darüber geben, wofür die Ermächtigung **konkret** eingesetzt werden sollte:

- Das Swap-Geschäft 4175 stellt keine Umstrukturierung des bestehenden Fremdfinanzierungsportfolios „*hinsichtlich Finanzierungsform (Anleihe/Darlehen)*“ dar. Mit dem gegenständlichen Geschäft blieb nämlich die Finanzierung in Form der in CHF denominierten Anleihe prinzipiell unangetastet, mag auch materiell in diese Finanzierung eingegriffen worden sein, wie der (Bundes-)Rechnungshof zutreffend erkennt (Bericht, Serie Oberösterreich 2013/1, TZ 5.1). Insbesondere wurde die Anleihe nicht in ein Darlehen umgestaltet.
- Auch eine „*Laufzeitoptimierung*“ ist nicht gegeben: Die Laufzeit des Swap-Geschäftes 4175 wurde im Wesentlichen im Gleichklang mit der CHF-Anleihe

vom 6. Mai 2005 (Beilage./D) geschaltet. Auch in die Laufzeit wurde somit nicht eingegriffen.

- Auch die „**Zinsindikatorbindung**“ der Anleihe wurde nicht im Sinn des Amtsbericht vom 13. Mai 2004 verändert, geschweige denn optimiert: Zinsindikatoren sind nach herkömmlichem Verständnis die üblichen Indikatoren wie LIBOR, EURIBOR, VIBOR, SMR wobei unter „**Zinsindikatorbindung**“ auch ein Abtausch eines Zinsindikators gegen eine Fixzinsvereinbarung und umgekehrt zu verstehen ist. Wie bereits im Zusammenhang mit der Beschlussgenese dargelegt (siehe dazu oben unter den Punkten 2.2.1 bis 2.2.4), wurde der Beschluss des Gemeinderates vom 29. Februar 1996 zur Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios insbesondere dazu genützt, diese Zinsindikatorbindung der bestehenden Darlehen zu verbessern. So bestanden aus der Historie heraus beispielsweise Fixzinsvereinbarungen, die zu **historisch sehr hohen Zinssätzen** abgeschlossen worden waren. Durch eine entsprechende Restrukturierung des Schuldenportfolios, die teilweise auch mit Kündigungen von Altdarlehen und Neuaufnahme der Summe mit anderen Konditionen einhergehen (siehe dazu im Einzelnen oben unter den Punkten 2.2.2 bis 2.2.4; Beilage ./OOOO), konnte tatsächlich eine wesentliche Zinsvergünstigung herbeigeführt werden.

- 4.2.2 Verständlich wird dieses eingeschränkte subjektive Begriffsverständnis des Gemeinderates auch vor dem Hintergrund, dass die Stadt Linz im Zuge des Gemeinderatsbeschlusses 1996 und im Kontext mit der Schuldenoptimierung auch ein umfassendes *Cash-Management* etablierte und dazu auch externe Beratungen in Anspruch nahm. Das Swap-Geschäft 4175 lässt sich unter Zugrundelegung der im Amtsbericht vom 13. Mai 2004 beschriebenen konkreten Maßnahmen in keine einzige Kategorie subsumieren, also weder hinsichtlich Finanzierungsform (Anleihe/Darlehen), Laufzeit, noch Zinssatz. Das Gegenargument, die komplexe Zinsbildungsformel mit einem an den EUR/CHF Kurs gekoppelten Trigger von 1,54 wäre eine solche Veränderung der Zinsindikatorbildung, scheidet schon daran, dass dem Gemeinderat derartige Resetable Swap Geschäfte völlig fremd waren. Abgesehen davon, handelt es sich auch nicht um eine marktübliche Form eines Zinsindikators. Eine solche Formel wird bei Krediten nicht verwendet, ist daher im Gegenteil gänzlich **marktunüblich**.
- 4.2.3 Folgt man dem Amtsbericht zum Beschluss vom 3. Juni 2004, so sollte die Neuaufnahme von Fremdfinanzierungen ausdrücklich **nicht** von der Ermächtigung umfasst sein (was auch durch die gesonderte Beschlussfassung zum ersten Antragsgegenstand zum Ausdruck kam). Auch unter diesem Gesichtspunkt konnte der Gemeinderatsbeschluss das Swap-Geschäft 4175 nicht decken: Zwar war mit dem Geschäft keine direkte Neuaufnahme einer Fremdfinanzierung verbunden, die Stadt Linz ist mit dem Swap-Geschäft 4175 jedoch ein zusätzliches Risiko zur bestehenden Finanzierung eingegangen, welches bankfachlich betrachtet zum Zeitpunkt des Abschlusses einer Aufnahme einer CHF-Finanzierung (Leerverkauf) im Ausmaß von **EUR 500 Mio. (!)** gleichkam (siehe *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes).
- 4.2.4 Wenn es folglich - nach dem unmissverständlichen Text des Amtsberichtes – bestätigt auch durch die Diskussion im Gemeinderat – nicht möglich sein sollte, neue Finanzierungen – und sei es auch nur in EUR – aufzunehmen, dann ergibt sich schon im Größenschluss, dass damit **niemals** eine Ermächtigung verbunden sein konnte, ein

Geschäft abzuschließen, welches zu einer (potenziellen) Verbindlichkeit von gesamt über EUR 417.737.018,29 Mio. laut der eigenen Schadensberechnung der beklagten (siehe nur Beilage ./24) führt. Folgt man der Behauptung der beklagten Partei, so war das Schadenspotential noch weitaus größer, was sich objektiv auch daraus ergibt, dass die beklagte Partei die Kreditlinie auf EUR 640 Mio. an hob (vgl. Beilage ./JJJ15). Festzuhalten ist weiters, dass auf Basis des Gemeinderatsbeschlusses vom 29. Februar 1996 **keine** Umstellung von Darlehen EUR auf CHF und umgekehrt vorgenommen worden ist, weil klar war, dass eine solche gravierende Maßnahme natürlich der Beschlussfassung des Gemeinderates vorbehalten sein musste. Selbiges galt auch für das Beschlussverständnis 2004. **Keinesfalls** war der Wille des Gemeinderats daher darauf gerichtet, eine Ermächtigung für neue Geschäftsabschlüsse zu schaffen, in denen materiell betrachtet ein mit einer **neuen Schuldaufnahme** von EUR 500 Mio. in Fremdwährung (CHF) **wirkungsgleiches Geschäft** abgeschlossen wird (vgl. *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes).

- 4.2.5 Vergleicht man dieses Verständnis des Gemeinderates mit den nachstehend dargestellten objektiven bankfachlichen Spezialaspekten des Swap-Geschäftes 4175, kann keinerlei Zweifel mehr bestehen, dass dieses Geschäft unter keinen Umständen durch den Beschluss vom 3. Juni 2004 gedeckt sein konnte.

Beweis:       Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 29.1.1996,./JJJJ;  
                   Gemeinderatsbeschluss vom 29.2.1996, Beilage ./LLLL;  
                   Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 23.4.1996, Beilage ./MMMM;  
                   Bericht des Finanzdirektors Dr. Kepplinger an den Finanzausschuss vom  
                   11.6.1996, Beilage ./NNNN;  
                   Schreiben des Finanzdirektors Dr. Kepplinger an BAWAG P.S.K. vom  
                   20.6.1996, Beilage ./OOOO;  
                   Pressemitteilung der Stadt Linz vom 8.7.1996, Beilage ./PPPP;  
                   Bericht des Finanzdirektors Dr. Kepplinger an das Kontrollamt vom 9.9.1996,  
                   Beilage./QQQQ;  
                   Dr. Hermann Kepplinger, p.A. der Stadt Linz, als Zeuge;  
                   Dr. Franz Dobusch, p.A. der Stadt Linz, als Parteienvertreter;

### 4.3. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 unter Zugrundelegung eines allgemeinen Begriffsverständnisses

- 4.3.1 Die Ermächtigung gemäß Amtsbericht vom 13. Mai 2004, Punkt 2. ist **transitiv** formuliert: Sie bezieht sich auf das Ziel, das Fremdfinanzierungsportfolio „zu optimieren“. Schon unter Zugrundelegung eines allgemeinen objektiven Begriffsverständnisses - umso weniger jedoch unter zusätzlicher Berücksichtigung der spezifischen bankfachlichen Aspekte des Geschäfts (dazu näher unten) - wird die Vorgabe der „Optimierung“ tatsächlich erfüllt:
- 4.3.2 „Optimierung“ wird nach herkömmlichem Begriffsverständnis als Suche nach dem Optimum definiert. „Zu optimieren“ kann daher nichts anderes bedeuten, als das besterreichbare Resultat, wenn auch im Sinn eines Kompromisses zwischen verschiedenen Parametern oder Eigenschaften unter dem Aspekt einer Anwendung, einer Nutzung oder eines Zieles zu setzen (siehe nur die Begriffsdefinition zum Suchwortbegriff „Optimum“ unter [www.wikipedia.org/optimierung](http://www.wikipedia.org/optimierung)). Der Begriff der Optimierung steht dementsprechend in engem Zusammenhang mit einerseits der Ausgangslage (vorhandenen Parametern), andererseits aber auch mit **den verfolgten Zielen**. Optimierung bedeutet auch, eine Modellierung der Vorgänge im Sinn der

**besten Lösung** für ein spezifisches Problem vorzunehmen. Als sinnverwandte Wörter werden daher umgangssprachlich auch „perfektionieren“, „verbessern“ und „vervollkommen“ verwendet (Quelle wiktory, Schlagwort „optimieren“, [www.wiktionary.org](http://www.wiktionary.org)). Gegenwörter dazu sind nach herkömmlichem Verständnis insbesondere „verschlechtern“ und „verschlimmern“.

- 4.3.3 Eine anschauliche Definition für die Optimierung aus bankwirtschaftlicher Betrachtung liefern die Gutachter Schwabe, Ley & Greiner, im Gutachten vom 10. August 2012, Seite 7, ON 116 des Strafaktes: *„Optimierung bedeutet ein Portfolio im Spannungsfeld zwischen Ertrag und Risiko (für den Anleger) oder Kosten und Risiko (für den Schuldner) so zu bewegen, dass bei gleichem Ertrag oder bei gleichen Kosten weniger Risiko in Kauf genommen werden muss oder bei gleichem Risiko mehr Ertrag oder weniger Kosten zu erwarten sind. Im Schuldenmanagement gilt die selbe Logik und Rechenoperation, sodass die Ergebnisse übertragbar sind“.*
- 4.3.4 Betrachtet man das Swap-Geschäft 4175 aus bankwirtschaftlicher Sicht, wird ersichtlich, dass auf den Swap **die Gegenwörter** „verschlechtern“ und „verschlimmern“ zutreffen, von „perfektionieren“, „verbessern“ oder „vervollkommen“ kann objektiv nicht gesprochen werden. Nicht zu übersehen ist, dass einer Optimierung durchaus auch ein gewisser Kompromiss zugrunde liegen kann, im Sinn eines „beweglichen Systems“ zwischen verschiedenen Aspekten. Daher spielt auch die Zieldefinition bei der Begriffsauslegung der Optimierung eine wesentliche Rolle. Das verfolgte Ziel erschließt sich aus dem Amtsbericht vom 13. Mai 2004 (in Zusammenschau mit dem Gemeinderatsbeschluss 1996): *„Durch die Entwicklung von Treasury-Produkten der Banken [Anm: darunter sind OTC Derivate zu verstehen, die auf Basis von Rahmenverträgen abgewickelt werden, siehe dazu bereits in der Klage zu Punkt IV., 2.2.] ist es nunmehr auch möglich, durch den Abschluss von Finanztermingeschäften Zinsänderungsrisiken unabhängig vom zugrundeliegenden Darlehen zu gestalten. Diese Möglichkeit ist insbesondere dort vorteilhaft, wo die Bestimmungen des Darlehensvertrages keine Änderung der Finanzierung zulassen“.* Verglichen zum Gemeinderatsbeschluss vom 29. Februar 1996 sollte die Möglichkeit der Umsetzung der Optimierung über Treasury-Produkte das verfügbare Spektrum erweitern, sodass eine Adaptierung der Beschlusslage geboten erschien (siehe dazu bereits oben unter Punkt 2.2.5).
- 4.3.5 Durch Möglichkeiten der Umstrukturierungen im bestehenden Fremdfinanzierungsportfolio hinsichtlich Finanzierungsform (Anleihe/Darlehen), Laufzeitoptimierung und Zinsindikatorbindung sollte diese Optimierung beispielhaft erzielt werden. Unbeschadet der Tatsache, dass das Swap-Geschäft 4175 unter keine der aufgezählten Handlungsbefugnisse zu subsumieren ist, weil weder die Finanzierungsform, noch eine Laufzeitoptimierung, noch eine Veränderung in der Zinsindikatorbindung erfolgten (siehe dazu bereits oben unter Punkt 4.2.1), und schon das allgemeine Begriffsverständnis dem Geschäft entgegen steht, weil „perfektionieren“, „verbessern“ und „vervollkommen“ dem Geschäft fremd sind, beweist auch die rein isolierte Betrachtung unter **bankwirtschaftlichen Gesichtspunkten**, dass das Swap-Geschäft 4175 keine Optimierung war (dazu sogleich).
- 4.4. **Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 aus bankwirtschaftlicher Betrachtung – Allgemeine Bemerkungen**

- 4.4.1 Das Swap-Geschäft 4175 wurde bereits unter vielerlei Gesichtspunkten einer bankfachlichen Analyse durch diverse Sachverständige unterzogen. Die von der Stadt Linz beigezogenen Gutachter Prof. Martin Janssen, Prof. Markus Fulmek sowie Schwabe, Ley und Greiner und auch der von der StA Linz eingesetzte Gutachter Dr. Christian Imo kommen unisono zum Schluss, dass das vorliegende Swap-Geschäft **keine Optimierung** im bankwirtschaftlichen Sinn darstellt, wobei sich die Gutachter jeweils unterschiedlichen Betrachtungsschwerpunkten widmen.
- 4.4.2 So geht Prof. Martin Janssen davon aus, dass die Zahlungsverpflichtung, welche die Stadt Linz aus dem Swap-Geschäft auf sich genommen hat, **ein reines Spekulationsgeschäft** war und materiell nichts mit dem Risiko der variablen CHF-Anleihe zu tun hatten. Diese Sichtweise bestätigen auch der (Bundes-)Rechnungshof (Bericht, Serie Oberösterreich 2013/1) und die anderen Gutachter. Wäre beim Swap-Geschäft 4175 zumindest ein Portfolio von *underlyings* gebildet worden, dann hätte dies bereits zu einem deutlich besseren Risiko/Rendite-Verhältnis geführt, welches für das Swap-Geschäft 4175 besonders ungünstig ausfällt (siehe dazu *Janssen*, Gutachten vom 15. August 2012, Seite 18, ON 116 des Strafaktes). Der Gutachter Prof. Martin Janssen identifiziert ein „dreifaches CHF Risiko“ welches sich auf die Begriffspaare „doppeltes“ CHF Risiko und „progressiv wirkendes Wechselkursrisiko in CHF“ aufsplittet. Das „doppelte Risiko“ besteht darin, dass bei einer Wechselkursverschlechterung die Aushaftung der Anleihe steigt **und** ab „Strike“ 1,54 zusätzliche Zahlungspflichten entstehen. Die dritte Risikokomponente ergibt sich aus der Notwendigkeit der Bezahlung der Zinsen selbst in CHF, was zu einem zusätzlichen **progressiven Anstieg** der Verpflichtung der Stadt Linz bei erstarkendem CHF führt; (vgl. *Janssen* Gutachten vom 15. August 2012, Punkt 7.1, Seite 27, ON 116 des Strafaktes). Zu einem ähnlich vernichtenden Ergebnis, und vor allem einer **besonders ungünstigen, keineswegs optimalen Risiko/Rendite Relation** kommen auch die anderen Gutachter, insbesondere auch Dr. Christian Imo (vgl. im Einzelnen unten unter Punkt 4.5 und 4.7).
- 4.4.3 Die beklagte Partei steht dagegen auf dem Standpunkt, das Kriterium der „Optimierung“ sei gegeben gewesen. Sie beruft sich dabei auf eigene Privatgutachter (vgl. die Gutachten *Wahrenburg* und *Heidorn* in ON 53 und 147); deren Ausführungen vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Es ist zwar grundsätzlich richtig, dass nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis eine Optimierung theoretisch auch dann gegeben sein kann, wenn in einem Handlungsvieleck verschiedener Parameter ein oder mehrere Parameter zu Gunsten anderer Parameter verschoben werden, wesentlich ist jedoch, dass in der **Gesamtzusammenschau** eine **echte bankwirtschaftliche Verbesserung im Schuldportfolio** eintritt; daran fehlt es beim Swap-Geschäft 4175.
- 4.4.4 Festzuhalten ist, dass gerade unter dem Blickwinkel „finanztechnischer/bankwirtschaftlicher Optimierung“ eine Verbesserung der Ertragssituation durchaus möglich ist, **ohne zusätzliche Risiken einzugehen**. Die sogenannte „Portfolio-Optimierung“, also die Herstellung eines optimalen Anlagemix von Anlageinstrumenten bzw. Schuldstruktur bei Schuldportfolios steht im Zentrum der sogenannten „Portfoliooptimierung“ (vgl. dazu *Hockmann/Thießen* in *Investmentbanking*, dritte Auflage, Seite 143 ff). Die Gestaltung von Anlageportfolios gehört zu den Kernbereichen des sog. Investmentbankings. Im Kern gelten dieselben Grundsätze nicht nur bei Veranlagungsportfolios, sondern auch bei Schuldportfolios (vgl. dazu auch *Schwabe, Ley und Greiner*, Gutachten vom 10.8.2012, Seite 7, ON 116).

- 4.4.5 Ausgangslage der Entwicklung der „modernen Portfoliotheorie“ war die Beobachtung, dass Aktien in Krisen oft gleich gerichtet an Wert verloren und eine **Streuung** des Vermögens auf mehrere Aktien insofern wenig nutzte. Im Zentrum der Portfoliooptimierung steht daher das Interesse, **Korrelationen** der Einzelassets (das können Schulden- oder Anlageinstrumente sein) möglichst auszuschalten und damit eine **bessere bzw. zumindest stabile Ertrags- bzw. Kostensituation bei geringerem Risiko zu erzielen**. Die moderne Portfoliotheorie stellt daher den Kern eines **Optimierungsmodells** dar, in dem das **Risiko/Ertrags-Verhältnis verbessert wird**. Dieselben Überlegungen gelten eben auch für Schuldportfolios. Bei selbigen wird jedoch nicht das Ertragsverhältnis im engeren Sinn betrachtet, sondern dient die Verringerung der Zinsbelastung, ohne das Risiko des Portfolios zu erhöhen als Maßstab und Benchmark. Die moderne Portfoliotheorie wurde seit den Anfängen der „Markowitz-Optimierung“ ständig weiterentwickelt, wie etwa durch das Black-Littermann-Modell (vgl. dazu *Hockmann/Thießen* in *Investmentbanking*, dritte Auflagen Seite 165 ff).
- 4.4.6 Durch den vermehrten Einsatz von Computern eröffneten sich zusätzliche Möglichkeiten der Optimierung durch immer differenzierteres Erkennen und Ausschalten von Korrelationen. Eine Optimierung im bankwirtschaftlichen Sinn – und zwar auch von Schuldportfolios – ist somit durchaus möglich, **ohne** dass damit zwingendermaßen ein neues Risiko eröffnet wird, wovon das Swap-Geschäft 4175 meilenweit entfernt ist. Das Argument, „ohne Risiko kein Ertrag und umgekehrt“, gilt daher bei Gesamtportfoliobetrachtungen nicht bzw. nur sehr eingeschränkt. Eine Optimierung ist bei entsprechendem fachlichen Geschick auch ohne „Downside“ möglich. Der Struktur des Swap-Geschäftes 4175 ist dieses Geschick fremd.

Beweis: Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsenwesens zur Möglichkeit der Optimierung von Schuldportfolios ohne Risikoerhöhung.

#### **4.5. Keine Optimierung wegen Belastung des Swap-Geschäftes 4175 mit einem negativen Anfangswert im Bereich von EUR 20 Mio.**

- 4.5.1 Die Stadt Linz hat bereits vorgetragen, dass das Swap-Geschäft 4175 von Seite der beklagten Partei – aus reinem Verdienstinteresse der Bank – mit einem massiven negativen Anfangswert ausgestaltet war, welchen diese bei Geschäftsabschluss zudem verschwiegen hat. Damit wurde die Stadt Linz in mehrerlei Hinsicht verkürzt und benachteiligt: Insbesondere wurde die von der Stadt Linz mit dem Geschäft übernommene Position eines Stillhalters durch 21 exotische EUR/CHF-Put-Optionen nicht adäquat vergütet bzw. wurde mit dem Geschäft eine Risikoposition eingegangen, welche gar nicht in diesem Ausmaß hätte eingegangen werden müssen, um einen „Zinssicherungseffekt“ zu erzielen.
- 4.5.2 Das Swap-Geschäft 4175 setzt sich bankwirtschaftlich betrachtet aus zwei Basiskomponenten, nämlich einem Zinsswap und 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen zusammen. Durch den Zinsswap wurde ein künstliches, nicht marktkonformes, Fixzinsniveau hergestellt, das mit entsprechenden Kosten verbunden war. Für die arrangierende Bank ergab sich somit die Thematik der Finanzierung dieser Kosten. „Finanziert“ wurde der Zinsswap über eine Serie von 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen mit einer Laufzeit bis zu zehn Jahren, deren Besonderheit darin besteht, dass das Auszahlungsprofil nicht wie bei üblichen Währungsoptionen linear sondern „exotisch“ in Form **einer quadratischen Funktion verläuft** (siehe

dazu insbesondere *Fulmek*, Gutachten vom 28. Oktober 2011, Seite 6, ON 107 des Strafaktes).

- 4.5.3 Bereits mehrere Gutachter haben sich mit der Bewertung der beiden Hauptkomponenten des Geschäfts durch die bisher beschäftigten Gutachter befasst. Auf die diversen Bewertungen geht auch der von der StA Linz, somit einer öffentlichen Stelle, beauftragte Gutachter Dr. Christian Imo ein. Zieht man dessen eigenen Wert als Referenz heran, so ist von einem negativen Anfangswert der gesamten Struktur von rund **EUR 20 Mio.** auszugehen (vgl. dazu *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 216, ON 129 des Strafaktes). Die von der Stadt Linz beigezogenen Gutachter liegen in der Bandbreite von Dr. Christian Imo, wobei je nach Volatilitätsannahme der Gutachter Prof. Martin Janssen zu einem deutlich höheren Wert der Optionskomponente kommt (der hätte vergütet werden müssen). Die Mechanik des Geschäfts über die Swap-Komponente führt dazu, dass die Zinsen der CHF-Anleihe künstlich auf den Fixsatz von 0,065 plus Aufschlag gedrückt werden, womit sich die Zahllast aus dem Kredit etwas reduziert. Der Marktpreis dieser Reduktion auf den Festsatz (und die damit verbundene Ausschaltung des Zinsrisikos) wird durch den Abtausch in ein **anderes, zusätzliches Risiko, nämlich das Währungsrisiko EUR/CHF, im Wege der verschriebenen Optionen erkaufte**. Dabei ist besonders zu berücksichtigen, dass das vorliegende Swap-Geschäft 4175 über dessen lange Laufzeit von 10 Jahren (und die Anzahl der eingegangenen Optionen) einen **gewaltigen Risikohebel** ausbildet, welcher jenen der ohnehin schon bestehenden EUR/CHF-Anleihe um ein **Vielfaches** überschreitet. Die 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen verfügen über ein Derivatevolumen von über EUR 1,226 Mrd. und wirken gleich einer zusätzlichen **Neuverschuldung in CHF** im Gegenwert von EUR 500 Mio, ohne dass jedoch dieses Kapital zufließt.
- 4.5.4 Dieser Risikoabtausch „Zinsrisiko gegen Währungsrisiko“ wird von der Stadt Linz gesamthaft betrachtet um einen „Preis“ von rund **EUR 20 Mio.** erkaufte. Diese EUR 20 Mio. (hier wird wiederum die Bewertung von Dr. Christian Imo als Referenzwert herangezogen; unter Zugrundelegung anderer Volatilitäten ergibt sich ein noch weitaus höherer Wert) stellen **die Verkürzung der Stadt Linz dar und nichtentschädigtes, unnötiges Risiko**. Ein Geschäft, welches schon bei Abschluss Transaktionskosten im Gegenwert von **13,34 %** des ursprünglichen Nominales der Anleihe von rund EUR 150 Mio. produziert, kann **niemals** als „Optimierung“ betrachtet werden. Ein informierter Marktteilnehmer würde eine solche Kostenbelastung niemals tolerieren. Dass der beklagten Partei dennoch ein solcher Abschluss gelungen ist, ist einzig auf die Informationsdefizite der Stadt Linz zurückzuführen. Der negative Anfangswert ist auch als absolut „marktunüblich“ anzusehen (dazu näher unten Punkt 4.11.).
- 4.5.5 Da die Stadt Linz über keine Eingänge im CHF verfügte, verbessert sich das Bild auch nicht unter Berücksichtigung möglicher zusätzlicher Korrelationen, ganz im Gegenteil: Die ohnehin bereits bestehende Verschuldung in CHF wurde um ein zusätzliches, CHF-Exposure im Ausmaß von rund EUR 500 Mio. ausgeweitet (*Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes). Aufgrund des quadratischen Auszahlungsprofils der Optionen ergibt sich bei tiefen Kursen eine **zusätzliche progressive Dynamik**, sodass das Geschäft bei stark steigenden CHF Kursen noch um ein Vielfaches aggressiver wirkt, als ein linearer Leer-Verkauf wie bei einem CHF-Fremdwährungskredit.

- 4.5.6 Steht der „Optimierungscharakter“ in Anbetracht des Gesamtschuldportfolios der Stadt Linz schon durch die Gestaltung des Swap per se massiv in Frage, gilt dies umso mehr im Angesicht **der völlig überzogenen Bankmarge, ausgedrückt im negativen Anfangswert von EUR 20 Mio. Niemals** würde eine Bank ein derartiges Geschäft auf der Seite bzw. an Stelle der Stadt Linz abschließen, was sich auch aus den Risikoreports der Bank erweist (dazu sogleich).
- 4.6. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 wegen ausufernden Risikos unter Berücksichtigung der Risikoreports der beklagten Partei**
- 4.6.1 Der Barwert von Währungsoptionen ist in hohem Maße von der **Volatilität** des Kursverhältnisses EUR/CHF abhängig. Dementsprechend verfügt das Swap-Geschäft 4175 über eine äußerst hohe Barwertsensibilität bei Ansteigen der Volatilität. Diese Barwertsensibilität lässt sich auch messen und ist Ausdruck des besonderen Risikos der Struktur des Geschäfts (vgl. dazu auch *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 26, ON 102 des Strafaktes). Das Barwertrisiko (abgeleitet von der Barwertsensibilität) stellt nichts anderes als das Marktrisiko dar. Das „Marktrisiko“ verwirklicht sich in Kosten bei vorzeitiger Auflösung des Geschäfts.
- 4.6.2 Im Schriftsatz vom 9. Dezember 2011, ON 83 des Strafaktes, hat die beklagte Partei Auskunft über die Bewertung des Swap-Geschäftes 4175 bei Abschluss erteilt und sich dabei darauf berufen, dass das Geschäft ein hohes Intra-Day-Execution-Risiko aufgewiesen hätte. Zwischen dem „Fixpreisangebot“ und dem Angebot hätte sich wegen der ständigen Bewegung der Märkte eine massive Änderung ergeben können. Die kalkulatorische Risikoprämie orientiere sich – nach dem Vorbringen der beklagten Partei – an der erwarteten Variabilität, sodass sie für das implizite Intra-Day-Execution-Risiko EUR 3,8 Mio. angesetzt habe. Bereits eine 1%-ige Veränderung der Volatilität hätte eine Veränderung der Gesamtbewertung von EUR 7,1 Mio. bewirkt (=Barwertsensibilität).
- 4.6.3 Hieraus ergibt sich, dass die beklagte Partei dem Geschäft selbst ein adäquates Tagesrisiko von zumindest EUR 3,8 Mio. zumisst, was im Ergebnis nichts anderes bedeutet, dass aufgrund antizipierbarer Schwankungen ein **Tagesverlust** von EUR 3,8 Mio. aus der Sicht der Bank **realistisch** war und daher als „Risikoprämie“ in der Kalkulation angesetzt wurde. Vergleicht man nun dieses von der beklagten Partei selbst angegebene erwartete Tagesrisiko mit den in ihren Risiko-Reports laut Geschäftsbericht publizierten Gesamt-Tages-Risiken, ergibt sich Erstaunliches: Die angegebenen EUR 3,8 Mio. betreffen wie festgestellt das erwartete Tages-Markt-Risiko. Die beklagte Partei gibt im Jahresabschluss 2008, Risikoreport zu Z 45 „*Marktrisiko*“ (Beilage ./IIIIII) an, dass sie dieses auf Basis eines *value at risk*-Rechenmodells **täglich** ermitteln würde. Durch Zusammenführung der verschiedenen Risiken im Punkt „Marktrisiko“ würde dies in die Risikosteuerung einfließen. Dabei würde eine Haltedauer von **einem** bzw. zehn Tagen berechnet. Zusätzlich würden Monte Carlo Simulationen durchgeführt werden. Das „Tagesrisiko“ gibt Auskunft, darüber, wie hoch die Tagesverluste mit einer Wahrscheinlichkeit von 99% (Konfidenzniveau) maximal sein werden.
- 4.6.4 Per 31.12.2008 betrug das dieser Art mittels VAR berechnete Tagesrisiko **EUR 1,48** Mio. Per Stand 28.12.2007 betrug selbiges EUR 1,06 Mio. Im Durchschnitt des Jahres 2008 gesehen betrug das Gesamt-Tages-Risiko rund EUR 1,27 Mio. Zum Vergleich: Das Tagesrisiko des Swap-Geschäftes 4175 betrug demgegenüber laut eigenen Vortrag der beklagten Partei **EUR 3,8 Mio.**, mithin dem **dreifachen** Wert des

durchschnittlichen Tagesrisikos **des gesamten Portfolios der Bank:**

Auszug aus dem Risikobericht 2007 (Risikoberichts 2007, S 46f, Beilage ./HHHHHH)  
Internes Risikocontrolling VaR (99%, 1 Tag Haltedauer) 2007, in Mio EUR:

Risikokategorie	Minimum	Maximum	Durchschnitt	28.12.2007
Wechselkursrisiko	0,17	0,88	0,45	0,81
Zinsrisiko	0,31	1,04	0,58	0,44
Gesamt unkorreliert	0,58	1,63	1,03	1,25
<b>Gesamt (mit Korrelationen)</b>	<b>0,49</b>	<b>1,44</b>	<b>0,9</b>	<b>1,06</b>
Diversifizierung	n.a.	n.a.	-0,13	-0,19

Auszug aus dem Risikobericht 2008 (Risikobericht 2008, S 8f, Beilage ./IIIIII)  
Value-at Risk im Handbuch (99%, 1 Tag Haltedauer), Geschäftsjahr 2008, in Mio Euro:

Risikokategorie	Minimum	Maximum	Durchschnitt	31.12.2008
FX- Risiko	0,36	1,2	0,69	0,64
Zins- Risiko	0,42	1,68	0,82	1,13
Gesamt (ohne Korrelationen)	0,96	2,27	1,5	1,77
<b>Gesamt (mit Korrelationen)</b>	<b>0,71</b>	<b>2,11</b>	<b>1,27</b>	<b>1,48</b>
Diversifikation	k.A.	k.A.	-0,24	-0,28

4.6.5 Obwohl die Stadt Linz über keinerlei professionelle technische Risikomanagementverfahren wie VAR-Analysen und EDV-Tools zur Abwicklung von Monte Carlo Simulationen, geschweige denn entsprechend ausgebildetes Fachpersonal verfügte, was auch der beklagten Partei bekannt war, strukturierte diese mit dem gegenständlichen Swap-Geschäft 4175 ein Geschäft, mit dem die Stadt Linz das **Dreifache des Tagesrisikos** der gesamten beklagten Partei übernommen hat. Zieht man auch die Anleihe selbst hinzu, so wird diese Missverhältnis noch gravierender.

4.6.6 Von einem „Optimierungsgeschäft“ kann keine Rede sein. Ein Geschäft, dessen Risiko sich offensichtlich nicht einmal die beklagte Partei trotz aller verfügbarer professioneller Risikomanagementverfahren leisten kann, war von **vornherein untauglich die Schulden der Stadt Linz zu „optimieren“**.

Beweis: Risikobericht im Jahresabschluss der beklagten Partei 2007, Seite 46f, Beilage ./HHHHHH;  
Risikobericht im Jahresabschluss der beklagten Partei 2008, Seite 8f, Beilage ./IIIIII;

#### **4.7. Keine Optimierung unter Berücksichtigung der Risiko- und Ertragskennzahlen**

4.7.1 Mit der Fragestellung nach einer Optimierung des Gesamtportfolios der Stadt Linz durch Beimischung der Swap-Konstruktion aus dem Betrachtungshorizont 12. Februar 2007 hat sich auch der Gutachter Dr. Christian Imo befasst (vgl. Seite 322, ON 129 des Strafaktes). Zur Prüfung wurden seitens des Gutachters „Monte Carlo Simulationen“ mit üblichen Modellannahmen herangezogen. Monte Carlo Simulationen sind Verfahren der Stochastik unter Ausnützung des „Gesetzes der großen Zahl“. Durch computergenerierte Vorgänge werden Zufallsergebnisse simuliert. Mit dieser Simulation kann man Probleme im statistischen Verhalten

simulieren, sodass die Methodik einerseits in der Physik, aber auch in der Finanzmathematik anerkannt ist. „Zufallsvariablen“ für die Simulation bildet laut Modell die Entwicklung des EUR/CHF-Kurses und des LIBOR (vgl. im Einzelnen *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 323, 324, ON 129 des Strafaktes). Unter „Parameter Wahl 1“ ergibt sich zwar laut Gutachter eine Ertragssteigerung von 1,14 durch den Swap, gleichzeitig jedoch eine Risikosteigerung von **8,46**. Sukkus daher: „*Einer geringfügigen Erhöhung des zu erwartenden Ertrags steht somit eine beträchtliche Erhöhung des Risikos gegenüber. Es kann hier somit in keiner Weise von einer Portfoliooptimierung durch Beimischung des Swaps gesprochen werden*“ (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 335, ON 129 des Strafaktes; Hervorhebungen durch die Stadt Linz). Die gutachterlich abgeführten Monte Carlo Simulationen belegen daher, dass das Geschäft ein überaus **ungünstiges Risiko-Ertragsverhältnis** aufweist.

- 4.7.2 Zudem ist die Bandbreite möglicher notwendiger Zahlungen der Stadt Linz mit dem Swap sehr weit gestreut, führt also zu einem **hohen Unsicherheitsfaktor**. Während ohne Swap in der statistischen Betrachtung Zahlungen für die Stadt Linz bis ca. EUR 40 Mio. drohen, drohen mit Swap Zahlungen im Bereich von bis zu EUR 300 Mio. „... *Selbst unter Verwendung von überhöhten Schätzungen für die CHF LIBOR Volatilitäten (kann) in keiner Weise von einer Portfoliooptimierung durch Beimischung des Swaps gesprochen werden*“ (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 340, ON 129 des Strafaktes). Der Gutachter Dr. Christian Imo räumt auch ein, dass bei zusätzlicher Berücksichtigung der „Zinsparitäten“ (also dem im Verhältnis der CHF-Zinsen zu den EUR-Zinsen implizit enthaltene Trend für die zukünftige aufwertende Entwicklung des EUR/CHF-Kurses; dazu näher unten zu Punkt 4.10), sich die Schlussfolgerungen **noch wesentlich deutlicher zu Gunsten der Variante ohne Swap verlegen**; umgekehrt formuliert ist daher der realistische Nachteil der Swap-Konstruktion noch größer, als er in den Verhältniszahlen der Modellrechnungen des Gutachters Dr. Christian Imo wiedergegeben ist. Der Aufwertungstrend des CHF auf Grund der Zinsparitäten (dem Zinsvorteil in CHF gegenüber EUR) ist aus den langfristigen CHF-Charts **unmissverständlich ersichtlich** (vgl. Beilage./FFFFFF) und musste einem Fachmann wie der beklagten Partei bekannt sein.
- 4.7.3 Unter **keiner** der getroffenen Modellannahmen – wobei diese zu Testzwecken auch absichtlich im Sinn eines günstigen Szenarios für die Swap-Konstruktion verschoben wurden – **stellt sich der gewünschte Effekt der „Optimierung“ ein**. Das Swap-Geschäft ist insgesamt **massiv nachteilig**, also gerade nicht geeignet, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren.
- 4.7.4 Zum inhaltlich gleichen Ergebnis kommen Schwabe, Ley und Greiner im Gutachten 10. August 2012, Seiten 7ff, ON 116 des Strafaktes, welche insbesondere auf die Sensitivitäten des Schuldportfolios mit und ohne Swap abstellen: Misst man diese, lässt sich ein Rückschluss auf das Verhältnis zwischen Ertrag und Risiko errechnen. Auch deren Berechnungen zeigen, dass sich die Relation der Ersparnis im Verhältnis zum Risiko bei Einsatz des Swaps **wesentlich verschlechtert** (einer theoretischen Ertragsverbesserung um das Zweifache steht gegenüber eine Steigerung des Risikos um mehr als das Fünffache (*Schwabe, Ley und Greiner*, aaO, Seite 8).
- 4.7.5 Die beklagte Partei hätte daher das Geschäft nicht anraten, sondern im Gegenteil, **massiv davon abraten müssen**. Jedenfalls aber könnte die beklagte Partei im Angesicht des für sie geltenden Sachverständigenmaßstabes nicht davon ausgehen,

dass tatsächlich eine „Optimierung“ im beabsichtigten Sinn – selbst bei rein objektivem bankfachlichen Verständnis des Wortlauts des Gemeinderatsbeschlusses gemäß Amtsbericht, Beilage./C – erzielt wird.

- 4.7.6 In die gleiche Richtung geht der Bericht des (Bundes-)Rechnungshofes, Serie Oberösterreich 2013/1, der kritisch festhält: „*Eine Gegenüberstellung der Vor- und Nachteile aus diesem Derivat* (gemeint das Swap-Geschäft 4175) *für die Stadt Linz zeigte eine starke Asymmetrie, einem drohenden Verlust von 417,74 Mio. EUR (laut Klagebegehren der BAWAG P.S.K.) stand ein möglicher Gewinn von 37,50 Mio. EUR gegenüber*“ (Einleitung, Seite 17).

Beweis: EUR/CHF-Chart seit 1960, Beilage ./FFFFFF;  
FX-Forwardkurse aus Sicht 12.2.2007, Beilage ./QQQQQQ;

#### 4.8. Keine Optimierung durch bloßen Abtausch von Zins- gegen Währungsrisiko

- 4.8.1 Das Swap-Geschäft 4175 bewirkt im Ergebnis nichts anderes, als den Abtausch eines bestehenden Zinsrisikos der CHF-Anleihe gegen ein **zusätzliches Währungsrisiko in CHF**, somit in derselben Währung wie jener der Anleihe; es wurde ein zwingendes Risiko (Zinsen eines Darlehens) ohne Notwendigkeit gegen ein freiwilliges Risiko getauscht.
- 4.8.2 Selbst bei losgelöster Betrachtung vom Grundgeschäft, also **ohne** Berücksichtigung der sich ergebenden **massiven Risikokumulation im CHF** (Klumpenrisiko), stellt sich die Grundfrage der bankwirtschaftlichen Sinnhaftigkeit eines solchen Abtauschs. Unbestritten ist, dass auch Zinsen schwanken können und historisch betrachtet in Zeiten erhöhter Inflation auch Zinsniveaus von an die zehn Prozent erreicht werden können. Dabei gilt es allerdings, zu berücksichtigen, dass sich die jährliche Zinsbelastung von vornherein **in Prozent des Nominales** darstellt, sodass eine Zinsveränderung nur vermindert um den Faktor 100 auf das Nominal durchschlägt. Erhöhen sich die Zinsen von einem Ausgangsniveau von 2% um 100%, ergibt sich eine Zinsbelastung von 4%, was jedoch wiederum nur zusätzliche 2% des Nominales des Kredits darstellt.
- 4.8.3 Wird dagegen direkt das Nominale der Schuld in der Fremdwährung eingesetzt, (wie das bei einem Fremdwährungskredit der Fall ist), schlägt eine Veränderung des Wechselkursverhältnisses **direkt auf den Nominalbetrag** durch. Verändert sich dementsprechend das Wechselkursverhältnis um nur 10%, erhöht sich die Schuld bereits im selben Maß, sodass selbst bei vergleichsweise wenig volatilen Währungen **eine Verschiebung des Wechselkurses erhebliches Verlustpotenzial bewirkt**. Das Währungsrisiko ist daher **deutlich** aggressiver und kritischer als das Zinsrisiko.
- 4.8.4 Zu berücksichtigen ist auch, dass das Zinsrisiko stets unter einem „makroökonomischen Aspekt“ zu betrachten ist, weil eine Veränderung der Zinssätze auch unmittelbare makroökonomische Effekte hat. Der Leitzins und dessen Höhe wird auch zur gezielten wirtschaftlichen Steuerung eingesetzt, weil über das Zinsniveau die Geldmenge gesteuert werden kann. Im Angesicht hoher staatlicher Verschuldungen bei prinzipiell guter Wirtschaftslage wird ein langfristig hohes Zinsniveau als eher unrealistisch angesehen.
- 4.8.5 Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass bezüglich dieses Zinsrisikos ein zumindest partiell wirkender „*natural hedge*“, also natürliche Absicherung, dahingehend besteht,

dass die Einnahmen der Stadt Linz bei steigendem Zinsniveau ebenfalls steigen, zumindest indem indirekte Steuerungsmöglichkeiten über Indikatorenbindungen bestehen. Steigen die Zinsen, steigt auch die Inflation und damit auch daran gekoppelte Indikatoren. Anders formuliert: Die Stadt Linz ist dem Zinsrisiko zwar ausgesetzt, hat aber Möglichkeiten, dies durch einnahmenseitige Effekte zumindest partiell aufzufangen. Die Stadt Linz ist dem Zinsrisiko zwar ausgesetzt, jedoch aus der Systematik der Finanzierung einer Gemeinde kann dieser Effekt zumindest partiell ausgeglichen werden. Die ergiebigsten Einnahmen der Stadt Linz sind die Bundesabgabenertragsanteile und die Kommunalabgabe. Eine proportionale Erhöhung der Zinsen und der Inflation führt im Regelfall zu höheren Löhnen und Gewinnen und damit zu höheren Einkommenssteuern. Das gleiche gilt für die Verbrauchssteuern (Umsatzsteuer, Energiesteuern etc). Über den Finanzausgleich profitieren davon auch die Gemeinden. Diese Überlegungen greifen bei einem zusätzlichen Fremdwährungs-Exposure in CHF nicht. Hier droht eine massive Verschlechterung des Währungskurses, es besteht aber keinerlei Möglichkeit, dies im Sinn eines „*natural hedge*“ aufzufangen. Die einnahmenseitige Verrechnungswährung eines öffentlichen Rechtsträgers bleibt stets die Basiswährung „EUR“.

- 4.8.6 Unter keinen Umständen kann es daher für die Stadt Linz „optimierend“ gewesen sein, sich unter Aufgabe eines kontrollierbaren Risikos einem unkontrollierbaren Risiko auszusetzen, welches noch dazu über 21 exotische EUR/CHF-Put-Optionen, mit einem Gesamtnominalvolumen von EUR 1,226 Mrd. gehebelt war und gleich einem Leerverkauf von CHF im Gegenwert von EUR 500 Mio. (also wie ein zusätzlich aufgenommenes Darlehen in diesem Gegenwert) wirkte (vgl. *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seiten 15f, ON 102 des Strafaktes).

Beweis: Dr. Herman Kepplinger, p.A. der Stadt Linz, als Zeuge;  
einzuholendes Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet des Bank- und Börsesens;

#### **4.9. Keine Optimierung wegen des asymmetrischen Gewinn- und Verlustprofils, Risikoverdichtung und struktureller Risikoerhöhung zulasten der Stadt Linz durch das Swap-Geschäft 4175**

- 4.9.1 Bedingt durch die Optionskomponente des Swap-Geschäftes 4175 weist dieses ein **asymmetrisches Gewinn-/Verlust-Profil** auf. Den erwartbaren Finanzierungsvorteilen steht eine unverhältnismäßige Erhöhung des Risikos gegenüber (vgl. dazu bereits unter Punkt 4.7 betreffend das Risiko/Ertragsverhältnis). Abgesehen davon führt das Geschäft auch zu einer massiven Risikoverdichtung in CHF, da sich das Fremdwährungs-Exposure der Stadt Linz durch die hinter der Formel stehenden verkauften 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen zusätzlich massiv in Richtung Fremdwährungsrisiko verschob (siehe dazu oben zu 4.4, Gutachten *Janssen*). Durch das Swap-Geschäft 4175 konnte das CHF-Fremdwährungsrisiko gleich „dreifach“ und noch dazu gehebelt auf die Stadt Linz einwirken. Es ist allgemein anerkannt, dass Risikoverdichtungen (das Klumpenrisiko) nicht nur in der Vermögens-, sondern auch in der Schuldenverwaltung **zu vermeiden sind**. Auch hier geht es darum, das Risiko zu diversifizieren und Korrelationen tunlichst auszuschalten (siehe auch die Grundsätze von Vermögensverwaltung und Finanzierung; *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 17, ON 102 des Strafaktes). Diesem Ansatz folgt auch die moderne Portfolio-Theorie; vgl. dazu bereits oben zu Punkt 4.4).

- 4.9.2 Der „Optimierung“ steht bezogen auf das Swap-Geschäft 4175 auch eine Fülle von zusätzlichen **strukturellen Risiken** entgegen, die ohne Swap-Konstruktion nicht bestanden und erst mit der Swap-Konstruktion ins Schuldenportfolio eingeführt wurden. Diese sind unter den Schlagworten „Transparenzrisiko“, „Bewertungsrisiko“ und „Liquiditätsrisiko“ zusammen zu fassen. In Ansehung der völlig unzureichenden Ausstattung der Stadt Linz für das Risikomanagement von Derivatgeschäften – welches der beklagten Partei auch bekannt war – konnte diese nicht davon ausgehen, dass das Swap-Geschäft 4175 hinsichtlich dieser Risiken **auch nur annähernd** beherrschbar sein würde. Die Stadt Linz verfügte nicht auch nur ansatzweise über jenes Know-How und jene Ausstattung, die seitens der beklagten Partei in deren Treasury-Abteilung zur Risikosteuerung der Bank laufend angewendet wird (siehe dazu nur Risikoreport der beklagten Partei betreffend das Tagesrisiko für 2007 und 2008, Beilagen ./HHHHHH und ./IIIIII; siehe auch Punkt 4.6).
- 4.9.3 Wegen der fehlenden Beherrschbarkeit nicht nur des Marktrisikos, sondern auch der genannten **strukturellen Risiken** (vgl. *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 383 bis 385, ON 129 des Strafaktes), war das Geschäft untauglich, um „optimierend“ zu wirken.

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

#### **4.10. Keine Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175 in Ansehung von Abschlusszeitpunkt, Zinsparitäten- und Kaufkraftparitätentheorie sowie der CHF Forward-Kurse**

- 4.10.1 Hinter der Formel des Swap-Geschäftes 4175 stehen 21 exotische EUR/CHF-(Power)-Put-Optionen mit einem „Strike“ von EUR/CHF 1,54 und einem nicht linearen Auszahlungsprofil. Ein Unterschreiten des Kursverhältnisses EUR/CHF zu 1,54 hat aufgrund der quadratischen Funktion, welcher das Auszahlungsprofil folgt, fatale Wirkung auf die Zahllast der Stadt Linz.
- 4.10.2 Zu beachten ist, dass das Geschäft auf einen Zeitraum von **zehn Jahren** abgeschlossen wurde, und somit erst per 15. April 2017 fällig ist (vgl. Beilage./CC, Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007). Von einer „Optimierung“ kann auch deshalb keine Rede sein, weil aus bankfachlicher Betrachtung mit Rücksicht auf den „Anlagehorizont“ von zehn Jahren (2017) ein Unterschreiten des Strike-Kurses **antizipierbar, ja geradezu erwartbar war**.
- 4.10.3 Die beklagte Partei hat es unterlassen, die Stadt Linz im Vorfeld des Vertragsschlusses mit den notwendigen Informationen auszustatten. Insbesondere hat es die beklagte Partei unterlassen, die gebotenen Informationen zu erwartbaren Kursentwicklungen auf Basis der FX-Forwardkurse sowie Informationen zur Kurs-Preisbildung bei Fremdwährungen generell zur Verfügung zu stellen. Wie ein Blick auf die FX-Forwardkurse zum Abschlusszeitpunkt illustriert, war – auf Basis von Bloomberg Daten - ein Durchbrechen des Strikes von EUR/CHF 1,54 für einen Zeitraum von nur 3 bis 4 Jahren nach Vertragsabschluss erwartbar. Der FX-Forwardkurs ist ein wichtiger Indikator, weil darin die Zinserwartung und Zinsdifferenz eingepreist ist, und letztere wiederum die Kursbildung maßgeblich beeinflusst.
- 4.10.4 Abgesehen davon hat die beklagte Partei die Stadt Linz massiv damit in die Irre geführt, dass die Betrachtungszeiträume des Kurses EUR/CHF auch in den

„Präsentationen“ vor Geschäftsabschluss stets dermaßen verkürzt waren, dass insofern ein **völlig irreführendes Bild vergangener und auch erwartbarer Entwicklungen** entstanden ist (vgl. dazu die Präsentation Sahinoglu, Beilage./M; EUR/CHF-Chart nur bis ins Jahr 2000). Tatsächlich handelt es sich bei Kursen ab dem Jahr 2000 um einen **in keinsten Weise repräsentativen Ausschnitt** der Betrachtung. Es besteht Grund zur Annahme, dass die Zeugin Sahinoglu die schwachen EUR/CHF Kurse in der weiter zurückliegenden Vergangenheit gegenüber Mag. Penn sogar als günstigen Einstiegszeitpunkt missinterpretierte, offensichtlich in der bankfachlich irrigen Annahme, dies lasse auf eine hohe Wahrscheinlichkeit einer Rückkehr zu diesen schwachen Kursen schließen (vgl. Strafakt ON 37, Beilage ./3.17). Niedrigzinswährungen folgen diesem Muster jedoch nicht, im Gegenteil, wie sich aus den Zinsparitäten ableiten lässt (dazu sogleich).

- 4.10.5 Auch der (Bundes-)Rechnungshof weist auf die zeitliche Problematik des Abschlusses hin: *„Auch bei **historischer Betrachtung der Wechselkursentwicklung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Derivatgeschäftes vernachlässigte die Konstruktion die Absicherung des Wechselkursrisikos sowohl hinsichtlich des Grundgeschäftes als auch in Hinblick auf die laufenden Zinszahlungen unter einem EUR/CHF-Wechselkurs von 1,54**“* (siehe [Bundes-]Rechnungshofbericht Serie Oberösterreich 2013/1, Kurzfassung, Seite 26; hervorgehoben durch die Stadt Linz). Betrachtet man nämlich die historische Entwicklung EUR/CHF seit den 1960er-Jahren, ist diese durch einen mehr oder minder **stetigen Aufwertungs-trend charakterisiert**, der sich auch finanzwissenschaftlich plausibel erklären lässt: Die Erklärung liefern die in der Literatur und auch von Analysten als Preisbildner anerkannte Zinsdifferenz- und auch die Kaufkraftparitätentheorie. Hintergrund ist, dass ein Zinsvorteil in der Fremdwährung (hier CHF) besteht, der nach den Grundsätzen, dass der effiziente Markt „Abitragen“ langfristig nicht zulässt, **durch die ständige Aufwertung des CHF kompensiert wird**. Das Abflachen der Kurve im CHF-Chart seit 1960 erklärt sich daraus, dass sich einerseits das Zinsniveau seither allgemein gesenkt, andererseits aber auch die Zinsdifferenz sukzessive verringert hat.
- 4.10.6 In Anbetracht dessen, dass für den „Strike“-Kurs des Swap von 1,54 kaum Reserve zum Kassakurs geschaffen wurde (nur rd. 5%), ja der „Strike“ im Bereich des Durchschnittskurses EUR/CHF der letzten zehn Jahre angesiedelt war, war eine hohe Wahrscheinlichkeit des Durchbrechens des „Strike“ für einen Fachmann ex ante erkennbar und damit auch das virulente Risiko, sich damit dem **exponentiellen Faktor** der Power-Put-Optionen mit dem quadratischen Auszahlungsprofil auszusetzen.
- 4.10.7 Das Swap-Geschäft 4175 positionierte sich in seiner Gestaltung mehr oder minder diametral **gegen Kaufkraftparitäten und Zinsdifferenz** und gegen den langfristigen Chart-Trend und die FX-Forward Kurse. Diese Forward-Kurse (also die bereits bei Abschluss gehandelten Terminkurse im CHF), zeigten ein Durchbrechen des „Strike“ 1,54 in absehbarer Zeit an (siehe dazu (Bundes-)Rechnungshofbericht TZ 27.1 und TZ 27.2: *„Die Forwardsätze bilden aus der Marktsituation am Abschlusstag die für die Zukunft angenommene Marktentwicklung des EUR/CHF-Kurses ab... Sie zeigten per Februar 2007 eine Unterschreitung des damaligen historischen Tiefststandes des maßgeblichen Wechselkurses und damit eine signifikante Erhöhung des Zinssatzes für die Stadt Linz etwa ab **Mitte April 2015**.“* Auf Basis von Bloomberg-Daten lag diese Schwelle sogar noch deutlich näher (vgl. Beilage ./QQQQQQ). Umso weniger kann auch angesichts dieses Befundes von einer „Optimierung“ gesprochen werden.

- 4.10.8 In der Währungsanalyse Raiffeisen Research vom 15. März 2007 (also nahe zum Abschlusszeitpunkt) kommt der Analyst zum Schluss, dass der CHF nach der Zinsdifferenz als **unterbewertet** anzusehen war: *„Daher möchten wir am Schluss noch zwei langfristige Faktoren aufzeigen, deretwegen der CHF eigentlich schon jetzt viel stärker sein müsste. Es soll damit aufgezeigt werden, wie weit der CHF sich von seinem fairen Wert bereits entfernt hat und warum der CHF auf Sicht mehrerer Jahre deutlich an Wert gegenüber dem EUR gewinnen dürfte“* (Hervorhebungen durch Stadt Linz). Darauf folgen im Text der Analyse bankwissenschaftlich nachvollziehbare Überlegungen zur Inflations-/Zinsdifferenz, die im folgenden Statement für langfristig orientierte Fremdwährungskreditnehmer münden, also in Ansehung des langen Betrachtungshorizontes daher auch für die Stadt Linz gelten mussten: *„Für Fremdwährungskreditnehmer bedeutet, dass langfristig das Risiko einer CHF-Aufwertung wesentlich höher als jenes einer weiteren Abwertung ist. Diejenigen, die dennoch mit dem Gedanken spielen, einen CHF Kredit neu aufzunehmen, sollten zudem berücksichtigen, dass das Einstiegsniveau bei derzeit ungefähr EUR/CHF 1,61 äußerst ungünstig ist und die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass sich EUR/CHF auf Sicht der nächsten Jahre seinem fairen Wert gemäß Kaufkraftparität von etwa 1,50 wieder annähert“*. (Hervorhebungen durch die Stadt Linz)
- 4.10.9 Unterlegt ist diese Feststellung in der Analyse auf Seite 7/8 mit einem Chart EUR/CHF zur Inflationsdifferenz/Kaufkraftparitäten **seit 1985**, in dem ebenfalls deutlich wird, dass per Stand der Analyse eine **exzeptionelle Überschreitung des „fair value“** und damit eine **deutliche Überbewertung** des CHF gegeben war. Das Statement des Analysten mündet in den folgenden mahnden Worten: *„Von einer Finanzierung in CHF würden wir daher angesichts absehbarer Wechselkursverluste aus derzeitiger Sicht abraten.“* Diese Analyse ist stellvertretend für die damals allgemein vorherrschende Marktmeinung und entsprach auch jener der beklagten Partei. Zugänglich machte sie diese wichtigen Informationen der Stadt Linz jedoch nicht. Ein Geschäft, welches sich zum Abschlusszeitpunkt diametral gegen die Langzeitprognosen und Indikatoren stellt, kann niemals als „Optimierung“ angesehen werden.

Beweis: EUR/CHF FX-Forwardkurse aus Sicht 12.2.2007, Beilage ./QQQQQQ;  
 EUR/CHF Chart seit 1960, Beilage ./FFFFFF;  
 EUR/CHF-Analyse Raiffeisen Research aus März 2007, Beilage ./GGGGGG.

#### **4.11. Fehlende Marktüblichkeit des Swap-Geschäftes 7175 - Einleitenden Bemerkungen**

- 4.11.1 Neben der transitiven Vorgabe „zu optimieren“ schränkt der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 die Ermächtigung auf „marktübliche“ Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte ein. Bei der „Marktüblichkeit“ handelt es sich um ein **neues Kriterium**, welches sich im zitierten Vorläuferbeschluss vom 29. Februar 1996 nicht fand. Nach dem Verständnis des Gemeinderates hat es sich **zwangsläufig** um eine Einschränkung gehandelt. Wie aus dem Amtsbericht vom 13. Mai 2004 hervorgeht, hatte die Entwicklung von Treasuryprodukten seit 1996 ein neues Spektrum im Schuldenmanagement eröffnet. Da gerade OTC-Derivate ein sehr weites Feld abdecken und einerseits zu hochaggressiven spekulativen Zwecken eingesetzt werden können, aber auch durchaus sinnvoll zur Gestaltung eines Schuldportfolios, vor allem der Absicherung sowie zur Verbesserung der Gesamtrisikosituation (siehe dazu beim Begriff der Optimierung in den Punkten 4.4 bis 4.8), sollte mit dem Merkmal

„Marktüblichkeit“ das konkret in Frage kommende Spektrum dieser Geschäfte zusätzlich eingeschränkt werden.

- 4.11.2 In Zusammenhang mit Finanzinstrumenten gibt es keine allgemein gültige Definition des Begriffs „marktüblich“. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass als „marktüblich“ anzusehen ist, was im Markt üblich ist (siehe dazu *Janssen*, Gutachten vom 15. August 2012, Seite 25, ON 116 des Strafaktes). Voraussetzung, um ein Finanzinstrument als „marktüblich“ qualifizieren zu können, ist, dass es einen „funktionierenden Markt“ dafür gibt. Ausgangslage der Prüfung der „Marktüblichkeit“ muss daher die Frage sein, ob überhaupt ein Markt existiert.
- 4.11.3 Der Begriff „Markt“ leitet sich vom lateinischen Wort *mercatus* (Handel) ab und bezeichnet im traditionellen Sinn den Ort, an dem Waren **regelmäßig** (historisch auf einem meist zentralen Platz) gehandelt werden. Damit ist auch abgesteckt, dass Charakteristikum eines Marktes auch eine **Regelmäßigkeit** sein muss. Daraus leitet sich auch der Begriff „**markt**gänglich“ im Sinn von „**markt**üblich“ ab. Die Möglichkeiten des sogenannten „*financial engineering*“ sind nahezu grenzenlos, sodass OTC-Finanzprodukte in de facto **beliebiger Art und Weise** ausgestaltet sein können. Durch die mit der zunehmenden technischen Entwicklung einhergehende „Entmaterialisierung des Wertpapiers“ spielt insbesondere das Charakteristikum „Wertpapier“ in der Praxis kaum mehr eine Rolle, schon daraus entsteht eine zunehmende Artenvielfalt von derivativen Finanzprodukten.
- 4.11.4 Ein Finanzprodukt, das dann und wann unter großen Mühen und Abschlägen letztlich vielleicht doch einen Käufer oder Verkäufer (je nach Betrachtung der Seite) findet, scheidet von vornherein aus, um als „marktüblich“ qualifiziert zu werden. Für derlei Produkte gibt es eben keinen regelmäßigen Markt. Zieht man nun die Genese des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 und auch die Überlegungen im Amtsbericht in Betracht, dann wird klar, dass „marktüblich“ eindeutig ein **einschränkendes Kriterium** sein muss, das offensichtlich von der Überlegung getragen ist, keine marktunüblichen, also exotische, illiquide Positionen zuzulassen.
- 4.11.5 Die Marktunüblichkeit –als begrifflicher Gegenpart zur Marktüblichkeit – zeigt sich in folgenden Nachteilen, die damit vermieden werden sollten:
- a) Preisbildung: Gängig im finanztechnischen Sinn ist in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen „liquidem“ und „illiquidem“ Markt. **Liquidität** bedeutet, dass Transaktionen in diesem Finanzinstrument zeitnahe vorgenommen werden können, es also ein laufendes Wechselspiel von Angebot und Nachfrage gibt, welches zu einer laufenden, fairen Preisbildung führt. In einem „illiquiden Markt“ herrscht entweder Käufer- oder Verkäuferüberhang, die Preisbildung findet nicht oder bestenfalls imperfekt statt. Illiquide Märkte sind auch durch große Händler-Spreads, also Differenzen zwischen Angebots- und Nachfragepreisen, charakterisiert. Es liegt auf der Hand, dass es vor allem für einen Investor, der wie die Stadt Linz keinen unmittelbaren Marktzugang hat, eine **große Rolle spielt**, ob ein Instrument nun liquide oder illiquide ist, weil sich aus der Illiquidität abseits der fehlenden Preissicherheit **eine ganze Fülle von weiteren Problemen ergeben können**.
  - b) Transparenzproblematik: Häufig sind marktunübliche Finanzgeschäfte auch und gerade deshalb illiquide, weil es an der Transparenz fehlt. Sind nämlich die Kosten der Preisermittlung zu hoch bzw. ist die Evaluierung des fairen Preises des

Instruments überhaupt nur besonderen Spezialisten vorbehalten, schränkt dies die Liquidität eines Finanzinstruments massiv ein. Durch die Intransparenz steigt das Risiko einer eigenen Fehleinschätzung, sodass derartige Produkte schwieriger marktgängig sind. Es liegt auf der Hand, dass dem Gemeinderat nicht vorschwebte, intransparente illiquide Produkte abzuschließen.

- c) Komplexität: Die Komplexität steht in engem Zusammenhang mit der Intransparenz marktüblicher Produkte. Je komplexer und mannigfaltiger die Einzelbausteine sind, umso schwieriger wird die Risikoeinschätzung. Hinzu kommen zusätzliche Umstände wie großvolumige Transaktionen etc., welche bei sehr komplexen Produkten, die eine große „*ticket size*“ aufweisen, zusätzlich die Marktgängigkeit erschweren.

4.11.6 Liquidität ist in der Praxis ein zentrales Merkmal jener Finanzprodukte, die **marktüblich** sind. Im Derivatemarkt können als marktüblich die gängigsten, daher unzweifelhaft auch marktüblichen Produkte angesehen werden, die auch in der Praxis bei entsprechendem *know how* in erster Linie zum Schuldenmanagement herangezogen werden. Es handelt sich dabei um Zinsswaps (fix/variabel), Zins-Caps, Zins-Collars (Kombinationen aus Zinsober- und Zinsuntergrenze zur Finanzierung), im FX-Bereich insbesondere („*plain vanilla*“) Devisentermingeschäfte/Forwards, die in erster Linie zur **Sicherung von Terminkursen** verwendet werden. All diese Produkte sind daher auch als marktüblich einzustufen.

4.11.7 Im Wege des „*financial engineerings*“ lassen sich mit derlei gängigen Basisinstrumenten komplexe Finanzprodukte aufbauen, in welchen liquide Einzelkomponenten miteinander kombiniert werden. Die Schwierigkeit besteht in den diversen Korrelationen und auch Darstellungsformen, sodass es bei komplexen Strukturen **auch schwierig zu erkennen ist, welche Einzelbausteine tatsächlich hinter den Strukturen stehen**. Das wird vor allem von Investmentbanken auch entsprechend genützt, weil diese aus der Kombination „billigerer“ Einzelkomponenten teurere Gesamtstrukturen erschaffen, womit die Preise (vor allem die negativen Anfangswerte der Strukturen **massiv verschleiert werden** und worin das enorme Verdienstpotezial der Bank steckt.

4.11.8 Weil es sich dabei sehr häufig um einen Abtausch bzw. eine Kombination von Risiken handelt, sind derlei strukturierte Produkte aus Kostensicht häufig problematisch. Es ist daher auch kein Zufall, dass die „einfachen“ Finanzinstrumente (siehe oben) im professionellen Bereich viel häufiger zur Erzielung der gewünschten Effekte eingesetzt werden, als komplexere Strukturen. Es spricht einiges dafür, dass paradoxerweise komplexere Strukturen über Beratung der Bank häufig bei nicht informierten Kunden landen, weil diese nicht die Möglichkeit haben, die Nachteile dieser Strukturen zu erkennen (vgl. dazu auch *Schwabe, Ley & Greiner*, Gutachten vom 10. August 2012, Seiten 6 und 10, ON 116 des Strafaktes, hinsichtlich der forensischen Daten aus der Unternehmenspraxis).

4.11.9 „Marktüblich“ ist daher in erster Linie im Sinne von „liquiden Instrumenten“ zu verstehen, weil die Liquidität ein zentrales Merkmal der am Markt üblichen Produkte ist. Ein zentrales Indiz für die Marktüblichkeit ist auch die Angabe von Geld- und Briefkursen für ein Finanzprodukt auf Reuters- oder Bloomberg-Seiten

4.11.10 In Ansehung dieser Kriterien war das Swap-Geschäft 4175 eindeutig marktunüblich (dazu sogleich).

#### 4.12. Keine Subsumtion des Swap-Geschäftes 4175 unter den Begriff der „Marktüblichkeit“

4.12.1 In der Publikation der Österreichischen Nationalbank, Produkthandbuch Finanzmarktinstrumente, Zinsen, ist die Problematik strukturierter Produkte wie folgt auf den Punkt gebracht: „...*Dabei wurden die Strukturen der Emissionen im Laufe der Jahre immer komplexer und dadurch die Ertragschancen und Risiken für Emittenten wie Anleger immer schwieriger zu durchschauen*“ (ÖNB Finanzmarktinstrumente, Produkthandbuch, Teil A, Zinsen, Seite 37, rezipiert im Gutachten Imo, Seite 181, ON 129 des Strafaktes).

Es besteht kein Zweifel, dass es sich beim Swap-Geschäft 4175 um ein „strukturiertes Finanzprodukt“ nach gängigem bankfachwissenschaftlichen Verständnis handelt. Das Produkt besteht aus einer Swap-Komponente und aus 21 exotischen EUR/CHF-Put Optionen. Das Gegenargument, das Swap-Geschäft 4175 wäre „marktüblich“, weil darin ohnehin nur eine Swap-Komponente und EUR/CHF-Optionen verbaut wären, trägt schon deshalb nicht, weil es sich um keine herkömmlichen Standardoptionen handelt, sondern um **exotische Optionen** mit einem nicht linearen Auszahlungsprofil; Dr. Christian Imo bezeichnet die Optionen deshalb auch als „*power put*“-Optionen (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 191 ff, ON 129 des Strafaktes). Als Zwischenergebnis ist somit festzustellen, dass nicht einmal alle Einzelkomponenten für sich gesehen marktüblich sind. Diese exotischen Optionen werden von Bloomberg – anders als bei „*plain vanilla* – Optionen“ – auch nicht quotiert.

4.12.2 Der beste Beweis dafür, dass die beklagte Partei jedenfalls niemals davon ausgehen konnte, sie hätte ein „marktübliches Produkt“ erschaffen, ist der Umstand, dass **sie** selbst im Wege ihres *front office* System Kondor+ über keine Möglichkeit verfügte, das Geschäft vollständig abzubilden. Dies obwohl es sich dabei um ein gängiges, **hochkomplexes Geschäftserfassungssystem für Banken handelt**. Kondor+ ist eine ursprünglich von der Firma Reuters entwickelte, bei Banken weltweit sehr verbreitete Lösung. Gutachter Dr. Christian Imo bringt die Problematik auf den Punkt: „*Festzuhalten ist, dass das gegenständliche Produkt ob seiner ungewöhnlichen, exotischen Poweroptions-Auszahlungsformen nicht im Kondor Plus eingegeben werden kann. Dies gilt sowohl für den Zeitpunkt bei Vertragsschluss, als auch für später bis heute. Die gegenständlichen Power-Optionen können beispielsweise auch nicht in das sehr gebräuchliche Bloomberg-Optionsbewertungsprogramm eingegeben werden*“ (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 208, ON 129 des Strafaktes).

4.12.3 Dass es sich beim Swap-Geschäft 4175 um keinen marktüblichen Swap handelt, beweist auch die von der beklagten Partei vorgelegte Beilage ./35. Dort werden unter dem Punkt 8. gängige Swap-Varianten dargestellt. Ein „resettable-Swap“ wie der Swap 4175 ist sowenig marktgängig, dass er nicht einmal in die einschlägigen Online-Lexika Eingang gefunden hat (vgl. Beilage ./35, Punkt 8: Arten von Zinsswaps).

4.12.4 Auch der (Bundes-)Rechnungshof deutet an, dass schwer bewertbare Instrumente problematisch sind und daher unterlassen werden sollten: „*Bei Finanzgeschäften mit speziellen, schwer bewertbaren Strukturen* (wie das Swap-Geschäft 4175) *sollte aufgrund der Probleme mit der Bewertung des Risikos mit besonderer Vorsicht und verringertem Volumen vorgegangen werden bzw. sollte der Abschluss generell*

**untersagt werden**“ (Bericht, Serie 2013/1, Seite 39, Hervorhebungen durch Stadt Linz). Eine besser „generell zu untersagende Art von Derivaten“ kann wohl kaum als „marktüblich“ angesehen werden.

- 4.12.5 Die mangelnde Darstellbarkeit des Swap-Geschäftes 4175 im Kontoführungssystem der beklagten Partei ist im Zusammenhang mit dem Memorandum des Bawag-Ausschusses vom 24. August 2010 (Beilage ./YY) zu sehen, welches in der „Mapping-Beschreibung“ die fehlende Kongruenz wiedergibt. Daher musste die beklagte Partei mittels „Approximation“ vorgehen, wobei jedoch ein – laut Imo – **ungenauer** Weg gewählt wurde, der „*per se zu einer permanenten substanziellen Unterschätzung des Risikos führt*“ (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 210, ON 129 des Strafaktes).
- 4.12.6 Einen trefflichen Beleg für die fehlende Marktüblichkeit liefern daher auch die **fehlerhaften Bewertungen** der beklagten Partei. Während bei liquiden Finanzinstrumenten die Bewertungen sehr exakt vorgenommen werden können und daher auch überaus nahe an den tatsächlichen Marktpreisen liegen, ist das „Bewertungsrisiko“ Charakteristikum komplexer Finanzderivate. Die Schwierigkeit der beklagten Partei mit dem „eigenen Produkt“ lassen sich aus den Darstellungen des Gutachters Dr. Christian Imo, Seite 214 ff, in ON 129 des Strafaktes, sehr gut nachvollziehen: Durch eine zweite Approximation wurde versucht, eine bessere Annäherung zu erreichen, abermals führte dies jedoch zu einer erheblichen Verzerrung (Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 214 unten, ON 129 des Strafaktes).
- 4.12.7 Ein Finanzinstrument wie das Swap-Geschäft 4175, bei dem strukturbedingt selbst die Bewertungen dermaßen ungenau sind, dass nicht einmal eine österreichische Großbank wie die beklagte Partei in der Lage ist, diese einigermaßen korrekt zu bewerten, **kann per se nicht marktüblich sein**.

#### **4.13. Keine Marktüblichkeit in Ansehung des extremen Volumens des Geschäfts**

- 4.13.1 Im Zusammenhang mit dem Begriff der Optimierung wurde bereits dargestellt, dass beim vorliegenden Geschäft ein Derivatevolumen von über EUR 1,226 Mrd. eingesetzt wurde. Das eigentliche Nominale von CHF 195 Mio. ist ebenfalls beträchtlich. Zieht man die tägliche Schwankungsintensität des Produkts heran, welches die beklagte Partei selbst in ON 83 als Rechtfertigung für die Preiskalkulation ins Treffen führt, nämlich EUR 3,8 Mio., und vergleicht dieses Tagesrisiko mit den „*value at risk*“ Kennzahlen der beklagten Partei aus deren eigenen Risikoreports, wird erkennbar, dass dieses Geschäftsvolumen selbst für eine österreichische Großbank am eigenen Buch **nicht verkraftbar war** (siehe dazu bereits im Einzelnen unter Punkt 4.6). Die beklagte Partei kann nicht ernsthaft davon ausgegangen sein, dass eine „Finanzkreation“, welche das für sie selbst mögliche tägliche Risikoexposure bei Weitem gesprengt hätte, ein „marktübliches“ Produkt war.
- 4.13.2 Noch in anderer Hinsicht erweist sich die fehlende Marktüblichkeit direkt aus dem Vorbringen der beklagten Partei: Die beklagte Partei führt ins Treffen, sie hätte im Oktober 2011 das Geschäft durch Kontrakte mit 24 nationalen und internationalen Banken glattgestellt und leitet hieraus den – für die Stadt Linz nicht nachvollziehbaren – Gesamtforderungsbetrag von EUR 417.737.018,29 ab (vgl. Widerklage der beklagten Partei, Seite 16). Wenn es sich tatsächlich um ein marktgängiges, marktübliches Produkt gehandelt hat, warum musste dann die beklagte Partei mit ganzen 24 Banken Geschäfte abschließen, um die Struktur zu replizieren?

4.13.3 Die beklagte Partei beruft sich selbst darauf, dass dieser Weg gewählt worden sei, um den „Schließbetrag“ zu verringern, und behauptet, eine vollständige Übertragung der Struktur auf einen anderen *counter part* hätte Kosten im Bereich von EUR 500 Mio. verursacht (vgl. Widerklage, Seite 16). Auch hieraus ist erwiesen, dass das Swap-Geschäft 4175 offensichtlich dermaßen marktunüblich war, dass es auch bei der „Übertragung der Struktur“ zu Abweichungen von gut und gern EUR 100 Mio. kommen kann. (Strikt davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Kosten die beklagte Partei tatsächlich gehabt hat; dies ist nämlich die Frage ihrer eigenen „Rückdeckungsstruktur“, der sich auch der Gutachter Dr. Christian Imo intensiv widmet). Auf Basis der von der beklagten Partei offengelegten Daten wird schon in Ansehung der Zinsposition die ausgewachsene Komplexität sichtbar (siehe Tabelle *Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 196, ON 129 des Strafaktes). Zieht man noch zusätzlich die Optionskomponente hinzu (*Imo*, aaO, Seite 199, ON 129 des Strafaktes), wird die wahre Komplexität der Struktur sichtbar. Belege zu den weiteren Optionen, die 2010/2011 verkauft wurden um das volle Potential der Formel zum Schaden der Stadt Linz auszuschöpfen, hat die beklagte Partei bisher nicht geliefert (vgl. auch *Imo*, aaO, Seite 4, ON 129 des Strafaktes).

4.13.4 Die beklagte Partei liefert damit selbst alle notwendigen **Beweise** dafür, dass für das **Swap-Geschäft 4175 von keiner Marktüblichkeit** auszugehen war.

#### **4.14. Kein Rückschluss von Resettable-Geschäften anderer Banken auf die Marktüblichkeit**

4.14.1 Die beklagte Partei und deren Argumentation begründet die „Marktüblichkeit“ auch damit, dass andere österreichische Gemeinden derartige „*resettable swaps*“ abgeschlossen hätten.

4.14.2 Diese Betrachtung scheidet bereits daran, dass die beklagte Partei ein falsches Begriffsverständnis heranzieht, indem sie vermeint, die Marktüblichkeit definiere sich darüber, was (offenbar ebenfalls in die Irre geführte) Gemeinden machen bzw. gemacht hätten. Dieses Begriffsverständnis ist deshalb unrichtig, weil in Ansehung einer solchen Interpretation wohl ein anderer Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses gewählt worden wäre: Die Marktüblichkeit steht im Kontext mit Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten. Wäre es darum gegangen, was andere Gemeinden machen (ob in Kenntnis aller Umstände oder eben nicht sei dahingestellt), dann wäre dies in der Formulierung zum Ausdruck gebracht worden. Dann hätte die Formulierung wohl gelautet: „[...] durch „**gemeindegebräuchliche**“ oder „**kommunale**“ Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte“ oder „gemeindeübliche Finanzgeschäfte oder Finanzterminkontrakte zu optimieren“. „Markt“ ist der (liquide) Finanzmarkt und nicht etwa der eingeschränkte, durch ein massives Wissensgefälle charakterisierte Markt zwischen Gemeinden und Banken.

4.14.3 Die Klagevertretung hat bereits einige niederösterreichische Gemeinden im Zusammenhang mit Resettable-Swap-Geschäften gegen die Raiffeisenlandesbank Niederösterreich Wien AG („RLB NÖ Wien“) vertreten. Nach den der Klagevertretung vorliegenden Informationen, insbesondere den entsprechenden Abschlusstickets, wurden diese Geschäfte zudem erst 2005, also zeitlich **nach** dem Gemeinderatsabschluss 2004 von der RLB NÖ Wien forciert. Obwohl die Klagevertretung in Anbetracht der geführten Prozesse und zahlreichen Rechtsvertretungen in Derivatgeschäften einen recht guten Überblick über die

problematischen Geschäfte im kommunalen Bereich hat, ist die RLB NÖ Wien offenbar die einzige Bank, welche diese spezifische Formelstruktur ebenfalls verwendet hat.

- 4.14.4 Den einschlägigen Rückdeckungstickets der RLB NÖ Wien nach zu schließen, stammten diese Produkte von US Investmentbanken, vorrangig **Goldman Sachs** und **Merrill Lynch**, wobei dieser Umstand jedoch weder in den Tickets der Gemeinden noch in den Verkaufsgesprächen offengelegt wurde. Die Argumentation der beklagten Partei relativiert sich auch durch den Umstand, dass in allen Fällen, in denen die Rechtsvertretung von anderen niederösterreichischen Gemeinden kontaktiert worden war, **derselbe Bankbetreuer** (!) aufgetreten ist und dabei im Wesentlichen **dieselben Präsentationen** (!) verwendete. Auch diese Resettable-Produkte mündeten in Gerichtsverfahren, mehrheitlich jedoch bisher in außergerichtlichen Regelungen. Es ist zu bezweifeln, dass zwei bonusmotivierte Vertriebsmitarbeiter (einer der RLB und einer der beklagten Partei) ein abstruses hochriskantes Produkt von US Investmentbanken für alle Kommunen in Österreich „marktüblich“ machten.
- 4.14.5 Es wäre geradezu absurd, die „Marktüblichkeit“ über den Umstand zu definieren, dass auch anderen Gemeinden unter Ausnutzung von Informationsdefiziten zum Abschluss eines marktunüblichen illiquiden Produkts geraten wurde. Es kann nicht im Sinn des Gemeinderatsbeschlusses gewesen sein, sich mit dem klar einschränkenden Kriterium der „Marktüblichkeit“ geradezu schicksalhaft an die Schadensfälle einiger NÖ Gemeinden zu koppeln.
- 4.14.6 Darüber hinaus kann es sich schon allein auf Grund des eigenen Vorbringens der beklagten Partei um kein marktübliches Geschäft handeln, denn „*das war das erste und einzige dieser Art*“ (vgl. Gutachten *Imo*, vom 25. Oktober 2012, ON 129 des Strafaktes, S 216). Demnach hat die beklagte Partei einen derart strukturierten Swap nämlich nur einmal und zwar mit der Stadt Linz abgeschlossen. Das heißt, nicht einmal die hochspezialisierte Treasuryabteilung der beklagten Partei wollte dieses hochriskante Produkt öfters anbieten. Dies belegt auch die Aussage des Mario Tieff, der meinte: „Der Swap 2 war in der Gesamtheit der Geschäfte ein größeres Geschäft und kein Durchschnittsgeschäft“ (Seite 3, ON 57 des Strafaktes).

Beweis:            Geschäftsbestätigung Merrill Lynch bezüglich Abschluss resettable swap RLB, Beilage ./JJJJJ;  
                           Geschäftsbestätigung RLB aus 2005 über Abschluss mit niederösterreichischer Gemeinde (älteste bekannte Geschäftsbestätigung), Beilage ./KKKKKK;

#### **4.15. Keine Vergleichbarkeit des Swap-Geschäftes 4175 mit dem Risiko eines Fremdwährungskredites oder einer Fremdwährungsanleihe**

- 4.15.1 Die beklagte Partei versucht, aus bestehenden oder früheren Fremdwährungsausleihungen der Stadt Linz in CHF abzuleiten, die Stadt Linz neige dazu, sich dem CHF-Währungsrisiko auszusetzen. Deshalb sei es auch nicht verwunderlich, dass sie auch die Risiken des Swap-Geschäftes 4175 eingegangen ist. Diese Argumentation beruht auf der falschen Annahme, das Risiko einer CHF-Finanzierung stehe dem Risiko des Swap-Geschäftes 4175 gleich. Tatsächlich sind eine Ausleihe in CHF und der gegenständliche Swap nicht auch nur ansatzweise vergleichbar.

- 4.15.2 Der wesentlichste und zentrale Unterschied besteht bereits darin, dass eine CHF-Finanzierung zu einem Kapitalzufluss führt, nämlich im Gegenwert der Ausleiherung. Dieser Kapitalzufluss ist beim Swap-Geschäft inexistent. Der Startvorteil zufließenden Kapitals fällt daher schon einmal weg.
- 4.15.3 Auch in puncto Risiko sind diese Geschäfte nicht vergleichbar: Bei einer CHF-Ausleiherung wirkt das Wechselkursrisiko **linear** auf das Nominal. Dieses Wechselkursrisiko war unzweifelhaft bei der gegenständlichen Anleiherung aus 2003 vom 6. Oktober 2005 (Beilage./D), präsent. Im Gegensatz dazu wirkt beim Swap-Geschäft 4175 risikoseitig das kumulierte Derivatevolumen der 21 exotischen EUR/CHF-Power-Put-Optionen mit **nicht linearem** Auszahlungsprofil. Das Nominal dieser Optionen verkörpert insgesamt einen CHF-Gegenwert von rund EUR 1,226 Mrd. (*Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seiten 15f, ON 102 des Strafaktes). Schon durch den Vergleich des bloßen Volumens des Fremdwährungs-Exposure wird deutlich, dass das CHF-Risiko aus dem Swap-Geschäft im Vergleich zur CHF-Ausleiherung **vervielfacht** ist. Zwar wird auf der Ebene des *cash flow* das Risiko erst bei Erreichen der Barriere des „Strike“ von 1,54 schlagend, im Barwert, also im Rückkaufswert der Optionen, wirkt sich das Risiko aber **unmittelbar** aus. Die Sicherheitsmarge von 5% bietet wenig Risikopuffer, weil bei Sinken der Forward-Kurse, das sich bereits aus der Zinsdifferenz erklären lässt, pro Jahr von durchschnittlich mehr als 1% spätestens ab dem **fünften Jahr** auch ohne Berücksichtigung von Optionsrisiken für die Stadt Linz erhöhte Zahlungen fällig werden (vgl. *Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 15, ON 102 des Strafaktes).
- 4.15.4 Versucht man die Differenzierung über den „Strike“ herauszurechnen, so ergibt sich ein Exposure eines Leerverkaufs von CHF, also einer Fremdwährungsfinanzierung im Bereich von **rund EUR 500 Mio.**, aus der Sicht des Abschlusszeitpunktes. Das Bild verschiebt sich mit der Veränderung des Delta-Wertes, sodass bei tiefen Kursen im Bereich von EUR/CHF 1,20 selbst unter Berücksichtigung bereits ausgelaufener Optionen das direkte Risiko mit einem Leerverkauf von mehr als EUR 1 Mrd. gleichzusetzen war (*Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes). Somit ist das Swap-Geschäft 4175 mit einer CHF-Ausleiherung beim selben Nominal unter dem Gesichtspunkt der Risikobetrachtung **nicht auch nur ansatzweise vergleichbar**.
- 4.15.5 Die Mechanik des Swap-Geschäftes bewirkt, dass halbjährlich das Nominal des Geschäfts gegen EUR/CHF gewechselt werden muss, wie es dem Charakter der Optionen entspricht. Weil es sich jeweils nicht um eine herkömmliche *plain vanilla* Option handelt, sondern eine Option mit einem quadratischen Auszahlungsprofil, steigt die Belastung an. Während bei einem CHF-Darlehen selbst bei Währungsschieflage über die Zinsdifferenz auf der *cash flow* Ebene unter Umständen noch Vorteile erzielbar sind, fällt dieser Effekt durch die Mechanik des Derivatgeschäfts weg, das heißt, die Kursverluste müssen laufend – und zwar nicht nur bezogen auf die Zinszahlung (also die für die Zinszahlungen einzukaufenden CHF), sondern jeweils auf **die Hälfte des Nominales des Geschäfts pro Zahlungstermin** – realisiert werden. Damit wird das Risiko **aufmultipliziert**.
- 4.15.6 Sichtbar wird die völlig fehlende Vergleichbarkeit auch in den Schadensvolumina bei Kursveränderung. Während sich bei der CHF-Anleiherung bei einer Kursverschiebung von EUR/CHF 1,60 auf 1,20 (das entspricht 25% ausgehend von 1,60) das Nominal um 25% erhöht, ergibt sich laut eigener Berechnung der beklagten Partei beim selben Kurs

(das ist etwa der Kurs bei Beendigung des Geschäfts) eine behauptete Forderung von über EUR 417 Mio. Deutlicher könnte der Unterschied wohl nicht sein.

4.15.7 **Die einzige „Gemeinsamkeit“**, die sich tatsächlich identifizieren lässt, ist der Umstand, dass **der „CHF“** und dessen Entwicklung **eine gewisse Rolle spielt**. Die Wirkungsweise ist jedoch völlig anders und das Risiko **nicht zu vergleichen**.

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

## **5. Fehlen eines Anscheins der Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175**

### **5.1. Vorbemerkungen**

5.1.1 Die beklagte Partei beruft sich darauf, dass die Stadt Linz, wenn sie schon nicht das Geschäft gewollt hat, aber durch ihre Organe jedenfalls einen Anschein schuf, das von Mag. Werner Penn im Namen der Stadt Linz abgeschlossene Swap-Geschäft 4175 sei genehmigt worden.

5.1.2 Dabei unterscheidet die beklagte Partei nicht zwischen Sachverhalten, die sich vor dem Geschäftsabschluss und jenen, die sich nach dem Geschäftsabschluss ereignet haben. So führt die beklagte Partei als Indiz dafür, dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft gewollt habe, etwa an, dass der Gemeinderat der Stadt Linz schließlich die Rechnungsabschlüsse 2007 und 2008 genehmigt hat, in denen die Einnahmen aus diesem Geschäft enthalten waren. Bei Umständen, die sich nach dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 ereignet hatten, kann aber schon logisch nicht der Schluss gezogen werden, dass der Gemeinderat das Geschäft bei seinem Abschluss gewollt hat; die beklagte Partei meint in solchen Fällen, es habe der Anschein bestanden, die Stadt Linz hätte dieses Geschäft ohnehin nachträglich genehmigt. Beide Tatbestände, die von der beklagten Partei ständig vermischt werden, sind aber getrennt zu behandeln und werden im Folgenden auch getrennt behandelt.

### **5.2. Die aus Sicht der beklagten Partei ihr Vertrauen rechtfertigenden Tatbestände**

5.2.1 Untersucht man die Ausführungen der beklagten Partei daraufhin, worauf sie eigentlich vertraut hat, so bleiben – neben allgemeinen Ausführungen zum Anschein – lediglich folgende Tatbestände über:

5.2.1.1 Der Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004

- „Die BAWAG P.S.K. hat zu jeder Zeit auf das Bestehen des Gemeinderatsbeschlusses 2004 aktiv vertraut.“ (Punkt 4.12.1, Seite 39 der Klagebeantwortung).
- Beim Swap-Geschäft handelt es sich um einen „jahrelang gelebten Vertrag“ (Punkt 4.12.8, Seite 43 der Klagebeantwortung).
- Die Stadt Linz und insbesondere der Gemeinderat sowie der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss haben das Geschäft in mehrfacher Weise nachträglich genehmigt oder zumindest den Anschein der bereits bei Vertragsabschluss im Februar 2007 vorliegenden bzw. nachträglichen Genehmigung gesetzt, und zwar „zunächst durch den im Amtsblatt und im

*Internet veröffentlichten und der BAWAG P.S.K. mehrmals kommunizierten Gemeinderatsbeschluss 2004 selbst ...“ (Punkt 10.4, Seite 116 der Klagebeantwortung).*

- Den Anschein einer gültigen Genehmigung durch den Gemeinderat habe dieser insbesondere *„durch den Beschluss vom 3.6.2004 im Zusammenhang mit dem öffentlich zugänglichen Verhandlungsprotokoll den für einen außenstehenden Dritten (Anmerkung offenbar aber nicht konkret für die beklagte Partei) klaren und eindeutigen Anschein einer ordnungsgemäßen Genehmigung erweckt (Punkt 10.2.1, Seite 113 der Klagebeantwortung).*

#### 5.2.1.2 Die Unterfertigung des Rahmenvertrages durch den Bürgermeister

- *„[...] im Zeitpunkt des Unterschriftsleistung durch den Bürgermeister auf dem Rahmenvertrag ... (stand) der Inhalt des SWAP I ... ganz konkret fest“. [...] Der Eindruck, der durch die zeitgleiche Unterfertigung beider Vertragswerke erweckt wurde ... habe bei der beklagten Partei dazu geführt, dass sie der Meinung war, der Bürgermeister bzw. Dr. Mayr würden sich für den Vertrag interessieren. (Punkt 4.7.6, Seite 25 der Klagebeantwortung).*
- *„Dieses – vom Gemeinderat selbst geschaffene Vertrauen (gemeint ist damit der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004) – wurde durch den Bürgermeister – mit Abschluss des Rahmenvertrages 2006 nochmals bestärkt.“ (Punkt 4.12.1, Seite 39 der Klagebeantwortung).*
- Der Anschein einer gültigen Genehmigung durch den Gemeinderat wurde erzeugt, denn *„Der Abschluss des Rahmenvertrages 2006 mit dem Bürgermeister der Stadt Linz erfolgte unter ausdrücklicher Berufung (Anm. der Rahmenvertrag und auch das Schreiben, mit dem die beklagte Partei diesen erhielt, erwähnt den Gemeinderatsbeschluss allerdings mit keinem Wort) auf den zugrunde liegenden Gemeinderatsbeschluss 2004.“ (Punkt 10.2.2, Seite 114 der Klagebeantwortung).*

#### 5.2.1.3 Die Eröffnung des Kontos bei der Kommunalkredit Austria AG

- *„Mit E-Mail von Herrn Rockenschaub, Mitarbeiter von Dr. Schmid, vom Oktober 2007 ... wurde BAWAG P.S.K. ersucht, die Zahlung auf ein anderes Konto, unmittelbar ein Konto der Kommunalkredit AG, vorzunehmen. Aus Sicht der BAWAG P.S.K. stellte es sich so dar, wie die Klägerin schreibt: „Sinn war, auch den Zahlungsfluss mit der CHF-Anleihe direkt zu synchronisieren.“*
  - *Wieder kommen die notwendigen Unterschriften vom Bürgermeister*
  - *Unterschiedlichste Stellen sind eingebunden“*

*(siehe Punkt 4.11.4, Seite 37 der Klagebeantwortung).*

#### 5.2.1.4 Die Entgegennahme der Zahlungen

- *„Überdies hat die Stadt Linz auch – widerstandslos – Zahlungen an die beklagte Partei geleistet. Auch damit anerkannte die Stadt Linz den SWAP II.“*

(Punkt 3.1.5, Seite 9 der Klagebeantwortung unter der Überschrift „Vorteilszuwendung durch die Stadt Linz“).

- „Selbst wenn im Zeitpunkt des Abschlusses 2007 kein ursprünglicher Anschein gegeben gewesen sein sollte, ist ein solcher doch nachher entstanden, in dem die Stadt Linz die Vorteile aus dem SWAP II ... über Jahre hinweg anstandslos entgegengenommen hat. Die BAWAG P.S.K. hat auf diesen Anschein vertraut.“ (Punkt 3.1.11, Seite 10 der Klagebeantwortung).
- „[i]st **den maßgeblichen Organen** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) auch die Zuwendung des Vorteils aus dem Geschäft iSd § 1016 ABGB anzurechnen ...“ (Punkt 10.3.2, Seite 116 der Klagebeantwortung).
- „Selbst wenn kein ursprünglicher Anschein im Zeitpunkt des Abschlusses 2004 (gemeint offenbar 2007) gegeben gewesen sein sollte, ist ein solcher doch nachher entstanden, in dem die Stadt Linz die Vorteile aus dem SWAP II über Jahre hinweg anstandslos entgegengenommen hat. Auch in der Budgetrede für das Budget 2010 wurde konkret auf derartige Geschäfte Bezug genommen.“ (Punkt 10.4, Seite 117 der Klagebeantwortung).

#### 5.2.1.5 Kontrollversagen innerhalb der Stadt Linz

- Unter der Überschrift „Anschein nachträglicher Genehmigung und massive Vernachlässigung von organisationsrechtlichen Amts- und Kontrollpflichten“ schreibt die beklagte Partei: „Die BAWAG P.S.K. hatte davon (gemeint von den Ereignissen im Finanz- und Kontrollausschuss) **keine Kenntnis** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) und durfte aufgrund der Untätigkeit des Gemeinderates und seiner Hilfsorgane auf eine nachträgliche Genehmigung vertrauen. Die BAWAG P.S.K. hat auch auf diesen Anschein vertraut.“ (Punkt 3.1.12, Seite 10f der Klagebeantwortung).
- „Vielmehr hat die Untätigkeit der Stadt Linz die BAWAG P.S.K. in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit der relevanten Geschäfte bestärkt ...“ (Punkt 4.16.7, Seite 50 der Klagebeantwortung).
- Unter der Überschrift „Anschein aufgrund Vorteilszuwendung“ schreibt die beklagte Partei: „Über die oben geschilderte aus dem Vorbringen der Klage zu erschließende massive Vernachlässigung von Kontrollpflichten durch die zuständigen Organe der Stadt Linz hinaus ...“ (Punkt 10.3.2, Seite 115f der Klagebeantwortung).
- „Darüber hinaus ist das Geschäft jedenfalls dem Finanzausschuss (aufgrund regelmäßiger Berichte sowie aufgrund vollumfänglicher Kenntnisse seines Vorsitzenden) und (aufgrund eines ausdrücklichen Kontrollamtsberichts vom Herbst 2008) dem Kontrollausschuss als den zuständigen Hilfsorganen des Gemeinderates nicht verborgen geblieben.“ (Punkt 10.4, Seite 117 der Klagebeantwortung).

#### 5.2.1.6 Der jahrelang gelebte Vertrag

- „Wenn rechtens wäre, was die Stadt Linz hier wünscht, entstünde für jeden Vertragspartner der Stadt Linz ... ein untragbarer Zustand: Abhängig vom

*eigenen internen Versagen soll – trotz aufrechtem, im Amtsblatt veröffentlichten Gemeinderatsbeschluss – ein ex post Auflösungsrecht entstehen, wenn sich **der jahrelang gelebte Vertrag** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) nach einiger Zeit als unliebsam herausstellt.“* (Punkt 4.12.8, Seite 43 der Klagebeantwortung).

5.2.2 Die beklagte Partei erwähnt dann noch Kontrollamtsberichte, die Genehmigung der Rechnungsabschlüsse im Gemeinderat und auch Gespräche mit Mag. Werner Penn, die sie offenbar als Vertrauenstatbestände betrachtet, ohne sich allerdings konkret darauf zu berufen, dass sie persönlich auf diese Umstände vertraut hat.

5.2.3 Diese Tatbestände erfüllen mehrheitlich schon in abstracto nicht jene Voraussetzungen, die ein Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtfertigen (Punkt 5.3).

### 5.3. Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand

5.3.1 Soweit die Schaffung eines Anscheins überhaupt geeignet ist, Wirkungen auszulösen, die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen entsprechen, verlangen L und Rsp (*P. Bydlinski* in KBB<sup>3</sup>, § 1029 Rz 6 mwN).

- dass ein Vertrauenstatbestand („**Rechtsschein**“) vorliegt;
- dass dieser Vertrauenstatbestand durch den damit Gebundenen verursacht wurde („**Zurechnung des Rechtsscheins**“); und
- dass der Dritte auf den Anschein tatsächlich vertraut hat („**guter Glaube**“).

5.3.2 Die beklagte Partei kann sich demnach auf den Anschein einer Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175 nicht berufen,

- wenn es um innere Vorgänge geht, die der beklagten Partei an sich gar nicht bekannt werden konnten und auch tatsächlich auch nicht bekannt wurden;
- wenn bei objektiver Betrachtung des Sachverhalts überhaupt kein Vertrauenstatbestand vorliegt;
- wenn der behauptete Vertrauenstatbestand gar nicht durch das zuständige Organ zurechenbar verursacht worden ist;
- wenn es der beklagten Partei am guten Glauben gefehlt hat.

5.3.3 Danach ist es undenkbar, dass der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 auch nur den geringsten Anschein bei der beklagten Partei erwecken konnte, der Gemeinderat der Stadt Linz habe schon damit das mehr als zweieinhalb Jahre später abgeschlossene Geschäft im Sinne einer eigenständigen Willensbildung genehmigt. Ist es doch offensichtlich, dass die Mitglieder des Gemeinderates gerade jenes Geschäft aus der Vielzahl von möglichen Finanzgeschäften und Finanztermingeschäften **nicht** im Auge haben konnten (dazu näher unter Punkt 4).

5.3.4 Mangels Erzeugung einer Außenwirkung kann auch die Entgegennahme der Zahlungen aus dem Swap-Geschäft 4175 durch Beamte der Stadt Linz und deren Verbuchung kein Vertrauen auf einen bestimmten Willen des Gemeinderates hervorrufen. Ebenso scheiden die Berichte des Kontrollamtes der Stadt Linz an den Kontrollausschuss aus, weil diese über die Mitglieder des Kontrollausschusses hinaus niemanden bekannt wurden. Anders ist es lediglich mit den Jahresberichten des Kontrollamtes gegenüber den Mitgliedern des Gemeinderates, die aber gerade keinen

Hinweis auf irgendein Finanzgeschäft, geschweige denn Hinweise auf eine Währungsspekulation enthalten haben. Auch die Sitzungen und Protokolle des Finanzausschusses sind und waren vertraulich (vgl. § 3 Abs 4 der Geschäftsordnung für die Ausschüsse). Was das Kontrollamt und die Ausschüsse betrifft, kommt noch hinzu, dass das Wissen ihrer Mitglieder und deren Handlungen für das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes unerheblich sind, weil sie nicht dem Gemeinderat zugerechnet werden können. Bei der Frage, ob sich der Gemeinderat (im Sinne einer ursprünglichen oder nachträglichen Genehmigung) einen Willen gebildet haben kann, scheiden alle jene Themen zwingend aus, mit denen der Gemeinderat **tatsächlich nicht befasst** war (RIS-Justiz RS0031238).

5.3.5 Auch die Rechnungsabschlüsse der Stadt Linz sind per se für die Veranlassung eines Vertrauenstatbestandes aus Sicht der beklagten Partei gänzlich ungeeignet, lassen diese doch aufgrund ihrer Komplexität ein einzelnes Geschäft nicht erkennen.

5.3.6 Eine der wesentlichsten Grundsätze ist aber, dass der Dritte bei Abschluss des Geschäftes mit dem vollmachtslosen Vertreter **tatsächlich vertraut** hat. Ist das nicht der Fall, weil er ohnehin von der fehlenden Vertretungsmacht wusste oder weil ihm der Vertrauenstatbestand gar nicht bekannt war, so fehlt ihm jedes Schutzbedürfnis. Letzteres war bei der beklagten Partei sowohl bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 als auch später der Fall. Es genügt bereits leichte Fahrlässigkeit, um den guten Glauben auszuschließen, denn *„als schlechtläubig gilt derjenige, der bei gehöriger Aufmerksamkeit Bedenken über die Vertretungsmacht hätte haben müssen* (OGH 9 Ob 41/09h; 8 Ob 201/97k).

#### 5.4. Fehlen jeglichen Vertrauens der beklagten Partei bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175

##### 5.4.1 Die Position der beklagten Partei

5.4.1.1. Nach der beklagten Partei hat der Gemeinderat der Stadt Linz mit seinem Beschluss vom 3. Juni 2004 den Anschein erzeugt, er habe das Swap-Geschäft 4175 genehmigt.

5.4.1.2. Die beklagte Partei behauptet in diesem Zusammenhang wiederholt, ihr habe bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 vorgelegen. Sie stellt allerdings entschieden in Abrede, dass ihr zu diesem Zeitpunkt auch der Inhalt des Amtsberichtes (der die fehlende Deckung dieses Geschäftes durch den Gemeinderat noch klarer bezeugt hätte) bekannt gewesen ist.

5.4.1.3. Letztlich bleibt im Dunkeln, worauf die beklagte Partei ursprünglich bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 oder auch später tatsächlich vertraut hat (vgl. auch Punkt 5.2.1). Die Genehmigung durch den Gemeinderat selbst oder die Ermächtigung des Mag. Werner Penn, Währungsspekulationen zu vereinbaren, waren es jedenfalls nicht.

##### 5.4.2 Die beklagte Partei kannte bei Abschluss des Geschäftes den Gemeinderatsbeschluss gar nicht

5.4.2.1. Sowohl vor dem Hintergrund der Beurteilung schlüssiger Willenserklärungen als auch für das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes ist essentiell, dass der Empfänger der Botschaft (des Anscheins) den schlüssigen Handlungen bzw. dem erzeugten Anschein jenen Erklärungsinhalt beimisst, der in ihm das Vertrauen

rechtfertigt; mit anderen Worten, niemand kann sich auf eine schlüssige Willenserklärung oder einen Vertrauenstatbestand berufen, wenn er **tatsächlich nicht daran geglaubt hat. Nach den Regeln der Anscheinsvollmacht** ist nämlich ausschließlich der **Dritte geschützt, dem im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses** der Rechtsschein bekannt war und für dessen Entscheidung dieser **Rechtsschein** darüber hinaus auch **kausal gewesen ist** (OGH 3 Ob 52/00; RIS-Justiz RS0019400); dazu gehört natürlich auch, dass ihm zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses das den Rechtsschein auslösende Verhalten des vorgeblich Vertretenen **überhaupt bekannt gewesen ist** (2 Ob 107/08m).

- 5.4.2.2. Die klagende Partei behauptet (Widerklage, Seite 7), dass ihr der Beschluss des Gemeinderates vom 3. Juni 2004 „[...] als gültige Rechtsgrundlage [...]“ für den Abschluss von Derivatgeschäften ausdrücklich genannt und gedient habe und dass er ihr „[...] mehrmals in Kopie“ übermittelt worden sei.
- 5.4.2.3. Ein Dokument dazu fehlt, die beklagte Partei hat sich auch auf ein derartiges Dokument nicht berufen. Tatsächlich gibt es eine Vielzahl von Indizien, die den Schluss nahe legen, dass sich die beklagte Partei bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 um das Vorliegen eines (ermächtigenden) Gemeinderatsbeschlusses überhaupt nicht gekümmert hat. Sie hatte damals in der Tat andere Sorgen, die vielleicht erklären, warum sie ein derartig starkes Interesse an der Empfehlung solcher Geschäfte gegenüber der Stadt Linz hatte (vgl. Abschnitt IV. Punkt 2.7 der Klagebeantwortung der Stadt Linz, aus der man sieht, dass Mag. Werner Penn ursprünglich einen Fixzinsswap wollte).
- 5.4.2.4. Dr. Alexander Schall, der Leiter der Rechtsabteilung der beklagten Partei, erklärte am 18. Juni 2013 im Sonderkontrollausschuss der Stadt Linz, dass der beklagten Partei der Gemeinderatsbeschluss bekannt gewesen sei, beruft sich dabei aber nur auf Gespräche mit seinen Kollegen und Mag. Werner Penn. Bestätigen konnte er nur das, was er „im Akt hatte“; danach habe sich der Gemeinderatsbeschluss im Akt befunden, Dr. Alexander Schall sagte aber nicht, **ab wann** dies der Fall war.
- 5.4.2.5. Die Aussagen seiner „damaligen Kollegen“ widerlegen die Behauptung, die beklagte Partei habe bei Abschluss des Vertrages auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 vertraut.
- Robert Gumpoldsberger sagt auf die Frage nach dem Gemeinderatsbeschluss „[...] Ich kann mich nicht erinnern, den GR-Beschluss v. 3.6.2004 in Händen gehabt zu haben, ich glaube, er ist bankseitig angefordert worden, weiß aber nicht mehr wann. **Ich glaube nicht, dass es für die Bank notwendig gewesen wäre, den GR-Beschluss aus Abwicklungssicht anzufordern**“ (ON 43 des Strafaktes, Seite 7; Hervorhebung durch die Stadt Linz).
  - Mag. Herbert Auer erklärt „[...] Den Einzelabschluss **habe ich nicht gesehen, war auch nicht nötig** [...]“ und über Vorhalt des Schreibens vom 26. April 2007: „[...] Es wurde in keinem Gespräch, wo ich dabei war, ein Gemeinderatsbeschluss oder ähnliches von Mag. Penn übergeben. [...] es war nicht so, es wäre auch unlogisch gewesen, dass mich im April 2007 ein Kollege bittet, den Beschluss zu organisieren [...]“ (ON 48 des Strafaktes, Seiten 9 und 11; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

- Auch Mag. Peter Rauscher erklärt nur, „[...] den GR Beschluss habe ich selbst nie gehabt, **er war jedoch öffentlich zugänglich**. Warum Hr Machat den Beschluss angefordert hat, muss man ihn selbst fragen.“ (ON 49 des Strafaktes, Seite 5, Hervorhebung durch die Stadt Linz; demgegenüber sagt Harald Machat – im Folgenden – dass er trotz Suche den Beschluss im Internet nicht gefunden habe.)
- Bei Iris Sahinoglu hört sich die Erklärung so an: „[...] 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. Aus den gesamten Dokumenten, die uns zugegangen sind, war für mich klar, dass Mag. Penn mit uns abschließen darf. Auch hat Mag. Penn seinerseits erwähnt, dass er dazu berechtigt ist.“ (ON 52 des Strafaktes, Seite 15).
- Harald Machat sagt zwar einleitend: „Wir haben eine Bestätigung bekommen, dass das Geschäft im Gemeinderat beschlossen wurde“ (ON 56 des Strafaktes, Seite 5). Diese Aussage schwächt er aber in der Folge ab und führt aus: „Ich glaube, dass mich damals die Kollegin Blasl-Müller von der Treasury Abwicklung angerufen hat **und gesagt hat, dass es jetzt eine neue Vorgangsweise bei Derivatgeschäften mit Gemeinden gibt** (Anmerkung: gemeint ist damit offenbar der im April 2007, also nach dem Vertrag gefasste Vorstandsbeschluss). Sie fragt daher an, ob man auch einen GR Beschluss von der Stadt Linz bekommen könnte [...] Ich glaube, **wir haben im Internet geschaut, ob der GR Beschluss zu finden wäre, es war aber nicht möglich**. Wir haben nichts gefunden. Dann hat Hr Auer gemeint, den Beschluss über Herrn Penn zu besorgen und ich weiß nicht, ob Hr Auer ihn dann bekommen hat [...]“ (ON 56 des Strafaktes, Seite 7; Hervorhebung durch die Stadt Linz).

5.4.2.6. Mag. Werner Penn äußerte sich bei seiner Beschuldigtenvernehmung (ON 172 des Strafaktes) zu diesem Thema nicht, in einem Aktenvermerk vom 10.2.2011 (Beilage ./ZZ) erklärte er aber, er habe den Vertretern der beklagten Partei sowohl den Gemeinderatsbeschluss als auch den Amtsbericht übergeben. Angesichts des Inhalts des Amtsberichtes, in dem Mag. Werner Penn in der Fortsetzung des Beschlusses aus dem Jahre 1996 seine Motive für die neue Vorgabe an die Finanz- und Vermögensverwaltung erläutert, nämlich mit Hilfe von Finanzgeschäften, das Schuldportfolio zu verbessern, ist ausgeschlossen, dass die beklagte Partei auch nur im Entferntesten darauf vertrauen konnte, die Stadt Linz habe Mag. Werner Penn die Befugnis übertragen, Währungsspekulationen im großen Stil zu Lasten der Kommune zu betreiben. Konsequenterweise behauptet die beklagte Partei, auch regelmäßig nur den Gemeinderatsbeschluss besessen zu haben, was im Übrigen falsch ist, bestreitet aber vehement auch im Besitz des Amtsberichtes gewesen zu sein.

5.4.2.7. Aber auch das sonstige Verhalten der beklagten Partei nach dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 spricht dagegen, dass sich die beklagte Partei um den Gemeinderatsbeschluss bei Vertragsabschluss überhaupt gekümmert hat.

- Mehr als zwei Monate nach Abschluss des Swap-Geschäftes will Harald Machat in einem internen E-Mail vom 26. April 2007 (Beilage ./EE) wissen, ob es überhaupt einen genehmigenden Beschluss des Gemeinderates zum Swap-Geschäft gibt. Es liegt wohl auf der Hand, dass wer mehr als zwei

Monate danach fragt, ob es einen Gemeinderatsbeschluss gibt, hat ihn bei Abschluss des Vertrages nicht gehabt hat.

- In dem angeführten internen E-Mail des Harald Machat vom 26. April 2007 (Beilage ./EE) wird überdies auf einen Vorstandsbeschluss verwiesen, der kurz vorher gefasst worden ist und in dem sinngemäß davon die Rede ist, dass erst in Zukunft [... "für Neugeschäfte"....] für Finanzgeschäfte ein Gemeinderatsbeschluss einzuholen ist. Der Vorstand der beklagten Partei war also im Februar 2007 der Meinung, dass das Swap-Geschäft 4175 keiner Genehmigung bedarf. Hielt die beklagte Partei das Geschäft aber nicht für genehmigungsbedürftig, so bestand kein Grund, auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 zu vertrauen.

5.4.2.8. Natürlich hätte es die beklagte Partei besser wissen müssen. Schon der bankinterne Kreditantrag der beklagten Partei vom 27. September 2006 (Beilage ./JJJ1) enthält eine Beschreibung der Stadt Linz als Kreditnehmer im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Kreditrahmens für Derivatgeschäfte und enthält den ausdrücklichen Hinweis (Hervorhebung durch die Stadt Linz): „[...] **Alle größeren Finanzentscheidungen müssen vom Stadtsenat und Gemeinderat genehmigt werden** [...]“. Im selben Antrag heißt es ebenfalls (Hervorhebung durch die Stadt Linz): „**Das Land ist Träger der Rechtsaufsicht über die Kommunen. Bis auf Ausnahmen müssen Kredite geprüft und einzeln genehmigt werden. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird geprüft. Die schriftliche Genehmigung hat Bescheidcharakter** [...]“. Auch der Vorstand der beklagten Partei war trotz dieser Kenntnis noch Monate nach dem Geschäftsabschluss lediglich der Meinung, es sei notwendig, dass das Geschäft „[...] irgendwie eingefangen (wird) bzw. dass es notwendig ist, das Geschäft „[...] stärker (zu) untermauern“ (Beilage ./EE).

5.4.2.9. Alle anderen von der beklagten Partei als angeblich ihr Vertrauen rechtfertigende Vorgänge ereigneten sich lange nach dem Abschluss des Swap-Geschäftes 4175. Sie konnten also unmöglich bei der beklagten Partei die Vorstellung erzeugen, der Gemeinderat der Stadt Linz habe das Swap-Geschäft 4175 schon bei seinem Abschluss genehmigt (gehabt).

#### 5.4.3 Das Wissen der beklagten Partei um die fehlende Optimierung durch das Swap-Geschäft 4175

5.4.3.1. Nach dem Vorbringen der beklagten Partei hat sie bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 darauf vertraut, dass dieses Geschäft durch den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 gedeckt ist. Wie unter Punkt 5.4.2 gezeigt, spricht alles dagegen, dass dies der Fall war.

5.4.3.2. Die beklagte Partei hat jedenfalls später (wann auch immer) vom Inhalt dieses Gemeinderatsbeschlusses erfahren. Sie hat spätestens zu diesem Zeitpunkt gewusst oder sie hätte es bei ordnungsgemäßer Sorgfalt erkennen können, dass der Gemeinderatsbeschluss damit Währungsspekulationen in der Art des Swap-Geschäftes 4175 niemals decken würde. Unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob und gegebenenfalls welchen Eindruck die Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung vor dem Hintergrund der gesetzlichen Beschränkungen (Punkt 3.1) und dem Willen des Gemeinderates überhaupt erzeugen konnte, war auch der beklagten Partei klar, dass der Gemeinderat der Stadt Linz die Finanz- und Vermögensverwaltung jedenfalls zu keinem Geschäft ermächtigt hat, das ungeeignet

war, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren (siehe die Punkte 4.3ff).

5.4.3.3. Es ist davon auszugehen, dass der beklagten Partei bewusst gewesen ist, dass das Swap-Geschäft 4175 weder marktüblich war, noch geeignet gewesen ist, das Fremdfinanzierungsportfolio der Stadt Linz zu optimieren.

5.4.3.4. Die beklagte Partei hatte das Swap-Geschäft 4175 selbst konstruiert und nach ihrer Darstellung auch ausreichend geprüft. Sie kannte das Geschäft also ganz genau.

- Im Konzern-Geschäftsbericht der beklagten Partei zum Geschäftsjahr 2006 (Beilage ./EEEE) wird im Kapitel über "Derivative Finanzgeschäfte der BAWAG P.S.K." zur Einführung neuer derivativer Produkte ausgeführt (Seite 126): *"Neue Produkte im Handels- und Bankbuch durchlaufen einen detaillierten Produkteinführungsprozess, in dessen Rahmen mögliche Auswirkungen auf Risiko, Abwicklung, Meldewesen und Bewertungsfragen evaluiert und kommentiert werden. Dies ist Voraussetzung für den Abschluss neuer Produkte, der letztendlich im Rahmen des ALCO durch den Vorstand genehmigt wird."* Die Abkürzung "ALCO" steht für das "Asset Liability Committee" der beklagten Partei, das jedenfalls zur Zeit des Abschlusses des Swap-Geschäftes im Jahr 2007 für die *"Steuerung des Liquiditäts- und Marktrisikos der BAWAG P.S.K-Gruppe"* zuständig war (Konzern-Geschäftsbericht zum Geschäftsjahr 2006, Seite 115).

- Die beklagte Partei hat in dem vom Handelsgericht Wien beigeschafften Strafakt der StA Linz, 9 St 80/11z, eine gutachtliche Stellungnahme des Mag. Rudolf Nikolaus Kellermayr, bezeichnet mit *"Resettable Swap der Stadt Linz (Swap II)"*, ON 195 des Strafaktes, vorgelegt, in der es zur Frage der Einführung des Swap-Geschäftes 4175 auf Seite 18 (Aktenseite 53) ebenfalls wörtlich heißt: *"Der Resettable Swap war im internen Produktkatalog der BAWAG PSK enthalten und somit für den Verkauf generell freigegeben. Das geschieht in Banken als Ergebnis eines Produkteinführungsprozesses, in dem von Experten verschiedener Bereiche, vor allem aus dem Risikomanagement, Chancen und Risiken sowie Strukturen von Produkten bewertet werden und in dem letztendlich darüber entschieden wird, ob das Produkt angeboten werden darf."*

5.4.3.5. Das nach dem Bekunden der beklagten Partei von ihr genau geprüfte Swap-Geschäft 4175 war weder marktüblich noch geeignet, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren.

- Das ergeben die Ausführungen unter den Punkten 4.3 ff, auf die verwiesen wird; und

- das bestätigt der von der Staatsanwaltschaft Linz beigezogene Gutachter Dr. Christian Imo (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 335ff, ON 129 des Strafaktes);

- das bestätigen aber auch die im Strafakt befindlichen Sachverständigen Prof. Martin Janssen (Gutachten vom 15. August 2012, Seiten 27ff, ON 116 des Strafaktes) und Schwab, Ley & Greiner (Gutachten vom 10. August 2012, Seiten 7ff, ON 116 des Strafaktes); und

- letztlich auch der (Bundes-) Rechnungshof (Bericht, Serie Oberösterreich 2013/1, Einleitung, Seite 17).

5.4.3.6. Die beklagte Partei bestätigt indirekt durch ihr Verhalten, welches der Stadt Linz erst jetzt bekannt wurde, dass ihre Prognose von Anfang an gegen die Erwartungen des Mag. Werner Penn gerichtet war, ihr eigenes Interesse also ausschließlich auf die Gewinnmaximierung und nicht auf eine Optimierung des Fremdfinanzierungsportfolios der Stadt Linz gerichtet gewesen ist.

- So hat sie in Erwartung eines steigenden CHF-Kurses (und damit einem Sinken der Zinsen) den Zinsswap – entgegen der üblichen Praxis, wie Dr. Alexander Schall in der Sondersitzung des Kontrollausschusses vom 18. Juni 2013 erklärt hat („*jedes Risiko wird sofort abgesichert*“) – nur in einem geringen Ausmaß, nämlich nur bis zum Jahr 2009 (das sind nicht einmal ein Fünftel der gesamten Dauer) gehedgt. Nur nebenbei sei erwähnt, dass die beklagte Partei dadurch einen Gewinn von rd. CHF 20 Mio. gemacht hat (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 195ff, ON 129 des Strafaktes), den sie natürlich nicht mit der Stadt Linz teilte.
- Die beklagte Partei hat am Beginn die Optionen lediglich "*plain vanilla*" verkauft und mit dem Verkauf des exponentiellen Teils zugewartet, bis der Kurs des Schweizer Frankens auf dem Höhepunkt stand, was Dr. Alexander Schall in der 23. Sondersitzung des Kontrollausschusses bestätigt hat. Obwohl der Wert des Optionsteils des Swap-Geschäftes 4175 mindestens EUR 46 Mio., wohl aber jedenfalls EUR 50 Mio. betragen hat (so der im Strafverfahren beigezogene Gutachter Dr. Christian Imo in seinem Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 352ff, ON 129 des Strafaktes), verkaufte sie am Anfang den Optionsanteil aus dem Swap-Geschäft nur „*plain vanilla*“. Sie erlöste damit also um mehr als EUR 10 Mio. weniger als es ihr möglich war und verstieß damit wiederum gegen den von Dr. Alexander Schall bekräftigten Grundsatz, wonach die beklagte Partei derartige Kundengeschäfte unmittelbar glattgestellt.
- Einen wirklichen Sinn macht dieses Verhalten der beklagten Partei nur dann, wenn sie schon im Februar 2007 von einem Steigen des Schweizer Franken über den „*Strike*“ von 1,54 hinaus ausgegangen ist. Sie wollte danach offenbar zuwarten, bis sie den exponentiellen Teil der Optionskomponente „wirklich zu Geld machen konnte“. Dazu passt, dass eine Bewertung der Optionskomponente des Swap-Geschäftes 4175 zum Stichtag der Auflösung des Geschäftes eine Differenz zwischen „*plain vanilla*“ und „*Power-Optionen*“ von rd. EUR 100 Mio. ergibt; das dürfte der Mindesterlös der beklagten Partei aus dem späteren Verkauf gewesen sein.
- Tatsächlich ist auch der Markt nicht – wie die beklagte Partei dem Gericht weismachen möchte, allgemein von einer „*Seitwärtsbewegung*“ des Schweizer Franken, sondern klar von dessen Steigen ausgegangen (siehe die Nachweise unter Punkt 4.10).

## 6. Das Swap-Geschäft 4175 ist auch nachträglich nicht genehmigt worden

## **6.1. Die Position der beklagten Partei**

- 6.1.1 Aus Sicht der beklagten Partei ist das Swap-Geschäft 4175 durch die Stadt Linz, wenn es nicht schon von Anfang an gültig war, nachträglich genehmigt worden; zumindest sei für die beklagte Partei der Anschein entstanden, die Stadt Linz habe nachträglich das Geschäft genehmigen wollen.
- 6.1.2 Als Indizien dafür sieht die beklagte Partei die in Punkt 5.2.1 aufgelisteten Umstände bzw. die Vorfälle an (vgl. auch die Zusammenfassung jener Umstände, von denen die beklagte Partei dezidiert sagt: „*darauf habe sie vertraut*“). Aus den Ausführungen der beklagten Partei geht dabei nicht hervor, ob sie diesen Umständen die Qualität einer schlüssigen Willenserklärung der Stadt Linz zumisst oder ob aus ihrer Sicht es lediglich Umstände sind, die für sie nachträglich den Anschein eines Genehmigungswillens erzeugt haben. Die Stadt Linz wird daher im Folgenden auf beide Varianten einer nachträglichen Heilung des ursprünglich vollmachtslos abgeschlossenen Geschäftes eingehen.
- 6.1.3 Unterstützen sollen die Rechtsmeinung der beklagten Partei von der nachträglichen Genehmigung oder zumindest vom Anschein einer solchen nachträglichen Genehmigung auch noch andere Thesen, und zwar
- dass jedenfalls Mag. Werner Penn um das Swap-Geschäft 4175 und dessen Inhalt von Anfang an gewusst habe und sein Wissen der Stadt Linz unmittelbar zuzurechnen wäre;
  - das Schweigen der Stadt Linz zum Geschäft, sprich das Unterlassen von Hinweisen auf die bereits anfängliche Unwirksamkeit des Geschäftes habe die nachträgliche Genehmigung bewirkt, zumindest habe aber die beklagte Partei darauf vertrauen dürfen, dass die Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 wolle;
  - das „exzessive Kontrollversagen“ der zahlreich vorhandenen und auch entsprechend versierten Organe der Stadt Linz, wie etwa Kontrollamt, Kontrollausschuss und Finanzausschuss, wenn diese das Geschäft (als Währungsspekulation?) tatsächlich nicht erkannt haben sollten, was dazu führe, dass die beklagte Partei auf die Bestandfestigkeit des Geschäftes vertrauen durfte.

## **6.2. Keine nachträgliche Genehmigung des Geschäftes/Kein Anschein einer solchen Genehmigung**

### 6.2.1 Einleitung

- 6.2.1.1. Eine nachträgliche Genehmigung des von Mag. Werner Penn ermächtigungslos abgeschlossenen Geschäftes setzt entweder eine Willenserklärung des zuständigen Organs der Stadt Linz, nämlich des Gemeinderates, oder die Herbeiführung des Anscheins einer solchen nachträglichen Genehmigung voraus; eine Genehmigung durch Willensbetätigung (Vorteilszuwendung) im Sinne des § 1016 2. Fall ABGB wird unter Punkt 6.9 näher behandelt.
- 6.2.1.2. Fehlt bei einem Vertragsabschluss mit einer Gemeinde der erforderliche Gemeinderatsbeschluss, ist das Geschäft (schwebend) unwirksam. Es kann aber nachträglich durch den Gemeinderat als zuständiges Organ genehmigt werden

(*Bollenberger* in KBB<sup>3</sup> § 867 Rz 3; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.00 § 867 Rz 13); für eine derartige Genehmigung gelten dieselben Grundsätze wie für physische Personen (vgl. *Schilken* in *Staudinger* § 177 Rz 3; *Schramm* in *MüKo*, BGB<sup>6</sup>, § 177 Rz 4; *Stanzl* in *Klang*<sup>2</sup> IV/1, 855, RIS-Justiz RS0014709). In diesem Schwebezustand besteht naturgemäß keine Bindung des unwirksam Vertretenen, weder muss er das Geschäft genehmigen, noch ist er irgendwelchen klagbaren Ansprüchen ausgesetzt (*Schilken* in *Saudinger* § 177 Rz 8).

- 6.2.1.3. Für die nachträgliche Genehmigung ist naturgemäß jenes Organ zuständig, das ursprünglich den Vertrag abschließen oder genehmigen hätte müssen. Das ist eine Selbstverständlichkeit und ein Prinzip, das alle juristischen Personen gleichermaßen erfasst. Es ist daher auch völlig unstrittig, dass die nachträgliche Genehmigung eines vollmachtslos abgeschlossenen Geschäftes oder auch nur der Anschein einer Willensbildung des Gemeinderates in dieser Richtung nur dann beachtlich ist, wenn ihn der Gemeinderat selbst gesetzt hat (*P. Bydlinski* in KBB<sup>3</sup> § 1016 Rz 4 mwN; OGH 10 Ob 42/07k; 4 Ob 197/07k; 6 Ob 71/07w; 9 Ob 41/09h). So heißt es in der Rechtsprechung etwa: „Eine Genehmigungserklärung eines Vereins müsste [...] durch das statutenmäßig für den Abschluss des Geschäfts zuständige Organ erfolgen“ (SZ 49/162, 9 Ob 41/09h, 6 Ob 102/11k). „Ebenso setzt auch die Vorteilszuwendung voraus, dass das an sich statutenmäßig berufene Organ im Wissen um das vollmachtslos geschlossene Geschäft die daraus resultierenden Vorteile in Anspruch nimmt“ (OGH 9 Ob 41/09h, 6 Ob 102/11k).
- 6.2.1.4. Der Finanz- und Kontrollausschuss kann im Gegensatz zur Meinung der beklagten Partei (Widerklage, Seite 20) mit dem Gemeinderat nicht gleichgesetzt werden, bestehen diese doch nur aus einem **Bruchteil der 61 Gemeinderatsmitglieder**: Dem Kontrollausschuss und dem Finanzausschuss gehören jeweils nur 8 Gemeinderatsmitglieder an; Stadtrat Dr. Johann Mayr ist kein Mitglied des Gemeinderates und hat daher auch im Finanzausschuss kein Stimmrecht.
- 6.2.1.5. Dass die Mitglieder des Finanzausschusses dem allein zuständigen Organ Gemeinderat nicht gleichzusetzen sind, folgt (in einem Größenschluss) bereits aus der OGHE 4 Ob 26/01d (vgl. Punkt 6.3.2.3), in der es wörtlich heißt: „[D]as Verhalten der Mitglieder des Gemeinderates ist nicht nur für die Annahme einer Anscheinsvollmacht erheblich, sondern auch für eine allfällige nachträgliche Genehmigung [...]“ und „[...] einzelne Mitglieder des Gemeinderates reichen zur Annahme einer Anscheinsvollmacht nicht aus“. Deziidiert bestätigt ist diese Entscheidung auch durch OGH 5 Ob 52/11z, die einen Prüfungsausschuss nach § 91 der Oö. Gemeindeordnung 1990 betraf; dieser Ausschuss wird vom Gemeinderat eingesetzt, um die Gebarung der Gemeinde zu überwachen, ist also mit dem Kontrollausschuss vergleichbar. Der Prüfungsausschuss hatte in dem zu entscheidenden Fall die Gesetzeswidrigkeit der Mittelverwendung erkannt. Dennoch verneinte der Oberste Gerichtshof eine schlüssige nachträgliche Genehmigung, obwohl ihm das Geschäft vorgelegt worden war. Er begründete seine Entscheidung damit, dass ein Prüfungsausschuss zwar zur Feststellung der Gesetzmäßigkeit einer Ausgabe zuständig sei, dass ihm aber eine Vertretungsbefugnis zum Abschluss von Rechtsgeschäften nicht obliege; damit könne er auch nicht nachträglich ein derartiges Geschäft genehmigen. Das Gleiche gilt 1:1 für den Finanzausschuss, welcher ebenfalls zum Abschluss des Swap-Geschäftes niemals zuständig sein konnte. Es ist daher nicht möglich, dass Geschäfte, deren Abschluss einem höchsten Organ vorbehalten ist, durch „niedrigere“ Organe saniert wird (OGH 4 Ob 197/07k bezogen auf den „Bundesminister für Finanzen“). Aus dem gleichen Grund scheidet natürlich

auch eine nachträgliche Genehmigung oder auch nur ein Anschein in dieser Richtung durch den vollmachten Vertreter (Mag. Werner Penn) aus; bei diesem kommt noch hinzu, dass aufgrund des offenkundigen Interessenkonfliktes nicht einmal sein Wissen dem vorgeblich Vertretenen zugerechnet werden kann (OGH 1 Ob 116/10f; 1 Ob 64/00v).

- 6.2.1.6. Einzelne Ausreißer hat die Rechtsprechung inzwischen korrigiert. Das zeigen die Entscheidungen zum „Neulengbacher Kultursommer“, für dessen Durchführung ebenfalls gegolten hätte, dass die Verträge jeweils einer Willensbildung im Gemeinderat bedürfen. Dem hat der OGH in 8 Ob 573/90 entgegengehalten: *„Haben, wie im vorliegenden Fall, der Bürgermeister, der Finanzreferent und der Kulturreferent übereinstimmend die Vorschläge des Klägers über seine künstlerische Betreuung des Kultursommers gebilligt, die Honorarforderung des Klägers für berechtigt erkannt und den Kläger dadurch ermächtigt bzw [...] sogar verpflichtet, die Arbeiten in Angriff zu nehmen, kann sich die beklagte Gemeinde nicht darauf berufen, in ihrer Willensbildung noch nicht endgültig ‚abgereift‘ zu sein.“* Das ist unhaltbar, wie Wilhelm bereits erkannt hat, *„weil der Vollmachtsschein nicht vom Vertreter, sondern vom Vollmachtengeber (also vom Kollegium selbst) geschaffen werden muß“* (Theatersommer in N. oder: Wie eine Gemeinde sich [nicht] vertreten lässt, *ecolex* 1991, 373). Der OGH hat diese Entscheidung schon in den Folgeentscheidungen korrigiert und das Vorliegen einer Anscheinsvollmacht nach den dargestellten Grundsätzen geprüft. Dass das Höchstgericht dennoch eine Genehmigung annahm, erfolgte aus anderen Gründen, und das zu Recht: Der Gemeinderat hatte nämlich den Beschluss gefasst, wonach dem Kultursommer *„die grundsätzliche Zustimmung erteilt wird und Verträge und andere Details den zuständigen Gremien laufend bekanntgegeben [!] werden“*. Dieser Gemeinderatsbeschluss wurde dem Vertragspartner freudig (*„Endlich geschafft. Antrag bei gestriger Gemeinderatssitzung angenommen“*) telegraphiert. Dass der OGH einen Vertragsabschluss dann nicht daran scheitern lassen wollte, dass es für den konkreten Vertragsabschluss keinen neuerlichen, gesonderten Gemeinderatsbeschluss gab (3 Ob 551/91), ist nachvollziehbar. Der Gemeinderat hatte ja ausdrücklich seine Zustimmung zu dem konkreten Geschäft erteilt; daher heißt es auch in der Entscheidung: *„[...] Voraussetzung dieser Vollmacht ist allerdings, daß der Gemeinderat den **äußeren Anschein gesetzt hat, daß er den erforderlichen Geschäftsführungsbeschluss gefaßt habe**“* (Hervorhebung durch die Stadt Linz mit dem Hinweis, dass das Höchstgericht nicht zufällig von einem tatsächlich bereits gefassten Genehmigungsbeschluss spricht).
- 6.2.1.7. Dazu kommt noch die Überlegung, dass die den älteren Entscheidungen zugrunde liegenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen das Delegationsverbot nicht in dieser Eindeutigkeit vorsahen, wie § 46 Abs 2 StL 1992. Bestimmt aber der Landesgesetzgeber dezidiert, dass die Übertragung der Zuständigkeit vom Gemeinderat weg an ein anderes Organ der Stadt inhaltlichen und formalen Beschränkungen unterliegt, so gilt das Delegationsverbot – schon allein zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen – auch für eine nachträgliche Genehmigung eines vollmachten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes: Ist es von Gesetz wegen dem Gemeinderat untersagt, einzelne seiner Zuständigkeiten an den Magistrat oder an seine Ausschüsse zu übertragen, so kann dieses gesetzliche Verbot nicht dadurch umgangen werden, dass der Magistrat oder Ausschüsse des Gemeinderates nachträglich – vielleicht auch nur schlüssig – ein Geschäft genehmigen, für das allein der Gemeinderat zuständig war und zuständig blieb.

6.2.1.8. Wie überaus streng der OGH bei der Zurechnung des Rechtsscheins ist, zeigt ein im Arbeitsrecht angesiedelter Fall (9 ObA 211/01x), in dem es um die Frage ging, ob eine regelmäßige erhöhte Urlaubsgewährung eine – vertragsanpassende – betriebliche Übung darstellte. Der OGH erkannte, dass nach dem Organisationsrecht für die Erhöhung des Urlaubsmaßes ein Sondervertrag mit Zustimmung des Gemeinderats notwendig gewesen wäre. Obwohl die betriebliche Übung über 10 Jahre (!) bestanden hatte, verneinte der OGH eine Vertragsänderung. Der Umstand, dass der Bürgermeister über diesen langen Zeitraum erhöhten Urlaub gewährt hatte, habe nicht den zurechenbaren Anschein zu wecken vermocht, dass dieses Verhalten durch den Gemeinderat gedeckt sei. Denn es stehe nicht fest, *„dass die Mitglieder des Gemeinderates, auf deren Verhalten es entscheidend ankommt, Kenntnis von der Übung hatten“*.

### **6.3. Fehlen eines Genehmigungsbeschlusses**

#### **6.3.1 Ausdrückliche Genehmigung**

6.3.1.1. Nicht einmal die beklagte Partei behauptet, dass der Gemeinderat das anfänglich ungültige Swap-Geschäft 4175 danach ausdrücklich genehmigt hat. Zwar heißt es in der Klagebeantwortung der beklagten Partei, das Geschäft sei *„in jedem Fall wirksam, da die zuständigen Organe* (angemerkt sei, dass es natürlich nicht mehrere Organe dafür gibt, sondern nur eines, nämlich den Gemeinderat) *das Geschäft nachträglich genehmigt“* haben, allerdings lassen sich in ihrem Vorbringen keinerlei Anhaltspunkte dafür finden, dass zwischen dem 12. Februar 2007 als Tag des unwirksamen Abschlusses des Geschäftes und dem heutigen Tag eine tatsächliche Genehmigung durch die dafür zuständigen Organe stattgefunden hätte.

6.3.1.2. Auch das Land Oberösterreich in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde hatte eine aufsichtsbehördliche Entscheidung mit der Begründung abgelehnt, der Gemeinderat der Stadt Linz sei nie mit dem Swap-Geschäft 4175 befasst gewesen, deshalb sei auch den Antrag der Stadt Linz auf nachträgliche Genehmigung unzulässig (vgl. Abschnitt IV. Punkt 4. der Klagebeantwortung der Stadt Linz; Beilage ./PPP).

#### **6.3.2 Schlüssige Genehmigung**

6.3.2.1. Schlüssige Willenserklärungen verlangen naturgemäß Handlungen, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übriglassen, der Handelnde wolle damit einen bestimmten Willen erklären (§ 863 ABGB) und das bisher vollmachtslos abgeschlossene Geschäft nachträglich genehmigen. Der Gemeinderat hätte also Handlungen setzen müssen, die den zwingenden Schluss darauf zuließen, er wolle ein Geschäft, das Mag. Werner Penn in Überschreitung seiner Ermächtigung geschlossen hat, nun doch als gültig anerkennen.

6.3.2.2. Da es sich auch bei der schlüssigen nachträglichen Genehmigung um eine Willenserklärung des zuständigen Organs handelt, war sie als solche zugangsbedürftig. Alle Handlungen des Gemeinderates, die auf einen derartigen nachträglichen Genehmigungswillen schließen lassen, hätten daher der beklagten Partei bekannt sein müssen, damit sie überhaupt daraus den Schluss ziehen konnte, der Gemeinderat der Stadt Linz wollte nunmehr nachträglich die Ermächtigungsüberschreitung des Mag. Werner Penn sanieren. Dasselbe gilt natürlich auch für die Erzeugung eines Anscheins einer Genehmigung, weil ein

solcher Anschein die Stadt Linz nur dann binden kann, wenn die beklagte Partei redlicherweise darauf vertraut hat. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes wird der Dritte in seinem Vertrauen auf den Rechtsschein „*nur dann geschützt, wenn für ihn die Herstellung des Rechtsscheins kausal für den Geschäftsabschluss [...] war, wozu auch gehört, dass ihm zu diesem Zeitpunkt das den Rechtsschein auslösende Verhalten des Machtgebers überhaupt bekannt war* (OGH 2 Ob 107/08m).

- 6.3.2.3. Wegen der Zugangsbedürftigkeit auch schlüssiger Willenserklärungen liegt es auf der Hand, dass allein die Empfangnahme von Zahlungen aus dem Swap-Geschäft durch Beamte der Stadt Linz und die nachfolgende Verbuchung auf den Konten der Stadt Linz keine derartige schlüssige Willenserklärung der Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei sein konnte. Damit wird deutlich, dass auch alle sonstigen internen Vorgänge, wie etwa die Sitzungen des Kontroll- und Finanzausschusses oder aber die Berichte des Kontrollamts, gegenüber dem Kontrollausschuss mangels Zugangs zur beklagten Partei und auch mangels Vertrauens der beklagten Partei darauf niemals eine Genehmigungswirkung entfalten konnten. Dazu kommt noch, dass es in all diesen Fällen schlechthin undenkbar ist, aus dem Verhalten eines Mitarbeiters der Stadt Linz oder eines nicht einmal dem Gemeinderat angehörigen Stadtsenatsmitglieds (Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr) eine Willenserklärung des gesamten Gemeinderates abzuleiten.
- 6.3.2.4. Schweigen reicht für eine nachträgliche schlüssige Genehmigung des vollmachtslos abgeschlossenen Geschäftes nicht aus (*P. Bydlinski*, KBB<sup>3</sup>, § 1016 Rz 4; OGH 1 Ob 205/06p; 1 Ob 223/06f). Die beklagte Partei beruft sich für ihre gegenteilige Ansicht, wonach allein Schweigen des Gemeinderates ausreicht, um den Anschein einer Genehmigung zu erfüllen, zu Unrecht auf die Entscheidung des OGH 4 Ob 26/01d: Gegenstand des vor dem Höchstgericht zu entscheidenden Streits um die Honoraransprüche aus Nachtragsarbeiten eines vom Bürgermeister ohne Beschlussfassung des Gemeinderates beauftragten Architekten war nicht die Frage der nachträglichen Genehmigung, sondern die Anscheinsvollmacht um den Abschluss der Nachtragsaufträge selbst. Einen derartigen Anschein hat das Höchstgericht trotz der Tatsache, dass zahlreiche Mitglieder des Gemeinderates bei der Auftragserteilung anwesend waren, verneint und gerade unter Hinweis auf § 863 ABGB klargemacht, dass die Tatsache, dass "*einzelne Mitglieder des Gemeinderates von den mündlichen Zusatzaufträgen Kenntnis hatten und diesen nicht widersprachen, zur Annahme einer Anscheinsvollmacht nicht aus(reicht)*". Damit hob das Höchstgericht die Entscheidungen der Untergерichte, die noch eine Anscheinsvollmacht bejaht hatten, wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Anscheinsvollmacht auf; 4 Ob 26/01d sagt also exakt das Gegenteil dessen, was die beklagte Partei dem Gericht weismachen will. Das Ergebnis war an sich deshalb auch nicht überraschend. Bedeutsam an dieser Entscheidung ist aber, dass das Höchstgericht klarstellt, dass ein Vertrauen auf den äußeren Tatbestand nur dann geschützt ist, "*wenn das zuständige Organ (der Gemeinderat) den Anschein erweckt hat, die Handlung sei durch seine Beschlussfassung gedeckt*" und weiter: „[...] *Das Verhalten der Mitglieder des Gemeinderats ist nicht nur für Annahme einer Anscheinsvollmacht erheblich, sondern auch für eine allfällige nachträgliche Genehmigung [...].*“
- 6.3.2.5. Aus den soeben erörterten Vorkommnissen könnte die beklagte Partei aber natürlich (wenn überhaupt) nur dann Rechtsfolgen ableiten, wenn sie nach den Umständen „*annehmen durfte und musste, dass der Vertretene* (also die Stadt Linz) *die*

*schwebende Unwirksamkeit gekannt und mit ihr gerechnet hat“ (Schramm in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 177 Rz 27) und mit ihrem Schweigen das Geschäft genehmigen wollte. Eine solche Annahme ist nur wiederum dann berechtigt, wenn es für die beklagte Partei hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte gab, wenn sie sich also des Schwebezustandes bewusst gewesen ist oder wenn sie damit geradezu gerechnet hat, dass Mag. Werner Penn vollmachtslos gehandelt hat. Doch selbst dann darf sich ein Geschäftspartner nicht – so wie die beklagte Partei es nun zu konstruieren versucht – auf die Lauer legen und auf Handlungen der Stadt Linz warten, die man nötigenfalls zur Genehmigung umdeuten kann. Genau das hat aber die beklagte Partei getan: Ein grelles Licht auf ihre Vorgehensweise und den schlechten Glauben der beklagten Partei wirft es dabei, wenn ihre eigenen internen Dokumente ergeben, ihr Vorstand habe geglaubt, es sei notwendig, dass das Geschäft „irgendwie eingefangen“ (werde) oder es sei notwendig, das ganze Geschäft *doch* „stärker [zu] untermauern“.*

- 6.3.2.6. Gegenüber solchen Praktiken ist von einem redlichen Partner vielmehr zu verlangen, dass er das Geschäft nicht irgendwie einfängt, insbesondere nicht dadurch, dass er irgendwelche Umstände sammelt, die er dann als Genehmigung deutet, sondern dass ein Vertragspartner, der das Fehlen der Vertretungsmacht für möglich hält, sich seinerseits an die zuständigen Organe wendet. Die beklagte Partei hatte angesichts der ganzen Situation aktiv werden müssen. Stattdessen hat sie abgewartet und sucht heute noch nach irgendwelchen Genehmigungshandlungen (siehe *Pröls*, Vertretung ohne Vertretungsmacht, JuS 1985, 577, 585, der eindringlich nachwies, dass in solchen Fällen eine „Großzügigkeit“ bei der Annahme schlüssiger Genehmigungen gänzlich fehl am Platz ist).

#### **6.4. Keine Anscheinsgenehmigung durch Kontrollpflichtverletzung**

##### 6.4.1 Die Ausführungen der beklagten Partei

- 6.4.1.1. Eines der Hauptargumente der beklagten Partei scheint zu sein, dass der fehlende Beschluss des Gemeinderates zum Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 dadurch wettgemacht wird, dass sie der Stadt Linz ein massives Kontrollversagen vorwirft. Letztere habe – so der Vorwurf – offenbar nicht erkannt, dass es sich bei dem Swap-Geschäft 4175 weder um marktübliches noch ein das Fremdfinanzierungsportfolio optimierendes Derivatgeschäft (wie es im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 heißt) gehandelt hat, Mag. Werner Penn also die Ermächtigungen des Gemeinderates überschritten hatte.

- 6.4.1.2. Dieses Argument erinnert frappant an die rechtlich unhaltbare Behauptung der beklagten Partei, wonach das Schweigen der Stadt Linz zu diesem Swap-Geschäft eine nachträgliche Genehmigung bedeutete. Mit anderen Worten glaubt die beklagte Partei, dass die Verletzung der Berichtspflichten durch Mag. Werner Penn, die zweifelsohne vorliegen, und das Nichterkennen der wahren Natur des Swap-Geschäftes im Finanzausschuss einer nachträglichen Genehmigung gleichkommt.

##### 6.4.2 Kontrollversagen führt zum Schadenersatz und nicht zur Genehmigung

- 6.4.2.1. Die „Theorie“ der beklagten Partei zur genehmigenden Wirkung von Fehlern bei der Kontrolle missachtet, dass ein, den verschiedenen Organen der Stadt Linz vorgeworfenes Kontrollversagen höchstens schadenersatzrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, in keinem Fall aber eine Zustimmungswirkung erzeugt.

6.4.2.2. Es liegt ja auf der Hand, dass – auf einen anderen Bereich übertragen – Fehler des bauüberwachenden Architekten, die dazu führen, dass der Bauherr die mangelhafte Ausführung des Werkes nicht erkennt, nicht bedeuten kann, dass der Bauherr damit seinen Anspruch auf ein mangelfreies Werk verliert, ihm also der Fehler seines Kontrollorgans als Zustimmung zum Mangel zugerechnet wird. Aus den gleichen Gründen folgt aber auch, dass naturgemäß der Einsatz von Kontrollinstrumenten, nicht den Dritten, sondern ausschließlich den **Geschäftsherrn** schützt. Etwas anderes ist auch gar nicht denkbar, würde es doch ansonsten bedeuten, dass jener Geschäftsherr, der im Eigeninteresse Kontrolleure einsetzt, schlechter behandelt wird als jener, der keine Kontrollen hat (OGH 6 Ob 2144/96d; 9 Ob 33/99i; RIS-Justiz RS0108535). Gäbe es tatsächlich ein derart massives Kontrollversagen von Organen der Stadt Linz, was bestritten wird, so hätte ausschließlich die Stadt Linz Ansprüche gegen diese Organe, nicht aber könnte sich die beklagte Partei als Schädiger darauf berufen.

#### 6.4.3 Kein zurechenbares Verhalten durch den Gemeinderat

6.4.3.1. Die beklagte Partei wirft zwar der Form halber auch dem Gemeinderat ein Kontrollversagen vor, begründet das – mit Ausnahme eines einzigen, allerdings völlig unzutreffenden Arguments – aber nicht weiter. Tatsächlich fehlt es an einem möglichen Kontrollversagen des Gemeinderates schlicht und einfach deshalb, weil er mit dem Geschäft gar nicht befasst gewesen ist. Der Gemeinderat hatte ja überhaupt nicht die Gelegenheit, das Swap-Geschäft 4175 zu prüfen, weil es zu keinem Zeitpunkt Gegenstand einer Gemeinderatssitzung gewesen ist.

6.4.3.2. Von hohem Interesse ist dabei – allerdings anders als es die beklagte Partei meint – wie sie letztlich ein Versagen des Gemeinderates begründet: Danach ergäbe sich die Verantwortung des Gemeinderates und damit die Verletzung seiner Kontrollpflicht aus einer Kette von „Wissenszurechnungen“. Die beklagte Partei habe sich darauf verlassen, dass Mag. Werner Penn als Gruppenleiter iSd § 8 GEOM seinem Vorgesetzten, Finanzstadtrat Dr. Johann Mayr, über das Swap-Geschäft berichten werde. Der Finanzstadtrat wiederum habe gewiss als Vorsitzender des Finanzausschusses (und zwar zur „Vorberatung des Geschäftes“) darüber im Finanzausschuss ebenfalls berichtet; damit habe der Finanzausschuss alles gewusst. Der Finanzausschuss wiederum sei ein nach § 14 GOGR eingerichtetes Hilfsorgan, dem alle Anträge zur Vorbereitung zuzuweisen sind, die eine über den Voranschlag der Stadt Linz hinausgehende Belastung zur Folge haben könnten (Seiten 92 und 95 der Klagebeantwortung der beklagten Partei).

6.4.3.3. In der Tat können Angelegenheiten des Gemeinderates den Ausschüssen zur Vorberatung überlassen werden; die Ergebnisse dieser Vorberatung münden dann in einem entsprechenden Antrag des Ausschusses gegenüber dem Gemeinderat. Das heißt aber keineswegs, dass der Finanzausschuss immer nur zur Vorberatung von Angelegenheiten des Gemeinderates herangezogen wird; in den meisten Fällen wird der Ausschuss tätig, ohne dass gegenüber dem Gemeinderat ein Antrag gestellt oder im Gemeinderat darüber berichtet wird. Nimmt man die beklagte Partei beim Wort, so ist sie ernsthaft davon ausgegangen, dass der Finanzausschuss das Swap-Geschäft 4175 für den Gemeinderat „vorberät“ und dass dann der Gemeinderat darüber entscheidet. Dieses „Vertrauen“ der beklagten Partei verlangt zwingend ihre Überzeugung (im Februar 2007), Mag. Werner Penn könne den Vertrag gar nicht schließen, sondern dieses Geschäft müsse – nach einer Vorberatung im Finanzausschuss – dem Gemeinderat zur Entscheidung zugeführt werden; sie

glaubte also, dass der Gemeinderat ohnehin ehebaldigst entscheiden werde (immerhin sagt sie in der Klagebeantwortung, dass sie ja von einer Vorberatung im Finanzausschuss ausging). Nahm dies aber die beklagte Partei ernsthaft an, so wusste die beklagte Partei spätestens im April 2007, als sie sich nach den Gemeinderatsbeschluss erkundigt hat, dass der Gemeinderat trotz der Vorberatung im Ausschuss das Swap-Geschäft 4175 **nicht** genehmigt hat. Damit gesteht sie zu, dass sie nicht ernsthaft an eine Genehmigung durch den Gemeinderat glauben konnte, obwohl sie der Überzeugung war, dass es sich um ein gemeinderatspflichtiges Geschäft handeln musste, wäre es ansonsten nicht im Finanzausschuss vorberaten worden. Was im Finanzausschuss tatsächlich durch Mag. Werner Penn berichtet worden ist, sieht man aus den vorgelegten Protokollen des Finanzausschusses.

6.4.3.4. Da der Anschein einer Genehmigung (im Sinne der von der beklagten Partei gewünschten Zustimmung) aber nur von jenem Organ kommen kann, das schon ursprünglich zur Willensbildung berufen ist, also vom Gemeinderat, würde auch die ohnehin rechtlich verfehlte Theorie der beklagten Partei, der Zustimmungswirkung wegen Kontrollversagens durch andere Organe oder Beamte der Stadt Linz ins Leere gehen, weil dem Gemeinderat das Verhalten niemals zuzurechnen ist (*Bollenberger* in KBB<sup>3</sup> § 867 Rz 3; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.0 § 867 Rz 13; zuletzt mit Bezug auf den Prüfungsausschuss nach § 91 OÖ GemO 1990: OGH 5 Ob 52/11z).

6.4.4 Das Schweigen wegen „Kontrollversagens“ konnte aus Sicht der beklagten Partei keinen Erklärungsgehalt haben

6.4.4.1. Aber noch etwas spricht gegen die Hypothese der beklagten Partei: Ihre Überlegungen beruhen darauf, dass das Schweigen der Stadt Linz zum Swap-Geschäft 4175 nur dadurch erklärbar ist, dass deren Vertreter und Kontrolleinrichtungen ohnehin erkannt haben, dass das Swap-Geschäft 4175 zwar **marktunüblich**, und auch für **das Fremdfinanzierungsportfolio keineswegs optimierend ist**, dass es sich aber dennoch um ein Geschäft handelt, das die Stadt Linz so haben will, wie es eben ist, also auch mit dem negativen Anfangswert, dem unbeschränkten Risiko und einem Fremdwährungsspekulationsvolumen von über EUR 1 Mrd. Hätte die Stadt Linz – in der Denkweise der beklagten Partei – dieses Geschäft trotz seiner Untauglichkeit nicht gewollt, hätte die Stadt Linz wohl sofort bei der beklagten Partei dagegen remonstriert; da die Stadt Linz zu dem Geschäft aber schwieg, war für die beklagte Partei klar, die Stadt Linz wolle ein derartiges Geschäft. Die beklagte Partei hätte mit anderen Worten annehmen müssen und dürfen, dass die Stadt Linz die „schwebende Unwirksamkeit“ gekannt und mit ihr gerechnet hat (vgl. *Schramm* in *MüKO*, BGB<sup>6</sup> § 177 Rz 27).

6.4.4.2. Eine derartige Erwartungshaltung kann ein Dritter "in den Schuhen" der beklagten Partei aber nur dann gehabt haben, wenn er genau wusste, dass Mag. Werner Penn mit diesem Geschäftsabschluss die Gemeinderatsermächtigung (bei weitem) überschritten hat. Glaubte aber die beklagte Partei – wie sie sagt – dass Mag. Werner Penn im Rahmen des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 gehandelt hat, so konnte sie redlicherweise gar nicht erwarten, dass es einen "Aufschrei" der Stadt Linz zu einem derartigen Geschäft geben könnte. Wenn es tatsächlich so war, wie die beklagte Partei behauptet, nämlich dass sie immer davon ausging, Mag. Werner Penn habe im Rahmen seiner Ermächtigung gehandelt, so konnte sie dem Schweigen der Stadt Linz zum Geschäft gerade keine Erklärungswirkung zumessen; das von der

beklagten Partei breit ausgeführte "*massive Kontrollversagen*" war demnach für die Frage der nachträglichen Genehmigung durch den Gemeinderat völlig irrelevant.

- 6.4.4.3. Daraus folgt: Solange dem Gemeinderat der Stadt Linz die schwebende Unwirksamkeit des Geschäftes nicht bekannt war, ist eine Diskussion über die nachträgliche Genehmigung müßig. Umgekehrt ist aber zu bemerken, dass, wenn der beklagten Partei die fehlende Willensbildung bekannt war, wofür in Anbetracht der Umstände viel spricht, insbesondere weil einige Zeit nach dem Vertragsabschluss heimliche Sanierungsbemühungen begonnen haben, es an ihr gewesen wäre, die Stadt Linz zur Genehmigung aufzufordern, statt in Lauerstellung zuzuwarten. Diese Asymmetrie, dass nämlich eine organisationsrechtlich nicht erfolgte Willensbildung der Stadt Linz zum Nachteil des Vertragspartners ausschlägt, wird nicht nur damit gerechtfertigt, dass dieser Vertragspartner die entsprechenden Willensbildungsregeln nicht nur kennen musste, sondern sogar kannte. Sie ist Ausfluss der gesetzgeberischen Wertung, juristische Personen des öffentlichen Rechts zu privilegieren. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Beklagte es von Anfang an in der Hand gehabt hätte, ein gültiges Geschäft zustande zu bringen: Sie hätte einfach nur das Gesetz befolgen müssen.

## **6.5. Kein Genehmigungswille des Gemeinderates**

### **6.5.1 Einleitung**

- 6.5.1.1. Der Gemeinderat der Stadt Linz hat keinerlei Verhalten gesetzt, aus dem die beklagte Partei redlicherweise den Schluss ziehen konnte, der Gemeinderat wolle damit das ermächtigungslos abgeschlossene Geschäft des Mag. Werner Penn nachträglich genehmigen (siehe Punkte 6.3 und 6.4).
- 6.5.1.2. Ein solcher Genehmigungswille hätte sich – auch für die beklagte Partei erkennbar – erst dann manifestieren können, wenn dem Gemeinderat bewusst geworden wäre, dass die von ihm der Finanz- und Vermögensverwaltung im Beschluss vom 3. Juni 2004 eingeräumte Ermächtigung durch Währungsspekulationen in existenzgefährdendem Ausmaß überschritten worden ist. Es geht also nicht allein um die Kenntnis des Gemeinderates, dass die Finanz- und Vermögensverwaltung Finanzgeschäfte abgeschlossen hat - etwas, was ohnehin auch nie im Gemeinderat thematisiert worden ist - sondern ausschließlich darum, ob die der Verwaltung eingeräumte Ermächtigung überschritten wurde oder nicht. Nur im letzten Fall könnte sich die Frage einer Genehmigung durch den Gemeinderat stellen. Allein das Wissen um den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 hätte ohne Wissen um die Überschreitung der Ermächtigung, eine derartige Genehmigungsbedürftigkeit nicht hervorgerufen.
- 6.5.1.3. Geschäfte des Debt-Managements werden grundsätzlich nur im Finanzausschuss behandelt. Die Ergebnisse der nachträglichen Prüfung der Rechnungsabschlüsse der Gemeinde durch das Kontrollamt erhält nur der Kontrollausschuss, nicht aber der Gemeinderat. Eine solche nachträgliche Prüfung des Kontrollamtes zum Rechnungsabschluss für das Jahr 2007 hatte im September 2008 (Beilage ./NN) erst- und letztmalig alle Finanzgeschäfte am Rande mit den Worten erwähnt: "*Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen.*" Aus dieser Berichtsdarstellung hat sich allerdings auch für die Mitglieder des Kontrollausschusses kein Risiko ergeben. Der ehemalige Vorsitzende, Mag. Stelzer, erklärte dazu: "*Für andere kann ich nicht*

*antworten. Für mich als Vorsitzenden, nachdem der Name hiergefallen ist und das Geschäft nach meinen Erinnerungen auch nie so beschrieben und dargestellt wurde, war es zumindest niemals ein Thema." (vgl. Sonderprüfungsbericht des Kontrollamts vom 18. September 2012, Seite 124, ON 126 des Strafaktes).*

- 6.5.1.4. Ausnahmen bestehen nur dann, wenn Ausschüssen die Vorberaterung von gemeinderatspflichtigen Geschäften oder im Gemeinderat zu behandelnden Themen übertragen werden, oder aber wenn die Ausschüsse sich entschlossen haben, die Angelegenheit dem Gemeinderat vorzulegen. Aber auch in derartigen Fällen stellt der Ausschuss lediglich einen Antrag, dem eine Begründung angefügt ist (der sogenannte „*Amtsbericht*“). Die Ergebnisse der Beratungen im Detail oder auch die Protokolle über den Inhalt der Beratungen bleiben auch in diesen Fällen im Ausschuss und werden dem Gemeinderat nicht übermittelt. Ansonsten sind die Sitzungen der Ausschüsse vertraulich (§ 3 Abs 4 der Geschäftsordnung für die Ausschüsse).
- 6.5.1.5. Der Gemeinderat konnte – wenn überhaupt – mit dem Swap-Geschäft 4175 eigentlich nur im Zusammenhang mit den Jahresberichten des Kontrollamtes oder der Genehmigung der Rechnungsabschlüsse in Berührung kommen. Die Protokolle des Gemeinderates, in dem er die Kontrollamtsberichte der Jahre 2007 bis 2009 behandelt hat, aber auch die Genehmigung der Rechnungsabschlüsse für die Jahre 2007 bis 2009 zeigen, dass kein einziges Finanzgeschäft, geschweige denn das Swap-Geschäft 4175 Gegenstand einer Debatte im Gemeinderat gewesen ist. Auch die Rechnungsabschlüsse der Stadt Linz und die Jahresberichte des Kontrollamtes enthalten nicht den geringsten Hinweis auf solche Geschäfte. Die beklagte Partei konnte daher, sollte sie sich tatsächlich mit den Debatten des Gemeinderates zu diesen Themen beschäftigt haben, eine Behauptung, die – sollte sie die beklagte Partei machen – nicht glaubwürdig wäre, daraus in keinem Fall des Schluss ziehen, der Gemeinderat der Stadt Linz habe in Kenntnis der Ermächtigungsüberschreitung des Mag. Werner Penn schließlich sein Einverständnis zum Swap-Geschäft 4175 erklärt.

## **6.6. Die Behandlung der Rechnungsabschlüsse 2007 bis 2009 im Gemeinderat**

### **6.6.1 Der Rechnungsabschluss**

- 6.6.1.1. Beim Rechnungsabschluss der Stadt Linz handelt es sich – wie auch bei anderen Gemeinden – um keinen Vermögensvergleich, sondern lediglich um eine Einnahmen-/Ausgaben-Rechnung im Sinne der kameralistischen Vorschriften. Das Swap-Geschäft 4175 als solches konnte sich daher – anders als ein Wirtschaftsgut beim Vermögensvergleich – niemals im Rechnungsabschluss wiederfinden.
- 6.6.1.2. Der Rechnungsabschluss soll als Pendant zum jährlichen Voranschlag der Gemeinde über sämtliche im abgelaufenen Finanzjahr angefallenen veranschlagungswirksamen Gebarungsfälle Aufschluss geben. Dadurch erhält der Gemeinderat Einblick in die Wirtschaftsführung und das Jahresergebnis. Die Rechnungsziele sind im Wesentlichen der Nachweis des Deckungserfolges (Abgabendeckung im ordentlichen Haushalt und deren Abfolge), die Abstimmung zwischen Voranschlag und Ausführung als Vergleichsrechnung und die Abstimmung zwischen den Zahlungsanweisungen und den Zahlungsausführungen (*Hengstschläger*, 12. Teil, Gemeindehaushaltsrecht Rz 171, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]).

6.6.1.3. Der Gemeinderat hat zwar den Rechnungsabschluss zu genehmigen, damit werden aber nur Feststellungen zu Kontrollzwecken getroffen. Diese beinhalten keine normativer Aussagen (*Hengstschläger*, 12. Teil, Gemeindehaushaltsrecht Rz 171, in *Klug/Oberndorfer/Wolny* [Hrsg], Gemeinderecht [2008]). Die Beschlüsse zum Rechnungsabschluss sind somit lediglich Feststellungen, die in der Regel auch keine verbindlichen Anordnungen enthalten (*Neuhofner*, Gemeinderecht<sup>2</sup>, 506).

#### 6.6.2 Die Erfassung der Zahlungen im Rechenwerk der Stadt und im Rechnungsabschluss

6.6.2.1. In den Jahren 2007 bis 2009 wurden alle Geldflüsse aus Swap-Geschäften auf der Einnahmen-VASSt 2.9500.829000 verbucht; ein Sammelkonto, das die Bezeichnung „sonstige Einnahmen“ aufwies. Interessant ist, dass auf diesem Sammelkonto „sonstige Einnahmen“ im Jahr 2009 auch der Zahlungsabfluss aus dem Swap-Geschäft 4175 eingebucht worden ist. Bei den Zahlungsbewegungen handelt es sich um saldierte Beträge, d.h. um einen Saldo aus den im Swap-Geschäft ausgetauschten Zahlungen (Sonderprüfung des Kontrollamtes vom 18. September 2012, ON 126 des Strafactes, Seiten 75ff). Das Konto „sonstige Einnahmen“ stellt – wie schon sein Name sagt – ein Sammelkonto dar, auf dem verschiedene Einnahmen eingehen. Es ist auch keineswegs das einzige Konto mit dieser Bezeichnung. Vielmehr existiert je nach Ertragsgruppe eine Vielzahl solcher Konten (zu der Ertragsgruppe vgl. die einzelnen Rechnungsquerschnitte in der Beilage ./UUU). Einen Rückschluss auf konkrete Geschäfte lässt die Verbuchung nicht zu.

6.6.2.2. Im Rechnungsquerschnitt, den die Mitglieder des Gemeinderates bei der Genehmigung der Rechnungsabschlüsse dann tatsächlich vor Augen haben (Beilage ./UUU) sind die sonstigen Einnahmen aus dem Swap-Geschäft unter den Zinsen für Finanzschulden mit dem Überbegriff „Ausgaben der laufenden Gebarung“ enthalten. Insgesamt finden sich die Ausgleichszahlungen aus dem Swap-Geschäft in der Gruppe 24 „Verwaltungs- und Betriebsaufwand“. Es verwundert also nicht, dass im Gemeinderat zum Finanzgeschäft – bis Mitte 2010 – das Thema Finanzgeschäfte nicht einmal im Ansatz Thema gewesen ist (zum Kontrollausschuss siehe Punkt 6.10.3).

6.6.2.3. Die Genehmigung der Rechnungsabschlüsse des Gemeinderates der Jahre 2007 bis 2009 (die diesbezüglichen Protokolle über die Genehmigung dieser Rechnungsabschlüsse werden als Beilagen ./ZZZZ, ./GGGGG und ./NNNNN vorgelegt) belegt, dass auch in den Rechnungsabschlüssen Erlöse aus Finanzgeschäften nicht vorkamen, ja nicht einmal Hinweise auf das Vorliegen von Finanzgeschäften enthalten waren; das erkennt jeder, der auch nur einen Blick in den Rechnungsabschluss wirft (jener des Jahres 2007, wie er den Mitgliedern des Gemeinderates vorgelegen ist, wird als Beilage ./XXXX vorgelegt).

#### 6.6.3 Die Genehmigung der Jahresabschlüsse 2007 bis 2009 im Gemeinderat

6.6.3.1. Die Rechnungsabschlüsse 2007 bis 2009 geben keine Auskunft über einzelne Geschäfte. Die Einnahmen und Ausgaben sind entsprechend der VRV („Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung“) und der HO („Haushaltsordnung“) in einer äußerst komplexen Art erfasst bzw. zugeordnet und lassen ebenfalls eine Zuordnung zu einzelnen Einnahmen und Ausgaben keinesfalls zu. Im Rechnungsabschluss haben also die Mitglieder der Gemeinderates weder Finanzgeschäfte gesehen noch Einnahmen und Ausgaben daraus identifizieren

können; der Rechnungsabschluss 2007 dient als Beweis (Beilage ./XXXX; vgl. auch die Rechnungsquerschnitte in Beilage ./UUU).

- 6.6.3.2. Die Protokolle der Gemeinderatssitzungen, mit denen die Rechnungsabschlüsse für die Jahre 2007 bis 2009 genehmigt wurden, enthalten daher – wenig überraschend – ebenfalls keinerlei Hinweis auf abgeschlossene Finanzgeschäfte oder Finanztermingeschäfte, geschweige denn eine Auseinandersetzung damit im Gemeinderat (Beilagen ./ZZZZ, ./GGGGG und ./NNNNN).
- 6.6.3.3. Hätte also die beklagte Partei die Rechnungsabschlüsse der Stadt Linz und die Protokolle der Genehmigung dieser Rechnungsabschlüsse studiert, was sie offenbar nicht getan hat (ansonsten wäre sie nicht auf die Idee gekommen, zu behaupten, die Genehmigung der Jahresabschlüsse habe bei ihr ein Vertrauen auf die Wirksamkeit der Geschäfte erweckt), so hätte sie festgestellt, dass sich weder in den Rechnungsabschlüssen noch in den Protokollen über deren Genehmigung ein Hinweis auf das Swap-Geschäft 4175 finden lässt. Die beklagte Partei konnte daher weder auf die Zustimmung des Gemeinderates vertrauen, weil es eben keinen Vertrauenstatbestand gab, noch hat sie tatsächlich vertraut. Es ist daher abwegig dem Gericht glauben machen zu wollen, dass die beklagte Partei dennoch auf eine derartige Wirkung der Genehmigung der Jahresabschlüsse vertraut und deshalb Dispositionen getroffen hat.
- 6.6.3.4. Dagegen spricht auch, dass die beklagte Partei in einem solchen Fall mit Sicherheit in den zahlreichen internen Kreditanträgen (Beilagen ./JJJ1 bis ./JJJ16), in denen die Rechnungsabschlüsse der Stadt Linz analysiert hat, darauf hingewiesen hätte, das Swap-Geschäft 4175 wäre nun jedenfalls vom Gemeinderat genehmigt. Einen solchen Hinweis hätte man sich umso mehr erwartet, als die beklagte Partei im April 2007 (Beilage ./EE) selbst Sorge hatte, ob denn Mag. Werner Penn ermächtigt gewesen ist, das Geschäft im Namen der Stadt Linz zu schließen.
- 6.6.3.5. Der beklagten Partei ist ferner entgegenzuhalten, dass nicht einmal die Aufnahme eines Wirtschaftsgutes in die Bilanz der rechnungslegungspflichtigen Gesellschaft und die Feststellung des Jahresabschlusses ein Geschäft genehmigt, das zur Hereinnahme dieses Wirtschaftsgutes geführt hat: In dem der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 3. Juli 1985, 3 Ob 59/85, zugrunde liegenden Sachverhalt war ein Wirtschaftsgut in Form eines unwirksamen Insichgeschäftes für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung angeschafft und – im Wege des Anlageverzeichnisses ganz konkret – in den Jahresabschluss aufgenommen worden. Diesen Jahresabschluss hatten nach einem Gesellschafterwechsel die nachfolgenden Gesellschafter genehmigt. Der Oberste Gerichtshof entschied dennoch, dass der Beschluss der Generalversammlung über die Genehmigung der Bilanz keine konkludente Genehmigung eines unwirksamen Kaufes bedeutet. Diese Entscheidung gilt umso mehr im Bereich der Kommunen, da wegen der kameralistischen Rechnungsführung das Ergebnis solcher Geschäfte nicht in die Jahresrechnung aufgenommen wird.

Beweis: Protokoll der Gemeinderatsitzung vom 26.6.2008 zur Genehmigung des Rechnungsabschlusses 2007, Beilage ./ZZZZ;  
 Protokoll der Gemeinderatsitzung vom 2.7.2009 zur Genehmigung des Rechnungsabschlusses 2008, Beilage ./GGGGG;  
 Protokoll der Gemeinderatsitzung vom 1.7.2010 zur Genehmigung des Rechnungsabschlusses 2009, Beilage ./NNNNN;

Rechnungsabschluss 2007, Beilage ./XXXX;  
 Dr. Hermann Keplinger als Zeuge, p.A. der Stadt Linz.

## **6.7. Die Behandlung der Berichte des Kontrollamtes im Gemeinderat**

### **6.7.1 Jahresberichte gegenüber den Mitgliedern der Gemeinderates**

6.7.1.1. Bei der Gliederung des Magistrats ist ein Kontrollamt („*Stadtrechnungshof*“) vorgesehen, das die Gebarung des Magistrats in Bezug auf die rechnerische Richtigkeit sowie auf die Zweckmäßigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen hat (§ 39 Abs 1 Satz 1 StL 1992). Das Kontrollamt wird dabei entweder auf eigene Initiative tätig oder es erhält einen Prüfungsauftrag vom Gemeinderat, vom Stadtsenat, vom Kontrollausschuss, vom Bürgermeister oder vom Magistratsdirektor (§ 39 Abs 2 StL 1992). Über das Ergebnis seiner Überprüfung berichtet das Kontrollamt dann jeweils jenem Organ, von dem es den Prüfungsauftrag erhalten hat; Ausfertigungen dieser Berichte erhalten in jedem Fall auch der Bürgermeister, der Kontrollausschuss und der Magistratsdirektor.

6.7.1.2. Neben diesen „*Initiativprüfungen*“ hat das Kontrollamt jährlich den Rechnungsabschluss (im Nachhinein) zu prüfen; über das Ergebnis wird ausschließlich dem Kontrollausschuss Bericht erstattet. Die Mitglieder des Gemeinderates erhalten jährlich lediglich einen zusammenfassenden Jahresbericht über die erfolgte Prüfungstätigkeit (§ 39 Abs 3 StL 1992), Letzterer wird auch im Internet veröffentlicht.

### **6.7.2 Die Berichte und deren Behandlung im Gemeinderat**

6.7.2.1. Die Stadt Linz legt dazu die Auszüge aus den Protokollen der Sitzungen des Gemeinderates zu Behandlung der Kontrollamtsberichte für die genannten Jahre und die dazugehörigen Kontrollamtsberichte vor (Beilagen ./VVVVV und ./WWW: 2007; Beilagen ./DDDDD und ./EEEE: 2008; Beilagen ./KKKKK und ./LLLLL: 2009). In den Berichten des Kontrollamtes für diese Jahre wird ein Finanzgeschäft der Stadt Linz nicht einmal erwähnt, geschweige denn das konkrete Swap-Geschäft 4175; naturgemäß konnte sich auch der Gemeinderat mit der konkreten Struktur und der Gefährlichkeit dieses Geschäftes nicht befassen (daher enthalten auch die Protokolle der Sitzungen über diese Berichte keinerlei Hinweise); wo sonst als in einem Kontrollamtsbericht hätte der Gemeinderat auf diese Finanzgeschäfte aufmerksam gemacht werden können.

6.7.2.2. Liest man diese Berichte und die Protokolle, so wird der Vortrag der beklagten Partei sofort widerlegt, sie habe aus dem Verhalten des Gemeinderates der Stadt Linz den Schluss gezogen, dass die Stadt Linz ohnehin mit dem Geschäft vertraut sei. Das von der beklagten Partei angesprochene Vertrauen setzt einen Vertrauenstatbestand und ein tatsächliches Vertrauen voraus. Auch mit Bezug auf die Kontrollamtsbericht gegenüber den Mitgliedern des Gemeinderates fehlte es an beidem.

Beweis: Jahresbericht über die Prüfungstätigkeit des Kontrollamtes 2007 vom 15.1.2008, Beilage ./VVVVV;  
 Antrag des Kontrollausschusses zum Tätigkeitsbericht 2007 in der Gemeinderatsitzung vom 24.4.2008, Beilage ./WWW;  
 Jahresbericht über die Prüfungstätigkeit des Kontrollamtes 2008 vom 19.1.2009, Beilage ./DDDDD;

Antrag des Kontrollausschusses zum Tätigkeitsbericht 2008 in der Gemeinderatsitzung vom 23.4.2009 ./EEEEEE;  
 Tätigkeitsbericht des Kontrollamtes 2008 vom 1.2.2010, Beilage ./KKKKK;  
 Antrag des Kontrollausschusses in der Gemeinderatsitzung vom 22.4.2010 zum Tätigkeitsbericht 2009, Beilage ./LLLLL;

## **6.8. Keine schlüssige nachträgliche Genehmigung durch die Entgegennahme der Zahlungen**

### **6.8.1 Die Zahlungen aus dem Swap-Geschäft 4175 und deren Verbuchung**

6.8.1.1. Die Stadt Linz erhielt aus dem Swap-Geschäft 4175, der Zinsformel entsprechend, jeweils den LIBOR von der beklagten Partei bezahlt, und sie musste – solange der Kurs CHF/EUR den Schwellenwert von 1,54 nicht unterschritt – lediglich einen fixen Zinssatz von 0,065 % an die beklagte Partei entrichten. Da der LIBOR, den die Stadt Linz allerdings an die Kommunalkredit Austria AG abzuliefern hatte, höher war als der anfangs von ihr zu zahlende Fixzinssatz von 0,065 %, erhielt die Stadt Linz naturgemäß in der dadurch bestehenden Differenz Zahlungen von der beklagten Partei, die sie zuerst auf einem Konto bei der beklagten Partei und dann auf einem Konto der Kommunalkredit Austria AG entgegengenommen hat; die Zahlungen endeten mit April 2009.

6.8.1.2. Der Gemeinderat der Stadt Linz war weder mit der Einrichtung der Konten für den Tausch der Zahlungsflüsse noch mit dem Empfang der Zahlungen befasst. Es waren dies ausschließlich Verwaltungsbeamte, sieht man davon ab, dass der Bürgermeister der Stadt Linz im Herbst 2007 ein Konto bei der Kommunalkredit Austria AG eröffnet hat. Auch die Verbuchung der Zahlungen erfolgte durch Verwaltungsbeamte (Sonderprüfungsbericht des Kontrollamtes vom 18. September 2012, Seite 77, ON 126 des Strafaktes).

### **6.8.2 Die Entgegennahme der Zahlungen hat nicht die Funktion einer Willenserklärung**

6.8.2.1. Allein die Entgegennahme der Zahlungen der beklagten Partei und deren Verbuchung auf den verschiedenen Konten der Stadt Linz konnte dennotwendigerweise kein Verhalten des Gemeinderates darstellen, mit dem er schlüssig (§ 863 ABGB) das Swap-Geschäft 4175 genehmigt hat oder auch nur einen dahingehenden Anschein erzeugen konnte; ausschließlich der Gemeinderat selbst, nicht einmal einzelne seiner Mitglieder, können nämlich die Genehmigung bewirken (Punkte 6.2 und 6.3). Die Entgegennahme von Geldern durch Organe oder Stellen, welche für die Genehmigung nicht zuständig sind, erfüllen nicht die Voraussetzungen des § 1016 ABGB, stellt doch die Entgegennahme der Vorteile aus einem vollmachtslos abgeschlossenen Geschäft nur dann eine Genehmigung dar, wenn es im Sinne einer Willensbetätigung zu einer entsprechenden Willensbildung durch den Gemeinderat gekommen ist.

### **6.8.3 Mit der Genehmigung der Rechnungsabschlüsse hat der Gemeinderat nicht auch der das Swap-Geschäft 4175 nachträglich gebilligt**

6.8.3.1. Aufgrund der Aufgaben und Funktion der Rechnungsabschlüsse und deren Genehmigung sowie der Handhabung durch die Mitglieder des Gemeinderates ist es undenkbar anzunehmen, der Gemeinderat der Stadt Linz habe damit auch das Swap-

Geschäft 4175 genehmigt. Die diesbezüglichen Gründe wurden in Punkt 6.6.3 ausführlich dargelegt.

## 6.9. Keine Willensbetätigung (§ 1016 2. Fall ABGB) durch die Entgegennahme der Zahlungen

- 6.9.1 Allein die Entgegennahme von Zahlungen aus dem Swap-Geschäft durch die Verwaltungsbeamten der Stadt Linz und deren Verrechnung auf den verschiedenen Konten führte unstrittig noch nicht zur Genehmigung des Geschäftes. Aus dem bloßen (einseitigen) Ingangsetzen des Vertrages folgt ebenso wenig wie aus dem Verstreichen einiger Jahre die Gültigkeit eines ungültigen Geschäftes. Dabei darf an die OGHE 9 ObA 211/01x erinnert werden, in der eine Bindung der Gemeinde gegenüber ihren Arbeitnehmern (!), die die Rechtsordnung zweifellos zu den besonders schützenswerten Gruppen zählt, trotz 10-jähriger betrieblicher Übung verneint wurde.
- 6.9.2 Auch Erfüllungshandlungen können den Vertrag nachträglich nicht einfach sanieren, da sonst jede Vertretung ohne Vollmacht durch Lieferung an den Geschäftsherrn gültig gemacht würde. Tatsächlich ist völlig klar, dass das bloße Nichtstun oder Schweigen des Geschäftsherrn nicht ausreicht, um den Dritten auf eine Genehmigung vertrauen zu lassen (*Schramm* in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 177 Rz 28). Das gilt nach hA in Deutschland sogar dann, wenn der Dritte den Geschäftsherrn vom Vertragsabschluss informiert hat (*Schramm* in MüKo, BGB<sup>6</sup> § 177 Rz 28; BGH WM 1964, 224).
- 6.9.3 Wie streng die Rechtsprechung die Erfordernisse für die nachträgliche Genehmigung nach § 1016 ABGB handhabt, zeigen die zwei Entscheidungen des OGH 1 Ob 205/06p und 9 Ob 41/09h: In der ersten Entscheidung hatte das Berufungsgericht die schlüssige Genehmigung eines Bestandvertrages darin erblickt, dass die Fruchtgenussberechtigten als vermeintliche Vermieter zum Einzug der Mieter geschwiegen hatten; eine der beiden Fruchtgenussberechtigten an der Liegenschaft hatte sogar an einer Wohnungsbesichtigung teilgenommen. Dennoch hat das Höchstgericht der Revision wegen einer eklatanten Fehlbeurteilung der Untergerichte aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit Folge gegeben. Es führte dazu aus: *„Die nachträgliche Zurechnung des Mietvertragsabschlusses würde voraussetzen, dass für die Beklagten kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig geblieben wäre, dass die Klägerinnen ihnen gegenüber den Willen äußern wollten, sie wären mit dem Mietvertrag doch einverstanden. Nur dann, wenn dem Stillschweigen .... keine andere Bedeutung als die einer Zustimmung beigelegt werden könnte, wäre Zustimmung anzunehmen .... Jedenfalls setzt die Annahme einer schlüssigen Erklärung gewisse Kenntnisse des Erklärenden über die im Zeitpunkt seines Verhaltens maßgeblichen Umstände voraus.“* In der Entscheidung 9 Ob 41/09h hatte der Obmann eines Vereins sowohl den Kredit- als auch den Bürgschaftsvertrag unterzeichnet. Der Kreditbetrag wurde dem Verein zugezählt und von diesem unter Einbeziehung des Obmanns und der Kassierererin widmungsgemäß verwendet. Zunächst wurden auch die vereinbarten Kreditraten vom Verein bezahlt. Die Untergerichte sahen darin eine Genehmigung des Kreditvertrages, der entgegen den Vereinsstatuten nicht vom Gruppenschriftführer unterzeichnet war. Der OGH verneinte trotz der widmungsgemäßen Verwendung des Kredites und der anfänglichen Kredittilgung, alles Umstände, von denen die Vereinsorgane wussten, eine nachträgliche Genehmigung. Er bestätigte, dass eine derartige Genehmigungswirkung nur dann eintreten könne, wenn der Geschäftsherr alle

Details des zu genehmigenden Geschäftes kennt; die bedingungsgemäße Verwendung der Kreditvaluta genügt ebenso wenig wie die Rückzahlung von Raten aus dem Kredit.

- 6.9.4 Die Entgegennahme der Zahlungen durch Beamte der Stadt Linz kann demnach für sich niemals eine Genehmigungswirkung erzeugen, es bedarf eines darüber hinausgehenden Willensaktes des Gemeinderates, wonach er das bisher unwirksame Geschäft genehmigen will. Während bei der Genehmigung im Wege der Anscheinsgenehmigung auch Vertrauensschutzaspekte eine Rolle spielen, die aber im konkreten Fall mangels Vertrauens der beklagten Partei nicht schlagend wurden, gibt es bei der Vorteilszuwendung keinen Vertrauensschutz.
- 6.9.5 Bei der Vereinnahmung von Geldern im Sinne des § 1016 ABGB 2. Fall handelt es sich ja um eine **Willensbetätigung** ohne Kundgabezweck. Wollte der Gemeinderat sich den Vorteil also gar nicht wirklich zuwenden, bleibt das Geschäft unwirksam. Zu Recht nennt *Welser* eine „*Willensbetätigung, der weder ein innerer Wille, noch die äußere Erscheinungsform eines Rechtsfolgewillens zugrundeläge, ein ganz unsinniges Hirngespinnst*“ (*Welser*, Drei Fragen des Stellvertretungsrechts, JBl 1972, 340). Dem sind auch andere gefolgt: „*Wo kein Vertrauen vorliegt [...] ist ein ‚Vertrauensschutz‘ sinnlos. (F. Bydlinski, Privatautonomie 41). Wo keiner auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Sinn des Verhaltens des anderen vertraut [...] dort kann mangels eines rechtsgeschäftlichen Willens und eines verkehrsmäßig begründeten Vertrauens von einem Rechtsgeschäft auch nach einer sinnvoll verstandenen Vertrauenstheorie überhaupt keine Rede sein*“ (*F. Bydlinski, Privatautonomie 10f*).
- 6.9.6 Damit der Gemeinderat aber einen nachträglichen Genehmigungswillen bilden kann, muss er **wissen**, dass der konkrete Vorteil, also die Entgegennahme der Zahlung, aus einem Geschäft stammt, das in seinem Namen abgeschlossen wurde und das bisher unwirksam war, weil sein Vertreter die ihm **ingeräumte Vollmacht überschritten hat**.
- 6.9.7 Nach den Feststellungen in den Punkten 6.6 bis 6.8 ist es auszuschließen, dass einzelne Mitglieder des Gemeinderates überhaupt eine Vorstellung davon haben konnten, dass im Namen der Stadt Linz Zahlungen aus dem Swap-Geschäft 4175 vereinnahmt wurden. Selbst wenn das der Fall gewesen wäre, so hätte das bei weitem nicht ausgereicht, dass damit das Geschäft nachträglich genehmigt war. Um eine derartige Genehmigungswirkung zu erzeugen, wäre es notwendig gewesen, dass die Mitglieder des Gemeinderates auch wussten, dass die Zahlungen aus einem Geschäft kamen, das vom Gemeinderat bis dahin überhaupt noch nicht autorisiert gewesen ist.
- 6.9.8 Damit sich aber ein derartiges Bewusstsein überhaupt entwickeln kann, muss der Gemeinderat nicht nur das Geschäft kennen, sondern er muss auch wissen, dass es weder marktüblich noch optimierend gewesen ist. Nur so wäre den Gemeinderatsmitgliedern klar geworden, dass Mag. Werner Penn außerhalb der Ermächtigung vom 3. Juni 2004 gehandelt hat. Die Gemeinderatsmitglieder hätten also etwa bei ihrer Beschlussfassung zur Genehmigung des Rechnungsabschlusses 2007 wissen müssen, dass Mag. Werner Penn gegen einen vergleichsweise geringen Vorteil bei den Zinsen, der darüber hinaus beschränkt war, eine Vielzahl von Währungswetten mit einem Volumen von mehr als EUR 1 Mrd. und einem völlig unbeschränkten Risiko eingegangen ist; er also ein Produkt gekauft hat, das die Stadt Linz einem existenziellen Risiko ausgesetzt hat und das nicht nur schon von

Anbeginn an einen negativen Wert von EUR 20 Mio. hatte, sondern für welches es nicht einmal einen Markt gegeben hat (vgl. Punkt 4.) Nur wenn das der Fall gewesen wäre, dann hätten die Mitglieder des Gemeinderates das Swap-Geschäft 4175 bewusst mit ihrer Stimmabgabe zu den Rechnungsabschlüssen 2007 bis 2009 genehmigt. Es liegt wohl auf der Hand, dass das in concreto nicht der Fall gewesen ist.

## **6.10. Auch der Finanzausschuss und der Kontrollausschuss waren nicht nachträglich mit dem Swap-Geschäft 4175 einverstanden**

### 6.10.1 Die Funktion der Ausschüsse und ihre Arbeitsweise

6.10.1.1. Der Gemeinderat kann nach § 40 Abs 1 StL 1992 aus seiner Mitte nach Bedarf Ausschüsse zur Vorberatung von Anträgen und zur Abgabe von Gutachten bestellen; der Gemeinderat hat jedenfalls einen Kontrollausschuss einzurichten. Letzterem kommt, neben dem Recht der Auftragserteilung an das Kontrollamt, vor allem die Behandlung sämtlicher Berichte des Kontrollamtes zu.

6.10.1.2. Die Verhandlungen von Ausschüssen, die dort gefassten Beschlüsse sowie die Protokolle dieser Ausschüsse sind, sofern der Ausschuss ausdrücklich nicht etwas anderes beschließt, vertraulich (§ 3 Abs 4 der Geschäftsordnung für die Ausschüsse).

6.10.1.3. Gegenstand der Verhandlungen der Ausschüsse sind unter anderem Vorlagen des Bürgermeisters, Anträge von Mitgliedern des Ausschusses und Berichte des Kontrollamtes oder des Magistrats (§ 6 der Geschäftsordnung für Ausschüsse). Sofern ein Ausschuss nicht zur Vorberatung oder zur Abgabe von Gutachten beauftragt wird oder er selbständige Anträge im Gemeinderat stellt, bleiben die behandelten Themen bei den Mitgliedern des Ausschusses und gelangen nicht in den Gemeinderat (vgl. Punkte 6.4.3.2ff).

6.10.1.4. Aus dem Vorbringen der beklagten Partei in ihrer Klagebeantwortung gewinnt man den Eindruck, dass sie bewusst oder unbewusst das Wissen oder Verhalten verschiedener Organe der Gemeinde so miteinander vermengt, dass „irgendwie“ eine Zurechnung zur Stadt Linz herauskommt. Dazu ist klarzustellen, dass sowohl für die Ermächtigung zum Abschluss eines Geschäftes im Namen der Stadt Linz als auch zur nachträglichen Genehmigung nur jenes Organ in Betracht kommt, das dafür zuständig ist. Zuständiges Organ für das Swap-Geschäft 4175 ist aber ausschließlich der Gemeinderat und nicht einer seiner Ausschüsse oder Ausschussmitglieder. Der Oberste Gerichtshof hat in einer aktuellen Entscheidung (OGH 5 Ob 52/11z) dies mit Bezug auf den Prüfungsausschuss nach § 91 oö. GemO 1990 wieder bestätigt. Aufgabe des Ausschusses ist – wie der Oberste Gerichtshof betont – die Überwachung der Gebarung der Gemeinde, nicht aber der Abschluss von Rechtsgeschäften. Sogar das Wissen des Prüfungsausschusses um ein unwirksam zustande gekommenes Geschäft der Gemeinde bewirkt daher nicht dessen nachträgliche Genehmigung. In einer vorangehenden Entscheidung (OGH, 4 Ob 26/01d) war bereits klargestellt worden, dass nicht einmal das Wissen einzelner Mitglieder des Gemeinderates eine Willensbildung des Gesamtorgans ersetzt (vgl. Punkt 6.3.2.3).

6.10.1.5. Ausschüsse des Gemeinderates und deren Beratungen sind grundsätzlich vertraulich, sie sind daher auch der beklagten Partei nicht bekannt. Nicht nur ausdrückliche, sondern auch schlüssige Willenserklärungen sind zugangsbedürftig. Kannte also die

beklagte Partei die Behandlung des Swap-Geschäftes 4175 in den Ausschüssen nicht, so wurde ihr gegenüber – schon mangels Zugangs – kein Verhalten gesetzt, das geeignet gewesen wäre, eine Willenserklärung der Gemeinde darzustellen. Das Gleiche gilt natürlich mutatis mutandis für die Schaffung eines Vertrauenstatbestandes. Tatsächlich leitet die beklagte Partei auch ihr Vertrauen nicht aus einem Verhalten der Stadt Linz ab, das im Sinne des § 863 ABGB keinen Zweifel an einem bestimmten Willen ließ, sondern schlicht daraus, dass sich die Stadt Linz nicht bereits zu Beginn gegen das Swap-Geschäft 4175 zur Wehr gesetzt hat. Dafür gab es allerdings ganz andere Gründe, als das Einverständnis der Stadt Linz mit diesem Geschäft.

Beweis: Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz, Fassung 1999, Beilage ./QQQQQ;  
Geschäftsordnung für Ausschüsse, Fassung Juni 2005, Beilage ./RRRRR;

#### 6.10.2 Die Mitglieder des Finanzausschusses haben die Ermächtigungsüberschreitungen nicht erkannt

6.10.2.1. Auch wenn das Swap-Geschäft 4175 wiederholt Gegenstand der Debt-Management Berichte des Mag. Werner Penn im Finanzausschuss gewesen ist, so haben seine Mitglieder nicht erkannt, dass Mag. Werner Penn die der Finanz- und Vermögensverwaltung durch den Gemeinderatsbeschluss eingeräumte Ermächtigung mit dem Abschluss der existenzgefährdenden Währungsspekulation überschritten hatte (zur völligen Untauglichkeit dieses Geschäftes, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren, siehe die Punkte 4.2 bis 4.10).

6.10.2.2. Bei den Berichten, die Mag. Werner Penn im Finanzausschuss der Stadt Linz erstattete, hat es sich nicht um Risikoberichte im eigentlichen Sinn gehandelt: Es fehlten nämlich alle wesentlichen Risikokennzahlen, wie etwa die Kennzahlen zum "Value at Risk" oder Angaben zur Volatilität; eine Stichtagsbewertung hat Mag. Werner Penn nur ein einziges Mal geliefert (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 240ff, ON 129 des Strafaktes; siehe auch Sonderprüfungsbericht des Kontrollamts vom 18. September 2012, Seiten 46 bis 60, ON 126 des Strafaktes). Ob dies bewusst, mangels Information durch die beklagte Partei oder mit Rücksicht darauf, dass Mag. Werner Penn diesen Stichtagsbewertungen keine Bedeutung zumaß, erfolgt ist, kann die Stadt Linz nicht beantworten.

6.10.2.3. Die Berichte beschäftigten sich ausschließlich mit dem positiven Cash-flow aus den Finanzgeschäften, die bis Oktober 2009 durchgehend Zahlungen zugunsten der Stadt Linz erbrachten. In allen Berichten findet sich in der Zusammenfassung die Feststellung des Mag. Werner Penn, wonach durch die im Bericht beschriebenen Maßnahmen das gesamte Fremdwährungsportfolio abgesichert sei. In der graphischen Darstellung wird die ab einem Wechselkurs von 1,54 ansteigende Zinsgerade bei 1,446 durch eine zweite Gerade unterbrochen, welche als "Barriere" zu verstehen war. Aus den Ausschussberichten konnten und mussten deren Mitglieder den Eindruck gewinnen, dass die Risiken des Fremdwährungsportfolios begrenzt waren. Danach lag für den Finanzausschuss eine Intervention oder Nachfrage gerade nicht nahe, da aufgrund der Berichte des Mag. Werner Penn dazu kein Anlass bestand (*Imo*, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seiten 246f, ON 129 des Strafaktes).

6.10.2.4. Es war völlig klar, dass die Berichte des Mag. Werner Penn auf seinem rudimentären, im Ergebnis aber fehlenden Verständnis beruhten, das mit dem Swap-Geschäft 4175 verbundene Risiko für die Stadt Linz in einem bestimmten Korridor beschränkt halten zu können und gegebenenfalls bei Unterschreitung des Wechselkurses von 1,446 auszusteigen.

6.10.2.5. Es handelt sich dabei um eine Überlegung, das Risiko des Geschäftes allein durch Beobachtung des Wechselkurses zu beherrschen. Mag. Werner Penn war damit offenkundig nicht allein, auch sein unmittelbarer Ansprechpartner, der damalige Landesdirektor und Kundenbetreuer Mag. Herbert Auer hat noch am 18. Dezember 2008 (Beilage ./SS) intern die fassungslose Frage an die Treasury Abteilung gerichtet: *„Ich verstehe nämlich nicht warum bei einem Niveau, wo der Kunde immer noch positive Cash Flows generiert (und dies auch immer getan hat) die Bewertung bei -100 Mio EUR liegt.“*

6.10.2.6. Auch der Gutachter der beklagten Partei Prof. Mark Wahrenburg hatte in seinem am 9. September 2012 erstatteten Gutachten (ON 121 des Strafaktes) der Stadt Linz eine Stop-Loss-Strategie empfohlen, welche frappant an die Mag. Werner Penn erinnert: Die Stadt Linz hätte nur auf die Währungsentwicklung blicken müssen, um bei einem Sinken des Kurses EUR/CHF *„aus dem Geschäft auszusteigen“*; ein solches Ausstiegsszenario sah Prof. Mark Wahrenburg bei einem Kurs von CHF/EUR 1,40 (Beilage ./18.0 zu ON 121 des Strafaktes); zu diesem Zeitpunkt, es war Anfang Juni 2010, beliefen sich die Ausstiegskosten für die Stadt Linz aber bereits auf rd. EUR 100 Mio.

6.10.2.7. Die beklagte Partei wusste spätestens im Jänner 2008, dass Mag. Werner Penn über keine ausreichenden Fachkenntnisse verfügte, die ihn in die Lage versetzt hätten, die richtigen Schlüsse auf die wahre Natur des Produktes zu ziehen, die sich etwa aus der Stichtagsbewertung eines derartigen Geschäftes ergeben. Ihm war offenbar die überwiegende Bedeutung der Volatilität für die mit diesem Derivatgeschäft verbundenen Risiken unbekannt, da er seinen Fokus fast ausschließlich auf den Wechselkurs legte. Das ist auch die Schlussfolgerung, die der von der Staatsanwaltschaft Linz beigezogene Gutachter Dr. Christian Imo (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 235, ON 129 des Strafaktes) gezogen hat.

6.10.3 Auch der Kontrollausschuss hat die tatsächliche Struktur des Swap-Geschäftes 4175 nicht erkannt

6.10.3.1. Aufgabe des Kontrollausschusses war es, sich mit der nachträglichen Prüfung des Rechnungsabschlusses zu befassen. Dem lagen die jeweiligen Berichte des Kontrollamtes über das Ergebnis derartiger Prüfungen zugrunde.

6.10.3.2. Das Swap-Geschäft 4175 wird ein einziges Mal in einem Bericht des Kontrollamtes und auch dort lediglich cursorisch erwähnt. Der entsprechende Bericht des Kontrollamtes vom 23. September 2008 hatte, bezogen auf dieses Geschäft, folgenden Wortlaut:

*„Die Einnahmen aus den **Zinssicherungsgeschäften** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) mit den diversen Banken (RLB OÖ., Sparkasse OÖ., BAWAG PSK und Nomura International) konnten bei der Budgeterstellung nicht vorhergesehen werden. Der Abschluss von Terminkontrakten wurde mit GRB vom 3.6.2004 genehmigt, um das **Zinsniveau zu sichern** und das **Zinsrisiko** (Hervorhebung durch*

die Stadt Linz) *möglichst niedrig zu halten. Im Portfolio sind hauptsächlich Kredite auf Basis EUR Variabel Euribor und CHF variabel Libor enthalten. Bis jetzt konnten Ausgleichszahlungen der Banken lukriert werden. **Nicht auszuschließen ist allerdings, dass auch die Stadt Linz in Zukunft einmal Ausgleichszahlungen leisten wird müssen.***“ (Hervorhebung durch die Stadt Linz), (Beilage ./NN).

- 6.10.3.3. Aufgefallen sind die Finanzgeschäfte (und zwar nicht nur das Swap-Geschäft 4175, sondern auch Geschäfte mit anderen Kreditinstituten) dem Kontrollamt nur deshalb, weil die Voranschlagsposition im Budget für das Jahr 2007 „*Sammelkonto sonstige Einnahmen*“ lediglich EUR 10.000,00 vorsah, im Rechnungsabschluss dieser Betrag sich aber auf fast EUR 3 Mio. erhöht hatte. Kontrollamtsdirektor Dr. Friedrich Klug ging – wie er sagt – der Sache insofern nach, als er wissen wollte, wodurch zusätzliche Einnahmen von EUR 3 Mio. entstanden waren. Das Kontrollamt verlangte – ausgehend von der Fragestellung – offenbar nur eine Erklärung für den Grund dieser zusätzlichen Einnahmen. Dementsprechend hat das Kontrollamt „*nur durchgeschaut, worauf die Rechtsgrundlage beruht und da habe ich* (gemeint der Direktor des Kontrollamtes) *gesehen, dass das aufgrund eines Gemeinderatsantrages eben passiert ist und zum damaligen Zeitpunkt war es ja so, dass sogar Gewinne ausgeschüttet wurden. **Dann habe ich noch angeschaut, wie war damals die Risiko-Analyse*** (gemeint ist damit der von Mag. Werner Penn dem Finanzausschuss vorgelegte Bericht „*über Maßnahmen des Debt-Managements*“ vom 21. April 2008) *und da habe ich schon festgestellt, dass nicht immer ein Gewinn ausgewiesen werden muss, sondern dass es natürlich auch möglich ist, dass Verluste für die Stadt entstehen*“ (Dr. Friedrich Klug, 4. Sondersitzung des Kontrollausschusses vom 29. September 2011, Seite 41; Sonderprüfungsbericht des Kontrollamtes vom 18. September 2012, Seite 123, ON 126 des Strafaktes).
- 6.10.3.4. Bei dieser Prüfung des Rechnungsabschlusses durch das Kontrollamt handelte es sich um eine Nachprüfung des vergangenen Rechnungsabschlusses, da dieser zum Zeitpunkt der Durchführung der Prüfung vom Gemeinderat bereits rechtswirksam beschlossen ist. Geprüft wird nach § 54 Abs 2 Z 3 GEOM das Zahlenwerk des abgelaufenen Budgetjahres, nämlich die formelle Richtigkeit und Ordnungsgemäßheit des Rechnungsabschlusses nach der VRV („*Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung*“) und der HO („*Haushaltsordnung*“). Es handelt sich dabei um eine „Routineprüfung“, die immer gemacht werden muss (Klug in der 4. Sondersitzung des Kontrollausschusses vom 29. September 2011, Seite 41). Kein Gegenstand der Prüfung sind Einzelgeschäfte, sondern diese werden im Zuge von Initiativprüfungen und Prüfungsaufträgen gemäß 39 Abs 2 StL 1992 untersucht (Sonderprüfung des Kontrollamtes vom 18. September 2012, ON 126 des Strafaktes).
- 6.10.3.5. Der Bericht des Kontrollamtes vom 23. September 2008, der die oben wiedergegebene Passage enthielt, löste auch im Kontrollausschuss weder Fragen noch Bedenken aus; niemand der Kontrollausschussmitglieder kam auch nur auf die Idee, dass in den genannten „*Zinssicherungsgeschäften*“ (so der Wortlaut im Kontrollamtsbericht; im Buchhaltungssystem SAP, das natürlich im Rechnungsabschluss nicht ersichtlich ist, wurde sogar von „*Zinsbegrenzungsgeschäften*“ gesprochen) in Wahrheit Währungsspekulationen mit Leerverkäufen von über EUR 1 Mrd. enthalten waren (Sonderprüfungsbericht des Kontrollamtes vom 18. September 2012, Seite 124, ON 126 des Strafaktes).

6.10.3.6. Auf die erste Prüfung des Rechnungsabschlusses 2007 durch das Kontrollamt erfolgte sogar noch eine Nachprüfung, die ebenfalls diesen Jahresabschluss betraf (dieser datiert vom 16. Jänner 2009 [„Nachprüfbericht“]). In diesem werden die Finanzgeschäfte nicht einmal mehr erwähnt.

6.10.3.7. Um dem Gericht eine Vorstellung von der Bewusstseinslage des Kontrollamtes sowie der Mitglieder des Kontrollausschusses zu geben, werden die Prüfungsberichte des Kontrollamtes für die Jahresabschlüsse 2007 bis 2009 (Beilagen ./VVVV [2007]; ./DDDD [2008]; ./KKKK [2009]) sowie die Protokolle jener Kontrollausschusssitzungen vorgelegt, die diese Berichte behandelt haben (Beilagen ./WWW [2007], ./EEEE [2008] und ./LLLL [2009]). Außer der eher lapidar gehaltenen Bemerkung im Kontrollamtsbericht vom 23. September 2008 findet sich in allen weiteren Berichten oder Sitzungsprotokollen nicht der geringste Hinweis auf Finanzgeschäfte oder Terminkontrakte.

Beweis: Kontrollamtsbericht an den Kontrollausschuss zum Rechnungsabschluss 2007 vom 23.9.2008, Beilage ./VVVV;  
 Protokoll der Kontrollausschusssitzung vom 2.12.2008 zum Rechnungsabschluss 2007, Beilage ./WWWWW;  
 Nachprüfbericht des Kontrollamtes an den Kontrollausschuss zum Rechnungsabschluss 2007 vom 16.1.2009, Beilage ./CCCC;  
 Kontrollamtsbericht an den Kontrollausschuss zum Rechnungsabschluss 2008 vom 3.12.2009, Beilage ./HHHH;  
 Protokoll der Kontrollausschusssitzung vom 14.12.2009 zum Rechnungsabschluss 2008, Beilage ./IIII;  
 Kontrollamtsbericht an den Kontrollausschuss zum Rechnungsabschluss 2009 vom 22.10.2010, Beilage ./OOOO;  
 Protokoll der Kontrollausschusssitzung vom 17.12.2010 zum Rechnungsabschluss 2008, Beilage ./PPPP;

## **6.11. Kein Vertrauen der beklagten Partei auf eine nachträgliche Genehmigung**

### 6.11.1 Worauf hat die beklagte Partei eigentlich vertraut?

6.11.1.1 Die Stadt Linz hat sich in Punkt 5.2.1 die Mühe gemacht, die Behauptungen der beklagten Partei darauf zu untersuchen, worauf die beklagte Partei denn nun wirklich vertraut hat. Dabei zeigt sich, dass kein einziger der von ihr angeführten Tatbestände geeignet gewesen ist, ein Vertrauen darauf zu rechtfertigen, dass der Gemeinderat der Stadt Linz das Swap-Geschäft 4175 schon ursprünglich genehmigt hat. Das Gleiche gilt für das Vertrauen auf eine nachträgliche Genehmigung (im Detail wird auf den genannten Punkt 5.2.1 verwiesen).

6.11.1.2 Schließlich ist zu bedenken, dass man sich auf den Schutz des Vertrauens auf einen äußeren Tatbestand nicht berufen kann, „wenn sich die Beschränkung der Vertretungsmacht [...] schon aus dem Gesetz ergibt“ (RS0014715) und es ist daran zu erinnern, dass derjenige „als schlechtläubig gilt [...], der bei gehöriger Aufmerksamkeit Bedenken über die Vertretungsmacht hätte haben müssen“ (OGH 9 Ob 41/09h; 8 Ob 201/97k).

### 6.11.2 Kein Vertrauenstatbestand erkennbar

- 6.11.2.1. Fasst man die Ausführungen der beklagten Partei zusammen, so bleibt nur der unspezifische Eindruck, es müsse eine ganz Menge an Vorgängen im Gemeinderat gegeben haben, aus der man (also nicht im Konkreten die beklagte Partei) möglicherweise den Schluss ziehen kann, die Stadt Linz wäre eigentlich mit dem Geschäft einverstanden gewesen. Die Ausführungen der beklagten Partei lassen aber alles vermissen, was den Schluss darauf zulässt, die Mitglieder des Gemeinderates hätten nicht nur das Geschäft, sondern auch die Überschreitung der Ermächtigung, das Mag. Werner Penn genau gekannt und alles nachträglich gebilligt. Worauf die beklagte Partei tatsächlich selbst vertraut hat, sagt sie nicht.
- 6.11.2.2. Wie die Ausführungen in den Punkten 6.5 bis 6.7 zeigen, waren Finanzgeschäfte oder Finanzterminkontrakte oder das konkrete Swap-Geschäft 4175 kein Gegenstand der Erörterung im Gemeinderat. Den Anschein einer nachträglichen Billigung des Geschäftes konnte aber nur vom Gemeinderat kommen, da dieser allein dafür zuständig ist; das Verhalten anderer Organe der Gemeinde ist unerheblich. Der Kontrollausschuss und der Finanzausschuss bzw. die Vorgänge in diesen Ausschüssen konnten schon von Rechtswegen ein Vertrauen der beklagten Partei, die Stadt Linz habe das Swap-Geschäft 4175 nachträglich gebilligt, nicht zu begründen; abgesehen davon, dass die beklagte Partei schon wegen der Vertraulichkeit der Sitzungen der Organe gar nicht davon ausgegangen ist, damit werde nachträglich das ermächtigungslos geschlossene Geschäft genehmigt.

## 7. Fehlende aufsichtsbehördliche Genehmigung

### 7.1. **Genehmigungspflicht für den Abschluss von Darlehensverträgen**

#### 7.1.1 Das Swap-Geschäft 4175 unterliegt der Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992

- 7.1.1.1. Nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 (in der für den Zeitpunkt ihres Abschlusses maßgeblichen Fassung, vgl. nunmehr jedoch § 58 StL 1992 idF der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012) gehört zu den Maßnahmen, die der Genehmigung der Landesregierung bedürfen, der Abschluss von Darlehensverträgen, wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde. Beim Swap-Geschäft 4175 handelt es sich rein formal betrachtet natürlich nicht um einen Darlehensvertrag, da darin lediglich der Tausch von Zinsen, bezogen allerdings auf eine – grundsätzlich durch die Aufsichtsbehörde genehmigungspflichtige – CHF-Anleihe getauscht werden. Legt man allerdings § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 unter Bedachtnahme auf seinen Sinn und Zweck aus, so zeigt sich, dass Swap-Geschäfte der vorliegenden Art selbstverständlich unter die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht fallen.
- 7.1.1.2. Maßnahmen einer Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich an das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung der Aufsichtsbehörde zu binden, verfolgt im Allgemeinen das Ziel, die Kommune vor der übereilten Setzung von Rechtsakten zu bewahren, durch die nicht nur die Interessensphäre der Gemeinde selbst, sondern auch überörtliche Interessen in besonderem Maße berührt werden. Wenn Art 119a Abs 8 B-VG, der – vom noch zu behandelnden § 14 F-VG 1948 abgesehen – die verfassungsrechtliche Grundlage für die Festlegung aufsichtsbehördlicher Genehmigungspflichten und den dadurch bewirkten Eingriff in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie bildet, Maßnahmen „von besonderer finanzieller

*Bedeutung*“ speziell hervorhebt (arg „*insbesondere*“), lässt dies erkennen, dass im Zusammenhang mit Akten der Privatwirtschaftsverwaltung die Einbeziehung der Aufsichtsbehörde vor allem dem Schutz der **wirtschaftlichen Existenzfähigkeit** der Gemeinde dienen soll. Diese nicht zu gefährden, liegt dabei keineswegs bloß im kommunalen Eigeninteresse. Da es nicht angeht, dass eine Gebietskörperschaft infolge finanzieller Probleme ihre Aufgaben nicht ordnungsgemäß wahrnimmt, müsste im Falle einer finanziellen Schieflage letztlich die nächst höhere Ebene, also das Land, einspringen und die betroffene Kommune durch entsprechende Zuwendungen wieder funktionsfähig machen. Die Kosten des kommunalen Desasters würden so auf die überörtliche Ebene verlagert und sozialisiert. Derartigen Konsequenzen vorzubeugen, ist der Zweck des aufsichtsbehördlichen Genehmigungsvorbehalts und in Wahrheit auch der Grund und die verfassungsrechtliche Rechtfertigung dafür, dass § 78 Abs 3 StL 1992 gerade genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte für schwebend unwirksam erklärt und damit die Drittwirkung der einschlägigen aufsichtsrechtlichen Vorschriften durch sonderzivilrechtliche Anordnung ausdrücklich klarstellt.

- 7.1.1.3. **Der auf den Abschluss von Darlehensverträgen abstellende § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 im Besonderen setzt sich zum Ziel, jenen Gefahren vorzubeugen, die sich für die Stadt Linz aus dem – als Folge eines nicht ausgeglichenen Haushalts erforderlich werdenden – Eingehen längerfristiger Fremdfinanzierungen ergeben können.** Da solche Mittel (früher oder später) wieder zurückgezahlt werden müssen, beschränkt jede Ausleihung den finanziellen Handlungsspielraum der Stadt, macht es ihr schwerer, den Haushalt in den Folgejahren ausgeglichen zu führen, und gefährdet letztendlich potentiell die ordnungsgemäße Aufgabenbesorgung – mit den zuvor geschilderten negativen Konsequenzen für die überörtliche (Landes-)Ebene.
- 7.1.1.4. Die gesetzliche Vorsorge gilt freilich **nicht bloß für die negativen Folgen**, die sich **aus der eigentlichen Darlehensschuld**, dh aus der Überlassung des vereinbarten Kapitalbetrages, ergeben. Wenn § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 die Genehmigungspflicht von Darlehensverträgen davon abhängig macht, dass hierdurch der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigt, wird klar, dass **auch die Belastungen aus dem für die Kapitalüberlassung zu zahlenden Entgelt als Risikofaktor gesehen** werden und damit in den Genehmigungstatbestand miteinfließen. **Zum „jährlichen Gesamtschuldendienst“** gehören – wie sich aus § 9 Abs 2 Z 4 lit b und § 17 Abs 2 Z 4 lit b der für Länder und Gemeinden verbindlichen Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung 1997 (VRV) eindeutig ergibt – nämlich nicht nur die zu leistenden **Tilgungsraten**, sondern auch die zu bezahlenden **Zinsen** (arg „*Tilgung, Zinsen, Schuldendienst insgesamt, [...]*“).
- 7.1.1.5. An diese, dem Text des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 selbst unmittelbar zu entnehmende Feststellung knüpfen nun die weiteren Überlegungen der Stadt Linz an. Anders als die beklagte Partei, verlässt die Stadt Linz mit ihrer Argumentation nicht die im Gesetz vertypete Vertragskategorie in Richtung einer pauschalen Einbeziehung aller Vertragsformen, die kreditähnliche Funktionen erfüllen (weshalb auch die im gegebenen Zusammenhang gebrachten systematischen Argumente auf Seite 102f der Klagebeantwortung von vornherein ins Leere gehen). Der Ansatz der Stadt Linz besteht vielmehr ausschließlich darin, dass es zu einem – nicht zuletzt auch **verfassungsrechtlich bedenklichen – Wertungswiderspruch führte**, wenn es einer Gemeinde möglich wäre, ihre der **Aufsichtsbehörde** (wegen zu geringer Steigerung des jährlichen Gesamtschuldendienstes durch den ursprünglichen Darlehensvertrag)

**vorenthaltenen oder** (auf Grundlage der Konditionen des ursprünglichen Darlehensvertrages) **von der Aufsichtsbehörde geprüft** und im Hinblick auf die Wahrung ihres finanziellen Handlungsspielraumes für vertretbar erachteten Finanzierungskosten **nachträglich ohne jede Eingriffsmöglichkeit der Aufsichtsbehörde zu modifizieren**. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass **unmittelbare Änderungen des ursprünglichen Darlehens** – trotz des alleinigen Abstellens des Gesetzgebers auf den „Abschluss“ von Darlehensverträgen – bei entsprechender Ausgestaltung der (neuen) Vertragskonditionen bei Überschreiten der gesetzlichen Grenzen eine Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 auslöst.

- 7.1.1.6. Die beklagte Partei bestreitet das im Grunde auch nicht, sondern wendet sich pauschal (Seite 106) gegen die Übertragung dieses Ergebnisses auf Verträge mit Dritten, und zwar selbst dann, wenn diese rechtlich und/oder wirtschaftlich mit dem eigentlichen Darlehensvertrag in Verbindung stehen. **Bei dem teleologischen Hintergrund des in Rede stehenden Genehmigungstatbestandes kann aber der Vertragspartner nicht rechtserheblich sein.** Für den finanziellen Handlungsspielraum der Stadt und die – bei zu starker Einengung des Haushaltsrahmens – drohende Gefahr des Einspringenmüssens der überörtlichen Ebene ist es völlig **einerlei, wem gegenüber die Stadt die für sie riskanten Zahlungszusagen macht.** Im Gegenteil: Der Stadt die Möglichkeit einzuräumen, ihre Finanzierungskosten ohne aufsichtsbehördliche Ingerenz zu modifizieren, solange sie sich nur ins Dreiecksverhältnis begibt, wäre geradezu eine **Einladung zu Umgehungsgeschäften**, die den Wert des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 – zwar nicht im Hinblick auf die eigentliche Schuldkomponente, sehr wohl aber in Bezug auf die vom Gesetzgeber als prinzipiell gleich riskant eingestufte Zinskomponente – massiv unterlaufen würde (das beweisen in überzeugenderweise die Motive, welche gerade die Vertreter der Stadt Linz im Jahr 2004 bewogen haben, den Ermächtigungsbeschluss des Jahres 1996 zu erweitern; vgl. Punkt 2.2).
- 7.1.1.7. **Das führt zum Ergebnis**, dass Rechtsgeschäfte grundsätzlich auch dann von § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 erfasst werden, wenn deren Gegenstand zwar nicht die für Darlehensverträge typische Zurverfügungstellung von Kapitalbeträgen ist, das Geschäft jedoch insofern einen hinreichenden Bezug zu einem „echten“ Darlehensvertrag aufweist, weil er im Endeffekt eine Änderung der darin vereinbarten Finanzierungskonditionen bedeutet.
- 7.1.1.8. Dagegen kann die beklagte Partei auch nicht mit Erfolg einwenden, dass verfassungsrechtliche Gründe eine solche teleologische Ergänzung des Gesetzeswortlautes zwingend ausschließen.
- 7.1.1.9. § 78 StL 1992 gehört – anders als dies die Jahreszahl im Gesetzestitel, der freilich bloß auf eine Wiederverlautbarung zurückzuführen ist, prima vista zu indizieren scheint – schon seit der Stammfassung des Linzer Stadtstatuts aus dem Jahr 1965 praktisch unverändert dem Rechtsbestand an; er trägt damit den aktuellen wirtschaftlichen Gegebenheiten, insbesondere auch den neuen Instrumenten im Bereich der Finanzwirtschaft, nur mehr bedingt Rechnung. So waren etwa Währungs- oder Zinstauschverträge damals entweder noch gar nicht bekannt oder zumindest in keiner Weise gebräuchlich (und damit auch kein Risikofaktor für die Kommunalfinanzierung). Passt man die vorhandenen Vorschriften nicht im Wege der Auslegung den gegenwärtigen Anforderungen an, werden sie zur Quelle von Wertungswidersprüchen der zuvor beschriebenen Art und laufen damit Gefahr,

**wegen ihrer unsachlichen, dem Gleichheitsgrundsatz widersprechenden Differenzierungen verfassungswidrig zu werden.** Ein extensiveres, die aktuellen Gegebenheiten berücksichtigendes und daraus resultierenden Risiken für kommunale und überörtliche Interessen entgegenwirkendes Verständnis der „alten“ Tatbestände scheint dann aber in der vom VfGH regelmäßig erhobenen Forderung nach verfassungskonformer Interpretation geradezu geboten.

7.1.1.10. Zum anderen steht der Behauptung der beklagten Partei, dass Einschränkungen der kommunalen Selbstverwaltung als Ausnahmenvorschriften grundsätzlich restriktiv zu interpretieren sind, im gegebenen Zusammenhang der Umstände entgegen, dass § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 seine verfassungsrechtliche Deckung nicht nur aus der Vorschrift des Art 119a Abs 8 B-VG beziehen kann, sondern auch in § 14 F-VG 1948 eine tragfähige Grundlage findet. Wenn es in dieser von der beklagten Partei zwar zitierten, in ihrer normativen Bedeutung aber nicht gewürdigten Verfassungsbestimmung heißt, dass die Aufnahme von Anleihen (Darlehen) der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden die Landesgesetzgebung regelt, liegt darin nämlich nicht bloß eine Kompetenzvorschrift, die anstelle des Bundes die Länder zur Erlassung einschlägiger Vorschriften beruft; als solche wäre sie normativ weitgehend bedeutungslos, da schon aufgrund der Gemeindeorganisationskompetenz gemäß Art 115 Abs 2 B-VG und der Befugnis zur (auch gesetzesförmigen) Ausübung des Aufsichtsrechts über Angelegenheiten der kommunalen Privatwirtschaftsverwaltung gemäß Art 119a Abs 3 B-VG die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung außer Frage steht.

7.1.1.11. **Der eigentliche Sinn des § 14 F-VG 1948 liegt vielmehr darin,** dass – geradezu in Verkehrung des in Art 116 Abs 2 B-VG verankerten Verbots gemeindespezifischer Beschränkungen der kommunalen Privatautonomie – Verträge der in § 14 F-VG 1948 geregelten Art von den Gemeinden nur im Rahmen einer hierfür ausdrücklich erteilten landesgesetzlichen Ermächtigung abgeschlossen werden dürfen. Wie die beklagte Partei (Seite 109 ihrer Klagebeantwortung) anmerkt, wird der Anwendungsbereich besagter Verfassungsbestimmung im Schrifttum einhellig extensiv verstanden und auf jegliche Art von längerfristiger Fremdfinanzierung bezogen. Auch wenn darin wieder die für Darlehen typische Komponente der Zurverfügungstellung von Kapitalbeträgen zum Ausdruck kommt, kann im Lichte des Gesamtkonzepts des § 14 F-VG 1948 wohl kein Zweifel bestehen, dass die Länder mit gleichem Recht auch dazu befugt sein müssen, die Einhaltung der von ihnen geschaffenen, für die Darlehensaufnahme konstitutiven Regeln durch Vorschriften zur Hintanhaltung von Umgehungsstrukturen sicherzustellen. Für eine Auslegung des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992, die so eng am Wortlaut klebt, dass der darin statuierten Genehmigungspflicht Verträge ohne Kapitalüberlassungskomponente selbst dann nicht unterstellt werden dürfen, wenn sie rechtlich und/oder wirtschaftlich auf „echte“ Darlehensverträge bezogen sind und im Effekt zu einer vergleichbaren Risikoerhöhung führen wie eine Änderung der Vereinbarung mit dem ursprünglichen Darlehensgeber, bildet das kommunale Recht auf Selbstverwaltung dann aber von vornherein kein Argument.

7.1.1.12. Nichts gewinnen lässt sich für den Standpunkt der beklagten Partei, dass in verschiedenen Bundes- und Landesgesetzen neben den klassischen Formen des Darlehens, der Anleihe usw. andere Finanzinstrumente wie Währungstauschverträge und dgl. separat genannt und geregelt werden, was bei systematischer Interpretation indiziert, dass sie von den ursprünglichen, klassischen Begriffen nicht erfasst werden.

7.1.1.13. Abgesehen davon, dass in einem föderalistischen Staatswesen wie jenem der Republik Österreich Rückschlüsse aus Rechtsnormen anderer Gebietskörperschaften ex definitione unzulässig sind, ignoriert diese Argumentation, dass hier – zumindest wirtschaftlich – in Form der bereits erwähnten CHF-Anleihe der Stadt Linz bei der Kommunalkredit Austria AG explizit an ein unzweifelhaft als Darlehen zu qualifizierendes Grundgeschäft angeknüpft wird und damit der Austausch der Zinskonditionen nicht nur bewilligt, sondern auch tatsächlich bewirkt wird. Solche Geschäfte in extensiver Interpretation als Darlehen zu qualifizieren, macht die ergänzenden Tatbestände keineswegs normativ bedeutungslos.

7.1.1.14. Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass die Anfügung zusätzlicher Tatbestände vielfach im Lichte anlassbezogener Streitfälle mit dem alleinigen Ziel der Klarstellung erfolgt ist, dh. ohne dass der Gesetzgeber damit bewusst Änderungen am normativen Gehalt seiner bisherigen Anordnungen vornehmen wollte.

7.1.1.15. **Ein schönes und bei der Auslegung von § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 unmittelbar verwertbares Beispiel bildet** in diesem Zusammenhang die Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012, durch die – nicht zuletzt aus Anlass der Vorkommnisse rund um das verfahrensgegenständliche Swap-Geschäft der Stadt Linz – die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Finanzgeschäften durch die oberösterreichischen Gemeinden umfassend neu geregelt wurden. Im Allgemeinen Teil der Erläuterungen des AB 507/2011 BlgöLT 27. GP zu dieser Novelle führt der mit ihrer Vorberatung betraut gewesene Ausschuss für allgemeine innere Angelegenheiten – unter der Überschrift „Anlass und Inhalt des Gesetzesentwurfs“ – auf Seite 1 wörtlich Folgendes aus:

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

7.1.1.16. Wenige Absätze später findet sich auf der Seite 2 des Ausschussberichtes sodann folgende Feststellung:

*„Mit der vorliegenden Novelle soll im Sinn einer Gesamtbetrachtung sowie zur Klarstellung der bisher bereits bestehenden aufsichtsbehördlichen **Genehmigungspflichten** (Hervorhebung durch die Stadt Linz) ein in sich*

*abgeschlossenes und transparentes Gesamtsystem aller Regelungen über Finanztransaktionen der Städte und Gemeinden in die Gemeindeorganisationsgesetze aufgenommen werden.“*

7.1.1.17. Wie die beiden hervorgehobenen Passagen belegen, vertritt der zuständige Landtagsausschuss (nicht die Landesregierung) *expressis verbis* die Auffassung, dass Geschäfte der hier zur Diskussion stehenden Art schon vor der Neukonzeption der einschlägigen gemeinderechtlichen Vorschriften genehmigungspflichtig gewesen wären, dh für Geschäfte der Stadt Linz unter § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 subsumiert werden mussten. Wenn die beklagte Partei in ihrer Klagebeantwortung auf Seite 104 die Beweiskraft der ersten der beiden zitierten Aussagen mit der Feststellung abtut, dass dies *„ausschließlich in der Rücksichtnahme auf die Klägerin in diesem Rechtsstreit seinen Grund (hat)“*, ist ihr zu entgegnen, dass ein solcher **Verdacht der Kollaboration** eines direkt vom Volk gewählten Gesetzgebungsorgans mit einer prozessverfangenen Gemeinde **nicht nur aus prinzipiellen verfassungssystematischen Überlegungen strikt zurückzuweisen** ist, sondern **auch den (partei)politischen Realitäten**, vor deren Hintergrund die gegenständlichen Aussagen getätigt wurden, **nicht hinreichend Rechnung trägt**.

#### 7.1.2 Bestätigung der Rechtsauffassung durch andere Behörden und Einrichtungen

7.1.2.1. Ihre Bestätigung findet die Rechtsauffassung der Stadt Linz mittlerweile freilich nicht nur in den soeben zitierten Gesetzesmaterialien, sondern auch in Dokumenten anderer Behörden und Einrichtungen, die sich aus Anlass einer Befassung mit dem Swap-Geschäft 4175 mit der Anwendbarkeit des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 auf dieses von der Stadt Linz geschlossene Rechtsgeschäft auseinanderzusetzen hatten.

7.1.2.2. So erteilte der Landeshauptmann von Oberösterreich mit Schreiben vom 20. Juli 2011 der Direktion Verfassungsdienst des Amtes der Oö. Landesregierung den Auftrag, *„im Zusammenhang mit den sogenannten Finanzspekulationsgeschäften der Städte und Gemeinden eine Arbeitsunterlage auszuarbeiten, in der (1) die Frage rechtsgutachtlich beantwortet wird, ob die entsprechenden Geschäfte nach der geltenden Rechtslage einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen und (2) die Frage rechtsgutachtlich beantwortet wird, ob die einschlägigen Geschäfte der Städte und Gemeinden nach der geltenden Rechtslage überhaupt rechtlich gedeckt sind, nachdem jetzt der tatsächliche Charakter dieser Geschäfte erkennbar wurde, während bei Anbahnung der Geschäfte die Gemeinden im guten Glauben von einem pfleglichen Umgang mit den ihnen vertrauten Mitteln ausgegangen sind.“*

7.1.2.3. In seinem schriftlichen Rechtsgutachten vom 8. September 2011, GZ Verf-902466/2-2011-St (Beilage ./LLL), gelangte der Verfassungsdienst zum Ergebnis, dass *„die fraglichen Finanzgeschäfte (soweit sie nicht unter die ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahmebestimmungen fallen und über den gesetzlichen Beitragsgrenzen liegen) genehmigungspflichtig sind und (da) ein solche Genehmigung (bisher) weder beantragt und daher auch nicht erteilt wurde [...] die Finanzgeschäfte in diesem Sinn rechtlich auch nicht gedeckt (sind).“* Auch der Verfassungsdienst, der nicht nur auf Beamtenebene die zentrale sachverständige Einrichtung des Amtes der Oö. Landesregierung zur Auslegung von Landesrecht bildet, sondern auch am Gesetzwerdungsprozess durch Betreuung von Landesregierung und Landtag maßgeblich mitwirkt, teilt damit ausdrücklich das vorstehend erörterte Auslegungsergebnis.

- 7.1.2.4. Noch unverdächtiger müsste selbst für die beklagte Partei freilich die zweite sachverständige Beurteilung der gegenständlichen Rechtsfrage wirken, nämlich jene durch den (Bundes-)Rechnungshof, der im Jahr 2013 auf Ersuchen der Oö. Landesregierung gemeinsam die Gebarung der Landeshauptstadt Linz sowie der drei stadteigenen Gesellschaften Immobilien Linz GmbH, Immobilien Linz GmbH & Co. KG und Linz AG für Energie, Telekommunikation, Verkehr und kommunale Dienste mit Bezug auf den Abschluss von Finanzgeschäften, insbesondere von Fremdwährungs- und Zinsabsicherungsgeschäften, überprüft hat.
- 7.1.2.5. In seinem am 5. Juni 2013 veröffentlichten Bericht (Reihe Oberösterreich 2013/1; TZ 5.2) gelangte der **(Bundes-)Rechnungshof** im Zusammenhang mit dem Swap-Geschäft 4175 jedenfalls **zum Ergebnis**, dass sich bereits aus dem Statut für die Landeshauptstadt Linz im Zusammenhang mit Art 119a B-VG „*ein Verbot der Übernahme von zu großen Risiken*“, also ein „*Spekulationsverbot*“, ergab.
- 7.1.2.6. Unter Hinweis auf seine Ausführungen im Bericht zu den Finanztransaktionen der Österreichischen Bundesbahn-Holding Aktiengesellschaft und einzelner Konzerngesellschaften mit der Deutsche Bank AG (Reihe Bund 2010/7, TZ 18) erklärte er dezidiert (Bericht, Serie Oberösterreich 2013/1), dass „***Derivative, weil sie die Konditionen und die Risikostruktur bestehender, vom Gemeinderat genehmigter Grundgeschäfte (Darlehen) nachträglich veränderten, diesen Grundgeschäften hinsichtlich der Genehmigungspflicht gleichzuhalten waren. Damit unterlagen sie unter den zuvor angeführten Voraussetzungen genauso wie Darlehen der Genehmigung des Gemeinderats und waren gegebenenfalls auch von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen.*** (Hervorhebung durch die Stadt Linz)“ Im Ergebnis trifft sich auch diese Einschätzung genau mit der hier vertretenen Rechtsmeinung.
- 7.1.2.7. **Es bleibt das Ergebnis**, dass das Swap-Geschäft vor allem wegen seiner Anknüpfung **an ein im klassischen Sinne darlehensförmiges Grundgeschäft** dem **Grund nach unter § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992** (in der für ihren Abschluss maßgebenden Fassung; vgl. nunmehr jedoch § 58 StL 1992 idF der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012 LGBl 1) **fällt**.

### 7.1.3 Überschreitung der Schwellenwerte

- 7.1.3.1 Der Abschluss von Darlehensverträgen bedarf aber nur dann der vorherigen Befassung der Aufsichtsbehörde, „*wenn durch die Aufnahme des Darlehens der jährliche Gesamtschuldendienst der Stadt 15% der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde*“. Auch dieses zweite Tatbestandselement ist erfüllt. So legt schon der Wortlaut dieser Bestimmung nahe, dass es ihr um die Auswirkung des fraglichen Darlehensvertrages auf den Gesamtschuldendienst Jahr für Jahr (arg. „*jährlicher Gesamtschuldendienst*“) geht. Da Zinssätze häufig variabel sind und der Gesamtschuldendienst naturgemäß auch von der Entwicklung der sonstigen Finanzgeschäfte der Stadt abhängt, ist eine Zinsprognose hinsichtlich der gesamten Laufzeit des abzuschließenden Darlehensvertrages unabdingbar. Unsicherheiten einer solchen Prognose ist durch eine worst case-Betrachtung zu begegnen, würde doch andernfalls der Schutzzweck dieser Bestimmung nicht erreicht.
- 7.1.3.2 Soweit die beklagte Partei der von der Stadt Linz vertretenen Auffassung entgegentritt, dass § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 eine auf die gesamte Vertragslaufzeit

bezogene Prognose hinsichtlich der Auswirkungen auf den Gesamtschuldendienst verlangt, und stattdessen unterstellt, dass für die Beurteilung der Genehmigungspflicht allein das Jahr, in dem der Darlehensvertrag abgeschlossen wird, maßgeblich sei, beschränken sich ihre Ausführungen in Wahrheit auf eine *petitio principii*, die weder im Wortlaut noch im Zweck der Bestimmung einen Anhaltspunkt findet. § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 spricht zwar in der Tat einmal vom „*laufenden Rechnungsjahr*“; dies jedoch ausschließlich im Zusammenhang mit der Festlegung jenes – aus den Einnahmen des ordentlichen Voranschlages zu gewinnenden – Grenzwerts, den der unter Einrechnung des neuen Geschäftes sich ergebende jährliche Gesamtschuldendienst überschreiten muss, um das Geschäft genehmigungspflichtig zu machen; für eine Beschränkung der Wendung „*jährlicher Gesamtschuldendienst*“ auf Tilgungs- und Zinszahlungen im laufenden Rechnungsjahr fehlt es an jeglicher grammatikalischen Legitimation.

- 7.1.3.3 Sie verbietet sich außerdem aus teleologischen Gründen: Käme es bei der Beurteilung der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht ausschließlich auf jene Zahlungen an, die aus dem Titel des neuen Geschäfts im laufenden Rechnungsjahr zu leisten sind, wären deren Umgehung Tür und Tor geöffnet. Die Vertragspartner müssten nur für das erste Jahr der Vertragslaufzeit keine oder bloß unterdurchschnittlich geringe Tilgungs- und Zinsraten vereinbaren und wären schon von der Genehmigungspflicht befreit. Dass dies der Gesetzgeber nicht gewollt hat, ist augenscheinlich, ja man müsste bei dieser Lesart sogar erneut die Frage stellen, **ob die dadurch bewirkte Ungleichbehandlung von Geschäften mit im Ergebnis vergleichbarem Risikopotential nicht unsachlich und damit gleichheitswidrig wäre.** Ein Abstellen auf die Gesamtlaufzeit gebietet somit in Wahrheit nicht nur der Zweck des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992, sondern auch die Pflicht zur verfassungskonformen Interpretation.
- 7.1.3.4 Wie die beklagte Partei in diesem Zusammenhang Ansicht gelangen kann, dass ihr gegenteiliges Auslegungsergebnis durch die Neuordnung der Rahmenbedingungen für kommunale Finanzgeschäfte im Zuge der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012 bestätigt wurde (vgl. Seite 107f der Klagebeantwortung), bleibt vollends im Dunkeln. Am einschlägigen Wortlaut hat sich – abgesehen vom (wohl eher zufälligen) Entfall des Adjektivs „*jährlich*“ vor „*Gesamtschuldendienst*“ – nichts geändert. Wirklich neu ist im nunmehrigen § 58 Abs 3 Z 3 StL 1992 lediglich die Anordnung, dass bei der Berechnung der Betragsgrenzen für den Gesamtschuldendienst „*das aufzunehmende Darlehen – soweit möglich unter Berücksichtigung der Zinsentwicklung der letzten 36 Monate – auf Grund einer begründeten Prognose über die wahrscheinliche zukünftige Zinsentwicklung zu berücksichtigen (ist)*“. Diese Bestimmung bestätigt freilich die Rechtsansicht der Stadt Linz, wird doch ausdrücklich eine begründete Prognose über die wahrscheinliche zukünftige Zinsentwicklung verlangt, womit der Gesetzgeber rein grammatikalisch (arg „*zukünftig*“) nicht bloß auf den kurzfristigen Betrachtungshorizont des laufenden Rechnungsjahres, sondern auf einen grundsätzlich unbegrenzten Betrachtungshorizont, also auf die Gesamtlaufzeit des betreffenden Vertrages, abstellt.
- 7.1.3.5 Den Gesetzesmaterialien ist ebenfalls kein gegenteiliger Standpunkt zu entnehmen; im Gegenteil: Wenn dort von „*allen Unsicherheiten einer solchen Prognose*“ die Rede ist (vgl. den AB 507/2011 BlgöLT 27. GP 15), weist dies – im Hinblick darauf, dass von vornherein nur Euro-Darlehen mit fixer oder EURIBOR-

gebundener Zinsstruktur einer solchen Prognose zu unterziehen sind – auf einen langfristig orientierten Prognosezeitraum hin.

7.1.3.6 Unhaltbar ist auch die Behauptung der beklagten Partei, dass die Berechnung des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 zwar weitgehend unverändert in den neuen § 58 Abs 3 Z 3 leg cit übernommen wurde, weil sie für sonstige Finanzgeschäfte „*evidentermaßen unsinnig*“ ist, jedoch „*auf die Darlehen beschränkt (bleibt)*“. Richtig ist vielmehr, dass es die gegenständliche Berechnungsmethode für „*sonstige Finanzgeschäfte*“ gar nicht braucht, weil diese gemäß § 58 Abs 2 StL 1992 ohnehin ausnahmslos der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht unterliegen. Lediglich Darlehen, die auf Euro lauten, für die ein fixer oder ein an einen EURIBOR-Zinssatz gebundener Zinssatz vereinbart ist und die nicht endfällig sind oder der Vorfinanzierung öffentlicher Fördermittel dienen, können auch ohne vorherige Befassung der Gemeindeaufsichtsbehörde aufgenommen werden, aber eben (unter anderem) nur dann, wenn dadurch der Gesamtschuldendienst den angesprochenen Schwellenwert nicht übersteigt; allein aus diesem Grund ist die in Rede stehende Berechnungsmethode nunmehr ausschließlich bei „*echten*“ Darlehen normiert. Aus der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012 abzuleiten, dass der Landesgesetzgeber nunmehr die faktische Unanwendbarkeit der Berechnungsmethode des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 auf nicht darlehensförmige Finanzgeschäfte erkannt und damit jene Auffassung bestätigt habe, der zufolge solche Finanzinstrumente aus eben diesem Grund von vornherein nicht unter § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 subsumiert hätten werden dürfen, ist demnach gänzlich verfehlt.

7.1.3.7 Bei genauem Hinsehen kann man der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012 und den dazu vom Ausschuss für allgemeine innere Angelegenheiten gegebenen Erläuterungen sogar weitere Argumente für den von der Stadt Linz vertretenen Rechtsstandpunkt entnehmen. Die beklagte Partei zitiert die einschlägige Passage auf Seite 108 ihrer Klagebeantwortung (manipulativ) mit Auslassungen und einer Einleitung, die den Eindruck erweckt, als habe der Landesgesetzgeber eine nähere Konkretisierung der Berechnungsmethode für notwendig erachtet, damit die Regelung – im Gegensatz zur geltenden Rechtslage – dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG entspricht. In Wahrheit lautet der betreffende Satz in den Gesetzesmaterialien (vgl. den AB 507/2011 BlgöLT 27. GP 15) freilich wie folgt:

*„Zur Berechnung der Betragsgrenze [...] ist eine nähere Umschreibung der Berechnungsmethode angebracht, obwohl die hier zu beurteilenden Euro-Darlehen – auf Grund der Verknüpfung mit einem an EURIBOR-Zinssatz gebundenen Zinssatz – ein überschaubares Risiko beinhalten. Bei allen Unsicherheiten einer solchen Prognose wird damit – im Gegensatz zur geltenden Rechtslage – eine Methode für die Berechnung des Zinsrisikos normiert, die nicht nur zweckentsprechend ist, sondern auch dem Bestimmtheitsgebot des Art. 18 Abs. 1 B-VG entspricht.“*

7.1.3.8 Dem Landesgesetzgeber ging es also nicht – wie die beklagte Partei unterstellt – primär um die Sanierung einer von ihm als verfassungswidrig erkannten Rechtslage. Im Vordergrund stand vielmehr das Bemühen, eine zweckentsprechende Lösung für die Berechnung des Zinsrisikos zu präsentieren. Wie der in der zitierten Passage ausdrücklich angesprochene „*Gegensatz zur geltenden Rechtslage*“ annehmen lässt, hat der Ausschuss die bisher anzuwendende Berechnungsmethode offenbar für zweckwidrig erachtet. Darin könnte ein Hinweis darauf gesehen werden, dass er in Übereinstimmung mit dem seitens der Stadt Linz

in ihrer Klage eingenommenen Standpunkt ebenfalls von der – bei tendenziell eher risikoarmen Geschäften tatsächlich wenig sinnvollen – Notwendigkeit einer worst case-Betrachtung ausgegangen ist.

- 7.1.3.9 Die Argumente, die seitens der beklagten Partei gegen eine solche Vorgangsweise vorgebracht werden, gehen zum Teil über Plausibilitätsüberlegungen nicht hinaus. Soweit die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Prognoseentscheidung ganz generell verneint wird, weil alles andere „den Gesetzgeber hellseherische Fähigkeiten voraussetzen ließe“ (vgl. Seite 107 der Klagebeantwortung), ist ihr entgegenzuhalten, dass die Rechtsordnung den Behörden (und damit implizit auch den Rechtsunterworfenen) immer wieder schwierig zu treffende Prognosen abverlangt, ohne dass deren Verfassungskonformität bisher prinzipiell in Zweifel gezogen worden wäre; man denke etwa nur an die verschiedenen Prognoseentscheidungen im Zuge von Verlässlichkeitsprüfungen im Berufszulassungsrecht. Dass zwecks Abschätzung des künftigen Gesamtschuldendienstes nicht nur die mögliche künftige Entwicklung des neu abzuschließenden Geschäftes eingeschätzt werden muss, sondern auch entsprechende Annahmen in Bezug auf den schuldnerischen Altbestand erforderlich sind, macht die Sache sicher nicht einfach; § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 lässt freilich keine andere sinnvolle Deutung zu, als dass eine Zusammenschau aller finanzschuldenbedingten Leistungspflichten zu erfolgen hat.
- 7.1.3.10 Wenn von der beklagten Partei die Notwendigkeit einer worst case-Betrachtung wegen der damit verbundenen Überschreitung der Grenzen des Art 119a Abs 8 B-VG bestritten wird, ist hingegen auf die zuvor getroffene Feststellung zur normativen Bedeutung des § 14 F-VG 1948 als weitere, zum Genehmigungsvorbehalt hinzutretende Spezialermächtigung zur Beschneidung der Gemeindeautonomie im Zusammenhang mit der Aufnahme von Anleihen (Darlehen) zu verweisen. Aus der Sicht des Schutzes kommunaler und überörtlicher Interessen iS der Ausführungen unter Punkt 7.1.1.2 **hat es den** durchaus sinnvollen Nebeneffekt einer auf worst case-Szenarien **abstellenden Regelung**, dass sie Gemeinden dazu veranlasst, auch bei Finanzierungen mit variablen Komponenten Risikobegrenzungen einzubauen, um die Obliegenheit einer Befassung der Aufsichtsbehörde zu vermeiden. Vor Augen halten muss man sich außerdem, dass die worst case-Betrachtung selbst im striktesten aller Auslegungsmodelle zunächst lediglich dazu dient, genehmigungspflichtige Geschäfte von nicht genehmigungspflichtigen Geschäften zu trennen; ob die Genehmigung dann tatsächlich erteilt wird, ist Sache der Aufsichtsbehörde, die mögliche Szenarien durchaus auch nach ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit gewichten darf.
- 7.1.3.11 Geht man vor diesem Hintergrund davon aus, dass § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 in Ermangelung gegenteiliger Anhaltspunkte tatsächlich das Konzept einer worst case-Betrachtung innewohnt, steht die Überschreitung des in dieser Bestimmung festgelegten Schwellenwerts und damit die Genehmigungspflicht der verfahrensgegenständlichen Swap-Vereinbarung außer Zweifel. Dies erhellt schon daraus, dass der – aus Tilgungs- und Zinszahlungen aller aushaftenden städtischen Finanzschulden bestehende – Gesamtschuldendienst der Stadt Linz im Jahr 2011, verglichen mit den Einnahmen des ordentlichen Voranschlages des Rechnungsjahres 2007, die wegen des Abschlusses der Swap-Vereinbarung in diesem Rechnungsjahr als Referenzwert heranzuziehen sind, realiter die gesetzliche 15%-Marke erreicht hat (Punkt 7.1.3.15). Warum es, wie die beklagte Partei meint, unzulässig sein soll, aus einer ex post-Betrachtung Rückschlüsse auf die

seinerzeitige Erfüllung des Genehmigungstatbestandes zu ziehen, bleibt dunkel, ist doch bei einem worst case-Szenario der Eintritt der Gefahr letztlich immer der beste Beweis für die Annahme, dass die Gefahr tatsächlich gedroht hat.

- 7.1.3.12 Selbst wenn man der Argumentation der beklagten Partei gegen die Interpretation des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 iS einer erforderlichen worst case-Betrachtung beiträte, wäre für ihren Standpunkt daraus freilich auch nichts zu gewinnen. Um Wortlaut und Zweck des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 gerecht zu werden, müsste naturgemäß selbst unter dieser Prämisse eine Prognose über die zukünftige Entwicklung des Gesamtschuldendienstes der Stadt und seine Veränderung durch das neu abzuschließende Geschäft erstellt werden, und zwar nicht nur für das Rechnungsjahr des Abschlusses, sondern für die Gesamtlaufzeit des Geschäfts. Extremszenarien wie die theoretische Möglichkeit hyperinflationärer Tendenzen könnten bei dieser Prognose zwar – ungeachtet dessen, dass sie in der Vergangenheit bereits eingetreten sind – ausgeblendet bleiben.
- 7.1.3.13 Die erwartete Entwicklung ausschließlich aus den Daten der vergangenen 36 Monate abzuleiten, wie dies § 58 Abs 3 Z 3 StL 1992 idF der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012 wenig sachgerecht indiziert, wäre jedoch – in Ermangelung einer dies anordnenden Vorschrift vor Inkrafttreten besagter Novelle – ebenso unzureichend wie ein Abstellen auf die subjektiven Annahmen der Vertragspartner bei Abschluss der Vereinbarung. Gerade bei komplexen Geschäften mit mehreren variablen Komponenten und integrierten Verstärkereffekten bedürfte es wohl einer professionellen Risikobewertung, wie sie im von der Stadt Linz eingeholten Gutachten des Prof. Martin Janssen vom 18. Juni 2012 (ON 102 des Strafaktes) enthalten ist. Wenn dort – iS der von der beklagten Partei geforderten ex ante-Betrachtung – das Risiko der im Swap-Geschäft 4175 enthaltenen Optionskomponente mit rd. EUR 500 Mio. angesetzt wird, lässt dies in der geforderten Weise auch Rückschlüsse auf die Erfüllung des Genehmigungstatbestandes des § 78 Abs 1 Z 2 StL 1992 zu.
- 7.1.3.14 Dass das Risiko am Ende nicht eintreten muss, betrifft das Wesen jeder Prognoseentscheidung und kann daher nicht als Gegenargument ins Treffen geführt werden. Gleiches gilt für den Vorwurf, dass die Notwendigkeit einer professionellen Beratung mit dem alleinigen Zweck der Abklärung der Genehmigungspflicht eines Rechtsgeschäftes nicht angehen kann. Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass der Oö. Landesgesetzgeber mit der in § 58 Abs 1 Z 3 StL 1992 idF der Oö. Gemeinderechts-Novelle 2012 im Zusammenhang mit sonstigen Finanzgeschäften in Form der dort geforderten Gesamtrisiko-Analyse nun tatsächlich ein vergleichbares Element positiviert hat. Zum anderen könnte in einem solchen Erfordernis aber auch ein – ganz iS des Zweckes aufsichtsbehördlicher Genehmigungspflichten gelegenes – präventives Element gegen allzu komplizierte Finanzgeschäfte gesehen werden
- 7.1.3.15 Die aufsichtsbehördliche Genehmigungsschwelle knüpft an den jährlichen Gesamtschuldendienst des Landes an (Punkt 7.1.1.4). Dieser besteht aus Tilgungen, Zinsen und – zur Erfassung endfälliger Darlehen – auch aus der linear aufgeteilten Tilgungsrücklage (hinsichtlich der Details wird auf Abschnitt VI. Punkt 1. der Klagebeantwortung der Stadt Linz verwiesen). Wie sich aus den mit diesem Schriftsatz vorgelegten Unterlagen (Beilagen ./RRRRRR1 bis ./RRRRRR6 und ./NNNNNN) berechnen lässt, lagen die „Aufgriffsschwellen“ für die

Genehmigungspflicht in den Jahren 2011 und 2012 bei EUR 84,185 Mio. und im Jahr 2012 bei EUR 83,76 Mio.

- 7.1.3.16 Der gesamte Schuldendienst, ohne die Zahlungen aus dem Swap-Geschäft, betrug im Jahr 2011 EUR 49,6 Mio. und im Jahr 2012 EUR 45,4 Mio. Rechnet man die tatsächlichen Zahlungen aus dem Swap-Geschäft (mit und ohne Anrechnung des LIBOR), wie er im Jahr 2011 tatsächlich erfolgt ist und im Jahr 2012 ohne Kündigung fiktiv erfolgt wäre, so erhöhte sich im Jahr 2011 der Gesamtschuldendienst auf EUR 83,7 Mio. und im Jahr 2012 auf EUR 84,24 Mio. Mit den Verpflichtungen aus dem Swap-Geschäft hatte damit die Stadt Linz bereits nach vier Jahren den Schwellenwert fast erreicht und hätte ihn 2012 überschritten; auch 2011 ergibt die Berechnung von Mai bis 5. Oktober eine Schwellenüberschreitung (siehe die Berechnung am Ende der Beilage .NNNNNN).
- 7.1.3.17 Angesichts des unbeschränkten Risikos, dass sich bei einer Laufzeit von 10 Jahren bereits nach der Hälfte verwirklicht hat, ist bei der gebotenen Gesamtbetrachtung über den vollen Zeitraum (Punkt 7.1.3.3ff) von einer aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht ab Beginn auszugehen.

## **7.2. Genehmigungspflicht nach § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992**

- 7.2.1 § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 unterwirft auch die Übernahme von Bürgschaften oder sonstigen Haftungen der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht, wenn dadurch der Gesamtstand der von der Stadt übernommenen Haftungen 30 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde. Das Swap-Geschäft 4175 fällt auch unter diesen Genehmigungstatbestand. Auch das erklärt sich zwanglos vor dem Hintergrund der in Punkt 7.1.1.2 geschilderten Zweck der aufsichtsbehördlichen Genehmigung.
- 7.2.2 Die Anwendung des § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 auf das vorliegende Swap-Geschäft drängt sich vor allem dann auf, wenn man dessen unmittelbare Wirkung auf die Zinskonditionen der CHF-Anleihe – und damit auf den jährlichen Schuldendienst – verneint. In diesem Fall tritt das Swap-Geschäft neben die Anleihe. Abgesehen vom Zinsentausch (LIBOR gegen einen Zinssatz von 0,065 %) begründet das Geschäft eine Eventualverbindlichkeit der Stadt Linz gegenüber der beklagten Partei in Gestalt der 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen. Bezugspunkt dieser Eventualverpflichtung ist dennoch die Anleihe. Neben der daraus resultierenden Zinszahlungsverpflichtung trifft also die Stadt Linz – durch das Geschäft bedingt – eine ebenfalls auf die Anleihe bezogene Eventualverpflichtung.
- 7.2.3 Ähnlich ist die Lage bei einer Bürgschaft oder Garantie, die sich auf einen Kreditvertrag bezieht. Ob letztlich die Verpflichtungen schlagend werden, hängt – ebenso wie bei den Devisenoptionen – von einem ungewissen zukünftigen Ereignis ab, das die Stadt Linz nicht beeinflussen kann. Gerade solche unbeeinflussbaren Bedingungen will § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 einer aufsichtsbehördlichen Kontrolle unterwerfen.
- 7.2.4 Die Verpflichtung der Stadt Linz besteht darin, in der Zukunft zum jeweiligen Zinsfälligkeitstermin Schweizer Franken zu den im Vorhinein festgelegten Devisenkurs zu liefern; wobei natürlich diese Lieferung nicht tatsächlich durchgeführt wird, sondern nur ein Zahlungsausgleich erfolgt. Das ändert aber nichts daran, dass die Stadt Linz ungedeckte (nackte) Devisenoptionen verkauft hat, sie also

fachtechnisch gesagt als sogenannter Leerverkäufer mit einem Volumen von über EUR 1 Mrd. aufgetreten ist, wobei dieses Geschäft einer zusätzlichen Kreditaufnahme von EUR 500 Mio. wirkungsgleich ist (*Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 16, ON 102 des Strafaktes).

- 7.2.5 Bei der möglichen Haftung der Stadt Linz aus der Optionskomponente des Swap-Geschäftes handelt es sich um eine bedingte Verbindlichkeit, für die, würde die Stadt Linz einen Vermögensvergleich anstellen, eine Rückstellung zu bilden wäre. Nach § 198 Abs 8 Z 1 UGB betreffen nämlich Rückstellungen ungewisse Verbindlichkeiten und drohende Verluste aus schwebenden Geschäften, die am Abschlussstichtag wahrscheinlich oder sicher, aber hinsichtlich ihrer Höhe oder des Zeitpunktes ihres Eintrittes unbestimmt sind. Der Beirat für Rechnungslegung und Abschlussprüfung (Austrian Financial Reporting and Auditing Committee – AFRAC) erklärte in einer im Dezember 2012 veröffentlichten Stellungnahme mit dem Titel „*Die unternehmensrechtliche Bilanzierung von Derivaten und Sicherungsinstrumenten*“, dass für Derivatgeschäfte mit negativem beizulegenden Wert in dieser Höhe eine sogenannte „Drohverlustrückstellung“ zu bilden ist („*Die unternehmensrechtliche Bilanzierung von Derivaten und Sicherungsinstrumenten*, Seite 24). Dasselbe gilt nach den internationalen Rechnungslegungsvorschriften: IAS 39 verlangt dabei den Ansatz aller finanziellen Vermögenswerte und finanziellen Verbindlichkeiten in der Bilanz; dies schließt ausdrücklich auch Derivate, insbesondere solche mit negativem Marktwert ein. Messwert für die daraus entstehende Verpflichtung bzw. Rückstellung ist jener Betrag, zu dem zwischen sachverständigen, vertragswilligen und voneinander unabhängigen Geschäftspartnern („*in an arm's length transaction*“) ein Vermögenswert getauscht oder eine Schuld beglichen werden könnte (Zeitwert oder „*fair value*“).
- 7.2.6 Das bedeutet, dass die der Stadt Linz aus der Optionskomponente des Swap-Geschäftes 4175 drohenden zukünftigen Verluste jener Bewertung des Derivats entsprechen, welche die Gutachter im Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Linz angestellt hatten. Bedingt durch die Tatsache, dass § 78 StL 1992 ausschließlich auf die übernommene Verbindlichkeit und nicht auf den Saldo zwischen der Verbindlichkeit und einer allfälligen Gegenleistung abstellt, ist für die Ermittlung der Höhe der Verpflichtung, welche die Stadt Linz durch den Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 (bedingt) einging, lediglich auf die Optionskomponente abzustellen. Ob und welche Gegenleistung eine Gemeinde gegebenenfalls aus der Übernahme von Verpflichtungen oder Darlehen erhält, bleibt regelmäßig unberücksichtigt, weil es eben nur auf die Übernahme der Verpflichtung selbst ankommt. Schafft die Gemeinde mit einem aufgenommenen Kredit ein wertangemessenes Grundstück an, so ist dies für die Genehmigungspflicht des Kredites nämlich ohne Bedeutung.
- 7.2.7 In diesem Sinn lässt sich die von der Stadt Linz mit der Optionskomponente bei ihrem Abschluss bereits übernommene Verpflichtung ohne weiteres feststellen: Dr. Christian Imo (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 361, ON 129 des Strafaktes) gibt einen Wert zwischen EUR 53,67 Mio. und EUR 47,8 Mio. an. Prof. Martin Janssen (Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 26, ON 102 des Strafaktes) nennt Werte zwischen EUR 50,3 Mio. und EUR 77,3 Mio. Bei den Werten des Univ.-Prof. Dr. Markus Fulmek (Gutachten vom 28. Oktober 2011, Seite 7, ON 107 des Strafaktes) liegt der „*fair value*“ zwischen EUR 46,156 Mio. und EUR 49,419 Mio. Zusammengefasst bedeutet das, dass die Stadt Linz mit der Optionskomponente des Swap-Geschäftes 4175 in jedem Fall eine (bedingte) Verbindlichkeit von mehr als EUR 45 Mio. eingegangen ist.

- 7.2.8 Wie bei Bürgschaften und sonstigen Haftungen ist die Stadt Linz mit dem Abschluss der verfahrensgegenständlichen Swap-Vereinbarung somit in Wahrheit eine bedingte Verbindlichkeit eingegangen. Die aus der Bedingung resultierende Ungewissheit liegt zwar nicht im möglichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners, sondern letztlich in der Entwicklung des Wechselkurses zwischen Euro und Schweizer Franken und hier wiederum insbesondere in der Durchbrechung des „Strike“ bei einem Kurs von 1,54 CHF.
- 7.2.9 Das Risikopotential für die Gemeinden und die durch Art 119a Abs 8 B-VG mittelbar mitgeschützte überörtliche (Landes-)Ebene ist jedoch mit jenem von Bürgschaften und sonstigen Haftungen durchaus vergleichbar: Durch das Hinausschieben relevanter Zahlungspflichten auf einen Termin, der – wenn überhaupt – in der Zukunft liegt, möglicherweise aber auch nie kommen wird (nämlich dann, wenn sich der Wechselkurs bis dahin stabil entwickelt), könnte eine Gemeinde leichtfertig, weil ohne eine unmittelbare finanzielle Belastung fürchten zu müssen, die Vereinbarung abschließen. Mit dem Eintritt der Bedingung ist die Belastung dann jedoch unmittelbar schlagend, und zwar ohne eigenes Zutun der Gemeinde und mit geradezu existenzbedrohenden Auswirkungen für den Gemeindehaushalt, dessen Spielräume durch die fällig werdenden Zahlungen massiv beschnitten wurden.
- 7.2.10 Bei teleologischer Betrachtung des § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 ist damit auch klar, dass der in dieser Bestimmung hergestellte Drittbezug gerade nicht der Grund für die (vom Gesamtvolumen aller derartigen Geschäfte der Stadt abhängigen) Unterwerfung von Bürgschaften und sonstigen Haftungen unter die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht sein kann. Auf die am Beginn unter Punkt 7.1.1.2 erörterten kommunalen und überörtlichen Interessen, die eine Beschneidung der Gemeindeautonomie aus dem Titel der in Art 119a Abs 8 B-VG enthaltenen Ermächtigung rechtfertigen, bleibt dieser Aspekt nämlich ohne jeden Einfluss.
- 7.2.11 Was Bürgschaften und sonstige Haftungen im aufsichtsrechtlichen Kontext besonders riskant macht und den Gesetzgeber dazu bewogen hat, sie (ab einer bestimmten Größenordnung) von einer vorherigen Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig zu machen, ist vorrangig das Moment der Ungewissheit, ob die Zahlungspflicht während der Laufzeit des Vertrages tatsächlich eintritt oder nicht und in welcher Höhe Zahlungen erforderlich werden. Da konkrete Ausgaben – wenn überhaupt – erst irgendwann in der Zukunft zu leisten sind, müssen sie bei Vertragsabschluss grundsätzlich auch nicht budgetiert sein; entsprechender Ansätze im Voranschlag bedarf es erst in jenem Jahr, in dem die Zahlung dann tatsächlich fällig wird. Die Gefahr, aber auch die wohl mit jedem Bürgschafts- und Haftungsvertrag verbundene Hoffnung, dass dieser Zeitpunkt ohnehin niemals kommen wird oder die fällig werdenden Zahlungen jedenfalls deutlich hinter dem zugesagten Haftungsrahmen zurückbleiben werden, bedingt naturgemäß die Gefahr, dass entsprechende Verpflichtungen leichter eingegangen werden als „echte“ Verbindlichkeiten. Das Aufsichtsrecht versucht dem zu begegnen, indem es die Aufsichtsbehörde in den Entscheidungsprozess einbindet, sobald das aushaftende Gesamtrisiko die Schwelle von 30 % der Einnahmen des jeweiligen Voranschlages übersteigt und folglich bei Schlagendwerden auch nur eines Teiles des Haftungsrisikos erhebliche Probleme beim Ausgleich des ordentlichen Haushalts auftreten könnten.

- 7.2.12 Damit durfte das Swap-Geschäft 4175 von der Stadt Linz nicht ohne vorherige Befassung der Gemeindeaufsichtsbehörde abgeschlossen werden, da jede Bewertung der von der Stadt Linz damit übernommenen potentiellen Haftung über dem Grenzwert liegt (dazu im Folgenden).
- 7.2.13 Der in § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 verankerte Schwellenwert, mit der die aufsichtsbehördliche Zuständigkeit greift, beträgt 30 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres. § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 stellt in dieser Hinsicht ausdrücklich auf den Gesamtgegenstand der von der Stadt übernommenen Haftungen ab und ordnet an, diesen der Summe von 30 % der Einnahmen des ordentlichen Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres gegenüberzustellen. Wann genau die einzelnen bedingten Zahlungspflichten schlagend werden, ist irrelevant.
- 7.2.14 Die gesetzliche Haftungsgrenze und ihre aktuelle Ausnutzung werden vom Kontrollamt der Stadt Linz jeweils im Zusammenhang mit der (Nach-)Prüfung des Rechnungsabschlusses untersucht und festgestellt. Für den Rechnungsabschluss des Jahres 2007 (Beilage ./NN) heißt es dazu in dem am 23. September 2008 an den Kontrollausschuss erstatteten Bericht wörtlich:
- „Die Übernahme von Bürgschaften und Haftungen bedarf gemäß § 78 (1) 3 StL 1992 der Genehmigung der öö. Landesregierung, wenn dadurch der Gesamtstand der übernommenen Haftungen 30 % der Einnahmen des o. Voranschlags des laufenden Rechnungsjahres übersteigen würde.*
- Für das Jahr 2006 (gemeint offenbar für das Jahr 2007, das Gegenstand der Prüfung war) **ergeben 30 % von € 459,3 Mio. (VA) den Betrag von € 137,8 Mio. (VA), von dem jedoch nur € 86,6 Mio. (2006: 90,1 Mio.) tatsächlich aushaftend waren. Der Gesamtstand der Haftungen ist um 3,9 % gesunken.**“*
- 7.2.15 Damit durfte die Stadt Linz im Jahre 2007 bedingte Verpflichtungen nur mehr im Ausmaß von EUR 41,2 Mio. eingehen, um nicht die Grenze zur Genehmigungspflicht zu überschreiten. Im darauffolgenden Jahr (Bericht des Kontrollamtes zum Rechnungsabschluss 2008 vom 3. Dezember 2009, Beilage ./HHHHH) sank der noch offene Rahmen auf rd. EUR 29,1 Mio. Das Ausmaß der von der Stadt Linz mit dem Eingehen des Swap-Geschäftes 4175 übernommenen potentiellen Haftungen hat diese Grenze, unabhängig davon, wie man nun tatsächlich dieses Risiko bemisst, überschritten (dazu im Folgenden).
- 7.2.16 Bereits Prof. Martin Janssen stellt in seinem Gutachten vom 18. Juni 2012 (Seite 16, ON 102 des Strafaktes) dar, dass das mit der Verschreibung der im Swap-Geschäft enthaltenen 21 exotischen EUR/CHF-Put-Optionen verbundene finanzielle Risiko des Geschäftes mit EUR 500 Mio. zu bewerten ist, ein Risiko, mit dem naturgemäß potentielle Verpflichtungen im gleichen Ausmaß einhergingen. Wie Prof. Martin Janssen zeigt, hat die Stadt Linz nämlich damit pro CHF-Nominalwert und Halbjahr eine Option auf EUR 1,00 übernommen. Diese Verpflichtung entspricht rd. EUR 1,266 Mrd. Da der Ausübungspreis im Abschlusszeitpunkt für die Mehrheit der länger laufenden Optionen „leicht aus dem Geld“ war, kann man die potentiellen Verpflichtungen im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses mit rd. EUR 500 Mio. bewerten.

- 7.2.17 Ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß die Gemeinde aus der Übernahme von Haftungen eine Gegenleistung erhält, ist für die aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht grundsätzlich bedeutungslos. Der Landesgesetzgeber sieht allein in der Übernahme potentieller Verpflichtungen in einem den Schwellenwert überschreitenden Ausmaß als gefährdend an; die Gründe dafür wurden unter Punkt 7.1.1.2 ausführlich dargestellt.
- 7.2.18 Gegen dieses Ergebnis könnte man einwenden, dass wegen des engen wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen der Verpflichtung der Stadt Linz, zum Fälligkeitstag Schweizer Franken zu liefern, gegenzurechnen ist, dass die beklagte Partei als „Wettpartner“ ihrerseits Euro zu liefern hat, wobei es unmittelbar am Fälligkeitstag zum rechnerischen Ausgleich kommt. Das führt allerdings zu keiner Änderung der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht: Auch die von der Stadt Linz eingegangenen Verpflichtungen aus der Optionskomponente des Swap-Geschäftes 4175 lassen sich ermitteln; sie entspricht der Prämie, die ein Dritter bereit ist für die Übernahme der potentiellen Verpflichtung zu zahlen. In dieser Berechnung kommt die Erwartung der Vertragspartner zum Ausdruck, in welchem Ausmaß es wohl in Zukunft zu einer echten Zahlungspflicht der Stadt Linz kommen wird (vgl. Punkt 7.2.5).
- 7.2.19 Die im Strafverfahren bereits vorliegenden Gutachten sehen Bewertungen der bedingten Verpflichtung der Stadt Linz jedenfalls über EUR 45 Mio. vor (näher dazu unter den Punkten 7.2.5 bis 7.2.9). Das Ausmaß der von der Stadt Linz mit der Optionskomponente des Swap-Geschäftes 4175 übernommenen potentiellen Verpflichtung, also der Haftung im Sinne des § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992, hat sohin bereits im Jahr 2007 zu einem Überschreiten der gesetzlichen Schwellenwerte geführt, da zu diesem Zeitpunkt nur mehr ein Rahmen von EUR 41 Mio. zur Verfügung gestanden ist.

### **7.3. Ergebnis**

- 7.3.1 Das Swap-Geschäft 4175 unterlag sowohl nach § 78 Abs 1 Z 2 als auch nach § 78 Abs 1 Z 3 StL 1992 der aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflicht.
- 7.3.2 Genehmigungspflichtige Rechtsgeschäfte der Stadt Linz werden Dritten gegenüber erst mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung rechtswirksam. Die bis dahin bestehende schwebende Unwirksamkeit endet, wenn feststeht, dass eine Genehmigung nicht mehr erzielt werden kann. Das ist gegenständlich der Fall (Abschnitt VII. Punkt 2. der Klagebeantwortung der Stadt Linz).
- Eingriff des Zinstauschgeschäftes in die ursprüngliche Anleihe durch nachträgliche Änderungen der Zahlungsbedingungen, führt dazu, dass das Zinstauschgeschäft der gleichen Genehmigungspflicht unterliegt, wie das ursprüngliche Geschäft (bestätigt wird diese Rechtsansicht nunmehr durch den (Bundes-)Rechnungshofbericht Serie OÖ 2013/1 (vom 5.6.2013, TZ 5.2), durch die zurückweisende Entscheidung des Landes OÖ, das eine nachträgliche Genehmigung des Swap-Geschäftes 4175 mangels Fehlen eines aktuellen Gemeinderatsbeschlusses verweigert hat (Bescheid vom 10.10.2011) und durch das schriftliche Gutachten des Verfassungsdienstes des Landes Oberösterreich (8.11.2011, GZ Verf-902466/2-2011-St)

- Sonstige Verbindlichkeit (§ 46 Abs 1 Z 12 StL 1992): *Janssen* hat in seinem Gutachten vom 18. Juni 2012 dargelegt, dass hinter der Zinsformel die Verschreibung von 21 Währungsoptionen stehen. Er kommt zum Ergebnis, dass damit in Wirklichkeit pro CHF-Nominalwert und Halbjahr eine Option auf 1 EUR übernommen wird. Diese Verpflichtung entspricht rund EUR 1,266 Mrd. Da der Ausübungspreis im Abschlusszeitpunkt für die Mehrheit der länger laufenden Optionen "*leicht aus dem Geld*" war, ist die Verpflichtung, welche die Stadt Linz einging, mit rund EUR 500 Mio zu bewerten.

Beweis: Beilage 366/2011 zur oberösterreichischen Gemeinderatsnovelle 2012, Beilage /LLLLLL;  
Beilage 369/2011 zur oberösterreichischen Gemeinderatsnovelle 2012, Beilage /MMMMMM.

## **8. Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes wegen Evidenz des Vertretungsmissbrauchs**

### **8.1. Die Vorwürfe der Stadt Linz**

- 8.1.1 Auch wenn Mag. Werner Penn in dem oben (vgl. Punkt 2.2) dargestellten – durchaus eingeschränkten Umfang – zum Abschluss von Finanzgeschäften und Finanzterminkontrakten ermächtigt war, so hat er mit dem Swap-Geschäft 4175 die ihm übertragene Befugnis massiv missbraucht: Aufgrund seiner Funktion war er selbstverständlich zur umfassenden Interessenwahrung für die Stadt Linz verpflichtet. Vor jedem Abschluss eines Geschäftes war daher zu prüfen, ob es den in der Bundesverfassung (Art 119a Abs 2 B-VG) und in § 57 StL 1992 verankerten Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprochen hat. Ein Spekulationsgeschäft in fremder Währung mit einem Volumen, das EUR 1 Mrd. überschritt und bankfachlich einer zusätzlichen Kreditaufnahme von EUR 500 Mio. wirkungsgleich war (*Janssen*, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seiten 15f, ON 102 des Strafaktes), war das gewiss nicht (ebenso der Bericht des [Bundes-] Rechnungshofes, Serie Oberösterreich 2013/1 TZ 5). Außerdem steht dieses Swap-Geschäft im krassen Gegensatz dazu, dass jeder Vertreter verpflichtet ist, dem Auftraggeber einen größtmöglichen Nutzen zu verschaffen. Unvertretbare Risikogeschäfte, welche ein hohes Schadenspotential in sich bergen, stellen eine massive Überschreitung der Befugnis dar (RIS-Justiz RS0094918; RS0094830).
- 8.1.2 Die Stadt Linz hat (siehe oben) ausführlich dargestellt, dass sich die Grenzen der Befugnis des Mag. Werner Penn bereits im Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 widerspiegelt haben. Die beklagte Partei konnte – wie auch jedes sonstige Kreditinstitut – erkennen, dass das konkrete Swap-Geschäft 4175 aufgrund seiner Marktunüblichkeit und fehlenden Eignung zur Optimierung eines Fremdfinanzierungsportfolios schon ganz klar vom Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses (und damit auch von der Ermächtigung gegenüber der Finanz- und Vermögensverwaltung) nicht gedeckt war. So weist auch Dr. Christian Imo (Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 189f, ON 129 des Strafaktes) ausdrücklich darauf hin, dass nach dem klar erkennbaren Willen des Gemeinderates nur solche „Optimierungsgeschäfte“ zulässig sein sollten, „[...] die zu keiner (merklichen) Erhöhung des bereits bestehenden Risikos im existenten Schuldenportfolio der Stadt Linz geführt hätten“. Und er führt dann weiter fort, dass durch die Diskussion im Gemeinderat deutlich geworden wäre, dass bereits ein Jahresverlust von EUR 10 Mio. als bedeutend eingestuft wird. Da im Protokoll des

Gemeinderates wiederholt auf den Amtsbericht hingewiesen worden ist, wäre es Pflicht der beklagten Partei gewesen (die sich gerade auf diese Protokolle beruft), sich den Amtsbericht zu beschaffen.

- 8.1.3 Unabhängig davon verdient die beklagte Partei keinen Schutz, weil sie den Vollmachtsmissbrauch tatsächlich erkannt oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht gesehen hat oder nicht sehen wollte: „Die institutionell gesicherte Vertretungsmacht soll nur den redlichen Geschäftsverkehr erleichtern und die redlich an ihm Beteiligten schützen, nicht aber unredliche Geschäfte ermöglichen.“ (RIS-Justiz RS0016733; RS0019576). Ist ein Missbrauch zumindest evident, kommt das Geschäft nicht rechtswirksam zustande. Die Schutzwürdigkeit entfällt nicht nur bei positiver Kenntnis, sondern auch bei fahrlässigem Verhalten, wenn aus den Begleitumständen der offenbare Missbrauch bzw. das zumindest grob treuwidrige Verhalten auffallen musste (OGH 8ObA 114/98t).
- 8.1.4 Schon zu Beginn des Verfahrens war klar, dass es für die beklagte Partei zumindest evident sein musste, dass Mag. Werner Penn bei Abschluss des Swap-Geschäftes 4175 keinesfalls den Willen des Gemeinderates umgesetzt hat. Das hat sich aus der Kenntnis der beklagten Partei ergeben über (a) der exotischen Struktur des Geschäftes, (b) dem extrem hohen eingesetzten Hebel in Gestalt der währungsabhängigen Zinsbildungsformel, (c) dem hohen Geschäftsvolumens, (d) dem enormen Kreditrahmen, deren es für dieses Geschäftes bedurfte und schließlich, (e) der langen Laufzeit des Geschäftes sowie generell seiner enormen wirtschaftlichen Tragweite; letztlich aber auch aus den Protokollen der Gemeinderatssitzung, auf die sich die beklagte Partei ausdrücklich beruft.

## 8.2. Bestätigung der Evidenz eines Vertretungsmissbrauchs

- 8.2.1 Im Strafverfahren der Staatsanwaltschaft Linz wurde eine Vielzahl von Gutachten vorgelegt und verwertet, aus denen ersichtlich ist, dass der gegen die beklagte Partei gerichtete Vorwurf – was die Struktur des Swap-Geschäftes 4175 anlangt – berechtigt ist. Das Geschäft ist evident weder marktüblich noch geeignet, das Fremdfinanzierungsportfolio zu optimieren (Punkt 4.).
- 8.2.2 Der beklagten Partei waren einerseits schon aus ihren internen Kreditanträgen das restriktive Haushaltsrecht und die Genehmigungspflicht derartiger Geschäfte durch den Gemeinderat bekannt. Auch das Delegationsverbot des § 46 Abs 2 StL 1992 und ein grundsätzliches Spekulationsverbot der Kommunen war ihr bekannt oder musste ihr zumindest bewusst sein. Die Ergebnisse des Strafverfahrens haben gezeigt, dass es sich bei dem Swap-Geschäft 4175 um eine „lupenreine“ Währungsspekulation (Janssen, Gutachten vom 18. Juni 2012, Seite 3, ON 102 des Strafaktes; Imo, Gutachten vom 25. Oktober 2012, Seite 377f, ON 129 des Strafaktes), noch dazu mit einem existenzbedrohendem Volumen für die Stadt Linz gehandelt hat. Die beklagte Partei kann sich angesichts dieser Umstände weder auf die Vollmachtssurkunde des Bürgermeisters, noch auf den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 berufen. Dr. Christian Imo betont auf Seite 377f seines Gutachtens (siehe oben) noch ausdrücklich, dass er es aufgrund der Genese dieses Beschlusses und der Struktur des Swap-Geschäftes 4175 für grundsätzlich ausgeschlossen halte, den Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2004 dahin zu verstehen, dass mit der Ermächtigung der Finanz- und Vermögensverwaltung „[...] auch unlimitierte derivative Spekulationsgeschäfte gemeint sein könnten“.

8.2.3 Das Swap-Geschäft 4175 ist daher wegen des (erkannten) evidenten Vertretungsmisbrauchs unwirksam, sollte das Geschäft – was die Stadt Linz massiv bestreitet – überhaupt vom Wortlaut des Gemeinderatsbeschlusses gedeckt sein. Die Unterfertigung des Rahmenvertrages durch den Bürgermeister der Stadt Linz und die Vollmachtserteilung an Mag. Werner Penn ändert am Vorwurf gegenüber der beklagten Partei schon deshalb nichts, weil durch die Festlegung von Rahmenbedingungen in der Rahmenvereinbarung nichts über den Inhalt des konkreten Geschäftes ausgesagt worden ist. Beide Urkunden konnten bei der beklagten Partei nur ein Vertrauen darauf hervorrufen, die Stadt Linz wolle Finanzgeschäfte und Finanzterminkontrakte abschließen. Deren konkreten Inhalten waren aber durch die genannten gesetzlichen und äußeren Umstände, nicht zuletzt auch durch den erkennbaren Willen des Gemeinderates, den er am 3. Juni 2004 zum Ausdruck brachte, evidente Grenzen gesetzt. Die Überschreitung dieser Grenzen hat die beklagte Partei zumindest grob fahrlässig nicht erkannt, sodass sie sich nicht auf eine Vertretungsmacht des Mag. Werner Penn berufen konnte. Das Swap-Geschäft 4175 ist daher auch aus diesem Grund nicht wirksam zustande gekommen.

### **III. Gerichtsaufträge**

#### **1. Gerichtsaufträge aus der vorbereitenden Tagsatzung vom 24. Mai 2013**

##### **1.1. Geschäftsordnungen**

1.1.1 Entsprechend dem Auftrag des Gerichts legt die Stadt Linz die Geschäftsordnungen des Magistrats, des Stadtsenats, des Gemeinderats sowie für Ausschüsse in der bei Abschluss des Swap 4175 geltenden Fassung samt Anlagen vor:

- a) Geschäftseinteilung und Geschäftsordnung für den Magistrat der Landeshauptstadt Linz, Fassung 1999, Beilage ./QQQQQ
- b) Geschäftsordnung für Ausschüsse, Fassung Juni 2005, Beilage ./RRRRR
- c) Geschäftsordnung für den Gemeinderat, Fassung August 2005, Beilage ./SSSSS
- d) Geschäftsordnung für den Stadtsenat, Fassung Juni 2005, Beilage ./TTTTT
- e) Geschäftseinteilung Stadtsenat, Fassung Juni 2003, Beilage ./UUUUU

##### **1.2. Auf Basis des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 abgeschlossene Finanzgeschäfte**

1.2.1 Das Gericht hat der Stadt Linz aufgetragen, sämtliche Finanzgeschäfte, welche auf Grundlage des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004 abgeschlossen wurden, vorzulegen. Neben dem klagsgegenständlichen Swap-Geschäft 4175 (Geschäftsbestätigung wurde vorgelegt als Beilage ./CC bzw. nach Änderung ./KK; entspricht dem „Derivat 9“ in der Auflistung des Bundes-Rechnungshofberichts), hat die Stadt Linz noch folgende Derivatgeschäfte auf Grundlage des Beschlusses abgeschlossen:

- a) 15J-Curve-Cap-Swap Ref.Nr. 266865, Nominal EUR 20 Mio., mit Nomura International Plc. vom **27.8.2007**, Beilage ./VVVVV (entspricht Derivat Nr. 1 im Bundes-Rechnungshofbericht; Dokument wird mit Kurzbeschreibung und Termination Notice vom 2.4.2009 vorgelegt)

- b) Zins-Swap Vertrag Ref.Nr. 5001000006653, Nominal EUR 10 Mio., mit der Raiffeisen Landesbank Oberösterreich vom **20./24.9.2007**, Beilage ./WWWWW (entspricht Derivat Nr. **2** im Bundes-Rechnungshofbericht)
- c) Zinsbegrenzungsgeschäft (Cap) Ref.Nr. C&F 67805, Nominal EUR 20 Mio., mit der Allgemeine Sparkasse Oberösterreich Bank vom **12.9.2006**, Beilage ./XXXXX (entspricht Derivat Nr. **3** im Bundes-Rechnungshofbericht)
- d) Swap-Option Ref.Nr. 6001000009096, Nominal EUR 20 Mio., mit der Raiffeisen Landesbank Oberösterreich vom **12.9.2006**, Beilage ./YYYYY (entspricht Derivat Nr. **4/6** im Bundes-Rechnungshofbericht)
- e) Ausübung Swap-Option Ref.Nr. 6001000009096, Nominal EUR 20 Mio., mit der Raiffeisen Landesbank Oberösterreich vom **12.9.2011**, Beilage ./ZZZZZ (wurde im Bundes-Rechnungshofbericht in der Position 4/6 mitumfasst)
- f) Cap-Vertrag Ref.Nr. 6002000001624, Nominal EUR 20 Mio., mit der Raiffeisen Landesbank Oberösterreich Bank, vom **12.9.2006**, Beilage ./AAAAA (entspricht Derivat Nr. **5** im Bundes-Rechnungshofbericht)
- g) Swap-Option Ref.Nr. SWO147 mit der Allgemeine Sparkasse Oberösterreich Bank, Nominal EUR 20 Mio., vom **12.9.2006**, Beilage ./BBBBB (entspricht Derivat Nr. **4/6** im Bundes-Rechnungshofbericht)
- h) Ausübung Swap-Option Ref.Nr. SWO147 mit der Allgemeine Sparkasse Oberösterreich Bank, Nominal EUR 20 Mio., vom **12.9.2011**, Beilage ./CCCCC (wurde im Bundes-Rechnungshofbericht in der Position Nr. **4/6** mitumfasst)
- i) Einzelabschlussbestätigung Resettable-Swap 3976, Nominal EUR 10 Mio., mit der beklagten Partei vom **26.9.2006**, Beilage ./O sowie ./2 (entspricht Derivat Nr. **7** im Bundes-Rechnungshofbericht)
- j) Einzelabschlussbestätigung Swap 57196, Nominal EUR 10 Mio., mit der beklagten Partei vom **16.7.2007**, Beilage ./DDDDD (entspricht Derivat Nr. **8** im Bundes-Rechnungshofbericht)

1.2.2 Betrachtet man diese Geschäftsabschlüsse, wird klar, dass die Geschäftsabschlüsse **mit der beklagten Partei** (Swaps 3967, 4175 sowie 57196) im Vergleich zu den Derivaten mit den anderen Banken durch ihr **besonderes Risiko, vor allem die Fremdwährungskomponente** hervorstechen. Im Vergleich zum Swap-Geschäft 4175 messen sich die Derivate mit anderen Banken als geradezu harmlos aus und verkörpern nicht auch nur annähernd ein vergleichbares Bedrohungsszenario. Die Zusammensetzung des „Derivatportfolios“ liefert auch Zeugnis für das fehlende Fachwissen, woraus die beklagte Partei beim Geschäftsabschluss des Swap-Geschäfts 4175 unmittelbar Kapital schlug.

1.2.3 Der Abschluss von Darlehen und Krediten durch die Finanzverwaltung erfolgte nicht auf Basis des Gemeinderatsbeschlusses vom 3. Juni 2004.

### 1.3. Vorlage von Übersetzungen

1.3.1 Gemäß Gerichtsauftrag legt die Stadt Linz zu jenen bereits vorgelegten Urkunden, welche in englischer Sprache verfasst sind, deutsche Übersetzungen vor. Zur besseren Übersicht wird die übersetzte Version als gleiche Beilage vorgelegt mit dem Zusatz „ü“:

- a) Die Übersetzung zur Beilage ./YY wird nunmehr vorgelegt als Beilage ./YYü;
- b) Die Übersetzung der Beilage ./JJJ5 wird nunmehr vorgelegt als Beilage ./JJJ5ü.
- c) Die Übersetzung der Beilage ./JJJ8: wird nunmehr vorgelegt als Beilage ./JJJ8ü.
- d) Die Übersetzung der Beilage ./JJJ9 wird nunmehr vorgelegt als Beilage ./JJJ9ü
- e) Die Übersetzung der Beilage ./JJJ10 wird nunmehr vorgelegt als Beilage ./JJJ10ü
- f) Die Übersetzung der Beilage ./JJJ12 wird nunmehr vorgelegt als Beilage ./JJJ12ü.

### 1.4. Vorlage vollständiger Beilagen

1.4.1 Die Stadt Linz legt zwei bereits vorgelegte Beweisurkunden nunmehr vollständig unter gleicher Beilagenbezeichnung vor:

- a) Beilage ./S wird um die zweite Seite des Aktenvermerks der beklagten Partei vom 22.1.2007 ergänzt;
- b) Beilage ./MM wird um die zweite Seite der E-Mail von Iris Sahinoglu an Mag. Werner Penn vom 11.4.2008 ergänzt.

### 1.5. Richtigstellung der Beilagenbezeichnung

1.5.1 Die Stadt Linz legt die in der Urkundenvorlage vom 11. Jänner 2012 nicht korrekt bezeichneten Beilagen ./II und ./JJ nunmehr mit der jeweils richtigen Urkunde vor:

- a) Antrag der Stadtkämmerei auf Kontoeröffnung, Beilage ./II;
- b) Antrag auf Kontoeröffnung vom 11.10.2007 (Schreiben Mag. Penn an Bürgermeister Dr. Dobusch), Beilage ./JJ;

1.5.2 Die Stadt Linz hat in der Urkundenvorlage vom 11. Jänner 2012 die Beilagen SSS1-SSS5 als „*Haushaltsvoranschläge der Stadt Linz für die Jahre 2007 bis 2011 bezeichnet*“. Treffender sind diese jedoch als „*Einnahmen-Ausgaben-Gruppierungen der Stadt Linz*“ für den besagten Zeitraum zu benennen. Die entsprechende Umbenennung wurde bereits in dem diesem Schriftsatz beigefügten aktuellen Beilagenverzeichnis vorgenommen. Die eigentlichen „Haushaltsvoranschläge“ für die Jahre 2007 bis 2011 werden nunmehr als Beilagen ./RRRRRR1 - ./RRRRRR5 vorgelegt.

### 1.6. OCR-Lesbarkeit der Schriftsätze und Urkunden

- 1.6.1 Dem gerichtlichen Auftrag folgend, hat die Stadt Linz sämtliche von ihr eingebrachten Schriftsätze sowie vorgelegte Urkunden auf OCR-Lesbarkeit überprüft. Demgemäß hat sich nur die Klagebeantwortung im Widerklageverfahren zu 48 Cg 222/11y als nicht OCR-leserlich herausgestellt. Diese wird dem Gericht daher als PDF-Datei auf einem Datenträger neu vorlegt.

## 1.7. Weitere Zeugenbekanntgaben

- 1.7.1 Auf Grund der Tatsache, dass der Stadt Linz per dato noch keine umfassende Kenntnis über die **interne Organisationsstruktur der beklagten Partei** vorliegt, wartet die Stadt Linz aus prozessökonomischen Gründen vorerst die Vorlage der vom Gericht in der Verhandlung vom 24. Mai 2013 aufgetragenen Organigramme der beklagten Partei und die Einvernahme vom Vorstandsmitglied Byron Haynes ab und wird hiernach allenfalls noch weitere Zeugen aus der Sphäre der beklagten Partei beantragen.

- 1.7.2 Unbeschadet dessen beantragt die Stadt Linz vorerst – neben den vom Gericht bereits bekannt gegebenen Zeugen und Parteien – die Einvernahme folgender Zeugen zum Prozessthema Gültigkeit und Struktur.

- a) **DDr. Regina Prehofer**, Adolfstorgasse 49, Stiege 2, 1130 Wien;
- b) **Mario Tieff**, p.A. der beklagten Partei;
- c) **Dr. Hermann Kepplinger**, p.A. der Stadt Linz;
- d) **Dr. Christian Schmid**, p.A. der Stadt Linz;

## 2. Gerichtsaufträge aufgrund des Beschlusses des Handelsgerichtes Wien vom 10. Juni 2013

- 2.1. Die Stadt Linz erhielt mit Beschluss vom 10. Juni 2013 den Auftrag, sämtliche Protokolle des Sonderkontrollausschusses der Stadt Linz betreffend des Swap-Geschäfts 4175 vorzulegen, was unter einem erfolgt:

- a) Sondersitzung vom 16.5.2011, Beilage ./EEEEEE1
- b) Sondersitzung vom 15.6.2011, Beilage ./EEEEEE2
- c) Sondersitzung vom 8.9.2011, Beilage ./EEEEEE3
- d) Sondersitzung vom 29.9.2011, Beilage ./EEEEEE4
- e) Sondersitzung vom 20.10.2011, Beilage ./EEEEEE5
- f) Sondersitzung vom 23.11.2011, Beilage ./EEEEEE6
- g) Sondersitzung vom 29.2.2012, Beilage ./EEEEEE7
- h) Sondersitzung vom 24.7.2012, Beilage ./EEEEEE8
- i) Sondersitzung vom 26.9.2012, Beilage ./EEEEEE9
- j) Sondersitzung vom 23.10.2012, Beilage ./EEEEEE10
- k) Sondersitzung vom 29.10.2012, Beilage ./EEEEEE11
- l) Sondersitzung vom 27.11.2012, Beilage ./EEEEEE12
- m) Anfrage 13227/J vom Abgeordneten Keck vom 5.12.2012, Beilage ./EEEEEE13
- n) Anfrage 13226/J vom Abgeordneten Keck vom 5.12.2012, Beilage ./EEEEEE14
- o) Sondersitzung vom 10.1.2013, Beilage ./EEEEEE15
- p) Sondersitzung vom 29.1.2013, Beilage ./EEEEEE16
- q) Sondersitzung vom 11.2.2013, Beilage ./EEEEEE17
- r) Sondersitzung vom 26.2.2013, Beilage ./EEEEEE18
- s) Sondersitzung vom 15.3.2013, Beilage ./EEEEEE19
- t) Sondersitzung vom 19.3.2013, Beilage ./EEEEEE20

- u) Sondersitzung vom 9.4.2013, Beilage ./EEEEEE21
- v) Sondersitzung vom 16.4.2013 mit 3 Beilagen, Beilage ./EEEEEE22
- w) Aktenvermerk vom 8.5.2013, Beilage ./EEEEEE23
- x) Sondersitzung vom 14.5.2013 mit 2 Beilagen, Beilage ./EEEEEE24
- y) Sondersitzung vom 3. Juni 2013, Beilage ./EEEEEE25
- z) Sondersitzung vom 18. Juni 2013, Beilage ./EEEEEE26

#### IV. **Urkundenerklärung**

##### 1. **Erläuternde Hinweise**

Auftragsgemäß erstattet die Stadt Linz die Urkundenerklärung schriftlich. Erläuternd merkt die Stadt Linz folgendes an: Die von der beklagten Partei vorgelegten Beilagen überschneiden sich mit zahlreichen von der Stadt Linz vorgelegten Beweisurkunden. Zur besseren Übersicht des Gerichts hat die Stadt Linz zu Punkt 2. eine „**Überkreuzungsliste**“ erstellt, zu Punkt 3 folgt die Aufstellung der übrigen Urkunden der beklagten Partei samt korrespondierender Erklärung hiezu:

##### 2. **Überkreuzungsliste – Urkundenerklärung zu den identen Beilagen der Streitteile**

Soweit die jeweilige Beweisurkunde der beklagten Partei bereits von der Stadt Linz vorgelegt wurde gesteht die Stadt Linz die **Echtheit der Urkunde** zu und verweist hinsichtlich der **Richtigkeit** auf das bisherige eigene Vorbringen, insbesondere auch das Vorbringen in diesem Schriftsatz.

<b>Beilage der beklagten Partei (BAWAG P.S.K)</b>	<b>Beilage der Stadt Linz</b>
Beilage ./1 - Rahmenvertrag vom 26.9.2006	Beilage ./N
Beilage ./2 - Einzelabschlussbestätigung vom 28.9.2006	Beilage ./O
Beilage ./3 - Einzelabschlussbestätigung vom 16.2.2007	Beilage ./CC
Beilage ./4 - Einzelabschlussbestätigung vom 15.10.2007 - geänderte Fassung	Beilage ./KK
Beilage ./14 - Auszug Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 15.5.2008	Beilage ./KKK15
Beilage ./15.0 - Maßnahmen des Debt Managements 2007-2010	Beilage ./HHH <i>(umfasst weitere Berichte, siehe HHH1 bis HHH9)</i>
Beilage ./15.1 - Maßnahmen des Debt Managements vom 21.4.2008	Beilage ./HHH4
Beilage ./15.2 - Maßnahmen des Debt Managements vom 21.10.2008	Beilage ./HHH5
Beilage ./15.3 - Maßnahmen des Debt Managements vom 6.5.2009	Beilage ./HHH6
Beilage ./15.4 - Maßnahmen des Debt-Managements vom 10.11.2009	Beilage ./HHH7
Beilage ./15.5 - Maßnahmen des Debt Managements vom 20.5.2010	Beilage ./HHH8
Beilage ./15.6 - Maßnahmen des Debt Managements vom 11.11.2010	Beilage ./HHH9
Beilage ./20 - Schreiben der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 11.11.2008	Beilage ./RR
Beilage ./21 - Kündigung der Stadt Linz vom 13.10.2011	Beilage ./DDD
Beilage ./22 - Kündigung der BAWAG P.S.K. vom 20.10.2011	Beilage ./GGG

Beilage ./27 - Aktenvermerk Mag. Penn vom 10.2.2011	Beilage ./ZZ
Beilage ./29 - Zeugenvernehmung Mag. Harald Machat vom 27.9.2011	Beilage ./ZZZ
Beilage ./30 - Bericht Mag. Penn vom 11.8.2006	Beilage ./H
Beilage ./31 - Zeugenvernehmung Christoph Schulz vom 21.11.2011	Beilage ./WWW
Beilage ./37 - E-Mail Mag. Penn an BAWAG P.S.K. vom 1.2.2007	Beilage ./V
Beilage ./38 - Interne E-Mail BAWAG P.S.K. vom 26.4.2007	Beilage ./EE
Beilage ./39 - E-Mail BAWAG P.S.K. an Mag. Penn vom 12.2.2007	Beilage ./AA
Beilage ./40 - E-Mail Mag. Penn an BAWAG P.S.K. vom 12.2.2007	Beilage ./BB
Beilage ./43 - Zeugenvernehmung Iris Sahinoglu vom 22.9.2011	Beilage ./YYY
Beilage ./45 - E-Mail Iris Sahinoglu an Mag. Penn vom 11.4.2008 samt Bewertung	Beilage ./MM
Beilage ./52 - Kontoeröffnungsantrag vom 11.10.2007	Beilage ./JJ
Beilage ./54 - Gesprächsnotiz BAWAG P.S.K. vom 7.11.2008 samt Präsentation	Beilage ./QQ
Beilage ./57 - Protokoll der Sitzung des Finanzausschusses vom 4.5.2006	Beilage ./E
Beilage ./58 - Interne E-Mail BAWAG P.S.K. vom 7.2.2007	Beilage ./Z
Beilage ./60 - Transkripte Telefonate zwischen Frau Sahinoglu und Mag. Penn vom 1.2., 2.2., 8.2., 12.2.2007	Beilage ./W
Beilage ./62 - Amtsbericht der Stadtkämmerei vom 13.5.2004	Beilage ./C
Beilage ./66 - Zeugenvernehmung Mag. Herbert Auer vom 20.9.2011	Beilage ./XXX
Beilage ./70 - Schreiben Mag. Penn vom 13.9.2006	Beilage ./L
Beilage ./71 - Interner Aktenvermerk BAWAG P.S.K. vom 22.1.2007	Beilage ./S
Beilage ./75 - Übersicht Kundenkontakte	Beilage ./AAAA
Beilage ./76 - E-Mail Frau Sahinoglu an Mag. Penn samt Präsentation vom 9.8.2006	Beilagen ./F und ./G
Beilage ./77 - E-Mail Iris Sahinoglu vom 7.12.2006 samt Präsentation	Beilage ./Q

### **3. Urkundenerklärung zu den sich nicht überschneidenden Beweisurkunden der beklagten Partei**

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

Beilage BAWAG	Urkundenerklärung

Beilage ./5 - Zahlungsaufforderung vom 27.10.2011	<b>Echt; zReV;</b> Die auf Seite 1, Absatz 2 von der beklagten Partei explizit für die nächsten Tage angekündigte „Abrechnung“ ist nach wie vor ausständig; Auf Seite 2, 2. Absatz gesteht die beklagte Partei zu, dass sie den Gemeinderatsbeschluss vom 3.6.2004 im Wortlaut offenbar gar nicht gehabt hat, somit auch nicht darauf vertrauen konnte.
Beilage ./6 - Pressemeldungen Heute vom 30.10.2009 und Oberösterreichische Nachrichten vom 15.12.2009	<b>Echt; zReV;</b> Zeitungsberichte liefern Beweis, dass es zum gegebenen Zeitpunkt einen Bericht in dem Medium mit diesem Inhalt gab. Zeitungsberichte sind nach der Lebenserfahrung leider häufig inhaltlich unrichtig bzw. sinnverkehrend verkürzt und damit generell nur sehr eingeschränkt als Beweismittel tauglich; Der rezitierte Dr. Mayr ist als Zeuge beantragt.
Beilage ./7 - Organigramm der Stadt Linz, Stand 2007	<b>Echt und richtig;</b> hinsichtlich Beweisthema und Beweiskraft wird auf das eigene Vorbringen verwiesen.
Beilage ./8 - Lebenslauf Stadtrat MMag. Dr. Johann Mayr, M.A.	<b>Echt; zReV;</b> Eine bankfachliche Ausbildung zu strukturierten Derivaten wie dem Swap-Geschäft 4175 ist nicht ersichtlich;
Beilage ./9 - Lebenslauf FH-Prof. Univ.-Prof. Dr. Friedrich Klug	<b>Echt; zReV;</b> Eine bankfachliche Ausbildung zu strukturierten Derivaten wie dem Swap-Geschäft 4175 ist nicht ersichtlich;
Beilage ./10 - Artikel der Kronen Zeitung vom 1.8.2011	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu ./6;
Beilage ./11 - Auszug aus dem Wortprotokoll der 7. Sitzung des Gemeinderats vom 3.6.2004	<b>Echt; zReV;</b> zumal die beklagte Partei Protokoll und Beschluss bei Abschluss des Swap Geschäfts 4175 offenbar nicht vorliegen hatte und sich darum nicht weiter kümmerte, konnte die beklagte Partei aus dem Inhalt kein Vertrauen fassen. Das eingeschränkte, das Swap-Geschäft 4175 <b>nicht deckende</b> , Beschlussverständnis des Gemeinderates kommt in der Diskussion in mehreren Protokollpassagen klar zum Ausdruck;
Beilage ./12 - Österreichischer Muster-Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./13 - Unterschriftenverzeichnis vom 13.9.2006	<b>Echt; zReV;</b> Das Unterschriftenverzeichnis lässt kein Vertrauen auf eine unbeschränkte Einzelvertretungsbefugnis zu, auch nicht in Zusammenschau mit dem Rahmenvertrag (§ 12 Z 4). Die beklagte Partei musste wissen, dass <b>nur der Gemeinderat</b> die Geschäfte beschließen und die Grenzen für zulässige Geschäfte abstecken kann, unbeschadet weiterer gemeindeaufsichtsrechtlicher Vorgaben.
Beilage ./16 - Kontrollamtsbericht vom 23.9.2008	<b>Echt; zReV;</b> Die Urkunde wird aus Gründen der Übersichtlichkeit auch von der Stadt Linz mit diesem VBS vorgelegt, ergänzt um Begleitkorrespondenz (Beilage ./AAAA)
Beilage ./17 - Artikel der Wiener Zeitung vom 19.10.2011	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu ./6; Dass <b>eine</b> weitere Österreichische Bank Resettable Swap Geschäfte in <b>einem</b> Bundesland (NÖ) angeboten hat, wobei jeweils derselbe Mitarbeiter auftrat, und die Geschäfte auch nur in Teilen vergleichbar sind, macht das Swap-Geschäft 4175 noch lange nicht

	„marktüblich“.
Beilage ./18 - E-Mail der UniCredit Bank Austria AG vom 12.2.2007	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./19 - E-Mail der BAWAG P.S.K. an die Stadt Linz vom 7.1.2008	<b>Echt; zReV;</b> es handelt sich um kein Ausstiegsangebot. Die Stichtagsbewertung auf Seite 2 ist unrichtig und weist einen <b>positiven</b> Wert auf (Gutachten <i>Imo</i> , ON 129 des Strafaktes, S 372ff). Die beklagte Partei hat damit unrichtige Tatsachengrundlagen für weitere Entscheidungen kommuniziert. Eine fehlerfreie Entscheidung war auf dieser Basis unmöglich.
Beilage ./23 - Übersicht über die Bewertung Resettable CHF linked Swap II	<b>Echt; zReV;</b> zum Teil ident mit ./III; Die Stichtagsbewertungen sind unrichtig (Gutachten <i>Imo</i> , ON 129 des Strafaktes, S 372ff); ansonsten Erklärung wie oben zu ./19
Beilage ./24 - Kostenaufstellung vom 7.11.2011	Kein Aussteller erkennbar, laut eigenem Vortrag aber Urkunde der beklagten Partei; daher <b>echt; zReV;</b> ein schlüssiger Beleg der Klagsforderung ist damit nicht erbracht. Dass die „ <i>Kostenaufstellung</i> “ nicht die in Beilage ./5 angekündigte „Abrechnung“ ersetzt, zeigt schon die unterschiedliche Bezeichnung durch die beklagte Partei. Die Kostenaufstellung ist unrichtig, denn sie lässt Erträge der beklagten Partei aus der ursprünglichen Risikoeröffnung unberücksichtigt, ebenso aus den 2010 und 2011 verschriebenen Optionen, um auch den exponentiellen Teil der Zinsformel zu realisieren.
Beilage ./25 - Richtlinien für Finanzgeschäfte der Gemeinden	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./26 - Gutachten Prof. Dr. Mark Wahrenburg vom 16.9.2011	<b>Echt; zReV;</b> die Gutachtensergebnisse werden insbesondere durch die Gutachter <i>Janssen, Imo</i> und <i>Fulmek</i> widerlegt. (vgl. Strafakt ON 102, 107, 116, 129).
Beilage ./28 - Auszug aus dem Outlook-Kalender Mag. Penn vom 7. - 13.8.2006	<b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b>
Beilage ./32 - Swap-Geschäft zwischen Stadt Linz und NOMURA INTERNATIONAL plc vom 27.8.2008	<b>Echt; zReV;</b> das Geschäft ist mit dem Swap 4175 vor allem risikoseitig nicht zu vergleichen; das Geschäft hat insbesondere keine Fremdwährungskomponente, das Risiko ist praktisch begrenzt ( <i>Imo</i> , Strafakt ON 129, S 233).
Beilage ./33 - Stellungnahme Mag. Penn vom 22.9.2011	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./34 - Einstellungsantrag Mag. Penn vom 25.10.2011	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./35 - Auszug aus Wikipedia zum Begriff Zinsswap	<b>Echt; zReV;</b> das Swap Geschäft 4175 ist so außergewöhnlich gestaltet, dass sich dessen Konstruktion und Bezeichnung nicht in der Aufzählung gängiger Swaps zu Punkt 8. wiederfindet; damit ist einmal mehr die <b>Marktunüblichkeit</b> belegt.
Beilage ./36 - Auszug aus dem Outlook-Kalender Mag. Penn vom 29.5.2006 - 27.4.2008	<b>Zur Echtheit keine Erklärung; zReV;</b>
Beilage ./41 - Artikel des profil vom 14.11.2011	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu Beilage ./6;

Beilage ./42 - E-Mail von Erwin Rockenschaub an BAWAG P.S.K. vom 11.10.2007	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./44 - Aussendung des Nationalrates vom 20.10.2008	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./46 - Artikel der Kronen Zeitung vom 24.11.2011	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu Beilage ./6; die erwähnten „Swaptions“ sind risikomäßig nicht mit dem Swap-Geschäft 4175 zu vergleichen; das Risiko war begrenzt (Gutachten <i>Imo</i> , Strafakt ON 129, S 232; ebenso Bericht des [Bundes-] Rechnungshofes, Serie Oberösterreich 2013/1, Seite 25ff)
Beilage ./47 - Artikel der Oberösterreichische Nachrichten vom 12.7.2011	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu Beilage ./6; Ein „Cross Currency Swap“ hat im Wesentlichen dasselbe Risikoprofil wie ein Fremdwährungskredit. Das Nominal des Cross Currency Swap stellt auch das tatsächlich eingesetzte Derivatevolumen dar. Ein solcher Swap ist mit dem Swap-Geschäft 4175 risikomäßig in keinster Weise zu vergleichen.
Beilage ./48 - Zeugenvernehmung von Bürgermeister Dr. Franz Dobusch vom 29.6.2011	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./49 - Auszug aus Duden (Bedeutungswörterbuch), S 819	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./50 - Auszug aus Duden (Fremdwörterbuch), S 734	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./51 - Auszug aus www.gemeindebund.at und www.staedtebund.gv.at	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./53 - Artikel aus Kronen Zeitung vom 4.8.2011	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu Beilage ./6; Wenn schon die Information an den Finanzausschuss maßgeblich verdünnt war, konnte der Gemeinderat erst recht keine Kenntnis haben, geschweige denn einen Willen bilden.
Beilage ./55 - Konvolut Saldenbestätigungen 11.2.2008	<b>Echt; zReV;</b> die erste Seite ist bemerkenswert; für den Fachmann ist erkennbar, dass die Geschäfte mit Anmerkung „FX Option“ sog. <i>plain vanilla</i> Optionen sind, die <b>nicht</b> der Zinsbildungsformel entsprechen. Offenbar handelt es sich dabei teilweise um jene Geschäfte, welche die beklagte Partei tatsächlich im Hintergrund gemacht hat. Dabei wurden die Optionen der beiden Swaps 4175 und 3976 <b>vermischt</b> , was man an den verschiedenen Strikes sieht. EUR/CHF 1,54 vs. 1,505.
Beilage ./56 - Lebenslauf Magistratsdirektor Univ.-Prof. Dr. Erich Wolny	<b>Echt; zReV;</b> eine bankfachliche Ausbildung zu strukturierten Derivaten wie dem Swap-Geschäft 4175 ist nicht ersichtlich;
Beilage ./59 - Konvolut Zeitungsartikel	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu Beilage ./6;
Beilage ./61 - Auszug aus dem Wortprotokoll der 3. Sitzung des Gemeinderats vom 17.12.2009	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./63 - Beilagenkonvolut Firmenbuchauszüge (Organfunktionen Mag. Penn)	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./64 - Auszug aus der Homepage	<b>Echt; zReV;</b> Mag. Penn hat laut dieser Urkunde in

der Stadt Linz	seiner beruflichen Laufbahn keine Position bekleidet, in der Erfahrung im Umgang mit Derivaten gesammelt werden konnte.
Beilage ./65 - Zeugenvernehmung Mario Tieff vom 27.9.2011	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./67 - Vorbericht zum Rechnungsabschluss 2007	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./68 - Präsentation CHF-Resettable Bewertung und Risiko (Februar 2008)	<b>Echt; zReV;</b> die Bewertungen laut Urkunde sind unrichtig (Gutachten <i>Imo</i> , ON 129 in Strafakt, Seite 207 ff).
Beilage ./69 - Konvolut Zeitungsartikel Ungarn	<b>Echt; zReV;</b> ansonsten wie oben zu Beilage ./6.
Beilage ./72 - Internes E-Mail der BAWAG P.S.K. vom 27.10.2008	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./73 - Amtsbericht vom 30.8.1993	<b>Echt; zReV;</b> die Stadt Linz legt diese Beilage ihrerseits mit dem gegenständlichen vorbereitenden Schriftsatz (./GGGG) und weiteren Urkunden aus 1996 vor.
Beilage ./74 - Gesprächsnotiz vom 14.4.2010	<b>Echt; zReV;</b>
Beilage ./78 - Widerklage vom 8.11.2011	<b>Echt; zReV;</b>

Stadt Linz  
(vertreten durch den Bürgermeister)